



UNIVERSITÀ DI PARMA

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PARMA

DOTTORATO DI RICERCA IN SCIENZE GIURIDICHE

CICLO XXXII

in CO-TUTELA con: *Universidad Carlos III de Madrid*

Hate speech e performatività: riflessioni filosofico-giuridiche a partire da due teorie della libertà e dei diritti

Coordinatore:

Chiar.mo Prof. **Alberto CADOPPI**
(Università degli Studi di Parma)

Tutore:

Chiar.mo Prof. **Gianfrancesco ZANETTI**
(Università di Modena e Reggio Emilia)

Co-tutore:

Chiar.mo Prof. **Francisco Javier ANSUÁTEGUI ROIG**
(Universidad Carlos III de Madrid)

Dottorando: **Alessandro DI ROSA**

Anni 2016/2018

Abstract

Il presente lavoro di ricerca ha come obiettivo quello di studiare il fenomeno dell'*hate speech* a partire da una prospettiva filosofico-giuridica come una questione di diritti umani.

In particolare, dopo aver analizzato la questione della definizione di *hate speech* a partire dagli strumenti adottati nel diritto internazionale dei diritti umani, si propone uno studio teorico di due teorie della libertà (come non-interferenza e non-dominazione) che paiono soggiacere a due modelli di performatività, i quali a loro volta vengono delineati grazie agli strumenti forniti dalla teoria degli atti linguistici e della performatività, che permette di evidenziare due modalità di pensare alla relazione tra *speech* e *action*.

L'applicazione dell'analisi teorica a questioni concrete trova spazio sia nell'analisi del dibattito sull'*hate speech* a partire dalla teoria della performatività e dalle due teorie della libertà analizzate, sia nello studio di due modelli giurisprudenziali che possono essere utilizzati come esempio di due diverse applicazioni della teoria della performatività al caso dell'*hate speech*.

Resumen

Este trabajo de investigación tiene como objetivo el de estudiar la cuestión del *hate speech* a partir de una perspectiva filosófico-jurídica como una cuestión de derechos humanos.

En particular, después de haber analizado el problema de la definición de *hate speech* en base a las convenciones adoptadas en el derecho internacional de los derechos humanos, se plantea un estudio teórico de dos teorías de la libertad (como no-interferencia y no-dominación) que parecen subyacer a dos modelos de performatividad, delineados gracias a las herramientas proporcionadas por la teoría de los actos de habla y de la performatividad, que permite subrayar la existencia de dos modalidades de pensar la relación entre *speech* y *action*.

La aplicación del análisis teórico a cuestiones concretas se encuentra tanto en el análisis del debate sobre *hate speech* a partir de la teoría de la performatividad y de las dos teorías de la libertad, como en el estudio de dos modelos jurisprudenciales que pueden ser utilizados como ejemplo de dos distintas aplicaciones de la teoría de la performatividad al caso del *hate speech*.

Indice

Indice	4
Índice	10
Introduzione	16
Introducción	27

CAPITOLO 1

Hate speech: problemi definitivi

1.1 – Premessa: la difficoltà di definizione dell’<i>hate speech</i>	38
1.2 – La regolazione internazionale dell’<i>hate speech</i>	39
1.2.1 – La Dichiarazione Universale dei Diritti Umani (UDHR)	40
1.2.2 – La Convenzione per la prevenzione e repressione del delitto di genocidio	42
1.2.3 – Il Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici (ICCPR)	42
1.2.4 – La Convenzione Internazionale sull’Eliminazione di ogni forma di Discriminazione Razziale (ICERD)	49
1.3 – Il Consiglio d’Europa e l’<i>hate speech</i>	60
1.4 – L’Unione Europea e l’<i>hate speech</i>	74
1.5 – La Convenzione Americana sui Diritti Umani e l’<i>hate speech</i>	80
1.6 – Per una “grammatica” dell’<i>hate speech</i>	82
1.6.1 – Una definizione universale?	82
1.6.2 – Che cos’è l’ <i>odio</i> ?.....	85
1.6.3 – <i>Hate speech</i> e <i>hate crimes</i>	89
1.6.4 – I <i>Camden Principles on Freedom of Expression and Equality</i>	91
1.6.5 – <i>Hate speech</i> e <i>hate speech law</i>	93
1.6.6 – Verso una teoria della “comunicazione ostile”	97

CAPITOLO 2

Liberalismo e neo-repubblicanesimo: due concezioni della libertà e dei diritti

2.1 – Premessa: il ‘neo-repubblicanesimo’	110
2.2 – Quentin Skinner e la libertà come «non-dipendenza»	115
2.3 – Philip Pettit e la libertà come «non-dominazione»	118
2.4 – Teoria della giustizia e non-dominazione: approcci <i>deontologico</i> e <i>teleologico</i>	129
2.5 – Dalla libertà come non-dominazione alla dominazione discorsiva e strutturale ...	138
2.6 – Liberalismo v. neo-repubblicanesimo: libertà ed eguaglianza	149
2.7 – Il liberalismo: libertà come non-interferenza e diritti	155
2.7.1 – Il <i>libertarianism</i> (o neoliberalismo) e la non-interferenza formale.....	156
2.7.2 – Il liberalismo egualitario e la non-interferenza reale	158
2.8 – Verso una concezione neo-repubblicana dei diritti	196
2.8.1 – Jürgen Habermas: la co-originarietà tra diritti umani e sovranità popolare	198
2.8.2 – Cass Sunstein e Frank Michelman: il modello democratico-repubblicano.....	205
2.8.3 – La libertà come non-dominazione e i diritti	218
2.8.4 – Conclusione: rifondare i diritti sulla non-dominazione.....	236

CAPITOLO 3

Libertà d’espressione: tra libertà negativa e positiva

3.1 – Premessa: due concezioni tradizionali della libertà d’espressione	239
3.2 – Il liberalismo: dagli approcci classici all’elaborazione del modello <i>libertarian</i>	243
3.2.1 – Il liberalismo classico.....	243
3.2.2 – Tra <i>libertarianism</i> e liberalismo egualitario.....	254
3.3 – Le critiche al modello liberale e il modello democratico-repubblicano	262
3.3.1 – Joseph Raz e il liberalismo perfezionista	263
3.3.2 – Il modello democratico-repubblicano: Cass Sunstein.....	266
3.3.3 – Le insufficienze del modello democratico-repubblicano	275

CAPITOLO 4

Dalla teoria degli atti linguistici alla teoria della performatività

4.1 – Premessa: un’analisi «genealogica» della teoria degli atti linguistici	279
4.1.1 – John Langshaw Austin: «locutorio», «illocutorio» e «perlocutorio».....	280
4.1.2 – John Rogers Searle: la teoria degli atti linguistici.....	291
4.1.3 – Jacques Derrida: «citazionalità» e «iterabilità» del performativo.....	300
4.1.4 – Austin, Searle, Derrida e la questione della preesistenza del soggetto	308
4.2 – La teoria della performatività e l’<i>hate speech</i>	310
4.2.1 – Potere, violenza, linguaggio	311
4.2.2 – Illocutorio o perlocutorio?.....	315
4.2.3 – Habermas e l’esclusione idealistica del perlocutorio	316
4.2.4 – Rae Langton e la teoria della subordinazione	323
4.2.5 – Judith Butler e la performatività duale.....	336

CAPITOLO 5

Hate speech e performatività: i modelli della non-interferenza e della non-dominazione

5.1 – Premessa: <i>speech</i> v. <i>action</i>, due modelli di performatività dell’<i>hate speech</i>	378
5.2 – <i>Hate speech</i> e libertà come non-interferenza	382
5.2.1 – L’ <i>hate speech</i> nel modello <i>libertarian</i>	383
5.2.2 – L’ <i>hate speech</i> nel modello liberale (o del bilanciamento)	388
5.2.3 – Le radici comuni: il principio del danno e <i>speech</i> v. <i>action</i>	395
5.2.4 – La performatività liberale: un approccio <i>perlocutorio</i> all’ <i>hate speech</i>	409
5.3 – <i>Hate speech</i> e libertà come non-dominazione	413
5.3.1 – L’ <i>hate speech</i> nel modello neo-repubblicano: dominazione e oppressione.....	415
5.3.2 – La performatività neo-repubblicana: un approccio <i>illocutorio</i> all’ <i>hate speech</i>	431

CAPITOLO 6

Il dibattito filosofico

6.1 – Premessa: l’analisi del fondamento	438

6.2 – Approcci illocutori e perlocutori	439
6.3 – «Proibizionismo» e «opposizionismo» (Heinze)	444
6.4 – Il modello illocutorio-proibizionista	447
6.4.1 – Steven J. Heyman e il mutuo rispetto.....	450
6.4.2 – Il dignitarismo di Jeremy Waldron.....	452
6.4.3 – Charles Lawrence III e l'impossibilità di distinzione tra <i>speech</i> e <i>action</i>	464
6.4.4 – Dignità del <i>target</i> e performatività come sfida al neutralismo liberale.....	469
6.5 – Il modello perlocutorio-proibizionista	472
6.5.1 – Richard Delgado e Jean Stefancic: i danni da <i>hate speech</i>	474
6.5.2 – Mari J. Matsuda e l'approccio minimalista.....	484
6.5.3 – L'approccio minimalista: <i>when speech shades into action</i>	488
6.6 – I modelli perlocutorio-opposizionisti.....	490
6.6.2 – C. Edwin Baker e l'assolutismo della libertà d'espressione	493
6.6.3 – Ronald Dworkin e la libertà di offendere.....	496
6.6.4 – Robert Post e il discorso pubblico.....	502
6.6.5 – Argomenti deontologici: riaffermazione di un <i>free speech absolutism</i> ?.....	511
6.6.6 – Le negazioni perlocutorie di tipo consequenzialista	514
6.6.7 – Nadine Strossen: <i>speech v. action</i> ed eguaglianza formale.....	517
6.6.8 – Katharine Gelber e il supporto statale al <i>counterspeech</i>	524
6.6.9 – Tra la libertà come non-interferenza e libertà positiva	531

CAPITOLO 7

USA v. Europa

7.1 – Premessa: due modelli giurisprudenziali di libertà e performatività	535
7.2 – La giurisprudenza della Corte Suprema USA	535
7.2.1 – <i>Patterson v. Colorado</i> (1907): la dottrina della <i>bad tendency</i>	541
7.2.2 – <i>Schenck v. United States</i> (1919): il <i>clear and present danger test</i>	543
7.2.3 – <i>Abrams v. United States</i> (1919): tra <i>bad tendency</i> e <i>clear and present danger</i> .	545
7.2.4 – <i>Gitlow v. People of New York</i> (1925): tra <i>advocacy</i> e <i>incitement</i>	548
7.2.5 – <i>Whitney v. California</i> (1927): la distinzione tra <i>advocacy</i> e <i>incitement</i>	550
7.2.6 – <i>Chaplinsky v. New Hampshire</i> (1942): la dottrina delle <i>fighting words</i>	552
7.2.7 – <i>Terminiello v. Chicago</i> (1949), <i>Cohen v. California</i> (1971), <i>Gooding v. Wilson</i> (1972): l'evoluzione della dottrina delle <i>fighting words</i>	554
7.2.8 – <i>Dennis et al. v. United States</i> (1951): <i>ad hoc balancing</i> e <i>discussion v. advocacy</i>	557

7.2.9 – <i>Beauharnais v. Illinois</i> (1952): <i>hate speech</i> razzista e <i>group defamation</i>	559
7.2.10 – <i>New York Times Co. v. Sullivan</i> (1964): <i>actual malice</i>	561
7.2.11 – <i>Police Department of Chicago v. Mosley</i> (1972): content-neutral restrictions	563
7.2.12 – <i>Brandenburg v. Ohio</i> (1969): imminent lawless action e <i>advocacy v. incitement</i>	564
7.2.13 – <i>National Socialist Party of America et al. v. Village of Skokie</i> (1977): libertà d’espressione per i nemici della libertà?	568
7.2.14 – <i>R.A.V. v. City of St. Paul</i> (1992) contro <i>Virginia v. Black et al.</i> (2003): cross-burning.....	570
7.2.15 – <i>Snyder v. Phelps et al.</i> (2011): <i>hate speech</i> , omofobia e discorso di interesse pubblico.....	575
7.3 – L’<i>hate speech</i> negli Stati Uniti: il modello liberale-perlocutorio	577
7.4 – La giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti Umani	579
7.4.1 – <i>Handyside v. United Kingdom</i> (1976): libertà d’espressione delle idee offensive.....	588
7.4.2 – <i>Glimmerveen and Hagenbeek v. the Netherlands</i> (1976): il primo utilizzo indiretto dell’art. 17 contro l’ <i>hate speech</i> razzista	590
7.4.3 – <i>Kühnen v. Federal Republic of Germany</i> (1988): l’utilizzo indiretto dell’art. 17 contro <i>hate speech</i> antisemita e negazionismo ..	592
7.4.4 – <i>Jersild v. Denmark</i> (1994): <i>hate speech</i> razzista, tra art. 10.2. e art. 17	594
7.4.5 – <i>Lehideux and Isorni v. France</i> (1998): la possibilità di utilizzo dell’art. 17 solo per i «clearly established historical facts»	596
7.4.6 – <i>Garaudy v. France</i> (2003): negazionismo dell’Olocausto (art. 17) e <i>hate speech</i> razzista (art. 10.2).....	597
7.4.7 – <i>Gündüz v. Turkey</i> (2003): <i>advocacy</i> della <i>sharia v. incitamento</i> alla violenza su basi religiose	600
7.4.8 – <i>Norwood v. United Kingdom</i> (2004): art. 17 e propaganda islamofobica.....	602
7.4.9 – <i>Witzsch v. Germany</i> (2004): il negazionismo in ambito privato	603
7.4.10 – <i>Erbakan v. Turkey</i> (2006): verso l’adozione del criterio del <i>clear and present danger</i> ?	604
7.4.11 – <i>Ivanov v. Russia</i> (2007): antisemitismo e incitamento all’odio etnico	606
7.4.12 – <i>Soulas et al. v. France</i> (2008): il danno da <i>hate speech</i> islamofobico e razzista in senso storico e culturale	607
7.4.13 – <i>Féret v. Belgium</i> (2009): incitamento all’odio e alla discriminazione come condotte indipendenti da successivi <i>atti di violenza</i>	609
7.4.14 – <i>Le Pen v. France</i> (2010): l’art. 10.2 e l’ <i>hate speech</i> islamofobico	613
7.4.15 – <i>Aksu v. Turkey</i> (2012): il <i>negative stereotyping</i>	614
7.4.16 – <i>Vejdeland and others v. Sweden</i> (2012): art. 10.2 e <i>hate speech</i> omofobo.....	618
7.4.17 – <i>Vona v. Hungary</i> (2013): le <i>true threats</i> razziste	619
7.4.18 – <i>M’Bala M’Bala v. France</i> (2015): art. 17, negazionismo indiretto e satira.....	621

7.4.19 – <i>Delfi AS v. Estonia</i> (2015): la responsabilità dei fornitori di servizi internet per commenti offensivi degli utenti.....	623
7.4.20 – <i>Belkacem v. Belgium</i> (2017): l’art. 17 e l’ <i>hate speech</i> religioso.....	626
7.5 – L’<i>hate speech</i> presso la Corte EDU: tra modello liberale-perlocutorio e modello neo-repubblicano-illocutorio	628
 Conclusioni	632
Conclusiones	642
Bibliografia	652
Giurisprudenza USA	697
Giurisprudenza EDU	699

Índice

Indice.....	4
Índice.....	10
Introduzione	16
Introducción	27

CAPÍTULO 1

Hate speech: cuestiones definitorias

1.1 – Premisa: la dificultad de definición del <i>hate speech</i>	38
1.2 – La regulación internacional del <i>hate speech</i>	39
1.2.1 – La Declaración Universal de los Derechos Humanos (UDHR)	40
1.2.2 – La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.....	42
1.2.3 – El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR)	42
1.2.4 – La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (ICERD)	49
1.3 – El Consejo de Europa y el <i>hate speech</i>	60
1.4 – La Unión Europea y el <i>hate speech</i>	74
1.5 – La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el <i>hate speech</i>	80
1.6 – Para una “gramática” del <i>hate speech</i>	82
1.6.1 – ¿Una definición universal?	82
1.6.2 – ¿Qué es el odio?	85
1.6.3 – <i>Hate speech</i> y <i>hate crimes</i>	89
1.6.4 – Los <i>Camden Principles on Freedom of Expression and Equality</i>	91
1.6.5 – <i>Hate speech</i> y <i>hate speech law</i>	93
1.6.6 – Hacia una teoría de la “comunicación hostil”	97

CAPÍTULO 2

Liberalismo y neo-republicanismo: dos concepciones de libertad y derechos

2.1 – Premisa: el ‘neo-republicanismo’	110
2.2 – Quentin Skinner y la libertad como «no-dependencia»	115
2.3 – Philip Pettit y la libertad como «no-dominación»	118
2.4 – Teoría de la justicia y no-dominación: enfoques <i>deontológico</i> y <i>teleológico</i>	129
2.5 – De la libertad como no-dominación a la dominación discursiva y estructural	138
2.6 – Liberalismo v. neo-republicanismo: libertad e igualdad	149
2.7 – El liberalismo: libertad como no-interferencia y derechos	155
2.7.1 – El <i>libertarianism</i> (o neoliberalismo) y la no-interferencia formal	156
2.7.2 – El liberalismo igualitario y la no-interferencia real	158
2.8 – Hacia una concepción neo-republicana de los derechos	196
2.8.1 – Jürgen Habermas: la co-originariedad entre derechos humanos y soberanía popular.....	198
2.8.2 – Cass Sunstein y Frank Michelman: el modelo democrático-republicano	205
2.8.3 – La libertad como no-dominación y los derechos	218
2.8.4 – Conclusión: replantear los derechos a partir de la no-dominación	236

CAPÍTULO 3

Libertad de expresión: entre libertad negativa y positiva

3.1 – Premisa: dos concepciones tradicionales de la libertad de expresión	239
3.2 – El liberalismo: de los enfoques clásicos a la elaboración del modelo <i>libertarian</i> ...	243
3.2.1 – El liberalismo clásico	243
3.2.2 – Entre <i>libertarianism</i> y liberalismo igualitario	254
3.3 – Las críticas al modelo liberal y el modelo democrático-republicano	262
3.3.1 – Joseph Raz y el liberalismo perfeccionista	263
3.3.2 – El modelo democrático-republicano: Cass Sunstein.....	266
3.3.3 – Las insuficiencias del modelo democrático-republicano	275

CAPITULO 4

De la teoría de los actos de habla a la teoría de la performatividad

4.1 – Premisa: un análisis «genealógico» de la teoría de los actos de habla	279
4.1.1 – John Langshaw Austin: «locutorio», «ilocutorio» y «perlocutorio».....	280
4.1.2 – John Rogers Searle: la teoría de los actos de habla.....	291
4.1.3 – Jacques Derrida: « <i>citationality</i> » e « <i>iterability</i> » del performativo	300
4.1.4 – Austin, Searle, Derrida y la cuestión de la pre-existencia del sujeto	308
4.2 – La teoría de la performatividad y el <i>hate speech</i>	310
4.2.1 – Poder, violencia, lenguaje	311
4.2.2 – ¿Ilocutorio o perlocutorio?	315
4.2.3 – Habermas y la exclusión idealista del perlocutorio.....	316
4.2.4 – Rae Langton y la teoría de la subordinación	323
4.2.5 – Judith Butler y la performatividad dual.....	336

CAPITULO 5

Hate speech y performatividad: los modelos de la no-interferencia y no-dominación

5.1 – Premisa: <i>speech v. action</i>, dos modelos de performatividad del <i>hate speech</i>	378
5.2 – <i>Hate speech</i> y libertad como no-interferencia	382
5.2.1 – El <i>hate speech</i> en el modelo <i>libertarian</i>	383
5.2.2 – El <i>hate speech</i> en el modelo liberal (o del balance).....	388
5.2.3 – Las raíces comunes: el principio del daño y <i>speech v. action</i>	395
5.2.4 – La performatividad liberal: enfoque <i>perlocutorio</i> y <i>hate speech</i>	409
5.3 – <i>Hate speech</i> y libertad como no-dominación	413
5.3.1 – El <i>hate speech</i> en el modelo neo-republicano: dominación y opresión	415
5.3.2 – La performatividad neo-republicana: enfoque <i>ilocutorio</i> y <i>hate speech</i>	431

CAPITULO 6

El debate filosófico

6.1 – Premisa: el análisis del fundamento	438

6.2 – Enfoques ilocutorios y perlocutorios	439
6.3 – «Prohibicionismo» y «oposicionismo» (Heinze)	444
6.4 – El modelo ilocutorio-prohibicionista	447
6.4.1 – Steven J. Heyman y el respeto mutuo	450
6.4.2 – El dignitarismo Jeremy Waldron.....	452
6.4.3 – Charles Lawrence III y la imposibilidad de distinción entre <i>speech</i> y <i>action</i>	464
6.4.4 – Dignidad del <i>target</i> y performatividad como desafío al neutralismo liberal	469
6.5 – El modelo perlocutorio-prohibicionista	472
6.5.1 – Richard Delgado y Jean Stefancic: el daño del <i>hate speech</i>	474
6.5.2 – Mari J. Matsuda y el enfoque minimalista	484
6.5.3 – El enfoque minimalista: <i>when speech shades into action</i>	488
6.6 – Los modelos perlocutorio-oposicionistas	490
6.6.2 – C. Edwin Baker y el absolutismo de la libertad de expresión.....	493
6.6.3 – Ronald Dworkin y la libertad de ofender	496
6.6.4 – Robert Post y el discurso público.....	502
6.6.5 – Argumentos deontológicos: reafirmación de un <i>free speech absolutism</i> ?	511
6.6.6 – Las negaciones perlocutorias de tipo consecuencialista	514
6.6.7 – Nadine Strossen: <i>speech</i> v. <i>action</i> e igualdad formal.....	517
6.6.8 – Katharine Gelbery y el apoyo estatal al <i>counterspeech</i>	524
6.6.9 – Entre libertad como no-interferencia y libertad positiva.....	531

CAPITULO 7

USA v. Europa

7.1 – Premisa: dos modelos jurisprudenciales de libertad y performatividad	535
7.2 – La jurisprudencia del Tribunal Supremo USA.....	535
7.2.1 – <i>Patterson v. Colorado</i> (1907): la doctrina de la <i>bad tendency</i>	541
7.2.2 – <i>Schenck v. United States</i> (1919): el <i>clear and present danger test</i>	543
7.2.3 – <i>Abrams v. United States</i> (1919): <i>bad tendency</i> y <i>clear and present danger</i>	545
7.2.4 – <i>Gitlow v. People of New York</i> (1925): entre <i>advocacy</i> e <i>incitement</i>	548
7.2.5 – <i>Whitney v. California</i> (1927): la distinción entre <i>advocacy</i> e <i>incitement</i>	550
7.2.6 – <i>Chaplinsky v. New Hampshire</i> (1942): la doctrina de las <i>fighting words</i>	552
7.2.7 – <i>Terminiello v. Chicago</i> (1949), <i>Cohen v. California</i> (1971), <i>Gooding v. Wilson</i> (1972): la evolución de la doctrina de las <i>fighting words</i> ...	554
7.2.8 – <i>Dennis et al. v. United States</i> (1951): <i>ad hoc balancing</i> y <i>discussion</i> v. <i>advocacy</i>	557

7.2.9 – <i>Beauharnais v. Illinois</i> (1952): <i>hate speech</i> racista y <i>group defamation</i>	559
7.2.10 – <i>New York Times Co. v. Sullivan</i> (1964): <i>actual malice</i>	561
7.2.11 – <i>Police Department of Chicago v. Mosley</i> (1972): <i>content-neutral restrictions</i>	563
7.2.12 – <i>Brandenburg v. Ohio</i> (1969): <i>imminent lawless action</i> y <i>advocacy v. incitement</i>	564
7.2.13 – <i>National Socialist Party of America et al. v. Village of Skokie</i> (1977): ¿libertad de expresión para los enemigos de la libertad?	568
7.2.14 – <i>R.A.V. v. City of St. Paul</i> (1992) contra <i>Virginia v. Black et al.</i> (2003): <i>cross-burning</i>	570
7.2.15 – <i>Snyder v. Phelps et al.</i> (2011): <i>hate speech</i> , homofobia y discurso de interés público	575
7.3 – El <i>hate speech</i> en Estados Unidos: el modelo liberal-perlocutorio	577
7.4 – La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos	579
7.4.1 – <i>Handyside v. United Kingdom</i> (1976): libertad de expresión de las ideas ofensivas	588
7.4.2 – <i>Glimmerveen and Hagenbeek v. the Netherlands</i> (1976): la primera utilización indirecta del art. 17 contra el <i>hate speech</i> racista.....	590
7.4.3 – <i>Kühnen v. Federal Republic of Germany</i> (1988): utilización indirecta del art. 17 contra <i>hate speech</i> antisemita y negacionismo.	592
7.4.4 – <i>Jersild v. Denmark</i> (1994): <i>hate speech</i> racista, entre art. 10.2. y art. 17	594
7.4.5 – <i>Lehideux and Isorni v. France</i> (1998): la posibilidad de utilización del art. 17 sólo para los «clearly established historical facts».....	596
7.4.6 – <i>Garaudy v. France</i> (2003): negacionismo del Holocausto (art. 17) y <i>hate speech</i> racista (art. 10.2).....	597
7.4.7 – <i>Gündüz v. Turkey</i> (2003): <i>advocacy</i> de la <i>sharia</i> v. incitación a la violencia por motivos religiosos	600
7.4.8 – <i>Norwood v. United Kingdom</i> (2004): art. 17 y propaganda islamófoba	602
7.4.9 – <i>Witzsch v. Germany</i> (2004): el negacionismo en ámbito privado.....	603
7.4.10 – <i>Erbakan v. Turkey</i> (2006): ¿hacia la adopción del criterio del <i>clear and present danger</i> ?	604
7.4.11 – <i>Ivanov v. Russia</i> (2007): antisemitismo e incitación al odio étnico	606
7.4.12 – <i>Soulas et al. v. France</i> (2008): el daño del <i>hate speech</i> islamófobo y racista en sentido histórico y cultural	607
7.4.13 – <i>Féret v. Belgium</i> (2009): incitación al odio y a la discriminación como conductas independientes de sucesivos <i>actos</i> de violencia	609
7.4.14 – <i>Le Pen v. France</i> (2010): el art. 10.2 y el <i>hate speech</i> islamófobo	613
7.4.15 – <i>Aksu v. Turkey</i> (2012): el <i>negative stereotyping</i>	614
7.4.16 – <i>Vejdeland and others v. Sweden</i> (2012): art. 10.2 y <i>hate speech</i> homófobo ...	618
7.4.17 – <i>Vona v. Hungary</i> (2013): las <i>true threats</i> racistas.....	619
7.4.18 – <i>M'Bala M'Bala v. France</i> (2015): art. 17, negacionismo indirecto y sátira	621

7.4.19 – <i>Delfi AS v. Estonia</i> (2015): la responsabilidad de los proveedores de servicios internet por comentarios ofensivos de los usuarios.....	623
7.4.20 – <i>Belkacem v. Belgium</i> (2017): el art. 17 y el <i>hate speech</i> religioso.....	626
7.5 – El <i>hate speech</i> en el TEDH: entre modelo liberal-perlocutorio y modelo neo-republicano-ilocutorio	628
 Conclusioni	632
Conclusiones	642
Bibliografía	652
Jurisprudencia USA	697
Jurisprudencia EDU	699

Introduzione

Nel luglio del 2019, Kumi Naidoo, Segretario Generale di Amnesty International, rivolgeva un duro attacco al Presidente degli Stati Uniti Donald Trump, in seguito ad alcuni suoi commenti d'odio pubblicati sul suo profilo di Twitter:

«As President of the United States, Trump has demonized minority groups, whipped up hatred, fear and sowed division. Trump [...] exposes the racism and xenophobia at the heart of his despicable policies [...]. His words prove that xenophobia [...] motivates these policies. President Trump must stop normalizing racism, sexism, transphobia, cruelty and hate. He must start seeing all people, not just a favoured few, as humans; not scapegoats or targets for ridicule. He must honour the US' commitments to the world's most vulnerable, including people fleeing horrific violence and persecution, and protect the human rights of all»¹.

Quello di Trump è solo uno degli esempi della recente riemersione, nel discorso politico, di messaggi denigratori nei confronti dei gruppi vulnerabili e non rispettosi dei diritti umani², come il linguaggio sessista, razzista, xenofobo, omofobo, capacitista [*ableist*] e in generale il linguaggio volto a screditare i gruppi vulnerabili³. Negli ultimi vent'anni, ad esempio, i partiti anti-islamisti hanno ottenuto un successo inedito in Austria, Belgio, Danimarca, Francia, Italia, Norvegia, Svizzera e Paesi Bassi (per citarne alcuni)⁴, canalizzando e strumentalizzando l'odio nei confronti dei gruppi vulnerabili e promuovendo un discorso nazionalista che identifica i cittadini con una serie di valori presunti omogenei, opponendoli a coloro che non si riconoscono necessariamente in tali valori e che, di conseguenza, vengono etichettati come “diversi”, percepiti come il “nemico” e la causa dei problemi della società.

Nei mesi di febbraio e marzo 2018, grazie al progetto *Barometro dell'odio*, Amnesty International Italia monitora dichiarazioni e commenti pubblici dei candidati alle elezioni politiche italiane effettuati sui *social network* (Facebook e Twitter), raccogliendo 787 commenti

¹ AMNESTY INTERNATIONAL, *USA: Trump's racist slurs translates into degrading, dehumanizing policies*, notizia disponibile al link: <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2019/07/usa-trumps-racist-slurs-translates-into-degrading-dehumanizing-policies/> (ultima consultazione: 24/08/2019).

² Cfr., ad esempio, il Report of the UN Special Rapporteur on contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance to the Human Rights Council, 2007 (A/HRC/4/19), § 36.

³ Sul concetto di vulnerabilità e sulla sua rilevanza per la filosofia politica e giuridica, nonché per le questioni concernenti i diritti umani, si vedano, in generale: B.S. TURNER, *Vulnerability and Human Rights*, The Pennsylvania State University Press, University Park (Penn.), 2006; TH. CASADEI (a cura di), *Diritti umani e soggetti vulnerabili. Violazioni, trasformazioni, aporie*, Giappichelli, Torino, 2012; M.A. FINEMAN, *The Vulnerable Subject. Anchoring Equality in the Human Condition*, Princeton University Press, Princeton (N.J.), 2013; C. MACKENZIE, W. ROGERS, S. DODDS (eds.), *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 2013; E.C. GILSON, *The Ethics of Vulnerability. A Feminist Analysis of Social Life and Practice*, Routledge, London and New York, 2014; M.A. FINEMAN, A. GREAR (eds.), *Vulnerability. Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, Ashgate, Farnham (UK), 2014; A. GROMPI, *V come vulnerabilità*, Cittadella editrice, Assisi, 2017; GF. ZANETTI, *Filosofia della vulnerabilità. Percezione, discriminazione, diritto*, Carocci, Roma, 2018; O. GIOLO, B. PASTORE (a cura di), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Carocci, Roma, 2018.

⁴ Si veda, sul punto, il report di AMNESTY INTERNATIONAL, *Choice and Prejudice. Discrimination against Muslims in Europe*, Amnesty International LTD, London, 2012, p. 15-16.

offensivi e discriminatori nei confronti dei migranti, di minoranze religiose, dei rom, della comunità LGBTIAQ e delle donne. Tali commenti provenivano da 129 candidati, dei quali 77 sono stati eletti in Parlamento⁵. Analoga operazione è stata svolta nel 2019, in occasione delle elezioni politiche europee, raccogliendo le dichiarazioni e i commenti di 461 candidati politici italiani al Parlamento Europeo e i commenti dei lettori: l'11,5% dei contenuti è risultato veicolare messaggi d'odio nei confronti delle minoranze, prima fra tutte quella dei migranti. Dati alla mano, i *post* che hanno avuto più risonanza nel web (quelli che sono stati maggiormente commentati e hanno ricevuto un maggior numero di *like* rispetto agli altri) sono quelli dell'allora Ministro dell'Interno Matteo Salvini⁶.

D'altro canto, l'utilizzo di un linguaggio che non solo veicola stereotipi negativi associati a gruppi vulnerabili, bensì anche propriamente e direttamente offensivo nei confronti di un individuo in virtù della sua appartenenza al gruppo, non è un fenomeno inedito in Italia. Basti pensare, ad esempio, al caso di Roberto Calderoli, allora Vicepresidente del Senato, che nel luglio del 2013, riferendosi all'allora Ministra dell'Integrazione Cécile Kyenge, disse pubblicamente: «Amo gli animali, ma quando vedo le immagini della Kyenge, non posso non pensare – anche se non dico che lo sia – *alle sembianze di un orango*»⁷, ciò che gli ha causato, nel gennaio del 2019, una condanna in primo grado a un anno e sei mesi di carcere per diffamazione aggravata da odio razziale irrogata dal Tribunale di Bergamo⁸.

Peraltro, la Suprema Corte di Cassazione italiana, nel 2018, ha stabilito che l'aggravante di odio razziale può essere comminata anche per commenti "generici" come «Che venite a fare qua... dovete andare via», respingendo il ricorso di una persona nei cui confronti era stata irrogata sentenza di condanna per concorso in lesioni perpetrate a danno di due persone di origine straniera: la Suprema Corte, in tale sentenza, ricorda che l'aggravante della finalità di discriminazione o odio etnico, nazionale, razziale o religioso «non ricorre solo allorché l'espressione riconduca alla manifestazione in un pregiudizio nel senso dell'inferiorità di una determinata razza; ma anche quando la condotta, per le sue intrinseche caratteristiche e per il contesto in cui si colloca, risulta intenzionalmente diretta a rendere percepibile all'esterno e a suscitare in altri analogo sentimento di odio etnico, e comunque a dar luogo, in futuro o nell'immediato, al concreto pericolo di comportamenti discriminatori»⁹.

⁵ AMNESTY INTERNATIONAL ITALIA, *Conta fino a 10. Barometro dell'odio in cam pagna elettorale*, Amnesty International Italia, Roma, 2018.

⁶ AMNESTY INTERNATIONAL ITALIA, *Barometro dell'odio. Elezioni europee 2019*, Amnesty International Italia, Roma, 2019, pp. 26-27.

⁷ La notizia è reperibile *online*, sulla testata Il Sole 24 Ore: <https://st.ilsole24ore.com/art/notizie/2013-07-14/calderoli-kyenge-sembra-orango-140217.shtml?uuid=Ab32P9DI> (ultima consultazione: 24 agosto 2019).

⁸ Dopo la negazione dell'autorizzazione a procedere da parte del Senato il 16 settembre 2015 nei confronti di Calderoli, poiché la condotta era stata esperita, secondo la Commissione, nell'esercizio delle funzioni di parlamentare, la Corte Costituzionale, con sentenza n. 59 del 2018, aveva accolto il ricorso del Tribunale di Bergamo, che aveva sollevato conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato relativamente a tale deliberazione di insindacabilità, statuendo che le opinioni espresse dal senatore non avevano «alcun nesso funzionale con l'esercizio dell'attività parlamentare».

⁹ Cass. Pen., sez. V, Sent., (ud. 23/03/2018) 12/07/2018, n. 32028.

La diffusione capillare dell'*hate speech* ha portato, nel luglio 2019, António Guterres, nono Segretario Generale delle Nazioni Unite, ad annunciare la *UN Strategy and Plan of Action on Hate Speech*¹⁰, volta ad affrontare le cause del discorso d'odio, a combattere violenza, marginalizzazione e discriminazione. Già l'Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile include tali obiettivi; tuttavia, il nuovo strumento lanciato dalle Nazioni Unite pare voler affrontare il discorso d'odio con un approccio integrato e specifico. Nel discorso di presentazione del piano d'azione dell'ONU, Guterres ha sostenuto quanto segue:

«In both liberal democracies and authoritarian regimes, some political leaders are bringing the hate-fueled ideas and language of these groups *into the mainstream, normalizing them, coarsening the public discourse and weakening the social fabric*»¹¹.

L'*hate speech*, se utilizzato dalla politica e dalle istituzioni, ha l'effetto di *normalizzare* i messaggi d'odio che esso veicola, contribuendo ad un *hate mainstreaming* che favorisce un'omogeneizzazione del pensiero stereotipato, non informato e senza fonti che ha l'unico effetto di dare forma ad un immaginario collettivo animato da un sentimento discriminatorio (a volte del tutto cosciente, ma spesso anche inconsapevole) che finisce per relegare l'Altro in posizioni di subordinazione sociale. I gruppi vulnerabili, così, finiscono per essere il capro espiatorio di politiche di consenso volte a conseguire voti e maggioranze.

L'utilizzo del discorso d'odio in politica, tuttavia, non rappresenta l'oggetto privilegiato dell'analisi di questo lavoro. Esso, infatti, costituisce una deriva patologica di un atteggiamento ormai diffuso nelle democrazie costituzionali contemporanee, quello, cioè, di veicolare attraverso contenuti che apparentemente rientrano sotto la protezione del generale diritto alla libertà d'espressione messaggi di inferiorizzazione che contribuiscono alla stereotipizzazione e alla discriminazione dei gruppi vulnerabili. La maggior gravità dell'inasprimento dei toni nel discorso politico, in realtà, riflette una tendenza all'*eterofobia*¹² che rappresenta la causa principale dell'*hate speech*, ampiamente diffuso anche lontano dagli ambienti politici e istituzionali, giacché esso ha sostituito le modalità civili di comunicazione, convertendosi in una vera e propria abitudine alla "comunicazione ostile" (cfr. *infra*, § 1.6.6).

Un esempio recente, nel contesto italiano, di questa comunicazione ostile è quello che ha visto protagonista l'emittente radiofonica *Radio Studio 54* di Scandicci, nella Provincia di Firenze, che mandava in onda trasmissioni durante le quali si esprimevano messaggi di odio razziale ed etnico nei confronti degli stranieri: su richiesta del Pubblico Ministero, i Carabinieri

¹⁰ UN Interoffice Memorandum, *United Nations Strategy and Plan of Action on Hate Speech*, 18 June 2019.

¹¹ La notizia è reperibile *online*, sul sito ufficiale delle Nazioni Unite, nella sezione notizie: <https://news.un.org/en/story/2019/06/1040731> (ultima consultazione: 24 agosto 2019).

¹² Il termine 'eterofobia', dal greco '*hetero*', 'altro', e '*phobos*', 'paura', viene qui utilizzato come generica espressione per individuare l'atteggiamento di diffidenza e paura nei confronti di tutto ciò che viene percepito come 'altro', diverso dallo *standard*, da ciò che è concepito come 'normale'.

hanno sottoposto l'emittente a sequestro preventivo su ipotesi di reato di istigazione all'odio razziale da parte del titolare e conduttore, attualmente indagato¹³.

Più in generale, l'*hate speech* trova oggi una diffusione capillare, oltre che nei *mass media* "tradizionali", soprattutto in rete¹⁴, ciò che porta ad un necessario ripensamento del ruolo dello Stato nella regolazione del *web* e dei comportamenti nel mondo dell'*Internet*, scardinando l'ormai obsoleta distinzione tra *offline* e *online*.

A questi fenomeni si uniscono quelli dell'incessante e sempre più pervasiva pubblicazione di *fake news* da parte di testate giornalistiche che, piuttosto che contribuire all'avanzamento del dibattito pubblico, diffondono notizie false che consolidano stereotipi e pregiudizi non solo nel lettore meno avveduto, bensì "inquinando" le fonti disponibili (soprattutto in rete) e rendendo impossibile un'informazione oggettiva e veritiera. Si comprendono così iniziative spontanee quali, ad esempio, l'emanazione della Carta di Roma, il protocollo deontologico adottato, su impulso dell'associazione omonima, dal Consiglio Nazionale dell'Ordine dei Giornalisti e dalla Federazione Nazionale della Stampa Italiana in seguito all'ammonimento dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati (UNHCR) circa la presenza, nella stampa italiana, di cattive prassi riguardanti l'informazione che ha ad oggetto migranti, richiedenti asilo, rifugiati e vittime della tratta di esseri umani. L'obiettivo del protocollo deontologico, in primo luogo, è proprio quello di evitare la diffusione di informazioni false e, soprattutto, di invitare all'utilizzo di una terminologia giuridicamente adeguata «al fine di restituire al lettore [...] la massima aderenza alla realtà dei fatti, evitando l'uso di termini impropri»¹⁵. Ne è un esempio la prassi invalsa negli ultimi anni di definire 'clandestino' ogni migrante, o di connotare etnicamente le notizie col preciso scopo di contribuire al sentimento di odio e di paura nei confronti degli stranieri, che vengono sempre più associati a fenomeni criminali e al compimento di reati che minano la sicurezza del Paese.

In questo senso, fuori dall'ambito esclusivamente politico e istituzionale e con maggior attenzione al ruolo della società civile, si comprende come l'*hate speech* non costituisca unicamente una questione di utilizzo perverso della posizione di subordinazione sociale dei gruppi discriminate, bensì esso, anche *a contrario*, contribuisca alla creazione di quella stessa realtà sociale di subordinazione e discriminazione: il discorso d'odio, cioè, *performativamente* crea tale realtà nella coscienza collettiva, costituendo le sue vittime in una posizione di inferiorità che finisce per diventare parte di un pregiudizio, un luogo comune, che si annida negli strati inferiori della coscienza sociale.

¹³ La notizia è reperibile *online*, sulla testata Il Fatto Quotidiano: <https://www.ilfattoquotidiano.it/2019/08/19/finenze-carabinieri-sequestrano-lemittente-radio-studio-54-tribunale-odio-razziale-ed-etnico-nei-confronti-degli-extracomunitari/5396765/> (ultima consultazione: 24 agosto 2019).

¹⁴ Si veda, ad esempio, il Report of the UN Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, *on hate speech and incitement to hatred*, 2012 (A/67/357), § 31.

¹⁵ La Carta è reperibile sul sito dell'Associazione Carta di Roma: <https://www.cartadiroma.org/cosa-e-la-carta-di-roma/codice-deontologico/> (ultima consultazione: 24/08/2019). Si noti che il Protocollo deontologico è stato recepito nel Testo Unico dei doveri del giornalista, approvato dal Consiglio Nazionale dell'Ordine dei Giornalisti tra il dicembre 2015 e il gennaio 2016 e in vigore dal 3 febbraio 2016, venendo a costituire un vero e proprio codice deontologico professionale per coloro che esercitano la professione giornalistica con iscrizione all'Ordine.

Dal punto di vista giuridico, il discorso d'odio ha subito negli ultimi decenni un'attenzione sempre maggiore da parte degli ordinamenti giuridici nazionali e, soprattutto, da parte della comunità internazionale, la cui attività è volta a raggiungere un consenso sullo *status* giuridico della questione, da contrastare attraverso la normativa internazionale. In particolare, l'*hate speech* è una questione che chiama in causa i diritti umani, alla quale si sta cercando di dare una risposta soprattutto attraverso gli strumenti del diritto internazionale dei diritti umani, su impulso soprattutto delle Nazioni Unite, ma anche del Consiglio d'Europa e di altre organizzazioni internazionali.

L'*hate speech*, in particolare, coinvolge profili attinenti ai diritti umani poiché, *prima facie*, esso si presenta come una questione che riguarda la possibilità di limitazione della libertà d'espressione, che in pressoché tutte le democrazie costituzionali della comunità internazionale trova garanzia a livello costituzionale (formale o materiale) in quanto fondamento della stessa democrazia. Dall'altro lato, come se si trattasse di una questione di diritti diversi in contrasto tra di loro, vi è innanzitutto l'impegno degli Stati della comunità internazionale a lottare contro la discriminazione, dal quale, in particolare, emerge progressivamente un diritto individuale alla non-discriminazione come risultato del principio generale di non-discriminazione, corollario del *rule of law* e del principio di uguaglianza¹⁶.

Questa stessa modalità di concepire la questione, in realtà, può dare adito ad un'erronea interpretazione che rischierebbe di tradursi in una sorta di contrapposizione in cui pare che la bilancia debba pendere per uno dei due piatti, cosicché la vittoria di una parte sarà percepita come il soccombere dell'altra. In realtà, nel diritto internazionale dei diritti umani, i diritti costituiscono un insieme di norme che non sanciscono l'esistenza di diritti contrastanti, azionabili come strumenti che finirebbero per contribuire all'acuirsi dei conflitti sociali, bensì, al contrario, si intersecano in vista della costruzione di un vero e proprio *sistema* in cui ciascun diritto non è comprensibile se non in collegamento con gli altri diritti. È questo il principio di *indivisibilità, interdipendenza e interconnessione* dei diritti umani sancito dalla Dichiarazione di Vienna del 1993¹⁷.

¹⁶ In una letteratura sterminata, per una prospettiva sul *discrimination law* nel diritto internazionale dei diritti umani, cfr.: M. SARGEANT (ed.), *Discrimination Law*, Pearson, Harlow, 2004. Sul diritto antidiscriminatorio nell'Unione Europea, si veda E. ELLIS, PH. WATSON (eds.), *EU Anti-Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012. In prospettiva filosofica, si vedano invece: S. FREDMAN, *Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011; D. HELLMAN, S. MOREAU (eds.), *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013; T. KHAITAN, *A Theory of Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015; I. SOLANKE, *Discrimination as Stigma. A Theory of Anti-Discrimination Law*, Bloomsbury, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2017; H. COLLINS, T. KHAITAN (eds.), *Foundations of Indirect Discrimination Law*, Bloomsbury, Oxford and Portland, 2018. Nel contesto italiano, sempre in prospettiva filosofica, si vedano: TH. CASADEI (a cura di), *Lessico delle discriminazioni. Tra società, diritto e istituzioni*, Diabasis, Reggio Emilia, 2008.

¹⁷ WORLD CONFERENCE ON HUMAN RIGHTS, *Vienna Declaration and Programme of Action*, adopted by the World Conference on Human Rights in Vienna on 25 June 1993. La Dichiarazione, alla sezione 1, art. 5, così sancisce: «All human rights are universal, indivisible and interdependent and interrelated. The international community must treat human rights globally in a fair and equal manner, on the same footing, and with the same emphasis. While the significance of national and regional particularities and various historical, cultural and religious backgrounds must be borne in mind, it is the duty of States, regardless of their political, economic and cultural systems, to promote and protect all human rights and fundamental freedoms».

A livello teorico, il principio significa necessariamente non solo che a tutti i diritti umani deve essere dato eguale peso, senza che tra essi si possa stabilire una relazione di gerarchia – soprattutto in relazione alle tradizionali classificazioni, come quella che tende ad opporre i diritti civili e politici, da un lato, e i diritti economici, sociali e culturali, dall’altro –, bensì anche che ciascun diritto *non può essere compreso* nella sua pienezza se non, appunto, entro il sistema delineato dai diritti nel suo insieme.

Ciò evidentemente finisce per spiegare effetti anche sulla questione del rapporto tra la libertà d’espressione e il discorso d’odio, tra il *free speech* (o la *freedom of expression*) e l’*hate speech*. Infatti, se si concepiscono le due questioni come separate e confliggenti, cosicché le norme a tutela delle vittime del discorso d’odio paiono configurarsi unicamente come una limitazione della libertà d’espressione, si finirà per aderire alla tendenza (invero inflazionata nel dibattito sull’*hate speech*) a restringere il più possibile il campo d’applicazione della normativa sul discorso d’odio per evitare che essa vada a detrimento della libertà d’espressione. Al contrario, percepire i diritti umani nel loro insieme significa che essi devono trarre origine da un unico sistema teorico, da un unico insieme di principi ai quali occorre tornare ogni volta che pare profilarsi un presunto conflitto tra diritti.

Così, occorre ricordare che, se da un lato vi è chi sostiene che, nell’equazione “a somma zero” volta a bilanciare il diritto alla libertà d’espressione con il diritto all’eguaglianza e alla non-discriminazione, ogni “vittoria” del secondo va a detrimento del primo, è possibile – e forse necessario – ricorrere all’esigenza di reinterpretare la libertà d’espressione in base ai medesimi principi che sottostanno alle esigenze di tutela dell’eguaglianza contro la discriminazione. In questo senso, la questione, a livello teorico, pare prospettarsi come un dibattito tra coloro che sostengono che il divieto di *hate speech* costituisca una violazione della libertà d’espressione e coloro che, invece, vedono in esso un *abuso* della libertà d’espressione.

In questo dibattito, tuttora aperto e ben lungi dall’avanzare verso un punto di equilibrio, è quasi giocoforza percepire le questioni di limitazione della libertà d’espressione esclusivamente dal punto di vista dell’intervento statale di tipo *sanzionatorio*: pare esservi, cioè, una tendenza a percepire il problema dell’*hate speech* nei termini della necessità di individuazione del limite sanzionatorio dello Stato rispetto alle condotte individuali. Oltre quel limite, il dibattito si è a lungo tempo arenato, come se, una volta individuato il confine tra “ciò che si può dire” e “ciò che non si può dire”, la questione fosse risolta e non si prospettasse alcuna responsabilità ulteriore in capo agli ordinamenti giuridici, alle istituzioni e, più in generale, alla comunità internazionale. Va da sé che, se le cose stanno in questo modo, un’eccessiva semplificazione del dibattito potrebbe ingenerare la convinzione che la domanda fondamentale sottesa alla questione sia unicamente quella relativa all’irrogabilità o meno di *sanzioni penali* e, parimenti, ai confini e ai limiti di intervento attraverso l’irrogazione di suddette sanzioni.

Recuperare il principio di indivisibilità, interdipendenza e interconnessione dei diritti, allora, può voler dire richiamare l’attenzione su una riflessione più profonda, capace di indagare i principi sottesi *sia* alla libertà d’espressione *sia* all’eguaglianza e non-discriminazione in maniera non conflittiva, per riportare tra le due sfere un’unità (un’indivisibilità, un’interdipendenza e un’interconnessione, appunto) che tragga origine da un’interpretazione comune. In

questo modo, si allargherebbe la domanda fondamentale in modo da coprire non solo le questioni relative all'*an*, al *quando*, al *quid*, al *quantum* e al *quomodo* della sanzione penale, bensì, in relazione alla possibilità di individuare profili di intervento ulteriori, nemmeno circoscritti unicamente alla sanzione civile o amministrativa, bensì coinvolgenti, ad esempio, anche interventi educativi, di promozione del dialogo interculturale, di supporto alle vittime di *hate speech* e di produzione supportata dallo Stato di narrative positive volte a combattere la stereotipizzazione e lo stigma sociale.

Coerentemente con questa riflessione introduttiva, la struttura che si è inteso dare al presente lavoro tenta di riflettere, da un lato, l'esigenza di "tornare al fondamento" della libertà d'espressione e dell'*hate speech* e, dall'altro, di restituire la complessità del fenomeno entro un'opposizione tra due diversi modi di concepire la questione.

Così, la scansione del lavoro, pur anticipando alcuni indispensabili momenti della riflessione normativa sottesi alla definizione dell'*hate speech*, che contribuiscono all'elaborazione degli elementi definitori, non si pone in contrasto con il metodo generale che si intende seguire: quello, cioè, della suddivisione della riflessione nell'ambito del *concetto* e del *fondamento*, da un lato, e nell'attenzione alla questione della *positivizzazione*, dall'altro¹⁸.

In realtà, nella struttura del lavoro potrebbe sembrare che il momento della *positivizzazione* costituisca il punto di partenza, dal momento che, per prima cosa, si tenterà un'approssimazione alla definizione di *hate speech* proprio attraverso una scansione degli strumenti di diritto internazionale dei diritti umani adottati al fine di dare disciplina giuridica alla questione (cfr. *infra*, CAP. 1). Tuttavia, questi elementi vengono anticipati esclusivamente poiché, data l'assenza di una definizione universale del discorso d'odio – stante il fatto che ciascuno strumento di livello internazionale e, del pari, ciascun ordinamento nazionale adotta definizioni giuridiche anche molto diverse tra loro –, si è ritenuto necessario iniziare con una riflessione volta alla ricerca di tutti gli elementi che a tale definizione contribuiscono (in linea con l'analisi del *concetto*). In questo senso, si procederà all'analisi delle dichiarazioni e convenzioni internazionali sul tema (la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, la Convenzione per la prevenzione e repressione del delitto di genocidio, il Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici, la Convenzione Internazionale sull'Eliminazione di ogni forma di Discriminazione Razziale), nonché delle normative adottate in seno a due contesti regionali (quello europeo, nel caso del Consiglio d'Europa e dell'Unione Europea, e quello americano, nel caso della Convenzione Americana sui Diritti Umani).

¹⁸ Si tratta del metodo di analisi e di studio delle questioni relative ai diritti umani delineato da Gregorio Peces-Barba Martínez: cfr. G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría general*, con la colaboración de R. De Asís Roig, Carlos R. Fernández Liesa, Ángel Llamas Cascón, Universidad Carlos III de Madrid – Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995. Cfr., inoltre: F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Poder, ordenamiento jurídico, derechos*, Dykinson, Madrid, 2002; R. DE ASÍS ROIG, *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos. Una aproximación dualista*, Dykinson, Madrid, 2010; M.C. CARMEN BARRANCO AVILÉS, *Teoría del Derecho y derechos fundamentales*, cit. Si ricordi che anche R. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2002, aveva distinto tra *concetto*, *fondamento* e *garanzia*.

Siffatta analisi, soprattutto nel lettore che possiede una minor familiarità con il linguaggio giuridico, ma anche per gli stessi giuristi e filosofi del diritto, rischia di generare confusione, proprio in virtù della differenza di trattamento del discorso d'odio a livello internazionale e regionale. Pertanto, si tenterà di approssimarsi all'elaborazione di una "teoria del discorso ostile" (cfr. *infra*, § 1.6) capace di riassumere gli elementi fondamentali dell'*hate speech* al fine di una sua chiara (per quanto sempre soggetta a slittamenti e incertezze) teorizzazione.

Nel tentativo di tornare al *fondamento* della questione, poi, si analizzeranno due diverse concezioni della libertà (liberale e neo-repubblicana; cfr. *infra*, § CAP. 2) che si ritiene siano sottese all'autocomprensione degli ordinamenti giuridici in materia di regolazione della libertà d'espressione. Per ciò che concerne il modello liberale, a partire dalla classica definizione di Isaiah Berlin della libertà *negativa*, si tenterà di dimostrare come alle sue derive *libertarian* sia sottesa una concezione della *libertà formale come non-interferenza*, mentre al liberalismo-egualitario sarebbe da ascrivere una concezione della *libertà reale come non-interferenza* (cfr. *infra*, § 2.7). Quanto al neo-repubblicanesimo, invece, si partirà dall'ideale di Philip Pettit della *libertà come non-dominazione*, per mostrare come esso abbia ricevuto scarsa attenzione entro gli *account* neo-repubblicani della libertà e della libertà d'espressione, che paiono invece aver privilegiato la dimensione *positiva* della libertà come partecipazione e *self-government* (quello che verrà definito 'modello democratico-repubblicano'; cfr. *infra*, § 2.8.2). A partire da questo slittamento di significato associato alla libertà neo-repubblicana, si tenterà di recuperare la libertà come *non-dominazione* come ideale normativo che dovrebbe informare il sistema dei diritti umani (cfr. *infra*, §§ 2.8.3, 2.8.4), analizzandone le implicazioni.

Così, la riflessione proseguirà con l'indagine sulle concezioni della libertà generalmente sottese ai modelli "tradizionali" della libertà d'espressione (CAP. 3), mostrando una prevalenza del modello *liberale* (cfr. *infra*, § 3.2) e del modello *democratico-repubblicano* (cfr. *infra*, § 3.3.2), sottolineando nuovamente l'assenza del modello neo-repubblicano della *non-dominazione* (cfr. *infra*, § 3.3.3).

Al fine della costruzione di una teoria dell'*hate speech* fondata sull'ideale della non-dominazione, l'analisi proseguirà con un'indagine della relazione tra discorso [*speech*] e azione [*action*] a partire dalla teoria degli atti linguistici (cfr. *infra*, CAP. 4). In questo senso, il testo di John Langshaw Austin, *How to Do Things with Words*¹⁹, la sua revisione da parte di John Rogers Searle e la critica di Jacques Derrida (cfr. *infra*, §§ 4.1.1, 4.1.2, 4.1.3) rappresentano un momento fondamentale nella storia della filosofia del linguaggio (il cosiddetto '*linguistic turn*'). Esso costituisce la "grammatica" fondamentale che fornisce gli strumenti per proseguire la ricerca attraverso la teoria della performatività (il cosiddetto '*performative turn*'; cfr. *infra*, § 4.2), che spiega effetti sulla concezione dell'*hate speech* (come si mostrerà nell'analisi delle teorie di Rae Langton e Judith Butler; cfr. *infra*, §§ 4.2.4, 4.2.5) e, si ritiene, si pone come punto di vista prospettico irrinunciabile per una critica alla filosofia liberale della separazione cartesiana tra mente e corpo, tra psiche e materia, tra *speech* e *action* soggiacente agli *account* liberali della relazione tra libertà d'espressione e discorso d'odio.

¹⁹ J.L. AUSTIN, *How to Do Things with Words*, Oxford University Press, Oxford, 1962.

In ciò, si vedrà come i due concetti-chiave della filosofia del linguaggio austiniana, ‘*illocutorio*’ e ‘*perlocutorio*’, permettono di comprendere le differenze di trattamento dell’*hate speech* che si rinvencono nella contrapposizione tra la teoria liberale della non-interferenza e quella neo-repubblicana della non-dominazione (cfr. *infra*, CAP. 5), che spiegano effetti su due diverse definizioni di discorso d’odio fatte proprie, rispettivamente, dal Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici e dalla Convenzione Internazionale sull’Eliminazione di ogni forma di Discriminazione Razziale, nonché dagli strumenti adottati dal Consiglio d’Europa.

Così, al modello liberale della non-interferenza è associato il fondamentale *harm principle* (principio del danno) adottato da John Stuart Mill prima e sistematicamente teorizzato da Joel Feinberg poi, che o nega l’esistenza del danno da *hate speech*, sostenendo una libertà come non-interferenza formale nelle relazioni Stato-individuo (modello *libertarian*; cfr. *infra*, § 5.2.1), oppure accetta l’intervento statale a limitazione della libertà d’espressione nel caso dell’*hate speech* solo previa verifica dell’esistenza di un danno che, come si vedrà, è associato al momento in cui dal discorso si passa all’azione (modello liberale; cfr. *infra*, § 5.2.2), finendo per adottare una concezione *perlocutoria* del discorso d’odio. Al contrario, si tenterà di sostenere che la concezione della libertà come non-dominazione, unitamente al concetto di oppressione teorizzato da Iris Marion Young (cfr. *infra*, § 5.3), possano costituire gli strumenti fondamentali per l’adozione di un punto di vista prospettico diverso, capace di “prendere sul serio” la teoria della performatività nel senso della costruzione della realtà sociale (cfr. *infra*, §§ 4.2.4, 4.2.5) e di portare ad un rifiuto della separazione cartesiana tra *speech* e *action* sulla scorta di un trattamento *illocutorio* dell’*hate speech*.

Una volta percorse entrambe le linee di indagine, esse saranno applicate all’analisi del dibattito sul discorso d’odio (cfr. *infra*, CAP. 6), al fine di proporre una nuova lettura fondata proprio sulla teoria della performatività, che rifiuta parzialmente le “tradizionali” suddivisioni di posizioni a partire dalle categorie fondamentali della filosofia morale (deontologia e consequenzialismo) e dimostra che in realtà, ad ogni posizione emersa in seno al dibattito è sottesa – esplicitamente o implicitamente – una concezione della performatività, ancora una volta rispettivamente *perlocutoria* e *illocutoria*.

Da ultimo, in corrispondenza con il momento della *positivizzazione*, i due grandi modelli (liberale e neo-repubblicano), nonché le rispettive concezioni della libertà (non-interferenza e non-dominazione), della libertà d’espressione e dell’*hate speech* (*perlocutorio* e *illocutorio*), saranno utilizzati come chiave di lettura per un percorso comparatistico che oppone il trattamento giurisprudenziale dell’*hate speech* in seno alla giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti e della Corte Europea dei Diritti Umani (cfr. *infra*, CAP. 7). Come si vedrà, mentre il modello fatto proprio dalla Corte Suprema USA si allinea pressoché perfettamente con un’analisi *perlocutoria* della performatività del discorso d’odio fondata su una teoria della libertà negativa come non-interferenza (cfr. *infra*, §§ 7.2, 7.3), il modello utilizzato dalla Corte Europea dei Diritti Umani pare oscillare tra questo e posizioni maggiormente in linea con una concezione della libertà come non-dominazione e un trattamento *illocutorio* dell’*hate speech* (cfr. *infra*, §§ 7.4, 7.5).

Infine, seppur brevemente, un'ultima annotazione sul metodo utilizzato nel lavoro. Coerentemente con i livelli dell'*essere* e del *dover essere* dei sistemi giuridici, si è tentato di dar conto sia della dimensione positiva, *descrittiva*, della questione dell'*hate speech* e della libertà d'espressione, sia della dimensione *normativa* del fenomeno. In questo senso, si ritiene che il modello liberale di trattamento del discorso d'odio coincida con la prima dimensione, mentre sottesa al modello neo-repubblicano giace evidentemente una proposta normativa di trattamento, derivante dall'applicazione della teoria della performatività alla dimensione illocutoria dell'*hate speech*. In siffatto sforzo teorico, data soprattutto la vastità del tema e della letteratura specialista, il momento dell'*analisi dottrinale*²⁰ risulta prevalente, poiché esso costituisce un momento imprescindibile volto a disegnare lo stato dell'arte, sulla base del quale innestare proposte di riflessione normativa. Coerentemente con un approccio di questo tipo, il metodo dell'analisi dottrinale si interseca con l'approccio dei *diritti umani*²¹, del quale si è già detto *supra*. In ciò, ci si scontra inevitabilmente con la questione dell'innovatività della scienza giuridica: ben lungi dal paradigma della certezza matematica e del «*progresso*», in virtù di approcci empirico-cumulativi che sono quasi totalmente estranei alla ricerca filosofico-giuridica di tipo normativo, si ritiene che l'analisi affrontata nel lavoro sia maggiormente assimilabile alla questione dell'«*evoluzione*» nelle scienze sociali e filosofiche, per natura «non empiriche»: ciò significa accettare che le dottrine già esistenti possano costituire un terreno fecondo sul quale innestare riflessioni da angolazioni prospettiche emergenti e in un qualche modo anche provvisorie [*tentative*], piuttosto che tradizionali e consolidate²².

Il presente lavoro costituisce il risultato di una ricerca condotta nell'ambito del doppio dottorato internazionale in regime di cotutela in *Scienze giuridiche – Filosofia del diritto* e in *Estudios Avanzados en Derechos Humanos* tra l'Università degli Studi di Parma e l'Universi-

²⁰ Cfr. J.M. SMITS, *The Mind and the Method of the Legal Academic*, Edward Elgar, Cheltenham (UK), 2012, p. 61, che indica l'*analisi dottrinale* come un momento fondamentale della ricerca giuridica e filosofico-giuridica entro un approccio di tipo *normativo* al diritto. Si noti che il momento dell'analisi dottrinale comprende tanto l'analisi della letteratura sul tema quanto quella giurisprudenziale.

²¹ Ivi, pp. 70-72.

²² Sia consentito riportare il seguente passaggio, tratto dal già citato J.M. SMITS, *The Mind and the Method of the Legal Academic*: «In the 'hard' disciplines, in which the significance of innovative research is invariably emphasized, the standard view of science is that the total amount of knowledge increases with new discoveries. However, the picture of accumulating knowledge – implying that the views of predecessors are rejected and replaced by new insights in a sometimes revolutionary way – only seems applicable to fields characterized by clear paradigms. Legal science – at least in its normative variant – does not have such a core of undisputed knowledge (and hence an idea of what counts as progress compared to this core). [...] Better than the term 'progress' – implying that outdated insights have definitely been left behind – the neutral term 'evolution' reflects how development in legal science takes place. Changes happen in a process of competition in which only the useful arguments (or concepts or rules) survive. [...] [A]n argument, concept or rule that was useful in the past can become important again in the future, much like the way figurative artists made a come back following the first tide of abstract painters. [...] The non-cumulative character of legal science has yet another consequence. In disciplines that build upon existing knowledge, it is usually not very difficult to identify the questions that are still open. [...] Normative legal scholarship is fundamentally different. First, the law does not have any unsolvable questions because the existing materials always allow at least some solution. But more importantly, the accuracy of this solution can be continuously subjected to debate and scrutiny. Innovations in legal science, therefore, are produced through the weighing of different arguments from varying perspectives» (pp. 106-108).

dad Carlos III de Madrid, svoltosi tra il 2016 e il 2019. Inoltre, molto deve agli approcci metodologici, ai temi analizzati e ai progetti di ricerca e, più in generale, all'attività di formazione ricevuta presso il Centro di Ricerca Interdipartimentale su Discriminazioni e vulnerabilità (CRID) del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia e presso l'*Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas"* (IDHBC) dell'Universidad Carlos III de Madrid.

Dal punto di vista dell'esperienza personale, il lavoro è inoltre il prodotto delle riflessioni condotte nell'ambito di un soggiorno di ricerca presso l'*Institute of Advanced Legal Studies* della University of London, nell'estate del 2017, nonché dell'attività "sul campo" condotta tramite la partecipazione alla *Task Force Hate Speech* di Amnesty International Italia, a partire dal 2019, oltre che della pratica concreta nell'ambito di un'esperienza lavorativa di tirocinio presso l'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Diritti Umani (UN OHCHR), nel settore *Rule of Law, Equality and Non-Discrimination*, sezione *Anti-Racial Discrimination*, dal settembre al dicembre 2019.

Introducción

En julio de 2019, Kumi Naidoo, Secretario General de Amnistía Internacional, le dirigía una dura crítica al Presidente de Estados Unidos Donald Trump, tras la publicación por parte de éste de algunos comentarios de odio en su perfil de Twitter:

«As President of the United States, Trump has demonized minority groups, whipped up hatred, fear and sowed division. Trump [...] exposes the racism and xenophobia at the heart of his despicable policies [...]. His words prove that xenophobia [...] motivates these policies. President Trump must stop normalizing racism, sexism, transphobia, cruelty and hate. He must start seeing all people, not just a favoured few, as humans; not scapegoats or targets for ridicule. He must honour the US' commitments to the world's most vulnerable, including people fleeing horrific violence and persecution, and protect the human rights of all»¹.

El de Trump sólo es uno de los muchos ejemplos de la vuelta al discurso político de mensajes denigrantes dirigidos a grupos vulnerables e irrespetuosos con los derechos humanos², como el lenguaje sexista, racista, xenófobo, homófobo, capacista [*ableist*] y en general el discurso destinado a desacreditar y ofender a los grupos vulnerables³. En los últimos veinte años, por ejemplo, los partidos anti-islamistas han tenido un éxito nunca visto en Austria, Bélgica, Dinamarca, Francia, Italia, Noruega, Suiza y Países Bajos (entre otros)⁴, canalizando e instrumentalizando el odio frente a los grupos vulnerables y promoviendo un discurso nacionalista que identifica a los ciudadanos con una serie de valores que se presumen homogéneos, oponiéndolos a los que no se reconocen necesariamente en ellos y que, por lo tanto, son etiquetados como “diferentes”, percibidos como el “enemigo” y la causa de los problemas de la sociedad.

En febrero y marzo 2018, gracias al proyecto *Barometro dell'odio*, Amnistía Internacional Italia ha controlado declaraciones y comentarios de los candidatos a las elecciones polí-

¹ AMNESTY INTERNATIONAL, *USA: Trump's racist slurs translates into degrading, dehumanizing policies*, noticia disponible en link: <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2019/07/usa-trumps-racist-slurs-translates-into-degrading-dehumanizing-policies/> (última consulta: 24/08/2019).

² Véase, por ejemplo, el Report of the UN Special Rapporteur on contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance to the Human Rights Council, 2007 (A/HRC/4/19), § 36.

³ Sobre el concepto de vulnerabilidad y su relevancia para la filosofía política y jurídica, así como para las cuestiones de derechos humanos, véanse, en general: B.S. TURNER, *Vulnerability and Human Rights*, The Pennsylvania State University Press, University Park (Penn.), 2006; TH. CASADEI (a cura di), *Diritti umani e soggetti vulnerabili. Violazioni, trasformazioni, aporie*, Giappichelli, Torino, 2012; M.A. FINEMAN, *The Vulnerable Subject. Anchoring Equality in the Human Condition*, Princeton University Press, Princeton (N.J.), 2013; C. MACKENZIE, W. ROGERS, S. DODDS (eds.), *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 2013; E.C. GILSON, *The Ethics of Vulnerability. A Feminist Analysis of Social Life and Practice*, Routledge, London and New York, 2014; M.A. FINEMAN, A. GREAR (eds.), *Vulnerability. Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, Ashgate, Farnham (UK), 2014; A. GROMPI, *V come vulnerabilità*, Cittadella editrice, Assisi, 2017; GF. ZANETTI, *Filosofia della vulnerabilità. Percezione, discriminazione, diritto*, Carocci, Roma, 2018; O. GIOLO, B. PASTORE (a cura di), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Carocci, Roma, 2018.

⁴ Sobre esto, vid. el report de AMNESTY INTERNATIONAL, *Choice and Prejudice. Discrimination against Muslims in Europe*, Amnesty International LTD, London, 2012, p. 15-16.

ticas italianas publicados en las redes sociales (Facebook y Twitter), reuniendo 787 comentarios ofensivos y discriminatorios hacia migrantes, minorías religiosas, gitanos, comunidad LGTBIAQ y mujeres. Esos comentarios procedían de 129 candidatos, de los que 77 han sido elegidos al Parlamento italiano⁵. Lo mismo se ha hecho en 2019, con ocasión de las elecciones políticas europeas, recopilando las declaraciones y los comentarios de 461 candidatos políticos italianos al Parlamento Europeo y los comentarios de los lectores: el 11,5% de los contenidos vehiculaba mensajes de odio hacia las minorías, sobre todo hacia los migrantes. El resultado que arrojan los datos es que los *post* que han tenido mayor repercusión en la web (los que han recibido más comentarios y *like* que los demás) son los del entonces Ministro del Interior Matteo Salvini⁶.

Por otro lado, la utilización de un lenguaje que no sólo vehicula estereotipos negativos asociados con grupos vulnerables, sino directamente ofensivo hacia un individuo debido a su pertenencia a un grupo, no es un fenómeno nuevo en Italia. Basta con pensar, por ejemplo, al caso de Roberto Calderoli, el entonces Vicepresidente del Senado italiano, que en julio de 2013, con referencia a la entonces Ministra de la Integración Cécile Kyenge, dijo públicamente: «Me gustan los animales, pero cuando veo las imágenes de la Kyenge, no puedo evitar que me recuerde – aunque no digo que lo sea – a la *apariencia de un orangután*»⁷, lo que ha conllevado que en enero de 2019 fuera condenado en primera instancia a un año y seis meses de prisión por difamación agravada por odio racial impuesta por el juzgado de Bérgamo⁸.

Además, el Tribunal Supremo de Casación italiano, en 2018, determinó que la circunstancia agravante de odio racial puede aplicarse incluso por comentarios “genéricos” como «¿A qué venís aquí? ¡Marchaos!», llegando incluso a desestimar el recurso contra la sentencia condenatoria que declaraba cómplice de lesiones a quien las produjo contra dos personas de origen extranjero: el Tribunal Supremo, en dicha sentencia, recuerda que el agravante de la finalidad de discriminación u odio étnico, nacional, racial o religioso «no existe sólo cuando la expresión lleva a la manifestación de un prejuicio en el sentido de la inferioridad de una raza; sino también cuando la conducta, por sus rasgos intrínsecos y por el contexto en el que se lleva a cabo, resulta intencionalmente dirigida a hacer visible exteriormente y a suscitar en otros un sentimiento similar de odio étnico, y en todos casos a dar lugar, en un futuro o en el momento inmediato, al concreto peligro de comportamientos discriminatorios»⁹.

⁵ AMNESTY INTERNATIONAL ITALIA, *Conta fino a 10. Barometro dell'odio in cam pagna elettorale*, Amnesty International Italia, Roma, 2018.

⁶ AMNESTY INTERNATIONAL ITALIA, *Barometro dell'odio. Elezioni europee 2019*, Amnesty International Italia, Roma, 2019, pp. 26-27.

⁷ La noticia se puede encontrar *online*, en el periódico Il Sole 24 Ore: <https://st.ilsole24ore.com/art/notizie/2013-07-14/calderoli-kyenge-sembra-orango-140217.shtml?uuid=Ab32P9DI> (última consulta: 24 agosto 2019).

⁸ Tras la negación de la autorización a proceder por parte del Senado el 16 de septiembre de 2015 con respecto a Calderoli, ya que la conducta se había producido, según la Comisión, en el ejercicio de funciones de senador, el Tribunal Constitucional italiano, con sentencia n. 59 de 2018, acogió la apelación del Tribunal de Bérgamo, que había levantado conflicto de atribuciones entre poderes del Estado sobre dicha deliberación de inadmisibilidad, resolviendo que las opiniones expresadas por el senador no tenían «ningún vínculo funcional con el ejercicio de la actividad parlamentaria».

⁹ Cass. Pen., sez. V, Sent., (ud. 23/03/2018) 12/07/2018, n. 32028.

La amplia difusión del *hate speech* ha llevado, en julio de 2019, António Guterres, noveno Secretario General de Naciones Unidas, a celebrar la adopción de la *UN Strategy and Plan of Action on Hate Speech*¹⁰, dirigida a abordar las causas del discurso del odio, a luchar contra la violencia, la marginación y la discriminación. La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible ya incluía dichos objetivos; sin embargo, la nueva herramienta puesta en marcha por Naciones Unidas parece abordar el *hate speech* desde un enfoque integral y específico. En el discurso de presentación del programa de NNUU, Guterres ha mantenido lo siguiente:

«In both liberal democracies and authoritarian regimes, some political leaders are bringing the hate-fuelled ideas and language of these groups *into the mainstream, normalizing them, coarsening the public discourse and weakening the social fabric*»¹¹.

El *hate speech*, cuando es utilizado por la política y las instituciones, tiene el efecto de *normalizar* los mensajes de odio, contribuyendo a un *hate mainstreaming* que favorece una homogeneización del pensamiento estereotipado, no informado y sin fuentes, con el único efecto de dar forma a una imaginación colectiva animada por un sentimiento discriminatorio (a veces totalmente consciente, pero a menudo también inconsciente) que acaba confinando al Otro en posiciones de subordinación social. Así, los grupos vulnerables acaban convirtiéndose en el chivo expiatorio de políticas de consentimiento dirigidas a obtener votos y mayorías.

La utilización del discurso de odio en política, sin embargo, no constituye el objeto del análisis de este trabajo. De hecho, es simplemente una desviación patológica de una actitud ya generalizada en las democracias constitucionales contemporáneas, la de vehicular a través de contenidos que al parecer gozan de la protección del general derecho a la libertad de expresión mensajes de inferiorización que contribuyen a estereotipar y discriminar a los grupos vulnerables. La mayor gravedad del endurecimiento del tono del discurso político, en realidad, refleja una tendencia a la *heterofobia*¹² que representa la causa principal del *hate speech*, muy difundido incluso lejos de ambientes políticos e institucionales, que ha sustituido las modalidades civiles de comunicación, convirtiéndose en una verdadera costumbre de la “comunicación hostil” (véase *infra*, § 1.6.6).

Un ejemplo reciente de dicha comunicación hostil, en el contexto italiano, es el que tuvo como protagonista a la emisora *Radio Studio 54* de Scandicci, en la Provincia de Florencia, que transmitía emisiones en las que se expresaban mensajes de odio racial y étnico hacia los extranjeros: bajo solicitud de la Fiscalía, los *Carabinieri* declararon secuestro preventivo de la

¹⁰ UN Interoffice Memorandum, *United Nations Strategy and Plan of Action on Hate Speech*, 18 June 2019.

¹¹ La noticia se puede encontrar online en la sección de noticias de la página web oficial de Naciones Unidas: <https://news.un.org/en/story/2019/06/1040731> (última consulta: 24 agosto 2019).

¹² La palabra ‘heterofobia’, del griego ‘hetero’, ‘otro’, y ‘phobos’, ‘miedo’, se utiliza en este caso como expresión genérica para individuar la actitud de desconfianza y miedo hacia todo lo que se percibe como ‘otro’, diferente del estándar, de lo que se concibe como ‘normal’.

emisora por presunto crimen de instigación al odio racial por parte del propietario y conductor, actualmente bajo investigación¹³.

Más en general, el *hate speech* hoy en día es objeto de difusión capilar, además de los *mass media* “tradicionales”, sobre todo en la red¹⁴, lo que lleva necesariamente a la exigencia de replantear el rol del Estado en la regulación del *web* y de las conductas en el mundo del *Internet*, más allá de la anticuada distinción entre *offline* y *online*.

A estos fenómenos se suman los de la incesante y cada vez más dominante publicación de *fake news* por parte de periódicos que, en lugar de contribuir al debate público, difunden noticias falsas que consolidan estereotipos y prejuicios no sólo en el lector menos experto, sino “contaminando” las fuentes disponibles (sobre todo digitales) y haciendo imposible la información objetiva y verdadera. Se comprenden así iniciativas espontáneas como, por ejemplo, la publicación de la Carta de Roma, el protocolo deontológico adoptado, bajo el impulso de la homónima asociación, por el Consejo Nacional del Colegio de los Periodistas y por la Federación Nacional de la Prensa Italiana, tras la admonición del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (UNHCR) sobre la presencia, en la prensa italiana, de malas costumbres relacionadas con la información sobre migrantes, solicitantes de asilo, refugiados y víctimas de la trata de seres humanos. El objetivo del protocolo deontológico, en primer lugar, es el de evitar la difusión de informaciones falsas y, sobre todo, el de invitar a la utilización de una terminología jurídicamente adecuada «para restituir al lector [...] la máxima adherencia a la realidad de los hechos, evitando así la utilización de términos impropios»¹⁵. Buena muestra de ello es la práctica común, sobre todo en los últimos años, de definir como ‘clandestino’ a todo migrante, o de incluir información étnica en las noticias con vistas a contribuir al sentimiento de odio y miedo hacia los extranjeros, que cada vez más son asociados con fenómenos criminales que socavan la seguridad del país.

En este sentido, fuera de lo exclusivamente político e institucional y con mayor atención al rol de la sociedad civil, se comprende cómo el *hate speech* no constituye únicamente una cuestión de utilización pervertida de la posición de subordinación social de los grupos vulnerables discriminados, sino que, incluso *a contrario*, contribuye a la creación de dicha realidad social de subordinación y discriminación: el discurso del odio, es decir, *crea* dicha realidad en la conciencia colectiva *de manera performativa*, constituyendo a sus víctimas en una posición de inferioridad que acaba convirtiéndose en un prejuicio, un cliché, que se encuentra en los estratos inferiores de la conciencia social.

¹³ La noticia se puede encontrar *online*, en el periódico Il Fatto Quotidiano: <https://www.ilfattoquotidiano.it/2019/08/19/firenze-carabinieri-sequestrano-lemittente-radio-studio-54-tribunale-odio-razziale-ed-etnico-nei-confronti-degli-extracomunitari/5396765/> (última consulta: 24 agosto 2019).

¹⁴ Véase, por ejemplo, el Report of the UN Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, *on hate speech and incitement to hatred*, 2012 (A/67/357), § 31.

¹⁵ La Carta se puede encontrar en la web de la asociación Carta di Roma: <https://www.cartadiroma.org/cosa-e-la-carta-di-roma/codice-deontologico/> (última consulta: 24/08/2019). Cabe señalar que el Protocolo deontológico ha sido incluido en el Texto Único de los deberes del periodista, aprobado por el Consejo Nacional del Colegio de los Periodistas entre diciembre de 2015 y enero de 2016 y vigente a partir del 3 de febrero de 2016, constituyendo de esta manera un verdadero código deontológico profesional para los periodistas inscritos al Colegio.

Desde el punto de vista jurídico, el discurso del odio ha sido objeto de atención cada vez más profunda por parte de los ordenamientos jurídicos nacionales y, sobre todo, por parte de la comunidad internacional, cuya actividad se ha dirigido a buscar un acuerdo sobre el estatus jurídico de la cuestión, contra la que luchar a través de la normativa internacional. En particular, el *hate speech* es una cuestión relacionada con los derechos, a la que se intenta dar respuesta sobre todo a través de las herramientas del derecho internacional de los derechos humanos, bajo el impulso de Naciones Unidas, pero también del Consejo de Europa y otras organizaciones internacionales.

El *hate speech*, en particular, involucra cuestiones de derechos humanos porque, *prima facie*, tiene que ver con la posibilidad de limitar la libertad de expresión, que en prácticamente todas las democracias constitucionales de la comunidad internacional se garantiza a nivel constitucional (formal o material) como fundamento de la propia democracia. Por otro lado, como si se tratara de una cuestión de derechos diferentes en conflicto, está el compromiso de los Estados de luchar contra la discriminación, del que se desprende de manera progresiva un derecho individual a la no-discriminación como resultado del principio general de no-discriminación, corolario del *rule of law* y del principio de igualdad¹⁶.

Dicha forma de abordar la cuestión, en realidad, puede desembocar en una interpretación errónea que corre el riesgo de traducirse en algún tipo de contraposición en la que parece que la balanza deba ceder a favor de uno de los dos platos, de ahí que la victoria de una parte se perciba como la derrota de la otra. En realidad, en el derecho internacional de los derechos humanos, los derechos constituyen un conjunto de normas que no determinan la existencia de derechos contradictorios, que se puedan accionar como herramientas que acabarían contribuyendo al empeoramiento de los conflictos sociales, sino que más bien se intersectan con vistas a la construcción de un verdadero *sistema* en el que ningún derecho se entiende sino en relación con los demás derechos. Es el principio de *indivisibilidad, interdependencia e interconexión* de los derechos humanos, proclamado por la Declaración de Viena de 1993¹⁷.

A nivel teórico, este principio significa necesariamente no sólo que a todos los derechos humanos debe darse igual peso, sin que entre ellos se pueda establecer una relación de jerarquía

¹⁶ Como parte de una bibliografía inmensa, para una perspectiva sobre el *discrimination law* en el derecho internacional de los derechos humanos, véase M. SARGEANT (ed.), *Discrimination Law*, Pearson, Harlow, 2004. Sobre el derecho antidiscriminatorio en la Unión Europea, véase E. ELLIS, PH. WATSON (eds.), *EU Anti-Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012. En perspectiva filosófica, en cambio, véanse: S. FREDMAN, *Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011; D. HELLMAN, S. MOREAU (eds.), *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013; T. KHAITAN, *A Theory of Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015; I. SOLANKE, *Discrimination as Stigma. A Theory of Anti-Discrimination Law*, Bloomsbury, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2017; H. COLLINS, T. KHAITAN (eds.), *Foundations of Indirect Discrimination Law*, Bloomsbury, Oxford and Portland, 2018. En el contexto italiano, en perspectiva filosófica, véase: TH. CASADEI (a cura di), *Lessico delle discriminazioni. Tra società, diritto e istituzioni*, Diabasis, Reggio Emilia, 2008.

¹⁷ WORLD CONFERENCE ON HUMAN RIGHTS, *Vienna Declaration and Programme of Action*, adopted by the World Conference on Human Rights in Vienna on 25 June 1993. La Declaración, en el apartado 1, art. 5, mantiene: «All human rights are universal, indivisible and interdependent and interrelated. The international community must treat human rights globally in a fair and equal manner, on the same footing, and with the same emphasis. While the significance of national and regional particularities and various historical, cultural and religious backgrounds must be borne in mind, it is the duty of States, regardless of their political, economic and cultural systems, to promote and protect all human rights and fundamental freedoms».

– sobre todo en relación con las tradicionales clasificaciones, como la que opone a los derechos civiles y políticos, por un lado, y a los derechos económicos, sociales y culturales, por el otro –, sino también que ningún derecho, como se ha puesto de relieve, se pueda entender sino dentro del sistema constituido por los derechos en su conjunto.

Evidentemente, lo que se ha venido diciendo acaba teniendo efectos también sobre la cuestión de la relación entre libertad de expresión y discurso del odio, entre *free speech* (o *freedom of expression*) y *hate speech*. De hecho, si se conciben las dos cuestiones como separadas y conflictivas, de manera que las normas que protegen a las víctimas del discurso del odio parecen configurarse únicamente como una limitación de la libertad de expresión, se acabará cayendo en la tendencia (muy presente en el debate sobre *hate speech*) de reducir todo lo posible la aplicación de la normativa sobre el discurso del odio, para evitar que menoscabe la propia libertad de expresión. Al contrario, pensar los derechos humanos en su conjunto significa que deben originarse en un único sistema teórico, en un único conjunto de principios a los que ha de recurrirse toda vez que parezca surgir un supuesto conflicto entre derechos.

Así, cabe recordar que, si por un lado hay quien mantiene que, en la ecuación “de suma cero” dirigida a balancear el derecho a la libre expresión con el derecho a la igualdad y no-discriminación, toda “victoria” de éste es una “derrota” de aquel, es posible – y quizás necesario – recurrir a la exigencia de reinterpretación de la libertad de expresión a partir de los mismos principios que sustentan las exigencias de protección de la igualdad contra la discriminación. En este sentido, la cuestión, a nivel teórico, se presenta como un debate entre los que mantienen que la prohibición del *hate speech* constituye una vulneración de la libertad de expresión y los que, en cambio, en ello ven un *abuso* de la libertad de expresión.

En este debate, todavía abierto y lejos de avanzar hacia un punto de equilibrio, es casi obligado percibir las cuestiones de la limitación de la libertad de expresión casi exclusivamente desde el punto de vista de la intervención estatal de tipo *sancionador*: es decir, parece haber una tendencia a plantear la cuestión del *hate speech* en términos de necesidad de individuar el límite sancionador del Estado frente a las conductas individuales. Más allá del límite, durante mucho tiempo el debate se ha estancado, como si, una vez individuada la frontera entre “lo que se puede decir” y “lo que no se puede decir”, la cuestión estuviera solucionada y no se pudiera plantear ninguna responsabilidad ulterior de los ordenamientos jurídicos, de las instituciones y, más en general, de la comunidad internacional. De ahí que, si las cosas son así, una excesiva simplificación del debate podría dar lugar a la convicción que la pregunta fundamental que subyace a la cuestión sea sólo la de la posibilidad de imponer una *sanción penal* y, de igual manera, la de los confines y límites de la intervención a través de dichas sanciones.

Recuperar el principio de indivisibilidad, interdependencia e interconexión de los derechos, por lo tanto, puede significar llamar la atención sobre una reflexión más profunda, capaz de ahondar en los principios subyacentes *tanto* a la libertad de expresión *como* a la igualdad y no-discriminación de manera no conflictiva, para restablecer entre las dos esferas una unidad (es decir, una indivisibilidad, una interdependencia y una interconexión) que se desprenda de una interpretación común. De esta manera, se ampliaría la pregunta fundamental para incluir no sólo las cuestiones relativas al *an*, al *quando*, al *quid*, al *quantum* y al *quomodo* de la sanción penal, sino también, en relación con la posibilidad de individuar márgenes de intervención

ulteriores, que no se circunscriban siquiera a la sanción civil o administrativa, sino que incluyan, por ejemplo, también intervenciones educativas, de promoción del diálogo intercultural, de apoyo a las víctimas de *hate speech* y de producción, apoyada por el Estado, de narrativas positivas dirigidas a luchar contra los estereotipos y los estigmas sociales.

De manera coherente con esta reflexión introductoria, la estructura que se ha pretendido dar al trabajo intenta reflejar, por un lado, la necesidad de “volver al fundamento” de la libertad de expresión y del *hate speech* y, por otro, la de restituir la complejidad del fenómeno en el marco de una oposición entre dos diversos modos de plantear la cuestión.

De ahí que la estructura del trabajo, aun anticipando algunos momentos indispensables de la reflexión normativa que subyacen a la definición del *hate speech* y que contribuyen a la elaboración de los elementos definitorios, no resulta conflictiva con el método general que se ha pretendido utilizar: es decir, el del reparto de la reflexión en el ámbito del *concepto* y del *fundamento*, por un lado, y en la atención a la cuestión de la *positivación*, por otro¹⁸.

En realidad, en la estructura del trabajo podría parecer que el momento de la *positivación* constituye el punto de partida, por el hecho de que, en primer lugar, se intentará una aproximación a la definición de *hate speech* a través de un análisis de las herramientas de derecho internacional de los derechos humanos adoptados con vistas a dar disciplina jurídica a la cuestión (véase *infra*, CAP. 1). Sin embargo, dichos elementos se adelantan sólo porque, dada la ausencia de una definición universal del discurso de odio –cada instrumento internacional y, del mismo modo, cada ordenamiento jurídico nacional, adopta definiciones jurídicas que incluso llegan a ser muy diferentes entre sí –, se ha considerado necesario empezar con una reflexión dirigida a investigar todos los elementos que contribuyen a dicha definición (de manera coherente con el análisis del *concepto*). En este sentido, se procederá con un análisis de las declaraciones y convenciones internacionales sobre el tema (la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención para la prevención y represión del delito de genocidio, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial), y de las normativas adoptadas en dos contextos regionales (el europeo, en el caso del Consejo de Europa y la Unión Europea, y el americano, en el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

El análisis, sobre todo para el lector menos acostumbrado al lenguaje jurídico, pero también para los propios juristas y filósofos del Derecho, corre el riesgo de generar confusión, en virtud de la diferencia de trato del discurso del odio a nivel internacional y regional. Por lo tanto, se intentará elaborar una “teoría del discurso hostil” (véase *infra*, § 1.6) capaz de resumir los elementos fundamentales del *hate speech* con vistas a una clara (aunque siempre expuesta a incertidumbres) teorización.

¹⁸ Se trata del método de análisis y de estudio de las cuestiones relativas a los derechos humanos delineado por Gregorio Peces-Barba Martínez: véase G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría general*, con la colaboración de R. De Asís Roig, Carlos R. Fernández Liesa, Ángel Llamas Cascón, Universidad Carlos III de Madrid – Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995. Véanse también: F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Poder, ordenamiento jurídico, derechos*, Dykinson, Madrid, 2002; R. DE ASÍS ROIG, *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos. Una aproximación dualista*, Dykinson, Madrid, 2010; M.C. CARMEN BARRANCO AVILÉS, *Teoría del Derecho y derechos fundamentales*, cit. Cabe señalar que R. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2002, distinguía entre *concepto*, *fundamento* y *garantía*.

En el intento de volver al *fundamento* de la cuestión, además, se analizarán dos distintas concepciones de la libertad (liberal y neo-republicana; véase *infra*, § CAP. 2), las que se mantiene que subyacen a la auto-comprensión de los ordenamientos jurídicos en materia de regulación de la libertad de expresión. Por lo que respecta al modelo liberal, a partir de la clásica definición de Isaiah Berlin de libertad *negativa*, se intentará demostrar cómo a sus derivas *libertarian* subyace una concepción de *libertad formal como no-interferencia*, mientras que al liberalismo igualitario se podría atribuir una concepción de *libertad real como no-interferencia* (véase *infra*, § 2.7). En cambio, en relación con el neo-republicanismo, se arrancará del ideal de Philip Pettit de *libertad como no-dominación*, para mostrar en qué medida haya sido objeto de escasa atención en los *account* neo-republicanos de libertad y de la libertad de expresión, que parecen haber privilegiado la dimensión *positiva* de la libertad como participación y *self-government* (lo que se definirá ‘modelo democrático-republicano’; véase *infra*, § 2.8.2). A partir de este deslice de significado asociado con la libertad neo-republicana, se intentará recuperar la libertad como *no-dominación* como ideal normativo que debería informar el sistema de los derechos humanos (véase *infra*, §§ 2.8.3, 2.8.4), analizando sus implicaciones.

Así, la reflexión seguirá con la investigación sobre las concepciones de la libertad que generalmente subyacen a los modelos “tradicionales” de la libertad de expresión (CAP. 3), mostrando una prevalencia del modelo *liberal* (cfr. *infra*, § 3.2) y del modelo *democrático-republicano* (cfr. *infra*, § 3.3.2), subrayando de nuevo la ausencia del modelo neo-republicano de la *no-dominación* (cfr. *infra*, § 3.3.3).

Con vistas a la elaboración de una teoría del *hate speech* fundada sobre el ideal de la no-dominación, el análisis seguirá con una investigación de la relación entre discurso [*speech*] y acción [*action*] a partir de la teoría de los actos de habla (véase *infra*, CAP. 4). En este sentido, el texto de John Langshaw Austin, *How to Do Things with Words*¹⁹, su revisión por parte de John Rogers Searle y la crítica de Jacques Derrida (véase *infra*, §§ 4.1.1, 4.1.2, 4.1.3) representan un momento fundamental en la historia de la filosofía del lenguaje (el llamado ‘*linguistic turn*’). Ello constituye la “gramática” fundamental que proporciona los elementos para seguir en la investigación a través de la teoría de la performatividad (el llamado ‘*performative turn*’; véase *infra*, § 4.2), que tiene efectos sobre la concepción del *hate speech* (como se mostrará en el análisis de las teorías de Rae Langton y Judith Butler; véase *infra*, §§ 4.2.4, 4.2.5) y puede ser utilizado como punto de vista prospectivo (en realidad irrenunciable) para una crítica a la filosofía liberal de la separación cartesiana entre mente y cuerpo, entre psique y materia, entre *speech* y *action*, que subyace a los *account* liberales de la relación entre libertad de expresión y discurso del odio.

Los dos conceptos-clave de la filosofía del lenguaje de Austin, ‘*perlocutorio*’ e ‘*ilocutorio*’, permiten comprender las diferencias de trato del *hate speech*, pues aparecen cada uno respectivamente en la teoría liberal de la no-interferencia y la neo-republicana de la no-dominación y son fuente de contraposición entre ambas teorías (véase *infra*, CAP. 5): ellos tienen efectos sobre dos definiciones de discurso de odio subyacentes, respectivamente, al Pacto In-

¹⁹ J.L. AUSTIN, *How to Do Things with Words*, Oxford University Press, Oxford, 1962.

ternacional de los Derechos Civiles y Políticos y a la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, así como a las herramientas adoptadas por el Consejo de Europa.

Así, al modelo liberal de la no-interferencia se asocia el fundamental *harm principle* (principio del daño) adoptado primero por John Stuart Mill y luego objeto de teorización sistemática por Joel Feinberg, que o bien niega la existencia del daño del *hate speech*, manteniendo una libertad como no-interferencia formal en las relaciones entre Estado e individuo (modelo *libertarian*; véase *infra*, § 5.2.1), o bien acepta la intervención estatal para limitar la libertad de expresión en el caso del *hate speech* sólo previa averiguación de la existencia de un daño que, como se verá, se asocia al momento en el que el discurso se convierte en acción (modelo liberal; véase *infra*, § 5.2.2), acabando por adoptar una concepción *perlocutoria* del discurso del odio. Al contrario, se tratará de mantener que la concepción de la libertad como no-dominación, junto con el concepto de opresión teorizado por Iris Marion Young (véase *infra*, § 5.3), pueden constituir las herramientas fundamentales para la adopción de un punto de vista prospectivo diferente, capaz de “tomar en serio” la teoría de la performatividad en el sentido de la construcción de la realidad social (véase *infra*, §§ 4.2.4, 4.2.5) y de llevar a un rechazo de la separación cartesiana entre *speech* y *action* sobre la base de un tratamiento *ilocutorio* del *hate speech*.

Una vez recorridas las dos líneas de investigación, se aplicarán al análisis del debate sobre el discurso del odio (véase *infra*, CAP. 6), con vistas a proponer una nueva lectura fundada en la teoría de la performatividad, que rechaza en parte las “tradicionales” reparticiones de posiciones a partir de las categorías fundamentales de la filosofía moral (deontología y consecuencialismo) y demuestra que en realidad, a toda posición planteada en el debate subyace – explícita o implícitamente – una concepción de la performatividad, de nuevo respectivamente *perlocutoria* e *ilocutoria*.

Por último, en correspondencia con el momento de la *positivación*, los dos grandes modelos (liberal y neo-republicano), así como las respectivas concepciones de la libertad (no-interferencia y no-dominación), de la libertad de expresión y del *hate speech* (*perlocutorio* e *ilocutorio*), se utilizarán como clave de lectura para una comparación entre el trato jurisprudencial del *hate speech* por el Tribunal Supremo de Estados Unidos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (véase *infra*, CAP. 7). Como se pondrá de relieve, mientras que el modelo del Tribunal Supremo es casi totalmente compatible con un análisis *perlocutorio* de la performatividad del discurso del odio fundado en una teoría de la libertad negativa como no-interferencia (véase *infra*, §§ 7.2, 7.3), el modelo utilizado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos parece oscilar entre éste y posiciones más alineadas con una concepción de la libertad como no-dominación y un trato *ilocutorio* del *hate speech* (véase *infra*, §§ 7.4, 7.5).

Finalmente, una breve anotación sobre el método que ha sido utilizado en este trabajo. De forma coherente con los niveles del *ser* y *deber ser* de los sistemas jurídicos, se ha intentado dar cuenta tanto de la dimensión positiva, *descriptiva*, de la cuestión del *hate speech* y de la libertad de expresión, como de la dimensión *normativa* del fenómeno. En este sentido, se mantiene que el modelo liberal de trato del discurso del odio coincide con la primera dimensión, mientras que al modelo neo-republicano subyace evidentemente una propuesta normativa, que

se deriva de la aplicación de la teoría de la performatividad a la dimensión ilocutoria del *hate speech*. En dicho esfuerzo teórico, debido sobre todo a la amplitud del tema y de la bibliografía especializada, el momento del *análisis doctrinal*²⁰ resulta prevalente, ya que constituye un momento imprescindible dirigido a reconstruir el marco sobre cuya base avanzan las propuestas de reflexión normativa. De forma coherente con este enfoque, el método del análisis doctrinal se intersecta con el enfoque en *derechos humanos*²¹, que ya se ha mencionado *supra*. En este punto, es inevitable enfrentarse a la cuestión del carácter innovador de la ciencia jurídica: lejos del paradigma de la certeza matemática y del «progreso», en virtud de enfoques empírico-acumulativos que son casi totalmente ajenos a la investigación filosófico-jurídica de tipo normativo, el análisis que se ha llevado a cabo a lo largo del trabajo es más interpretable a partir del paradigma de la «evolución» en las ciencias sociales y filosóficas, por naturaleza “no empíricas”: ello significa aceptar que las doctrinas ya existentes puedan constituir un punto de partida muy interesante sobre las que desarrollar reflexiones a partir de ángulos perspectivas emergentes y de alguna manera también provisionales [*‘tentative’*], más que tradicionales y consolidados²².

El trabajo es el resultado de una investigación llevada a cabo en el marco del doble doctorado internacional en régimen de codirección en *Scienze giuridiche – Filosofia del diritto* y en *Estudios Avanzados en Derechos Humanos* entre la Università degli Studi di Parma y la Universidad Carlos III de Madrid, entre 2016 y 2019. Además, mucho debe a los enfoques metodológicos, los temas analizados, los proyectos de investigación y, más en general, a la actividad de formación recibida en el Centro di Ricerca Interdipartimentale su Discriminazioni e vulnerabilità (CRID) del Dipartimento di Giurisprudenza de la Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia y en el Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” (IDHBC) de la Universidad Carlos III de Madrid.

²⁰ Véase J.M. SMITS, *The Mind and the Method of the Legal Academic*, Edward Elgar, Cheltenham (UK), 2012, p. 61, quien indica el *análisis doctrinal* como un momento fundamental de la investigación jurídica y filosófico-jurídica en el marco de un enfoque *normativo* del Derecho. Cabe señalar que el momento del análisis doctrinal comprende tanto el análisis de la bibliografía como el de la jurisprudencia.

²¹ Ivi, pp. 70-72.

²² Permítase reportar el siguiente extracto del ya citado J.M. SMITS, *The Mind and the Method of the Legal Academic*: «In the ‘hard’ disciplines, in which the significance of innovative research is invariably emphasized, the standard view of science is that the total amount of knowledge increases with new discoveries. However, the picture of accumulating knowledge – implying that the views of predecessors are rejected and replaced by new insights in a sometimes revolutionary way – only seems applicable to fields characterized by clear paradigms. Legal science – at least in its normative variant – does not have such a core of undisputed knowledge (and hence an idea of what counts as progress compared to this core). [...] Better than the term ‘progress’ – implying that outdated insights have definitely been left behind – the neutral term ‘evolution’ reflects how development in legal science takes place. Changes happen in a process of competition in which only the useful arguments (or concepts or rules) survive. [...] [A]n argument, concept or rule that was useful in the past can become important again in the future, much like the way figurative artists made a come back following the first tide of abstract painters. [...] The non-cumulative character of legal science has yet another consequence. In disciplines that build upon existing knowledge, it is usually not very difficult to identify the questions that are still open. [...] Normative legal scholarship is fundamentally different. First, the law does not have any unsolvable questions because the existing materials always allow at least some solution. But more importantly, the accuracy of this solution can be continuously subjected to debate and scrutiny. Innovations in legal science, therefore, are produced through the weighing of different arguments from varying perspectives» (pp. 106-108).

Desde el punto de vista personal, el trabajo es también el resultado de las reflexiones llevadas a cabo en el marco de una estancia de investigación en el *Institute of Advanced Legal Studies* de la University of London, en el verano de 2017, y de la actividad “de campo” a través de la participación en la *Task Force Hate Speech* de Amnistía Internacional Italia, a partir de 2019, así como de las lecciones de práctica concreta en el marco de una experiencia laboral de pasantía llevadas a cabo en el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (UN OHCHR), en el sector *Rule of Law, Equality and Non-Discrimination*, sección *Anti-Racial Discrimination*, de septiembre a diciembre 2019.

CAPITOLO 1

Hate speech: problemi definitori

1.1 – Premessa: la difficoltà di definizione dell'*hate speech*

Con l'espressione *hate speech* si indica una categoria giuridica che nasce da riflessioni sulla natura del discorso e sulla distinzione tra *speech* e *action* nella giurisprudenza statunitense all'inizio del secolo scorso e si diffonde più recentemente in Europa¹. Inoltre, essa è il risultato di una complessa attività di legislazione e definizione di standard normativi internazionali, concretizzatasi nell'emanazione di numerose dichiarazioni che, pur non avendo tutte ad oggetto la specifica questione del discorso d'odio, contribuiscono alla definizione dello stesso².

Dal momento che si tratta di un'ampia categoria di comportamenti, è difficile separare concettualmente l'*hate speech* dal discorso estremo ed offensivo in generale³. Pertanto, risulta piuttosto difficile articolare una riflessione esclusivamente teorica sulle questioni della natura e della definizione dell'*hate speech* che non tenga in considerazione, al contempo, come si è andato articolando e strutturando il concetto nelle varie fasi che hanno portato all'emanazione di una normativa internazionale di contrasto al fenomeno.

In questa sede, si tratterà dell'*hate speech* come di una particolare questione connessa ai diritti umani, analizzandone la definizione concettuale secondo la stratificazione storica di cui questa categoria è stata oggetto. Nel fare ciò, i riferimenti normativi sono imprescindibili. Tuttavia, pur necessariamente anticipando il momento della *positivizzazione* durante l'analisi del *concetto*, coerentemente con il metodo dualista di analisi dei diritti umani cui si è fatto riferimento in precedenza (cfr. *supra*, Introduzione), il livello strettamente giuridico sarà oggetto di integrazione con un'analisi giurisprudenziale del fenomeno (cfr. *infra*, CAP. 7).

In relazione all'analisi teorica del discorso d'odio, vi è chi ha espresso cinque *desiderata* da rispettare nell'intento di costruire una teoria sull'*hate speech*:

1) «that it define the nature of hate speech [...]. This is the *Desideratum of Definition*»; 2) «that it distinguish and address separately the question of the nature of hate speech from the questions of its legal and moral statuses. [...] This is the *Desideratum of Objective Analysis*»; 3) «that it respect the complexities of competing legal and moral principles that undergird the law. [...] This is the *Desideratum of Theoretical Adequacy*»; 4) that it take seriously the practical nuances and difficulties in the law. [...] This is the *Desideratum of Legal Practicality*»; 5) «that a theory of hate speech include an account of how offenses to anti-hate speech tort and/or criminal legislation can and should, or cannot be or should not, be handled by tort and/or criminal law. This is the *Desideratum of Adjudication*»⁴.

¹ Cfr. G. ZICCARDI, *L'odio online*, Raffaello Cortina, Milano, 2016, pp. 11-59.

² Per un breve inquadramento del percorso evolutivo del trattamento dell'*hate speech*, cfr. J. MCHANGAMA, "The Problem With Hate Speech Laws", in *The Review of Faith & International Affairs*, 13, 1, 2015, pp. 75-82.

³ Cfr., sul punto, B. PAREKH, "Is There a Case for Banning Hate Speech?" in M. HERZ, P. MOLNAR, *The Content and Context of Hate Speech. Rethinking Regulation and Responses*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 37-56, p. 40. Cfr. anche S. WALKER, "Hate Speech. The History of an American Controversy", University of Nebraska Press, Lincoln and London, 1994, pp. 8-9.

⁴ J. ANGELO CORLETT; R. FRANCESCOTTI, "Foundations of a Theory of Hate Speech", in *Wayne Law Review*, 48, 1071, 2002, pp. 1071-1100, pp. 1078-1080 (corsivi degli autori).

Lo scopo di questo paragrafo è precisamente quello di affrontare il primo *desideratum*, quello della *definizione*, inestricabilmente connesso al quarto, quello dell'*operatività giuridica* della definizione stessa. Nello sforzo definitorio, si tenterà di tenere insieme queste due dimensioni: si proporrà, infatti, una ricerca che tenga in considerazione le definizioni giuridiche che vengono utilizzate nel diritto internazionale dei diritti umani (cfr. *infra*, §§ 1.2; 1.3; 1.4; 1.5), che contribuiscono all'indagine circa il *concetto* di *hate speech*.

Per quanto riguarda l'aspetto teorico, nel prosieguo del lavoro si procederà alla ricerca del *fondamento*, partendo da due diverse concezioni della libertà (come *non-interferenza* e *non-dominazione*; *infra*, CAP. 2) e dai rispettivi risvolti in tema di libertà d'espressione. In seguito alla constatazione dell'assenza dell'ideale della non-dominazione entro le concezioni tradizionali della libertà d'espressione (cfr. *infra*, CAP. 3), si procederà ad un recupero di alcuni elementi della teoria degli atti linguistici e della performatività (cfr. *infra*, CAP. 4), che sarà utilizzata come fondamento teorico per valutare l'utilizzo della distinzione tra *speech* e *action* come strumento interpretativo sottostante, rispettivamente, alle concezioni della libertà come non-interferenza e della libertà come non-dominazione. Essa costituirà lo strumento fondamentale per l'analisi del vero e proprio dibattito sull'*hate speech* (cfr. *infra*, CAP. 6), mostrando come tutte le posizioni ivi emerse si fondino, consapevolmente o meno, sull'uno o l'altro approccio. Da ultimo, si procederà all'analisi del momento della *positivizzazione* vera e propria, intesa qui come evoluzione giuridica del trattamento del discorso d'odio entro un approccio comparatistico tra due modelli: quello della Corte Suprema degli Stati Uniti e quello della Corte Europea dei Diritti Umani (cfr. *infra*, CAP. 7).

1.2 – La regolazione internazionale dell'*hate speech*

Per quanto riguarda il primo livello, quello della definizione a partire dal diritto internazionale, si suddividerà il lavoro secondo un criterio storico (in relazione alla data di emanazione delle dichiarazioni e convenzioni) e di attribuzione di competenza (per organo), che risulta utile sia all'operazione di "stratificazione" del concetto di *hate speech* (grazie al criterio storico) sia alla comprensione dell'eterogeneità delle definizioni che vengono date del fenomeno e, soprattutto, della necessaria compenetrazione reciproca delle stesse (grazie al criterio di attribuzione)⁵.

⁵ Si tratta dell'impostazione seguita da S. FARROR, "Molding the Matrix: The Historical and Theoretical Foundations of International Law concerning Hate Speech", in *Berkeley Journal of International Law*, 14, 1, 1996, pp. 1-98. L'obiettivo di Farror, nel 1996, era proprio quello di effettuare uno studio della stratificazione di provvedimenti di natura giuridica a livello internazionale mediante l'analisi delle varie dichiarazioni (oltre che dei dibattiti in seno alle commissioni che le hanno redatte) che avevano contribuito, per fasi e fino a quel momento, all'individuazione e alla definizione del discorso d'odio. Cfr., inoltre, A. GASCÓN CUENCA, "Estándares internacionales de protección ante el discurso del odio en el ámbito internacional", in ID., *El discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: su adecuación a los estándares internacionales de protección*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 23-73.

1.2.1 – La Dichiarazione Universale dei Diritti Umani (UDHR)

Il percorso appena accennato non può che cominciare con la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani (UDHR, 1948). La storia degli articoli 7 e 29, comma 2, della Dichiarazione mostra che i loro redattori avevano in mente i possibili abusi derivanti da un esercizio illimitato della libertà d'espressione (art. 19), pericolo che tali articoli erano chiamati a scongiurare⁶.

L'art. 7, infatti, indica espressamente il divieto di incitamento alla discriminazione:

Tutti sono eguali davanti alla legge e hanno diritto, senza alcuna discriminazione, ad una eguale tutela da parte della legge. Tutti hanno diritto ad una eguale tutela contro ogni discriminazione che violi la presente Dichiarazione come *contro qualsiasi incitamento a tale discriminazione*⁷.

Esso, in particolare, è volto alla statuizione dei principi di *equality before the law* e *equal protection of the law* contro le discriminazioni e l'incitamento alla discriminazione: i lavori della Commissione dimostrano che esso avrebbe costituito uno strumento di protezione contro la propaganda di ostilità e odio fondato su motivi *nazionali, razziali e religiosi*⁸.

L'art. 19, invece, sancisce il diritto universale alla libertà d'espressione:

Ogni individuo ha diritto alla libertà di opinione e di espressione, incluso il diritto di non essere molestato per la propria opinione e quello di cercare, ricevere e diffondere informazioni e idee attraverso ogni mezzo e senza riguardo a frontiere⁹.

L'art. 29, che disciplina la limitazione dei diritti, si fonda sul principio per cui i *diritti* implicano anche *doveri* nei confronti della comunità, dovendosi dunque sancire la correlativa

⁶ Cfr. S. FARROR, "Molding the Matrix: The Historical and Theoretical Foundations of International Law concerning Hate Speech", cit., p. 12. Farror riporta inoltre l'esempio della prima bozza di Dichiarazione, il cui articolo 17 inizialmente recitava: «Subject only to the laws governing slander and libel, there shall be *freedom of speech and of expression by any means whatsoever*, and there shall be reasonable access to all channels of communication. Censorship shall not be permitted» (UN Commission on Human Rights, Drafting Committee, International Bill of Rights, Documented Outline, U.N. Doc. E/CN.4/AC.1/3Add.1, p. 122, disponibile al link: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/CN.4/AC.1/3/ADD.1). Questo evidente intento di sancire una libertà di espressione assoluta e illimitata viene meno con la riformulazione dell'intero articolo, in cui si elimina l'espressione «by any means whatsoever».

⁷ Article 7 UDHR: «All are equal before the law and are entitled without any discrimination to equal protection of the law. All are entitled to equal protection against any discrimination in violation of this Declaration and *against any incitement to such discrimination*» (corsivi nostri). In questo caso, si riporta la traduzione ufficiale italiana nel testo e l'originale in inglese in nota. In altri casi, laddove le traduzioni esistenti non sono ufficiali, si analizzerà direttamente il testo nella lingua ufficiale.

⁸ Cfr. A. VERDOODT, *Naissance et Signification de la Declaration Universelle des Droits de l'Homme*, Louvain, Nauwelaerts, 1967, p. 189. Farror, inoltre, riporta il parere, nei lavori preparatori, del rappresentante dell'Unione Sovietica, che propose di aggiungere all'attuale art. 7 una previsione specifica che recitasse: «Any advocacy of national, racial and religious hostility and any action establishing a privilege or a discrimination based on distinctions of race, nationality or religion shall be prohibited by the law of the State» (S. FARROR, "Molding the Matrix: The Historical and Theoretical Foundations of International Law concerning Hate Speech", cit., p. 6). L'allora *Chair* della Commissione per i Diritti Umani, Eleanor Roosevelt, dichiarò l'opposizione degli Stati Uniti alla proposta sovietica, sostenendo che sarebbe stata impossibile da applicare nella pratica, portando così alla sua bocciatura. Ad ogni modo, la formulazione viene oggi interpretata nel senso della proibizione dell'*hate speech*.

⁹ Article 19 UDHR: «Everyone has the right to freedom of opinion and expression; this right includes freedom to hold opinions without interference and to seek, receive and impart information and ideas through any media and regardless of frontiers».

esistenza di responsabilità nell'esercizio dei diritti, che non possono essere utilizzati in contrasto con i valori sottostanti alla Dichiarazione:

1. Ogni individuo ha dei doveri verso la comunità, nella quale soltanto è possibile il libero e pieno sviluppo della sua personalità.
2. Nell'esercizio dei suoi diritti e delle sue libertà, ognuno deve essere sottoposto soltanto a quelle limitazioni che sono stabilite dalla legge per assicurare il riconoscimento e il rispetto dei diritti e delle libertà degli altri e per soddisfare le giuste esigenze della morale, dell'ordine pubblico e del benessere generale in una società democratica.
3. Questi diritti e queste libertà non possono in nessun caso essere esercitati in contrasto con i fini e principi delle Nazioni Unite¹⁰.

All'art. 30, invece, si sancisce il *divieto dell'abuso dei diritti*, che costituirà uno strumento fondamentale nel contesto regionale-europeo, utilizzato dalla Corte EDU per la limitazione in taluni casi di *hate speech* (cfr. *infra*, CAP. 7):

Nulla nella presente Dichiarazione può essere interpretato nel senso di implicare un diritto di un qualsiasi Stato, gruppo o persona di esercitare un'attività o di compiere un atto mirante alla distruzione di alcuno dei diritti e delle libertà in essa enunciati¹¹.

L'*hate speech*, infatti, può costituire *prima facie* un caso di possibile *abuso della libertà d'espressione* (art. 30).

Sebbene questi elementi costituiscano un punto di partenza fondamentale, che testimonia che il dibattito sull'*hate speech* era già cominciato all'epoca dell'emanazione della Dichiarazione Universale, è tuttavia necessario ricordare che essa costituisce una norma che vincola gli Stati membri dell'ONU in senso etico, senza prevedere appositi meccanismi di *enforcement*¹². A ciò la comunità internazionale e le Nazioni Unite hanno posto rimedio attraverso l'adozione di specifici trattati internazionali e convenzioni, che verranno di seguito analizzati.

¹⁰ Article 29 UDHR: «1. Everyone has duties to the community in which alone the free and full development of his personality is possible. 2. In the exercise of his rights and freedoms, everyone shall be subject only to such limitations as are determined by law solely for the purpose of securing due recognition and respect for the rights and freedoms of others and of meeting the just requirements of morality, public order and the general welfare in a democratic society. 3. These rights and freedoms may in no case be exercised contrary to the purposes and principles of the United Nations».

¹¹ Art. 30 UDHR: «Nothing in this Declaration may be interpreted as implying for any State, group or person any right to engage in any activity or to perform any act aimed at the destruction of any of the rights and freedoms set forth herein».

¹² È pur vero, in realtà, che alcune previsioni della UDHR sono nel tempo entrate a far parte, secondo gran parte della dottrina, dei principi generali del diritto internazionale, anche se il loro status di standard che formano parte del diritto internazionale consuetudinario è discusso: cfr., *ex multis*, R.K. SMITH, *International Human Rights Law*, 8th edition, Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 39-40; O. DE SCHUTTER, *International Human Rights Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 31-48 e pp. 49-96.

1.2.2 – La Convenzione per la prevenzione e repressione del delitto di genocidio

Il divieto di incitamento a crimini d'odio è contenuto anche nell'art. 3 della Convenzione ONU per la prevenzione e repressione del delitto di genocidio, il quale vieta l'*incitamento diretto e pubblico a commettere genocidio*¹³. Non solo, dunque, il delitto di genocidio, la complicità nel delitto di genocidio e il tentativo, bensì anche l'autonoma condotta di *incitamento* alla commissione di tale reato.

È importante ricordare che tale fattispecie, come è stato sottolineato, si fonda sull'elemento della *causalità* tra la forma espressiva e l'azione conseguente¹⁴: si tratta, in breve, della relazione diretta tra il discorso [*speech*] di incitamento e l'azione [*action*] conseguente.

1.2.3 – Il Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici (ICCPR)

La Commissione per i Diritti Umani¹⁵, che era stata incaricata di proporre gli standard da rispettare nella Dichiarazione Universale, contribuì poi alla stesura e all'emanazione del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici (*International Covenant on Civil and Political Rights*, ICCPR, 1966) e fu incaricata di esaminare le relazioni periodiche degli Stati membri delle Nazioni Unite aderenti alla Convenzione. Per ciò che risulta utile ai fini della comprensione della sedimentazione storica del concetto di *hate speech*, è necessario ricordare gli articoli 19 (libertà d'espressione) e 20 (divieto di incitamento all'odio).

L'art. 19, che sancisce il diritto alla libera espressione, recita così:

1. Ogni individuo ha diritto a non essere molestato per le proprie opinioni.
2. Ogni individuo ha il diritto alla libertà di espressione; tale diritto comprende la libertà di cercare, ricevere e diffondere informazioni e idee di ogni genere, senza riguardo a frontiere, oralmente, per iscritto, attraverso la stampa, in forma artistica o attraverso qualsiasi altro mezzo di sua scelta.
3. L'esercizio delle libertà previste al paragrafo 2 del presente articolo comporta doveri e responsabilità speciali. Esso può essere pertanto sottoposto a talune restrizioni che però devono essere espressamente stabilite dalla legge ed essere necessarie: a) al rispetto dei diritti o della reputazione altrui; b) alla salvaguardia della sicurezza nazionale, dell'ordine pubblico, della sanità o della morale pubbliche¹⁶.

¹³ Art. 3, Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: «The following acts shall be punishable: (a) Genocide; (b) Conspiracy to commit genocide; (c) Direct and public incitement to commit genocide; (d) Attempt to commit genocide; (e) Complicity in genocide». Cfr., sul punto, M. CASTELLANETA, «L'*hate speech*: da limite alla libertà di espressione a crimine contro l'umanità», in G. VENTURINI, S. BARIATTI (a cura di), *Diritti individuali e giustizia internazionale. Liber Fausto Pocar*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 157-172, p. 159. Cfr. anche L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, CEDAM, Padova, 2009, p. 14.

¹⁴ Lo rileva, in particolare, G. ROLLNERT LIERN, «El discurso del odio: una lectura crítica de la regulación internacional», in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 115, pp. 81-109, p. 95, con riferimento al caso *Prosecutor v. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza, Hassan Ngeze*, case n. ICTR-99-51-T, 3 December 2003, par. 980-1007. Rollnert analizza infatti la giurisprudenza del Tribunale Penale Internazionale per il Rwanda e del Tribunale di Norimberga per evidenziare gli elementi sottesi al divieto di incitamento e alla relazione tra *hate speech* e *hate crimes*. Sull'argomento, si veda anche M. CASTELLANETA, «L'*hate speech*: da limite alla libertà di espressione a crimine contro l'umanità», cit., pp. 166-172.

¹⁵ Come è noto, la Commissione ha cessato di esistere, essendo stata trasformata, nel 2006, nel Consiglio per i Diritti Umani delle Nazioni Unite. La Commissione, vertice di natura politica, non deve essere confusa con il Comitato per i diritti umani, organo di esperti creato dall'ICCPR per il monitoraggio della sua applicazione.

¹⁶ Article 19, International Covenant on Civil and Political Rights: «1. Everyone shall have the right to hold opinions without interference. 2. Everyone shall have the right to freedom of expression; this right shall include

Il Comitato per i diritti umani, nel 1983, aveva emesso un *General Comment* sull'art. 19, statuendo che il diritto alla *libertà di pensiero* è assoluto e non può subire restrizione alcuna¹⁷: esso, infatti, costituisce un generale *divieto di interferenza formale*¹⁸ (cfr. *infra*, § 2.7.1). Ciò viene ribadito dal Comitato nel 2011, ove esso statuisce che la libertà di opinione è assoluta (e dunque non può essere sanzionata) e non rientra tra i diritti che possono essere limitati in stato di emergenza¹⁹.

Nel disciplinare il diritto alla *libera espressione*, invece, l'ICCPR sancisce espressamente le condizioni per la sua limitazione²⁰, ovvero: 1) la riserva di legge per tali limitazioni; 2) la sussistenza di uno scopo legittimo, tra quelli indicati (rispetto dei diritti o della reputazione altrui, salvaguardia della sicurezza nazionale, dell'ordine pubblico, della sanità o della morale pubbliche); 3) il rispetto dei requisiti di necessità e proporzionalità della restrizione²¹. Si tratta di una formulazione pressoché analoga a quella che si rinviene, in ambito europeo, nella Convenzione EDU (cfr. *infra*, § 1.3). Come ha ribadito il Comitato, dunque, nonostante il diritto alla libera espressione non sia assoluto, esso costituisce la norma, mentre invece la restrizione deve costituire l'eccezione²².

Tali condizioni, per ciò che concerne l'*hate speech* "individuale" (*'face-to-face'*) devono essere rispettate nel caso dell'irrogazione di sanzioni per offese rivolte singolarmente ad

freedom to seek, receive and impart information and ideas of all kinds, regardless of frontiers, either orally, in writing or in print, in the form of art, or through any other media of his choice. 3. The exercise of the rights provided for in paragraph 2 of this article carries with it special duties and responsibilities. It may therefore be subject to certain restrictions, but these shall only be such as are provided by law and are necessary: (a) For respect of the rights or reputations of others; (b) For the protection of national security or of public order (ordre public), or of public health or morals».

¹⁷ CCPR, General Comment n. 10, *Article 19 (Freedom of opinion)*, adopted on the 19th session, 1983, § 1.

¹⁸ D'altra parte, nella versione ufficiale in inglese, il primo comma dell'art. 19 recita: «Everyone shall have the right to hold opinions *without interference*» (corsivi nostri).

¹⁹ CCPR, General Comment n. 34, *Article 19 (Freedom of opinion and expression)*, 12 September 2011 (CCPR/C/GC/34), § 9.

²⁰ Cfr., sul punto, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, on the nature and scope of the right to freedom of opinion and expression, and restrictions and limitations to the right to freedom of expression, 14 December 1994 (E/CN.4/1995/32), §§ 38-55. See also Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, on online hate speech, 9 October 2019 (A/74/48050), §§ 5-6.

²¹ *Ibidem*. Sull'interpretazione di tali criteri, il Comitato ha stabilito quanto segue: «[T]hey must be appropriate to achieve their protection function; they must be the least intrusive instrument amongst those which might achieve their protective function; and they must be proportionate to the interest to be protected», CCPR, General Comment n. 27, 1 November 1999 (CCPR/C/21/Rev.1/Add.9), § 14. Cfr., inoltre, CCPR, General Comment n. 34, *Article 19 (Freedom of opinion and expression)*, 12 September 2011 (CCPR/C/GC/34), §§ 33-35: «Restrictions must be "necessary" for a legitimate purpose. Thus [...] a prohibition [...] violates the test of necessity if the protection could be achieved in other ways that do not restrict freedom of expression. Restrictions must not be overbroad. When a State party invokes a legitimate ground for restriction of freedom of expression, it must demonstrate in specific and individualized fashion the precise nature of the threat, and the necessity and proportionality of the specific action taken, in particular by establishing a direct and immediate connection between the expression and the threat».

²² *Ivi*, § 21.

un individuo in virtù della sua appartenenza categoriale ad un gruppo vulnerabile²³. In particolare, in questi casi in cui si intenda proteggere la reputazione individuale (si pensi alla fattispecie della diffamazione), il diritto internazionale dei diritti umani è sempre maggiormente incline a preferire la sanzione civile o amministrativa²⁴, da preferirsi alla sanzione penale nella protezione della reputazione²⁵.

L'art. 20, comma 2, dell'ICCPR, adottato dopo lunghi dibattiti in seno alla Commissione²⁶, attribuisce vincolatività giuridica al divieto di *hate speech* (gli Stati, secondo il Comitato per i diritti umani, non possono derogarvi – in quanto si tratta della trascrizione di una norma di diritto internazionale consuetudinario²⁷ – neanche in stato di emergenza²⁸):

1. Qualsiasi propaganda a favore della guerra deve essere vietata dalla legge.

2. Qualsiasi *appello all'odio nazionale, razziale o religioso* che costituisce *incitamento alla discriminazione, all'ostilità o alla violenza* deve essere vietato dalla legge²⁹.

Così, nel 1966 il concetto di *hate speech* inizia a prendere forma, giungendo a qualificare il comportamento vietato nei termini dell'*incitamento a discriminazione, ostilità o violenza*. Inoltre, il Patto costituisce la prima convenzione internazionale a vietare l'*hate speech*.

Il Comitato per i diritti umani, nel 1983, ha emesso un *General Comment* sull'art. 20, sancendo la sua compatibilità con l'art. 19³⁰, così autorizzando le limitazioni imposte dall'art. 20 sulla base delle condizioni richieste dall'art. 19, comma 3³¹: ciò significa, dunque, che le

²³ Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, on online hate speech, 9 October 2019 (A/74/48050), § 23.

²⁴ Rabat Plan of Action, appendix to UN High Commissioner for Human Rights, *Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the expert workshops on the prohibition of incitement to national, racial or religious hatred*, 11 January 2013 (A/HRC/22/17/Add.4), § 12, 34.

²⁵ Special rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, report on access to information, criminal libel and defamation, the police and the criminal justice system, and new technologies, 18 January 2000 (E/CN.4/2000/63), § 52; report on his visit to Denmark, Internet governance and digital democracy, decriminalization of defamation offences, and security and protection of media professionals, 2 January 2007 (A/HRC/4/27), §§ 44-57. Cfr. CCPR, Concluding Observations on Nigeria, 29 August 2019 (CCPR/C/NGA/CO/2), § 47.

²⁶ Cfr. I. BOEREFJUN, J. OYEDIRAN, "Article 20 of the International Covenant on Civil and Political Rights", in S. COLIVER (ed.), *Striking a Balance. Hate Speech, Freedom of Expression and Non-discrimination*, Article 19, London and Human Rights Centre, University of Essex, 1992, pp. 29-32.

²⁷ CCPR, General Comment n. 24, 11 November 1994 (CCPR/C/21/Rev.1/Add.6), § 8.

²⁸ CCPR, General Comment n. 29, 31 August 2001 (CCPR/C/21/Rev.1/Add.11), § 13(e).

²⁹ Article 20, International Covenant on Civil and Political Rights: «1. Any propaganda for war shall be prohibited by law. 2. Any *advocacy of national, racial or religious hatred* that constitutes *incitement to discrimination, hostility or violence* shall be prohibited by law» (corsivi nostri).

³⁰ CCPR, General Comment n. 11, Article 20, adopted on the 19th session, 1983, § 2.

³¹ CCPR, General Comment n. 34, *Article 19 (Freedom of opinion and expression)*, 12 September 2011 (CCPR/C/GC/34), §§ 50-52: «Articles 19 and 20 are compatible with and complement each other. The acts that are addressed in article 20 are all subject to restriction pursuant to article 19, paragraph 3. As such, a limitation that is justified on the basis of article 20 must also comply with article 19, paragraph 3. What distinguishes the acts addressed in article 20 from other acts that may be subject to restriction under article 19, paragraph 3, is that for the acts addressed in article 20, the Covenant indicates the specific response required from the State: their prohibition by law. [...] It is only with regard to the specific forms of expression indicated in article 20 that States

sanzioni per il caso dell'incitamento devono anch'esse, in quanto *lex specialis*, rispettare i requisiti di cui all'art. 19.3, che costituisce *lex generalis*³². Inoltre, il Comitato, in quell'occasione, ha invitato gli Stati a stabilire sanzioni contro tali comportamenti.

Pertanto, nel 1989, nel *General Comment* sul divieto di discriminazione, il Comitato per i diritti umani rileva che l'ICCPR non fornisce una definizione di 'discriminazione'. Esso, tuttavia, a partire dalla definizione di 'discriminazione razziale' fornita dalla Convenzione per l'Eliminazione di ogni forma di Discriminazione Razziale (cfr. *infra*, § 1.2.4), sostiene che con il termine 'discriminazione' debba intendersi «any distinction, exclusion, restriction or preference which is based on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status, and which as the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise by all persons, on an equal footing, of all rights and freedoms»³³. Tale definizione viene richiamata esplicitamente anche in riferimento al divieto di incitamento alla discriminazione dell'art. 20.2. Inoltre, essa statuisce che la previsione del divieto di discriminazione nell'ICCPR (art. 26³⁴) debba essere intesa non solo come un "mero" corollario del principio di eguaglianza, bensì come un vero e proprio autonomo diritto alla non discriminazione.

Ai fini dell'interpretazione dell'art. 20.2 in tema di *hate speech*, è necessario sottolineare che il Comitato per i diritti umani ha chiarito che non sono compatibili con l'ICCPR le sanzioni imposte per l'espressione di mancato rispetto di una religione o un altro credo, come le leggi contro la blasfemia, eccetto il caso in cui queste si convertano in un incitamento ai sensi dell'art. 20.2³⁵: la blasfemia, dunque, di per sé non costituisce *hate speech*. Ciò costituisce

parties are obliged to have legal prohibitions». Cfr., sul punto, E. HOWARD, *Freedom of Expression and Religious Hate Speech in Europe*, Routledge, London-New York, 2018, pp. 62-63.

³² ARTICLE 19, *Prohibiting incitement to discrimination, hostility or violence*, Policy Brief, London, December 2012, pp. 26-27, disponibile al link: <https://www.article19.org/data/files/medialibrary/3548/ARTICLE-19-policy-on-prohibition-to-incitement.pdf> (ultima consultazione: settembre 2019)

³³ CCPR, General Comment n. 18, *Article 18: Non-discrimination*, adopted on the 37th session, 1989, § 7.

³⁴ Article 26, International Covenant on Civil and Political Rights: «All persons are equal before the law and are entitled without any discrimination to the equal protection of the law. In this respect, the law shall prohibit any discrimination and guarantee to all persons equal and effective protection against discrimination on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status».

³⁵ CCPR, General Comment n. 34, *Article 19 (Freedom of opinion and expression)*, 12 September 2011 (CCPR/C/GC/34), § 48: «Prohibitions of displays of lack of respect for a religion or other belief system, including blasphemy laws, are incompatible with the Covenant, except in the specific circumstances envisaged in article 20, paragraph 2, of the Covenant. Such prohibitions must also comply with the strict requirements of article 19, paragraph 3, as well as such articles as 2, 5, 17, 18 and 26. Thus, for instance, it would be impermissible for any such laws to discriminate in favour of or against one or certain religions or belief systems, or their adherents over another, or religious believers over non-believers. Nor would it be permissible for such prohibitions to be used to prevent or punish criticism of religious leaders or commentary on religious doctrine and tenets of faith». Sulla 'defamation of religion', si vedano: Special Rapporteur on contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance, report on defamation of religions and global efforts to combat racism: anti-Semitism, Christianophobia and Islamophobia, 13 December 2004 (E/CN.4/2005/18/Add.4); Joint report on incitement to racial and religious hatred and the promotion of tolerance Special Rapporteur on freedom of religion or belief of the Special Rapporteur on freedom of religion or belief and the Special Rapporteur on contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance, 20 September 2016 (A/HRC/2/3). Cfr., sul punto, ARTICLE 19, *'Hate Speech' Explained. A Toolkit*, London, 2015, pp. 29-32, disponibile al link:

conseguenza diretta del fatto che il diritto alla libertà d'espressione nel diritto internazionale dei diritti umani ha come obiettivo quello di proteggere gli *individui* e non le religioni, le opinioni e le credenze³⁶.

Inoltre, si rinviene una clausola di divieto di abuso di diritto, al comma 1 dell'art. 5:

Nessuna disposizione del presente Patto può essere interpretata nel senso di implicare un diritto di qualsiasi Stato, gruppo o individuo di intraprendere attività o di compiere atti miranti a sopprimere uno dei diritti o delle libertà riconosciuti nel presente Patto ovvero a limitarlo in misura maggiore di quanto è previsto nel Patto stesso³⁷.

Tuttavia, a differenza di quanto accade nella giurisprudenza della Corte EDU (cfr. *infra*, CAP. 7), il Comitato per i diritti umani si è mostrato riluttante ad utilizzare la clausola dell'abuso del diritto in casi relativi alla libertà d'espressione, di fatto rifiutandosi di risolvere le questioni dell'*hate speech* a partire da tale strumento convenzionale³⁸.

Nel 1993, nel caso *Faurisson v. France*³⁹ (relativo alle dichiarazioni negazioniste di Robert Faurisson, filosofo francese), il Comitato per i diritti umani ha statuito che il requisito sancito dall'art. 19.3 dell'ICCPR del rispetto per i diritti o la reputazione altrui dovesse essere interpretato non solo nel senso del rispetto di un diritto individuale, bensì anche del necessario rispetto per la reputazione e i diritti della comunità ebraica⁴⁰. La medesima decisione fu adottata nel 2000, con riferimento al caso *Ross v. Canada*⁴¹. Da allora, in taluni casi il Comitato ha ritenuto di dover escludere l'*hate speech* dalla protezione della libertà d'espressione⁴².

<https://www.article19.org/data/files/medialibrary/38231/'Hate-Speech'-Explained---A-Toolkit-%282015-Edition%29.pdf> (ultima consultazione: settembre 2019).

³⁶ Special Rapporteur on the promotion and protection of the freedom of opinion and expression, *Report on the regulation of online 'hate speech'*, 9 October 2019 (A/74/48050, Advanced United Report), § 21.

³⁷ Article 5, International Covenant on Civil and Political Rights: «1. Nothing in the present Covenant may be interpreted as implying for any State, group or person any right to engage in any activity or perform any act aimed at the destruction of any of the rights and freedoms recognized herein or at their limitation to a greater extent than is provided for in the present Covenant».

³⁸ Lo rilevano H. CANNIE, D. VOORHOOF, "The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention: An Added Value for Democracy and Human Rights Protection?", in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 29, 1, 2011, pp. 54-83, p. 79. Si vedano il caso *M.A. v. Italy*, CCPR, Communication n. 117/1981, U.N. Doc. Supp. N. 30 /A/39/40 at 190 (1984), che riguardava il divieto di ricostituzione del partito fascista; e il caso *Ernst Zundel v. Canada*, CCPR, Communication n. 1341/2005, U.N. Doc. CCPR/C/89/D/1341/2005 (2007).

³⁹ *Robert Faurisson v. France*, CCPR, Communication n. 550/1993, (CCPR/C/58/D/550/1993), 1996.

⁴⁰ Cfr. I. SPIGNO, *Discorsi d'odio. Modelli costituzionali a confronto*, Giuffrè, Milano, 2018, pp. 289-290; M. CASTELLANETA, "L'*hate speech*: da limite alla libertà di espressione a crimine contro l'umanità", cit., p. 159. Castellaneta, in particolare, si interroga sulla possibilità di riconoscere il divieto di incitamento all'odio razziale, nazionale o religioso come facente parte del diritto internazionale consuetudinario. La tesi è sostenuta anche da K. BOYLE, "Hate Speech – The United States Versus the Rest of the World?", in *Maine Law Review*, 53, 2, 2001, pp. 488-502, pp. 495-498, il quale, sulla base di ciò, afferma che l'art. 20 dell'ICCPR vincola anche gli Stati Uniti, nonostante la loro espressa riserva (cfr., *infra*, in questo stesso paragrafo). Cfr. anche H. CANNIE, D. VOORHOOF, "The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention: An Added Value for Democracy and Human Rights Protection?", cit., p. 79.

⁴¹ *Ross v. Canada*, CCPR, Communication n. 736/1997 (CCPR/C/70/D/736/1997), 2000.

⁴² Cfr. *J.R.T. and the W.G. Party v. Canada*, CCPR, Communication n. 104/1981, U.N. Doc. CCPR/C/OP/2 at 25 (1984). Si vedano H. CANNIE, D. VOORHOOF, "The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European

Dalla prima approssimazione che emerge dal Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici, se ne possono ricavare, a livello definitorio, gli «ambiti» e i «comportamenti»:

«Una prima definizione di *hate speech* [...] sembra contenere i seguenti sei elementi centrali, divisibili in due gruppi: tre “ambiti” (i nazionalismi, il razzismo e la religione quali strumenti di discriminazione e di odio) e l’incitamento a tre “comportamenti” (discriminazione, ostilità e violenza)»⁴³.

Inoltre, utilizzando quello che Jeroen Temperman ha definito «triangle of hatred»⁴⁴, si può effettuare l’analisi della situazione sottesa all’art. 20.2 ICCPR, per comprendere l’elemento dell’incitamento, secondo una relazione triadica tra: 1) l’«*advocator*» che promuove il messaggio odioso attraverso l’incitamento; 2) un gruppo *target* dell’espressione; 3) l’*audience* cui si rivolge l’incitamento.

È importante avanzare una considerazione che permette di collegare il comportamento vietato alla struttura del diritto alla libertà d’espressione (cfr. *infra*, § 3.2): la locuzione ‘libertà d’espressione’, infatti, tiene insieme due dimensioni distinte: il diritto di pensare ciò che si vuole (diritto alla libertà di coscienza e alla libertà di pensiero) e il diritto di esprimere tale pensiero (diritto alla libera espressione). Nella prima approssimazione al concetto di *hate speech*, secondo l’analisi storico-concettuale, compaiono entrambe queste dimensioni e, tuttavia, se ne separa la disciplina. L’odio nazionale, razziale o religioso, di per sé, risulta protetto dalla libertà di pensiero; la condotta vietata (sulla base dei commi 2 e 3 dell’ICCPR), infatti, è l’espressione di tale odio che si concretizzi nella promozione dell’odio nazionale, razziale o religioso che costituisca incitamento alla discriminazione, all’ostilità o alla violenza.

L’*hate speech*, dunque, non ha a che vedere solamente con il sentimento di odio motivato da appartenenza ad un gruppo nazionale, razziale o religioso: per costituire un discorso d’odio, tale sentimento deve concretizzarsi in un’espressione (di quelle appartenenti al tipo appena analizzato). Ciò permette una chiarificazione: in lingua inglese, infatti, la parola *speech*, che viene tradizionalmente tradotta in italiano con la parola ‘discorso’, significa qualcosa di più della mera espressione verbale. O, meglio, esso comprende l’espressione verbale ma anche l’espressione non strettamente verbale che si concretizza in vere e proprie azioni⁴⁵. Come ha affermato Giovanni Ziccardi:

«Volendo fare un primo sunto [...], pare abbastanza chiaro come, in quasi tutte le situazioni interpretative, siano necessari almeno *tre requisiti* affinché un’espressione si possa considerare *hate speech*: a) una chiara volontà e intenzione di incitare odio (*hate*) con la parola o ogni altro mezzo di comunicazione; b) oltre alla

Human Rights Convention: An Added Value for Democracy and Human Rights Protection?”, cit., p. 80; G. ROLLNERT LIERN, “El discurso del odio: una lectura crítica de la regulación internacional”, cit., p. 85.

⁴³ G. ZICCARDI, *L’odio online*, cit., p. 19. *Contra*: F.H. BAIDER, S. ASSIMAKOPOULOS, SH. MILLAR, “Introduction and Background”, in S. ASSIMAKOPOULOS, F.H. BAIDER, SH. MILLAR, *Online Hate Speech in the European Union. A Discourse-Analytic Perspective*, SpringerOpen, Cham (Switzerland), 2017, pp. 1-16, p. 3, il quale, invece, sostiene curiosamente che nell’ICCPR non si indichino le “categorie protette” sulla base delle quali l’incitamento all’odio, alla discriminazione o alla violenza costituisce *hate speech*.

⁴⁴ J. TEMPERMAN, “Blasphemy versus incitement: an international law perspective”, in C. BENEKE, C. GREINDA, D. NASH (eds.), *Profane: Sacrilegious Expression in a Multicultural Age*, University of California Press, Oakland, 2014, pp. 335-374, p. 340 e pp. 341-365.

⁴⁵ Per un breve focus sul tema *speech v. action*, cfr. *infra* § 1.6.6.

volontà, che vi sia l'incitamento vero e proprio, che sia idoneo a causare atti d'odio e di violenza nei confronti dei soggetti presi di mira; c) che gli atti di violenza o di discriminazione si verifichino, o che il rischio che avvenga ciò sia concreto. Ciò comporta, in linea di principio, che se le affermazioni, anche le più crude, *non* sono portate con l'intento di incitare terzi all'odio, non rientrano nell'ambito dell'*hate speech*. Perché ci sia *hate speech* è fondamentale che l'incitamento all'odio o alla violenza sia connesso in maniera molto stretta all'idea di danno, discriminazione o violenza (anche se poi l'atto violento non viene portato a compimento)»⁴⁶.

In sostanza, nell'ICCPR non si proibisce, come è stato osservato in dottrina, la mera *apologia* di idee di odio nei confronti di determinati gruppi vulnerabili: ciò che si proibisce è l'espressione di tali idee quando essa costituisca incitamento alla discriminazione, all'ostilità o alla violenza, ovvero quando si desidera provocare reazioni⁴⁷. Si tratta, come si vedrà (cfr. *infra*, § 1.2.4), di una differenza sostanziale con l'approccio adottato dall'ICERD, in cui, al contrario, si punisce anche la mera *diffusione di idee* fondate sulla superiorità razziale.

In relazione alla distinzione tra *incitamento* e mera *diffusione di idee*, è necessario ricordare che in un *General Comment* del 2011, il Comitato per i diritti umani ha sancito che le leggi che penalizzano l'espressione di opinioni su fatti storici sono incompatibili con la libertà d'espressione⁴⁸. Si tratta di una statuizione importante, poiché anch'essa trova un'applicazione diversa nell'ICERD, con riferimento al negazionismo (cfr. *infra*, § 1.2.4). Inoltre, essa si pone in antitesi con una Risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, che nel 2006 invitava gli Stati a condannare la negazione o minimizzazione dell'Olocausto⁴⁹. Ad ogni modo, all'esito della "giurisprudenza" del Comitato per i diritti umani, è invalsa l'interpretazione per cui la negazione di fatti storici come l'Olocausto possa essere oggetto di intervento sanzionatorio solo ed esclusivamente a condizione che si oltrepassi la soglia dell'incitamento prevista dall'art. 20.2 ICCPR, come statuito nel *Rabat Plan of Action*⁵⁰ (cfr. *infra*, § 1.6.4).

Inoltre, nel 2016 il Comitato ha sancito che l'art. 20.2 ICCPR non richiede necessariamente che l'*hate speech* sia sanzionato penalmente: il divieto di incitamento è compatibile con misure di natura anche civile e amministrativa⁵¹.

L'art. 20 dell'ICCPR è evidentemente formulato in senso ascendente e progressivo: i comportamenti di incitamento alla *discriminazione*, all'*ostilità* e alla *violenza* sono graduati

⁴⁶ G. ZICCARDI, *L'odio online*, cit., p. 21 (corsivi nostri).

⁴⁷ Si veda S. BENESCH, *Contribution to OHCHR initiative on incitement to national, racial, or religious hatred*, UN OHCHR 2011 Expert workshop on the prohibition of incitement to national, racial or religious hatred, Vienna, February 2011, disponibile al link: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Expression/ICCPR/Others2011/SBenesch.doc>. Si noti, in particolare, che G. ROLLNERT LIERN, "El discurso del odio: una lectura crítica de la regulación internacional", cit., p. 8, sostiene che il divieto sancito dall'ICCPR è da intendersi in senso *perlocutorio*, proprio in quanto volto a impedire le reazioni e gli atti conseguenti all'incitamento. Sul punto, cfr. *infra*, § 5.2.4.

⁴⁸ CCPR, General Comment n. 34, *Article 19 (Freedom of opinion and expression)*, 12 September 2011 (CCPR/C/GC/34), § 49.

⁴⁹ UN General Assembly, Resolution n. 61/255, Holocaust denial, adopted on the 61st session, on 26 January 2007.

⁵⁰ Rabat Plan of Action, appendix to UN High Commissioner for Human Rights, *Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the expert workshops on the prohibition of incitement to national, racial or religious hatred*, 11 January 2013 (A/HRC/22/17/Add.4). Si veda Special Rapporteur on the promotion and protection of the freedom of opinion and expression, *Report on the regulation of online 'hate speech'*, 9 October 2019 (A/74/48050, Advanced United Report), § 22. Cfr., inoltre, ARTICLE 19, *'Hate Speech' Explained. A Toolkit*, cit., pp. 32-34.

⁵¹ *Rabbae v. the Netherlands*, CCPR, Communication n. 2124/2011, CCPR/C/117/D/2124/2011 (2016).

per progressivo aumento del livello di odio. In base alla definizione, si può sostenere che l'*hate speech* condivide le motivazioni sottese ai cosiddetti *hate crimes*⁵², i quali, tuttavia, richiedono la concretizzazione in atti di violenza mentre, come si è visto, per l'*hate speech* è “sufficiente” l'*incitamento* alla violenza (o alla discriminazione o all'ostilità)⁵³.

Tornando alla stratificazione storico-concettuale, è necessaria un'ulteriore precisazione. Coerentemente con il problema dell'applicazione del Primo Emendamento alla Costituzione degli Stati Uniti (cfr. *infra*, § 7.2), in seno alla Commissione che redigeva l'ICCPR si aprì un lungo dibattito sulla possibilità di applicare non soltanto il divieto di restrizione della libertà d'espressione, bensì anche lo stesso articolo 20 (che proibisce l'*hate speech*) solamente all'ambito pubblico e, dunque, agli interventi governativi, oppure anche a quello privato (tutelando, quindi, anche dalle espressioni di odio di privati contro privati)⁵⁴. Il risultato fu il prevalere dell'interpretazione della Francia, favorevole all'applicabilità anche agli atti di privati, come una questione di necessità di protezione delle vite umane dall'abuso (le condotte di incitamento all'odio): «it was commonly accepted by other Commission members that the Covenant should require governments to *protect human life against abuse* not only by public authorities but *also by private persons*»⁵⁵.

1.2.4 – La Convenzione Internazionale sull'Eliminazione di ogni forma di Discriminazione Razziale (ICERD)

Il passo successivo nell'evoluzione concettuale del discorso d'odio è costituito dall'adozione, nel 1965, della Convenzione Internazionale sull'Eliminazione di ogni forma di Discriminazione Razziale (ICERD), entrata in vigore nel 1969. Sebbene sia stata adottata prima

⁵² Il tema sarà oggetto di approfondimento *infra*, § 1.6.3. Cfr. B. PERRY, *In the name of hate: understanding hate crimes*, Routledge, New York-London, 2001. Si veda, inoltre, l'handbook dell'Unione Europea sul diritto antidiscriminatorio del 2018: European Union Agency for Fundamental Rights, *Handbook on European non-discrimination law*, febbraio 2018, in particolare le pp. 81-86 disponibile al link: https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_non_discr_law_ENG.pdf.

⁵³ Sulla distinzione, in ambito accademico, tra *hate speech law* e *hate crime law*, cfr. J. JACOBS, K. POTTER, *Hate Crimes: Criminal Law and Identity Politics*, Oxford University Press, Oxford, 1998, p. 6.

⁵⁴ Cfr. S. FARROR, “Molding the Matrix: The Historical and Theoretical Foundations of International Law concerning Hate Speech”, cit., pp. 24-25, ove si possono trovare i riferimenti alle opinioni espresse da Eleanor Roosevelt (che sosteneva l'applicabilità dell'art. 20 solo all'ambito pubblico) in opposizione a quelle proposte dalla delegazione della Francia, che sosteneva la necessaria applicabilità anche all'ambito privato (a partire dall'art. 2, comma 1, che richiede l'intervento statale per assicurare la garanzia nei confronti dei privati dei diritti riconosciuti dalla Convenzione: «Each State Party to the present Covenant undertakes to respect and to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the present Covenant, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status»). Per la possibile deriva totalitaria che la previsione dell'art. 19 ICCPR avrebbe potuto imboccare secondo Eleanor Roosevelt, cfr. *ivi*, pp. 27-30; per le critiche degli altri Stati alla posizione degli Stati Uniti, cfr. *ivi*, pp. 30-31. Si tenga presente che gli Stati Uniti, nel 1992, presentarono una riserva che recita come segue: «Article 20 does not authorize or require legislation or other action by the United States that would restrict the right of free speech and association protected by the constitution and laws of the United States».

⁵⁵ S. FARROR, “Molding the Matrix: The Historical and Theoretical Foundations of International Law concerning Hate Speech”, cit., p. 24 (corsivi nostri).

dell'ICCPR, essa costituisce una misura specificamente rivolta alla discriminazione razziale, motivo per cui si è preferito anticipare l'analisi dell'ICCPR.

La Convenzione istituisce un Comitato per l'eliminazione della discriminazione razziale, che monitora l'applicazione della stessa negli Stati parte. Essa risulta utile, in questa sede, in quanto definisce la 'discriminazione razziale'⁵⁶ in senso ampio⁵⁷, contribuendo ad una categorizzazione di alcuni dei comportamenti che le norme internazionali contro l'*hate speech* intendono vietare. La discriminazione, infatti, a norma della Convenzione ha «l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali»⁵⁸.

In particolare, l'art. 4 della Convenzione contribuisce in maniera sostanziale alla definizione dell'*hate speech*:

Gli Stati contraenti condannano ogni propaganda ed ogni organizzazione che s'ispiri a concetti ed a teorie basate sulla superiorità di una razza o di un gruppo di individui di un certo colore o di una certa origine etnica, o che pretendano di giustificare o di incoraggiare ogni forma di odio e di discriminazione razziale, e si impegnano ad adottare immediatamente misure efficaci per eliminare ogni incitamento ad una tale discriminazione

⁵⁶ Article 1, section 1, International Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination: «In this Convention, the term "racial discrimination" shall mean any distinction, exclusion, restriction or preference based on race, colour, descent, or national or ethnic origin which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise, on an equal footing, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural or any other field of public life».

⁵⁷ La 'razza', infatti, è una categoria interpretata dalla Convenzione in senso ampio: non include solamente gli elementi *biologici*, bensì anche quelli *sociali* e *culturali*: cfr. K.J. PARTSCH, "Racial Speech and Human Rights: Article 4 of the Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination", in S. COLIVER (ed.), *Striking a Balance. Hate Speech, Freedom of Expression and Non-discrimination*, Article 19, London and Human Rights Centre, University of Essex, 1992, pp. 21-28, p. 22. Inoltre, lo stesso concetto di *discriminazione* razziale è utilizzato nella Convenzione in senso ampio: esso, infatti, si riferisce tanto agli aspetti politici ed economici quanto a quelli sociali e culturali e non è limitato agli atti perpetrati dallo Stato o dai pubblici ufficiali nei confronti degli individui, ciò che rende possibile la giustificazione di misure anche preventive e affermative contro discriminazioni potenziali (*ibidem*). Inoltre, si tenga presente che, secondo quanto stabilito dal Comitato per l'Eliminazione della Discriminazione Razziale (CERD), in caso di dubbio circa l'appartenenza razziale o etnica, il criterio da utilizzare è quello dell'*autoidentificazione* («self-identification»): CERD, General Recommendation n. 8, adopted on the 38th session, 1990 (A/45/18). Cfr. anche CERD, General Recommendation n. 32, 24 September 2009 (CERD/C/GC/32), §§ 7-8, su 'discriminazione diretta', 'indiretta' e 'intersezionale'. Inoltre, sempre in ambito ONU, si veda l'art. 2 della Dichiarazione UNESCO sulla razza e sul pregiudizio razziale, ove si afferma che: «1. Any theory which involves the claim that racial or ethnic groups are inherently superior or inferior, thus implying that some would be entitled to dominate or eliminate others, presumed to be inferior, or which bases value judgments on racial differentiation, has no scientific foundation and is contrary to the moral and ethical principles of humanity. 2. Racism includes racist ideologies, prejudiced attitudes, discriminatory behavior, structural arrangements and institutionalized practices resulting in racial inequality as well as the fallacious notion that discriminatory relations between groups are morally 'and scientifically justifiable; it is reflected in discriminatory provisions in legislation or regulations and discriminatory practices as well as in anti-social beliefs and acts; it hinders the development of its victims, perverts those who practice it, divides nations internally, impedes international co-operation and gives rise to political tensions between peoples; it is contrary to the fundamental principles of international law and, consequently, seriously disturbs international peace and security. 3. Racial prejudice, historically linked with inequalities in power, reinforced by economic and social differences between individuals and groups, and still seeking today to justify such inequalities, is totally without justification»; UNESCO, *Declaration on Race and Racial Prejudice*, adopted by the General Conference of the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, on its 20th session, from 24 October to 28 November 1978.

⁵⁸ Art. 1.1, International Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination: «[...] which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise, on an equal footing, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural or any other field of public life».

od ogni atto discriminatorio, tenendo conto, a tale scopo, dei principi formulati nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e dei diritti chiaramente enunciati nell'articolo 5 della presente Convenzione, ed in particolare:

- a) a dichiarare crimini punibili dalla legge, ogni diffusione di idee basate sulla superiorità o sull'odio razziale, ogni incitamento alla discriminazione razziale, nonché ogni atto di violenza, od incitamento a tali atti diretti contro ogni razza o gruppo di individui di colore diverso o di diversa origine etnica, come ogni aiuto apportato ad attività razzistiche, compreso il loro finanziamento;
- b) a dichiarare illegali ed a vietare le organizzazioni e le attività di propaganda organizzate ed ogni altro tipo di attività di propaganda che incitano alla discriminazione razziale e che l'incoraggino, nonché a dichiarare reato punibile dalla legge la partecipazione a tali organizzazioni od a tali attività;
- c) a non permettere né alle pubbliche autorità, né alle pubbliche istituzioni, nazionali o locali, l'incitamento o l'incoraggiamento alla discriminazione razziale⁵⁹.

Il principio ispiratore della disposizione, come indicato da un report del Comitato nel 1986, è «*prevention, rather than cure*»⁶⁰: obiettivo che viene perseguito sia tramite programmi di educazione sia attraverso strumenti giuridici sanzionatori. Nell'impostazione sottesa alla definizione dell'ICERD, si può sostanzialmente ritenere che l'*hate speech* costituisca un caso di conflitto tra la libertà dalla discriminazione e la libertà d'espressione e, soprattutto, che la prima prevalga sulla seconda⁶¹.

Sia quello fatto proprio dall'ICCPR sia dall'ICERD possono essere inquadrati entro il cosiddetto «modello della non discriminazione»⁶²: tuttavia, mentre il primo pare rivolgersi alla repressione di condotte concrete, il secondo pare prestare più attenzione al contenuto del messaggio come veicolante un contesto discriminatorio. Infatti, è possibile affermare, soprattutto

⁵⁹ Article 4 International Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination: «States Parties condemn all propaganda and all organizations which are based on ideas or theories of superiority of one race or group of persons of one colour or ethnic origin, or which attempt to justify or promote racial hatred and discrimination in any form, and undertake to adopt immediate and positive measures designed to eradicate all incitement to, or acts of, such discrimination and, to this end, with due regard to the principles embodied in the Universal Declaration of Human Rights and the rights expressly set forth in article 5 of this Convention, inter alia: (a) Shall declare an offence punishable by law all dissemination of ideas based on racial superiority or hatred, incitement to racial discrimination, as well as all acts of violence or incitement to such acts against any race or group of persons of another colour or ethnic origin, and also the provision of any assistance to racist activities, including the financing thereof; (b) Shall declare illegal and prohibit organizations, and also organized and all other propaganda activities, which promote and incite racial discrimination, and shall recognize participation in such organizations or activities as an offence punishable by law; (c) Shall not permit public authorities or public institutions, national or local, to promote or incite racial discrimination». Al punto a), si è preferito omettere il riferimento all'espressione «*crimini punibili dalla legge*»: la versione originale utilizza infatti il termine '*offence*', non '*criminal offence*'.

⁶⁰ CERD, *Positive Measures Designed to Eradicate all Incitement to, or Acts of Racial Discrimination, Implementation of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, Article 4*, U.N. Doc. CERD/2, 1985.

⁶¹ K. BOYLE, "Hate Speech – The United States Versus the Rest of the World?", cit., p. 496; cfr. anche K. BOYLE, A. BALDACCINI, "A Critical Evaluation of International Human Rights Approaches to Racism", in S. FREDMAN (ed.), *Discrimination and Human Rights: The Case of Racism*, Oxford University Press, Oxford, pp. 135-192.

⁶² «Più in particolare, nel modello della *non discriminazione*, il criterio che si applica consiste nella limitazione di tutte quelle condotte espressive "idonee", tanto in virtù del loro contenuto, quanto per le circostanze specifiche del caso concreto a generare un contesto discriminatorio. Non si considera necessario, pertanto, che la condotta espressiva motivata da odio legato all'appartenenza della persona colpita a uno specifico gruppo razziale, nazionale, religioso, etnico o di altro tipo, consista in un incitamento all'odio o alla violenza e che quindi sia idonea a generare o generi un atto di odio o di violenza. Ciò che si garantisce è la protezione nei confronti di un contesto discriminatorio, che implichi quindi un trattamento differenziato e ingiustificato», I. SPIGNO, *Discorsi d'odio. Modelli costituzionali a confronto*, cit., pp. 464-465.

all'esito dell'adozione dell'ICERD, che esistono ideologie (come quelle fondate sulla discriminazione razziale) che non trovano protezione entro il diritto internazionale dei diritti umani⁶³.

Infatti, un elemento fondamentale, da rilevare in sede di analisi dell'articolo 4 ICERD, è che esso vieta non solo l'*incitamento*, bensì anche la “mera” *diffusione di idee* fondate sulla superiorità razziale⁶⁴: non si punisce solamente l'*hate speech* che possieda il carattere della probabilità di condurre a conseguenze negative (pericolo concreto), bensì anche il contenuto del messaggio in sé, indipendentemente dal danno che esso arreca (pericolo astratto).

Nel 2006, l'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Diritti Umani, in un report sull'incitamento all'odio religioso e la promozione della tolleranza, indica espressamente la differenza di approcci tra l'ICCPR e l'ICERD: mentre nel primo, a norma dell'art. 20.2, è necessario un atto di incitamento, il secondo, a norma dell'art. 4, «prohibits the mere dissemination of ideas based on superiority and racial hatred. Under ICERD, *the dissemination of the idea itself is what attracts sanction without any further requirement* about its intent or impact»⁶⁵. A livello internazionale, si tratta tuttavia di una questione ancora lungi dall'essere chiarita⁶⁶: mentre da un lato pare che la disseminazione di idee razziste debba comunque raggiungere la soglia dell'incitamento per essere proibita, dall'altro la CERD ha sostenuto che la prima «attempt to discourage the flow of racist ideas upstream», mentre il secondo «address their downstream effects»⁶⁷, di fatto contribuendo all'interpretazione per cui si tratta di due categorie di comportamenti diverse tra loro, che richiedono la mera diffusione nel primo caso e la probabilità di realizzazione degli effetti (e dunque il danno) nel secondo.

Peraltro, mentre né nel linguaggio utilizzato dall'ICERD né in quello dell'ICCPR si rinviene l'espressione ‘incitamento all'odio’ (nella prima si parla di disseminazione di idee basate sull'odio, oppure incitamento alla discriminazione o alla violenza; nel secondo, invece, di incitamento alla discriminazione, all'ostilità o alla violenza), essa è invalsa nella prassi, di

⁶³ S. FARROR, “Molding the Matrix: The Historical and Theoretical Foundations of International Law concerning Hate Speech”, in *Berkeley Journal of International Law*, 14, 1, 1996, p. 98.

⁶⁴ Cfr. I. SPIGNO, *Discorsi d'odio. Modelli costituzionali a confronto*, cit., p. 288; L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, cit., pp. 14-15; M. MANETTI, “L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione dell'eguaglianza e difesa dello Stato”, in A. Di GIOVINE (a cura di), *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 103-137; A. GASCÓN CUENCA, *El discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: su adecuación a los estándares internacionales de protección*, cit., pp. 40-43. Inoltre, cfr. K.J. PARTSCH, “Racial Speech and Human Rights: Article 4 of the Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination”, cit., p. 24, che riporta la storia della Convenzione, sottolineando come inizialmente essa punisse solamente gli atti di incitamento che portavano alla violenza e fu successivamente modificata, in sede preparatoria, dalla Terza Commissione dell'Assemblea Generale. Si veda, inoltre, la Raccomandazione del 1993 in cui la CERD sancisce espressamente la compatibilità della proibizione della “mera” diffusione di idee razziste con la libertà d'espressione: CERD, General Recommendation n. 15, adopted on the 42th session, 1993, § 4.

⁶⁵ High Commissioner for Human Rights, *Incitement to racial and religious hatred and the promotion of tolerance*, report of the HCHR, Implementation of General Assembly Resolution 60/251 of 15 March 2006 entitled “Human Rights Council”, HRC, 2nd session, agenda item 2, A/HRC/2/6, 20 September 2006 (corsivi nostri).

⁶⁶ Si veda, ad esempio, ARTICLE 19, *Prohibiting incitement to discrimination, hostility or violence*, cit., pp. 24-25, ove si sostiene che invece anche il mero elemento della ‘disseminazione di idee’ (e dunque l'art. 4 ICERD) debba essere interpretato in maniera coerente con il requisito dell'incitamento di cui all'art. 20.2 ICCPR.

⁶⁷ CERD, General Recommendation n. 35, *Combating racist speech*, 26 September 2013 (CERD/C/GC/35), § 30.

fatto contribuendo ad una difficoltà di definizione, probabilmente anche a causa del fatto che la stessa CERD ha utilizzato l'espressione in alcune *Concluding Observations*⁶⁸. Come si vedrà, invece, 'incitamento all'odio' è una definizione maggiormente utilizzata nei sistemi regionali di protezione dei diritti umani (cfr. *infra*, §§ 1.3, 1.4).

Inoltre, è bene precisare che, secondo il Comitato per l'Eliminazione della Discriminazione Razziale, vi è un collegamento piuttosto stretto tra la diffusione di idee fondate sulla superiorità razziale e l'incitamento, tanto che alcune idee possono costituire, *ex se*, un incitamento, indipendentemente dai loro effetti. Si tratta del principio utilizzato dal Comitato nel caso *The Jewish Community of Oslo et al. v. Norway*⁶⁹. Ad ogni modo, il Comitato ha successivamente chiarito che il negazionismo in riferimento al genocidio e ai crimini contro l'umanità può essere punito a condizione che esso costituisca incitamento ai sensi dell'art. 20.2 ICCPR⁷⁰, di fatto lasciando alla valutazione del caso concreto la possibilità che determinati comportamenti costituiscano o meno incitamento *ex se*. Nonostante ciò, nella sua giurisprudenza il Comitato, sulla base delle circostanze del caso concreto, ha talvolta sostenuto l'esistenza di una violazione della Convenzione, ad esempio, sia in casi in cui le espressioni veicolavano al contempo «ideas of racial superiority, denying respect as human beings and depicting generalized negative characteristics» e un «incitement to racial discrimination»⁷¹, sia quando le espressioni "semplicemente" «generalize negatively about an entire group of people based solely on their ethnic or national origin and without regard to their particular views, opinions or actions»⁷².

Ciò che rileva maggiormente (soprattutto ai fini definitori, che costituiscono lo scopo di questa parte del lavoro) è che, a differenza dell'ICCPR, l'ICERD richiede agli Stati, nei casi più gravi, di istituire con legge reati di diffusione delle idee di superiorità razziale, incitamento alla discriminazione razziale o alla violenza, nonché atti di violenza pura diretti contro persone individuate sulla base dell'appartenenza razziale. Questo elemento risulta fondamentale ai fini definitori, poiché consente di avanzare nell'elaborazione storico-concettuale dell'*hate speech*: esso viene così a definirsi, nella percezione della comunità internazionale, come un possibile reato (almeno con riferimento all'odio razziale, nei casi più gravi). Non, dunque, una generica condotta riprovevole sul piano morale o meritevole esclusivamente di sanzioni civili o amministrative; piuttosto, è bene sottolineare che i casi più gravi di *hate speech* – ovviamente, solo

⁶⁸ Cfr. CERD, Concluding Observations on Serbia, 3 January 2018 (CERD/C/SRB/CO/2-5), § 14(a): «Ensure that its laws criminalize incitement to racial hatred, whether or not it incites violence».

⁶⁹ *The Jewish Community of Oslo et al. v. Norway*, CERD, Communication n. 30/2003, CERD/C/67/D/30/2003 (2005). Cfr. I. SPIGNO, *Discorsi d'odio. Modelli costituzionali a confronto*, cit., pp. 293-294; M. CASTELLANETA, «L'*hate speech*: da limite alla libertà di espressione a crimine contro l'umanità», cit., p. 160 (in nota); A. WEBER, *Manual on Hate Speech*, Council of Europe Publishing, September 2009, p. 56. (disponibile al link: <https://rm.coe.int/1680665b3f>).

⁷⁰ CERD, General Recommendation n. 35, *Combating racist speech*, 26 September 2013 (CERD/C/GC/35), § 14.

⁷¹ *TBB-Turkish Union in Berlin/Brandenburg v. Germany*, CERD, Communication n. 48/2010, 10 May 2013 (CERD/C/82/D/48/2010), § 12.6.

⁷² *Mohammed Hassan Gelle v. Denmark*, CERD, Communication n. 34/2004, 15 March 2006 (CERD/C/68/D/34/2004), § 7.4.

per gli Stati parte della Convenzione che abbiano provveduto alla sua attuazione – possono costituire reato⁷³.

Per quanto riguarda invece l'*hate speech* nei termini dell'insulto o dell'espressione ingiuriosa non nei confronti di un individuo, bensì di un gruppo, il Comitato ha sancito che esso può essere sanzionato soltanto a condizione che costituisca un incitamento ai sensi dell'art. 20.2 ICCPR⁷⁴. Si tratta, a ben vedere, di una statuizione che appare suscettibile di critica, nella misura in cui si potrebbe applicare, piuttosto, la previsione dell'art. 19.3 ICCPR, per cui altre restrizioni che non devono seguire il criterio dell'incitamento secondo l'art. 20.2 ICCPR possono essere previste per tutelare l'ordine pubblico, a condizione che si rispettino i requisiti di legalità, necessità e proporzionalità: si pensi all'irrogazione di sanzioni amministrative nei confronti dei media che diffondono messaggi di stereotipizzazione negativa di un gruppo vulnerabile talmente gravi da potersi considerare alla stregua di una "diffamazione di gruppo"⁷⁵.

In aggiunta, la CERD ha contribuito a chiarire la necessità di proibire l'*hate speech* anche da parte di politici, indipendentemente che si tratti di espressioni utilizzate nel corso di

⁷³ È pur vero, come riporta Farror, che alcuni Stati si sono rifiutati di interpretare la locuzione «an offence punishable by law» nel senso della necessità di sanzioni *penali* e non anche solamente civili o amministrative; e, tuttavia, a tale questione ha risposto il Comitato nel report del 1985 sull'articolo 4, intitolato *Positive Measures Designed to Eradicate all Incitement to, or Acts of Racial Discrimination, Implementation of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, U.N. Doc. CERD/2, 1985, dichiarando che «the imposition of civil liability falls short of the requirement of Article 4 to declare certain acts or activities as an offence punishable by law», p. 185. Successivamente, nel 1993 e nel 2013, il Comitato ha stabilito che devono essere puniti (utilizzando lo strumento penale nei casi più gravi) i seguenti comportamenti: «(a) All dissemination of ideas based on racial or ethnic superiority or hatred, by whatever means; (b) Incitement to hatred, contempt or discrimination against members of a group on grounds of their race, colour, descent, or national or ethnic origin; (c) Threats or incitement to violence against persons or groups on the grounds in (b) above; (d) Expression of insults, ridicule or slander of persons or groups or justification of hatred, contempt or discrimination on the grounds in (b) above, when it clearly amounts to incitement to hatred or discrimination; (e) Participation in organizations and activities which promote and incite racial discrimination» (CERD, General Recommendation n. 15, on article 4 of the Convention, adopted on the 42th session, 1993; CERD, General Recommendation n. 35, *Combating racist speech*, 26 September 2013 (CERD/C/GC/35), § 13(a-e)). Ovviamente, lo si sottolinea, come indicato nella General Recommendation n. 32 della CERD, l'imposizione di sanzioni penali «should be reserved for serious cases, to be proven beyond reasonable doubt, while less serious cases should be addressed by means other than criminal law, taking into account, inter alia, the nature and extent of the impact on targeted persons and groups. The application of criminal sanctions should be governed by principles of legality, proportionality and necessity» (*ivi*, § 12). Si vedano, inoltre: Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, on hate speech and incitement to hatred, 7 September 2012 (A/67/357), § 47; Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, on online hate speech, 9 October 2019 (A/74/48050), § 15.

⁷⁴ CERD, General Recommendation n. 35, *Combating racist speech*, 26 September 2013 (CERD/C/GC/35), § 13. Si veda il Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, on online hate speech, 9 October 2019 (A/74/48050), § 17.

⁷⁵ Pare andare in questa direzione anche Article 19, che analizza le possibilità di restrizione dell'*hate speech* discriminatorio nei confronti di un gruppo fuori dai requisiti di cui all'art. 20.2 ICCPR: ARTICLE 19, '*Hate Speech Explained. A Toolkit*', cit., pp. 84-85.

campagne politiche⁷⁶ e a nulla rilevando l'immunità parlamentare, che non deve costituire impedimento all'irrogazione di sanzioni contro il discorso d'odio⁷⁷: «the fact that statements were made in the context of a political debate does not absolve the State party from its obligation to investigate whether or not such statements amounted to racial discrimination»⁷⁸.

Va segnalato, inoltre, che la *Ad Hoc Committee of the Human Rights Council on the Elaboration of Complementary Standards* (istituita dal Consiglio dei Diritti Umani⁷⁹ con il mandato di «elaborate, as a matter of priority and necessity, complementary standards in the form of either a convention or additional protocol(s) to the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, filling the existing gaps in the Convention, and also providing new normative standards aimed at combating all forms of contemporary racism, including incitement to racial and religious hatred») è attualmente al lavoro per l'adozione di un Protocollo all'ICERD sulla criminalizzazione (che diverrebbe obbligatoria per gli Stati ratificanti) di atti razzisti e xenofobi⁸⁰, in cui si includerebbe l'*hate speech*.

Il testo dell'ICERD, dunque, è sufficiente a testimoniare una spinta della comunità internazionale verso la qualificazione di alcuni comportamenti rientranti sotto la definizione di *hate speech* come veri e propri reati. Inoltre, parrebbe configurarsi la possibilità di prevedere la fattispecie di reato anche al di là dei casi di stretto *incitamento*, bensì, genericamente, a quelli di *diffusione di idee di superiorità razziale*⁸¹.

L'*hate speech*, inoltre, viene a configurarsi, agli esiti della Convenzione, come un problema di *bilanciamento*. Infatti, in seguito ad un emendamento proposto dalla Nigeria, la formulazione attuale dell'art. 4 prevede che l'adozione di strumenti giuridici da parte degli Stati per contrastare l'*hate speech* avvenga «tenendo conto [...] dei principi formulati nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e dei diritti chiaramente enunciati nell'articolo 5 della [...] Convenzione» (formulazione che diviene nota come «*due regard clause*»⁸²). Il dibattito in

⁷⁶ CERD, Concluding Observations on the Russian Federation, 20 September 2017 (CERD/C/RUS/CO/23-24), § 16(d); CERD, Concluding Observations on Austria, 23 October 2012 (CERD/C/AUT/CO/18-20), § 12. Tale impostazione è fatta propria anche dal Comitato per i diritti umani: CCPR, Concluding Observations on the Netherlands, 22 August 2019 (CCPR/C/NLD/CO/5), § 16(a).

⁷⁷ CERD, Concluding Observations on Italy, 17 February 2017 (CERD/C/ITA/CO/19-20), § 15(a).

⁷⁸ Saada Mohamad Adan v. Denmark, CERD, Communication n. 43/2008, 21 September 2010 (CERD/C/77/D/43/2008), § 7.6; cfr. anche *Mohammed Hassan Gelle v. Denmark*, CERD, Communication n. 34/2004, 15 March 2006 (CERD/C/68/D/34/2004), § 7.5.

⁷⁹ HRC, Elaboration of international complementary standards to the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, 6th session, 22nd meeting, 28 September 2017 (HRC/RES/6/21).

⁸⁰ Si veda il Report of the Ad Hoc Committee on the Elaboration of Complementary Standards on its tenth session (A/HRC/42/58), 20 August 2019.

⁸¹ Concorda con questa visione T. MENDEL, "Does International Law Provide for Consistent Rules on Hate Speech?", in M. HERZ, P. MOLNAR, *The Content and Context of Hate Speech. Rethinking Regulation and Responses*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 417-429, il quale, tuttavia, sostiene che tale effetto interpretativo, pur logico, sia da considerarsi vietato ai sensi dell'art. 19 dell'ICCPR, che autorizza i possibili casi di limitazione della libertà d'espressione solamente alle restrizioni necessarie (p. 419 in nota).

⁸² Il nome deriva dal testo inglese della Convenzione, «with *due regard* to the principles embodied in the Universal Declaration of Human Rights and the rights expressly set forth in article 5 of this Convention» (corsivi nostri). Sull'ambiguità delle possibili interpretazioni della clausola, cfr. K.J. PARTSCH, "Racial Speech and Human Rights: Article 4 of the Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination", cit., pp. 23-26.

seguito al quale si adottò la disposizione testimonia che furono Paesi come gli Stati Uniti a richiedere che il *due regard* fosse direttamente riferito al principio della *libertà d'espressione* come contraltare alle disposizioni sull'*hate speech* nella logica del bilanciamento: ciò rende evidente l'impossibilità di applicazione del modello liberale dei *free speech absolutists*, al quale, come si vedrà (cfr. *infra*, § 3.2.2), la logica del bilanciamento è quasi completamente estranea, quantomeno a livello teorico, dal momento che esso privilegia l'assolutismo e la pressoché totale incoercibilità della libertà d'espressione⁸³.

In tema di bilanciamento tra la libertà d'espressione e il divieto di discriminazione, il Comitato contribuisce a consolidare l'idea dell'*hate speech* come un *abuso della libertà d'espressione*: esso, infatti, statuisce esplicitamente la necessità di differenziare il diritto alla libera espressione dal suo «punishable abuse»⁸⁴.

Nel 2004, la CERD, in un paragrafo di una *General Recommendation* specificamente rivolto alla protezione contro l'*hate speech* e la violenza razziale, invita gli Stati a prendere misure «to address xenophobic attitudes and behaviour towards non-citizens, in particular hate speech and racial violence». Inoltre, nella medesima raccomandazione, essa invita gli Stati a «[t]ake resolute action to counter any tendency to target, stigmatize, stereotype or profile, on the basis of race, colour, descent, and national or ethnic origin, members of “non-citizen” population groups, especially by politicians, officials, educators and the media, on the Internet and other electronic communications networks and in society at large»⁸⁵.

In una *General Recommendation* del 2012, la CERD, con specifico riferimento all'odio online, invita gli Stati ad adottare «strict measures against any incitement to discrimination or violence against the communities including through the Internet»⁸⁶, riecheggiando l'invito agli Stati parte a prendere misure contro l'incitamento *online* all'odio razziale già effettuato con l'adozione, da parte della Conferenza Mondiale contro il razzismo, la discriminazione razziale, la xenophobia e altre forme di intolleranza, della *Durban Declaration and Programme of Action*⁸⁷.

⁸³ Tuttavia, si tenga presente che, a parziale riaffermazione dei motivi ispiratori del *free speech absolutism*, gli Stati Uniti successivamente dichiararono che avrebbero interpretato la disposizione nella stessa maniera in cui interpretavano l'art. 20 dell'ICCPR. In tutta risposta, il Comitato istituito dalla Convenzione, nel 1978, statui che le interpretazioni degli Stati della disposizione sopracitata in nessun modo avrebbero potuto eluderne il contenuto (cfr. CERD, 18th session, 399th meeting, U.N. Doc. CERD/C/SR.399, 1978, p. 152). Per una ricognizione della storia della Convenzione “da un punto di vista statunitense”, cfr. M.J. MATSUDA, “Public Response to Racist Speech: Considering the Victim’s Story”, in *Michigan Law Review*, 87, 1989, pp. 2320-2381, pp. 2341-2348.

⁸⁴ Report of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, U.N. GAOR, 42nd session, supp. no. 18, p. 69, U.N. Doc. A/42/18, 1987 (corsivi nostri; citato in S. FARROR, “Molding the Matrix: The Historical and Theoretical Foundations of International Law concerning Hate Speech”, cit., p. 52).

⁸⁵ CERD, General Recommendation n. 30, on discrimination against non citizens, adopted on the 65st session, 2005, § 12.

⁸⁶ CERD, General Recommendation n. 29, on article 1, paragraph 1, of the Convention (Descent), adopted on the 61st session, 2002, § 4(s). Il tema dell'*hate speech* online, inoltre, è stato di recente oggetto di un report dell'UNESCO: I. GAGLIARDONE, D. GAL, TH. ALVES, G. MARTÍNEZ, *Countering Online Hate Speech*, UNESCO Publishing, Paris, 2015.

⁸⁷ World Conference Against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance, *Declaration and Programme of Action*, adopted in Durban in 2001, §§ 145-147(b).

Nel 2013, il Comitato emana una raccomandazione, intitolata *Combating racist hate speech*⁸⁸, in cui tenta di rispondere alle questioni cruciali relative all'*hate speech* razzista in generale, con riferimento a tutti i possibili gruppi vittime di discriminazione (mentre in alcuni casi, in precedenza, aveva emanato raccomandazioni specifiche sul contrasto all'*hate speech* contro specifici gruppi vulnerabili⁸⁹). Nella Raccomandazione, il Comitato sostiene che «[w]hile the term hate speech is not explicitly used in the Convention, this lack of explicit reference has not impeded the Committee from identifying and naming hate speech phenomena and exploring the relationship between speech practices and the standards of the Convention».

Inoltre, nel trattare del *racist hate speech*, la CERD sottolinea il carattere profondamente ampio e *intersezionale* della categoria:

«Racist hate speech addressed in Committee practice has included all the specific speech forms referred to in article 4 directed against groups recognized in article 1 of the Convention [...] such as indigenous peoples, descent-based groups, and immigrants or non-citizens, including migrant domestic workers, refugees and asylum seekers, as well as speech directed against women members of these and other vulnerable groups. In the light of the principle of intersectionality, [...] the Committee's attention has also been engaged by hate speech targeting persons belonging to certain ethnic groups who profess or practice a religion different from the majority, including expressions of Islamophobia, anti-Semitism and other similar manifestations of hatred against ethno-religious groups, as well as extreme manifestations of hatred such as incitement to genocide and to terrorism. Stereotyping and stigmatization of members of protected groups has also been the subject of expressions of concern and recommendations adopted by the Committee»⁹⁰.

Pertanto, la CERD chiarisce che la definizione di *hate speech* non abbraccia solamente le espressioni esplicitamente razziste:

«Racist hate speech can take many forms and is not confined to explicitly racial remarks. [...] [S]peech attacking particular racial or ethnic groups may employ indirect language in order to disguise its targets and objectives. In line with their obligations under the Convention, States parties should give due attention to all manifestations of racist hate speech and take effective measures to combat them. The principles articulated in the present recommendation apply to racist hate speech, whether emanating from individuals or groups, in whatever forms it manifests itself, orally or in print, or disseminated through electronic media, including the Internet and social networking sites, as well as non-verbal forms of expression such as the display of racist symbols, images and behaviour at public gatherings, including sporting events»⁹¹.

Pertanto, il Comitato chiarisce la necessità, in quest'ambito, di una «comprehensive legislation», dovendosi includere interventi di natura sia penale, sia civile sia amministrativa. In questo senso, essa richiede nuovamente che le forme più gravi di espressione razzista siano punite penalmente, mentre quelle meno gravi con strumenti di natura non penale.

⁸⁸ CERD, General Recommendation n. 35, *Combating racist speech*, 26 September 2013 (CERD/C/GC/35).

⁸⁹ Si veda, ad esempio, CERD, General Recommendation n. 25, on gender-related dimensions of racial discrimination, adopted on the 55th session, 2000; General Recommendation n. 27, on discrimination against Roma, adopted on the 57th session, 2000; General Recommendation n. 29, on descent, adopted on the 61st session, 2002; General Recommendation n. 30, on discrimination against non-citizens, adopted on the 65th session, 2004; General Recommendation n. 27, on racial discrimination against people of African descent, adopted on the 79th session, 2011.

⁹⁰ CERD, General Recommendation n. 35, *Combating racist speech*, 26 September 2013 (CERD/C/GC/35), § 6.

⁹¹ Ivi, § 7.

Ai fini della valutazione del tipo di misura da adottare, la CERD, utilizzando come parametro di riferimento le raccomandazioni contenute nell'*Annual Report* dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Diritti Umani del 2013⁹², statuisce che i criteri da prendere in considerazione sono⁹³: 1) il *contenuto* e la *forma* del discorso; 2) il *contesto economico, sociale e politico* prevalente al momento del discorso; 3) lo *status* dello *speaker* nella società e dell'*audience* cui esso è diretto; 4) la *portata* del discorso, in relazione all'*audience* e al mezzo di trasmissione; 5) i suoi *obiettivi* (cfr. *infra*, § 1.6).

Inoltre, la CERD fornisce un contributo alla definizione di *incitamento*:

«Incitement characteristically seeks to influence others to engage in certain forms of conduct, including the commission of crime, through advocacy or threats. Incitement may be express or implied, through actions such as displays of racist symbols or distribution of materials as well as words. The notion of incitement as an inchoate crime does not require that the incitement has been acted upon, but in regulating the forms of incitement referred to in article 4, States parties should take into account, as important elements in the incitement offences [...] the intention of the speaker, and the imminent risk or likelihood that the conduct desired or intended by the speaker will result from the speech in question [...]»⁹⁴.

Nella visione del Comitato, dunque si conferma l'idea per cui l'incitamento debba sempre essere ricollegato ad una qualche forma di azione: essa non deve necessariamente essere portata a compimento, né iniziata, e tuttavia l'incitamento deve essere rivolto a produrre un'azione, indipendentemente da che questa si compia effettivamente, in base ai criteri di *intenzione* del parlante e di *rischio o probabilità* che l'azione si compia.

⁹² Human Rights Council, Annual Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights and reports of the Office of the High Commissioner and the Secretary-General, adopted on its 22nd session, A/HRC/22/17/Add.4, 11 January 2013, che include il *Rabat Plan of Action on the prohibition of advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence*.

⁹³ 1) «The content and form of speech: whether the speech is provocative and direct, in what form it is constructed and disseminated, and the style in which it is delivered». 2) «The economic, social and political climate prevalent at the time the speech was made and disseminated, including the existence of patterns of discrimination against ethnic and other groups, including indigenous peoples. Discourses which in one context are innocuous or neutral may take on a dangerous significance in another: in its indicators on genocide the Committee emphasized the relevance of locality in appraising the meaning and potential effects of racist hate speech». 3) «The position or status of the speaker in society and the audience to which the speech is directed. The Committee consistently draws attention to the role of politicians and other public opinion-formers in contributing to the creation of a negative climate towards groups protected by the Convention, and has encouraged such persons and bodies to adopt positive approaches directed to the promotion of intercultural understanding and harmony. The Committee is aware of the special importance of freedom of speech in political matters and also that its exercise carries with it special duties and responsibilities». 4) «The reach of the speech, including the nature of the audience and the means of transmission: whether the speech was disseminated through mainstream media or the Internet, and the frequency and extent of the communication, in particular when repetition suggests the existence of a deliberate strategy to engender hostility towards ethnic and racial groups». 5) «The objectives of the speech: speech protecting or defending the human rights of individuals and groups should not be subject to criminal or other sanctions», CERD, General Recommendation n. 35, *Combating racist speech*, 26 September 2013 (CERD/C/GC/35), § 15. Cfr., sul punto, F. REY MARTÍNEZ, «Discurso del odio y racismo líquido», in M. REVENGA SÁNCHEZ (dir.), *Libertad de expresión y discursos del odio*, «Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos», Universidad de Alcalá, Servicios de Publicaciones del Defensor del Pueblo, 12, 2015, pp. 51-88, pp. 85-86; J. MORALES SÁNCHEZ, «El discurso de odio e igualdad: ¿Los derechos humanos en juego?», in C. BARROS LEAL, J. MORALES SÁNCHEZ (coord.), *Serie Estudios en Ciencias Penales y Derechos Humanos*, tomo VI, en homenaje a Antonio Sánchez Galindo, Expressão Gráfica e Editora, Fortaleza, 2017, pp. 299-332, p. 300; G. ROLLNERT LIERN, «El discurso del odio: una lectura crítica de la regulación internacional», cit., p. 101.

⁹⁴ CERD, General Recommendation n. 35, *Combating racist speech*, 26 September 2013 (CERD/C/GC/35), § 16.

È inoltre necessario sottolineare un passaggio che permette di chiarire l'impostazione sottostante alla visione della CERD sulla relazione tra libertà d'espressione e *hate speech*:

«In addition to underpinning and safeguarding the exercise of other rights and freedoms, freedom of opinion and expression has particular salience in the context of the Convention. The protection of persons from racist hate speech is not simply one of opposition between the right to freedom of expression and its restriction for the benefit of protected groups; the persons and groups entitled to the protection of the Convention also enjoy the right to freedom of expression and freedom from racial discrimination in the exercise of that right. *Racist hate speech potentially silences the free speech of its victims*»⁹⁵.

In questo senso, l'*hate speech* configura non solo un caso di conflitto tra il diritto alla libera espressione e la sua restrizione per proteggere determinati gruppi: esso può costituire anche un conflitto tra la libertà d'espressione del parlante e, più concretamente, la libertà dalla discriminazione delle vittime e la loro stessa libertà d'espressione, a partire dal *silencing effect* dell'*hate speech* (cfr. *infra*, §§ 4.2.4; 4.2.5; 6.4.3). L'*hate speech*, in sostanza, priva le sue stesse vittime della libertà d'espressione. Da ciò se ne deduce, come riconosce la stessa CERD sulla base dell'art. 7 ICERD⁹⁶, la necessità di misure positive contro l'*hate speech* razzista, come l'educazione alla tolleranza e il supporto al *counterspeech*, l'educazione ai diritti umani e la regolazione dei media⁹⁷ (cfr. *infra*, § 5.3).

In quello stesso documento, il Comitato, oltre a fare esplicito riferimento ad alcuni gruppi che rientrano nella definizione di discriminazione razziale, definisce il ruolo dell'*hate speech* razzista come «leading to mass violations of human rights and genocide, and in conflict situations», sottolineando il collegamento tra l'*hate speech* e la violazione dei diritti umani⁹⁸. Ciò risulta coerente con un report emanato nel 2015 dallo *Special Rapporteur on minority issues*, che in ambito ONU contribuisce a chiarire la posizione della comunità internazionale in tema di repressione dell'*hate speech* (oltre che, incidentalmente, ad una definizione dello stesso). Nel report, infatti, si legge che l'*hate speech* «damage[s] the entire social fabric, unity and stability of societies», definendolo come una questione di *subordinazione e vulnerabilità*⁹⁹.

⁹⁵ *Ibidem* (corsivi nostri).

⁹⁶ Article 7, International Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination: «States Parties undertake to adopt immediate and effective measures, particularly in the fields of teaching, education, culture and information, with a view to combating prejudices which lead to racial discrimination and to promoting understanding, tolerance and friendship among nations and racial or ethnical groups, as well as to propagating the purposes and principles of the Charter of the United Nations, the Universal Declaration of Human Rights, the United Nations Declaration on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, and this Convention».

⁹⁷ CERD, General Recommendation n. 35, *Combating racist speech*, 26 September 2013 (CERD/C/GC/35), §§ 30-41.

⁹⁸ L'*hate speech* razzista, infatti, viene così qualificato: «[It is] understood as a form of other-directed speech which rejects the core human rights principles of human dignity and equality and seeks to degrade the standing of individuals and groups in the estimation of society», CERD, General Recommendation n. 35, *Combating racist speech*, 26 September 2013 (CERD/C/GC/35), § 10.

⁹⁹ UN Human Rights Council, 28th session, Report of the Special Rapporteur on minority issues, 5 January 2015, A/HRC/28/64, ove si legge: «Tolerance and inaction reinforce the *subordination* of targeted minorities, making them more *vulnerable to attacks*, but also influencing majority populations and potentially making them more indifferent to the various manifestations of such hatred» (p. 6; corsivi nostri).

Inoltre, il *Rapporteur* contribuisce alla definizione dell'*hate speech* come un problema prodromico alla commissione di *hate crimes*¹⁰⁰, a causa della *stigmatizzazione* e della *de-umanizzazione* che esso comporta. Si noti, inoltre, che il *Rapporteur* mette in luce come «[t]here is no universally accepted definition of “hate speech”»¹⁰¹, ricordando il ruolo della cultura e degli Stati nella definizione di cosa può essere considerato come *hate speech*.

1.3 – Il Consiglio d'Europa e l'*hate speech*

Restringendo il campo di ricerca all'ambito regionale, in particolare a quello europeo, è ora opportuno domandarsi se la regolamentazione della libertà d'espressione in seno al Consiglio d'Europa possa risultare utile ai fini dell'elaborazione di una nozione di *hate speech*¹⁰². In quest'ambito, è necessario evidenziare che nella Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU o ECHR) non si rinvencono disposizioni specifiche che regolino il discorso d'odio. Tuttavia, a partire dagli articoli 10¹⁰³ (libertà d'espressione) e 17¹⁰⁴ (divieto dell'*abuso* di diritto), la Corte Europea dei Diritti Umani non ha avuto difficoltà «imposing limitations on that freedom where the expression is hate speech»¹⁰⁵ (cfr. *infra*, §§ 7.4; 7.5).

Anche in seno al Consiglio d'Europa, l'*hate speech* viene interpretato come una questione di bilanciamento. Inoltre, anche il Consiglio d'Europa interpreta le restrizioni alla libertà

¹⁰⁰ Ibidem, ove si legge: «Although not all hateful messages result in actual hate crimes, *hate crimes rarely occur without prior stigmatization and dehumanization of targeted groups* and incitement to hate incidents fuelled by religious or racial bias» (corsivi nostri).

¹⁰¹ Ivi, p. 11, ove si legge anche: «The term encompasses a wide array of hateful messages, ranging from offensive, derogatory, abusive and negative stereotyping remarks and comments, to intimidating, inflammatory speech inciting violence against specific individuals and groups. Only the most egregious forms of hate speech, namely those constituting incitement to discrimination, hostility and violence, are generally considered unlawful. Cultural paradigms must be understood and taken into account when considering whether certain comments or images constitute hate speech, incitement or defamation, and States have a margin of appreciation in establishing such thresholds. Nevertheless, a balance must be struck that does not unduly restrict the rights of individuals or place individuals under the threat of violence».

¹⁰² Si tenga presente che, in questa sede, non sarà oggetto di analisi privilegiata la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti Umani: per tale analisi si veda *infra*, CAP. 7. Lo scopo di questa parte del lavoro, infatti, è esclusivamente quello di vagliare, in base agli inevitabili riferimenti giuridici (perlopiù di *soft law*), la possibilità di rinvenire elementi definitori dell'*hate speech* in seno a tale sistema regionale.

¹⁰³ Article 10 ECHR: «1. Everyone has the right to freedom of expression. [...] 2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, [...] for the protection of the reputation or rights of others».

¹⁰⁴ Article 17 ECHR: «Nothing in this Convention may be interpreted as implying for any State, group or person any right to engage in any activity or perform any act aimed at the destruction of any of the rights and freedoms set forth herein or at their limitation to a greater extent than is provided for in the Convention».

¹⁰⁵ S. FARROR, “Molding the Matrix: The Historical and Theoretical Foundations of International Law concerning Hate Speech”, cit., p. 62. D'altra parte, come nota Farror, già nei lavori preparatori si può notare questa modalità interpretativa del testo della Convenzione da parte della Commissione di redazione, poiché in quella sede fu proposto di inserire un articolo apposito che vietasse l'incitamento alla violenza, il quale non fu inserito dal momento che si ritenne che tale ipotesi rientrasse già nei casi di abuso di diritto (European Consultative Assembly, 1st session, 200-01, 5 September 1949, in 1st Collected Edition of the “*Travaux Préparatoires*” of the European Convention of Human Rights, 1975, statement of Mr. Callias of Greece).

d'espressione come un necessario intervento non solo contro l'azione pubblica, bensì anche contro quella di *privati*¹⁰⁶, in relazione al divieto di discriminazione sancito dall'articolo 14¹⁰⁷.

La Risoluzione n. 30 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa del 21 ottobre del 1968¹⁰⁸, sulle misure contro l'incitamento all'odio razziale, nazionale e religioso, invitava gli Stati membri a ratificare la Convenzione ONU sull'Eliminazione di ogni forma di Discriminazione Razziale (ICERD) e a prendere tutte le misure necessarie a combattere il razzismo e la discriminazione razziale in maniera compatibile con i diritti riconosciuti dalla CEDU. Nonostante si tratti di un atto di *soft law*, dunque giuridicamente non vincolante, si tratta del primo passo del Consiglio d'Europa per combattere l'*hate speech*¹⁰⁹.

Nel 1994, il Consiglio d'Europa adotta la Convenzione Quadro per la protezione delle minoranze nazionali, aperta alla firma nel 1995 ed entrata in vigore nel 1998¹¹⁰. La Convenzione, all'art. 4, statuisce il principio di non discriminazione delle minoranze nazionali e di intervento attivo per la rimozione delle disuguaglianze¹¹¹. All'art. 6, essa obbliga gli Stati firmatari alla promozione dello spirito di tolleranza e dialogo interculturale e alla protezione delle persone oggetto di minacce o atti di discriminazione, ostilità o violenza sulla base della loro identità etnica, culturale, linguistica o religiosa¹¹².

¹⁰⁶ Cfr. *ivi*, pp. 76-77.

¹⁰⁷ Article 14 ECHR: «The enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status».

¹⁰⁸ Council of Europe, Committee of Ministers, Res. (68) 30 of 21 October 1968 on measures to be taken against incitement to racial, national and religious hatred.

¹⁰⁹ Cfr., sul punto, T. MCGONAGLE, «A Survey and Critical Analysis of Council of Europe Strategies for Countering "Hate Speech"», in M. HERZ, P. MOLNAR (eds.), *The Content and Context of Hate Speech. Rethinking Regulation and Responses*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 456-498, pp. 474-475.

¹¹⁰ Council of Europe, *Framework Convention for the Protection of National Minorities*, drawn up within the Council of Europe by Ad Hoc Committee for the Protection of National Minorities under the authority of the Committee of Ministers, adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 10 November 1994.

¹¹¹ Art. 4, Framework Convention for the Protection of National Minorities: «1. The Parties undertake to guarantee to persons belonging to national minorities the right of equality before the law and of equal protection of the law. In this respect, any discrimination based on belonging to a national minority shall be prohibited. 2. The Parties undertake to adopt, where necessary, adequate measures in order to promote, in all areas of economic, social, political and cultural life, full and effective equality between persons belonging to a national minority and those belonging to the majority. In this respect, they shall take due account of the specific conditions of the persons belonging to national minorities».

¹¹² Art. 6, Framework Convention for the Protection of National Minorities: «1. The Parties shall encourage a spirit of tolerance and intercultural dialogue and take effective measures to promote mutual respect and understanding and co-operation among all persons living on their territory, irrespective of those persons' ethnic, cultural, linguistic or religious identity, in particular in the fields of education, culture and the media. 2. The Parties undertake to take appropriate measures to protect persons who may be subject to threats or acts of discrimination, hostility or violence as a result of their ethnic, cultural, linguistic or religious identity».

Ai fini definitivi, di fondamentale importanza è la Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa n. 20 del 30 ottobre 1997¹¹³, che si propone di affermare principi e linee guida per affrontare il problema dell'*hate speech*. Essa, tuttavia, costituisce uno strumento non vincolante, che ha natura di *soft law*.

Innanzitutto, la Raccomandazione, nel suo Preambolo, cita alcuni provvedimenti precedenti sia delle Nazioni Unite sia del Consiglio d'Europa che costituiscono il contesto entro il quale si fornirà una vera e propria nozione di discorso d'odio. Tra gli altri, è importante ricordare la Dichiarazione di Vienna¹¹⁴ (1993) e la Dichiarazione di Praga¹¹⁵ (1994). In particolare, la Dichiarazione di Praga condanna «*tutte le forme di espressione che incitano all'odio razziale, alla xenofobia, all'antisemitismo e a tutte le forme di intolleranza*, poiché esse compromettono la sicurezza democratica, la coesione culturale e il pluralismo»¹¹⁶. Pur non trattandosi ancora della definizione di *hate speech*, questa dichiarazione di condanna risulta importante poiché contribuisce ad una definizione del discorso d'odio piuttosto ampia, utilizzando la formula «tutte le forme che incitano a» e «tutte le forme di intolleranza».

Ai fini dell'applicazione dei principi enucleati nella Raccomandazione n. 20 del 30 ottobre 1997, si stabilisce che per *hate speech* debba intendersi «ogni forma d'espressione che *diffonda, inciti, promuova o giustifichi* l'odio razziale, la xenofobia, l'antisemitismo o altre forme di odio basate sull'intolleranza, incluse quelle veicolate da nazionalismo aggressivo ed etnocentrismo, discriminazione e ostilità contro minoranze, migranti e persone di origine immigrata»¹¹⁷. Anche qui si rinviene il riferimento a *ogni forma d'espressione* e il discorso d'odio si concreta nei comportamenti di *diffusione, incitamento, promozione o giustificazione* dell'odio razziale o di quello fondato su xenofobia e antisemitismo. Inoltre, risulta particolarmente importante sottolineare il riferimento ad *altre forme d'odio* che si fondano su *discriminazione e ostilità contro minoranze*.

¹¹³ Council of Europe, Committee of Ministers, Recommendation n. R (97) 20, of the Committee of Ministers to Member States on "Hate Speech", adopted by the Committee of Ministers on 30 October 1997, at the 607th meeting of the Ministers' Deputies, 1997.

¹¹⁴ La Dichiarazione di Vienna del 1993 fu adottata dalla Conferenza Mondiale sui Diritti Umani e si propone un programma d'azione di implementazione e tutela dei diritti umani: *Vienna Declaration and Programme of Action*, adopted by the World Conference on Human Rights in Vienna on 25 June 1993.

¹¹⁵ La Dichiarazione di Praga del 1994 fu adottata dal Consiglio d'Europa e si propone di stabilire standard regolativi sui mass media. Essa fu elaborata in seno alla quarta Conferenza Ministeriale Europea sulla politica dei mass media (svoltasi a Praga il 7 e l'8 dicembre 1994).

¹¹⁶ *Declaration on Media in a Democratic Society*, adopted by the 4th European Ministerial Conference on Mass Media Policy, Prague, 7-8 December 1994, Council of Europe, Appendix III, p. 25: «Condemning, in line with Vienna Declaration, *all forms of expression which incite to racial hatred, xenophobia, antisemitism and all forms of intolerance, since they undermine democratic security, cultural cohesion and pluralism*» (corsivi nostri).

¹¹⁷ Council of Europe, Committee of Ministers, Recommendation No. R (97) 20, on "*hate speech*", Scope, Section 2: «For the purposes of the application of these principles, the term "*hate speech*" shall be understood as covering all forms of expression which *spread, incite, promote or justify* racial hatred, xenophobia, anti-Semitism or other forms of hatred based on intolerance, including: intolerance expressed by aggressive nationalism and ethnocentrism, discrimination and hostility against minorities, migrants and people of immigrant origin» (corsivi nostri).

Innanzitutto, la definizione fornita dal Consiglio d'Europa non condanna solamente le forme di espressione che costituiscono *incitamento* all'odio, alla discriminazione o alla violenza (come nell'ICCPR), bensì anche quelle che *diffondono, promuovono o giustificano* l'odio e le altre forme di intolleranza – in maniera simile a quanto già visto per l'ICERD.

In seguito alla Raccomandazione del Consiglio d'Europa del 1997, inoltre, si è diffusa un'interpretazione del concetto di *hate speech* a “quattro livelli”, rispettivamente fondati: 1) sulla razza; 2) sulle opinioni religiose; 3) sull'intolleranza nei confronti di altre minoranze; ciò ha portato, di recente, a ritenere che costituisca una forma di discorso d'odio anche quella fondata 4) sull'orientamento sessuale¹¹⁸.

Appare evidente, dunque, che per la definizione della discriminazione nei confronti delle minoranze si dovrà fare riferimento all' art. 14 della CEDU, che enuclea le forme di discriminazione in base al riferimento a gruppi individuati sulla base di categorie quali il «sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita». La Raccomandazione del Consiglio d'Europa, dunque, nei fatti procede ad una *estensione delle categorie* sulla base dell'appartenenza alle quali venivano classificati i comportamenti di *hate speech*, la cui definizione, agli esiti dell'ICCPR e dell'ICERD, riconosceva testualmente solo l'appartenenza categoriale individuata sulla base della razza, della nazionalità o della religione. Ma vi è di più: la disposizione termina con una *formula inclusiva*, includendo «ogni altra condizione» come possibile situazione di veicolazione di forme di discriminazione. Ciò permette di affermare che il discorso d'odio è una *fattispecie aperta*, sempre sottoposta ad analisi nella situazione concreta e suscettibile di ulteriori ampliamenti sulla base delle eventuali nuove discriminazioni che possano sorgere nei confronti di determinati gruppi vulnerabili¹¹⁹.

È interessante sottolineare che la definizione di *hate speech* fornita dal Comitato dei Ministri è stata recentemente richiamata dal Comitato ONU per l'Eliminazione della Discriminazione Razziale (CERD), che, nelle osservazioni conclusive al report presentato dalla Polonia, chiede allo Stato di «[e]nsure that the definition of hate speech enshrined in the Criminal Code is fully in line with article 4 of the Convention and that it includes all grounds of discrimination

¹¹⁸ A. WEBER, *Manual on Hate Speech*, cit., p. 4.

¹¹⁹ A sostegno del progressivo ampliamento delle categorie sulla base delle quali si individua la discriminazione *group-based*, ma in contesti nazionali, si vedano, ad esempio, i casi: 1) del codice penale tedesco, che all'art. 130 punisce le offese alla dignità umana attraverso insulti o diffamazioni rivolti a “fasce della popolazione” (formula inclusiva); 2) del codice penale olandese, che proibisce chi deliberatamente e pubblicamente esprime opinioni che insultano un gruppo di persone individuato sulla base della razza, della religione, delle *convinzioni personali* o delle *preferenze sessuali* (corsivi nostri). In ambito ONU, lo *Special Rapporteur on minority issues* ha riconosciuto che in seno al Consiglio d'Europa la definizione di *hate speech* risulta più ampia: cfr. UN Human Rights Council, 28th session, Report of the Special Rapporteur on minority issues, p. 12. Per quanto concerne il fatto che l'*hate speech* debba essere necessariamente rivolto contro minoranze per considerarsi tale, si tenga presente che il requisito non è unanime in dottrina: vi è, ad esempio, chi sostiene che l'*hate speech* possa avere come obiettivo anche la maggioranza o un gruppo dominante; cfr. R. MOON, “The Regulation of Racist Expression”, in E. COHEN-ALMAGOR (ed.), *Liberal Democracy and the Limits of Tolerance. Essays in Honour and Memory of Yitzhak Rabin*, Ann Arbor (Mich.), 2000, pp. 182-199.

recognized in article 1 of the Convention and recommendation No. R 97 (20) of the Committee of Ministers of the Council of Europe»¹²⁰.

Inoltre, nell'ambito del Consiglio d'Europa, è necessario ricordare l'adozione, nel 2012, del Protocollo Addizionale n. 12 alla CEDU¹²¹. Prima dell'adozione del Protocollo, infatti, il divieto di discriminazione sancito dall'art. 14 CEDU poteva essere utilizzato sempre e solo come norma accessoria rispetto alle norme convenzionali, ovvero esclusivamente quando collegata alla violazione di un altro diritto sancito dalla Convenzione: non era possibile, cioè, lamentare una violazione rispetto ad un altro diritto non convenzionale ma garantito dal diritto statale interno. Con l'entrata in vigore del Protocollo, per gli Stati che vi hanno aderito, si potrà invece lamentare la violazione dell'art. 14 anche in relazione a tutti gli altri diritti garantiti a livello nazionale. Il Protocollo n. 12, infatti, all'art. 1 stabilisce quanto segue:

1. The enjoyment of any right set forth by law shall be secured without discrimination on any grounds such as article 14 ECHR.
2. No one shall be discriminated against by any public authority on any ground such as those mentioned in paragraph 1.

Come è stato sottolineato, si tratta di una previsione che ha l'effetto di sancire un generale *divieto di discriminazione*, invocabile di fronte alla Corte di Strasburgo indipendentemente dalla violazione di una disposizione convenzionale, sulla base della violazione di un diritto in terno. Tuttavia, pur essendo entrato in vigore nel 2005, il Protocollo n. 12 è stato finora ratificato solamente da 20 Stati (su 47)¹²²: pertanto, la Corte potrà applicarlo solamente nei confronti di essi¹²³. Dunque, nelle more della ratifica da parte di tutti gli Stati parte del Consiglio d'Europa, si può sostenere che l'applicazione dell'art. 14 CEDU nel bilanciamento con la libertà d'espressione non fornisca ancora una protezione uniforme contro l'*hate speech*.

Proseguendo nell'analisi della Raccomandazione del 1997, occorre segnalare che il Principio n. 1 statuisce il principio per cui i governi, le autorità ed istituzioni pubbliche e i pubblici ufficiali hanno uno speciale dovere di astenersi dalle affermazioni, soprattutto nei media, che possano essere «ragionevolmente comprese come *hate speech*», oppure da discorsi che abbiano la probabilità di produrre l'effetto di legittimare, diffondere o promuovere l'odio razziale, la xenofobia, l'antisemitismo o altre forme di discriminazione o odio¹²⁴.

¹²⁰ CERD, Concluding Observations on Poland (CERD/C/POL/CO/22-24), 24 September 2019, § 16(a).

¹²¹ Council of Europe, *Additional Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, European Treaty Series no. 177.

¹²² La maggior parte degli Stati del Consiglio d'Europa ha *firmato* il Protocollo, tranne Bulgaria, Danimarca, Francia, Lituania, Monaco, Polonia, Svezia, Svizzera e Regno Unito. Hanno *ratificato* il Protocollo, che è nel frattempo entrato in vigore nel loro territorio: Albania, Andorra, Armenia, Bosnia ed Erzegovina, Croazia, Cipro, Finlandia, Georgia, Lussemburgo, Malta, Montenegro, Paesi Bassi, Macedonia, Portogallo, Romania, San Marino, Serbia, Slovenia, Spagna e Ucraina. Si segnala che l'Italia ha *firmato* il protocollo, ma non l'ha mai *ratificato*.

¹²³ Cfr., sul punto, E. HOWARD, *Freedom of Expression and Religious Hate Speech in Europe*, cit., p. 51.

¹²⁴ Council of Europe, Committee of Ministers, Recommendation No. R (97) 20, on "*hate speech*", Principle 1: «The governments of the member states, public authorities and public institutions at the national, regional and local levels, as well as officials, have a special responsibility to refrain from statements, in particular to the media, which may reasonably be understood as hate speech, or as speech likely to produce the effect of legitimising,

Inoltre, il Principio n. 2 della Raccomandazione del 1997 statuisce la necessità che i governi adottino misure giuridiche di natura *civile, penale e amministrativa* che permettano al potere giudiziario il bilanciamento della libertà d'espressione per la tutela della dignità umana e la protezione della reputazione e dei diritti altrui¹²⁵: ciò conferma la necessità che l'*hate speech*, quantomeno nei paesi aderenti al Consiglio d'Europa e nelle sue forme più gravi, divenga anche un'*autonoma fattispecie di reato*, ciò che viene confermato, ad esempio, da un più recente parere dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, che, seppur limitatamente al caso della razza, ha affermato che «considers racism not as an opinion, but as a crime»¹²⁶.

Il Principio n. 4, invece, raccomanda l'adozione, da parte degli Stati, di un approccio simile a quello utilizzato in taluni casi dalla Corte EDU, cioè la statuizione per cui talune forme di *hate speech* devono essere direttamente escluse dalla protezione dell'art. 10 CEDU (libertà d'espressione)¹²⁷ poiché costituiscono un *abuso di diritto* (cfr. *infra*, §§ 7.4; 7.5).

Per quanto riguarda le forme di intervento non penali, la Raccomandazione, al Principio n. 2, statuisce la necessità di promuovere la possibilità di combattere l'*hate speech* attraverso il diritto civile, «per esempio autorizzando le organizzazioni non governative interessate a promuovere azioni civili» per la compensazione delle vittime di *hate speech* e «prevedere la possibilità di provvedimenti giudiziali che autorizzino le vittime al diritto di risposta»¹²⁸.

Sempre nel 1997, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa adotta la Raccomandazione n. 21, del 30 ottobre 1997, su *media and the promotion of a culture of tolerance*¹²⁹, che è stata definita come «the logical complement to the Recommendation on “Hate Speech”»¹³⁰. Anch'essa costituisce uno strumento di *soft law*.

spreading or promoting racial hatred, xenophobia, anti-Semitism or other forms of discrimination or hatred based on intolerance. Such statements should be prohibited and publicly disavowed whenever they occur».

¹²⁵ Council of Europe, Committee of Ministers, Recommendation No. R (97) 20, on “hate speech”, Principle 2: «The governments of the member states should establish or maintain a sound legal framework consisting of civil, criminal and administrative law provisions on hate speech which enable administrative and judicial authorities to reconcile in each case respect for freedom of expression with respect for human dignity and the protection of the reputation or the rights of others».

¹²⁶ Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Report Doc. 9263, 12 October 2001, *Racism and xenophobia in cyberspace*, Recommendation n. 1543/2001, *Racism and xenophobia in cyberspace*.

¹²⁷ Council of Europe, Committee of Ministers, Recommendation No. R (97) 20, on “hate speech”, Principle 4: «National law and practice should allow the courts to bear in mind that specific instances of hate speech may be so insulting to individuals or groups as not to enjoy the level of protection afforded by Article 10 of the European Convention on Human Rights to other forms of expression. This is the case where hate speech is aimed at the destruction of the rights and freedoms laid down in the Convention or at their limitation to a greater extent than provided therein».

¹²⁸ Council of Europe, Committee of Ministers, Recommendation No. R (97) 20, on “hate speech”, Principle 2: «To this end, governments of member states should examine ways and means to: [...] enhance the possibilities of combating hate speech through civil law, for example by allowing interested non-governmental organisations to bring civil law actions, providing for compensation for victims of hate speech and providing for the possibility of court orders allowing victims a right of reply or ordering retraction».

¹²⁹ Council of Europe, Committee of Ministers, Recommendation No. R (97) 21, on *media and the promotion of a culture of tolerance*, adopted by the Committee of Ministers on 30 October 1997 at the 607th meeting of the Ministers' Deputies.

¹³⁰ T. MCGONAGLE, “A Survey and Critical Analysis of Council of Europe Strategies for Countering “Hate Speech””, cit., p. 477.

Lo scopo fissato nel preambolo è quello di «highlight non-exhaustive examples of professional practices conducive to the promotion of a culture of tolerance which merit more general application in the various media sectors». Essa invita gli Stati, tra le altre cose: a promuovere il reportaggio accurato di atti di razzismo ed intolleranza, di tensione tra diverse comunità e a sensibilizzare sulla necessità di evitare la raffigurazione stereotipata dei membri delle comunità culturali, etniche e religiose, oltre a trattare il comportamento individuale solo ed esclusivamente su base individuale, senza ricollegarlo all'appartenenza a tali comunità quando essa risulta irrilevante¹³¹. Inoltre, la Raccomandazione invita all'adozione di *codici di condotta* che contrastino i problemi della discriminazione e dell'intolleranza, oltre a sancire la necessità di attenzione alle pratiche discriminatorie nel campo della pubblicità¹³².

Nel 2001, il Consiglio d'Europa adotta la Convenzione di Budapest sul *cybercrime*. A questa si aggiunge, nel 2002, il Protocollo Addizionale sulla criminalizzazione di atti di natura razzista e xenofoba commessi attraverso sistemi informatici¹³³. Entrambi, per gli Stati che li hanno ratificati, costituiscono strumenti giuridicamente vincolanti.

¹³¹ Council of Europe, Committee of Ministers, Recommendation No. R (97) 21, *on media and the promotion of a culture of tolerance*, Section 2, "Media enterprises": «The problem of intolerance calls for reflection by both the public and within the media. Experience in professional media circles has shown that media enterprises might usefully reflect on the following: - reporting factually and accurately on acts of racism and intolerance; - reporting in a sensitive manner on situations of tension between communities; - avoiding derogatory stereotypical depiction of members of cultural, ethnic or religious communities in publications and programme services; - treating individual behaviour without linking it to a person's membership of such communities where this is irrelevant; - depicting cultural, ethnic and religious communities in a balanced and objective manner and in a way which also reflects these communities' own perspectives and outlook; - alerting public opinion to the evils of intolerance; - deepening public understanding and appreciation of difference; - challenging the assumptions underlying intolerant remarks made by speakers in the course of interviews, reports, discussion programmes, etc; - considering the influence of the source of information on reporting; - the diversity of the workforce in the media enterprises and the extent to which it corresponds to the multiethnic, multicultural character of its readers, listeners or viewers».

¹³² Council of Europe, Committee of Ministers, Recommendation No. R (97) 21, *on media and the promotion of a culture of tolerance*, Section 4, "Codes of conduct": «Such initiatives and actions could go hand in hand with professional codes of conduct drawn up within the different media sectors, which address the problems of discrimination and intolerance by encouraging media professionals to make a positive contribution towards the development of tolerance and mutual understanding between the different religious, ethnic and cultural groups in society». Section 6, "Advertising": «Although the multi-ethnic and multicultural character of consumer society is already reflected in certain commercial advertisements and although certain advertisers make an effort to prepare advertising in a way which reflects a positive image of cultural, religious and ethnic diversity, practices such as those set out hereafter could be developed by the professional circles concerned. In certain countries, codes of conduct have been drawn up within the advertising sector which prohibit discrimination on grounds such as race, colour, national origin, etc. There are media enterprises which refuse to carry advertising messages which portray cultural, religious or ethnic difference in a negative manner, for example by reinforcing stereotypes. Certain public and private organisations develop advertising campaigns designed to promote tolerance. The media could be invited to co-operate actively in the dissemination of such advertisements».

¹³³ Council of Europe, *Additional Protocol to the Convention on Cybercrime, concerning the criminalisation of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems*, European Treaty Series no. 189. Sul Protocollo e la lotta all'hate speech, cfr. A. LEVIN, *The Cost of Free Speech. Pornography, Hate Speech, and their Challenge to Liberalism*, cit., p. 183; T. MCGONAGLE, "A Survey and Critical Analysis of Council of Europe Strategies for Countering "Hate Speech"", cit., p. 471; CH.D., VAN BLARCUM, "Internet Hate Speech: The European Framework and the Emerging American Haven", in *Washington and Lee Law Review*, 62, 2, 2005, pp. 781-830, pp. 791-792; A. WEBER, *Manual on Hate Speech*, cit., p. 7; G. ROLLNERT LIERN, "El discurso del odio: una lectura crítica de la regulación internacional", cit., pp. 93-94. Si tenga in considerazione come inizialmente le norme del Protocollo fossero state inserite nella Convenzione; tuttavia, quando ci si rese conto che gli Stati Uniti, membro osservatore al CoE, non l'avrebbero firmata, si decise di rimettere tali disposizioni ad un Protocollo

Nel Protocollo, si definiscono i *materiali razzisti e xenofobi* come «qualsiasi materiale scritto, qualsiasi immagine o qualsiasi altra rappresentazione di idee o teorie, che difenda, promuova o inciti all'odio, alla discriminazione o alla violenza, contro qualsiasi individuo o gruppo di individui, basata sulla razza, sul colore, sulla discendenza o origine nazionale o etnica, così come sulla religione, se utilizzata come pretesto per uno qualsiasi di questi fattori»¹³⁴.

Gli artt. 3-7 del Protocollo Addizionale richiedono che gli Stati membri puniscano con l'istituzione di appositi reati le condotte *intenzionali* e antiggiuridiche, compiute attraverso l'utilizzo di mezzo informatici, di: 1) distribuzione di materiale razzista e xenofobo al pubblico (art. 3¹³⁵); 2) minaccia della commissione di reati nei confronti di persone per la loro appartenenza alle categorie sopraindicate (art. 4¹³⁶); (3) insulto pubblico alle persone o ai gruppi sopraindicati (art. 5¹³⁷); 4) distribuzione di materiali che neghino, minimizzino, approvino o giustifichino

specifico: CH.D., VAN BLARCUM, "Internet Hate Speech: The European Framework and the Emerging American Haven", cit., p. 791.

¹³⁴ Art. 2, *Additional Protocol to the Convention on Cybercrime, concerning the criminalisation of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems*, "Definition": «For the purposes of this Protocol: "racist and xenophobic material" means any written material, any image or any other representation of ideas or theories, which advocates, promotes or incites hatred, discrimination or violence, against any individual or group of individuals, based on race, colour, descent or national or ethnic origin, as well as religion if used as a pretext for any of these factors».

¹³⁵ Art. 3, *Additional Protocol to the Convention on Cybercrime, concerning the criminalisation of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems*, "Dissemination of racist and xenophobic material through computer systems": «1. Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally and without right, the following conduct: distributing, or otherwise making available, racist and xenophobic material to the public through a computer system. 2 A Party may reserve the right not to attach criminal liability to conduct as defined by paragraph 1 of this article, where the material, as defined in Article 2, paragraph 1, advocates, promotes or incites discrimination that is not associated with hatred or violence, provided that other effective remedies are available. 3. Notwithstanding paragraph 2 of this article, a Party may reserve the right not to apply paragraph 1 to those cases of discrimination for which, due to established principles in its national legal system concerning freedom of expression, it cannot provide for effective remedies as referred to in the said paragraph 2». Si tratta della cosiddetta «*racist propaganda*»: in una Raccomandazione dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa del 2001, immediatamente dopo l'adozione della Convenzione sul *cybercrime*, quest'ultima suggeriva che fosse adottato un Protocollo Addizionale alla Convenzione volto a proibire proprio la diffusione di materiale razzista e xenofobo (oltre che religioso e contro altri «gruppi sociali»). Il Protocollo fu emanato l'anno successivo, lasciando tuttavia da parte l'*hate speech* religioso e contro altre minoranze. Cfr. Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Report Doc. 9263, 12 October 2001, *Racism and xenophobia in cyberspace*, Recommendation n. 1543/2001, *Racism and xenophobia in cyberspace*.

¹³⁶ Art. 4, *Additional Protocol to the Convention on Cybercrime, concerning the criminalisation of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems*, "Racist and xenophobic motivated threat": «1. Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally and without right, the following conduct: threatening, through a computer system, with the commission of a serious criminal offence as defined under its domestic law, (i) persons for the reason that they belong to a group, distinguished by race, colour, descent or national or ethnic origin, as well as religion, if used as a pretext for any of these factors, or (ii) a group of persons which is distinguished by any of these characteristics».

¹³⁷ Art. 5, *Additional Protocol to the Convention on Cybercrime, concerning the criminalisation of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems*, "Racist and xenophobic motivated insult": «1. Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally and without right, the following conduct: insulting publicly, through a computer system, (i) persons for the reason that they belong to a group distinguished by race, colour, descent or national or ethnic origin, as well as religion, if used as a pretext for any of these factors; or (ii) a group of persons which is distinguished by any of these characteristics. 2. A Party may either: a) require that the offence

atti di genocidio o crimini contro l'umanità, come definiti dal diritto internazionale (art. 6¹³⁸); 5) compartecipazione nelle o favoreggiamento delle suddette condotte (art. 7). Queste disposizioni sono soggette a riserve che consentono agli Stati di non punire penalmente le condotte indicate, al ricorrere dei requisiti indicati nei rispettivi articoli.

La criminalizzazione di tali condotte, alla luce del Protocollo, in primo luogo sancisce la responsabilità penale *individuale* per condotta *intenzionale*, pur non definendo cosa debba ritenersi con l'espressione 'intenzionale', di fatto lasciandone l'interpretazione ai singoli Stati. Esso, inoltre, ha l'effetto di limitare la responsabilità degli *Internet Service Providers*, salvo il caso in cui questi ultimi si rendano colpevoli del mancato intervento tempestivo in caso di segnalazione e svolgano attività di controllo sui contenuti¹³⁹.

Tra gli altri strumenti, perlopiù di natura politica, ma che testimoniano l'impegno del Consiglio d'Europa nella lotta contro l'*hate speech*, si segnalano quelli a seguire.

Nel 2004, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa adotta la Dichiarazione sulla libertà di dibattito politico nei media¹⁴⁰, nel cui Preambolo si enfatizza che «freedom of political debate does not include freedom to express racist opinions or opinions which are an incitement to hatred, xenophobia, antisemitism and all forms of intolerance».

Nel 2006, l'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa adotta la Risoluzione n. 1510, su libertà d'espressione e rispetto per i credo religiosi¹⁴¹. In suddetta Risoluzione, l'Assemblea Parlamentare sostiene la necessità di non restringere eccessivamente la libertà

referred to in paragraph 1 of this article has the effect that the person or group of persons referred to in paragraph 1 is exposed to hatred, contempt or ridicule; or b) reserve the right not to apply, in whole or in part, paragraph 1 of this article».

¹³⁸ Art. 6, *Additional Protocol to the Convention on Cybercrime, concerning the criminalisation of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems*, "Denial, gross minimisation, approval or justification of genocide or crimes against humanity": «1. Each Party shall adopt such legislative measures as may be necessary to establish the following conduct as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally and without right: distributing or otherwise making available, through a computer system to the public, material which denies, grossly minimises, approves or justifies acts constituting genocide or crimes against humanity, as defined by international law and recognised as such by final and binding decisions of the International Military Tribunal, established by the London Agreement of 8 August 1945, or of any other international court established by relevant international instruments and whose jurisdiction is recognised by that Party. 2. A Party may either: a) require that the denial or the gross minimisation referred to in paragraph 1 of this article is committed with the intent to incite hatred, discrimination or violence against any individual or group of individuals, based on race, colour, descent or national or ethnic origin, as well as religion if used as a pretext for any of these factors, or otherwise b) reserve the right not to apply, in whole or in part, paragraph 1 of this article».

¹³⁹ Cfr. CH.D., VAN BLARCUM, "Internet Hate Speech: The European Framework and the Emerging American Haven", cit., p. 795; T. MCGONAGLE, "A Survey and Critical Analysis of Council of Europe Strategies for Countering "Hate Speech"", cit., p. 471.

¹⁴⁰ Council of Europe, Committee of Ministers, *Declaration on freedom of political debate in the media*, adopted by the Committee of Ministers on 12 February 2004 at the 872nd meeting of the Ministers' Deputies.

¹⁴¹ Council of Europe, Parliamentary Assembly, Resolution n. 1510 (2006) on freedom of expression and religious beliefs, Doc. 10970, 24 June 2006.

d'espressione nel caso espressioni offensive nei confronti delle religioni. Nel 2007, in una successiva Raccomandazione, n. 1805¹⁴², l'Assemblea Parlamentare distingue tra¹⁴³:

1) *blasfemia*, da intendersi come «the offence of insulting or showing contempt or lack of reverence for god and, by extension, toward anything considered sacred», che il Consiglio d'Europa invita a non considerare come condotta da punire come reato, in conformità con il principio di laicità;

2) *insulti religiosi*, da intendersi come «insults to a religion which are subject to religious rather than legal penalties», i quali, appunto, dovrebbero essere appunto soggetti a pene a carattere religioso e non giuridico, sempre che le espressioni non costituiscano insulti gratuiti e intenzionali;

3) *hate speech*, definito secondo la Raccomandazione sopracitata del 1997: quando gli insulti religiosi sfociano nell'incitamento all'odio, alla violenza o alla discriminazione contro individui appartenenti a coloro che credono in una determinata religione, il Consiglio d'Europa sostiene che lo Stato debba intervenire con sanzioni anche penali.

Nel 2006, l'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa adotta la Raccomandazione n. 1786 sull'immagine dei richiedenti asilo, dei migranti e dei rifugiati nei media¹⁴⁴. In essa, l'Assemblea sottolinea la necessità per cui i media riflettano, nelle loro attività di pubblicazione, il contributo positivo dei richiedenti asilo, migranti e rifugiati alla società e che essi vengano protetti contro la stereotipizzazione negativa.

Nel 2007, l'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa adotta la Risoluzione n. 1563, intitolata *Combating anti-Semitism in Europe*¹⁴⁵, in cui invita gli Stati ad adottare legislazioni che istituiscano reati di «anti-Semitic and other hate speech, in particular any incitement to violence» e «the public denial, trivialisation, justification or praise, with racist intentions, of crimes of genocide, crimes against humanity or war crimes». Inoltre, nella Risoluzione si invitano gli Stati anche a «strengthen media self-control mechanisms aimed at preventing anti-Semitism and other forms of hate speech».

¹⁴² Council of Europe, Parliamentary Assembly, Resolution n. 1805 (2007) on blasphemy, religious insults and hate speech against persons on grounds of their religion, Doc. 11296, 8 June 2007.

¹⁴³ Cfr., sul punto, A. VALERO HEREDIA, «Los discursos del odio. Un estudio jurisprudencial», in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 110, 2017, pp. 305-333, pp. 327-328. Inoltre, sul tema, si veda Council of Europe, European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), *Report on the Relationship between Freedom of Expression and Freedom of Religion: the issue of regulation and prosecution of blasphemy, religious insult and incitement to religious hatred*, adopted by the Venice Commission at its 76th Plenary Session, Venice, 17-18 October 2008 ove, appunto, si promuove la depenalizzazione del reato di blasfemia: cfr. M. CASTELLANETA, «L'hate speech: da limite alla libertà di espressione a crimine contro l'umanità», cit., p. 162. Cfr. J.A. CARRILLO DONAIRE, «Libertad de expresión y 'discurso del odio' religioso: la construcción de la tolerancia en la era postsecular», in *Revista de Fomento Social*, 70, 2015, pp. 205-243, p. 232. Inoltre, con riferimento agli sconvolgenti episodi del gennaio 2015 riguardanti l'attentato contro la sede editoriale della rivista *Charlie Hebdo* a Parigi, si veda: Council of Europe, Parliamentary Assembly, Resolution n. 2031 (2015), *Terrorist attacks in Paris: together for a democratic response*, 28 January 2015, ove si ricorda che la satira e le idee offensive, così come la critica religiosa, godono della protezione della libertà d'espressione.

¹⁴⁴ Council of Europe, Parliamentary Assembly, Resolution n. 1786 (2006) on the image of asylum seekers, migrants, and refugees in the media, 5 October 2006.

¹⁴⁵ Council of Europe, Parliamentary Assembly, Resolution n. 1563 (2007), *Combating anti-Semitism in Europe*, 27 June 2007.

Nel 2010, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa adotta la Raccomandazione n. 5, concernente misure per combattere la discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere¹⁴⁶. Nel Preambolo, si sancisce la necessità di ricordare «the principle that neither cultural, traditional nor religious values, nor the rules of a “dominant culture” can be invoked to justify hate speech or any other form of discrimination, including on grounds of sexual orientation or gender identity». In una sezione apposita sull'*hate speech*, la Raccomandazione invita gli Stati a prendere misure adeguate per combattere «all forms of expression, including in the media and on the internet, which may be reasonably understood as likely to produce the effect of inciting, spreading or promoting hatred or other forms of discrimination against lesbian, gay, bisexual and transgender persons. Such “hate speech” should be prohibited and publicly disavowed whenever it occurs»¹⁴⁷.

Nel 2012, l'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa adotta la Raccomandazione n. 1889, rubricata *The portrayal of migrants and refugees during election campaigns*¹⁴⁸. L'Assemblea pone l'attenzione sul fatto che «[d]uring election campaigns, some candidates and political parties habitually present migrants and refugees as a threat to and a burden on society, which increases negative reactions among the public to immigration and immigrants». Pertanto, essa «condemns those groups and political leaders that, inspired by racist or xenophobic ideologies, promote or are prepared to condone violence», oltre a ricordare che «politicians have a special responsibility to eliminate negative stereotyping or stigmatisation of any minority or migrant group from the political discourse, including during election campaigns».

Sempre nel 2012, l'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa adotta la Raccomandazione n. 2003, rubricata *Roma migrants in Europe*¹⁴⁹. In essa, oltre a stabilire la necessità di analizzare la doppia discriminazione di cui sono vittime gli appartenenti alle comunità rom (per l'appartenenza a tale comunità e per il loro status di migranti), l'Assemblea invita gli Stati a «consider ways and means of addressing the problem of negative stereotyping and stigmatisation of Roma in the media and in political discourse».

Nonostante la maggior parte degli strumenti sopracitati, adottati dal Consiglio d'Europa, non abbia natura vincolante, essa testimonia una tendenza, in ambito europeo, ad adottare una definizione di *hate speech* decisamente più ampia di quella sinora analizzata a livello internazionale, oltre a contribuire a chiarire come il discorso d'odio possa essere affrontato in diversi ambiti, dai diritti di specifici gruppi vulnerabili al ruolo dei media nella lotta alla stereotipizzazione negativa di tali gruppi.

¹⁴⁶ Council of Europe, Committee of Ministers, Recommendation n. (2010) 5, *on measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity*, adopted by the Committee of Ministers on 31 March 2010 at the 1081st meeting of the Ministers' Deputies.

¹⁴⁷ Cfr., sul punto, I. SPIGNO, “Homofobia y transfobia: los discursos de odio contra las «minorías sexuales» en el ágora europea”, in L. ALONSO, V. VÁZQUEZ (dirs.), *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio. Textos críticos*, Prólogo de Adela Cortina, Athenaica, Sevilla, 2017, pp. 177-201, p. 195.

¹⁴⁸ Council of Europe, Parliamentary Assembly, Resolution n. 1889 (2012), *The portrayal of migrants and refugees during election campaigns*, 26 June 2012.

¹⁴⁹ Council of Europe, Parliamentary Assembly, Resolution n. 2003 (2012), *Roma migrants in Europe*, 28 June 2012.

Nell'ambito del Consiglio d'Europa, con riferimento agli standard regionali che contribuiscono alla definizione di *hate speech*, è importante ricordare il lavoro della *European Commission against Racism and Intolerance* (ECRI), organo di monitoraggio de diritti umani creato nel 1993 dal CoE e specializzato sui temi della discriminazione, del razzismo, dell'intolleranza religiosa, della xenofobia e dell'antisemitismo.

La *General Policy Recommendation* n. 1, *on combating racism, xenophobia, antisemitism and intolerance*¹⁵⁰, adottata nel 1996, invita gli Stati ad impegnarsi, nell'ordinamento giuridico interno, con particolare riferimento alle norme costituzionali, «a garantire la parità di trattamento di tutti gli individui e a lottare contro il razzismo, la xenofobia, l'antisemitismo e l'intolleranza». In particolare, l'ECRI invita gli Stati a punire «gli atti razzisti e xenofobi, per esempio: definendo come reati specifici i reati comuni che hanno un carattere razzista o xenofobo; tenendo conto espressamente delle motivazioni razziste o xenofobe dell'autore del reato». Inoltre, si ritiene necessario che «vengano giuridicamente considerate un reato le forme di espressione orale, scritta, audiovisiva e di ogni altro tipo, ivi compresi i messaggi elettronici incitanti all'odio, alla discriminazione o alla violenza contro gruppi razziali, etnici, nazionali o religiosi, oppure contro i loro membri, in base al fatto che appartengono a tale gruppo, così come la produzione, la distribuzione e lo stoccaggio ai fini della distribuzione del materiale incriminato»¹⁵¹.

Nella *General Policy Recommendation* n. 2, *on equality bodies to combat racism and intolerance at national level*¹⁵², adottata nel 1997 e rivista nel 2017, si invitano gli Stati ad istituire «equality bodies» a livello nazionale, tra i cui precipui compiti si rinvencono: «The promotion and achievement of equality, prevention and elimination of discrimination and intolerance, including structural discrimination and hate speech, and promotion of diversity and of good relations between persons belonging to all the different groups in society (equality mandate)»¹⁵³. In particolare, in questa Raccomandazione l'ECRI utilizza una autonoma nozione di «discrimination grounds: [...] “race”, colour, language, religion, citizenship, national

¹⁵⁰ European Commission against Racism and Intolerance, *General Policy Recommendation n. 1, on combating racism, xenophobia, antisemitism and intolerance*, adopted by ECRI on 4 October 1996.

¹⁵¹ European Commission against Racism and Intolerance, *General Policy Recommendation n. 1, on combating racism, xenophobia, antisemitism and intolerance*, Italian version, p. 4. Le *General Policy Recommendations* dell'ECRI vengono pubblicate in inglese e, in taluni casi, tradotte in alcune delle lingue ufficiali degli Stati membri. Tuttavia, alcune GPR non sono state tradotte in italiano: pertanto, in tali casi, si utilizzerà la versione ufficiale in inglese.

¹⁵² European Commission against Racism and Intolerance, *General Policy Recommendation n. 2, on equality bodies to combat racism and intolerance at national level*, adopted by ECRI on 13 June 1997 and revised on 7 December 2017. La versione italiana del documento non è stata pubblicata.

¹⁵³ Con riferimento all'*hate speech*, si veda, in particolare, il par. 19 dell'*Explanatory Memorandum*: «The prevention and elimination of discrimination and intolerance is a foundation stone for achieving equality and includes combating all forms of racism (including xenophobia, Islamophobia, antisemitism and anti-gypsyism), homophobia and transphobia and their expression, such as hate speech and cyber hatred. The text establishing the equality body or the anti-discrimination legislation should explicitly set out that hate speech constitutes a form of discrimination and that equality bodies are mandated to counter hate speech at least through the means of civil and administrative law in accordance with § 8 of ECRI's GPR No. 15 on Combating hate speech. Whereas the police and prosecution services are the authorities primarily competent for dealing with hate crime, equality bodies should be competent to provide personal support and legal advice to people exposed to hate crime and refer them to the competent authorities». Si veda, inoltre, il par. 58: «A first step is to spread knowledge about equal treatment

or ethnic origin, sexual orientation and gender identity, as well as multiple and intersectional discrimination on these grounds and any other grounds such as those covered by Article 14 of the European Convention on Human Rights, while also integrating a gender perspective. Equality bodies may also cover additional grounds such as sex, gender, age and disability»¹⁵⁴. Di particolare importanza risulta la statuizione in virtù della quale le attività devono coprire sia il settore pubblico sia quello privato.

La *General Policy Recommendation* n. 7, *on national legislation to combat racism and racial discrimination*¹⁵⁵, adottata nel 2002 e modificata nel 2017, richiede agli Stati membri l'istituzione di una legislazione contro il razzismo e la discriminazione razziale, invitando a punire, tra gli altri, i seguenti comportamenti in pubblico:

1) «a) incitamento pubblico alla violenza, all'odio o alla discriminazione; b) ingiurie o diffamazione pubblica o c) minacce, nei confronti di una persona o di un insieme di persone per motivi basati sulla razza, il colore, la lingua, la religione, la nazionalità o l'origine nazionale o etnica»;

2) «negazione, banalizzazione, giustificazione o apologia pubblica, con motivazione razzista, dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità o dei crimini di guerra»;

3) «divulgazione pubblica o distribuzione, o produzione o conservazione ai fini di diffusione o di distribuzione al pubblico, a scopo razzista, di scritti, immagini o altro materiale contenente» le manifestazioni di idee descritte dalle fattispecie precedenti;

4) «creazione o direzione di un gruppo che promuove il razzismo, sostegno a tale gruppo e partecipazione alle sue attività con l'intento di contribuire alle infrazioni» precedenti.

Inoltre, la Raccomandazione invita gli Stati a disporre per via costituzionale «che l'esercizio della libertà di espressione, di riunione e di associazione possa essere limitato per combattere il razzismo. Tali restrizioni devono essere conformi alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo».

La *General Policy Recommendation* n. 9, *on the fight against antisemitism*¹⁵⁶, adottata nel 2004, richiede agli Stati di prevedere come reati i seguenti «atti antisemiti, se commessi intenzionalmente»:

and hate speech and hate crime legislation and to dispel any perception that the experience of discrimination and intolerance is normal and that nothing can be done to change it». Cfr. anche il par. 72: «Equality bodies should have the right to receive and take action on complaints of discrimination and intolerance, including hate speech».

¹⁵⁴ Sul punto, si noti, tuttavia, come nelle successive Raccomandazioni l'ECRI abbia inserito disposizioni specifiche sull'*hate speech* solamente in alcuni casi, come ad esempio in quella relativa alla comunità rom o all'odio antisemita (cfr. *infra*). Tuttavia, si tengano presente le misure, pur non specificamente relative all'*hate speech*, richieste dall'ECRI agli Stati membri per ciò che concerne particolari situazioni con riferimento all'appartenenza a specifici gruppi vulnerabili, come ad esempio quelle sulla discriminazione nei confronti dei musulmani (n. 5).

¹⁵⁵ European Commission against Racism and Intolerance, General Policy Recommendation n. 7, on national legislation to combat racism and racial discrimination, adopted by ECRI on 13 December 2002, amended on 7 December 2017. La versione italiana del documento non è stata pubblicata.

¹⁵⁶ European Commission against Racism and Intolerance, General Policy Recommendation n. 9, on the fight against antisemitism, adopted by ECRI on 25 June 2004. La versione italiana del documento non è stata pubblicata.

1) «incitamento pubblico alla violenza, all'odio o alla discriminazione nei confronti di una persona o di un gruppo di persone in ragione della loro identità o della loro origine ebraica»;

2) «ingiuria o diffamazione pubblica nei confronti di una persona o di un gruppo di persone in relazione alla loro identità o alla loro origine ebraica reale o presunta»;

3) «minacce proferite contro una persona o un gruppo di persone in ragione della loro identità o della loro origine ebraica reale o presunta»;

4) «espressione pubblica, a scopo antisemita, di un'ideologia mirante a ingiuriare o a denigrare un gruppo di persone a causa della loro identità o della loro origine ebraica»;

5) «espressione pubblica di negazionismo, minimizzazione, approvazione o giustificazione della Shoah» o, «a scopi antisemiti, dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità o dei crimini di guerra commessi contro persone o gruppi di persone a causa della loro identità o della loro origine ebraica»;

6) «divulgazione o messa a disposizione del pubblico, produzione o conservazione a fini di diffusione o di distribuzione al pubblico, a scopo antisemita, di scritti, immagini o di qualsiasi altro materiale contenente rappresentazioni delle manifestazioni di idee e teorie indicate» nelle disposizioni precedenti;

7) «creazione o direzione» o «sostegno» «di un gruppo che promuove l'antisemitismo».

La *General Policy Recommendation* n. 13, *on combating anti-gypsyism and discrimination against Roma*¹⁵⁷, adottata nel 2011, richiede agli Stati di: emanare legislazioni apposite per contrastare il fenomeno dei media che incitano alla discriminazione, all'odio o alla violenza contro la comunità rom; incoraggiare i media a non menzionare l'origine etnica di una persona quando non sia essenziale per la comprensione degli eventi; sostenere l'adozione di un codice di condotta per prevenire la presentazione di informazioni che veicolino pregiudizi o possano incitare alla discriminazione, all'odio o alla violenza contro i rom. Inoltre, nella Raccomandazione si rinviene una richiesta agli Stati «to condemn all public discourse which publicly incites to direct or indirect discrimination, hatred or violence against Roma».

Da ultimo, l'ECRI ha emanato, nel 2015, la *General Policy Recommendation* n. 15, *on combating hate speech*¹⁵⁸, in cui si raccomanda agli Stati di «ritirare ogni riserva relativa all'articolo 4 della Convenzione Internazionale sull'Eliminazione di ogni forma di Discriminazione Razziale e all'articolo 20 del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici», oltre alla richiesta di riconoscere la competenza del Comitato per l'eliminazione della discriminazione razziale a ricevere ed esaminare reclami individuali o di gruppo.

La Raccomandazione risulta particolarmente utile ai fini della definizione di *hate speech*. L'ECRI, infatti, sostiene che per discorso d'odio debba intendersi il comportamento che consiste nel «fomentare, promuovere o incoraggiare, sotto qualsiasi forma, la denigrazione,

¹⁵⁷ European Commission against Racism and Intolerance, *General Policy Recommendation* n. 13, *on combating anti-gypsyism and discrimination against Roma*, adopted by ECRI on 24 June 2011. La versione italiana del documento non è stata pubblicata.

¹⁵⁸ European Commission against Racism and Intolerance, *General Policy Recommendation* n. 15, *on combating hate speech*, adopted by ECRI on 8 December 2015.

l'odio o la diffamazione nei confronti di una persona o di un gruppo, nonché [...] sottoporre a soprusi, insulti, stereotipi negativi, stigmatizzazione o minacce una persona o un gruppo e la giustificazione di tutte queste forme o espressioni di odio testé citate, sulla base della "razza", del colore della pelle, dell'ascendenza, dell'origine nazionale o etnica, dell'età, [della disabilità]¹⁵⁹, della lingua, della religione o delle convinzioni, del sesso, del genere, dell'identità di genere, dell'orientamento sessuale e di altre caratteristiche o stato personale». Si tratta, di fatto, di un grande ampliamento della definizione di *hate speech*¹⁶⁰.

Inoltre, nella Raccomandazione si richiede agli Stati di «impegnarsi a individuare le condizioni che possono favorire il fenomeno del discorso dell'odio e le varie forme che può assumere, e misurarne la portata e i danni che provoca, al fine di prevenirlo e scoraggiarne l'uso, di ridurre gli effetti nocivi e di porvi rimedio». Su questo punto, una disposizione interessante è quella che richiede di «accertarsi che i dati raccolti sul discorso dell'odio non si limitino ai casi che rientrano nella sfera di competenza della giustizia penale». Allo stesso tempo, si richiede di «combattere la disinformazione, gli stereotipi negativi e la stigmatizzazione» attraverso programmi educativi.

Perdipiù, tra le raccomandazioni rivolte agli Stati, vi è quella di «fornire un sostegno individuale e collettivo alle persone prese di mira dal discorso dell'odio», con riferimento all'aiuto a superare il trauma emotivo, all'informazione circa i loro diritti e alla riparazione attraverso procedimenti civili, all'incoraggiamento e alla facilitazione delle segnalazioni di episodi di *hate speech*.

In aggiunta, si invitano gli Stati ad «utilizzare i poteri regolamentari nei confronti dei media (compresi i fornitori di servizi Internet, gli intermediari online e i social media) per promuovere azioni volte a combattere l'utilizzo del discorso dell'odio» attraverso strumenti quali codici di buona condotta, monitoraggio, rimozione di contenuti.

Da ultimo, si invitano gli Stati a sospendere il finanziamento pubblico ai partiti politici e alle organizzazioni che utilizzano l'*hate speech*. Tale richiesta va di pari passo con l'adozione, sempre da parte dell'ECRI, della Dichiarazione sull'uso di elementi razzisti, antisemiti e xenofobi nel discorso politico¹⁶¹.

1.4 – L'Unione Europea e l'*hate speech*

La ricerca di una definizione di *hate speech* in ambito europeo non può prescindere dal riferimento alla regolazione dello stesso da parte dell'Unione Europea.

¹⁵⁹ Nella versione ufficiale in inglese del documento si utilizza il termine 'disability': in questa sede, dunque, si condanna espressamente l'utilizzo del termine '*handicap*' nella versione italiana redatta dall'ECRI, che si preferisce sostituire con 'disabilità'.

¹⁶⁰ Cfr. G. ROLLNERT LIERN, "El discurso del odio: una lectura crítica de la regulación internacional", cit., p. 94; E. HOWARD, *Freedom of Expression and Religious Hate Speech in Europe*, cit., p. 60.

¹⁶¹ Cfr. Council of Europe, European Commission against Racism and Intolerance, *ECRI Declaration on the use of racist, antisemitic and xenophobic elements in political discourse*, adopted on 17 March 2005.

Nella Risoluzione del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione contro il razzismo e la xenofobia del 1986¹⁶², si sancisce che il rispetto per la dignità e l'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale sono parte dell'eredità culturale comune agli Stati membri. La Risoluzione, inoltre, condanna ogni forma di intolleranza, ostilità e uso della forza contro persone o gruppi sulla base di differenze razziali, religiose, culturali, sociali o nazionali.

Nel 1990, il Consiglio e i Rappresentanti dei governi degli Stati membri, riuniti in sede di Consiglio, emanano una Risoluzione sulla lotta contro il razzismo e la xenofobia¹⁶³. Nella Risoluzione, si invitano gli Stati membri a ratificare gli strumenti internazionali volti alla lotta contro qualsiasi forma di discriminazione razziale, oltre ad emanare leggi *ad hoc* sul tema. Inoltre, si invitano gli Stati a richiamare l'attenzione sulla funzione che possono svolgere i mass media per l'eliminazione dei pregiudizi razziali.

Nel 1994, il Parlamento europeo emana una Risoluzione su razzismo, xenofobia e antisemitismo¹⁶⁴, in cui statuisce che l'incitamento al razzismo, così come la diffusione e promozione di ogni tipo di teorie revisioniste o negazioniste sull'Olocausto, debbano essere considerate un reato a livello dell'Unione e invita dunque gli Stati membri ad adattare le loro legislazioni a tal riguardo.

Nel 1996, il Consiglio adotta una *Joint Action* riguardante le azioni per combattere il razzismo e la xenofobia¹⁶⁵, ove tratta di talune condotte che devono essere punite con l'istituzione di appositi reati o con apposite misure di altro tipo, in particolare:

- 1) pubblico incitamento alla discriminazione, alla violenza o all'odio razziale verso un gruppo di persone o un membro di tale gruppo definito in base al colore, alla razza, alla religione o all'origine nazionale o etnica;
- 2) apologia o negazione di crimini contro l'umanità e violazioni di diritti umani;
- 3) pubblica distribuzione o diffusione di immagini o altro materiale contenente espressioni di razzismo o xenofobia;
- 4) partecipazione nelle attività di gruppi, organizzazioni o associazioni che si avvalgono della discriminazione, della violenza o dell'odio razziale, etnico o religioso.

Nel 1998, il Parlamento europeo emette una nuova risoluzione su razzismo, xenofobia e antisemitismo e sui risultati dell'anno europeo contro il razzismo¹⁶⁶. In quella sede, si chiede alla Commissione di proporre un programma d'azione per l'introduzione negli Stati membri dei seguenti reati:

- 1) incitamento a razzismo e xenofobia e commissione di atti razzisti o xenofobi;

¹⁶² Joint Declaration of the European Parliament, Council and Commission, against racism and xenophobia, 11 June 1986 (OJ C 158, 25/06/1986).

¹⁶³ Risoluzione del Consiglio e dei Rappresentanti dei Governi degli Stati membri, riuniti in sede di Consiglio, del 29 maggio 1990, sulla lotta contro il razzismo e la xenofobia (90/C 157/01).

¹⁶⁴ Risoluzione del Parlamento europeo, del 27 ottobre 1994, su razzismo, xenofobia e antisemitismo (OJ C 323/154, 20/11/1994). Simili statuizioni vengono reiterate nella Risoluzione su razzismo, xenofobia e antisemitismo del 1995: Risoluzione del Parlamento europeo, del 26 ottobre 1995, su razzismo, xenofobia e antisemitismo (OJ C 308/140, 20/11/1995).

¹⁶⁵ *Joint Action* del Consiglio dell'Unione Europea, del 15 luglio 1996, sulle azioni per combattere il razzismo e la xenofobia (96/443/JHA).

¹⁶⁶ Risoluzione del Parlamento europeo, del 29 gennaio 1998, su razzismo, xenofobia e antisemitismo e sui risultati dell'anno europeo contro il razzismo (B4-0108/98).

- 2) negazione dell'Olocausto e di crimini contro l'umanità;
- 3) produzione, stampa e diffusione di materiale razzista, xenofobo e revisionista;
- 4) partecipazione alle attività di gruppi coinvolti in azioni razziste o xenofobe o che sostengono dottrine razziste, xenofobe o revisioniste.

Nel 2000, il Consiglio adotta la cosiddetta Direttiva sull'eguaglianza razziale, che contribuisce alla formulazione dell'attuale diritto antidiscriminatorio europeo (fornendo la nozione di 'discriminazione diretta', 'indiretta' e delle 'molestie'). In particolare, alcune dimensioni dell'*hate speech* possono essere fatte rientrare nella fattispecie delle molestie, che vengono definite come «una discriminazione in caso di comportamento indesiderato adottato per motivi di razza o di origine etnica e avente lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo»¹⁶⁷.

La Risoluzione del Parlamento europeo del 2006 sull'omofobia in Europa¹⁶⁸ richiede espressamente agli Stati di assicurare che le persone LGBT siano protette dall'*hate speech* omofobico e dall'incitamento all'odio e alla violenza. La Risoluzione del Parlamento europeo sull'omofobia in Europa del 2007¹⁶⁹, invece, condanna espressamente «i commenti discriminatori formulati da dirigenti politici e religiosi nei confronti degli omosessuali, in quanto alimentano l'odio e la violenza, anche se ritirati in un secondo tempo, e chiede alle gerarchie delle rispettive organizzazioni di condannarli».

Nel 2007, l'Unione Europea fonda la *European Union Agency for Fundamental Rights*, conosciuta come *Fundamental Rights Agency* (FRA), che sostituisce l'*European Monitoring Centre on Racism and Xenophobia* (EUMC)¹⁷⁰ e ha il compito di analizzare dati riguardanti i diritti fondamentali stabiliti nella Carta di Nizza. Fra le numerose aree di specializzazione della FRA, si segnala quella sugli *hate crimes*, in cui l'agenzia contribuisce all'analisi delle politiche dell'Unione Europea volte a contrastare i crimini d'odio.

Nel 2008, il Consiglio adotta la Decisione Quadro sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale¹⁷¹. In essa, si adotta una definizione giuridica di odio, la quale, tuttavia, risulta in realtà tautologica: l'odio, infatti, è definito

¹⁶⁷ Direttiva del Consiglio, del 29 giugno 2000, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, 2000/43/CE. Cfr., sul punto, L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, cit., p. 51, che propone appunto l'inquadramento dell'*hate speech* nella fattispecie delle molestie.

¹⁶⁸ Risoluzione del Parlamento europeo, del 18 gennaio 2006, sull'omofobia in Europa (P6_TA (2006) 0018). Cfr., in particolare, il considerando B: «[C]onsiderando che l'omofobia si manifesta nella sfera pubblica e privata sotto forme diverse, quali discorsi intrisi di odio e istigazioni alla discriminazione, dileggio, violenza verbale, psicologica e fisica, persecuzioni e omicidio, discriminazioni in violazione del principio di uguaglianza, limitazioni arbitrarie e irragionevoli dei diritti, spesso giustificate con motivi di ordine pubblico, libertà religiosa e diritto all'obiezione di coscienza». Cfr. anche I. SPIGNO, «Homofobia y transfobia: los discursos de odio contra las «minorías sexuales» en el ágora europea», cit., p. 195.

¹⁶⁹ Risoluzione del Parlamento europeo, del 26 aprile 2007, sull'omofobia in Europa (P6_TA (2007) 0167).

¹⁷⁰ Cfr. L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, cit., pp. 22-25.

¹⁷¹ Decisione Quadro del Consiglio, del 28 novembre 2008, sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale, 2008/913/GAI. Sulla Decisione Quadro nella lotta all'*hate speech* nell'Unione Europea, cfr. M. CASTELLANETA, «L'*hate speech*: da limite alla libertà di espressione a crimine contro l'umanità», cit., pp. 160-161; L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, cit., pp. 32-34; A. LEVIN, *The Cost of Free Speech. Pornography, Hate Speech, and their Challenge to*

come «riferito all'odio basato sulla razza, il colore, la religione, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica». In questo senso, dunque, essa non contribuisce a fare chiarezza su cosa debba intendersi per 'odio'. Tuttavia, vi è chi ha letto nella distinzione tra l'istigazione alla *violenza* e l'istigazione all'*odio*, nella Decisione Quadro, la separazione della condotta volta a provocare *azioni susseguenti* (violenza) da quella dell'istigazione a «convertir ideológicamente a los destinatarios para que adopten determinada manera de pensar»¹⁷².

Nella Decisione Quadro, si richiede agli Stati membri di adottare norme volte all'istituzione dei seguenti reati (art. 1):

1) «istigazione pubblica alla violenza o all'odio nei confronti di un gruppo di persone, o di un suo membro, definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica»;

2) «la perpetrazione di uno» dei precedenti comportamenti «mediante la diffusione e la distribuzione pubblica di scritti, immagini o altro materiale»;

3) l'apologia, la negazione o la minimizzazione grossolana dei crimini di genocidio» oppure dell'Olocausto, «dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra [...] dirette pubblicamente contro un gruppo di persone, o un membro di tale gruppo, definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica, quando i comportamenti siano posti in essere in modo atto a istigare alla violenza o all'odio nei confronti di tale gruppo o di un suo membro»;

Analogamente, la Decisione Quadro richiede l'introduzione della circostanza aggravante di reato (diverso da quelli precedenti) per motivi razzisti o xenofobi (art. 4).

Nel 2013 la FRA, su richiesta del Consiglio dell'Unione Europea, ha emesso un'opinione sulla Decisione Quadro, il cui scopo è quello della valutazione dell'impatto della Decisione sui diritti delle vittime, oltre a fornire raccomandazioni sull'implementazione dei diritti delle vittime di *hate crimes*¹⁷³. Tra le raccomandazioni che essa rivolge alle istituzioni europee al riguardo, si segnalano: 1) la necessità di utilizzare l'art. 21 della Carta di Nizza come parametro di riferimento per l'individuazione del *discriminatory motive* dei reati *bias-based*; 2) l'impiego di una terminologia appropriata nelle legislazioni interne agli Stati, per permettere a chi applica il diritto di riconoscere la natura discriminatoria delle offese; 3) il necessario riconoscimento del diritto delle vittime di *hate crimes* a richiedere la revisione di una sentenza nel

Liberalism, cit., p. 184; F.H. BAIDER, S. ASSIMAKOPOULOS, SH. MILLAR, "Introduction and Background", cit., p. 3; J. MORALES SÁNCHEZ, "El discurso de odio e igualdad: ¿Los derechos humanos en juego?", cit., p. 304; G. ROLLNERT LIERN, "El discurso del odio: una lectura crítica de la regulación internacional", cit., p. 94-98.

¹⁷² J. URÍAS, "La libertad de odiar. Delimitando el derecho fundamental a la libertad de expresión", in L. ALONSO, V. VÁZQUEZ (dirs.), *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio. Textos críticos*, cit., pp. 39-67, pp. 47-49. Analogamente, cfr. U. BELAVUSAU, *Freedom of Speech. Importing European and US Constitutional Models in Transitional Democracies*, Routledge, London and New York, 2013, p. 188: «The formulation of the *mens rea* in the Framework decision transcends the pure "clear and present danger test" pertinent to the American jurisprudence, since the criminalisation covers not only incitement to violence but also the very expression of hatred».

¹⁷³ European Union Agency for Fundamental Rights, Opinion 02/2013, Framework Decision on Racism and Xenophobia, Vienna, 15 October 2013. Cfr., sul punto: F.H. BAIDER, S. ASSIMAKOPOULOS, SH. MILLAR, "Introduction and Background", cit., pp. 1-16, p. 2; M. CASTELLANETA, "La Corte europea dei diritti umani e l'applicazione del principio dell'abuso del diritto nei casi di *hate speech*", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 11, 3, 2017, pp. 745-751, p. 747.

caso in cui non siano riconosciuti i motivi discriminatori; 4) la necessità di prendere in considerazione la possibilità di istituire apposite unità nei servizi di polizia per contrastare i crimini d'odio, anche con riferimento agli *online hate crimes*; 5) la previsione di regolamenti dei media che impediscano di contribuire alla vulnerabilità delle vittime o ad ingenerare un clima di ostilità nei confronti di determinati individui o gruppi; 6) l'ampliamento delle fattispecie di incitamento all'odio non solo con riferimento alla razza, al sesso, alla religione o alla nazionalità, bensì anche alla *disabilità*, all'*età* e all'*orientamento sessuale*; 7) la necessità di rivedere le legislazioni nazionali per far sì che la formazione di associazioni e partiti politici non costituisca la base per promuovere odio o pregiudizi o per commettere crimini d'odio; 8) il riconoscimento alle vittime di *hate speech* degli stessi diritti delle vittime di *hate crimes*.

La Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato¹⁷⁴, all'art. 22, statuisce la necessità per cui le vittime di violazione dei diritti debbano essere oggetto di una valutazione individuale per individuare le esigenze di protezione particolari e per determinare l'eventuale applicazione delle misure speciali in quanto «particolarmente esposte al rischio di vittimizzazione secondaria e ripetuta, di intimidazione e di ritorsioni». Secondo la Direttiva, devono essere «oggetto di debita considerazione le vittime [...] dei reati basati sull'odio»¹⁷⁵, in quanto particolarmente vulnerabili.

Nel 2016, inoltre, la Commissione europea, insieme a Facebook, Microsoft, Twitter e YouTube, ha sottoscritto un Codice di condotta per contrastare l'illecito incitamento all'odio online¹⁷⁶. Il Codice, che si richiama espressamente alla lotta contro l'incitamento all'odio online, in relazione alla Decisione Quadro del 2008, definisce «incitamento illegale all'odio online» la condotta «consistente nell'istigazione pubblica alla violenza o all'odio nei confronti di un gruppo di persone, o di un suo membro, definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica».

Il Codice riconosce il ruolo fondamentale della società civile nel contrasto all'odio online, sostenendo la necessità di organizzazioni spontanee che si facciano «portatrici, anche tramite attività di sensibilizzazione, di narrazioni alternative che promuovano la non discriminazione, la tolleranza e il rispetto».

¹⁷⁴ Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI, 2012/29/UE.

¹⁷⁵ Art. 22 Direttiva 2012/29/UE: «1. Gli Stati membri provvedono affinché le vittime siano tempestivamente oggetto di una valutazione individuale, conformemente alle procedure nazionali, per individuare le specifiche esigenze di protezione e determinare se e in quale misura trarrebbero beneficio da misure speciali nel corso del procedimento penale, come previsto a norma degli articoli 23 e 24, essendo particolarmente esposte al rischio di vittimizzazione secondaria e ripetuta, di intimidazione e di ritorsioni. [...] 3. Nell'ambito della valutazione individuale è rivolta particolare attenzione alle vittime che hanno subito un notevole danno a motivo della gravità del reato, alle vittime di reati motivati da pregiudizio o discriminazione che potrebbero essere correlati in particolare alle loro caratteristiche personali, alle vittime che si trovano particolarmente esposte per la loro relazione e dipendenza nei confronti dell'autore del reato. In tal senso, sono oggetto di debita considerazione le vittime del terrorismo, della criminalità organizzata, della tratta di esseri umani, della violenza di genere, della violenza nelle relazioni strette, della violenza o dello sfruttamento sessuale o dei reati basati sull'odio e le vittime con disabilità».

¹⁷⁶ Disponibile al link: https://ec.europa.eu/newsroom/document.cfm?doc_id=42861.

Nel Codice si stabilisce che le piattaforme online e i *social media* devono «garantire che appena ricevono una valida segnalazione [...] reagiscano prontamente, in tempi idonei, per contrastare le forme illegali di incitamento all'odio online». In questo senso, esse devono predisporre regole chiare volte a informare gli utenti delle modalità di segnalazione e rimozione dei commenti di odio. Inoltre, esse devono esaminare entro un limite massimo di 24 ore le segnalazioni e, se necessario, procedere alla rimozione dei contenuti o a disabilitarne l'accesso.

Nel 2017, la Commissione adotta una Comunicazione rivolta alle piattaforme online che contiene alcune linee guida sulle procedure di segnalazione dei contenuti d'odio¹⁷⁷. Analogamente, nel 2018, la Commissione adotta una Raccomandazione sulle misure per contrastare efficacemente i contenuti illegali online¹⁷⁸.

È importante precisare che, all'esito delle norme del diritto internazionale dei diritti umani, che obbliga direttamente gli Stati e non anche le compagnie private (anche se costituisce ugualmente obbligo per gli Stati vigilare sul rispetto dei diritti umani anche da parte dei privati), per queste ultime non è sempre facile prevedere una responsabilità diretta nel caso in cui forniscano servizi che consentono a terzi di compiere condotte qualificabili come *hate speech*. È per questo, dunque, che le Nazioni Unite hanno elaborato gli *UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, che rappresentano una spinta della comunità internazionale, attraverso norme di *soft law*, ad includere le compagnie (soprattutto transnazionali) tra i soggetti cui si richiede l'obbligo di vigilare sulla protezione dei diritti umani¹⁷⁹.

Per ciò che concerne la tutela contro il discorso discriminatorio, anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (Carta di Nizza, 2000-2007), così come le norme di pertinenza del Consiglio d'Europa, contiene una nozione di discriminazione piuttosto ampia, riferendosi alle categorie del «sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convenzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali»¹⁸⁰. Un'eventuale nozione di *hate speech* che partisse dalle norme dell'Unione Europea, dunque, incontrerebbe, da un lato, la presenza di un numero maggiore di definizioni categoriali che integrano la definizione di discriminazione ma, dall'altro, il limite della mancanza della «fattispecie aperta» emergente dalla Raccomandazione del Consiglio d'Europa. Ad ogni modo, si tratta di una disposizione che conferma il *carattere plurale* delle definizioni di *hate speech*.

Inoltre, a testimonianza dell'ampiezza delle categorie a partire dalle quali entro l'Unione Europea vengono qualificate le condotte di *hate speech*, si può citare la Risoluzione del Parlamento Europeo del 2015 sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione Europea,

¹⁷⁷ Commissione europea, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, *Lotta ai contenuti illeciti online. Verso una maggiore responsabilizzazione delle piattaforme online*, COM (2017) 555.

¹⁷⁸ Raccomandazione della Commissione europea, del 1° marzo 2018, sulle misure per contrastare efficacemente i contenuti illegali online, 2018/334.

¹⁷⁹ UNOHCHR, *UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, United Nations, 2011, adottati dal Consiglio dei Diritti Umani nel 2011 (A/HRC/17/31).

¹⁸⁰ Art. 21 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

ove il Parlamento fa esplicito riferimento, nella sezione intitolata *Hate crime and hate speech*, al discorso d'odio fondato sul pregiudizio sulla base della disabilità, dell'orientamento sessuale o dell'identità di genere¹⁸¹.

Anche nell'Unione Europea, pertanto, nonostante manchi uno strumento di tutela contro l'*hate speech*, si rinviene un'apertura verso l'allargamento della sua definizione a categorie finora non comprese negli strumenti di diritto internazionale dei diritti umani.

1.5 – La Convenzione Americana sui Diritti Umani e l'*hate speech*

Sempre a livello regionale, l'attenzione ad un contesto completamente diverso, quello del continente americano, permette di sottolineare alcune tendenze maggiormente riduttive della definizione di *hate speech*, le quali, nel dibattito contemporaneo, vengono tradizionalmente fatte coincidere con la posizione degli Stati Uniti d'America durante l'attività di *drafting* e discussione della Convenzione Americana sui Diritti Umani¹⁸² (che rispecchia, in parte, la posizione che Eleanor Roosevelt, rappresentando gli Stati Uniti, come si è visto, esprime a più riprese durante la discussione e la votazione della Convenzione per l'Eliminazione di tutte le forme di Discriminazione Razziale).

L'articolo di riferimento della Convenzione Americana è quello che tutela la libertà d'espressione (art. 13). Esso, al comma 5¹⁸³, tenta di riprodurre (così l'intenzione della Commissione di redazione) la disposizione corrispondente della Convenzione per l'Eliminazione di tutte le forme di Discriminazione razziale. Da un lato, l'articolo utilizza una formulazione simile alla "clausola aperta" che si è analizzata in relazione alla Raccomandazione (di molto successiva) del Consiglio d'Europa, permettendo l'individuazione categoriale dell'oggetto del discorso d'odio in base a parametri non esclusivi e tipicizzati. Dall'altro lato, il problema interpretativo maggiore si è giocato sul fatto che il comma 5 proibisce solo gli atti di incitamento alla «violenza illegale o qualsiasi altro atto simile», risultando di difficile comprensione se la similitudine debba essere intesa in stretta connessione con la violenza. Ad ogni modo, si tratta di una definizione molto più ristretta di quella europea¹⁸⁴.

¹⁸¹ European Parliament, *Situation of fundamental rights in the EU (2013-2014)*, Resolution C 316/3, ove, al n. 107, si può leggere che il Parlamento «[d]eplores incidents of hate speech and hate crime motivated by racism, xenophobia or religious intolerance or by bias against a person's disability, sexual orientation or gender identity».

¹⁸² La Convenzione Americana sui Diritti Umani fu adottata a San José, in Costa Rica, nel 1969 ed entrò in vigore nel 1978, su impulso dell'Organizzazione degli Stati Americani. Essa istituì la Commissione Interamericana per i Diritti Umani, con il compito di vigilare sull'applicazione della Convenzione.

¹⁸³ Article 13, Section 5, American Declaration on Human Rights: «Any propaganda for war and any advocacy of national, racial, or religious hatred that constitute incitements to lawless violence or to any other similar action against any person or group of persons on any grounds including those of race, color, religion, language, or national origin shall be considered as offenses punishable by law».

¹⁸⁴ È quanto ha affermato lo *Special Rapporteur on Freedom of Expression* della Commissione Inter-Americana, nel report emanato nel 2004: Organization of American States, Inter-American Commission on Human Rights, Special Rapporteur on Freedom of Expression, Annual Report, 2004. Sul punto, si vedano E. BERTONI, J. RIVERA JR., "The American Convention of Human Rights. Regulation of Hate Speech and Similar Expression", in M. HERZ, P. MOLNAR (eds.), *The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses*, cit., pp. 499-513, pp. 503-504; J. OYEDIRAN, "Article 13(5) of the American Convention on Human Rights", in S.

La posizione degli Stati Uniti durante il dibattito (che fu piuttosto acceso) fu inizialmente non concessiva nei confronti del comma 5: se ne chiedeva, infatti, la cancellazione, sul presupposto che esso conduceva necessariamente alla censura, ritenuta incompatibile con il Primo Emendamento. Al contrario, quella dell'Argentina evidenziava l'eccessiva limitazione alla possibilità di restrizione da parte dei governi¹⁸⁵. Ciò testimonia il fondamentale disaccordo, in ambito americano, sull'oggetto dell'*hate speech*.

Tuttavia, le opposizioni statunitensi si dissolsero con riferimento alla sentenza *Brandenburg v. Ohio* della Corte Suprema¹⁸⁶ (cfr. *infra*, § 7.2.12), che limitava la punibilità delle espressioni d'odio solamente al caso in cui esse costituissero un *effettivo incitamento alla violenza* e non estendeva la configurabilità dell'*hate speech* anche ai casi di *incitamento potenziale* (quando l'atto è *volto* ad incitare) o ai casi di (effettiva o potenziale) *incitamento alla discriminazione o all'ostilità*: tale interpretazione fu accolta in seno alla commissione di redazione.

Nonostante ciò, anche secondo la Commissione Interamericana valgono le stesse considerazioni sulla reciproca limitazione delle disposizioni e dei diritti previsti dalla Convenzione secondo la Corte Europea dei Diritti Umani¹⁸⁷. Peraltro, è possibile affermare un fenomeno di progressiva convergenza tra le interpretazioni (e le applicazioni) del sistema americano e quelle del sistema europeo, a partire da una statuizione della Corte Interamericana relativa alla necessaria interpretazione delle definizioni contenute nella Convenzione in conformità con le medesime contenute nelle disposizioni della CEDU, così come interpretate dalla Corte EDU¹⁸⁸. Ciò permette di sostenere che, se da un lato l'oggetto dell'*hate speech* è difficilmente inquadrabile entro un nucleo di comportamenti rigidamente predeterminati (ciò che genera incertezza sull'estensione della sua definizione), dall'altro è pur vero che la riflessione storico-concettuale

COLIVER (ed.), *Striking a Balance. Hate Speech, Freedom of Expression and Non-discrimination*, cit., pp. 33-34. Ciò ha portato, ad esempio, il Comitato per l'Eliminazione della Discriminazione Razziale ad osservare, nel caso degli Stati Uniti, che la conformità ai requisiti internazionali di proibizione del discorso d'odio non deve essere limitata ad atti «amounting to incitement to imminent violence or “true threats” of violence»; CERD, Concluding Observations on the United States of America, 25 September 2014 (CERD/C/USA/CO/7-9), § 9.

¹⁸⁵ Cfr. S. FARROR, “Molding the Matrix: The Historical and Theoretical Foundations of International Law concerning Hate Speech”, cit., pp. 79-81.

¹⁸⁶ *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

¹⁸⁷ Cfr. i passaggi in S. FARROR, “Molding the Matrix: The Historical and Theoretical Foundations of International Law concerning Hate Speech”, cit., p. 83. Si tratta di un principio stabilito anche nel Preambolo della Dichiarazione Americana sui Diritti e Doveri dell'Uomo (1948), adottata nella stessa sede in cui si diede vita all'Organizzazione degli Stati Americani.

¹⁸⁸ Inter-American Court of Human Rights, *Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism*, Advisory Opinion OC-5/85, 13 November 1985, Series A, No. 5 (si riprende la citazione da S. FARROR, “Molding the Matrix: The Historical and Theoretical Foundations of International Law concerning Hate Speech”, cit., p. 82, nota 505).

sul discorso d'odio permette di evidenziare processi di progressiva convergenza volti all'acquisizione di una definizione (parzialmente) comune. Questo discorso, tuttavia, non vale per gli Stati Uniti, che, pur avendo firmato la Convenzione, non l'hanno, ad oggi, mai ratificata¹⁸⁹.

1.6 – Per una “grammatica” dell'*hate speech*

1.6.1 – Una definizione universale?

È possibile tentare riassumere gli elementi che entrano in gioco nella definizione del discorso d'odio, per approssimarsi ad una definizione provvisoria. A tal fine, occorre suddividere il discorso in tre ambiti, in corrispondenza con l'analisi svolta sin qui: internazionale, europeo e americano¹⁹⁰.

In ambito internazionale, l'*hate speech*, all'esito dell'analisi effettuata, può essere definito come un abuso della libertà d'espressione compiuto sia da soggetti pubblici sia da soggetti privati, costituito da comportamenti di promozione dell'odio nazionale, razziale o religioso che costituiscono incitamento alla discriminazione, all'ostilità o alla violenza (ICCPR).

Tuttavia, questi comportamenti possono essere concretamente individuati non solo in atti espressivi di incitamento, bensì anche in atti di propaganda, di partecipazione ad organizzazioni o di disseminazione di idee basati su teorie di superiorità della razza o sull'odio, sulla violenza o sull'incitamento alla discriminazione contro persone individuate sulla base della razza o dell'origine etnica, dell'appartenenza nazionale o religiosa (ICERD). Essi hanno l'effetto di distruggere o compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio dei diritti umani, di generare relazioni di subordinazione, vulnerabilità, stigmatizzazione e de-umanizzazione e si presentano spesso come prodromici al compimento di crimini d'odio (dai quali differiscono per la necessità della concretizzazione, in questi ultimi, di atti di violenza). Nei casi più gravi, si tratta di comportamenti che possono costituire fattispecie di reato.

Nel necessario bilanciamento con i principi della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, tali comportamenti sono suscettibili di estensione in relazione al soggetto passivo individuato su base categoriale, per la quale, tuttavia, manca ancora una norma vincolante di riferimento. Ad ogni modo, si può affermare che il discorso d'odio costituisce una vera e propria violazione del diritto internazionale dei diritti umani e del principio di uguaglianza e non discriminazione¹⁹¹.

¹⁸⁹ L'informazione è reperibile sul sito dell'Organizzazione degli Stati Americani, nella sezione dedicata alla Convenzione Americana sui Diritti Umani: http://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights_sign.htm. Peraltro, gli Stati Uniti emalarono una riserva specifica relativa all'art. 13, comma 5, statuendo che non si sarebbero ritenuti vincolati a tale norma (cfr. S. FARROR, "Molding the Matrix: The Historical and Theoretical Foundations of International Law concerning Hate Speech", cit., p. 82).

¹⁹⁰ Per ragioni di estensione, il presente lavoro, dopo aver tentato un'approssimazione alla definizione internazionale, prende come riferimento i contesti regionali europeo e americano, tralasciando gli altri. Ciò non significa che negli altri sistemi regionali non esistano definizioni di *hate speech*; tuttavia, anche in accordo alla struttura del lavoro, risulta maggiormente proficuo concentrarsi sulle affinità e sulle differenze tra l'Europa e l'America. Cfr., sul punto, *infra*, CAP. 7.

¹⁹¹ Sulla base di ciò, vi è chi ha affermato che l'*hate speech* costituisce una vera e propria violazione dello *ius cogens* internazionale, in un discorso volto alla definizione dell'uguaglianza e della non discriminazione alla luce

In ambito europeo, si confermano tutte le caratteristiche sopracitate e si aggiungono alcuni elementi che contribuiscono ad estendere la definizione di *hate speech*. Qui, infatti, il discorso d'odio individua tutte le forme di espressione che diffondono, incitano, promuovono o giustificano l'odio razziale, la xenofobia, l'antisemitismo e tutte le forme di intolleranza, nonché altre forme d'odio fondate sulla discriminazione e sull'ostilità contro particolari gruppi vulnerabili, dovendosi includere in tale novero la disabilità, l'orientamento sessuale o l'identità di genere e ogni altra condizione, ciò che permette di qualificare questa definizione come una fattispecie aperta. Sia il Consiglio d'Europa sia l'Unione Europea invitano gli Stati membri alla criminalizzazione di tali comportamenti, prevedendo dunque che i casi più gravi siano puniti da fattispecie di reato.

Inoltre, in ambito europeo si registra una maggiore sensibilità nei confronti delle forme meno gravi di *hate speech*, in cui non si richiede la punizione con strumenti penali, come ad esempio la stereotipizzazione negativa di gruppo, i discorsi politici discriminatori nei confronti dei gruppi vulnerabili e, soprattutto, l'utilizzo dei media nella promozione di messaggi retorici che hanno l'effetto di dipingere i gruppi vulnerabili in maniera stereotipata e discriminatoria.

In America, invece, si rinviene una definizione più ristretta di *hate speech*, giacché il comportamento vietato deve costituire incitamento alla violenza illegale, che tuttavia trova applicazione nei confronti di un numero maggiore di categorie: si restringono, cioè, i comportamenti vietati (incitamento a violenza illegale o qualsiasi altra "azione simile") ma si statuisce espressamente l'applicabilità a comportamenti perpetrati nei confronti qualsiasi gruppo di persone. Negli Stati Uniti, tuttavia, che non accettano tale definizione (ritenuta eccessivamente ampia), costituisce discorso d'odio solo il comportamento di incitamento effettivo (dunque non potenziale) e solo alla violenza (non, anche, a discriminazione od ostilità).

Si può affermare, dunque, la generale difficoltà di giungere ad una definizione universale di *hate speech*. Nonostante ciò, quanto riassunto sin qui permette di approcciarsi al relativo dibattito avendo in mente che cosa si intenda quando si parla di discorso d'odio:

«At any rate, the overall impression created by these characterizations is of *speech or other expressive conduct* that is in some sense *intimately connected with hatred of members of groups or classes of persons identified by certain ascriptive characteristics* (e.g., race, ethnicity, nationality, citizenship, origin of birth, war record, religion, sexual orientation, gender or transgender identity, disability, age, physical appearance), where this connection is exemplified by familiar tropes *relating to hatred in the motive, content, or effect of the relevant speech or other expressive conduct*»¹⁹².

del diritto internazionale: J. MORALES SÁNCHEZ, "El discurso de odio e igualdad: ¿los derechos humanos en juego?", cit. Secondo questa prospettiva, non sarebbe dunque necessario che gli Stati della comunità internazionale si compromettessero con strumenti di origine pattizio (attraverso trattati internazionali) all'adozione di disposizioni giuridiche contro l'*hate speech*, poiché la loro obbligazione deriverebbe proprio dal diritto cogente internazionale: pertanto, essi sarebbero obbligati dalla medesima comunità internazionale a prescindere dall'adesione a trattati volti alla regolazione del discorso d'odio.

¹⁹² A. BROWN, *Hate Speech Law. A Philosophical Examination*, Routledge, New York, 2015, pp. 4-5.

In sostanza, pare impossibile approcciarsi alla questione dell'*hate speech* con l'intento di raggiungere una definizione di stampo analitico¹⁹³, a causa dell'eccessiva eterogeneità degli elementi da tenere in considerazione per la composizione di una definizione di *hate speech*.

Come si accennava, pertanto, data l'assenza di una definizione universalmente condivisa (nonostante si possa affermare che il tentativo della comunità internazionale, come rilevato fin qui, si spinga, almeno in parte, in tale direzione), *cosa* sia effettivamente considerabile come *hate speech* varierà a seconda del contesto giuridico di appartenenza, degli strumenti adottati (o non adottati) al fine di punire alcuni dei comportamenti che appartengono alla famiglia del discorso d'odio e, da ultimo, inevitabilmente anche al contesto sociale e culturale. Reinterpretando un'affermazione di Stanley Fish, si può affermare che ciò derivi dall'impossibilità di definire la libertà d'espressione in senso astratto: «No such thing as free [...] speech; no such thing as a public forum purged of ideological pressures or exclusions»¹⁹⁴. Infatti, l'*hate speech* è, tra le altre cose, un problema relativo alla dialettica *tolleranza/intolleranza*: «the contours of toleration will always be traced by the demarcation of the intolerable»¹⁹⁵.

Alla luce dell'analisi degli strumenti di *hard* e *soft law* sul discorso d'odio, tuttavia, l'assenza di una definizione universale non implica che non esista alcuna definizione: piuttosto, la sovrapposizione tra fonti di varia natura e diverso livello ha come necessaria conseguenza il fatto che, in ciascun contesto, la definizione di *hate speech* si modifichi a seconda dell'interazione tra le fonti internazionali, regionali e nazionali. Entro specifici ordinamenti giuridici¹⁹⁶, dunque, sarà di volta in volta possibile qualificare un comportamento come afferente (o meno) all'ambito del discorso d'odio. L'intersezione tra gli strumenti internazionali, regionali e nazionali di tutela contro l'*hate speech* permette, caso per caso, di stabilire quali siano i comportamenti vietati e i comportamenti permessi.

Inoltre, a seconda del contesto di riferimento – e stante il principio di legalità in materia penale – è possibile distinguere i tipi di comportamenti penalmente rilevanti da quelli che, seppure non tipificati da una norma penale, rientrano ugualmente nella definizione di *hate speech*. Come si vedrà a breve, infatti, vi è un'intersezione tra la categoria dell'*hate speech* e quella degli *hate crimes*: essi condividono, infatti, il riferimento all'elemento dell'*odio*.

¹⁹³ Ivi, p. 14 (nota 2), ove BROWN afferma: «Importantly, I do not intend this as an analytical definition (i.e., a statement of necessary and sufficient conditions) of hate speech. It may be that hate speech is too close to being a 'family-resemblance' concept [...] to admit of such a definition. Indeed, any attempt to pin-down this rather legalistic concept (i.e., one that emerges from the analysis of bodies of law) must depend on careful examination of hate speech law, going back and forth between alternative concepts of hate speech and alternative clusters of law until a coherent fit is found».

¹⁹⁴ S. FISH, *There's No Such Thing as Free Speech, and it's a Good Thing, Too*, Oxford University Press, Oxford, 1994, p. 116.

¹⁹⁵ L. DOUGLAS, "The Force of Words: Fish, Matsuda, MacKinnon, and the Theory of Discursive Violence", in *Law and Society Review*, 169, 29, 1995, pp. 169-191, p. 173.

¹⁹⁶ Data l'estensione del tema, in questo lavoro non si prenderanno in considerazione le definizioni di *hate speech* adottate dai singoli ordinamenti nazionali. Per esse, si veda I. SPIGNO, *Discorsi d'odio. Modelli costituzionali a confronto*, cit., in particolare le pp. 182-213 (con riferimento all'ordinamento italiano) e le pp. 442-462 (con riferimento all'ordinamento spagnolo). Sul trattamento dell'*hate speech* nell'ordinamento spagnolo, si veda anche Ó. PÉREZ DE LA FUENTE, "El enfoque español sobre lenguaje del odio", in ID., J. OLIVA MARTÍNEZ (eds.), *Una discusión sobre identidad, minorías y solidaridad*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 133-155.

Ciò che è importante sottolineare, tuttavia, è che nel diritto internazionale dei diritti umani si registra una spinta progressiva verso l'ampliamento non solo dei comportamenti qualificabili entro la categoria-ombrello '*hate speech*', ma anche delle stesse "categorie protette" che ne individuano le vittime: se dapprima l'*hate speech* si configura solamente come il caso della *advocacy* dell'odio nazionale, razziale o religioso che costituisce incitamento alla discriminazione, all'ostilità e alla violenza, si assiste progressivamente, oltre all'inclusione nella definizione di categorie di comportamenti che non consistono unicamente nell'incitamento (si pensi alla 'diffusione di idee') – il quale, d'altra parte, rimane comunque il criterio-soglia per la proibizione stante la definizione giuridica fornita dal diritto internazionale –, anche ad un ampliamento dei *prohibited grounds of discrimination* a partire dai quali un'espressione possa essere qualificabile come odiosa. In termini pratici, pertanto, va sottolineata la progressiva inclusione nella macro-definizione di *hate speech* non solo delle categorie della *razza*, della *religione* e dell'*origine nazionale*, bensì anche di tutte le altre categorie previste dalla definizione di discriminazione secondo la sua evoluzione nel diritto internazionale dei diritti umani: sono dunque da prendere in considerazione tutti i gruppi vulnerabili individuati sulla base del *sex*, dell'*orientamento sessuale* e dell'*identità di genere*, dell'*etnia* (ad esempio rom¹⁹⁷), del *colore*, della *disabilità*, dell'appartenenza ad una *minoranza*, della *lingua*, dell'*origine sociale*, dello status di *migrante*, *rifugiato* o *richiedente asilo*¹⁹⁸, dell'*età* ecc.¹⁹⁹.

1.6.2 – Che cos'è l'odio?

Nella locuzione '*hate speech*', l'utilizzo della parola '*hate*' (odio) ha suscitato non poche perplessità. Che cos'è, infatti, l'odio? Come può essere definito, stante la quasi totale assenza di definizione giurisprudenziale?

¹⁹⁷ CERD, Concluding Observations on Poland, 29 August 2019 (CERD/C/POL/CO/22-24), §22(e), nel caso del *negative stereotyping*.

¹⁹⁸ CERD, Concluding Observations on Mexico, 29 August 2019 (CERD/C/MEX/CO/18-21), § 35(g); CERD, Concluding Observations on Poland, 29 August 2019 (CERD/C/POL/CO/22-24), § 16(c), nel caso del *negative stereotyping*; CMW, General Comment n. 2, 28 August 2013 (CMW/C/GC/2), § 22, nel caso dell'*hate speech* in generale.

¹⁹⁹ Lo ricorda, da ultimo, lo Special Rapporteur on the promotion and protection of the freedom of opinion and expression, nel *Report on the regulation of online 'hate speech'*, 9 October 2019 (A/74/48050, Advanced United Report), § 9. In realtà, lo Special Rapporteur si spinge sino a sostenere che «the prohibition of incitement should be understood to apply to the broader categories now covered in international human rights law». Sebbene si concordi con questa esigenza di espansione, è tuttavia prudente ricordare che essa risulta di dubbia applicazione – o quantomeno discussa – dal punto di vista giuridico. Si veda, ad esempio, CCPR, Concluding observations on Bosnia and Herzegovina (CCPR/C/BIH/CO/3), 13 April 2017, § 22. Per la necessità di estensione della definizione di *hate speech* all'orientamento sessuale, si veda il *Report of the independent expert on protection against violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity*, 11 May 2018 (A/HRC/38/43), § 93. Si veda, in generale, ARTICLE 19, *Prohibiting incitement to discrimination, hostility or violence*, cit., pp. 19-21; *'Hate Speech' Explained. A Toolkit*, cit., pp. 13-14.

Gordon Allport, psicologo statunitense, nel 1954 elaborò la cosiddetta *Allport's Scale of Prejudice and Discrimination*, la quale contribuisce, oggi, alla definizione dell'odio²⁰⁰. In questa scala, egli elencava cinque diversi livelli di comportamenti fondati sul pregiudizio²⁰¹:

1) «*antilocution*» o «*verbal rejection*»: si tratta del primo livello, in cui un gruppo di maggioranza utilizza un linguaggio che veicola una stereotipizzazione negativa di un gruppo di minoranza, con espressioni offensive o fondate su pregiudizi;

2) «*avoidance*»: «le persone del gruppo di maggioranza evitano volontariamente i componenti di un gruppo di minoranza. Il danno arrecato, in questo caso, prende la forma dell'*isolamento* delle persone e [...] si finalizza con l'*esclusione*»²⁰²;

3) *discrimination*: si tratta del comportamento di coloro che «deny to individuals or groups of people equality of treatment which they may wish»²⁰³. Qui Allport fa riferimento alla definizione di discriminazione adottata dalle Nazioni Unite: «any conduct based on a distinction made on grounds of natural or social categories, which have no relation either to individual capacities or merits, or to the concrete behavior of the individual person»²⁰⁴.

I comportamenti elencati ai numeri da 1) a 3) vengono classificati da Allport come *prodromici alla violenza*, secondo un filo conduttore che unisce i comportamenti (discorsivi) meno gravi a quelli (fisici) più gravi:

«Violence is always an outgrowth of milder states of mind. Although most barking (antilocution) does not lead to biting, yet there is never a bite without previous barking. [...] Here we see the not infrequent progression: antilocution »» discrimination »» physical violence. [...] It is apparent, therefore, that under certain circumstances there will be stepwise progression from verbal aggression to violence, from rumor to riot, from gossip to genocide»²⁰⁵.

Dunque, i precedenti comportamenti, in cui non vi è violenza fisica, sono strettamente collegati a quelli successivi di violenza vera e propria:

4) «*physical attack*»: quando vi è un comportamento violento motivato da odio si tratta dei cosiddetti *hate crimes* (cfr. *infra*, § 1.6.3);

5) *extermination*: si ha quando «il gruppo di maggioranza» vuole «*sterminare* i componenti del gruppo di minoranza»²⁰⁶.

Un recente progetto in Catalogna²⁰⁷, in maniera simile a quella di Allport, ha tentato di classificare alcuni comportamenti utili nella definizione dei comportamenti d'odio. In esso si

²⁰⁰ G.W. ALLPORT, *The Nature of Prejudice*, Addison-Wesley, Boston (Mass.), 1954. Il lavoro di Allport è citato in molti dei contributi nella letteratura sull'*hate speech*, tra i quali G. ZICCARDI, *L'odio online*, cit., pp. 21-22.

²⁰¹ G.W. ALLPORT, *The Nature of Prejudice*, cit., p. 49.

²⁰² G. ZICCARDI, *L'odio online*, cit., p. 21.

²⁰³ G.W. ALLPORT, *The Nature of Prejudice*, cit., p. 51.

²⁰⁴ UN Commission on Human Rights, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, *The Main Types and Causes of Discrimination*, Memorandum Submitted by the Secretary-General, United Nations Publications, 1949, XIV, p. 9.

²⁰⁵ G.W. ALLPORT, *The Nature of Prejudice*, cit., p. 57.

²⁰⁶ G. ZICCARDI, *L'odio online*, cit., p. 22.

²⁰⁷ Il progetto, dal titolo *Això és odi*, è stato realizzato da SOS Racisme Catalunya e dall'Institut de Drets Humans de Catalunya, con il finanziamento dell'*Ayuntamiento de Barcelona*, e ha realizzato, tra le altre cose, un vero e

trova la descrizione del cosiddetto «iceberg dell'odio», che suddivide i comportamenti in “invisibili” e “visibili”. Al primo tipo, secondo una graduazione per livelli, appartengono:

- 1) gli *stereotipi* (linguaggio non inclusivo, “scherzi” e “battute” insultanti);
- 2) i *pregiudizi* (la ridicolizzazione, la stigmatizzazione, l'ostilità);
- 3) la *discriminazione* (l'esclusione e il trattamento discriminatorio).

Al secondo tipo, invece, appartengono i seguenti comportamenti:

- 4) la *violenza fisica e verbale* (atti di vandalismo, minacce, molestie, insulti);
- 5) la *violenza fisica rivolta direttamente alla persona* (violenze, stupri, omicidi).

Questa gradazione di comportamenti permette di comprendere una definizione semantica dell'odio come «una violenta repulsión o aversión a algo o a alguien que llega hasta el punto de causarle o desear que le ocurra daño»²⁰⁸.

In una direzione simile va la cosiddetta *Piramide dell'odio*²⁰⁹: si tratta della relazione finale, approvata dal Parlamento italiano nel 2017, della Commissione parlamentare “Jo Cox” sull'intolleranza, la xenofobia, il razzismo e i fenomeni di odio, istituita in Italia alla Camera dei deputati nel maggio 2016 e presieduta dall'allora Presidente della Camera Laura Boldrini.

Va segnalato, tuttavia, che nel documento si “inverte” la relazione tra *hate speech* e discriminazione: essa, infatti, nell'individuare la suddetta “piramide”, che va da comportamenti “meno gravi” a comportamenti “più gravi”, suddivide il discorso in quattro categorie:

- 1) «*stereotipi, false rappresentazioni*» («stereotipi negativi, rappresentazioni false o fuorvianti, insulti, linguaggio ostile “normalizzato” o banalizzato»);
- 2) *discriminazioni*;
- 3) *linguaggio d'odio* («minacce e/o incitamento alla denigrazione e alla violenza contro una persona o gruppi di persone identificate in base ad una qualche caratteristica come il sesso, l'orientamento sessuale, l'etnia, il colore della pelle, la religione o altro»);
- 4) *crimini d'odio* («atti di violenza fisica, fino all'omicidio, perpetrati contro persone in base a qualche caratteristica» come quelle individuate in precedenza).

Una definizione di odio utile alla sistemazione giuridica dei comportamenti di *hate speech* è fornita da Gustavo Ariel Kaufman:

proprio manuale per riconoscere e reagire contro i discorsi e i crimini d'odio: E. BAZZACO, A. GARCÍA GUANATEY, J. LEJARDI, A. PALACIOS, L. TARRAGONA, *¿Es odio? Manual práctico para reconocer y actuar frente a discursos y delitos de odio*, Barcelona, Noviembre 2017, disponibile al link: <https://www.idhc.org/es/investigacion/publicaciones/otras-publicaciones/es-odio-manual-practico-para-reconocer-y-actuar-frente-a-discursos-y-delitos-de-odio.php> (ultima consultazione: settembre 2019).

²⁰⁸ T. VIVES ANTÓN, “Sobre la apología del terrorismo como “discurso” del odio”, in M. REVENGA SÁNCHEZ (dir.), *Libertad de expresión y discursos del odio*, cit., pp. 33-49, p. 37 (corsivi nostri).

²⁰⁹ Camera dei deputati, Commissione “Jo Cox” sull'intolleranza, la xenofobia, il razzismo e i fenomeni di odio, Relazione finale 2017, *La piramide dell'odio in Italia*, disponibile al link: https://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/attachments/shadow_primapagina/file_pdfs/000/007/099/Jo_Cox_Piramide_odio.pdf. (ultima consultazione: settembre 2019). Riprendendo una definizione precedente dell'ECRI, la Commissione definisce l'*hate speech* come «l'istigazione, la promozione o l'incitamento alla denigrazione, all'odio o alla diffamazione nei confronti di una persona o di un gruppo di persone, o il fatto di sottoporre a soprusi, molestie, insulti, stereotipi negativi, stigmatizzazione o minacce tale persona o gruppo, e comprende la giustificazione di queste varie forme di espressione, fondata su una serie di motivi, quali la “razza”, il colore, la lingua, la religione o le convinzioni, la nazionalità o l'origine nazionale o etnica, nonché l'ascendenza, l'età, la disabilità, il sesso, l'identità di genere, l'orientamento sessuale e ogni altra caratteristica o situazione personale».

«El odio consiste en un sentimiento de rechazo, un juicio de valor altamente negativo sobre algo o alguien, a tal punto que quien lo experimenta puede procurar la destrucción o reducción de aquello o de aquel que odia: un odio que desea humillar y que, una vez externalizado, frecuentemente humilla. [...] La acumulación de odio anticipa la violencia física o psicológica. Descrito de este modo, el odio es una emoción lamentable, psicológicamente destructiva, en primer lugar, de quien la siente y en algunas ocasiones de quien es odiado, que no resulta jurídicamente condenable *per se*, pero que puede desembocar, en ciertos casos, en la comisión de delitos civiles o penales contra los objetos o personas odiadas. [...] El *odium* que pretendemos definir es un odio muy particular que califica a un *dictum*, convirtiendo al *odium dictum*, así compuesto, en una acción jurídica y socialmente condenable por su potencial destructivo de individuos que integran minorías en la situación de vulnerabilidad o discriminación de la sociedad. El *odium* que procuramos tipificar consiste en una emoción intensa y negativa que se focaliza en ciertos grupos históricamente discriminados, y en sus integrantes, por el solo hecho de existir en la sociedad, procurando su exclusión o reducción a una categoría inferior, originada en prejuicios irracionales transmitidos de generación en generación respecto a tales grupos»²¹⁰.

Tale definizione risulta coerente con quella adottata in ambito ONU, in particolare dal Consiglio dei Diritti Umani: «The terms ‘*hatred*’ and ‘*hostility*’ refer to intense and irrational emotions of opprobrium, enmity and detestation towards the target group» (cfr. *infra*, § 1.6.4). Tuttavia, una simile definizione rischia di “soggettivizzare” la fattispecie dell’*hate speech*, richiedendo la prova, nei casi in cui si rientri nell’ambito dei comportamenti sanzionabili, dell’elemento odioso come condizione psicologica. Come si vedrà in seguito (cfr. *infra*, § 5.3.2), infatti, nella “definizione-ombrello” ‘*hate speech*’ possono essere inclusi tanto i comportamenti (che, nei termini del diritto internazionale dei diritti umani, superano la soglia dell’incitamento; cfr. *infra*, § 1.6.4) intenzionali di promozione dell’odio che costituiscono incitamento, che devono essere sanzionati, quanto comportamenti discriminatori in cui non risulta automaticamente evidente l’elemento psicologico odioso, come ad esempio quelli in cui non si oltrepassa la soglia dell’incitamento ma, ad esempio, si contribuisce alla stereotipizzazione negativa di determinati gruppi vulnerabili. L’elemento *discriminatorio*, infatti, al contrario dell’odio risulta più ampio e, dunque, è capace di comprendere anche comportamenti non necessariamente sanzionabili (soprattutto penalmente): è per questo, infatti, che si ritiene che, nell’utilizzo del lemma ‘odio’ nella definizione di ‘*hate speech*’, esso debba coincidere con l’elemento del ‘*bias*’ (pregiudizio) sotteso agli *hate crimes*²¹¹ (cfr. *infra*, 1.6.3).

A partire da questa definizione di odio, risulta evidente l’elemento comune che lega i comportamenti “più” e “meno gravi”: la *negazione dell’umanità dell’altro*. Essa, tuttavia, non si manifesta, come ad esempio nell’obsoleto razzismo biologico, in una negazione esplicita, né fa riferimento a concezioni biologiche dell’essere umano. Piuttosto, l’odio cui si riferisce l’espressione *hate speech* può essere individuato nella *negazione dell’altro come soggetto di diritti umani*, che si esprime nella deplorazione per la sua stessa esistenza, nella riprovazione per la sua appartenenza ad una categoria concettualizzata come l’Altro (cfr. *infra*, § 5.3). In questo senso, dunque, affinché vi sia odio, è necessario che il comportamento sia rivolto a

²¹⁰ G.A. KAUFMAN, *Odium dicta. Libertad de expresión y protección de grupos discriminados en internet*, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México, 2015, pp. 45-47 (corsivi nostri).

²¹¹ OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR), *Hate Crime Laws. A Practical Guide*, OSCE/ODIHR 2009, pp. 17-19, disponibile al link: <https://www.osce.org/odihr/36426?download=true> (ultima consultazione: settembre 2019).

determinate persone *in virtù della loro appartenenza ad un gruppo vulnerabile*, indipendente dalla sussistenza dell'elemento psicologico odioso inteso in senso *intenzionale* (che, invece, rimane requisito per la sanzione penale):

«Hate is predicated on destruction, and hatred against identifiable groups and therefore thrives on insensitivity, bigotry and destruction of both the target group and of the values of our society. Hatred in this sense is a most extreme emotion that belies reason; an emotion that, if exercised against members of an identifiable group, implies that those individuals are to be despised, scorned, denied respect and made subject to ill-treatment on the basis of group affiliation»²¹².

L'odio, quindi, come si è visto nelle varie proposte sin qui analizzate, può manifestarsi con comportamenti rivolti a gruppi vulnerabili che, dal punto di vista giuridico, condividono il *bias-motive* sotteso agli *hate crimes*.

1.6.3 – *Hate speech e hate crimes*

Per comprendere la differenza tra *hate speech* e *hate crimes*, si tenga in considerazione la definizione di crimini d'odio fornita dall'Organizzazione per la Sicurezza e la Cooperazione in Europa (OSCE). Essa definisce i crimini d'odio in base alla sussistenza di due elementi fondamentali:

1) la «*criminal offence*», il fatto che il comportamento sia classificato come reato nel singolo ordinamento nazionale;

2) il «*bias motive*», ovvero il fatto che il comportamento sia fondato su un pregiudizio di natura discriminatoria²¹³.

In particolare, nella definizione del «*bias motive*», l'OSCE sostiene che il perpetratore della condotta criminosa scelga la vittima, a differenza degli altri reati, in virtù della sua appartenenza ad una determinata categoria o a un determinato gruppo sociale, i membri del quale condividono una «*protected characteristic*», come razza, lingua, religione, etnia, nazionalità, «or any other similar common factor». Proseguendo e giungendo a trattare dell'*hate speech*, l'OSCE sostiene: «[d]irect and immediate incitement to criminal acts is universally prohibited within the OSCE region. Where such incitement occurs with a bias motive it should be categorized as hate crime because there is a criminal base offence»²¹⁴.

Ciò permette di sostenere quanto segue: l'*hate speech* costituisce una categoria più ampia rispetto a quella di *hate crimes*, comprendendo comportamenti che non sempre sono penalmente perseguiti (o perseguibili), a seconda delle legislazioni interne ai singoli Stati. Quando, al concorrere dell'elemento del pregiudizio e dell'offesa, si giunge alla criminalizzazione della condotta, l'*hate speech* diviene un tipo particolare di *hate crime* (come nel caso dell'incitamento alla violenza razziale). La categoria degli *hate crimes*, tuttavia, non si esaurisce con

²¹² Si tratta di una definizione fornita dalla Corte Suprema Canadese nel caso *R. v. Keegstra*, 3 S.C.R. 697, 1990 (corsivi nostri). Si riprende il riferimento da T. MENDEL, "Does International Law Provide for Consistent Rules on Hate Speech?", cit., pp. 417-429, pp. 426-428.

²¹³ OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR), *Hate Crime Laws. A Practical Guide*, OSCE/ODIHR 2009, p. 16, disponibile al link: <https://www.osce.org/odihr/36426?download=true> (ultima consultazione: settembre 2019).

²¹⁴ Ivi, p. 25 (corsivi nostri).

l'*hate speech*, comprendendo crimini come, ad esempio, il genocidio, il quale non costituisce incitamento alla violenza (discorso d'odio), bensì un particolare tipo di violenza *tout court*.

Pertanto, è possibile provare a tracciare una rappresentazione grafica del rapporto tra libertà d'espressione, discorso d'odio e crimini d'odio, immaginando tre insiemi reciprocamente intersecantisi: l'intersezione tra il primo e il secondo (libertà d'espressione e discorso d'odio) costituisce la parte del discorso d'odio che rientra sotto la protezione della libertà d'espressione; tutto quanto non vi rientra è discorso d'odio punibile. Entro l'ambito del discorso d'odio punibile, l'intersezione con l'insieme che definisce i crimini d'odio permette di descrivere i comportamenti che vi rientrano come discorsi d'odio che si estrinsecano in quelli che si potrebbero definire come *hate speech crimes*²¹⁵.

Come si vedrà nel prosieguo, sia dopo l'analisi della teoria della performatività (cfr. *infra*, CAP. 4), sia in sede di analisi del dibattito sull'*hate speech* (cfr. *infra*, CAP. 6), nel discorso contemporaneo in tema di discorso d'odio, una fetta piuttosto consistente della riflessione pare interamente dedicata all'attenzione agli *hate speech crimes*, cioè all'*hate speech* punito penalmente. In particolare, come si vedrà, tale tendenza pare fondarsi sul caso in cui *speech shades into action*²¹⁶, ovvero il discorso "diventa" azione.

Ciò che si intende sottolineare con questo lavoro, invece, è che entro la macro-definizione '*hate speech*' rientrano fenomeni diversi che non si esauriscono con ciò che viene sanzionato penalmente. In particolare, ciò che non è – o che non deve essere, a seconda degli approcci – oggetto di attenzione da parte del diritto penale può – o deve – essere oggetto di attenzione a partire da una diversa forma di intervento statale a tutela della libertà: ciò si comprenderà meglio in seguito a partire dalla distinzione tra l'ideale della libertà come non-interferenza e come non-dominazione (cfr. *infra*, CAP. 2).

È per questo motivo, dunque, che tanto per ciò che concerne la categoria più ristretta di *hate crimes* quanto per ciò che riguarda più strettamente l'*hate speech*, in questa sede si preferisce utilizzare il cosiddetto «*modello della discriminazione*» piuttosto che quello dell'«*ostilità*»: mentre il secondo, infatti, richiede la prova dell'elemento psicologico odioso nei termini

²¹⁵ Si tratta di una rielaborazione personale del grafico prodotto da E. BAZZACO, A. GARCÍA GUANATEY, J. LEJARDI, A. PALACIOS, L. TARRAGONA, *¿Es odio? Manual práctico para reconocer y actuar frente a discursos y delitos de odio*, cit., p. 10, in cui compaiono la libertà d'espressione e l'*hate speech* ma non i crimini d'odio. Per una distinzione tra *hate speech* e *hate crimes*, a partire dalla constatazione della pratica scorretta dell'identificazione (soprattutto, secondo l'autore, entro l'ordinamento giuridico spagnolo) tra le due fattispecie, oltre che in una prospettiva che concorda evidentemente con la proposta di classificazione dei crimini d'odio come un insieme distinto dall'*hate speech*, il quale, intersecandosi con esso, forma una sottocategoria identificabile con i crimini di *hate speech*, cfr. F. REY MARTÍNEZ, "Discurso del odio y racismo líquido", cit., pp. 51-88, pp. 55-58.

²¹⁶ Si tratta di una rivisitazione della citazione rinvenibile in R. POST, "Recuperating First Amendment Doctrine", in *Stanford Law Review*, 47, 1995, p. 639, che tratta del caso in cui «*speech shades into conduct*». In realtà, in letteratura è prevalente la dicotomia tra *speech* e *conduct*, ma si preferisce adottare l'espressione *action* a sostituzione di *conduct*, poiché potrebbe richiamare il falso amico 'condotta', che, nella lingua giuridica italiana, può qualificarsi sia come un comportamento discorsivo sia come un comportamento-azione.

dell'odio verso la vittima (odio come *motivazione*), sfociando in determinazioni di natura soggettiva, il secondo richiede solamente che la vittima sia selezionata per la sua appartenenza al gruppo, indipendentemente dalla prova di una vera e propria emozione d'odio sottostante²¹⁷.

Stante questa precisazione, risulta evidente che la definizione di *hate speech* che si intende adottare (nonostante i problemi legati all'adozione di una terminologia piuttosto che un'altra: cfr. *infra*, § 1.6.6) è strettamente collegata all'elemento della *discriminazione* e, dunque, al diritto anti-discriminatorio. Di conseguenza, la definizione di 'discriminazione' che si adotta in ciascun ordinamento nazionale finisce per modificare anche sensibilmente la categoria dell'*hate speech*. In questo lavoro, come si vedrà, si intende adeguare la riflessione a quella proveniente dal diritto internazionale dei diritti umani, ove accanto alla *discriminazione diretta* si trovano i concetti di *discriminazione indiretta, multipla, intersezionale e strutturale*²¹⁸.

1.6.4 – I *Camden Principles on Freedom of Expression and Equality*

Una serie di standard internazionali utilizzati dall'ONU contribuisce a chiarire il significato di alcune locuzioni fatte proprie dalla normativa internazionale, regionale e nazionale in tema di *hate speech*. Si tratta dei cosiddetti *Camden Principles on Freedom of Expression and Equality*²¹⁹, statuiti attraverso il dialogo tra l'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i diritti umani, la società civile e il mondo accademico²²⁰, che contribuiscono ad una definizione delle condotte statisticamente più presenti nelle definizioni di *hate speech* fornite dagli strumenti del diritto internazionale dei diritti umani contro il discorso d'odio.

In particolare, tali principi, che vengono successivamente inclusi nel *Rabat Plan of Action on the prohibition of advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence*²²¹, sono volti a chiarire il significato dell'art.

²¹⁷ OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR), *Hate Crime Laws. A Practical Guide*, OSCE/ODIHR 2009, pp. 46-49, disponibile al link: <https://www.osce.org/odihr/36426?download=true> (ultima consultazione: settembre 2019).

²¹⁸ Al fine di evitare un'eccessiva estensione del lavoro, non ci si soffermerà sulle singole definizioni, per le quali ci si richiama alla giurisprudenza degli *Human Rights Treaty Bodies* del sistema dei diritti umani delle Nazioni Unite. Tuttavia, in seguito, nel trattare del modello neo-repubblicano della performatività, si farà riferimento al concetto di *discriminazione strutturale* (cfr. *infra*, § 5.3.2).

²¹⁹ ARTICLE 19, *The Camden Principles on Freedom of Expression and Equality*, April 2009, p. 10, consultabile al link: <http://www.refworld.org/docid/4b5826fd2.html> (ultima consultazione: settembre 2019).

²²⁰ I *Camden Principles* sono diventati un punto di riferimento per il lavoro delle Nazioni Unite in tema di *hate speech*: essi sono stati richiamati, ad esempio, anche nell'*Annual Report* dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Diritti Umani del 2013: cfr. Human Rights Council, *Annual Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights and reports of the Office of the High Commissioner and the Secretary-General*, adopted on its 22nd session, A/HRC/22/17/Add.4, 11 January 2013.

²²¹ Human Rights Council, *Annual Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights and reports of the Office of the High Commissioner and the Secretary-General*, adopted on its 22nd session, A/HRC/22/17/Add.4, 11 January 2013, che include il *Rabat Plan of Action on the prohibition of advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence*, p. 10, nota 5. Cfr. anche i criteri adottati da Article 19 sulla base del *Rabat Plan of Action*: ARTICLE 19, *'Hate Speech' Explained. A Toolkit*, cit., pp. 70-83; ARTICLE 19, *Prohibiting incitement to discrimination, hostility or violence*, cit., pp. 29-40.

20.2 ICCPR: in questo senso, parlare genericamente di ‘*hate speech*’ implica utilizzare un termine non chiaro a livello giuridico, stante l’assenza di consenso circa il suo significato, che rischia di essere oggetto di abuso da parte dei governi allo scopo di proibire una categoria eccessivamente ampia di espressioni, fornendo gli strumenti per attaccare i nemici politici, i dissidenti e il pensiero critico²²². In sostanza, l’obiettivo è quello di fornire delle linee guida per le legislazioni volte a proibire particolari tipi di espressioni, affinché gli Stati non evadano la responsabilità derivante dalla necessità di giustificare le limitazioni a partire dai principi di legalità, necessità e proporzionalità (cfr. *supra*, § 1.2.3).

In questa sede, si ricordano le definizioni di ‘*hatred*’, ‘*hostility*’, ‘*incitement*’ e ‘*advocacy*’:

1) «The terms ‘*hatred*’ and ‘*hostility*’ refer to intense and irrational emotions of opprobrium, enmity and detestation towards the target group». Si tratta di una definizione coerente con quella di ‘odio’ analizzata in precedenza (cfr. *supra*, § 1.6.2). Si noti che, successivamente, Article 19 ha proposto di modificare la definizione di *hostility* nei termini di una «manifested action of an extreme state of mind. Although the term implies a state of mind, an action is required. Hence, hostility can be defined as the manifestation of hatred»²²³, rigettando la precedente assimilazione tra il concetto di ‘odio’ e quello di ‘ostilità’: mentre l’odio riguarderebbe lo stato psicologico dello *speaker*, affinché esso raggiunga la soglia dell’ostilità è necessaria l’esteriorizzazione attraverso un’azione.

2) «The term ‘*advocacy*’ is to be understood as requiring an intention to promote hatred publicly towards the target group». Il termine ‘*advocacy*’, già visto in precedenza in sede di analisi della definizione fornita dall’ICCPR (cfr. *supra*, § 1.2.3), deve quindi essere inteso come l’intenzione di promozione pubblica dell’odio nei confronti del gruppo vulnerabile. Stante il requisito dell’intenzionalità²²⁴, «[n]egligence and recklessness are not sufficient for an offense under article 20».

3) «The term ‘*incitement*’ refers to statements about national, racial or religious groups which create an imminent risk of discrimination, hostility or violence against persons belonging to those groups». Risulta chiara, dunque, la distinzione tra la condotta di ‘*advocacy*’ e

²²² Lo ricorda, da ultimo, lo Special Rapporteur on the promotion and protection of the freedom of opinion and expression, nel *Report on the regulation of online ‘hate speech’*, 9 October 2019 (A/74/48050, Advanced United Report), §§ 1, 5.

²²³ ARTICLE 19, *Prohibiting incitement to discrimination, hostility or violence*, cit., p. 19. È bene precisare che, in realtà, tale modificazione non è mai stata oggetto di recezione da parte delle Nazioni Unite, il cui standard continua a riferirsi al *Rabat Plan of Action*, in cui ‘*hatred*’ e ‘*hostility*’ sono ancora considerati sinonimi.

²²⁴ In relazione al requisito dell’intenzionalità, Article 19 propone la sussistenza di due requisiti: «Volition (purposely striving) to engage in advocacy to hatred; Volition (purposely striving) to target a protected group on the basis of prohibitive grounds»; ARTICLE 19, *Prohibiting incitement to discrimination, hostility or violence*, cit., pp. 21-22. La proposta di Article 19 si basa sugli elementi dell’intenzionalità indicati dall’art. 30.2 dello Statuto della Corte Penale Internazionale: «1. Unless otherwise provided, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court only if the material elements are committed with intent and knowledge. 2. For the purposes of this article, a person has intent where: (a) In relation to conduct, that person means to engage in the conduct; (b) In relation to a consequence, that person means to cause that consequence or is aware that it will occur in the ordinary course of events. 3. For the purposes of this article, “knowledge” means awareness that a circumstance exists or a consequence will occur in the ordinary course of events. “Know” and “knowingly” shall be construed accordingly».

quella di ‘*incitement*’: mentre nella prima non vi è un collegamento necessario con un’azione conseguente, nella seconda il collegamento all’azione è fornito dal *rischio imminente* di discriminazione, ostilità o violenza: «[S]ome degree of risk of harm must be identified», come ad esempio la «reasonable probability that the speech would succeed in inciting actual action against the target group».

In opposizione alla tradizionale visione per cui la libertà d’espressione e l’eguaglianza sarebbero valori in conflitto, i *Camden Principles* si fondano piuttosto sulla reciproca e positiva compenetrazione tra i due principi. Inoltre, essi sostengono il ruolo positivo dello Stato nell’intervento per promuovere la libertà d’espressione.

1.6.5 – *Hate speech* e *hate speech law*

A questo punto, è opportuno domandarsi che cosa si intenda con l’espressione ‘*hate speech law*’, quando si fa riferimento al contrasto del fenomeno dell’*hate speech* attraverso il diritto e, conseguentemente, agli strumenti giuridici adottati, ciascuno dei quali pare identificare una o più dimensioni di comportamenti tutti appartenenti all’ampia definizione del discorso d’odio (cfr. *supra*, § 1.6.1).

A. Brown adotta una distinzione interna ai provvedimenti giuridici volti a limitare o vietare il discorso d’odio²²⁵. È importante sottolineare che ciascuna delle categorie in cui è suddivisa la classificazione di Brown prende come riferimento provvedimenti giuridici *lato sensu*, includendo fonti piuttosto eterogenee e diverse tra loro, come ad esempio leggi, regolamenti, codici, regole di condotta ecc., emanati a tre diversi livelli: internazionale (convenzioni, dichiarazioni, protocolli, giurisprudenza delle corti sovranazionali), nazionale (diritto costituzionale, diritto penale, diritto civile, diritto amministrativo, diritto dell’immigrazione, codici, regolamenti, ordinanze) e subnazionale o transnazionale (*speech codes* imposti da scuole, datori di lavoro, università, regole sul contenuto dei media emanate da organizzazioni e imprese private). Inoltre, queste fonti giuridiche sono sempre volte a contenere, limitare o vietare determinate espressioni (che si elencano di seguito) che hanno per oggetto o sono rivolte a un individuo o un gruppo sulla base dell’iscrizione categoriale (della quale si è già detto *supra*).

Così, secondo la classificazione di Brown, è possibile individuare 10 *cluster* nel diritto dell’*hate speech*, i quali non costituiscono fattispecie autonome, bensì rappresentano cerchi reciprocamente intersecantesi a seconda del punto di vista adottato nel tentativo di punire i comportamenti individuati dal tipo di regolamentazione posta in esse. Riassumendo, questi dieci gruppi-tipo di diritto volto alla restrizione del discorso d’odio sono quelli che vietano: 1) la *group defamation*²²⁶; 2) lo *stereotyping* e la *stigmatization*²²⁷; 3) l’espressione diretta

²²⁵ A. BROWN, *Hate Speech Law. A Philosophical Examination*, cit., pp. 19-39.

²²⁶ Ne sono un esempio le disposizioni penali che istituiscono il reato di “diffamazione di gruppo” (presenti, tra gli altri, nei Pesi Bassi, in alcuni degli Stati Uniti, in Germania, Spagna, Israele, Francia, Costa d’Avorio).

²²⁷ Ne sono un esempio i codici delle *broadcasting company* che vietano la stereotipizzazione e la stigmatizzazione di gruppi etnici, razziali ecc.

dell'odio²²⁸; 4) l'incitamento all'odio in senso stretto²²⁹; 5) le espressioni che costituiscono minaccia all'ordine pubblico²³⁰; 6) il negazionismo e l'apologia dei crimini di genocidio²³¹; 7) il compimento di reati contro la dignità della persona umana²³²; 8) l'espressione che viola o interferisce con l'esercizio dei diritti umani altrui²³³; 9) alcune particolari forme di espressione²³⁴; 10) determinati comportamenti sulla base di luogo, tempo e modalità²³⁵.

La regolazione giuridica dell'*hate speech*, dunque, può variare in relazione al tipo di comportamento concreto che si intende punire, oltre che al tipo di risposta – al tipo di strumento giuridico – effettivamente messo in atto per contrastare il fenomeno. Si tenga presente, ad esempio, la recente proposta di Kaufman, che propone di suddividere la categoria generale delle norme contro l'*hate speech* in tre grandi sottocategorie:

1) quelle che puniscono i *casi più gravi*, che intervengono con *sanzioni penali*, come nel caso dell'incitamento alla violenza;

2) quelle che puniscono *casi "intermedi"*, che intervengono con *sanzioni civili/amministrative*, come nel caso dell'espressione di odio razziale astrattamente idonea ad incitare alla discriminazione (negli ordinamenti in cui la discriminazione *ex se* non costituisce reato, bensì un'offesa amministrativa o civile);

3) quelle che puniscono *casi lievi*, che intervengono, ad esempio, con *strumenti educativi* e altri interventi positivi a protezione dei diritti umani (diversi da quelli sanzionatori) per combattere i pregiudizi e lo stigma sociale, oltre che il senso di diffidenza verso l'altro, ogni qualvolta non si superi la soglia dell'incitamento²³⁶.

²²⁸ Ci si riferisce ad una eterogenea categoria di leggi che proibiscono insulti, espressioni offensive o diffusione di idee basate sull'inferiorità di un determinato gruppo, così come l'uso pubblico di simboli offensivi verso il medesimo gruppo, presenti, tra gli altri, negli ordinamenti di Belgio, Bolivia, Cuba, Croazia, Danimarca, Ecuador, Grecia, Indonesia, Italia, Norvegia, Ruanda, Svezia, Turchia.

²²⁹ Si tratta della più comune figura dell'*incitamento all'odio* già accennata in precedenza (cfr. *supra*, § 1.2.3), punita in svariati ordinamenti della comunità internazionale.

²³⁰ Ne sono un esempio le leggi di quei paesi che puniscono l'utilizzo di espressioni d'odio sulla base del danno che ne deriva all'ordine pubblico e alla comunità, come ad esempio Canada, Egitto, Etiopia, India, Malaysia, Singapore, Turchia, Venezuela.

²³¹ Si è già ricordata, in precedenza, la Convenzione per la prevenzione e la repressione dei crimini di genocidio del 1948, così come altri strumenti volti a proibire il negazionismo dell'Olocausto.

²³² Ad esempio, i reati di umiliazione e/o sottoposizione a trattamenti degradanti, che in alcuni ordinamenti vengono utilizzati per vietare l'utilizzo di espressioni lesive della dignità di determinati gruppi sociali, come nel caso del Brasile, che istituisce il reato di *injuria racista*, offensiva della *dignidade* o del *decoro* della persona.

²³³ Per esempio, quelli che violano il diritto di non-discriminazione, come le regole imposte nei luoghi di lavoro o di educazione che restringono le espressioni discriminatorie.

²³⁴ È il caso, ad esempio, in Italia, dell'art. 2 della L. n. 205/1993 ("legge Mancino", rubricata «Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa»), che punisce l'utilizzo di simboli o espressioni propri di associazioni, organizzazioni e movimenti che si ispirano alla superiorità o all'odio razziale.

²³⁵ A. BROWN porta come esempio i regolamenti di alcuni Stati degli Stati Uniti (Arizona, Kansas, Missouri, Ohio) che restringono in base a tempo, spazio/luogo e modalità la possibilità di proteste rivolte al defunto oggetto di un funerale che potrebbero risultare discriminatorie.

²³⁶ Cfr., sul punto: Rabat Plan of Action, appendix to UN High Commissioner for Human Rights, *Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the expert workshops on the prohibition of incitement to national, racial or religious hatred*, 11 January 2013 (A/HRC/22/17/Add.4), §§ 33-34; HRC, Resolution A/HRC/RES/16/18, §§ 5-6. See Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, on hate speech and incitement to hatred, 7 September 2012 (A/67/357), §§

Si tenga presente che la grande linea di demarcazione tra la prima e la seconda categoria, che segna anche la differenza tra le situazioni che necessitano di intervento penale e quelle che vengono risolte con l'intervento civile/amministrativo, è costituita dal requisito (in senso penalistico) dell'*intenzionalità*²³⁷.

Inoltre, è opportuno aggiungere che Kaufman propone una classificazione dei requisiti giuridicamente necessari al fine di applicare il diritto come strumento per la regolazione dell'*hate speech*. In questa classificazione, l'autore enuclea, in sostanza, le caratteristiche che una condotta deve presentare per essere giuridicamente qualificabile come *hate speech*:

1) essa deve essere rivolta contro un gruppo in situazione di vulnerabilità, cioè storicamente oggetto di discriminazione;

2) al contempo, deve presentare un messaggio umiliante nei confronti di quel gruppo, che ne lede, cioè, la dignità.

Al fine, poi, dell'intervento con sanzioni penali – nel passaggio, cioè, da *hate speech* a *hate speech crime* –, tale condotta deve presentare, alternativamente, uno dei seguenti requisiti che ne definiscono l'*intenzionalità*:

3) la «malignità», cioè l'invito o l'incitamento a *terzi* all'umiliazione o all'esclusione dei gruppi di cui sopra o delle persone che ne sono parte;

4) la direzione del comportamento di umiliazione o esclusione direttamente *ad un gruppo* o a *individui* appartenenti ad esso²³⁸.

Analogamente, si può pensare di adottare una distinzione che, sulla base della riluttanza di taluni ordinamenti giuridici nel punire le forme di *hate speech* più lievi, tenga in considerazione la possibilità che determinati comportamenti non siano necessariamente oggetto di sanzione giuridica, bensì richiedano un intervento statale di tipo non sanzionatorio e, tuttavia, ugualmente volto a combattere alcune forme lievi di discorso d'odio. Si potrebbe così adottare una distinzione tra i seguenti comportamenti²³⁹, a seconda che essi risultino:

58-67. Per la distinzione tra sanzioni penali, civili, e amministrative in tema di *hate speech*, cfr. ARTICLE 19, *Prohibiting incitement to discrimination, hostility or violence*, cit., pp. 23-24 e 41-45. Per una proposta circa alcune possibili misure positive, cfr. ARTICLE 19, *'Hate Speech' Explained. A Toolkit*, cit., pp. 49-56.

²³⁷ Si ricordi, a tal proposito, il *Rabat Plan of Action*: G.A. KAUFMAN, *Odium dicta. Libertad de expresión y protección de grupos discriminados en internet*, cit., pp. 141-149 Human Rights Council, Annual Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights and reports of the Office of the High Commissioner and the Secretary-General, adopted on its 22nd session, A/HRC/22/17/Add.4, 11 January 2013, che include il *Rabat Plan of Action on the prohibition of advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence*. Cfr. G.A. KAUFMAN, *Odium dicta. Libertad de expresión y protección de grupos discriminados en internet*, cit., pp. 141-149.

²³⁸ Ivi, pp. 151-179.

²³⁹ Cfr. Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, on hate speech and incitement to hatred, 7 September 2012 (A/67/357), § 2. Article 19, invece, nell'elaborazione della cosiddetta *Hate Speech Pyramid*, distingue tra: «'hate speech' that *must* be prohibited», «'hate speech' that *may* be prohibited» e «*lawful* 'hate speech'»: ARTICLE 19, *'Hate Speech' Explained. A Toolkit*, cit., p. 18 (corsivi nostri). In questo senso, appartengono alla prima categoria i comportamenti di incitamento al genocidio e ad altre violazioni del diritto internazionale dei diritti umani e di incitamento all'ostilità, alla discriminazione e alla violenza (art. 20.2 ICCPR); alla seconda categoria appartengono i casi di restrizione della libertà d'espressione per proteggere i diritti e la reputazione altrui (art. 19.3 ICCPR), come nel caso della diffamazione, e alla terza categoria tutto ciò che non è giuridicamente sanzionabile ma, nonostante ciò, rientra nella fattispecie dell'*hate speech*.

1) giuridicamente non sanzionati²⁴⁰ (e tuttavia non per questo “meno allarmanti”): come ad esempio la *stereotipizzazione negativa* e la *stigmatizzazione*, l'*antilocution*, l'*avoidance* e i *pregiudizi*, in cui lo Stato è tenuto ad adottare misure positive di *awareness raising* e ad intervenire con strumenti educativi²⁴¹. La stereotipizzazione, infatti, è sempre più progressivamente considerata come discriminazione nel diritto internazionale dei diritti umani²⁴²;

2) giuridicamente sanzionati, ma non sempre penalmente: si tratta del caso della *discriminazione* e dell'*hate speech* esplicito che tuttavia non assume forme penalmente rilevanti;

3) sanzionate penalmente: è il caso delle *violenze fisiche*, degli *omicidi* e, in generale, degli *hate crimes*, in cui il motivo discriminatorio si converte in una situazione penalmente rilevante. Inoltre, in taluni ordinamenti nazionali, è il caso dell'*incitamento alla discriminazione, alla violenza o all'ostilità* (ICCPR) in cui vi sia pericolo concreto che si verifichino atti successivi di discriminazione, violenza od ostilità.

Ogniquale volta gli Stati intendano proibire espressioni che non rientrano nella previsione dell'art. 20.2 ICCPR – cioè quando non si oltrepassa la soglia dell'incitamento –, l'art. 19.3 ICCPR, sulle limitazioni alla libertà d'espressione, interviene a stabilire i criteri per la restrizione, ovvero quelli di legalità, necessità e proporzionalità²⁴³ (cfr. *supra*, § 1.2.3).

All'esito della riflessione, dunque, nella “categoria-ombrello” *hate speech* non sono da includersi solamente quelle condotte espressive che costituiscono un incitamento ai sensi dell'art. 20.2 ICCPR, bensì anche quelle che, pur non superando la soglia di punibilità, devono richiedere un intervento statale di tipo diverso, come ad esempio le espressioni di intolleranza, la stereotipizzazione negativa e la stigmatizzazione di individui e gruppi individuati sulla base di razza, colore ed etnia²⁴⁴, religione²⁴⁵, sesso/genere²⁴⁶, orientamento sessuale²⁴⁷, disabilità e,

²⁴⁰ Si noti che, nella definizione ‘giuridicamente non sanzionati’, non ci si colloca sul piano del *dover essere*, bensì su quello dell'*essere* degli ordinamenti giuridici: tendenzialmente, allo stato dell'arte, gli ordinamenti giuridici della comunità internazionale non sanzionano tali comportamenti. Ciò non significa che essi *non debbano* essere sanzionati: la necessità (o meno) della sanzione si pone su un piano distinto da quello dell'analisi fattuale.

²⁴¹ CCPR, Concluding Observations on Hungary, 9 May 2018 (CCPR/C/HUN/CO/6), § 18; CCPR, Concluding Observations on Italy, 1 May 2017 (CCPR/C/ITA/CO/6), § 13; CMW, Concluding Observations on Argentina, 2 November 2011 (CMW/C/ARG/CO/1), § 18(a); CMW, Concluding Observations on Chile, 19 October 2011 (CMW/C/CHL/CO/1), § 19.

²⁴² Si veda, ad esempio, CEDAW, Concluding Observations on the Netherlands, 24 November 2016 (CEDAW/C/NLD/CO/6), § 22(b): «Amend the Media Act in line with articles 2 (f) and 5 (a) of the Convention in order that gender role stereotyping is considered to be discrimination».

²⁴³ Cfr., sul punto, Special Rapporteur on the promotion and protection of the freedom of opinion and expression, *Report on the regulation of online 'hate speech'*, 9 October 2019 (A/74/48050, Advanced United Report), § 20.

²⁴⁴ CERD, General Recommendation n. 35, *Combating racist speech*, 26 September 2013 (CERD/C/GC/35), §§ 29, 40.

²⁴⁵ HRC resolution No. 16/18, *Combating intolerance, negative stereotyping and stigmatization of, and discrimination, incitement to violence and violence against, persons based on religion or belief* (A/HRC/RES/16/18).

²⁴⁶ CEDAW, Concluding Observations on Norway, 22 November 2017 (CEDAW/C/NOR/CO/9), § 23(e).

²⁴⁷ CCPR, Concluding Observation on Slovakia, 22 November 2016 (C/SVK/CO/4), § 15; CCPR, Concluding Observations on Ukraine, 22 August 2013 (CCPR/C/UKR/CO/7), § 10.

in generale, sull'appartenenza alle altre minoranze vulnerabili rientranti nella definizione di *prohibited grounds of discrimination*²⁴⁸.

1.6.6 – Verso una teoria della “comunicazione ostile”

Dal momento che l'analisi sin qui svolta, come è stato rilevato, fa emergere l'impossibilità definitoria “una volta per tutte”, si ritiene utile un'approssimazione conclusiva che sia in grado di riassumere gli elementi che entrano in gioco quando si parla di *hate speech* per proporre uno strumento, seppur non esaustivamente classificatorio, utile quantomeno alla schematizzazione delle diverse dimensioni che devono essere tenute in considerazione nella valutazione teorica della questione del discorso d'odio. A tal fine, si ritiene utile partire da quelli che Roman Jakobson²⁴⁹ ha definito come i sei elementi fondamentali della comunicazione verbale²⁵⁰: a) *mittente e destinatario*; b) *canale* (d'ora in avanti: “*mezzo*”); c) *messaggio* (d'ora in avanti: “*contenuto*”); d) *contesto*; e) *codice* (che non verrà analizzato in questa sede, mentre troverà spazio qui il concetto di “*effetti*”).

L'importanza di una simile classificazione ha infatti trovato conferma di recente nella Raccomandazione n. 35 del Comitato per l'eliminazione della discriminazione razziale²⁵¹ (cfr. *supra*, § 1.2.4). A partire da questa esigenza, in relazione all'*hate speech* si può pensare di ridefinire tali elementi fondamentali della comunicazione nei termini di una teoria della “comunicazione ostile”.

a) *Mittente e destinatario*. Nel caso dell'*hate speech*, il *mittente* è colui che pone in essere il comportamento, ovvero l'espressione verbale o non verbale, l'azione o qualsiasi altra

²⁴⁸ CCPR, Concluding Observations on Hungary, 9 May 2018 (CCPR/C/HUN/CO/6), § 18; CCPR, Concluding Observations on Bosnia and Herzegovina, 13 April 2017 (CCPR/C/BIH/CO/3), § 22; CERD, Concluding Observations on Poland (CERD/C/POL/CO/22-24), 29 August 2019, § 22(e). Si veda anche: Special Rapporteur on minority issues, *Comprehensive study on the human rights situation of Roma worldwide, with a particular focus on the phenomenon of anti-Gypsism*, 11 May 2015 (A/HRC/29/24); ECRI, General Policy Recommendation No. 13, on combating anti-Gypsism and discrimination against Roma, 24 June 2011.

²⁴⁹ R. JAKOBSON, *Saggi di linguistica generale*, Feltrinelli, Milano, 1996. Si deve la formulazione dell'idea di trattare dell'*hate speech* a partire dalla teoria della comunicazione (che in questa sede si è poi personalmente rielaborata) a V. WONGHER, *Disciplina della libertà di espressione e dell'hate speech nell'Unione Europea e negli Stati Uniti d'America: profili a confronto*, tesi di laurea in Diritto dell'Informazione e della Comunicazione discussa presso il Dipartimento di Scienze Politiche della Libera Università Internazionale degli Studi Sociali (LUISS) “Guido Carli” di Roma nell'a.a. 2014/2015.

²⁵⁰ Ovviamente, si tratta di un'approssimazione suscettibile di critica: come si è già accennato e come si vedrà più nel dettaglio, infatti, la parola *speech* fa riferimento non solamente all'espressione verbale, bensì ad un insieme di comportamenti più ampio che può comprendere anche altre forme d'espressione non verbale, giungendo, secondo alcuni, ad inglobare anche alcune azioni materiali.

²⁵¹ CERD, General Recommendation n. 35, *Combating racist speech*, 26 September 2013 (CERD/C/GC/35), § 15. Invero, tali elementi erano già stati adottati nel Rabat Plan of Action, appendix to UN High Commissioner for Human Rights, *Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the expert workshops on the prohibition of incitement to national, racial or religious hatred*, 11 January 2013 (A/HRC/22/17/Add.4), § 29(a-f). Cfr., sul punto, ARTICLE 19, *'Hate Speech' Explained. A Toolkit*, cit., pp. 70-83; ARTICLE 19, *Prohibiting incitement to discrimination, hostility or violence*, cit., pp. 29-40.

condotta che venga fatta rientrare (a seconda della definizione “più o meno comprensiva” di discorso d’odio) nella fattispecie.

Il *destinatario*, invece, può essere una *persona singola* o un *gruppo di persone* individuato sulla base dell’iscrizione categoriale²⁵². La definizione di tali categorie è, in un primo momento (cfr. *supra*, § 1.2.3), ristretta all’appartenenza sulla base della nazionalità, della razza o della religione. Successivamente, tale *range* categoriale viene ampliato, arrivando a comprendere altri elementi quali, ad esempio, il sesso, il genere, la disabilità, l’orientamento sessuale, le opinioni politiche, ecc. Inoltre, si è messo in luce come tale elenco non debba considerarsi, alla luce delle norme internazionali, come una fattispecie necessariamente chiusa, bensì suscettibile di ulteriore ampliamento in relazione all’appartenenza a gruppi vulnerabili che emergono in base all’evolversi delle relazioni sociali.

Il concetto di ‘gruppo’ non è importante solamente in relazione all’appartenenza sociale del destinatario, bensì anche del mittente. Viene da sé che, in base all’appartenenza categoriale del mittente, piuttosto che del destinatario, certe espressioni acquisteranno un senso piuttosto che un altro, risultando dunque proprio mittente e destinatario un elemento da tenere in considerazione nella valutazione di che cosa debba intendersi per discorso d’odio²⁵³. Vi è, infatti, chi ha asserito che l’*hate speech* acquisisce significato solo quando praticato da una forte maggioranza nei confronti di un gruppo vulnerabile²⁵⁴.

b) Mezzo. Una prima approssimazione alla questione del mezzo può essere effettuata ricordando quali sono i possibili canali d’espressione dei messaggi d’odio²⁵⁵: la parola, la scrittura e la stampa, i mezzi d’informazione, le reti sociali e Internet. Con riferimento ad Internet, è necessario ricordare che la questione dell’*hate speech* si complica, con la maggiore possibilità

²⁵² La nozione di ‘gruppo’ sulla quale si baserà il discorso in questa sede è quella fornita da Iris Marion Young in *Justice and the Politics of Difference*: «[S]ocial groups such as Blacks or women are different from aggregates, or mere “combinations of people” [...]. A social group is defined not primarily by a set of shared attributes, but by a sense of identity. What defines Black Americans as a social group is not primarily their skin color; some persons whose skin color is fairly light, for example, identify themselves as Black. Though sometimes objective attributes are a necessary condition for classifying oneself or others as belonging to a certain social group, it is identification with a certain social status, the common history that social status produces, and self-identification that define the group as a group. Social groups are not entities that exist apart from individuals, but neither are they merely arbitrary classifications of individuals according to attributes which are external to or accidental to their identities. [...]. Groups are real not as substances, but as forms of social relations», I.M. YOUNG, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton University Press, Princeton, 1990, p. 44. Si ritiene, infatti, che tale concezione dell’entità ‘gruppo’ sia coerente con il criterio dell’*auto-identificazione* adottato dalla CERD nel caso della ‘razza’: CERD, General Recommendation n. 8, concerning the interpretation and application of article 1, paragraphs 1 and 4, adopted on the 38th session, 1990.

²⁵³ Secondo il Comitato ONU per l’eliminazione della discriminazione razziale, uno degli elementi da tenere in considerazione è proprio «[t]he position or status of the speaker in society and the audience to which the speech is directed», CERD, General Recommendation n. 35, *Combating racist speech*, 26 September 2013 (CERD/C/GC/35), § 15.

²⁵⁴ Cfr. R. DELGADO, “Campus Antiracism Rules: Constitutional Narratives in Collision”, in *Northwestern University Law Review*, 85, 2, 1991, pp. 343-387, pp. 383-384.

²⁵⁵ Sull’importanza della *modalità* (e dunque del *mezzo*) di espressione del messaggio d’odio, cfr. il caso deciso dalla Corte Suprema statunitense *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992), (cfr. *infra*, § 7.2.14).

di messaggi offensivi, diffamatori e promotori d'odio grazie alla rete, ciò che ha portato all'adozione di strumenti specifici per affrontare il problema dell'odio online²⁵⁶.

Vi è, tuttavia, un'ulteriore questione teorica decisamente spinosa, ma con evidentissimi risvolti pratici, relativa alla modalità di diffusione di messaggi d'odio. Si tratta dell'annosa problematica della definizione di *speech* e della distinzione (ammesso che ne esista una) che attraversa tutta la letteratura tradizionale sulla libertà d'espressione: quella tra *speech* e *action*. Lungi dal proporsi di risolvere la questione in questa sede, ci si limita ad indicare le coordinate che permettono la comprensione di tale problematica in seno al dibattito sull'*'hate speech*.

«It may seem natural to draw a distinction between *speech* and *conduct* when determining the scope of a free speech provision. Yet courts are prepared to hold that forms of conduct, intended by the actors to communicate opinions and so understood by others, are covered by these provisions. Some commentators go so far as to deny that there is any intelligible distinction between expressive conduct on the one hand, and verbal or written communication—pure speech—on the other [...]. Even in pure speech cases, the communication of written messages, and perhaps oral ones, does involve the use of symbols, conventionally understood to convey ideas and information. It follows that the use of non-linguistic symbols—the wearing of badges and uniforms or making gestures—should be regarded as speech, particularly when their meaning is as clearly established as a comparable verbal or written message [...], though there may be good grounds for regulating the use of the latter symbol as dangerous to public order and grossly insulting [...]»²⁵⁷.

Barendt evidenzia come ricorrere solamente alla distinzione tra *speech* e *action* non agevoli il compito del giurista chiamato a rispondere al problema relativo a se un'espressione rientri o meno nella categoria del discorso dell'azione e, dunque, se essa rientri o meno sotto la protezione delle norme sulla libertà d'espressione. Esistono, infatti, anche condotte espressive che, pur costituendosi nella forma dell'azione, rientrano ugualmente sotto la definizione di *speech*, risultando protette. Allo stesso modo, talaltre forme di azione, pur costituendosi nei

²⁵⁶ Per un'analisi di queste problematiche, con uno specifico focus sulle questioni *online*, si veda G. ZICCARDI, *L'odio online*, cit. La distinzione tra le questioni dell'odio *online* e *offline*, così come le specifiche e peculiari problematiche che la rete apporta al problema dell'*'hate speech*, non saranno oggetto di attenzione del presente lavoro. Ciò non significa che tutto ciò che costituisce *'hate speech online* cadrà fuori dall'ambito di indagine di questa tesi; e tuttavia, quando si incontreranno casi a mezzo Internet, il focus non sarà costituito dalle specifiche problematiche concernenti il mezzo, per le quali si rimanda, da ultimo, all'opera di ZICCARDI citata in questa stessa nota. Internet, è evidente, presenta problemi peculiari che, una volta che si raggiunga consenso rispetto alla definizione e al trattamento giuridico dell'*'hate speech*, richiedono soluzioni specifiche, capaci di comprenderne le caratteristiche intrinseche. Tuttavia, un siffatto tipo di analisi non sarà oggetto del presente lavoro proprio perché finirebbe per portare la discussione su piani che richiederebbero indagini teoriche che esulano da quelle che si intendono svolgere in questa sede. In ogni caso, sulle specificità dell'*'hate speech online*, cfr. A. BROWN, "What is so special about online (as compared to offline) hate speech?", in *Ethnicities*, 18, 3, 2017, pp. 297-326; I. GAGLIARDONE, D. GAL, TH. ALVES, G. MARTÍNEZ, *Countering Online Hate Speech*, UNESCO Publishing, Paris, 2015; M. RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, "Hate speech y sociedad de la información: la difusión del odio en Internet y las redes sociales", in L. ALONSO, V. VÁZQUEZ (dirs.), *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio. Textos críticos*, cit., pp. 129-143. Sulla questione della giurisdizione nei casi di *online hate speech*, cfr., *ex multis*, ID., "El discurso del odio a través de internet", in M. REVENGA SÁNCHEZ (dir.), *Libertad de expresión y discursos del odio*, cit., pp. 149-183.

²⁵⁷ E. BARENDT, *Freedom of Speech*, cit., p. 78. Cfr., inoltre, P. SALVADOR CODERCH, *El derecho de la libertad*, Centros de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 11-12, che segnala la distinzione come parte del «núcleo de la doctrina dominante sobre libertad de expresión» (p. 11), tentando poi di «sfatare il mito» attraverso l'analisi della giurisprudenza USA e spagnola. Analogamente, si veda E. HEINZE, "Toward a Legal Concept of Hatred: Democracy, Ontology, and the Limits of Deconstruction", in TH. BRUDHOLM, B. SCHEPELERN JOHANSEN, *Hate Politics Law. Critical perspectives on combating hate*, Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 94-112.

termini di *speech*, possono essere proibite dai vari ordinamenti. In questo senso, emerge come la distinzione tra *speech* e *action* sia solamente uno degli strumenti – anche se, come si vedrà, in taluni ambienti, come ad esempio la giurisprudenza statunitense, quello dirimente – per la comprensione della questione dell'*hate speech* e per darvi risposta.

Inoltre, come si vedrà in seguito, è anche possibile sottolineare l'esistenza di alcune forme di discorso che, nonostante ciò, possano giungere a costituire vere e proprie azioni, fino a far collassare la stessa distinzione tra *speech* e *action*: questa, in particolare, è una delle rivendicazioni dell'utilizzo contemporaneo della teoria degli atti linguistici e della teoria della performatività (cfr. *infra*, CAP. 4). Come si vedrà in seguito, la distinzione tra *speech* e *action* costituisce un assunto sotteso alle interpretazioni della libertà d'espressione nel senso della non-interferenza (cfr. *infra*, § 3.2), alla base del quale stanno la separazione cartesiana tra *res cogitans* e *res extensa*²⁵⁸ ed un particolare approccio alla teoria degli atti linguistici e della performatività; al contrario, una teoria neo-repubblicana della libertà come non-dominazione (cfr. *infra*, CAP. 2), unitamente ad un'interpretazione peculiare della teoria degli atti linguistici e della performatività, possono portare ad un rifiuto della separazione cartesiana tra *speech* e *action* e, di conseguenza, a diverse interpretazioni della relazione tra la libertà d'espressione e il discorso d'odio.

Come rileva A. Brown, è possibile identificare le strategie argomentative volte alla distinzione tra discorso “puro” e “altri tipi” di discorso distinguendo tre tipi di argomenti²⁵⁹:

1) la distinzione tra «*pure speech or mere speech*, on the one hand, and *speech conduct or speech plus*, on the other»²⁶⁰: essa serve a sostenere che, quando una forma di *hate speech law* proibisce il secondo dei due comportamenti, non vi è alcun problema di compatibilità con la garanzia costituzionale di libertà d'espressione, che può essere limitata laddove costituisca “qualcosa in più” rispetto al *mere speech*²⁶¹; si tratta, in sostanza, della posizione secondo cui «sticks and stones may break my bones, but words will never hurt me»²⁶²;

2) la statuizione dell'impossibilità di distinzione tra le due categorie, che sostiene che ogni forma di discorso è una forma di condotta espressiva, ma esistono condotte espressive

²⁵⁸ Cfr., tra gli altri, K. GELBER, *Speaking Back. The free speech versus hate speech debate*, cit., p. 50; H. BRACKEN, *Freedom of Speech: Words Are Not Deeds*, Praeger, Westport (Con.), 1994, p. 3.

²⁵⁹ A. BROWN, *Hate Speech Law. A Philosophical Examination*, cit., pp. 14-15, nota 4.

²⁶⁰ Ivi, p. 14, nota. 4 (corsivi nostri).

²⁶¹ Questa è la strategia argomentativa ricordata da TH.I. EMERSON, “Toward a General Theory of the First Amendment”, in *Yale Law Journal*, 72, 1963, pp. 877-956; analogamente, analizzando le tesi di Emerson, S. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *La libertad de expresión*, cit., pp. 31-33. La critica a tale impostazione sostiene, al contrario, l'impossibilità di distinzione netta tra le due categorie, finanche il quasi totale collasso della prima nella seconda (argomentando che *speech is action*); cfr. S. FISH, *There's No Such Thing as Free Speech, and it's a Good Thing, Too*, cit., pp. 124-126. J. BUTLER, *Excitable Speech: A Politics of the Performative*, Routledge, New York, 1997, costituisce un ripensamento della possibilità della distinzione.

²⁶² L. ALEXANDER, “Banning Hate Speech and the Sticks and Stones Defence”, in *Constitutional Commentary*, 13, 1996, pp. 71-100, cui si rinvia anche per un'analisi approfondita dell'argomento.

ammesse e condotte espressive vietate e, in particolare, queste ultime non rientrano sotto la protezione della libertà d'espressione²⁶³;

3) la distinzione tra condotta espressiva che ha un effetto intenzionalmente cognitivo e razionale e quella, al contrario, che ha un effetto non cognitivo ed emotivo, volta alla statuzione dell'impossibilità di far rientrare la seconda sotto la protezione di ciò che è conosciuto come *freedom of speech*²⁶⁴.

Nel dibattito sulla libertà d'espressione, si è tradizionalmente sostenuta – spesso in maniera implicita – una concezione che tiene distinte le sfere del discorso e dell'azione (cfr. *infra*, CAP. 6). In questa sede, tuttavia, dal momento che «[t]he categories of speech and action are almost inseparable»²⁶⁵, si utilizzerà *speech* in un senso piuttosto ampio, «so as to cover not only words, written or oral, but also [...] any conduct that is intended to express or is reasonably regarded as expressive of meaning»²⁶⁶.

Da ciò potrebbe conseguire sia la possibilità di far rientrare qualsivoglia azione entro il margine di protezione della libertà d'espressione, sia, al contrario, l'opzione interpretativa esattamente opposta: molte espressioni discorsive, in quanto indistinguibili dalle azioni (o in quanto veicolano un incitamento a determinate azioni) non possono rientrare entro la logica classica del *free speech*²⁶⁷. Inoltre, è bene ricordare che le posizioni degli autori nel dibattito

²⁶³ Cfr. C.R. SUNSTEIN, *Democracy and the Problem of Hate Speech*, cit., p. 125; K.L. MARCUS, "Higher Education, Harassment, and First Amendment Opportunism", in *William and Mary Bill of Rights Journal*, 16, 2008, pp. 1025-1059. Rientra in questa categoria anche l'opinione di Barendt, citata *supra*.

²⁶⁴ Cfr. CH. LAWRENCE III, "If He Hollers Let Him Go: Regulating Racist Speech on Campus", in *Duke Law Journal*, 1990, pp. 431-483.

²⁶⁵ A. KOLTAY, *Freedom of Speech. The Unreachable Mirage*, cit., p. 27. Per una critica, cfr. E. BARENDT, *Freedom of Speech*, cit., pp. 78-81.

²⁶⁶ A. BROWN, *Hate Speech Law. A Philosophical Examination*, cit., p. 5. La proposta di Brown, infatti, è quella non tanto di eludere il problema della limitazione della libertà d'espressione (aderendo all'una o all'altra definizione che permetta di sostenere perché limitare l'*hate speech* non significa limitare la libertà d'espressione), bensì, al contrario e, quantomeno nella prospettiva adottata in questa sede, in maniera decisamente più condivisibile, quella di dimostrare che la regolazione dell'*hate speech* è una limitazione della libertà d'espressione a tutti gli effetti e nonostante ciò, entro certi limiti, è più che auspicabile. Inoltre, Brown stesso afferma: «I do not make anything of this distinction in this book, however, because I accept the counterargument that all forms of speech or expression are action or conduct, in the sense that *all speech or expression necessarily has a performative dimension*, whereas all action or conduct can be speech or expression, in the sense that it may have a declarative or communicative dimension» (ivi, p. 14, nota 4, corsivi nostri). La teoria della performatività, in un percorso che muove da J.L. AUSTIN (*How to Do Things with Words*, Oxford University Press, Oxford, 1962) per arrivare a J. BUTLER (*Excitable Speech: A Politics of the Performative*, cit.), sarà l'oggetto d'analisi del CAP. 4. In maniera analoga alla presa di posizione "comprensiva" di Brown, cfr. E. HEINZE, *Hate Speech and Democratic Citizenship*, cit., in particolare quando afferma: «'Expression' includes oral as well as printed words. It also includes pictorial or other non-verbal manifestations of ideas, as witnessed in controversies involving fascist salutes or emblems. Many authors use the concepts of 'free expression' and 'free speech' interchangeably. Although 'free speech' and 'hate speech' are the more usual phrases, I shall generally favour the broader terms 'free expression' and 'hateful expression', which more clearly include non-verbal as well as verbal acts» (p. 19).

²⁶⁷ Questa affermazione è in parte condivisa da K. GREENAWALT, *Speech, Crime, and the Uses of Language*, Oxford University Press, Oxford, 1989, pp. 79-163, che opera una ricognizione generale di ciò che viene tradizionalmente fatto rientrare sotto la definizione di *speech* secondo il senso comune e che, tuttavia, non può dirsi completamente rientrante sotto la protezione della libertà d'espressione.

sull'*hate speech* differiscono anche sostanzialmente in merito alla qualificazione di un fatto come *speech* o *action*²⁶⁸. Su queste questioni si tornerà in seguito (cfr. *infra*, CAP. 6).

In base a tale dichiarazione di intenti, relativa all'impossibilità di distinzione netta tra *speech* e *action*, si può comprendere perché non si accoglieranno le proposte volte alla riformulazione dell'*hate speech* come «linguaggio dell'odio»²⁶⁹: esse, infatti, rifiutano l'associazione tra i termini *speech* e la traduzione italiana 'discorso'. Pur raccogliendo le suggestioni derivanti da tali proposte critiche, che centrano appieno la difficoltà definitoria, si ritiene, che la parola 'linguaggio' non risulti idonea, in italiano, ad un utilizzo come traduzione di *speech*, che in inglese è comprensivo delle condotte-azioni, che possono essere meglio tradotte nei termini di 'condotte discorsive'.

Una proposta decisamente più condivisibile, nella prospettiva adottata in questo lavoro, è quella di ridefinire *hate speech* come «discorso discriminatorio»²⁷⁰ (rifiutando la definizione in base all'elemento dell'odio; cfr. *supra*, § 1.6.2; 1.6.3). È pur vero che l'espressione 'discriminatorio', pur focalizzando l'attenzione sulla questione principale, quella della discriminazione, non tiene in considerazione la definizione generale fornita dall'ICCPR come comportamento di incitamento *all'ostilità, alla discriminazione o alla violenza*. Tuttavia, la definizione adottata dall'ICCPR, oltre al fatto che essa viene adottata in un momento storico in cui la distinzione tra il modello dell'ostilità e quello della discriminazione (cfr. *supra*, § 1.6.3) non era forse ancora giunta a piena maturazione, può essere letta come una possibilità, a livello internazionale, di giustificazione tanto delle normative nazionali che si concentrano sull'elemento dell'*odio* quanto di quelle che, invece, adottano il modello della *discriminazione*.

Il problema dell'adozione dell'espressione 'discriminazione' è che esso rischia di adeguarsi all'interpretazione restrittiva della categoria adottata dalle normative nazionali, che spesso tende a ridurre la categoria 'discriminazione' per comprendere solo l'*atto* di discriminazione²⁷¹, come se ciò che non viene fatto rientrare nella categoria dell'azione (cfr. *infra*, §

²⁶⁸ Cfr. gli esempi riportati da KOLTAY (ivi, pp. 28-29): C.R. SUNSTEIN, "Words, Conduct, Caste", in *University of Chicago Law Review*, 60, 1993, pp. 795-844, ritiene che un atto possa costituire esercizio di libertà d'espressione se è volto all'espressione di un messaggio e questo messaggio viene compreso; R. POST, "Recuperating First Amendment Doctrine", in *Stanford Law Review*, 47, 1995, pp. 1249-1281, invece, sostiene che il discorso non è in sé meritevole di tutela e debba essere oggetto di protezione soltanto quando veicola espressioni che implicano valori costituzionali. Per una definizione di *speech* come condotta comunicativa, espressa sia in forma linguistica sia in forma simbolica, cfr. F. SCHAUER, *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, cit., pp. 89-112.

²⁶⁹ Cfr. M. REVENGA SÁNCHEZ, "Los discursos del odio y la democracia *adjetivada*: tolerante, intransigente, ¿militante?", cit., pp. 18-19 e T. VIVES ANTÓN, "Sobre la apología del terrorismo como "discurso" del odio", cit., pp. 34-39, che spiegano il carattere ossimorico dell'espressione «discorso d'odio», in quanto il discorso viene in rilievo in senso razionale, mentre l'odio ha natura passionale e irrazionale. Cfr. anche F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, "Libertà di espressione, discorsi d'odio, soggetti vulnerabili: paradigmi e nuove frontiere", cit.

²⁷⁰ È, questa, la proposta di F. REY MARTÍNEZ, "Discurso del odio y racismo líquido", cit., pp. 51-88, pp. 53-55, che sostiene che l'indeterminatezza (soprattutto in termini giuridici) del lemma 'odio' potrebbe essere sostituita dalla maggior precisione del termine 'discriminazione', laddove l'odio costituisce il sostrato ideologico che si concretizza nella condotta discriminatoria (la quale, rispetto alla violenza, si pone in relazione di genere a specie).

²⁷¹ La differenza tra *hate speech* e diritto antidiscriminatorio, infatti, starebbe nel fatto che la prima categoria tratta di comportamenti discorsivi, non materiali, mentre il secondo costituisce il trattamento giuridico degli *atti* di discriminazione, intendendosi le azioni come contrapposte alle "mere" parole. Pare concordare con questa lettura E. HEINZE, "Toward a Legal Concept of Hatred: Democracy, Ontology, and the Limits of Deconstruction", in TH.

5.1) dovesse essere automaticamente escluso dalla definizione di comportamento discriminatorio. Una definizione che mantiene il riferimento all'odio (che comprende la discriminazione ma non si esaurisce in essa) è quella proposta da Kaufman, il quale, come si è già visto in precedenza, propone di qualificare l'*hate speech* nei termini di un «*odium dicta*», e cioè:

«[...] una opinión dogmática, injustificada y destructiva respecto a ciertos grupos históricamente discriminados o a ciertas personas en tanto integrantes de dichos grupos, emitida con el propósito de humillar y/o transmitir tal dogma destructivo al interlocutor o lector y de hacerlo partícipe de la tarea de marginalizar o de excluir a las personas odiadas»²⁷².

In tal senso, pare che il riferimento all'odio permetta, da un lato, di mantenere la complicatezza e l'estensione della categoria, non riducendola alla sola *azione* discriminatoria e, dall'altro, sottolinei la distinzione tra il diritto antidiscriminatorio *rebus sic stantibus* fatto proprio dagli ordinamenti nazionali²⁷³ e l'*hate speech*, oltre ad assicurare che non si dimentichino le origini evidentemente “irrazionali” del discorso d'odio. Ovviamente, l'adozione di una tale definizione non chiude la questione problematica della classificazione e dell'individuazione dei comportamenti concreti che possono essere ascritti all'*hate speech*.

In sostanza, in questa sede si condivide la necessità di adozione del modello discriminatorio fatto proprio dal diritto internazionale dei diritti umani – e, parallelamente, si accoglie l'obiezione per cui l'espressione «discorso discriminatorio» o '*discriminatory speech*' meglio si presterebbe a definire l'*hate speech* nella traiettoria adottata in questo lavoro. Tuttavia, stante la problematica della diversa applicazione del diritto anti-discriminatorio nei singoli ordinamenti nazionali, che spesso fatica ad adottare una nozione di discriminazione estesa come quella fatta propria dal diritto internazionale dei diritti umani²⁷⁴, si preferisce continuare ad adottare l'espressione '*hate speech*', pur chiarendo che con essa devono intendersi quei com-

BRUDHOLM, B. SCHEPELERN JOHANSEN, *Hate Politics Law. Critical perspectives on combating hate*, Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 94-112.

²⁷² G.A. KAUFMAN, *Odium dicta. Libertad de expresión y protección de grupos discriminados en internet*, cit., p. 47.

²⁷³ Per le differenze tra il diritto antidiscriminatorio e il diritto contro l'*hate speech*, cfr. l'interessante analisi di KAUFMAN sulla differenza “epistemologica” sussistente tra le due categorie, ivi, p. 92: «El derecho antidiscriminatorio procura que las personas que pertenecen a ciertas categorías, incluyendo algunas no necesariamente vulnerables, como políticos o sindicalistas, tengan acceso a bienes, servicios, posibilidades de desarrollo profesional y empleos, tal como las otras personas que no pertenecen a esas categorías, e implementa técnicas legales destinadas a obtener igualdad de trato con independencia de esas pertenencias categoriales. Las normas limitativas de los *odium dicta* procuran, en cambio, proteger a los individuos de ciertas categorías puntuales, históricamente despreciadas (que no son idénticas a aquellas del derecho antidiscriminatorio, sino aún más restrictivas), del daño excepcional, tanto individual como social, de ciertas expresiones humillantes y degradantes cuyo objetivo es mantenerlos en un estado de inferioridad que el emisor de la expresión pretende preservar *sine die* y, en sus variantes más serias, expulsarlos de la comunidad o incluso, excepcionalmente, asesinarlos».

²⁷⁴ In questo senso, si veda la definizione generale di discriminazione adottata dal Comitato per i Diritti Economici, Sociali e Culturali: «any distinction, exclusion, restriction or preference or other differential treatment that is directly or indirectly based on the prohibited grounds of discrimination and which has the intention or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise, on an equal footing, of Covenant rights», CESCR, General Comment n. 20, *on non-discrimination in economic, social and cultural rights*, 2 July 2009 (E/C.12/GC/20), § 7.

portamenti discorsivi fondati sull'elemento del *bias*, del pregiudizio discriminatorio, che individua i *prohibited grounds* del diritto anti-discriminatorio a livello internazionale (invero decisamente più estesi di quelli adottati dalle normative nazionali). Peraltro, negli stessi *Human Rights Treaty Bodies* è invalsa l'adozione della terminologia '*hate speech*' come categoria-ombrello²⁷⁵: per evitare fraintendimenti, dunque, in questa sede si adotterà tale terminologia.

Appurato che, nonostante i riduzionismi, in questa sede si tenterà di trattare del discorso d'odio abbracciando le sue diverse dimensioni in un senso non riduttivo esclusivamente all'ambito della sola 'azione' o del solo 'discorso', il prosieguo del lavoro permetterà di evidenziare come la distinzione (o il rifiuto di distinzione) tra *speech* e *action* sia sotteso a tutte le posizioni emerse in seno al dibattito sull'*hate speech* (cfr. *infra*, CAP. 6).

c) *Contenuto*. Che cosa deve intendersi per *contenuto* del messaggio d'odio? O, in altre parole: *quali* contenuti sono qualificati come *hate speech* e, dunque, sono proibiti? Si è visto, in precedenza, come le norme che vietano il discorso d'odio, nonostante l'impossibilità di giungere ad una definizione esaustiva, possano essere categorizzate in diversi gruppi. Per 'contenuto' del messaggio d'odio, dunque, si veda la classificazione di Brown, quantomeno a fini orientativi e approssimativi: essa, infatti, permette di richiamare alla mente che cosa si intenda quando si parla di espressioni proibite dall'*hate speech law* (cfr. *supra*, § 1.6.5).

Tuttavia, l'analisi del contenuto non deve fermarsi unicamente a questo livello. Infatti, il problema della limitazione di certe forme espressive in base al loro contenuto, in dottrina, è stato ampiamente analizzato ed è stato salutato in sistemi giuridici diversi con attitudini piuttosto variegate: si passa da chi ritiene che sia il contenuto medesimo del messaggio a dover costituire il punto di vista privilegiato nell'individuazione di quando un messaggio può essere qualificato come *hateful* a chi, al contrario, sostiene che le restrizioni del discorso e dell'espressione non possano essere vincolate al contenuto, bensì debbano essere ancorate a ragioni di tipo diverso. Tuttavia, a livello giuridico internazionale paiono prospettarsi tentativi di risoluzione del problema con specifica attenzione al contenuto, come testimonia, ad esempio, l'esperienza del Comitato ONU per l'eliminazione della discriminazione razziale.

²⁷⁵ Si veda, ad esempio, CERD, General Recommendation n. 35, *Combating racist speech*, 26 September 2013 (CERD/C/GC/35), § 5. Tuttavia, l'espressione è rinvenibile anche in sempre più numerose *Concluding Observations* dei Comitati, nonché nei documenti delle *Special Procedures*, che in questa sede sarebbe impossibile citare in maniera integrale.

Nel dibattito statunitense sul Primo Emendamento vi è una distinzione fondamentale tra le restrizioni *content-based* e quelle, invece, *content-neutral*²⁷⁶, che va integrata con la categoria delle regolazioni *viewpoint-based*²⁷⁷.

Le restrizioni *content-based* sono quelle fondate sullo specifico contenuto dell'espressione che si intende regolare, mentre quelle *content-neutral*, nelle definizioni adottate in seno alla giurisprudenza statunitense, sono regolazioni indipendenti dal contenuto del discorso. È da notare che gli Stati Uniti, a differenza di molti altri Stati della comunità internazionale, si caratterizzano per la loro lunga storia di rigetto nei confronti delle restrizioni *content-based*²⁷⁸. Esse, insieme a quelle che consistono in una *viewpoint discrimination* – quelle che, intervenendo sul contenuto, proibiscono l'espressione di una particolare opinione –, non sono ammesse negli Stati Uniti nemmeno quando impediscano l'utilizzo di parole altamente offensive, il che costituisce precisamente il caso dell'*hate speech*²⁷⁹. Tuttavia, in seno alla giurisprudenza statunitense, sono state elaborate alcune eccezioni²⁸⁰ che confermano il carattere non assoluto del divieto di *content-based regulation*.

Le *non-viewpoint regulation*, al contrario, pur limitando un comportamento sulla base del contenuto, non sanciscono alcuna sanzione per l'espressione della visione opposta a quella fatta propria dal provvedimento normativo di limitazione: si tratta, ad esempio, con parole di Heinze, del caso della norma che proibisce la produzione e distribuzione di cannabis: essa, pur essendo in qualche modo fondata su un punto di vista (quello per cui la cannabis è dannosa), non sancisce sanzione alcuna per gli eventuali manifestanti che esprimano l'opinione opposta, supportando la causa della legalizzazione²⁸¹.

²⁷⁶ Cfr. J. WEINSTEIN, "An Overview of American Free Speech Doctrine and its Application to Extreme Speech", in I. HARE, J. WEINSTEIN (eds.), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 81-91, p. 81. Negli esempi di Weinstein, una legge che impedisce di parlare di aborto si qualifica come *content-based*; al contrario, un regolamento che vieta l'utilizzo di megafoni in quartieri residenziali dopo le 10:00 di sera è *content-neutral*. Si veda anche ID., *Hate Speech, Pornography, and the Radical Attack on Free Speech Doctrine*, cit., pp. 35-38. Sulla distinzione, cfr. R. POST, "Recuperating First Amendment Doctrine", cit., pp. 1265-1267, a partire da *Linmark Associates, Inc. v. Township of Willingboro*, 431 U.S. 85 (1977), *Renton v. Playtime Theatres, Inc.*, 475 U.S. 41 (1986) e *Boos v. Barry*, 485 U.S. 312 (1988); C.R. SUNSTEIN, *Democracy and the Problem of Free Speech*, cit., pp. 11-16; ID., "Free Speech Now", in *The University of Chicago Law Review*, 59, 1992, pp. 255-316, pp. 295-297; ID., *Republic.com 2.0*, cit., pp. 183-184. Per un approfondimento definitorio, cfr. R.G. WRIGHT, "Content-Based and Content-Neutral Regulation of Speech: The Limitations of a Common Distinction", in *University of Miami Law Review*, 60, 2006, pp. 333-364.

²⁷⁷ J. WEINSTEIN, "An Overview of American Free Speech Doctrine and its Application to Extreme Speech", cit., p. 82.

²⁷⁸ Per un'analisi della dottrina statunitense del Primo Emendamento, cfr. *infra*, CAP. 7.

²⁷⁹ Ciò sulla base della generale accettazione, entro l'ordinamento americano, del principio per cui: «By definition, content-based restrictions distort public debate in a content-differential manner. [...] Such [...] law mutilates "the thinking process of the community" and is thus incompatible with the central precepts of the first amendment. Such [...] law necessarily violates the first amendment except, perhaps, in the most extraordinary circumstances», G.R. STONE, "Content-Neutral Restrictions", in *The University of Chicago Law Review*, 54, 1987, pp. 46-118, p. 45, ove Stone cita A. MEIKLEJOHN, *Political Freedom: The Constitutional Powers of the People*, cit., p. 24.

²⁸⁰ È il caso, ad esempio, delle *fighting words*, delle *true threats*, della pedopornografia e dell'oscenità (sulla dottrina delle cc.dd. *fighting words* e *true threats*, in particolare, si veda il CAP. 7).

²⁸¹ E. HEINZE, *Hate Speech and Democratic Citizenship*, cit., pp. 21-22. Sostenendo, inoltre, che anche le *non-viewpoint regulation* sono, in realtà, animate da un punto di vista, Heinze afferma: «Every legal norm presupposes some viewpoint, if only in the minimal sense that it promotes some interest, however grand or trivial. The more

La classificazione sin qui ricordata, che deriva dal dibattito statunitense sui limiti del Primo Emendamento, risulta decisamente meno rilevante in Europa, dove la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti Umani ha riscontrato meno problemi nell'applicare restrizioni basate sul contenuto²⁸² (cfr. *infra*, §§ 7.4; 7.5). In ogni caso, ad essa ci si richiamerà più volte in seguito (cfr. *infra*, §§ 3.3.2; 5.2.4; CAP. 6).

Sempre ai fini di un'approssimazione al concetto di *hate speech*, è utile rilevare come, secondo una parte della dottrina, le espressioni odiose non costituiscano alcuna filosofia, modo di interpretare il mondo, opinione personale o *viewpoint* (e, dunque, non sia possibile applicare alle restrizioni del discorso il Primo Emendamento, dovendosene conseguentemente accettare la possibilità di divieto²⁸³). Analogamente, vi è chi, a partire dalla giurisprudenza della Corte Suprema statunitense, argomenta che tali espressioni non costituiscono alcuna «essential part of any exposition of ideas»²⁸⁴, che è il requisito, secondo la Suprema Corte USA, della qualificazione di un'espressione come libera secondo il Primo Emendamento.

Un'ulteriore distinzione utile alla comprensione di che cosa possa considerarsi *hate speech* è quella tra *political speech* e *non-political speech*²⁸⁵. Il discorso strettamente politico, secondo le concezioni tradizionali della libertà d'espressione (cfr. *infra*, CAP. 3), resterebbe sotto la protezione delle norme a tutela della libertà d'espressione (qualificandosi come *high-value speech*), mentre il discorso non politico potrebbe essere suscettibile di limitazione (qualificandosi come *low-value speech*). Tuttavia, tale classificazione non risulta di grande capacità definitoria: vi è infatti chi ritiene che l'*hate speech* non possa essere considerato come discorso politico, ciò che ingenera una definizione circolare che poco apporta al problema concettuale in analisi. La distinzione tra discorso politico e discorso non politico, infatti, sostiene le ragioni dell'interpretazione liberale-statunitense della libertà d'espressione²⁸⁶. È però bene ricordare che siffatta definizione non è accettata unanimemente in dottrina, stante il contributo di coloro che ritengono che non esista alcuna distinzione squisitamente teorica tra discorso politico e discorso non politico, per il fatto che, in realtà, *ogni* discorso può acquisire una dimensione politica in relazione al contesto in cui viene espresso²⁸⁷. Ad ogni modo, si tratta di un tema che

important the norm in social terms, the greater the weight it imputes to the viewpoint it promotes» (p. 21). E, poco più avanti, l'autore sostiene che: «Errors have arisen because the non-viewpoint-punitive state is taken to be a *value-neutral* state. The difference between the two is enormous. As mentioned earlier, there never was nor ever could be any such thing as a value-neutral state: even a 'pure libertarian' regime would, through its sheer operation, promote libertarian values» (p. 21).

²⁸² Cfr. E. HEINZE, "Hate Speech and the Normative Foundations of Regulation", in *International Journal of Law in Context*, 9, 4, 2013, pp. 590-617, p. 591.

²⁸³ Ivi, p. 20.

²⁸⁴ *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989).

²⁸⁵ Cfr. A. KOLTAY, *Freedom of Speech. The Unreachable Mirage*, cit., pp. 23-24.

²⁸⁶ Cfr. E. BARENDT, *Freedom of Speech*, cit., pp. 155-159, che delinea l'approccio alla protezione della libertà d'espressione degli Stati Uniti in relazione al discorso politico.

²⁸⁷ Cfr., ad esempio, R. POST, *Constitutional Domains: Democracy, Community, Management*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1995, p. 194; cfr., inoltre, L. ALEXANDER, *Is There a Right of Freedom of Expression?*, cit., pp. 141-142, ove l'autore sostiene l'impossibilità di distinguere su basi metafisiche i discorsi in relazione alla loro appartenenza categoriale, come il discorso artistico, letterario, scientifico, commerciale, ecc.

verrà richiamato sia nell'analisi delle concezioni liberali e neo-repubblicane della libertà d'espressione (cfr. *infra*, CAP. 3) sia del dibattito sull'*hate speech* (cfr. *infra*, CAP. 6).

L'analisi di queste nozioni risulta utile ai fini della definizione di *hate speech*, poiché permette di comprendere: 1) *che cosa* sia considerato, di volta in volta, discorso d'odio; 2) che i limiti di oggetto, nonché quelli contenutistici, variano a seconda dell'ordinamento giuridico di riferimento, nonché del punto di vista che si intende assumere (*content-based*, *content-neutral*, *viewpoint discrimination*, *non-viewpoint regulation*) e della conseguente posizione che ne deriva (*high-value speech*, *low-value speech*, *political-speech*, *non-political speech*).

d) *Contesto*. Senza addentrarsi eccessivamente in un'analisi teorica del punto, è piuttosto evidente che un discorso potrà essere (o meno) qualificato come *hate speech* anche e soprattutto in riferimento al contesto in cui viene espresso²⁸⁸.

Si è già accennato in precedenza alla distinzione del trattamento dell'*extreme expression* in ambito *pubblico* e in ambito *privato*. Qui chiaramente la differenza è conseguenza dell'elevata importanza della libertà d'espressione in ambito pubblico, ai fini della possibilità di partecipazione di tutte le opinioni alla formazione del discorso pubblico (cfr. *infra*, CAP. 3). Tuttavia, si ricorda che, come si è visto poc'anzi, il diritto internazionale dei diritti umani proibisce l'*hate speech* sia in ambito pubblico sia in ambito privato.

Inoltre, è bene tenere in considerazione che il contesto può influire sul *significato* del discorso stesso, come ha affermato la Corte Europea dei Diritti Umani nel caso *Zana v. Turkey*²⁸⁹, a partire dal fatto che i commenti di odio di un sindaco turco sui massacri che stavano avvenendo in Turchia, che vedevano coinvolto il PKK, riguardavano un contesto (un dibattito politico) ancora *in fieri*. Senza addentrarsi con attenzione analitica nei singoli casi (ciò che eccederebbe l'oggetto dell'indagine), si ricordi che, ad esempio, il caso della satira (e della satira religiosa)²⁹⁰ può costituire un'eccezione alla restrizione della libertà d'espressione.

²⁸⁸ In questo senso, ad esempio, cfr. T. MENDEL, "Does International Law Provide for Consistent Rules on Hate Speech?" cit., pp. 423-424. La necessità di tenere in considerazione il contesto, nell'individuazione di cosa sia qualificabile come *hate speech*, è stata segnalata dal Comitato ONU per l'eliminazione della discriminazione razziale: CERD, General Recommendation n. 35, *Combating racist speech*, 26 September 2013 (CERD/C/GC/35), § 15.

²⁸⁹ *Zana v. Turkey*, ECHR 69/1996/688/880 (1997). Cfr. E. BERTONI, J. RIVERA JR., "The American Convention of Human Rights. Regulation of Hate Speech and Similar Expression", cit., p. 509.

²⁹⁰ Quello dell'equilibrio tra libertà d'espressione, libertà artistica e satira, da un lato, e possibilità di restrizione per offesa al sentimento religioso o alla dignità umana, dall'altro, è un problema non da poco, che in certi casi può giungere a chiamare in causa anche l'*hate speech* (e tuttavia non sarà oggetto privilegiato d'analisi in questa sede, perché la blasfemia riguarda l'ambito dell'*offesa* al sentimento religioso, ciò che non costituisce requisito sufficiente per costituire caso di *hate speech*; cfr. *supra*, § 1.3). Per una critica dell'impostazione secondo cui la blasfemia costituisce un caso di *hate speech*, infatti, si vedano: F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, "Libertà di espressione, discorsi d'odio, soggetti vulnerabili: paradigmi e nuove frontiere", cit., pp. 40-43; V.J. VÁZQUEZ ALONSO, "Libertad de expresión y religión en la cultura liberal. De la moralidad cristiana al miedo postsecular", in M. REVENGA SÁNCHEZ (dir.), *Libertad de expresión y discursos del odio*, cit., pp. 89-121, in particolare le pp. 117-121, ove l'autore sostiene la distinzione tra blasfemia e discorso d'odio religioso a partire dalla distinzione di Waldron tra la critica alle idee e alle credenze e l'attacco offensivo contro le persone o i gruppi in ragione delle loro credenze; J. WALDRON, *The Harm in Hate Speech*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2012, pp. 118-131. Cfr., inoltre, J. MARTÍNEZ-TORRÓN, "La tragedia de *Charlie Hebdo*: algunas claves para un análisis jurídico", in *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 50, 2015, pp. 22-31. Per una ricognizione generale

Da ultimo, si può associare ad una nozione ampia di contesto anche lo *scopo* con cui viene pronunciato il discorso o effettuata l'espressione²⁹¹, il quale in taluni casi può essere rivelato proprio a partire dal contesto. Si pensi, ad esempio, al caso *Faurisson v. France*²⁹², in cui il Comitato per i diritti umani ha ritenuto che l'espressione «magic gas chamber», nel parlare della Germania nazista, tradisse la motivazione razzista (lo scopo) alla base di un discorso negazionista del saggista Robert Faurisson, invece della “ricerca della verità”²⁹³. O, ancora, al caso *Jersild v. Denmark*²⁹⁴, in cui la disseminazione di affermazioni razziste è stata ritenuta dalla Corte EDU come un'eccezione, poiché praticata, nel caso concreto, da un giornalista che, limitandosi a riportare affermazioni altrui, agiva con lo scopo di rendere pubblica l'intervista²⁹⁵ (cfr. *infra*, § 7.4.4).

e) *Effetti*. Pur non costituendo parte della teoria della comunicazione verbale di Jakobson, si ritiene utile ricordare che un'approssimazione ad una nozione di *hate speech* non può non prendere in considerazione la questione degli *effetti* dello stesso sulle sue vittime.

Tuttavia, la questione non può essere risolta in questa sede: si tratta, infatti, di un tema piuttosto delicato, che divide i maggiori esponenti del dibattito in due grandi posizioni contrapposte. Da un lato vi è chi argomenta che l'*hate speech*, in quanto lesivo della dignità umana (o di altri valori fondamentali e costitutivi dell'essere umano) debba essere proibito *a prescindere* dall'eventuale causazione di effetti negativi (nonché, conseguentemente, dalla loro dimostrazione non solo teorica, ma anche statistica²⁹⁶). All'estremo opposto, come si vedrà, vi è chi invece sostiene che la scelta di *policy* relativa alla possibilità (o meno) di restrizione dell'*hate speech* vada effettuata proprio in relazione agli effetti che questo causa nelle vittime. In seno a questa impostazione vi è chi sostiene l'assenza di qualsivoglia dimostrazione empirica del danno da *hate speech*. Al contempo, vi è invece chi, al contrario, sostiene che il danno che ne

del dibattito e delle questioni relative alla limitazione della libertà d'espressione in caso di offesa al sentimento religioso e di blasfemia, si veda A. MELLONI, F. CADEDDU, F. MELLONI, *Blasfemia, diritti e libertà: una discussione dopo le stragi di Parigi*, Il Mulino, Bologna, 2015. Cfr., inoltre, A. GARRIGA DOMÍNGUEZ, “El conflicto entre la libertad de expresión y los sentimientos religiosos en las sociedades multiculturales”, in *Anuario de Filosofía del Derecho*, 30, 2014, pp. 97-115; A. KOLTAY, *Freedom of Speech. The Unreachable Mirage*, cit., pp. 169-180; K.A. APPIAH, “What's Wrong with Defamation of Religion?”, in M. HERZ, P. MOLNAR (eds.), *The Content and Context of Hate Speech. Rethinking Regulation and Responses*, cit., pp. 164-182. Più in generale, sulla questione, si veda E. HOWARD, *Freedom of Expression and Religious Hate Speech in Europe*, cit.

²⁹¹ A onor del vero, esso potrebbe rientrare anche nel *contenuto* o negli *effetti*, dunque la scelta è piuttosto arbitraria. Tuttavia, dal momento che non incide sull'assetto finale dell'esposizione, si è deciso di inserire lo scopo nell'ambito del contesto, inteso in senso ampio (proprio perché anche dal contesto può acquisire senso lo scopo).

²⁹² *Robert Faurisson v. France*, cit.

²⁹³ Cfr. E. BERTONI, J. RIVERA JR., “The American Convention of Human Rights. Regulation of Hate Speech and Similar Expression”, cit., p. 507.

²⁹⁴ *Jersild v. Denmark*, ECHR 15890/89 (1994).

²⁹⁵ Cfr. E. BERTONI, J. RIVERA JR., “The American Convention of Human Rights. Regulation of Hate Speech and Similar Expression”, cit., p. 507.

²⁹⁶ Primo fra tutti Jeremy Waldron: si veda J. WALDRON, “Dignity and Defamation: The Visibility of Hate”, 2009 Oliver Wendell Holmes Lectures, in *Harvard Law Review*, 123, 7, 2010, 1596-1657; ID., *The Harm in Hate Speech*, cit.; ID., “Hate Speech and Political Legitimacy”, in M. HERZ, P. MOLNAR (eds.), *The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses*, cit., 329-340.

deriva non sia, evidentemente, un danno di tipo fisico, bensì di natura morale e generalizzata, non circoscritto, cioè, alla singola persona che lo riceve²⁹⁷.

In realtà, come si tenterà di mostrare in seguito (cfr. *infra*, CAP. 6), il dibattito sugli effetti dell'*hate speech* dipende strettamente dalla concezione che si adotta in relazione alla possibilità di distinguere tra *speech* e *action*. Come anticipato, la questione non può essere analizzata in questo momento del lavoro, poiché si tratta di un *leitmotiv* fondamentale del dibattito contemporaneo sull'*hate speech*, del quale si tratterà nel prosieguo. E tuttavia è importante, nella definizione del discorso d'odio, ricordare che contribuiscono alla stessa anche gli effetti che esso produce, ricordando che essi vengono definiti dalla CERD come di distruzione o compromissione del riconoscimento, del godimento o dell'esercizio dei diritti umani, di ingeneramento di situazioni di subordinazione e vulnerabilità o di stigmatizzazione e de-umanizzazione (cfr. *supra*, § 1.2.4).

²⁹⁷ Cfr. R. LANGTON, "Speech Acts and Unspeakable Acts", in *Philosophy and Public Affairs*, 22, 1993, pp. 305-330; ID., "Beyond Belief: Pragmatics in Hate Speech and Pornography", in I. MAITRA, M.K. GOWAN (eds.), *Speech and Harm: Controversies over Free Speech*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 72-93. Cfr. Anche C.A. MACKINNON, *Only Words*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1993.

CAPITOLO 2

Liberalismo e neo-repubblicanesimo: due concezioni della libertà e dei diritti

2.1 – Premessa: il ‘neo-repubblicanesimo’

Il ‘neo-repubblicanesimo’, come è noto, rappresenta una linea di indagine della filosofia politica che affonda le sue radici in una ricerca storica di tipo “revisionista” e si traduce in diverse proposte politiche¹. L’utilizzo del termine ‘revisionista’ è dovuto al fatto che esso costituisce una nuova linea di pensiero² che interpreta determinate vicende storiche a partire dalla contestazione dell’influenza esclusiva, su tali avvenimenti, del pensiero liberale moderno³. In molte delle storie del pensiero politico, infatti, come è stato da più parti segnalato, alla modernità è tradizionalmente associato «the inevitable triumph of liberal ideas»; tuttavia, a partire dagli anni Cinquanta del Novecento, in ambito accademico si recuperano le idee di un’altra tradizione millenaria della storia del pensiero, che viene indicata come la premoderna tradizione repubblicana, con il preciso scopo di rifiutare alcuni dei principi cardine del liberalismo e di negare la loro importanza esclusiva nel contesto della riflessione politica moderna⁴.

Si suole affermare che tre sono le opere fondamentali che inaugurano questa modalità di indagine accademica: quelle di Bernard Bailyn, Gordon S. Wood e John Pocock⁵. Negli anni Settanta, in particolare, questo tipo di sguardo alla storia con attenzione ai temi repubblicani si registra soprattutto negli Stati Uniti⁶: si pensi, ad esempio, al lavoro di Wood, il quale, in *The*

¹ Cfr. R. SAU, *Il paradigma repubblicano. Saggio sul recupero di una tradizione*, FrancoAngeli, Milano, 2004; M. GEUNA, “Alla ricerca della libertà repubblicana”, in PH. PETTIT, *Il repubblicanesimo. Una teoria della libertà e del governo*, traduzione di Paolo Costa, Feltrinelli, Milano, 2000, pp. V-XXVII, p. V; K. HAAKONSEN, *Republicanism*, in R.E. GOODIN e P. PETTIT (eds.), *A Companion to Contemporary Political Philosophy*, Blackwell, Oxford, 1993, pp. 568-574; L. BACCELLI, “Repubblicanesimo, Neorepubblicanesimo”, in S. MATTARELLI (a cura di), *Il senso della Repubblica. Frontiere del repubblicanesimo*, FrancoAngeli, Milano, 2007, pp. 11-34, p. 12.

² Vi è chi l’ha definito un vero e proprio «paradigma kuhniano», a partire dall’assunto per cui «[n]ot logic, but interpretive needs create paradigms»: D.T. RODGERS, *Republicanism: the Career of a Concept*, in *The Journal of American History*, 79, 1, 1992, pp. 11-38, p. 12, con riferimento a T.S. KUHN, *The Structure of Scientific Revolutions*, University of Chicago Press, Chicago, 1970.

³ Gabriele Magrin sottolinea che il neo-repubblicanesimo, inteso come «reazione ideologica al monopolio culturale del pensiero liberale», coincide in maniera non casuale con la crisi delle ideologie comuniste e socialiste, tentando di recuperare gli insegnamenti della tradizione repubblicana: G. MAGRIN, *La repubblica dei moderni. Diritti e democrazia nel liberalismo rivoluzionario*, FrancoAngeli, Milano, 2007, p. 107.

⁴ A. NIEDERBERGER, P. SCHINK, “Introduction”, in IID. (eds.), *Republican Democracy. Liberty, Law and Politics*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2013, pp. 1-4, p. 1.

⁵ Lo indica, tra gli altri, D.T. RODGERS, *Republicanism: the Career of a Concept*, cit., p. 15. Cfr. B. BAILYN, *The Ideological Origins of the American Revolution*, Cambridge University Press, Cambridge (Mass.), 1967 (che tuttavia non utilizza né la parola ‘repubblicanesimo’ né la parola ‘virtù’); G.S. WOOD, *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, University of North Carolina Press, Chapel Hill (NC), 1969, e J.G.A. POCKOCK, *The Machiavellian Moment*, Princeton University Press, Princeton, 1975.

⁶ Cfr. R.E. SHALHOPE, “Toward a Republican Synthesis: The Emergence of an Understanding of Republicanism in American Historiography”, in *William and Mary Quarterly*, 29, 1872, pp. 49-80.

creation of the American Republic, reinterpreta la storia della rivoluzione americana affermando che l'ideologia dominante sottesa a tale processo storico non fu il liberalismo lockeano, bensì il repubblicanesimo⁷. Prendeva piede, cioè, un tentativo di mettere in crisi la visione storica tradizionale del «*Locke et praeterea nihil*»⁸ di Louis Hartz, che situava Locke al centro della tradizione moderna⁹. Ciò che gli storici (prima ancora che i filosofi politici) dell'epoca sostenevano, infatti, è che il repubblicanesimo, che affonda le sue origini o nella Grecia classica o nella Roma repubblicana, fosse sotteso a gran parte delle elaborazioni teorico-politiche nel corso della storia fino ai giorni nostri e che esso dovesse essere utilizzato come strumento interpretativo per ridefinire il pensiero politico contemporaneo¹⁰. La «forgotten tradition» del pensiero politico occidentale si estenderebbe, lungo il corso della storia, all'umanesimo civico del Rinascimento italiano – soprattutto nei lavori di Machiavelli –, alle elaborazioni di James Harrington e dei *Commonwealthmen*, a Rousseau e finanche alla Rivoluzione americana¹¹.

La «*folie républicaine*»¹² diventerà, di lì a poco, il tema dominante della filosofia politica critica verso il liberalismo, tanto da convertirsi in ciò che è stato definito «the most protean concept»¹³ della storia del pensiero politico contemporaneo. Al suo interno, i teorici politici sono pressoché unanimi nell'individuare due ben distinte correnti storiografiche emerse in seno alla cosiddetta “scuola di Cambridge”¹⁴:

⁷ Cfr., sul punto: R. RUIZ RUIZ, *La tradición republicana*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 21-23; ID., “Pasado y presente del republicanismo cívico”, in *Derechos y Libertades*, 9, 13, pp. 189-216, pp. 190-191; L. QUILL, *Liberty after Liberalism. Civic Republicanism in a Global Age*, Palgrave Macmillan, New York, 2006, pp. 8-9.

⁸ M. GEUNA, “La tradizione repubblicana e i suoi interpreti: famiglie teoriche e discontinuità concettuali”, in *Filosofia Politica*, numero monografico dedicato a *Materiali per un lessico politico europeo: «Repubblica/Repubblicanesimo»*, 12, 1, 1998, pp. 101-132, p. 102. Cfr. R.E. SHALHOPE, “Republicanism and Early American Historiography”, in *The William and Mary Quarterly*, 39, 2, 1982, pp. 334-356.

⁹ L. HARTZ, *The Liberal Tradition in America: An Interpretation of American Political Thought Since the Revolution*, Harcourt Brace, New York, 1955.

¹⁰ I. HONOHAN, J. JENNINGS, “Introduction”, in IID. (eds.), *Republicanism in Theory and Practice*, Routledge, New York, 2006, p. 1.

¹¹ Cfr. H. BARON, *The Crisis of the Early Italian Renaissance. Civic Humanism and Republican Liberty in an Age of Classicism and Tyranny*, Princeton University Press, Princeton, 1955; Z.S. FINK, *The Classical Republicans. An Essay in the Recovery of a Pattern of Thought in 17th Century England*, Northwestern University Press, Evanston (Ill.), 1962; C. ROBBINS, *The Eighteenth-century Commonwealthmen*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1959. Sul punto, cfr. anche F. LOVETT, PH. PETTIT, “Neorepublicanism: A Normative and Institutional Research Program”, in *Annual Review of Political Science*, 12, 2009, pp. 11-29, p. 12.

¹² Così è stata definita da R. GOODIN, “Folie républicaine”, in *Annual Review of Political Science*, 6, 2003, pp. 55-76 in un articolo piuttosto critico sull'approccio neo-repubblicano.

¹³ D.T. RODGERS, *Republicanism: the Career of a Concept*, cit., p. 11. Cfr. R.E. SHALHOPE, “Toward a Republican Synthesis” cit; J. APPLEBY, “Republicanism and Ideology”, in *American Quarterly*, 37, 1985, pp. 461-473.

¹⁴ Quentin Skinner e John Pocock, insieme a John Dunn, vengono associati alla *University of Cambridge* in virtù dei loro incarichi nella prestigiosa università inglese (cfr. Q. SKINNER-TH. CASADEI, “Conseguire la libertà, promuovere l'uguaglianza. Intervista a Quentin Skinner”, ne *Il pensiero mazziniano*, 55, 3, 2000, pp. 118-122, p. 118 (in nota), ove, peraltro, si sottolinea la comune ascendenza metodologica ispirata alla filosofia del secondo Wittgenstein e alla teoria degli atti linguistici di John Langshaw Austin). Per la distinzione nelle due correnti, si vedano, *ex multis*: D. HELD, *Models of Democracy*, II ed., Polity Press, Cambridge, 1996; A. PATTEN, “The Republican Critique of Liberalism”, in *British Journal of Political Science*, 26, 1996, pp. 25-44; J.W. MAYNOR, *Republicanism in the Modern World*, Polity Press, Cambridge, 2003; C. LABORDE, J. MAYNOR, “The Republican Contribution to Contemporary Political Theory”, in IID. (eds.), *Republicanism and Political Theory*, Blackwell Pu-

1) una corrente «neo-ateniese»¹⁵, iniziata dai lavori di John Pocock¹⁶, fondata su una lettura del repubblicanesimo greco-classico che affonda le sue radici nella filosofia aristotelica e nei concetti di *good life* e di socialità dell'essere umano (definita «civic humanism», «strong republicanism» o repubblicanesimo «metafisico», poiché soffermantesi sull'intrinseco valore della partecipazione al *self-government* e sulla realizzazione di determinate teorie del bene), diffusasi sia in contesto europeo sia statunitense¹⁷;

2) una corrente «neo-romana», à la Quentin Skinner, che interpreta invece le basi del repubblicanesimo attraverso la lettura dei classici romani e, soprattutto, del concetto di *libertas* in Cicerone (definita «classical republicanism»¹⁸, «instrumental republicanism»¹⁹ o repubblicanesimo «politico»²⁰), poiché fondata su un'interpretazione strumentale della partecipazione volta a preservare la libertà²¹.

Quanto alla prima corrente, essa si fonda su una concezione *positiva* della libertà²², che privilegia le dimensioni attive del *self-government*, della partecipazione politica e del *vivere civile*, che Pocock contrappone alla libertà *negativa* come libertà di perseguire i propri interessi senza essere ostacolati dagli altri²³. Pocock, in particolare, unisce l'umanesimo fiorentino e Machiavelli, il pensiero di Harrington dell'epoca dell'interregno e le riflessioni dei pensatori rivoluzionari americani, sostenendo che tali idee costituiscono rielaborazioni aristoteliche e

blishing, Oxford, 2008, pp. 1-28, pp. 2-3; P. MOURITSEN, "Four models of republican liberty and self-government", in I. HONOHAN, J. JENNINGS, (eds.), *Republicanism in Theory and Practice*, cit., pp. 22-24; A. NIEDERBERGER, P. SCHINK, "Introduction", cit., pp. 1-2; I. HONOHAN, J. JENNINGS, "Introduction", cit., p. 7.

¹⁵ Si noti che Philip Pettit, successivamente, sosterrà: «I regret that usage now, since as a matter of history – if not in later representations – Athens had many of the characteristics of a mixed constitution; it was not a city ruled by an assembly with Rousseauvian powers», PH. PETTIT, "Two Republican Traditions", in A. NIEDERBERGER, P. SCHINK, *Republican Democracy. Liberty, Law and Politics*, cit., pp. 169-204, p. 203.

¹⁶ Cfr. J.G.A. POCK, *The Machiavellian Moment*, cit.; ID., "Virtues, Rights, and Manners", in ID., *Virtue, Commerce, and History*, Cambridge University Press, Cambridge, 1985.

¹⁷ Anche negli Stati Uniti, prima dell'avvento della filosofia pocockiana, si contrapponevano due "correnti" che di lì a poco avrebbero dato origine al neo-repubblicanesimo americano: i repubblicani di Harvard e quelli di St. Louis (D.T. RODGERS, *Republicanism: the Career of a Concept*, cit., p. 18).

¹⁸ Si noti che i termini «civic humanism» e «classical republicanism» sono stati utilizzati da J. RAWLS, *Political Liberalism* [1993], Expanded edition, Columbia University Press, New York, 2005, pp. 205-206, oltre a comparire in Q. SKINNER, *Liberty Before Liberalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998. Sul punto, cfr. M. GEUNA, "Alla ricerca della libertà repubblicana", cit., p. XIV; ID. "Introduzione" a Q. SKINNER, *La libertà prima del liberalismo* [1998], trad. it. di Marco Geuna, Einaudi, Torino, 2001, p. XVII; R. RUIZ RUIZ, *La tradición republicana*, cit., pp. 23-24; R. GARGARELLA, "El republicanismo", in ID., *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*, Paidós, Buenos Aires, 1999, pp. 161-190, pp. 161-165; L. BACCELLI, *Critica del repubblicanesimo*, Laterza, Roma-Bari, 2003, p. 14.

¹⁹ I. HONOHAN, *Civic Republicanism*, Routledge, London and New York, 2002, pp. 8-9; A. PATTEN, "The Republican Critique of Liberalism", cit., p. 26.

²⁰ A. FERRARA, "La scoperta del repubblicanesimo «politico» e le sue implicazioni per il liberalismo", in *Filosofia e questioni pubbliche*, 5, 1, 2000, pp. 31-48, p. 33.

²¹ Cfr., S. BESSON, J.L. MARTÍ, "Legal Republicanism: Mapping the Issues", in IID. (eds.), *Legal Republicanism. National and International Perspectives*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 3-38, pp. 17-18.

²² Sul concetto di libertà *positiva*, si veda I. BERLIN, *Two Concepts of Liberty* [1969], in ID., *Liberty. Incorporating Four Essays on Liberty*, ed. by H. HARDY, with an essay on Berlin and his critics by I. HARRIS, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 166-217.

²³ Cfr. CH. LARMORE, "Liberal and Republican Conceptions of Freedom", in D. WEINSTOCK, C. NADEAU (eds.), *Republicanism: History, Theory and Practice*, Frank Cass Publishers, London, 2004, pp. 83-103, pp. 87-88.

concepando il repubblicanesimo, dunque, come una forma di «aristotelismo politico»²⁴: esso si contrappone al linguaggio dei diritti del liberalismo, il quale, nel corso della storia, aveva contribuito ad “oscurare” l’elaborazione aristotelica che, al contrario, si fondava sul primato del bene [good] sul giusto [right].

Proprio per questo motivo, in consonanza con questa interpretazione del neo-repubblicanesimo, che è stata rinvenuta anche nei lavori di Hannah Arendt²⁵, si è originata una linea di ricerca neo-aristotelica che sfocia, entro le linee del ben noto dibattito tra *liberal* e *communitarian*, nel comunitarismo di Alasdair MacIntyre²⁶, Charles Taylor²⁷ e, soprattutto, Michael Sandel²⁸, fondato sulla critica all’atomismo e all’etica deontologica propri della cultura liberale, oltre che su una concezione della politica come espressione di valori condivisi preesistenti²⁹. In Sandel, in particolare, si critica «la priorità del ‘giusto [right] sul ‘bene [good]’ (e dei diritti soggettivi [rights] sui fini sociali)»³⁰, a partire dall’immagine antropologica dell’individuo senza vincoli («unencumbered self»³¹) tipica del liberalismo.

La continuità concettuale con i lavori di Pocock è data dal fatto che in essi si esaltavano la *polis* greca e la «libertà degli antichi»³². Ciò ha causato grande confusione, poiché, nel dibattito sorto in quegli anni, vi è chi ha identificato completamente il neo-repubblicanesimo con il comunitarismo³³, sulla base del fatto che nel repubblicanesimo pocockiano vi sarebbe una

²⁴ M. GEUNA, “La tradizione repubblicana e i suoi interpreti: famiglie teoriche e discontinuità concettuali”, cit., p. 102; ID., “Alla ricerca della libertà repubblicana”, cit., p. VII.

²⁵ Cfr. H. ARENDT, *The Human Condition*, University of Chicago Press, Chicago, 1958; EAD., *On Revolution*, Pelican Books, Harmondsworth, 1973.

²⁶ A. MACINTYRE, *After Virtue. A Study in Moral Theory*, Duckworth&co., London, 1981.

²⁷ CH. TAYLOR, “Cross Purposes: The Liberal-Communitarian Debate”, in ID., *Philosophical Arguments*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1995, pp. 181-203; ID., *Philosophy and the Human Sciences. Philosophical Papers*, 2 voll. Cambridge University Press, Cambridge, 1985, in particolare il cap. 2, “What’s Wrong with Negative Liberty”, pp. 211-219, ove Taylor mette a fuoco il concetto di «libertà come esercizio», distinguendolo da quello di «libertà come opportunità».

²⁸ M.J. SANDEL, *Democracy’s Discontent: America in Search of a Public Philosophy*, cit.

²⁹ I. HONOHAN, *Civic Republicanism*, cit., p. 8.

³⁰ L. BACCELLI, *Critica del repubblicanesimo*, cit., pp. 6-7; M. GEUNA, “La tradizione repubblicana e i suoi interpreti: famiglie teoriche e discontinuità concettuali”, cit., p. 105.

³¹ M.J. SANDEL, “The Procedural Republic and the Unencumbered Self”, in *Political Theory*, 12, 1, 1984, pp. 81-96.

³² Sulla *libertà degli antichi*, si veda B. CONSTANT [1819], *La libertà degli antichi, paragonata a quella dei moderni*, a cura di G. PAOLETTI, Einaudi, Torino, 2005.

³³ Un esempio lampante è costituito dalla lettura del neo-repubblicanesimo effettuata da Jürgen Habermas: nei suoi lavori, infatti, si rinviene una totale sovrapposizione tra le due tradizioni di pensiero: cfr. J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia* [1992], ed. digitale, Laterza, Roma-Bari, 2013, p. 333; ID., “Three Normative Models of Democracy”, in *Constellations*, 1, 1, 1994, pp. 1-10. Tra gli altri autori che hanno confuso le due nozioni, si segnalano: G. BRENNAN, L. LOMASKY, “Against Reviving Republicanism”, in *Politics, Philosophy and Economics*, 5, 2006, pp. 221-252; R.E. GOODIN, “Folie républicaine”, cit.; D. HERZOG, “Some questions for republicans”, in *Political Theory*, 14, 1986, pp. 473-493; A. PATTEN, “The Republican Critique of Liberalism”, cit. Come ha sottolineato M. GEUNA, “La tradizione repubblicana e i suoi interpreti: famiglie teoriche e discontinuità concettuali”, cit.: «E questo non deve stupire affatto. Le due tesi portanti del *Machiavellian Moment*, l’idea della continuità tra aristotelismo e repubblicanesimo e la presentazione della tradizione repubblicana come tradizione precedente e soprattutto alternativa alla tradizione liberale, si atteggiavano perfettamente» agli scopi dei filosofi comunitaristi (p. 105).

netta prevalenza del bene comune su quello individuale, oltre alla critica dell'individualismo e alla comunanza di visioni per ciò che riguarda l'esigenza di privilegiare la «virtù civica»³⁴.

In realtà, come è stato osservato, la totale equiparazione tra il repubblicanesimo e l'aristotelismo politico costituisce «un errore storico»³⁵. Infatti, è necessario sottolineare una differenza fondamentale tra il comunitarismo e il repubblicanesimo: se si guarda quantomeno alla seconda delle due correnti, essa non è necessariamente ispirata ad una concezione morale *thick* (un'idea del bene onnicomprensiva), bensì è volta a proteggere interessi «istituzionalmente circoscritti», lasciando gli individui liberi di scegliere la propria concezione del bene, a patto che essi conservino il proprio impegno per l'interesse pubblico³⁶ (cfr. *infra*, § 2.8.3).

E se è vero che il neo-repubblicanesimo non può essere compreso appieno se non entro la cornice del dibattito tra *liberal* e *communitarian*³⁷, è altresì vero che la strada che si tenterà di percorrere in questa sede è quella di una mediazione tra le due esigenze. La versione del neo-repubblicanesimo alla quale si intende prestare attenzione in questo lavoro, infatti, non risulta completamente incompatibile con il liberalismo e con la logica dei diritti³⁸. Contro il rischio prospettato al repubblicanesimo di «sliding into communitarian excess», quindi, è necessario trovare «some method whereby the common good can be discerned among individuals whose identities are not assumed to be (or reconstructed to be) wholly constituted by their membership in the collectivity»³⁹.

Pertanto, la linea di ricerca, nel presente lavoro, non può che lasciare da parte l'anima comunitarista del repubblicanesimo, concentrandosi, invece, sulle reinterpretazioni contemporanee di quella «*re-revision*»⁴⁰ della prima generazione del neo-repubblicanesimo (inaugurata da Pocock) che corrisponde alle tesi di Quentin Skinner e Philip Pettit, dei quali si approfondirà la concezione della *libertà*. Tuttavia, per questioni di chiarezza concettuale, è bene sottolineare

³⁴ R. GARGARELLA, «El republicanismo», cit., p. 162, pp. 177-178.

³⁵ M. VIROLI, *Repubblicanesimo*, Laterza, Roma-Bari, 1999, p. 53; ID., «Repubblicanesimo, liberalismo e comunitarismo», in *Filosofia e questioni pubbliche*, 5, 1, 2000, pp. 71-79, p. 77. L'opinione è condivisa da L. BACCELLI, «Che fare del repubblicanesimo?», in *Filosofia e questioni pubbliche*, 5, 1, 2000, pp. 93-120, pp. 93-94.

³⁶ Cfr., sul punto: M. VIROLI, «Repubblicanesimo, liberalismo e comunitarismo», in *Filosofia e questioni pubbliche*, 1, 2000, pp. 71-79, p. 76; R. GARGARELLA, «El republicanismo», cit., p. 180; F. LOVETT, «The republican critique», in S. WALL (ed.), *The Cambridge Companion to Liberalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, pp. 381-400, p. 397.

³⁷ Cfr. E. FRAZER, *The Problems of Communitarian Politics. Unity and Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 1999; A. LITTLE, *The Politics of Community*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2002. Come è stato indicato in letteratura, infatti, il neo-repubblicanesimo è servito anche come «rifugio» tanto per i liberali disillusi quanto per i comunitaristi critici: R. GARGARELLA, «El republicanismo», in ID., *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*, Paidós, Buenos Aires, 1999, pp. 161-190, p. 161.

³⁸ Questa compatibilità è sottolineata, *ex multis*, da F. LOVETT, «The republican critique», cit., p. 381; R. GARGARELLA, «El republicanismo», cit., pp. 181-182; I. HONOHAN, *Civic Republicanism*, cit., p. 11; M.N.S. SELLERS, *The Sacred Fire of Liberty. Republicanism, Liberalism and the Law*, Palgrave Macmillan, 1998, p. 99; F. OVEJERO LUCAS, «Republicanism: el lugar de la virtud», in *Isegoría*, 33, 2005, pp. 99-125, pp. 100-101. Lo stesso Rawls, peraltro, ha sostenuto che il repubblicanesimo civico non è incompatibile con il liberalismo, mentre lo è, invece, il repubblicanesimo classico: J. RAWLS, *A Theory of Justice* [1971], revised edition, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1999, pp. 205-206.

³⁹ R. GOODIN, «Folie républicaine», cit., p. 67.

⁴⁰ P. MOURITSEN, «Four models of republican liberty and self-government», cit., p. 17.

che mentre quando si utilizzerà l'espressione 'neo-republicanesimo' si farà riferimento soprattutto alle tesi di Pettit, tale espressione, per esplicita volontà dell'autore, non sarebbe in linea di principio applicabile a Skinner, che preferisce definirsi «neo-Romano»⁴¹.

2.2 – Quentin Skinner e la libertà come «non-dipendenza»

In *The Foundations of Modern Political Thought* (1978)⁴², Skinner inizialmente adotta un concetto di libertà *negativa* come *assenza di coercizione*. Tra gli anni Ottanta e Novanta, poi, egli giunge a proporre un'interpretazione del repubblicanesimo alternativa a quella di Pocock, mettendo al centro il concetto di libertà e concentrandosi su Machiavelli⁴³ (e sul periodo della repubblica fiorentina, nei suoi studi insieme a Gisela Bock e a Maurizio Viroli⁴⁴), sostenendone la continuità con le elaborazioni concettuali non greche, bensì romane.

Secondo Skinner, la *libertà repubblicana* sarebbe una forma particolare di *libertà negativa*: l'individuo, infatti, non partecipa alle attività della *res publica* in quanto *zoon politikón*, bensì per evitare la tirannide: si tratta, cioè, di una partecipazione in termini strumentali⁴⁵. Nei suoi saggi degli anni Ottanta, Skinner non ritiene che la libertà dei repubblicani possieda un significato diverso dalla libertà dei liberali, continuando a concepirla come una libertà in termini negativi come assenza di interferenza: la differenza era indicata dall'autore nel *mezzo* per raggiungere tale libertà, che per i repubblicani era costituito dalla partecipazione⁴⁶.

Successivamente alla pubblicazione, da parte di Philip Pettit, di *Republicanism: A Theory of Freedom and Government* (1997)⁴⁷, Skinner, in *Liberty before Liberalism* (1998), passa a concepire la libertà in termini diversi: come «una terza via possibile tra l'individualismo

⁴¹ Q. SKINNER, "Freedom as the Absence of Arbitrary Power", in C. LABORDE, J. MAYNOR (eds.), *Republicanism and Political Theory*, cit., pp. 83-101, p. 83. L. BACCELLI, *Critica del repubblicanesimo*, cit., p. 137, sottolinea che la volontà di Skinner di definirsi «neo-romano» deriva dalla possibilità della definizione di *classical republicanism* di generare confusione: non tutti coloro che vi si rifacevano condividevano posizioni antimonarchiche.

⁴² Q. SKINNER, *The Foundations of Modern Political Thought*, 2 voll. Cambridge University Press, Cambridge, 1978.

⁴³ Si veda M. GEUNA, "La tradizione repubblicana e i suoi interpreti: famiglie teoriche e discontinuità concettuali", cit., p. 1, ove si distingue tra concezioni «machiavelliane» e concezioni «non-machiavelliane» del repubblicanesimo, indicando tra le prime quelle che si rifanno a Skinner, mentre tra le seconde quelle che si rifanno a Pocock.

⁴⁴ Cfr. G. BOCK, Q. SKINNER, M. VIROLI (eds.), *Machiavelli and Republicanism*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990, in particolare le pp. 1-201.

⁴⁵ M. GEUNA, "Introduzione" all'edizione italiana di Q. SKINNER, *La libertà prima del liberalismo* [1998], cit., p. XVI; L. BACCELLI, *Critica del repubblicanesimo*, cit., p. 14; P. MOURITSEN, "Four models of republican liberty and self-government", cit., p. 18.

⁴⁶ Cfr. Q. SKINNER, "The Idea of Negative Liberty: Philosophical and Historical Perspectives", in R. RORTY, J.B. SCHNEEWIND, Q. SKINNER (eds.), *Philosophy in History. Essays on the Historiography of Philosophy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1984, pp. 193-223. Sul punto, cfr. M. GEUNA, "Introduzione" a Q. SKINNER, *La libertà prima del liberalismo* [1998], cit., p. XXII; L. BACCELLI, *Critica del repubblicanesimo*, cit., p. 99.

⁴⁷ PH. PETTIT, *Republicanism. A Theory of Freedom and Government* [1997], Clarendon Press, Oxford, 2002 [trad. it. *Il Repubblicanesimo. Una teoria della libertà e del governo*, Prefazione di Marco Geuna, Traduzione di Paolo Costa, Feltrinelli, Milano, 2000, con il *Poscritto del 1999*, in part. le pp. 352-353]. Si noti che lo stesso Pettit, nella sua opera, sottolinea il punto di divergenza con Skinner, riconoscendo, nella ristampa successiva, che Skinner è poi passato a concordare sulla libertà repubblicana come "terza via".

liberale e il comunitarismo di matrice aristotelica»⁴⁸. Il concetto di «terza via» è indicato da Skinner in senso critico rispetto a quanto era stato sostenuto da Alasdair MacIntyre, ovvero che «[t]he crucial moral opposition is between liberal individualism in some version or other and the Aristotelian tradition in some version or other»⁴⁹: al contrario, Skinner sostiene che si tratti di una «falsa alternativa»⁵⁰, tentando di dimostrare, proprio a partire dalla teoria repubblicana della libertà politica⁵¹, che nelle due libertà tratteggiate da Isaiah Berlin non rientrino alcune dimensioni della libertà repubblicana⁵². Il lavoro di Skinner, dunque, ha come obiettivo quello di sostenere che i repubblicani concepissero la libertà in un modo diverso rispetto alla libertà negativa liberale, senza tuttavia sfociare nella concezione positiva⁵³: si tratterebbe, con parole di Skinner, di un vero e proprio *terzo concetto* di libertà⁵⁴.

Skinner, infatti, non solo contesta la visione di MacCallum per cui esiste un solo concetto di libertà, declinabile a seconda dei due tipi di relazione tra l'agente, l'interferenza e i fini⁵⁵, bensì anche l'essenza stessa dell'opposizione di Berlin tra libertà *negativa* e libertà *positiva*, se utilizzata per associare alla prima la libertà dall'interferenza:

«[W]hile I agree with Berlin that there are two concepts of liberty, one positive and the other negative, I do not agree with his further assumption that, whenever we speak about negative liberty, we must be speaking about absence of interference. It seems to me that [...] we have inherited two rival and incommensurable theories of negative liberty, although in recent times we have generally contrived to ignore one of them»⁵⁶.

Skinner critica l'impostazione liberale dominante, per cui la libertà debba essere concepita solamente in termini di *assenza di interferenza* che impedisce all'agente di perseguire i

⁴⁸ Sul significato di questa “terza via”, si vedano, *ex multis*: J.-F. SPITZ, “Le républicanisme, une troisième voie entre libéralisme et communautarisme?”, in *Le Banquet*, 2, 1995, pp. 215-238; M. GEUNA, “Alla ricerca della libertà repubblicana”, cit., pp. XI-XII; ID., “Introduzione” a Q. SKINNER, *La libertà prima del liberalismo* [1998], trad. it. di Marco Geuna, Einaudi, Torino, 2001, p. XIII; L. BACCELLI, “Che fare del repubblicanesimo?”, cit., p. 110. Cfr. Q. SKINNER, “Machiavelli on the Maintenance of Liberty”, in *Politics*, 8, 2, 1983, pp. 3-15; ID., “The Idea of Negative Liberty: Philosophical and Historical Perspectives”, cit.; ID., “The Republican Ideal of Political Liberty”, in G. BOCK, Q. SKINNER, M. VIROLI (eds.), *Machiavelli and Republicanism*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990, pp. 293-309. Sauro Mattarelli, invece, interpreta più specificamente la “terza via” come un'opzione diversa sia dal «socialismo classico» sia dal «capitalismo senza regole»: S. MATTARELLI, “Repubblicanesimo tra teoria, storia e prassi”, in *Il pensiero mazziniano*, 55, 3, 2000, pp. 114-117, p. 114.

⁴⁹ A. MACINTYRE, *After Virtue. A Study in Moral Theory*, cit., p. 241.

⁵⁰ Q. SKINNER, “The Republican Ideal of Political Liberty”, cit., p. 293.

⁵¹ Sul tema, cfr. anche Q. SKINNER, *Machiavelli's Discorsi and the Pre-Humanist Origins of Republican Ideas*, in G. BOCK, Q. SKINNER, M. VIROLI (eds.), *Machiavelli and Republicanism*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990, pp. 121-141. Cfr. M. GEUNA, “La tradizione repubblicana e i suoi interpreti: famiglie teoriche e discontinuità concettuali”, cit., p. 107.

⁵² Q. SKINNER, “Two Views on the Maintenance of Liberty”, in PH. PETTIT, *Contemporary Political Theory*, Macmillan, New York, 1991, pp. 35-58. Cfr. I. HONOHAN, *Civic Republicanism*, cit., p. 181.

⁵³ Cfr. C. LABORDE, J. MAYNOR, “The Republican Contribution to Contemporary Political Theory”, cit., pp. 3-4. Lo stesso Skinner, infatti, sostiene che «the republican and the pure negative theories of liberty remain stubbornly distinct», Q. SKINNER, “Freedom as the Absence of Arbitrary Power”, cit., p. 102.

⁵⁴ Q. SKINNER, “A Third Concept of Liberty”, Isaiah Berlin Lecture, *Proceedings of the British Academy*, 117, 2002; cfr. L. BACCELLI, “Repubblicanesimo, Neorepubblicanesimo”, cit., p. 13.

⁵⁵ Il riferimento è a G.C. MACCALLUM JR., “Negative and Positive Freedom”, in P. LASLETT, W.G. RUNCIMAN, Q. SKINNER (eds.), *Philosophy, Politics and Society*, Oxford University Press, Oxford, 1972, pp. 174-193.

⁵⁶ Q. SKINNER, “A Third Concept of Liberty”, cit., p. 262.

propri fini o scegliere tra determinate alternative⁵⁷. In questo senso, il “secondo” Skinner concepisce il *significato* della libertà stessa, non più soltanto il suo utilizzo, come il nodo centrale della divisione tra liberali e repubblicani. E per Skinner, il significato della libertà è da ricercarsi tanto nell’assenza dell’interferenza, quanto nell’*assenza della dipendenza*:

«[F]reedom is restricted not only by actual interference or the threat of it, but also by the mere knowledge that we are living in dependence on the goodwill of others. [...] [A] mere awareness of living under an arbitrary power—a power capable of interfering in our activities without having to consider our interests—serves in itself to limit our liberty»⁵⁸.

La concezione liberale classica della libertà viene fatta risalire da Skinner alle opere di Hobbes⁵⁹. L’obiezione di Hobbes ai repubblicani, secondo l’autore, è che la loro libertà sia la libertà dello Stato, non la libertà individuale: per libertà individuale, al contrario, deve sempre intendersi l’*assenza dell’interferenza*. E ciò a partire dal famoso scontro di opinioni tra Hobbes e Harrington circa la libertà dei cittadini di Lucca⁶⁰:

HOBBS: «There is written on the Turrest of the city of Luca in great characters at this day, the word LIBERTAS; yet no man can inferre, that a particular man has more Libertie, or Immunitie from the service of the Commonwealth there, than in Constantinople. Whether a Commonwealth be a Monarchical, or Popular, the Freedome is still the same»⁶¹.

HARRINGTON: «The mountain hath brought forth and we have a little equivocation! For to say that a Lucchese hath no more liberty or immunity *from* the laws of Lucca than a Turk hath from those of Constantinople, and to say that a Lucchese hath no more liberty *by* the laws of Lucca than a Turk hath by those of Constantinople, are pretty different speeches»⁶².

Per Hobbes, in sostanza, non vi è differenza tra la condizione dei cittadini di Lucca e quelli di Costantinopoli, perché entrambi sono sottoposti alle leggi (e dunque non sono liberi). Per Harrington, al contrario, la legge garantisce la libertà dei cittadini di Lucca, mentre opprime i sudditi di Costantinopoli. L’esercizio della forza non è, secondo Harrington, l’unico elemento per valutare la restrizione della libertà: occorre tenere in considerazione la situazione di dipendenza – nell’interpretazione di Skinner – dei sudditi di Costantinopoli⁶³.

⁵⁷ Q. SKINNER, “The Republican Ideal of Political Liberty”, cit., p. 293.

⁵⁸ Q. SKINNER, “A Third Concept of Liberty”, cit., pp. 247-248 (corsivi nostri).

⁵⁹ Q. SKINNER, *Liberty before Liberalism*, cit., p. 4.

⁶⁰ Cfr., sul punto, anche PH. PETTIT, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, cit., pp. 37-39; Q. SKINNER, “Thomas Hobbes on the Proper Signification of Liberty”, in *Transaction of the Royal Historical Society*, 40, 1990, pp. 121-151; M. VIROLI, “Libertà democratica, libertà repubblicana e libertà socialista”, in TH. CASADEI (a cura di), *Repubblicanesimo, democrazia, socialismo delle libertà. “Incrocio” per una rinnovata cultura politica*, FrancoAngeli, Milano, 2004, pp. 185-201, p. 189; ID., N. BOBBIO, M. VIROLI, *Dialogo intorno alla repubblica*, Laterza, Roma-Bari, 2001, p. 27.

⁶¹ TH. HOBBS, *Leviathan* [1651], ed. by C.B. MACHPHERSON, Penguin, Harmondsworth, 1968, p. 266.

⁶² J. HARRINGTON, *The Commonwealth of Oceana and A System of Politics* [1656], ed. by J.G.A. Pocock, Cambridge University Press, Cambridge, 1992, p. 20.

⁶³ Q. SKINNER, “Considerazioni sulla libertà repubblicana”, in M. VIROLI (a cura di), *Libertà politica e virtù civile. Significati e percorsi del repubblicanesimo classico*, Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 2004, pp. 249-260, p. 258.

In conclusione, Secondo Skinner, la condizione di coloro che sono liberi dall'interferenza può coesistere con una situazione di libertà non piena, in quanto coloro che non soffrono interferenza possono ugualmente essere oggetto di dipendenza. Si tratta di un tema che, oltre ad essere stato ampiamente analizzato nella ricerca storiografica di Skinner, rimane costantemente presente lungo tutta la riflessione di Pettit.

2.3 – Philip Pettit e la libertà come «non-dominazione»⁶⁴

Anche Pettit si basa sulla distinzione di approcci appena analizzata tra Hobbes e Harrington. Inizialmente, Pettit sosteneva un'idea di libertà negativa, seppur diversa da quella liberale⁶⁵. In seguito, in *The Common Mind*, egli elabora la nozione di libertà in senso repubblicano, sottolineandone nuovamente la differenza con la libertà liberale⁶⁶. Infine, egli giunge, in *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*, a pubblicare una vera e propria teoria della libertà repubblicana⁶⁷. È in questo senso che si comprende l'utilizzo, da parte dell'autore, del termine «teoria neo-repubblicana»: essa intende, cioè, recuperare l'ideale repubblicano della libertà per farne una nuova teoria istituzionale⁶⁸.

Pettit tenta di sfuggire alla logica della distinzione dei due concetti di libertà di Berlin, rigettando (come in parte già accennato) la definizione della libertà di Skinner come libertà repubblicana negativa, sostenendo piuttosto l'idea della libertà come assenza di dominazione. Entro la distinzione di Berlin, Pettit, in linea con gli altri pensatori neo-repubblicani (e come lo stesso Berlin pare affermare), sostiene che i liberali partano da una concezione negativa della libertà intesa nel senso dell'assenza dell'interferenza. Ciò che Berlin non tiene in considerazione, secondo Pettit, è una terza dimensione della libertà:

«I believe that the negative-positive distinction has served us ill in political thought. It has sustained the philosophical illusion that, details aside, there are just two ways of understanding liberty [...]. The negative-positive distinction has sustained a historical narrative to go along with this philosophical dichotomy of private and populist liberty [...]. I believe that these philosophical and historical oppositions are misconceived and

⁶⁴ Il concetto di '*freedom as non-domination*' è stato tradotto in italiano con la locuzione 'libertà come non-dominio': in questo lavoro, invece, si preferisce utilizzare il termine 'dominazione', giacché, come si vedrà, la '*domination*' di cui tratta Pettit include tanto il *dominium* (relazioni tra privati) quanto l'*imperium* (relazioni Stato-individuo). Il termine 'dominio', quindi, pare riduttivo rispetto a quello di 'dominazione' e potrebbe generare confusione. In castigliano, ad esempio, il concetto è tradotto con la locuzione 'libertad como no-dominación', pur essendo disponibile, nel vocabolario spagnolo, la parola 'dominio'.

⁶⁵ Cfr. PH. PETTIT, "Negative Liberty. Liberal and Republican", in *European Journal of Philosophy*, 1, 1, 1993, pp. 15-38.

⁶⁶ Cfr. PH. PETTIT, *The Common Mind. An Essay on Psychology, Society, and Politics*, Oxford University Press, Oxford, 1993, pp. 308-322.

⁶⁷ Cfr. PH. PETTIT, *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*, cit.

⁶⁸ «I believe that this republican conception of freedom, this conception of freedom as non-domination, is of the greatest interest in political theory, and that it is important to put it back on the table in current discussions. My aim in this book is to try to identify the main features of freedom as non-domination, to show what it would mean to take the ideal as a political cause, and to indicate the institutional impact of organizing things so that the ideal is advanced. The book is an exploration of what a *neo-republican politics* would involve», PH. PETTIT, *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*, cit., p. 51 (corsivi nostri). Cfr. anche ID., *On the People's Terms. A Republican Theory and Model of Democracy*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

misleading and, in particular, that *they conceal from view the philosophical validity and historical reality of a third, radically different way of understanding freedom and the institutional requirements of freedom. I describe this third approach as republican*»⁶⁹.

Nel concepire la «positive liberty as mastery over the self» e la «negative liberty as the absence of interference by others», Pettit si chiede che cosa ne sia della possibilità intermedia,

«that freedom consists in an absence, as the negative conception has it, but in an absence of mastery by others, not in an absence of interference? This possibility would have one conceptual element in common with the negative conception—the focus on absence, not presence—and one element in common with the positive: the focus on mastery, not interference»⁷⁰.

Il tentativo di Pettit rappresenterebbe, come quello di Skinner, una «terza via»⁷¹ tra la libertà negativa e positiva, giacché anch'egli rifiuta la dicotomia tra liberalismo e comunitarismo di MacIntyre⁷², nella misura in cui, nella tradizione repubblicana classica, la distinzione tra i due tipi di libertà non era percepita in maniera così netta: al contrario, le due erano viste come due componenti della medesima, più comprensiva idea di libertà politica⁷³. Nonostante ciò, Pettit è esplicito nel sostenere di privilegiare l'*individualismo* all'approccio *collettivista*⁷⁴.

Inoltre, Pettit si allaccia anche alla distinzione tra libertà degli antichi e libertà dei moderni di Constant. Tuttavia, egli sostiene (in maniera non corretta) una completa equiparazione tra la libertà negativa e la libertà dei moderni, da un lato, e la libertà positiva e la libertà degli antichi, dall'altro:

⁶⁹ PH. PETTIT, *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*, cit., pp. 18-19 (corsivi nostri). Skinner condivide esplicitamente questa tesi: Q. SKINNER, "The Republican Ideal of Political Liberty", cit., pp. 293-294.

⁷⁰ PH. PETTIT, *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*, cit., pp. 21-22. È interessante notare che, tra i motivi di discordanza tra Skinner e Pettit, vi è il fatto che Skinner sottolinea come in realtà non sia del tutto vero che nel saggio di Berlin il riferimento alla terza dimensione indicata da Pettit venga completamente sottomesso: «Berlin devotes considerable attention at the end of his essay to what he describes as the resulting 'search for status', and he explicitly asks himself whether it might not 'be naturale or desirable to call the demand for recognition and status a demand for liberty in some third sense'. Having raised the question, however, Berlin confidently answers that no such third concept of liberty can be coherently entertained. To speak of social or political dependence as lack of liberty, he writes, is to confound freedom with other concepts in a manner at once misleading and confused», Q. SKINNER, "A Third Concept of Liberty", cit., pp. 255-256.

⁷¹ Cfr. C. LABORDE, J. MAYNOR, "The Republican Contribution to Contemporary Political Theory", cit., p. 4; M. GEUNA, "La tradizione repubblicana e i suoi interpreti: famiglie teoriche e discontinuità concettuali", cit., p. 109; M. VIROLI, *Repubblicanesimo*, cit., pp. 24-25. Trattandosi di una terza via, il neo-repubblicanesimo darebbe origine ad una propria, terza concezione della libertà: «[C]redo sia possibile distinguere tre concezioni della libertà. La prima, liberale, afferma che essere liberi significa non essere sottoposto a interferenza; la seconda, repubblicana, afferma che essere liberi significa (in primo luogo) non essere dipendenti dalla volontà arbitraria di altri individui; la terza, democratica, afferma che essere liberi significa in primo luogo poter decidere le norme che regolano la vita sociale», M. VIROLI, in N. BOBBIO, M. VIROLI, *Dialogo intorno alla repubblica*, cit., p. 32.

⁷² Sul punto, si veda PH. PETTIT, "Liberal/Communitarian: MacIntyre's Mesmeric Dichotomy", in J. HORTON, S. MENDUS (eds.), *After MacIntyre*, Polity Press, Oxford, 1994, pp. 176-204.

⁷³ G.S. WOOD, *The Radicalism of the American Revolution*, Vintage Books, New York, 1992, p. 104. Secondo Charles Larmore, inoltre, «one of Pettit's most important contributions consists in having broadened the range of the theoretical options», CH. LARMORE, "Liberal and Republican Conceptions of Freedom", cit., p. 84.

⁷⁴ Cfr. PH. PETTIT, *The Common Mind. An Essay on Psychology, Society, and Politics*, cit.

«Constant's modern liberty is Berlin's negative liberty, and his ancient liberty—the liberty of belonging to a democratically self-governing community—is the most prominent variety of Berlin's positive conception»⁷⁵.

In sostanza, secondo Pettit, non occorre necessariamente scegliere l'uno o l'altro elemento della libertà: né unicamente la libertà solo *positiva* o solo *negativa*, né la libertà solo *degli antichi* o *dei moderni*⁷⁶, prospettando appunto una “terza via” tra entrambi i termini delle due opposizioni binarie. Il fatto che l'equiparazione tra le due categorie fosse errata era già stato messo in risalto, in particolare, da Norberto Bobbio⁷⁷. D'altra parte, Pettit non è il solo pensatore neo-repubblicano a confondere i due concetti⁷⁸. Le due definizioni di libertà dei *moderni* e libertà *negativa*, infatti, non coincidono. Se la libertà dei moderni, per Constant, consiste nel non essere sottoposto a null'altro se non alla legge, ovvero non essere sottoposto alla volontà arbitraria degli altri, vi è, nella libertà dei moderni, un'accettazione dell'intervento statale a garanzia della libertà, che invece, nella libertà negativa, risulterebbe nei termini di un'interferenza (cioè di una restrizione della libertà). Inoltre, non si può semplicemente sostenere che la libertà degli antichi abbia a che fare con la partecipazione, mentre la libertà dei moderni con la garanzia di uno spazio privato: in quest'ultima, infatti, è presente una dimensione partecipativa (il diritto ad influire nell'amministrazione del governo volto ad una maggior protezione dello spazio privato⁷⁹). Infatti, è possibile sostenere che Constant, nella definizione della libertà dei moderni, stia effettivamente pensando ad elementi comuni alla libertà repubblicana, non a quella liberale⁸⁰.

⁷⁵ PH. PETTIT, *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*, cit., p. 18.

⁷⁶ Cfr., sul punto, M.C. BARRANCO AVILÉS, “Notas sobre la libertad republicana y los derechos fundamentales como límite al poder”, in *Derechos y Libertades*, 9, 2000, pp. 67-70, che evidenzia come la libertà dalla dominazione sia assente sia nella concezione di Constant sia in quella di Berlin.

⁷⁷ Bobbio sottolinea che la «libertà *di*» è una libertà ancora negativa, appartenente alla sfera delle azioni, mentre la libertà positiva riguarderebbe la sfera della volontà. Libero in senso *negativo* è colui che è libero *da* qualcosa (libertà dall'interferenza) e libero *di fare* qualcosa (libertà dell'azione); libero in senso *positivo* è colui che è libero *di scegliere* qualcosa (libertà della volontà): N. BOBBIO, *Della libertà dei moderni comparata a quella dei posteri* [1954], in ID., *Teoria generale della politica*, a cura di M. Bovero, Einaudi, Torino, 1999, pp. 217-247.

⁷⁸ Cfr. M.N.S. SELLERS, *Republican Legal Theory. The History, Constitution and Purposes of Law in a Free State*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2003, p. 5, che confonde la libertà dei moderni con la libertà negativa, sostenendo che la libertà dei moderni di Constant è essenzialmente l'assenza di interferenza. Come indica Massimo Rosati: «Di conseguenza si può continuare a sostenere la natura strumentale della virtù politica della partecipazione alla *res publica*, contro la tradizione aristotelica che ne fa la forma di vita buona che realizza una pretesa natura umana, e non per questo aver chiuso i conti con l'idea di libertà positiva»; M. ROSATI, “La libertà repubblicana”, in *Filosofia e questioni pubbliche*, 5, 1, 2000, pp. 121-137, p. 134.

⁷⁹ Lo sottolinea M.C. BARRANCO AVILÉS, “Notas sobre la libertad republicana y los derechos fundamentales como límite al poder”, cit. pp. 68-69. Secondo Barranco, «el concepto de libertad de los modernos de Constant es más amplio que el de libertad negativa de Berlin. Para Constant, la participación política también puede ser entendida como manifestación de la libertad adecuada para los modernos; en el caso de Berlin, por el contrario, forma parte de la libertad positiva. De este modo, las teorías de la libertad negativa que comparten el concepto de I. Berlin son teorías de “la maldad estatal” y en todas ellas se produce una cierta pérdida de dignidad de la política» (p. 70).

⁸⁰ Questa tesi è stata particolare oggetto d'attenzione soprattutto da parte di: CH. LARMORE, “Liberal and Republican Conceptions of Freedom”, cit., p. 94; G. MAGRIN, *La repubblica dei moderni. Diritti e democrazia nel liberalismo rivoluzionario*, cit., pp. 141-148. Magrin, peraltro, ha ricostruito gli elementi che la libertà neo-repubblicana dalla dominazione, sviluppata estensivamente da Pettit, condividerebbe con «la nozione di dominio implicita» nel saggio di Condorcet sul dispotismo (ivi., p. 146).

Va peraltro sottolineato, come ha fatto M. del Carmen Barranco Avilés, che la libertà positiva, di per sé, non è ostile al concetto di diritti: essa lo diviene solamente quando collegata con una concezione particolare dello Stato e della politica, che è quella sottesa al comunitarismo. Solo in questo senso essa diviene incompatibile con i diritti individuali⁸¹.

Inoltre, è bene mettere in risalto anche un altro “nodo” della questione. Come è stato osservato da Maurizio Viroli, la concezione della libertà politica del neo-repubblicanesimo

«è vicina [anche] all’idea democratica di libertà come autonomia della *volontà* in quanto vede nella costrizione una violazione della libertà»; e tuttavia, essa non è «identica alla libertà democratica in quanto ritiene che la volontà sia autonoma quando è protetta dal *pericolo costante* di essere sottoposta a costrizione, non quando la legge o la norma che regola le mie azioni corrisponde alla mia volontà. Gli scrittori politici repubblicani non hanno mai sostenuto che la libertà *consiste* nell’azione regolata dalla legge autonoma, [...] accettata volontariamente, o nel potere di dare norme a se stessi e di seguire solo le norme che ci diamo; essi hanno invece sostenuto che il potere di darsi le leggi [...] è il *mezzo* efficace (accanto ad altri) per poter vivere liberi nel senso di non essere sottoposti alla volontà arbitraria di uno o di pochi o di molti individui»⁸².

La libertà democratica, come ha sottolineato Viroli, consiste nell’*autonomia*, che è l’opposto, secondo Bobbio, di *costrizione*, nella misura in cui è costituita dal «potere di dar nome a se stessi e di non ubbidire ad altre norme che a quelle date a se stessi»⁸³, ovvero la libertà di essere sottoposti solo alla legge: libertà come auto-normazione. Ciò permette di comprendere perché, nonostante siano animate da similitudini, non si possa totalmente sovrapporre nemmeno la concezione della libertà politica repubblicana con quella democratica e, soprattutto, perché il neo-repubblicanesimo rifiuti la concezione positiva della libertà.

Al di là dei fraintendimenti circa i vari tipi di libertà, è pur vero che Pettit, insieme a Skinner, ha contribuito, nella sua teoria della libertà come non-dominazione, alla specificazione di «un ampio spazio teorico, particolarmente importante per chi non si colloca né fra gli aristotelici né fra i liberali individualisti»⁸⁴. Sia Skinner sia Pettit, infatti, rifiutano di aderire ad una concezione della libertà come obbedienza a leggi che ci si è dati da soli⁸⁵ e, dunque, la concezione *positiva* – oltre che quella *negativa* – della libertà⁸⁶.

⁸¹ M.C. BARRANCO AVILÉS, “Notas sobre la libertad republicana y los derechos fundamentales como límite al poder”, cit., p. 71.

⁸² M. VIROLI, *Repubblicanesimo*, cit., pp. 26-27. Cfr. anche N. BOBBIO, M. VIROLI, *Dialogo intorno alla repubblica*, cit., p. 3.

⁸³ N. BOBBIO, *Politica e cultura* [1955], Einaudi, Torino, 1974, pp. 172-174.

⁸⁴ L. BACCELLI, *Critica del repubblicanesimo*, cit., p. 101.

⁸⁵ M. VIROLI, *Repubblicanesimo*, cit., p. 31.

⁸⁶ Cfr. S. BESSON, J.L. MARTÍ, “Legal Republicanism: Mapping the Issues”, in IID. (eds.), *Legal Republicanism. National and International Perspectives*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 3-38: «At the same time, republican liberty is not supposed to turn into a positive conception of liberty, at least as Berlin understood it, i.e. as a way of self-realization. This positive conception has traditionally been criticized for being paternalistic or even perfectionist. Most republicans, however, stress that endorsing such a positive conception of liberty would fail to respect the private liberty of individuals. It is not entirely clear what Berlin considered positive liberty to amount to concretely, but Pettit spells out the opposition by defining republican liberty as the situation in which a person holds a perfect dominion of her own choices and behaviour. According to Pettit, to be free in a republican way merely requires the absence of external domination, while to be free in a positive way would also require avoiding all the internal causes that prevent, distort, or simply affect our free choice—things like weakness of will, adaptive preferences, cognitive dissonances, and so on» (p. 14).

Tuttavia, come si è accennato, la concezione della libertà repubblicana in Skinner e Pettit non è esattamente identica, come entrambi riconoscono. Si consideri, in particolare, questo passaggio di Pettit:

«[T]ra noi rimane ancora una divergenza sulla questione di quanto i repubblicani differiscano dai liberali. Mi riferisco al fatto che mentre io sostengo che per i repubblicani la libertà equivaleva al non dominio – la non dipendenza dalla buona volontà altrui – egli ritiene che i romani e i neoromani ripudiassero in egual misura tutte le forme di dominio e tutte le forme d'interferenza, compresa l'interferenza non arbitraria esercitata da un governo della legge degno di questo nome»⁸⁷.

In realtà, tra il concetto di dominazione (in Pettit, che verrà analizzato a breve) e il concetto di dipendenza (in Skinner) non pare sussistere una grande differenza⁸⁸. Ciò che differisce, nell'*account* presentato dai due autori, è che mentre Pettit intende per libertà l'assenza di dominazione, Skinner intende l'assenza *sia* di dipendenza (concetto analogo) *sia* di interferenza⁸⁹. In realtà, negli anni successivi, dopo numerosi scambi tra Skinner e Pettit, quest'ultimo perfezionerà la sua teoria in modo che essa richieda anche la *minimizzazione* dell'interferenza⁹⁰: tuttavia, in questo lavoro si partirà dalla formulazione iniziale di Pettit come assenza di dominazione, per poi eventualmente “correggerla” con altri elementi che possano risultare interessanti al fine della sua applicazione alla questione specifica della libertà d'espressione.

Per tornare alla concezione di Pettit, secondo l'autore – che in questo senso riprende le tesi di Skinner – è a partire dalla tarda modernità (prima con Hobbes e poi con Bentham) che si afferma l'ideale liberale della libertà come non-interferenza, che scalza la concezione “precedente” della libertà repubblicana come non-dominazione⁹¹. Contro questo ideale, Pettit recupera la tradizione repubblicana per fondare un neo-repubblicanesimo che può essere distinto a partire da tre punti fondamentali:

⁸⁷ Cfr. il *Poscritto 1999*, reperibile nella versione italiana: PH. PETTIT, *Il repubblicanesimo. Una teoria della libertà e del governo*, cit., p. 353.

⁸⁸ Lo ammette esplicitamente Pettit: PH. PETTIT, “Keeping Republican Freedom Simple. On a Difference with Quentin Skinner”, in *Political Theory*, 30, 3, 2002, pp. 339-356, p. 340. Dal canto suo, CH. LARMORE, “Liberal and Republican Conceptions of Freedom”, cit., p. 83-86 ricostruisce i due concetti come simili, sostenendo che essi sono condivisi anche da Maurizio Viroli, l'altro terzo “grande” del *revival* repubblicano.

⁸⁹ Cfr. N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO, “Repubblica”, ne *Il dizionario di Politica*, UTET, Torino, 2004, pp. 181-184. Cfr. M. GEUNA, “Introduzione” a Q. SKINNER, *La libertà prima del liberalismo* [1998], cit., p. XXI.

⁹⁰ «According to Skinner's account, republican freedom requires both noninterference and nondomination. According to mine, formal republican freedom requires only the absence of domination, but effective republican freedom also requires the minimisation of intentional interference, as of course—presumably like Skinner's own account—it will require the minimisation of nonintentional obstacles like those associated with poverty, handicap, and the like. Thus, the difference between the two accounts does not go very deep. He presents the ideal of republican freedom as horizontally complex, so far as it involves two coordinated and distinct elements: nondomination and noninterference. I present the ideal as vertically complex, so far as it involves those same two elements, but with one subordinated to the other. Freedom will be formally present so far as domination is avoided, and it will be effectively present so far as intentional interference—and nonintentional obstruction—is absent», PH. PETTIT, “Keeping Republican Freedom Simple. On a Difference with Quentin Skinner”, cit., p. 342.

⁹¹ Sul punto, cfr. la puntuale ricostruzione del lavoro monografico di R. RUIZ RUIZ, *La tradición republicana*, cit; ID., *Los orígenes del republicanismo clásico. Patrios Politeia y Res Publica*, Dykinson, Madrid, 2006; ID., “Pasado y presente del republicanismo cívico”, cit., pp. 190-216; e anche ID., “Participación política y libertad: un breve repaso histórico a la idea de democracia del Republicanismo clásico”, in *Revista de Estudios Jurídicos*, 6, 2005, pp. 153-187. M. VIROLI, *Repubblicanesimo*, cit., pp. 3-17, invece, si concentra sulla storia “tutta italiana”

«The first idea is that [...] freedom as nondomination – the freedom that goes with not having to live under the power of another – is the primary concern of the state or republic. The second is that if the republic is to secure the freedom of its citizens then it must satisfy a range of constitutional constraints associated broadly with the mixed constitution. And the third idea is that if the citizens are to keep the republic to its proper business then they had better have the collective and individual virtue to track and, if necessary, contest public policies and initiatives: The price of liberty is eternal vigilance»⁹².

In particolare, in questa sede, ci si intende concentrare sulla definizione di Pettit della libertà neo-repubblicana come *non-dominazione*. È necessario sottolineare che l'analisi, come anticipato, ripercorrerà innanzitutto la messa a punto concettuale da parte dell'autore in *Republicanism: A Theory of Freedom and Government* (1997), primo vero e proprio progetto di filosofia politica incentrato sulla nozione di libertà come non-dominazione. In seguito, si analizzeranno le ulteriori specificazioni concettuali adottate da Pettit in lavori successivi, in relazione a ciò che risulterà utile, nel prosieguo, per costruire una teoria capace di rispondere alle questioni concrete della libertà d'espressione e dell'*hate speech*.

Innanzitutto, secondo Pettit, la dominazione è «a power of interference on an arbitrary basis»⁹³: la *dominazione*, cioè, coincide con l'*interferenza arbitraria*. Essa è determinata, in

del repubblicanesimo nell'epoca delle repubbliche cittadine in Italia. Sul tema, cfr. anche Q. SKINNER, *Le origini del pensiero politico moderno*, vol. I, *Il Rinascimento*, a cura di M. Viroli, Il Mulino, Bologna, 1989, pp. 245-253; I. HONOHAN, *Civic Republicanism*, cit., pp. 13-143; M.N.S. SELLERS, *The Sacred Fire of Liberty. Republicanism, Liberalism and the Law*, cit., pp. 4-97; E. DEPALMA DIGESER, "Citizenship and the Roman *Res Publica*: Cicero and a Christian Corollary", in D. WEINSTOCK, C. NADEAU (eds.), *Republicanism: History, Theory and Practice*, cit., pp. 5-19; C. SPECTOR, "Montesquieu: Critique of Republicanism?", in D. WEINSTOCK, C. NADEAU (eds.), *Republicanism: History, Theory and Practice*, cit., pp. 33-46; G.C. KELLOW, N. LEDDY, *On Civic Republicanism. Ancient Lessons for Global Politics*, University of Toronto Press, Toronto, 2016; M. VAN GELDEREN, Q. SKINNER (eds.), *Republicanism. A Shared European Heritage*, 2 voll., Cambridge University Press, Cambridge, 2002; A. NIEDERBERGER, P. SCHINK, *Republican Democracy. Liberty, Law and Politics*, cit., pp. 5-88; Q. SKINNER, "Freedom as the Absence of Arbitrary Power", in C. LABORDE, J. MAYNOR (eds.), *Republicanism and Political Theory*, cit., pp. 83-101, pp. 83-94; A. PETERSON, *Civic Republicanism and Civic Education. The Education of Citizens*, Palgrave Macmillan, London, 2011, pp. 32-56; M. VIROLI (a cura di), *Libertà politica e virtù civile. Significati e percorsi del repubblicanesimo classico*, cit.

⁹² PH. PETTIT, "Two Republican Traditions", cit., p. 170. Lo scopo del progetto politico neorepubblicano, a partire da queste tre idee, sarebbe quello di «rethink issues of legitimacy and democracy, welfare and justice, public policy and institutional design, from within the framework that these basic ideas provide», F. LOVETT, PH. PETTIT, "Neorepublicanism: A Normative and Institutional Research Program", cit., p. 12, l'autore affermava che la distinzione tra libertà negativa liberale e libertà repubblicana «has an enormous policy-making significance» (p. 15). Per una suddivisione in tre *clusters* delle *policies* concrete che una teoria della non-dominazione richiede, si veda PH. PETTIT, "Keeping Republican Freedom Simple. On a Difference with Quentin Skinner", cit., p. 349, ove, peraltro, l'autore definisce le «*vulnerability-centered policies*» come quelle politiche che «concentrate on the special needs of empowerment that certain members of the society might have: [...] women, workers, and minorities». L'intervento statale, secondo Pettit, nell'ideale repubblicano della non-dominazione, deve essere proporzionale ai problemi della società: quanta meno tolleranza vi è nella società, tanto più lo Stato sarà chiamato ad intervenire: Id., *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*, cit., p. 148. Per una giustificazione di politiche concrete, come lo *universal basic income*, a partire dalla teoria della non-dominazione, cfr. F. LOVETT, *A General Theory of Domination & Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 196-200. Si può affermare che la filosofia neo-repubblicana è sfociata in un diretto tentativo di applicazione nelle politiche pubbliche da parte del governo Zapatero, in Spagna, a partire dal 2004: A. PETERSON, *Civic Republicanism and Civic Education. The Education of Citizens*, cit., p. 21. Cfr. PH. PETTIT, *Examen a Zapatero*, Temas de Hoy, Madrid, 2008.

⁹³ PH. PETTIT, *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*, cit., p. 52.

particolare, dalla «*vulnerability to arbitrary interference*»⁹⁴: il soggetto vulnerabile è dunque colui che è esposto all'interferenza arbitraria; vi è, cioè, un collegamento diretto tra *vulnerability* e *dominazione*⁹⁵. La non-dominazione, infatti, non guarda solo al danno concreto, bensì anche alla *minaccia* del danno, che costituisce il soggetto nella sua vulnerabilità⁹⁶.

Risulta evidente, già in prima battuta, la differenza concettuale con la nozione liberale di libertà come assenza di interferenza. La libertà repubblicana, infatti, non richiede necessariamente l'assenza di *qualsivoglia* interferenza, bensì dell'interferenza *arbitraria*. Tuttavia, come è stato sottolineato, a differenza dell'interferenza, la dominazione non è un fenomeno facilmente identificabile⁹⁷. Ripercorrendo l'analisi di Pettit, dunque, si tenterà di giungere ad una definizione utile ai fini del presente lavoro.

Prima di mettere a punto la teoria in *Republicanism*, Pettit definiva tale libertà come «*Freedom as antipower*»⁹⁸. In realtà, una siffatta definizione risultava in parte fuorviante, poiché la libertà come non-dominazione non richiede necessariamente l'assenza di potere, bensì, come si è indicato, l'assenza di potere arbitrario di interferenza. Inoltre, essa è fuorviante per un secondo ordine di ragioni: si potrebbe infatti pensare che con l'espressione «antipower» Pettit intenda riferirsi solo al potere statale. Al contrario, Pettit tratta della dominazione sia nelle relazioni private (dominazione “orizzontale” nella forma del «*dominium*») sia nelle relazioni tra Stato e individuo (dominazione “verticale” nella forma dell'«*imperium*»)⁹⁹.

Si pensi, ora, alla differenza tra dominazione e interferenza:

«*The difference between them comes out in the fact that it is possible to have domination without interference and interference without domination. I may be dominated by another—for example, to go to the extreme case, I may be the slave of another—without actually being interfered with in any of my choices. It may just happen that my master is of a kindly and non-interfering disposition. Or it may just happen that I am cunning or fawning enough to be able to get away with doing whatever I like. I suffer from domination to the extent that I have a master; I enjoy non-interference to the extent that that master fails to interfere*»¹⁰⁰.

Il primo caso, come riportato, è quello dello schiavo¹⁰¹: se si utilizza un concetto di libertà come non-interferenza, nel caso dello schiavo di un padrone gentile, che passa anche

⁹⁴ PH. PETTIT, “Discourse Theory and Republican Freedom”, in D. WEINSTOCK, CH. NADEAU (eds.), *Republicanism: History, Theory and Practice*, cit., pp. 62-82., pp. 67-68 (corsivi nostri).

⁹⁵ Altrove, Pettit sostiene: «*Those persons whose freedom from domination rests merely on convention are marked, one might say, by a badge of vulnerability*», PH. PETTIT, “Keeping Republican Freedom Simple. On a Difference with Quentin Skinner”, cit., p. 346 (corsivi nostri).

⁹⁶ I. HONOHAN, *Civic Republicanism*, cit., p. 196.

⁹⁷ CH. NADEAU, “Non-Domination as a Moral Ideal”, in D. WEINSTOCK, CH. NADEAU (eds.), *Republicanism: History, Theory and Practice*, cit., pp. 104-116, p. 109.

⁹⁸ PH. PETTIT, “Freedom as Antipower”, in *Ethics*, 106, 3, 1996, pp. 576-604.

⁹⁹ PH. PETTIT, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, cit., p. 36. Cfr. J.P. MCCORMICK, “Republicanism and Democracy”, cit., p. 93; L. ANDRONACHE, “Contemporary republican theories. In search of solidarity”, in I. HONOHAN, J. JENNINGS, (eds.), *Republicanism in Theory and Practice*, cit., pp. 109-122, p. 115; C. LABORDE, J. MAYNOR, “The Republican Contribution to Contemporary Political Theory”, cit., p. 19.

¹⁰⁰ PH. PETTIT, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, cit., pp. 22-23 (corsivi nostri).

¹⁰¹ L'esempio adottato da Pettit non è casuale, giacché la teoria romana della *libertas* si fondava proprio sulla condizione servile degli schiavi. Esso si ritrova anche in Skinner, che analizza lo schiavo come persona non *sui iuris*, in quanto sottoposta alla volontà di un'altra persona: Q. SKINNER, *Liberty before Liberalism*, cit., pp. 39-40.

lunghi periodi senza interferire negativamente (senza, ad esempio, dare ordini, percuotere e via dicendo), secondo Pettit non si coglie l'assenza di libertà come condizione esistenziale; al contrario, tale condizione si comprende solo a partire dalla libertà come non-dominazione. Lo schiavo soffre di una condizione di assenza di libertà anche quando, magari per il particolare tipo di rapporto con il padrone, o magari per merito della sua arguzia, riesce ad evitare le situazioni più spiacevoli e, sostanzialmente, a fare ciò che desidera: la libertà come non-dominazione non è volta ad evitare solo l'interferenza *attuale*, bensì anche l'interferenza *potenziale*¹⁰².

Tra i vari altri esempi che Pettit avanza per sostenere la propria teoria, vi sono anche quello della moglie maltrattata e dell'impiegato oggetto di *mobbing*¹⁰³. Grazie agli esempi riportati, la letteratura neo-repubblicana, come accennato in precedenza, ha sostenuto che la libertà repubblicana costituisce un *tertium genus*, un pezzo mancante del puzzle tra la libertà come non-interferenza e come «self-mastery». La libertà come non-dominazione, infatti, viene alle volte descritta anche in termini di «non-mastery»: «[t]o be free, it is more important *not to have* a master than to *be* a master»¹⁰⁴. La teoria della libertà come non-dominazione, cioè, si preoccupa di costruire attorno alle persone spazi di libertà più sicuri contro le minacce: definendo la libertà in maniera più esigente, essa assicura «a degree of recognition not implied by negative freedom». Si tratta, in sostanza, di ciò che fa della libertà «a common good, which cannot be enjoyed unless others also enjoy it»¹⁰⁵. D'altra parte, Pettit ha definito tale libertà anche come «the sort of liberty which [...] enables you [...] to look others in the eye»¹⁰⁶. Se vivere alla mercé di altri è «to suffer unending anxiety about one's fate»¹⁰⁷, allora la libertà repubblicana tenta di garantire la sicurezza anche nelle *relazioni sociali*¹⁰⁸:

¹⁰² M. GEUNA, «Alla ricerca della libertà repubblicana», cit., pp. XVIII-XIX. Cfr. M. VIROLI, *Republicanesimo*, cit., pp. 19-28. Sull'*interferenza potenziale* come caratteristica della *dominazione*, cfr. anche Cfr. R. BELLAMY, «Non-domination and the Free-State», in G. DELANTY, S.P. TURNER, *Routledge International Handbook of Contemporary Social and Political Theory*, Routledge, London-New York, 2011, pp. 130-139, p. 132.

¹⁰³ «It is the grievance expressed by the wife who finds herself in a position where her husband can beat her at will, and without any possibility of redress; by the employee who dare not raise a complaint against an employer, and who is vulnerable to any of a range of abuses, some petty some serious, that the employer may choose to perpetrate [...]. Contemporary thought suggests that individuals in these positions retain their freedom to the extent that they are not actively coerced or obstructed. But whether or not they avoid interference, they certainly have a grievance. They live in the shadow of the other's presence, even if no arm is raised against them. They live in uncertainty about the other's reactions and in need of keeping a weather eye open for the other's moods. They find themselves in a position where they are demeaned by their vulnerability, being unable to look the other in the eye, and where they may even be forced to fawn or toady or flatter in the attempt to ingratiate themselves. [...] Freedom involves emancipation from any such subordination, liberation from any such dependency. It requires the capacity to stand eye to eye with your fellow citizens, in a shared awareness that none of you has a power of arbitrary interference over another» PH. PETTIT, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, cit., p. 5.

¹⁰⁴ I. HONOHAN, *Civic Republicanism*, cit., pp. 183-184.

¹⁰⁵ Ivi, p. 185.

¹⁰⁶ PH. PETTIT, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, cit., p. VIII. Cfr. anche ID., «La teoria repubblicana sulla libertà e sul governo», ne *Il pensiero mazziniano*, 55, 3, 2000, pp. 109-113, p. 111.

¹⁰⁷ C. LABORDE, J. MAYNOR, «The Republican Contribution to Contemporary Political Theory», cit., p. 5.

¹⁰⁸ Cfr. P. MOURITSEN, «Four models of republican liberty and self-government», cit., pp. 19-20, il quale sostiene l'esistenza di quattro diversi approcci alla libertà repubblicana come bene comune: 1) quello *economico*, come interesse comune oggettivo di un gruppo; 2) quello *sociale*, relativo cioè alle norme che regolano le aspettative di

«[l]iberty is a social value; it cannot belong to an isolated individual, but *can exist only for an individual who lives among others and who is adequately protected against their interference*. [...]. For the liberal, one is free when he encounters no obstacles in the execution of his will, and this situation would be ideally realised where there were no other people around who could interfere»¹⁰⁹.

Lo sottolinea anche Viroli, affermando che il liberalismo, pur essendo stato impeccabile nel garantire gli individui dalle interferenze dello Stato, non è stato capace di tenere in considerazione quella che si potrebbe definire la “dimensione orizzontale” delle relazioni sociali di subordinazione¹¹⁰. Egli, infatti, definisce la libertà come non-dominazione come quella situazione di libertà goduta dalla «persona che vive in condizione di indipendenza giuridica (non è schiava o serva), politica (non è suddita di un sovrano assoluto o di un despota), sociale (non deve il suo sostentamento o il suo benessere ad altri)»¹¹¹.

Il repubblicanesimo, in sostanza, si preoccupa non solamente dell’interferenza *ex se*, bensì della possibile *minaccia* dell’interferenza derivante dalle relazioni sociali: è dunque non l’atto in sé, bensì «the status of subordination» che rende possibile tale situazione¹¹².

«When you are not dominated, then, you enjoy the absence of interference by arbitrary powers, not just in the actual world, but in the range of possible worlds where contingencies of the kind mentioned have a different, less auspicious setting. Those who are attached to the ideal of non-interference value the fact of having choice—the fact of non-interference—whether the choice is dominated or not; those who embrace the ideal of non-domination value the fact of having undominated choice, but not necessarily the fact of having choice as such. [...] The first group focus on the quantity of choice available, no matter what kind of choice is involved; the second are interested only in choice of the right, undominated quality»¹¹³.

In questo passaggio, Pettit chiarisce il ruolo della scelta: l’ideale della non-interferenza, infatti, privilegia la *quantità* della libertà di scelta, mentre l’ideale della non-dominazione predilige la *qualità*. Si può concludere che la non-interferenza rappresenta una *libertà in senso quantitativo*, mentre la non-dominazione costituisce un concetto di *libertà in senso qualitativo*.

Tornando alla relazione tra interferenza e dominazione:

un agente nei confronti di un gruppo e viceversa; 3) quello *pratico-morale*, che si concentra sul contenuto normativo della libertà affinché essa possa applicarsi agli individui; 4) quello *identitario*, che intende il bene comune nel senso del riconoscimento reciproco di valore e stima.

¹⁰⁹ J.-F. SPITZ, “The Concept of Liberty in ‘A Theory of Justice’ and Its Republican Version”, in *Ratio Juris*, 7, 3, 1994, pp. 331-347, p. 334 (corsivi nostri).

¹¹⁰ Cfr. M. VIROLI, *Repubblicanesimo*, cit., pp. 43-44. Cfr. anche M.J. THOMPSON, “Reconstructing republican freedom: A critique of the neo-republican concept of freedom as non-domination”, in *Philosophy & Social Criticism*, 39, 3, 2013, pp. 277-298, il quale afferma: «Whereas the liberal tradition has placed emphasis on the freedom of the individual, on the importance of negative liberty, and the absence of the arbitrary exercise of power, the distinctiveness of the republican tradition lies in its ability to embed the concern of individual freedom within the structure of social relations. We therefore come to see the individual as a property of social relations and social institutions, and that the extent of freedom or non-freedom of the individual is in some way predicated on the ways that social institutions and arrangements can foster free agents by arranging the powers of society toward the common good, not simply negating the power of dominating agents» (pp. 291-292).

¹¹¹ N. BOBBIO, M. VIROLI, *Dialogo intorno alla repubblica*, cit., p. 32.

¹¹² I. HONOHAN, *Civic Republicanism*, cit., p. 183. Lo ricorda anche Q. SKINNER, *Liberty before Liberalism*, cit., p. 84, il quale tuttavia non utilizza la parola «subordination».

¹¹³ PH. PETTIT, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, cit., p. 25 (corsivi nostri).

«Suppose that another person or agency is allowed to interfere with me but only on condition that the interference promises to further my interests, and promises to do so according to opinions of a kind that I share. [...]. In such a case it is not possible to see the interference as an exercise of domination; the person interferes with me but not on an arbitrary basis. [...] *As we can have domination without interference, then, so we can have interference without domination*»¹¹⁴.

È possibile, quindi, non solo che un agente esterno *domini senza interferire* (come negli esempi dello schiavo, della moglie o del lavoratore), bensì anche che questi *interferisca senza dominare*: affinché non vi sia dominazione, infatti, non è necessario eliminare *qualsiasi* tipo di interferenza, bensì l'interferenza *arbitraria*.

Non è arbitraria, secondo Pettit, quell'interferenza che: 1) favorisce gli interessi della persona sulla quale interferisce, 2) in maniera conforme alle idee e alle opinioni di quella persona. Le due condizioni devono ricorrere congiuntamente: altrimenti, si potrebbe accusare il modello della non-dominazione di paternalismo. La libertà repubblicana, al contrario, non promuove un ideale paternalistico, nella misura in cui non accetta le intrusioni nella sfera di libertà della persona solo sulla base del calcolo dei suoi *interessi*, bensì in maniera conforme alle sue *scelte*¹¹⁵. Non è tollerata (in quanto dominante) quell'interferenza che non è desiderata dalla persona sulla quale si interferisce. Tuttavia, per interessi Pettit non intende qualsiasi *passione* del soggetto, bensì i «*relevant interests*», ovvero «*those that are shared in common with others, not those that treat me as exceptional, since the state is meant to serve others as well as me*»¹¹⁶.

Inoltre, Pettit scansa anche l'accusa di moralismo in relazione al concetto di arbitrarietà. L'interferenza sarà non arbitraria, egli sostiene, laddove, nel ripercorrere le motivazioni ad essa sottesa, esse saranno identificate in base agli interessi pertinenti, ma *indipendentemente* dal fatto che tali interessi risultino validi in relazione ad un criterio morale indipendente¹¹⁷.

L'interferenza senza dominio, inoltre, secondo Pettit si ritrova anche nel fatto che per i repubblicani la legge che tutela tanto l'interesse generale quanto le preferenze individuali, pur costituendo una forma di interferenza, non comprime la libertà: il diritto, infatti, «constitutes a non-mastering interferer»¹¹⁸. A differenza del pensiero democratico, la legge rende liberi non quando viene accettata volontariamente, bensì quando è universale e tutela il bene pubblico: «[u]na legge accettata volontariamente dai membri della più democratica delle assemblee può

¹¹⁴ Ivi, p. 23 (corsivi nostri).

¹¹⁵ Cfr. R. RUIZ RUIZ, «Pasado y presente del republicanismo cívico», cit., p. 209.

¹¹⁶ Cfr., sul punto, l'esempio di Pettit della tassazione e delle pene: «I may have interest in the state imposing certain taxes or in punishing certain offenders, for example, and the state may pursue these ends according to procedures that conform to my ideas about appropriate means. But I may still not want the state to impose taxes on me—I may want to be an exception—or I may think that I ought not to be punished in the appropriate manner, even though I have been convicted of an offence. *In such a case, my relevant interests and ideas will be those that are shared in common with others, not those that treat me as exceptional, since the state is meant to serve others as well as me*», PH. PETTIT, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, cit., pp. 55-56 (corsivi nostri). Per una distinzione tra interessi particolari e generali alla luce del progetto neo-repubblicano, con particolare riferimento alla questione dei diritti, cfr. *infra*, § 2.8.3.

¹¹⁷ PH. PETTIT, «Republican Freedom: Three Axioms, Four Theorems», in C. LABORDE, J. MAYNOR (eds.), *Republicanism and Political Theory*, cit., pp. 102-130, p. 117.

¹¹⁸ PH. PETTIT, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, cit., p. 35.

essere benissimo una legge arbitraria che permette ad alcuni di costringere la volontà di altri e quindi privarli della loro autonomia»¹¹⁹.

Secondo Pettit, un particolare atto è arbitrario «if it is subject just to the *arbitrium*, the decision or judgement, of the agent; the agent was in a position to choose it or not choose it, at their pleasure»¹²⁰. «The dominating party can practise interference, then, at will and with impunity: they do not have to seek anyone's leave and they do not have to incur any scrutiny or penalty»¹²¹. Un soggetto è dunque libero *quando le sue scelte non sono sottoposte al volere di un altro soggetto*; al contrario, egli è oggetto di dominazione quando le sue scelte dipendono dal volere arbitrario di un altro soggetto.

Altrove, Pettit ha riformulato la teoria della dominazione per poter spiegare la relazione tra la presenza della dominazione e l'assenza della capacità di decisione. In questa luce, Pettit definisce la dominazione come l'«*alien or alienating control on the part of other persons*»¹²². Il controllo «*non-alien*» è quello che lascia il soggetto controllato con la piena libertà di scelta, mentre il controllo «*alien*» influisce negativamente su tale libertà¹²³.

In conclusione, la libertà come non-dominazione, rispetto alla libertà come non interferenza, è al contempo: *meno esigente* (adotta una «*soft line*»), per il fatto che non vieta tutte le forme di interferenza, bensì solo quelle *arbitrarie*, e *più esigente* (adotta una «*hard line*»), poiché condanna anche la mera esposizione alla *possibilità* di tale interferenza. La libertà come non-dominazione permette di rigettare al contempo: 1) la «*all-claim*» (divieto di *tutte* le forme di interferenza) e 2) la «*only-claim*» (*solo* di quelle forme) della libertà come non-interferenza¹²⁴. Peraltro, la libertà descritta da Pettit risulta maggiormente esigente anche in quanto essa richiede anche «a systematic sort of protection and empowerment»¹²⁵ contro interferenza e controllo alieno: si tratta, cioè, di una libertà richiede necessariamente l'*intervento statale*¹²⁶.

¹¹⁹ M. VIROLI, *Repubblicanesimo*, cit., pp. 26-27.; ID., «Libertà democratica, libertà repubblicana e libertà socialista», cit., p. 186.

¹²⁰ PH. PETTIT, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, cit., p. 55. Cfr. ID., «Discourse Theory and Republican Freedom», cit., pp. 67-68.

¹²¹ PH. PETTIT, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, cit., p. 22.

¹²² PH. PETTIT, «Republican Freedom: Three Axioms, Four Theorems», cit., p. 102 (corsivi nostri).

¹²³ Entrambi i tipi di controllo, secondo Pettit, possono avvenire sia con interferenza sia senza interferenza: 1) *controllo alieno con interferenza*: il controllante interferisce negativamente sulle scelte dell'agente; 2) *controllo alieno senza interferenza*: il controllante sorveglia le scelte dell'agente, rimanendo pronto ad agire per reindirizzarle a proprio piacimento; 3) *controllo non-alieno con interferenza*: il controllante interferisce positivamente sulle scelte; 4) *controllo non-alieno senza interferenza*: il controllante sorveglia le scelte dell'agente, rimanendo pronto ad interferire positivamente (ivi, pp. 102-103).

¹²⁴ PH. PETTIT, «Discourse Theory and Republican Freedom», cit., p. 67. Altrove, Pettit definisce tali tesi «*interference-always*» e «*interference-alone*», ID., «Keeping Republican Freedom Simple. On a Difference with Quentin Skinner», cit., p. 344. Cfr. anche ID., «Law and Liberty», in S. BESSON, J.L. MARTÍ, *Legal Republicanism*, cit., pp. 39-59, pp. 44-47.

¹²⁵ PH. PETTIT, «Republican Freedom: Three Axioms, Four Theorems», cit., p. 104.

¹²⁶ «[F]reedom requires real defenses from arbitrary interference in *all* of the spheres of a citizen's life and not just the formal guarantees offered by liberal constitutional government. The proper purpose of the state, if liberal ideals are to have any real meaning, is not only to protect citizens from unjust or unnecessary interference as they

2.4 – Teoria della giustizia e non-dominazione: approcci *deontologico* e *teleologico*

Ai fini dell'elaborazione di una teoria della libertà come non-dominazione, può risultare utile domandarsi se essa debba essere trattata come un bene *intrinseco* o, piuttosto, come un bene *strumentale*: si tratta di una domanda fondamentale che traduce la teoria della libertà in una teoria della giustizia. In questa parte dell'analisi, ci si servirà di alcune delle riflessioni di Frank Lovett, che dedica la seconda parte di *A General Theory of Domination and Justice* (2010)¹²⁷ proprio a tale scopo. Nonostante ciò, come si vedrà, si proporrà una soluzione parzialmente diversa da quella dell'autore.

Lovett affronta direttamente la questione del *pluralismo morale*, sostenendo che la non-dominazione, in una teoria della giustizia, debba sicuramente rappresentare un valore fondamentale dell'ordinamento, eppure non l'unico. A questo punto, potrebbero aprirsi tre strade:

1) In primo luogo, la non-dominazione potrebbe essere considerata prioritaria rispetto a tutti gli altri valori, in una sorta di *gerarchia assoluta*. Così, ogni volta che gli altri valori che rientrano nella stessa scala confligheranno con essa, quest'ultima avrà la meglio. Si tratterebbe di una forma di «*weak moral pluralism*»¹²⁸, impostazione che potrebbe forse essere attribuita ai *rights as trumps* di Dworkin. Nell'impostazione di Dworkin, infatti, ogni conflitto in cui emerge un diritto fa sì che il diritto prevalga su tutte le altre ragioni (cfr. *infra*, cfr. *infra*, § 2.7.2b).

2) Una seconda opzione, come ricorda Lovett, sarebbe quella del *pluralismo morale forte*, in cui si riconosce che i valori cui lo Stato attribuisce massima importanza nel sistema giuridico sono indipendenti e, soprattutto, incommensurabili¹²⁹. Si tratterebbe di una teoria della giustizia inutilizzabile, poiché finirebbe per non fornire risposta alcuna in caso di conflitto tra valori¹³⁰ (come, ad esempio, tra libertà ed eguaglianza; cfr. *infra*, § 2.6).

3) Una terza opzione, prediletta da Lovett, è quella del *pluralismo morale debole*. Anche qui si sostiene l'esistenza di una serie di valori morali indipendenti, i quali tuttavia possono sempre essere posti in comparazione. È anche possibile pensare di assegnare ad alcuni valori un'importanza maggiore: essi, tuttavia, non avranno una prevalenza *assoluta* sugli altri (da qui la differenza con la scala assoluta dei valori)¹³¹. Una forma di pluralismo morale debole è riscontrabile nei lavori di Rawls, ove gli individui sono in disaccordo su quali valori debbano

go about pursuing their own personal goals, it is also to ensure that citizens do not fall into a condition of avoidable dependence», L. QUILL, *Liberty after Liberalism. Civic Republicanism in a Global Age*, cit., p. 67.

¹²⁷ F. LOVETT, *A General Theory of Domination & Justice*, cit., pp. 135-231.

¹²⁸ Ivi, p. 141.

¹²⁹ Il pluralismo etico è «la teoria secondo cui i valori ultimi sono plurimi, confliggenti, e i loro conflitti possono risolversi solo caso per caso», M. BARBERIS, *Etica per giuristi*, Laterza, Roma-Bari, 2006, p. 111. Il *pluralismo* etico è opposto al *monismo* (identificabile nell'utilitarismo; p. 158); presuppone il conflitto tra valori ultimi (p. 160); la risoluzione dei conflitti, appunto, non si dà mai in via generale, ma solamente nei casi particolari (p. 162).

¹³⁰ F. LOVETT, *A General Theory of Domination & Justice*, cit., pp. 141-142.

¹³¹ Ivi, p. 142.

prevalere, poiché possiedono diverse concezioni del bene (il cosiddetto «*reasonable pluralism*»¹³²; cfr. *infra*, § 2.7.2a).

L'indagine di Lovett risulta utile, dunque, ai fini dell'elaborazione di una teoria della non-dominazione come una teoria della giustizia che assuma un *pluralismo morale debole*. Inoltre, essa è di aiuto anche al fine di considerare una collocazione di tale teoria della giustizia in relazione alla classica opposizione tra teorie *perfezioniste* e teorie *non-perfezioniste*, oltre che tra teorie *deontologiche* e teorie *teleologiche* (punto sul quale si tenterà di avanzare una proposta). Come ricorda Lovett, è bene tenere presente che si tratta di due distinzioni che rimandano a due orizzonti di concetti distinti, che tuttavia vengono spesso confusi¹³³.

In relazione alla prima questione, si ricorda che le teorie *perfezioniste* assumono un modello di vita umana come il migliore da perseguire. Le teorie perfezioniste possono essere a loro volta *teleologiche*, se sostengono che sia giusto che lo Stato promuova complessivamente quella particolare concezione della vita (come, ad esempio, l'*umanesimo civico* e il *liberalismo perfezionista*), oppure *deontologiche*, se legano quella concezione della vita umana alla modalità in cui ciascuno (Stato e individui compresi) deve comportarsi, orientando tutti i propri comportamenti al rispetto di quel valore. La teoria della non-dominazione *non* sarà una teoria perfezionista: il valore della non-dominazione, infatti, *non* è un valore *thick* dal punto di vista morale, che promuove una determinata concezione della vita umana come *valuable*, un'idea di *human flourishing*. Essa, al contrario, è *agnostica* rispetto alle concezioni del bene¹³⁴, ponendo semplicemente il requisito minimo del rispetto della libertà e definendo la libertà, in particolare, nella forma della non-dominazione (come si è visto *supra*, § 2.3). Ciò non significa che le

¹³² J. RAWLS, *Political Liberalism*, cit., pp. 3-4.

¹³³ F. LOVETT, *A General Theory of Domination & Justice*, cit., pp. 162. In filosofia morale, la distinzione tra concezioni del *giusto* e del *bene* e tra concezioni *deontologiche* e *teleologiche*, è bene precisarlo, è una questione tanto basilare quanto inflazionata e dibattuta e, per ciò stesso, in realtà, non uniforme in tutti gli autori. Pertanto, si ritiene utile specificare che, per coerenza interna alla trattazione, ci si rifà qui alle definizioni di F. LOVETT, *A General Theory of Domination & Justice*, cit.: «In practical or ethical philosophy, it is common to distinguish conceptions of the good from conceptions of the right. A conception of the good is, roughly speaking, an account of what makes a human life go better or worse; a complete theory of the good would thus be a complete account of human flourishing. By contrast, a conception of the right is roughly an account of morality—that is, an account of right and wrong, or of what human beings owe to one another in their capacity as morally responsible agents» (p. 160); «Some theories of social justice start from the assumption that the right derives its justification independent of any particular conception of the good, and thus that the former has a certain sort of priority over the latter—that the right limits or constrains the acceptable conceptions of the good, perhaps. These sorts of theories are generally called deontological theories. [...] By contrast, other theories of social justice start from the contrary assumption that the right derives its justification from some independently established conception of the good, and thus that the latter has a certain sort of priority over the former. These are generally called teleological theories. Among the latter, some theories specifically define social justice as the maximization of some independently established good (or, equivalently, as the minimization of some independently established bad), and so they might be called strictly teleological» (p. 161). Cfr. PH. PETTIT, «Consequentialism», in P. SINGER (ed.), *A Companion to Ethics*, Blackwell, Oxford, 2000, pp. 230-240, che distingue tra teorie «consequentialist» e «non-consequentialist», argomentando a favore delle prime.

¹³⁴ F. LOVETT, *A General Theory of Domination & Justice*, cit., pp. 162. Analogamente, S. BESSON, J.L. MARTÍ, «Legal Republicanism: Mapping the Issues», cit., p. 17, ove si sostiene che l'adozione per una teoria della partecipazione come *valuable* in sé oppure in senso meramente strumentale è questione altra dal perfezionismo.

conseguenze dell'adozione di una teoria della non-dominazione siano "semplici": essa, infatti, «has the advantage of being *theoretically thin* and *empirically thick*»¹³⁵.

Anche le teorie *non perfezioniste* possono concepirsi sia in senso *deontologico* o *teleologico*. In particolare, Lovett sostiene una teoria della non-dominazione in senso *non-perfezionista* e *teleologico*: lo Stato, dunque, dovrà promuovere il massimo livello di non-dominazione possibile ('massimizzare' la dominazione). Tuttavia, lo Stato non concepirà la non-dominazione come un modello di vita buona: esso si limiterà a sostenere che una qualsiasi concezione accettabile del bene debba includere la non-dominazione come *condizione* dello *human flourishing*¹³⁶: quest'ultimo, invece, non sarà oggetto specifico di regolazione statale, lasciandosi alla libertà individuale la scelta circa la sua adozione (o meno). Esisteranno poi varie concezioni del bene che garantiranno a loro volta la non-dominazione, e Lovett si dice agnostico in tal senso. Come d'altro canto già sottolineava Pettit, l'ideale repubblicano

«[e]sige, cioè, che lo stato sia costretto a perseguire *solo* gli interessi comuni e riconoscibili della cittadinanza. Intesa in questo modo, la formula presenta tre significative implicazioni. Vieta allo stato di tenere conto di beni che non paiono rientrare negli *interessi* dei cittadini. Gli vieta di tenere conto di beni che non siano materia di interessi *riconoscibili*. Vieta inoltre di tenere conto di beni che non siano materia di interessi *comuni*. Di conseguenza respinge lo stato perfezionista che abbraccia un bene presunto senza riguardo per gli interessi dei cittadini. Rifiuta lo stato paternalista che non tiene conto di ciò che gli individui percepiscono come i propri interessi e, soprattutto, rifiuta lo stato che tiene conto degli interessi riconoscibili di alcuni individui o gruppi a discapito della totalità dei cittadini»¹³⁷.

Lo Stato che risulterebbe dall'accettazione di una teoria non-perfezionista e teleologica della non-dominazione, dunque, sarebbe uno Stato non paternalista e non individualista. Ma che cosa potrebbe realmente significare, in questo caso, massimizzare la libertà dalla dominazione? Come è stato indicato, massimizzare la non-dominazione potrebbe voler dire: 1) promuovere la massimizzazione di una serie di beni, *tra i quali* rientra anche la non-dominazione; 2) promuovere la massimizzazione della libertà dalla dominazione come bene *unico e assoluto*; 3) promuovere la massimizzazione della libertà dalla dominazione come un *mezzo* per il raggiungimento di altri beni¹³⁸.

L'indicazione data da Pettit in *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*, è che la libertà dalla dominazione debba essere proposta come un bene *strumentale*¹³⁹ (entro

¹³⁵ F. LOVETT, *A General Theory of Domination & Justice*, cit., pp. 164 (corsivi miei).

¹³⁶ Se, da un lato, ciò significa che la teoria della non-dominazione accetta una concezione *minima* di bene comune (o, meglio, delle *condizioni* per il bene comune), dall'altro ciò porta necessariamente al rifiuto del *principio di neutralità* del liberalismo: cfr. F. LOVETT, "The republican critique", cit., p. 395. Cfr., sul punto, *infra*, § 2.8.3.

¹³⁷ La citazione è reperibile nel *Poscritto 1999*, nell'edizione italiana: PH. PETTIT, *Il repubblicanesimo. Una teoria della libertà e del governo*, cit., pp. 341-342.

¹³⁸ Lo sottolinea CH. NADEAU, "Non-Domination as a Moral Ideal", cit., pp. 108-109.

¹³⁹ Cfr. PH. PETTIT, *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*, cit., pp. 83-90. Cfr. M.J. BERTOMEU, A. DOMÈNECH, "El republicanismo y la crisis del rawlsismo metodológico (Nota sobre método y sustancia normativa en el debate republicano)", in *Isegoría*, 33, 2005, pp. 51-75, p. 66. La questione, però, è più complicata di quanto non sembri. Honohan, infatti, ha sottolineato che esistono due modi di concepire lo strumentalismo: 1) in senso *individualista*, tipico della prospettiva liberale (e dei liberali-repubblicani), che concepisce il bene comune come condizione per la realizzazione individuale, quel bene di cui ciascuno gode individualmente; 2) in senso *pratico-intersoggettivo*, valorizzando la necessaria socialità dell'essere umano, così come il fatto che alcuni beni

un approccio consequenzialista¹⁴⁰) volto al raggiungimento di determinati benefici, che Pettit stesso indica nel numero di tre. Il primo sarebbe la *sicurezza*, poiché, rispetto alla libertà come non-interferenza, si accetta la coercizione quando essa non è arbitraria e, dunque, si sa “quando aspettarsi” l’interferenza, mentre la libertà come non-interferenza causerebbe instabilità e insicurezza, non sapendo mai gli individui quando aspettarsi l’interferenza. Il secondo sarebbe la condizione di *tranquillità*, che non si verifica in un regime di libertà come non-interferenza, ove tutti sono vigili e adottano comportamenti strategici per evitare possibili abusi. Il terzo sarebbe quello di poter godere *appieno* della propria libertà nei confronti degli altri: non ci si dovrebbe “inchinare” ai potenti di turno, potendo “camminare a testa alta”. In realtà, a nostro avviso, qui Pettit starebbe confondendo i benefici della libertà intesi come *caratteristiche* della libertà stessa con le *conseguenze* cui la libertà potrebbe portare intese come beni *diversi* dalla libertà come non-dominazione. È evidente che i tre benefici indicati da Pettit debbano essere intesi come *caratteristiche interne* della libertà come non-dominazione, senza le quale essa costituirebbe un ideale privo di significato. Considerare un bene come *strumentale* significa utilizzarlo come mezzo per il raggiungimento di un *altro bene*, teoricamente concepibile come *esterno*, terzo, rispetto al bene utilizzato come mezzo. Se i benefici indicati costituiscono già caratteristiche interne del bene che si promuove come mezzo, non si capisce come essi possano essere visti come un bene esterno, se non nella misura in cui la libertà come non-dominazione dovrebbe essere intesa *sia* come un *mezzo* *sia* come un *fine*.

In questo senso, risulta utile richiamare la riflessione sui tipi di approcci alla libertà svolta da Pettit. Egli sostiene che essa può essere vista o come un «value or good or ideal» che «should serve as a goal for the state to promote», oppure «that it should serve as a constraint on how the state is to pursue other goals»¹⁴¹. Evidentemente, i due approcci coincidono con l’approccio *teleologico* e l’approccio *deontologico*. Ora, concepire la libertà come scopo significherebbe massimizzare la libertà come *obiettivo*, indipendentemente dal modo che si utilizzerà per ottenere tale risultato¹⁴². Al contrario, concepire la libertà come *vincolo* significherebbe onorarla nell’azione concreta, indipendentemente dal fine al quale si tende¹⁴³.

Si pensi, come fa Pettit, al caso della libertà come *non-interferenza*. Se essa viene concepita in senso *teleologico*, è posta come risultato da ottenere. In questo caso, la versione te-

comuni possono essere goduti solo nell’interazione e che alcuni mali sociali non possono essere evitati esclusivamente dalla prospettiva individualista: I. HONOHAN, *Civic Republicanism*, cit., pp. 150-154.

¹⁴⁰ Lo ricorda, *ex multis*, L. ANDRONACHE, “Contemporary republican theories. In search of solidarity”, cit., p. 115. Per l’approccio consequenzialista di Pettit, cfr. PH. PETTIT, “Consequentialism”, cit.

¹⁴¹ PH. PETTIT, *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*, cit., p. 97.

¹⁴² Cfr. P. SCHINK, “Freedom, Control and the State”, in A. NIEDERBERGER, P. SCHINK, *Republican Democracy. Liberty, Law and Politics*, cit., pp. 205-232, pp. 214-215, che sostiene che le teorie socialiste e socialdemocratiche costituiscano un esempio di questa «outcome-based defense», in cui il *modus operandi* non è importante di per sé, ciò che conta è il risultato, dunque il raggiungimento della libertà.

¹⁴³ PH. PETTIT, *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*, cit., pp. 97-98. Cfr. P. SCHINK, “Freedom, Control and the State”, cit., pp. 205-232, pp. 214-215, il quale ricorda che si tratta della «procedural defense», l’impostazione che si concentra su aspetti procedurali, la cui massima espressione è contenuta nel pensiero contrattualista o nella tradizione del diritto naturale.

leologica della non-interferenza sarà cieca rispetto alla forma di Stato che garantisce tale libertà: l'importante è il conseguimento della libertà stessa, non la modalità di comportamento statale – ciò che ha permesso a Hobbes di sostenere che i cittadini di Lucca e quelli di Costantinopoli godono della stessa libertà. Al contempo, si tenderà ad accettare un'interferenza a condizione che essa massimizzi la libertà¹⁴⁴: un'interferenza minima a condizione di massimizzare la libertà come non-interferenza. Se invece essa è percepita in senso *deontologico*, ogni tipo di interferenza verrebbe inteso come una violazione della libertà come non-interferenza, si tenderà a mettere in rilievo che lo stesso comportamento statale è fonte di interferenza e dunque si privilegerà quello Stato che interferisca il meno possibile, facendo uso dei diritti come limite contro lo Stato¹⁴⁵.

Ora, lo stesso ragionamento vale per la libertà come *non-dominazione*. Se essa viene concepita in senso *teleologico*, è necessario fare sì che l'obiettivo sia quello della minimizzazione della condizione di non-dominazione. Se, invece, la si tratta in senso *deontologico*, lo Stato dovrebbe garantire che non vi sia dominazione nel comportamento degli agenti (compreso se stesso), a prescindere dalla sua massimizzazione¹⁴⁶. Un approccio potrebbe essere quello dei diritti, che vedrebbero l'offesa alla libertà come non-dominazione come una violazione del diritto alla libertà¹⁴⁷.

Nei primi scritti, Pettit è esplicito nello scegliere la versione *teleologica* della libertà dalla dominazione come *strumento* per il raggiungimento dei benefici indicati in precedenza¹⁴⁸.

Tuttavia, si ritiene che questo approccio pecchi di incoerenza o, meglio, che fallisca nel tenere in considerazione la vera natura della libertà dalla dominazione. Si prenda come esempio una città-Stato immaginaria in cui viga una norma, opportunamente emanata secondo le regole che presidiano l'utilizzo delle fonti giuridiche in quella città, che giuridifica il principio della libertà dalla dominazione, prevedendo la sanzione dell'espulsione automatica e immediata degli individui che non la rispettano, ponendo in essere comportamenti che superino una certa soglia di "rischio di dominazione", attraverso un complesso sistema tecnologico che teletrasporta immediatamente tali individui fuori dalla città. Se il sistema funziona come dovrebbe, esso permette di garantire che qualsiasi tipo di relazione sociale in quella città sia improntato al principio della non-dominazione: la stessa presenza in quel luogo degli individui ivi stanziati

¹⁴⁴ Lo sottolinea CH. NADEAU, "Non-Domination as a Moral Ideal", cit., p. 132.

¹⁴⁵ PH. PETTIT, *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*, cit., p. 98.

¹⁴⁶ Ivi, p. 99.

¹⁴⁷ Lo ricorda CH. NADEAU, "Non-Domination as a Moral Ideal", cit., la quale rigetta questo approccio sulla base del seguente argomento: «If the nature of domination is as murky as we have been led to believe, it seems that the nature of its effect will be very hard to prove. One must remember that interference is an act whereas domination is a relation of power, so it appears that the vocabulary of rights is not best suited for combating domination. In other words, the vocabulary of rights is more successful when dealing with interferences, but fails to decipher the language of domination» (pp. 132-133).

¹⁴⁸ L'approccio consequenzialista di Pettit, peraltro, è testimoniato dal suo stesso contributo alla stesura di J. BRAITHWAITE, PH. PETTIT, *Not Just Deserts. A Republican Theory of Criminal Justice*, Clarendon Press, Oxford, 1990. Si noti, però, che esso è precedente alla piena elaborazione della teoria della non-dominazione, che si può far iniziare con *Republicanism. A Theory of Freedom and Government* e proseguire negli scritti successivi di Pettit, ove l'autore approfondisce il concetto e mette in luce aspetti che possono essere resi maggiormente compatibili, entro la prospettiva adottata nel presente lavoro, anche con un approccio deontologico.

significa che essi rispettano la norma, altrimenti il sistema li teletrasporterebbe altrove. In questo senso, vi è un rispetto *deontologico* per la non-dominazione: la modalità di agire dei singoli cittadini è coerente con la libertà dalla dominazione. Eppure, se si guarda il sistema nel suo insieme, si noterà anche un altro dettaglio. Si immagini, per esempio, di recarsi all'Istituto Cittadino di Statistica, il quale, tra le altre attività che svolge, si occupa anche di raccogliere dati sul godimento effettivo del bene della non-dominazione a livello di sistema. Ciò che si noterà è che, tendenzialmente, tutti godranno del medesimo livello di non-dominazione, in quantità piuttosto elevate.

Ciò su cui questo esempio permette di far luce è che la non-dominazione, per sua stessa struttura intrinseca, è un *bene relazionale*. È, cioè, un *bene* che può essere proposto in senso generale (secondo una concezione *teleologica*) come scopo o come mezzo per il raggiungimento di altri scopi. Ebbene, dopo un certo lasso di tempo si noterà che promuovere tale bene con uno strumento di *policy* tenderà ad una strutturazione delle relazioni sociali essa stessa improntata ad una minor dominazione: si pensi al caso di coloro che per sopravvivere, prima di quella politica, erano costretti a vendere il proprio corpo, e ora possono sopravvivere in maniera dignitosa senza doverlo fare. Essi godranno di *relazioni* in cui vi è un minor livello di dominazione, poiché non dovranno dipendere da altri soggetti per il proprio mantenimento (e se viene meno la dipendenza, viene meno la dominazione stessa). E ciò funziona anche al contrario: in una società in cui gli individui hanno diritto a che gli altri non si comportino nei loro confronti con modalità relazionali improntate alla dominazione, dopo un certo lasso di tempo si noterà un miglioramento non solo nelle relazioni intersoggettive, ma anche a livello di sistema, nella quantità di non-dominazione goduta a livello generale.

Se ne può quindi dedurre che la libertà dalla dominazione può essere oggetto di un approccio *al contempo deontologico e teleologico* (ad esempio, nelle forme di un *utilitarismo della regola*¹⁴⁹), al contrario della libertà come non-interferenza. Quest'ultima, infatti, è compatibile con approcci teleologici di massimizzazione che escludono l'approccio deontologico: d'altra parte, la libertà come assenza di interferenza di un gruppo sociale è totalmente compatibile con la riduzione in schiavitù di un altro gruppo sociale. La libertà dalla dominazione, al contrario, non tollera le riduzioni solamente deontologiche o solamente teleologiche.

Il fatto che un approccio possa essere "ibrido", peraltro, non costituisce un'ipotesi inedita nelle teorie della giustizia: lo stesso Lovett riconosce che vi possono essere teorie teleologiche che «define the right as the honoring of an independently established good»¹⁵⁰. Lo stesso

¹⁴⁹ Secondo l'approccio dell'*utilitarismo della regola*, rispettare il vincolo (in senso deontologico) porterà automaticamente, nel lungo periodo, al raggiungimento del medesimo bene a livello di sistema (in senso teleologico). Cfr. R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1977, pp. 170-171: «[R]ights and duties may be justified on the ground that, by acting as a complete justification on particular occasions, they in fact serve more fundamental goals [...]. The point is [...] the familiar one of *rule utilitarianism*, that treating the right or duty as a complete justification in particular cases, without reference to the more basic goal, will in fact advance the goal in the long run» (nonostante poi Dworkin non aderisca a tale approccio).

¹⁵⁰ Secondo Lovett, la teoria di Dworkin ne costituisce un evidente esempio. L'autore ricorda anche la possibilità di un approccio inverso, contemplato (e rigettato) da Nozick nell'interrogarsi sulla possibilità di una «right-maximizing theory»: F. LOVETT, *A General Theory of Domination & Justice*, cit., p. 161. I riferimenti sono a: R. DWORKIN, "Foundations of Liberal Equality", in G.B. PETERSON (ed.), *The Tanner Lectures on Human Values*,

Pettit, in realtà, sostiene che vi sia la possibilità – con la quale egli, tuttavia, non concorda¹⁵¹ – di collegare il repubblicanesimo all’approccio dei diritti, entro uno schema deontologico:

«One way of linking rights-talk with republicanism would be to recognize certain natural, perhaps absolute, rights not to be interfered with on an arbitrary basis; these would be different from natural rights not to be interfered with on any basis, and would not raise problems for legitimating the state: in practice, they would be rights against interference other than by a suitable law. Such an approach would amount to a programme of honouring non-domination, and would constitute a deontological-version of republican thought»¹⁵².

In realtà, si è visto che l’impostazione deontologica finirebbe per promuovere il bene della non-dominazione anche a livello generale di sistema, dunque si ritiene che non vi sia incompatibilità tra approccio *deontologico* e approccio *teleologico* alla questione della libertà dalla dominazione. Ovviamente, l’esempio appena riportato *non* esaurisce il tentativo di fondare una teoria dei diritti sulla libertà intesa come non-dominazione: esso presenta alcune questioni problematiche, come l’espressione ‘diritto naturale’, diritto ‘assoluto’ e via dicendo. Nel prosieguo (cfr. *infra*, § 2.8.3) si tenterà proprio di analizzare la questione del possibile approccio neo-repubblicano ai diritti fondato sulla libertà dalla dominazione.

Il fatto che l’approccio da adottare, se si desidera tenere in considerazione una dimensione deontologica della libertà come non-dominazione, debba *includere* anche un approccio teleologico deriva dal fatto che, come alcuni hanno osservato, concepire tale libertà esclusivamente come un vincolo da onorare può portare ad una contraddizione interna¹⁵³: non esiste, infatti, un vero metro di misura capace di statuire una percentuale di dominazione in un dato comportamento. Ogni approccio deontologico volto ad onorare la non-dominazione come regola di comportamento dovrà essere necessariamente *tendenziale*: tra le ragioni a sostegno o a detrimento di un determinato comportamento, quindi, dovranno prevalere quelle che *tendono* ad onorare meglio quel principio come regola.

A questo punto, si può pensare di criticare il risultato cui sono giunti Pettit e Lovett, in particolare tenendo a mente che l’obiettivo sarà quello di costruire una possibile teoria neo-repubblicana dei diritti fondata sul valore fondamentale della non-dominazione. Se confrontato con l’approccio di Pettit, infatti, quello di Lovett risulta coerente, ma permette di evidenziare una possibile aporia:

«In considering the contrasting policy implications of freedom from domination and freedom from interference, we make two simplifying moves. First, we take each value to represent a good that is to be promoted overall, rather than a source of deontological side constraints on how the state is to act; and second, we remain

vol. XI, 1990, pp. 1-119; ID., *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2000; R. NOZICK, *Anarchy, State, and Utopia*, Basic Books, New York, 1974, pp. 28-35.

¹⁵¹ L’interpretazione di Pettit, al contrario, potrebbe essere considerata «adverse to the notion of individual rights. Non-domination, as conceived by Pettit, is a *consequentialist* ideal. This means that it refers to a goal – the overall reduction of arbitrary power in society – to be promoted by social institutions, rather than a constraint on the latter’s actions (the protection of “natural” rights would be such a constraint)», C. LABORDE, J. MAYNOR, “The Republican Contribution to Contemporary Political Theory”, cit., pp. 16-17.

¹⁵² PH. PETTIT, *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*, cit., p. 101 (in nota; corsivi nostri).

¹⁵³ Lo ha sottolineato CH. NADEAU, “Non-Domination as a Moral Ideal”, cit., pp. 110-111.

agnostic as to whether the aim in each case is to achieve roughly an equality of freedom or to achieve the greatest total freedom in sum or aggregate»¹⁵⁴.

Assumendo la libertà come non-dominazione in senso teleologico, Pettit, al pari di Lovett, ritiene che lo Stato debba rimanere agnostico rispetto alla questione se la libertà dalla dominazione debba essere promossa con lo scopo di: a) raggiungere un'eguaglianza *nella libertà*, o b) raggiungere *la maggior quantità di libertà aggregata*. Si tratta di due situazioni molto diverse: nella prima, si tollererebbe una minor quota generale di libertà purché essa sia condivisa da tutti in maniera uguale; nella seconda, invece, si tollererebbe che una porzione della società goda della libertà dalla non-dominazione in misura minore rispetto al resto. Tuttavia, così facendo si rischia di dimenticarsi completamente del carattere profondamente e intrinsecamente egitario *ex se* della non-dominazione: come si vedrà in seguito (cfr. *infra*, § 2.6), infatti, la libertà dalla dominazione promuove essa stessa l'eguaglianza, poiché non è possibile concepire che gli individui siano realmente liberi dalla dominazione nelle loro relazioni sociali se non lo sono *tutti allo stesso modo*. Lo stesso Pettit, infatti, riconosce che «[a]s a matter of fact, we believe that the promotion of nondomination in sum will tend to coincide with the promotion of equal nondomination, and moreover that there is an important contrast in this respect with noninterference, although we do not address that claim here»¹⁵⁵.

Inoltre, vi è chi ha sottolineato che lo stesso Pettit, nel trattare della libertà dalla dominazione come un concetto *relazionale* – che non risulta, cioè, indipendente dal tipo di relazioni tra gli agenti –, oltre che nel definire che cosa sia l'interferenza arbitraria, non potrebbe né sostenere un approccio «outcome-based» (dunque *teleologico*) dell'interferenza stessa, che la definisce solamente in relazione al suo *contenuto*, né un approccio «procedurale» (dunque *deontologico*), che la definisce solamente in relazione alla sua *genesì*¹⁵⁶. Se dunque la promozione della massima quota di libertà coinciderà con la massima eguaglianza nella libertà, ciò significa che lo Stato si impegnerà evidentemente al contempo sia sul fronte della libertà sia su quello dell'eguaglianza. La non-dominazione, infatti, è un'ideale semplice da concepire, e tuttavia richiede allo Stato una costante attività di promozione per raggiungere la quota massima di libertà (è sempre *in divenire*¹⁵⁷), dato che una porzione anche piccola di dominazione rende le relazioni sociali non improntate al principio della libertà come *assenza* della dominazione, oltre alla quota massima di uguaglianza nel godimento della libertà.

Risulta dunque chiaro che aderire alla teoria della giustizia come non-dominazione di Lovett non deve necessariamente implicare una adesione alla modalità di applicazione di tale teoria. Può essere coerente accettare tale teoria della giustizia e, al contempo, argomentare a

¹⁵⁴ PH. PETTIT, "Keeping Republican Freedom Simple. On a Difference with Quentin Skinner", cit., p. 347.

¹⁵⁵ *Ibidem*.

¹⁵⁶ P. SCHINK, "Freedom, Control and the State", cit., pp. 214-215.

¹⁵⁷ Cfr. CH. NADEAU, "Non-Domination as a Moral Ideal", cit., che descrive la libertà come non-dominazione nei termini di un costante *work in progress*: «Republican theory sees liberty as a work in progress. It does not take the state of non-domination for granted, for it does not see it as being given judicially. Liberty is the product of a constant collective work, and this work is endless since if it did come to end, it would cease to exist. [...]. In other words, liberty as non-domination can always be pursued further. [...] [I]t means that liberty has meaning only when it is constantly reactivated by citizens and institutions alike» (pp. 110-111).

favore di un approccio ad essa di tipo *deontologico* e *teleologico* insieme: ciò permetterebbe di utilizzare l'approccio dei diritti e di applicare ad esso la teoria della libertà dalla dominazione.

Inoltre, un simile approccio permetterebbe di evitare alcune delle aporie derivanti dalla concezione del neo-repubblicanesimo in termini ancorati alla contrapposizione tra liberalismo e comunitarismo. Si ricordi ad esempio Sandel, il quale sosteneva che la differenza tra repubblicano e liberale è da ricercarsi nel fatto che il primo si domanda in che modo la comunità può raggiungere l'autogoverno (peraltro dando adito all'interpretazione per cui il raggiungimento dell'autogoverno sarebbe stato esso stesso il fine del repubblicanesimo, non il mezzo per tutelare la libertà¹⁵⁸), il secondo in che modo i cittadini devono essere trattati dal governo¹⁵⁹. O si ricordi Skinner, che ha sostenuto che la massimizzazione della libertà dipende dal fatto che gli individui debbano mettere la causa pubblica prima di ogni altra cosa, anche di se stessi¹⁶⁰. Queste visioni finiscono o per percepire il neo-repubblicanesimo in termini eccessivamente comunitaristici, o per dare adito ad interpretazioni ipostatizzate che sostengono l'inconciliabilità della dimensione privata e pubblica, della dimensione deontologica e teleologica. Peraltro, va da sé che esse non risultino capaci di tenere in considerazione i diritti, poiché pare che essi siano sempre rimovibili per mano di questioni di *policy*.

In conclusione, adottare un approccio meramente *teleologico* – come fanno Lovett e Pettit – significherebbe concentrarsi solamente sul contenuto delle relazioni di dominazione, dimenticando che essa, trattando di questioni (soprattutto) relazionali, finirebbe per essere giustificata nel caso in cui lo Stato massimamente oppressore utilizzasse il suo potere per garantire ai cittadini la libertà dalla dominazione, risultando però esso stesso in una forma di dominazione¹⁶¹ – ma ciò vale anche al contrario, nelle relazioni tra privati.

¹⁵⁸ M. VIROLI, *Repubblicanesimo*, cit., p. 54. Cfr. anche ID., “Repubblicanesimo, liberalismo e comunitarismo”, cit., p. 77: «Per i teorici repubblicani essere cittadini non significa tanto appartenere ad una comunità etno-culturale che si autogoverna, ma significa anche esercitare i diritti civili e politici che derivano dall'appartenenza ad una *respublica*, o *civitas*, ovvero ad una comunità *politica* prima che culturale o etnica, che ha per fine permettere agli individui di vivere insieme nella giustizia e nella libertà sotto il governo della legge. Per i repubblicani il bene comune più importante è la giustizia, perché solo nella città giusta gli individui non sono costretti a servire la volontà di altri uomini e possono vivere liberi», ciò che pare corroborare l'ipotesi di una teoria al contempo deontologica e teleologica.

¹⁵⁹ M.J. SANDEL, *Democracy's Discontent*, cit., p. 27.

¹⁶⁰ Q. SKINNER, “On Justice, the Common Good and the Priority of Liberty”, in CH. MOUFFE (ed.), *Dimensions of Radical Democracy*, Verso, London, 1992, pp. 211-224.

¹⁶¹ P. SCHINK, “Freedom, Control and the State”, cit., p. 215. In realtà, è necessario sottolineare (come fa Schink) che Pettit, nei suoi scritti successivi, concede che un *account* della libertà dalla dominazione non possa essere dipendente dal contenuto (e dunque privilegiare l'approccio «outcome-based») proprio per evitare di cadere nelle stesse aporie di coloro che hanno letto la libertà repubblicana in termini di libertà positiva (come i comunitaristi), ricordando quanto aveva affermato in passato, e cioè che la libertà dalla dominazione dipende in maniera profonda dal tipo di relazioni tra agenti.

Nel prosieguo (cfr. *infra*, § 2.8.3), si tenterà di analizzare la possibilità che sia lo stesso sistema di diritti – reinterpretati in chiave neo-repubblicana – a far coincidere l’interesse collettivo e l’interesse comune: i diritti, cioè, come virtù, «quella particolare forma di saggezza che fa capire ai cittadini che il loro interesse individuale è parte del bene comune»¹⁶².

2.5 – Dalla libertà come non-dominazione alla dominazione discorsiva e strutturale

Una volta tratteggiata a grandi linee la teoria della non-dominazione, è interessante sottolineare che Pettit, in lavori successivi, si preoccupa di approfondire la propria nozione di «human agent», con il precipuo scopo di rendere la propria idea di *agency* compatibile con la teoria del discorso:

«I want to argue that whereas the standard image of the human subject as a relatively rational centre of belief, desire and action gives us no firm ground for ruling either way on how those differences should be resolved, a second, more specific image of the human being [...] rules in favour of the republican position. *This image casts the human agent* not only as a centre of belief and desire and action—as a decision-theoretic subject—but also as a creature which has the capacity to reason about beliefs and desires and actions in discourse with others; broadly speaking, it casts the human being in the manner of discourse theory»¹⁶³.

Anche nella costruzione del soggetto è evidente, da parte di Pettit, un parziale rifiuto della teoria liberale, modulata sull’immagine del soggetto standard inteso come centro razionale di interessi, desideri e azioni (che egli definisce «*decision-theoretic subject*»): al contrario, il neo-repubblicanesimo dovrà fondarsi sulla capacità discorsiva intersoggettiva («*discourse-theoretic subject*»). Si tratta di un punto molto importante poiché, come si vedrà, esso permette di collegare la teoria della dominazione non solamente alla questione generale della libertà, bensì alla questione delle relazioni discorsive intersoggettive, che consente uno sguardo “più da vicino” alle problematiche della libertà d’espressione e dell’*hate speech*.

Secondo Pettit, il modello *decision-theoretic* descrive l’essere umano come soggetto che prende decisioni in modo da preferire l’opzione che massimizza l’utilità della scelta a partire da credenze, desideri e preferenze predeterminate, che già possiede: il *focus*, dunque, è sulla scelta tra le opzioni disponibili¹⁶⁴. Al contrario, il modello *discourse-theoretic* sottolinea che gli esseri umani possiedono credenze, desideri e preferenze che variano in base all’influenza del discorso intersoggettivo, come sostiene Jürgen Habermas¹⁶⁵.

Pettit individua un’interessante aporia nel modello *decision-theoretic*. Si immagini un’interferenza arbitraria, dice l’autore, fondata su una minaccia coercitiva – per esempio, poniamo il caso di un criminale che ferma per strada un passante e lo minaccia dicendo «*Your*

¹⁶² M. VIROLI, *Repubblicanesimo*, cit., p. IX.

¹⁶³ PH. PETTIT, “Discourse Theory and Republican Freedom”, cit., pp. 62-82, p. 62.

¹⁶⁴ Ivi, pp. 70-71.

¹⁶⁵ In questo senso, è imprescindibile il riferimento a J. HABERMAS, *The Theory of Communicative Action*, vol. I, *Reason and the Rationalization of Society*, translated by Thomas McCarthy, Beacon Press, Boston, 1984; ID., *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, cit.

money, or your life»¹⁶⁶. È evidente che per l'ideale della non-dominazione si tratta di una situazione che diminuisce la libertà della persona alla quale si rivolge la minaccia. Eppure, anche per l'ideale della non-interferenza potrebbe trattarsi di una riduzione della libertà, secondo l'argomento di Ian Carter e Matthew H. Kramer, poiché la libertà come non-interferenza sarebbe capace di comprendere anche la situazione dell'*interferenza potenziale*: imponendo di scegliere tra la vita e i soldi, il ladro non starebbe interferendo concretamente, bensì solo in maniera potenziale, mentre la vittima rimane libera di scegliere concretamente tra la vita e i soldi¹⁶⁷. Il punto su cui divergono liberalismo e neo-repubblicanesimo, secondo Carter e Kramer, non sarebbe tanto la libertà, bensì la capacità di scelta: pur trattandosi di una riduzione della libertà secondo l'ideale base della non-interferenza, tale situazione non causa una riduzione della capacità di scelta nel modello *decision-theoretic*, poiché il soggetto continua ad avere la possibilità di decidere tra le opzioni disponibili: o i soldi, o la vita. Non si tratterebbe, cioè, di un'interferenza concreta, bensì potenziale. L'unico modo, secondo Pettit, in cui si può ricavare utilità da tale modello è quello di sostenere che il soggetto ha *reale* capacità di decisione sulle opzioni disponibili: nell'esempio, infatti, vi è un'opzione che viene rimossa dal panorama delle opzioni disponibili, ovvero quella di tenere *sia* il denaro, *sia* la vita¹⁶⁸. La libertà generale è dunque ridotta dalla coercizione, ma non la libertà di scelta tra l'una e l'altra opzione: la riduzione della libertà, dunque, è una riduzione delle opzioni disponibili¹⁶⁹ e, come tale, nella prospettiva di Skinner e Pettit, una vera e propria interferenza *attuale*, non solo potenziale¹⁷⁰.

«The problem is that it is often [...] unclear where the boundary between self and non-self should be drawn [...]. When his sailors interfere non-arbitrarily with Ulysses, following his earlier instructions, do they represent the presence of a non-self in determin[ing] [...] his actions? In one sense, yes [...]. But in another sense, no»¹⁷¹.

¹⁶⁶ Non si utilizza questo esempio in maniera casuale: al contrario, si tratta di un esempio che, in altri scritti, ha a lungo costituito oggetto di dibattito tra Skinner e Pettit, da un lato, e I. Carter e M.H. Kramer, dall'altro. Carter e Kramer, infatti, criticano la libertà repubblicana sostenendo che essa non sia incompatibile con la libertà negativa come assenza di interferenza: cfr. M.H. KRAMER, "Liberty and Domination", in C. LABORDE, J. MAYNOR (eds.), *Republicanism and Political Theory*, cit., pp. 31-57; I. CARTER, "How are Power and Unfreedom Related?", in C. LABORDE, J. MAYNOR (eds.), *Republicanism and Political Theory*, cit., pp. 58-82. Per un'analisi più completa e dettagliata, si vedano i lavori monografici dei due autori sul tema: I. CARTER, *A Measure of Freedom*, Oxford University Press, Oxford, 1999; M.H. KRAMER, *The Quality of Freedom*, Oxford University Press, Oxford, 2003.

¹⁶⁷ Q. SKINNER, "Freedom as the Absence of Arbitrary Power", cit., p. 95.

¹⁶⁸ Sia Skinner sia Pettit concordano su questo punto: Q. SKINNER, "Freedom as the Absence of Arbitrary Power", cit., p. 94.; PH. PETTIT, "Republican Freedom: Three Axioms, Four Theorems", cit., p. 119.

¹⁶⁹ PH. PETTIT, "Republican Freedom: Three Axioms, Four Theorems", cit., p. 119.

¹⁷⁰ «A further change brought about by the highwayman is that an *existing* object of choice is replaced. Until your journey was interrupted, you were in a position to hold on to your cash as well as your life. But this option has now been replaced by that of being able to hold on to your life only at the expense of handing over your cash. [...]. There *is* an act of interference, for if an option previously available to you has been replaced, some agent must have interfered with sufficient coercive force to replace it», Q. SKINNER, "Freedom as the Absence of Arbitrary Power", cit., pp. 95-96. Pettit, dal canto suo, afferma: «Interference involves control so far as it serves the desires of the interferer, A, by changing the probabilities associated with the different options before the interferee, B. And that control will be alien so far as the interference practiced undermines B's ability, with one or another option, to think, or think rightly: I can just do that; I can just take that option, as originally presented», PH. PETTIT, "Republican Freedom: Three Axioms, Four Theorems", cit., p. 110.

¹⁷¹ PH. PETTIT, "Discourse Theory and Republican Freedom", cit., pp. 75-76.

L'esempio di Ulisse è calzante, poiché permette di comprendere che il modello *decision-theoretic*, che adotta una nozione del *self* collegata alla capacità di scegliere, conduce ad aporie che possono essere risolte, come si diceva, solo in virtù della possibilità di *controllare realmente le opzioni disponibili*. Può sembrare una questione di poca importanza, ma se ne comprenderà l'utilità in relazione alla questione dell'*hate speech* (grazie, anche, alla teoria della performatività; cfr. *infra*, CAP. 4).

Inoltre, il modello *decision-theoretic* è fondato sulle stesse premesse della libertà liberale come non-interferenza, in virtù della quale *tutti* gli atti di interferenza (intesi come azioni intenzionali volte alla limitazione della possibilità di scelta di un soggetto) ledono la libertà, e *solo* quelli. Applicando anche qui il rifiuto della *all-claim* e della *only-claim*, viene alla luce una questione importante. Da un lato, vi sono alcuni atti di interferenza che *non* limitano la capacità di interazione discorsiva dei soggetti – e fin qui, *nulla quaestio*. Dall'alto, però, Pettit sostiene esplicitamente che vi siano alcuni aspetti *non intenzionali* delle modalità di relazione interpersonale di taluni soggetti con altri che ne riducono la libertà¹⁷². Eppure, in *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, egli aveva sostenuto esplicitamente che l'interferenza arbitraria perpetrata dalle persone che dominano dovesse necessariamente essere un comportamento *intenzionale*¹⁷³. In un altro scritto successivo, poi, egli descrive l'interferenza come quella particolare condotta in cui rientrano «intentional or quasi-intentional interventions, [...] where by quasi-intentional interventions I mean the products of negligence in which we would want to hold an agent responsible»¹⁷⁴. Non si comprende bene, cioè, se la riduzione della libertà repubblicana possa essere associata solo ad atti di terzi dal carattere *intenzionale* o anche ad atti *non intenzionali*. Si tratta di una questione di non scarsa rilevanza perché, come si vedrà (cfr. *infra*, § 5.3), richiedere che vi sia o meno l'intenzionalità può influire sull'esito dell'applicazione della teoria della non-dominazione all'*hate speech*.

Ad ogni modo, il modello *discourse-theoretic* adottato da Pettit risulta di particolare utilità nella definizione della libertà come non-dominazione, soprattutto perché permette di estendere la nozione di dominazione a quella che si potrebbe definire *dominazione discorsiva*. Nella definizione della teoria della dominazione discorsiva, è utile fare riferimento anche ad alcune riflessioni che Pettit mette a punto in un altro dei suoi lavori intellettuali: *A Theory of Freedom: From the Psychology to the Politics of Agency* (2001)¹⁷⁵, in cui fa astrazione dalla libertà repubblicana come non-dominazione per estrarne una vera e propria teoria della libertà più generale. In particolare, in questo lavoro egli tenta di collegare la *free will* con la *political liberty*, sostenendo che le due dimensioni (quella psicologica della libera volontà e quella politica) siano sempre andate separate nella riflessione politica e giuridica contemporanea.

Qui, Pettit riflette su quella che definisce «freedom as discursive control»¹⁷⁶:

¹⁷² Ivi, p. 67.

¹⁷³ PH. PETTIT, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, cit., pp. 53-55.

¹⁷⁴ PH. PETTIT, "Republican Freedom: Three Axioms, Four Theorems", cit., p. 110.

¹⁷⁵ PH. PETTIT, *A Theory of Freedom: From the Psychology to the Politics of Agency*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.

¹⁷⁶ Ivi, pp. 65-103.

«Can we identify any particular sort of relationship or standing [...] that would give an agent the status of a free person in relation to others? [...] There is one sort of interaction, and one sort of influence, that paradigmatically meet the requirement expressed. *That is the interaction that occurs when people attempt to resolve a common, discursive problem [...] by common, discursive means*»¹⁷⁷.

È a partire dall'interazione discorsiva che le persone possono ottenere una libertà di *status* (sociale) in relazione agli altri. In questa relazione, Pettit distingue le interazioni «*discursive-friendly*» e quelle «*discursive-unfriendly*»¹⁷⁸. In particolare, una relazione sarà «*discursive-friendly*» fintanto che non impedisca, minacci o restringa l'influenza discorsiva tra le parti, o non renda tale influenza discorsiva più difficile da ottenere. Essa, dal punto di vista di Pettit, sarà costituita da quelle relazioni che permettono alle persone di esercitare reciprocamente un'influenza discorsiva.

Il soggetto pensato da Pettit, ai fini dell'interazione discorsiva, deve possedere due requisiti: 1) la capacità razionale¹⁷⁹; 2) il godimento di uno *status discorsivo*, ovvero l'assenza di soggezione all'influenza discorsiva negativa altrui («*discourse-unfriendly*»):

«*[T]hings will go better in its own terms to the extent that the agent is subject to the discursive influence of others [...] [and] to the extent that he or she is not subject to any influence that is discursively inimical. The agent must have [...] the relational power of occupying in common with others a space that mediates discourse-friendly influence and only discourse-friendly influence. The agent must enjoy [...] discursive status*»¹⁸⁰.

In sostanza, ci si può definire liberi solo a condizione di poter godere di relazioni «*discursive-friendly*». Secondo Pettit, ciò deriva dal fatto che le persone si auto-concepiscono anche (e soprattutto) come soggetti discorsivi, che sono immersi in relazioni discorsive con gli altri, le quali influiscono sui propri desideri e sulle proprie convinzioni¹⁸¹.

L'esposizione al potere arbitrario, secondo Pettit, si sperimenta quindi anche quando un soggetto è esposto al potere discorsivo arbitrario di un altro soggetto, ciò che gli impedisce di godere di un «*full discursive status*». Ciò significa anche che al soggetto sono precluse certe aree del discorso e anzi, egli, per garantire a se stesso almeno la non-interferenza, accederà a talaltre specifiche aree del discorso che aumenteranno le sue probabilità di non subire interferenza: ad esempio, facendo complimenti alla parte dominante, ingraziandosela, evitando di dire cose che possano offenderla, e via dicendo¹⁸². Al contrario, secondo Pettit, quando vi è un'in-

¹⁷⁷ Ivi, pp. 66-67 (corsivi nostri); cfr. M.J. THOMPSON, "Reconstructing republican freedom: A critique of the neo-republican concept of freedom as non-domination", cit., p. 291.

¹⁷⁸ Ivi, p. 69.

¹⁷⁹ Si tratta, ad avviso di chi scrive, di un problema enorme che, tuttavia, in questa sede non potrà essere affrontato. Si pensi all'applicazione per esteso della teoria di Pettit del soggetto ai diritti umani: ne rimarrebbero evidentemente escluse le persone con disabilità intellettiva – oltre al fatto che tale requisito potrebbe essere messo in discussione anche su basi teoretiche: che cosa significa, infatti, essere razionali? Per questo motivo (e per il fatto che tale requisito *non* risulta necessario ai fini del presente lavoro) si preferisce tralasciare la questione.

¹⁸⁰ PH. PETTIT, "Discourse Theory and Republican Freedom", cit., p. 77 (corsivi nostri).

¹⁸¹ PH. PETTIT, *A Theory of Freedom: From the Psychology to the Politics of Agency*, cit., pp. 70-71.

¹⁸² PH. PETTIT, "Discourse Theory and Republican Freedom", cit., p. 78.

terferenza non arbitraria (e dunque non dominante), tale interferenza *non* lede lo *status discorsivo* della persona su cui è praticata l'interferenza. Essa, infatti, non ridurrà il potere della persona di entrare in relazioni discorsive con altri: «[w]hatever happens to the person in the course of non-arbitrary interference happens in a way that they can discursively challenge [...] and so it does not take in any way from their status as subjects capable of commanding a discursive hearing in relationships with other parties»¹⁸³. Se l'interferenza non è arbitraria e, di conseguenza, non dominante, il soggetto può anche discorsivamente opporsi senza dover temere che da tale comportamento derivino conseguenze negative.

Si può allora riformulare la teoria della non-dominazione come segue:

«You will enjoy suitable protection in a particular choice just to the extent that other individuals or groups do not have access to means of non-deliberative control over that choice. Others may be able to deliberate with you on the basis of sincere, take-it-or-leave-it reasons and influence what you do. But they should not be allowed a power of interfering with the choice, without exposing themselves to an inhibiting risk of punishment; they should not be able to block, burden, or deceptively redirect the choice with any degree of impunity. In short, they should not have 'dominating control' over what you choose»¹⁸⁴.

La teoria dell'interferenza arbitraria, dunque, può essere collegata alla teoria discorsiva del soggetto, sostenendo che sia arbitraria quell'interferenza incontrollata, non sottoposta a restrizione, con la quale soggetti esterni esercitano un *controllo non deliberativo* sulle scelte del soggetto. Il controllo non deliberativo è quel controllo che nega la capacità discorsiva dei soggetti, imponendo una determinata scelta (e dunque restringendo la libertà) senza giungere ad essa attraverso un'operazione discorsiva che riconosca il pieno *status discorsivo* altrui. Il controllo non deliberativo è nemico del discorso, poiché trasforma le relazioni di coloro che vi sono coinvolti in maniera tale da *restringere* le possibilità di interazione discorsiva¹⁸⁵.

Inoltre, lo *status discorsivo* può essere approfondito non esclusivamente a partire dalle relazioni personali interindividuali, bensì anche dalle relazioni discorsive sociali in generale. La persona libera, da questo punto di vista, sarà quella persona il cui *status discorsivo* non viene compromesso arbitrariamente dagli altri nelle relazioni sociali:

«The person has a voice that has some claim to be given a hearing, and an ear that can give an effective hearing to the voices of others. [...] The person is authorized as a discursive partner and is publicly recognized as a locus of discursive authority. [...] There will be no question of people's thinking that the person is discursively incompetent [...] [nor] of their thinking that the person is not appropriately incorporated in discourse: that they are a second-class citizen in that respect. There will be a presumption in place that as the person is treated in those groups where they gain recognition as a discursive subject, so they ought in general to be treated. [...] [T]he notion of discursive control has a social as well as a psychological dimension»¹⁸⁶.

¹⁸³ Ivi, p. 79.

¹⁸⁴ PH. PETTIT, "The Basic Liberties", in M.H. KRAMER, C. GRANT, B. COLBURN, A. HATZISTAVROU (eds.), *The Legacy of H.L.A. Hart: Legal, Political, and Moral Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 201-221, p. 202 (corsivi nostri).

¹⁸⁵ PH. PETTIT, *A Theory of Freedom: From the Psychology to the Politics of Agency*, cit., pp. 73-74.

¹⁸⁶ Ivi, pp. 72-73 (corsivi nostri). Per comprendere il riferimento alla «recognition», cfr. A. HONNETH, *The Struggle for Recognition*, Polity Press, Cambridge, 1996.

Si comprende, così, il concetto di libertà discorsiva in senso sociale, oltre che la connessione tra la vulnerabilità come *status* e la dominazione: la prima è descritta da Pettit anche nella forma di un'esposizione all'interferenza discorsiva negativa perpetrata contro coloro che hanno meno potere sociale. Essa si trasforma in una relazione di dominazione nella misura in cui la persona vulnerabile «will not be able to speak out in a forthright and free way – or act on a basis that such speech might justify – but must always have an eye out for that will please the powerful and keep them sweet»¹⁸⁷.

Una volta definita la libertà discorsiva dei soggetti, secondo Pettit, è necessario domandarsi come essa possa costituire una questione di cui debba occuparsi lo Stato: come passare, cioè, da una teoria della libertà intesa in senso psicologico ad una teoria della libertà politica. In questo tentativo, si incontrano tre difficoltà¹⁸⁸: 1) la teoria si applica sia ai soggetti collettivi sia ai soggetti individuali; 2) essa dipende da variabili psicologiche individuali che non dovrebbero essere di competenza dello Stato; 3) essa non tiene in considerazione la questione dell'ambiente circostante, che influenza le opportunità reali di esercizio del controllo discorsivo.

Per quanto riguarda la prima questione, si tratta di un problema che Pettit aveva già risolto altrove. Come ricorda esplicitamente l'autore stesso, nei suoi esempi ricorrono quasi sempre solo due individui, l'uno dominante, l'altro dominato. Tuttavia, si tratta solamente di una semplificazione espositiva: può ben darsi il caso, infatti, che l'agente dominante sia «a personal or corporate or collective agent», come nel caso della tirannia della maggioranza, «where the domination is never the function of a single individual's power»¹⁸⁹. La teoria si applica, cioè, anche alle relazioni sociali non esclusivamente interindividuali¹⁹⁰. E tuttavia, deve sempre trattarsi di *persone*: dominato potrà essere un *individuo* o un *gruppo*; dominante potrà essere un *soggetto giuridico* composto di persone, un *gruppo* o un singolo *individuo*. Non possono, come dice Pettit, dominare i «sistemi»¹⁹¹. Inoltre, se si tratta della dominazione sofferta da un *gruppo*, Pettit aggiunge che lo Stato dovrà prendersi cura solamente della tutela del controllo discorsivo di «individual human subjects»: esso, cioè, non dovrà garantire il controllo discorsivo dei gruppi o, meglio, dovrà farlo solo quando esso è associato ad un livello corrispondente di controllo discorsivo da parte di individui specifici¹⁹². Si tratta, è bene segnalarlo, di un elemento interessante da tenere in considerazione quando si tenterà di vagliarne l'applicabilità alle questioni relative all'*hate speech*¹⁹³ (cfr. *infra*, § 5.3).

¹⁸⁷ PH. PETTIT, *A Theory of Freedom: From the Psychology to the Politics of Agency*, cit., p. 78.

¹⁸⁸ *Ivi*, p. 126.

¹⁸⁹ PH. PETTIT, *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*, cit., p. 52.

¹⁹⁰ PH. PETTIT, *A Theory of Freedom: From the Psychology to the Politics of Agency*, cit., p. 105.

¹⁹¹ Su questo punto, cfr. M.J. THOMPSON, "Reconstructing republican freedom: A critique of the neo-republican concept of freedom as non-domination", cit., p. 281, il quale, invece, adotta una definizione di dominazione compatibile con la possibile dominazione sistemica.

¹⁹² PH. PETTIT, *A Theory of Freedom: From the Psychology to the Politics of Agency*, cit., pp. 126-127.

¹⁹³ Si pensi, ad esempio, ad una particolare questione concreta, quella, cioè, relativa alla domanda se sia bene proibire l'espressione odiosa nei confronti di un collettivo o di una minoranza *in quanto tale*, oppure se, ai fini della *reprimenda*, sia necessario il coinvolgimento di individui specifici.

Alla seconda e terza questione, Pettit risponde che di competenza statale dovranno essere non le dimensioni *intrapersonali*, bensì quelle *interpersonali*. Tuttavia, è necessario che lo Stato tenga in considerazione non solo l'elemento dell'*agency* individuale, pur immersa nel contesto relazionale, bensì anche il campo d'azione, l'ambiente circostante:

«It can try to mitigate the effects of a harsh natural order or a harsh social system and ensure that people enjoy adequate opportunity sets in respect of which to make discursively controlled choices. This being so, the political ideal of freedom ought to reflect that possibility and ought to hold out the prospect of action on the side of environment as well as on the side of agency»¹⁹⁴.

Una siffatta teoria risulta particolarmente feconda come strumento da applicare per comprendere il fenomeno di dominazione insito nell'*hate speech*. Tuttavia, sulla base di questa teoria, vi è chi ha avanzato proposte ulteriori – non esplicitamente connesse, nemmeno queste, al fenomeno dell'*hate speech*, ma che si ritengono ugualmente interessanti ai fini della sua analisi – fondate sulla necessità di rivedere la teoria di Pettit per includervi la possibilità di dare risposta alle forme contemporanee di dominazione. Vi è chi ha sostenuto, infatti, che queste ultime si caratterizzino per una «routinizzazione di forme sistemiche di controllo e subordinazione»¹⁹⁵: da qui l'esigenza di rendere la teoria di Pettit più “dinamica”, affinché vi possa rientrare un'analisi di natura *strutturale*. Allo stesso modo, vi è chi si è occupato – si tratta perlopiù di teoriche femministe – della *dominazione strutturale*¹⁹⁶, che va oltre, cioè, l'*intenzionalità* del singolo individuo che domina, proprio perché la dominazione, al contrario della mera interferenza, è un concetto in se stesso strutturale, istituzionale e collettivo¹⁹⁷.

A partire da questa prospettiva, che affonda le sue radici nella teoria neo-repubblicana ma, al contempo, tenta di individuarne le conseguenze dal punto di vista sociologico, è necessario indagare come la libertà dei soggetti sia profondamente radicata nelle strutture del potere sociale. L'«architettura sociale» ha infatti il potere di modellare le relazioni sociali e, di conseguenza, la libertà degli individui immersi in tali relazioni:

¹⁹⁴ PH. PETTIT, *A Theory of Freedom: From the Psychology to the Politics of Agency*, cit., p. 127.

¹⁹⁵ M.J. THOMPSON, “Reconstructing republican freedom: A critique of the neo-republican concept of freedom as non-domination”, cit., p. 277.

¹⁹⁶ Cfr., ad esempio, S. KRAUSE, “Beyond Non-Domination: Agency, Inequality and the Meaning of Freedom”, in *Philosophy and Social Criticism*, 39, 2013, pp. 187-208. In particolare, Krause sottolinea come l'*account* neo-repubblicano di Pettit sia esplicitamente basato sull'elemento dell'*intenzionalità* dell'interferenza arbitraria: in tal senso, esso non sarebbe in grado di cogliere situazioni di assenza di libertà che non dipendono dal comportamento intenzionale di individui specifici. Tuttavia, è bene ricordare che la teoria di Pettit comprende entro la teoria della dominazione non solo atti di interferenza arbitraria, bensì anche l'*assenza di interferenza* in cui sia comunque presente una situazione di dominazione. Dunque, risulterebbe possibile, appunto, reinterpretare la teoria di Pettit in senso strutturale. Cfr. anche A. ALLEN, “Domination in Global Politics: A Critique of Pettit's neo-republican model”, in B. BUCKINX, J. TREJO-MATHYS, T. WALIGORE (eds.), *Domination and Global Political Justice. Conceptual, Historical and Institutional Perspectives*, Routledge, New York, 2016, pp. 111-130. L'autrice, in questo contributo, mette maggiormente a fuoco la nozione di dominazione dal punto di vista strutturale, rispetto a quanto aveva fatto in precedenza: cfr., ad esempio, ID., *The Power of Feminist Theory: Domination, Resistance, Solidarity*, Westview Press, Boulder (Col.), 1999.

¹⁹⁷ Lo sottolineano, in particolare, C. LABORDE, J. MAYNOR, “The Republican Contribution to Contemporary Political Theory”, cit., p. 19.

«This domination is usually not perceived or known by those involved, but it nevertheless has corrupting force on the nature of public life [...]. The result of this corruption is that individuals can be so constituted by the institutions and culture to accept, tolerate, see as legitimate and even value a condition of domination. Domination is therefore a question not simply of interference, but of the constitution of individuals»¹⁹⁸.

La questione della possibilità di concepire la dominazione in termini strutturali verrà affrontata a breve. Per il momento, basti considerare, come ha sostenuto Frank Lovett, la necessità di qualificare la dominazione «as a condition experienced by persons or groups to the extent that they are dependent on a social relationship in which some other person or group wields arbitrary power over them»¹⁹⁹. Tale situazione deve essere oggetto di intervento statale ai fini della minimizzazione della relazione di dominazione: allo Stato spetta, infatti, promuovere il bene comune della non-dominazione²⁰⁰, sulla base del fatto che «la libertà comporta restrizioni o freni (*frenum*) alle azioni degli individui»²⁰¹.

Posto che l'intervento statale può prospettarsi secondo le forme più disparate, è utile ricordare che Pettit tratta direttamente anche dell'intervento statale in materia penale. Esso deve essere, secondo l'autore, vincolato al principio dell'*extrema ratio*. D'altra parte, però, egli sostiene anche che le leggi penali necessitano dell'appoggio di forze culturali e che le forze culturali devono essere sostenute a loro volta dal diritto penale. E ovviamente, la condizione necessaria affinché possa prospettarsi l'intervento con lo strumento penale è che l'atto che si intende proibire sia ritenuto di natura penale, alla luce della dottrina repubblicana,

«in three different ways. [...] It denies the status of the victim as non-dominated or free: as not liable to arbitrary interference by another. It reduces the extent of the victim's undominated choices, removing certain options, or raising their cost, or even eliminating the possibility of choice [...]. And, finally, it damages the dispensation of non-domination in the society as a whole, holding out the sort of interference perpetrated as a permanent possibility for the victim and for everyone in the victim's vulnerability class»²⁰².

Si prospetta, così, la possibilità di avanzare una vera e propria sistematica teoria della dominazione come teoria della necessità che lo Stato minimizzi le situazioni di dominazione nelle relazioni interpersonali tra più soggetti, come risposta alla teoria liberale. Un simile compito è ciò che ha animato il lavoro di Lovett, il quale utilizza dichiaratamente il *background* neo-repubblicano per portarlo, appunto, al terreno del concreto intervento statale sulla base di una messa a punto concettuale di alcuni degli elementi della teoria della non-dominazione²⁰³. Per proseguire verso questo scopo, è bene isolare gli elementi sui quali costruire tale teoria, soprattutto in comparazione con la costruzione di Pettit.

¹⁹⁸ Ivi, p. 279. Cfr. inoltre ivi, p. 278: «[D]omination is therefore a matter of the ways modern social systems are able to secure hierarchical power relations by making them legitimate in the minds of their members».

¹⁹⁹ F. LOVETT, *A General Theory of Domination & Justice*, cit., p. 2.

²⁰⁰ I. HONOHAN, *Civic Republicanism*, cit., pp. 192-193.

²⁰¹ M. VIROLI, *Repubblicanesimo*, cit., p. 32.

²⁰² PH. PETTIT, *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*, cit., pp. 154-156.

²⁰³ Cfr. F. LOVETT, *A General Theory of Domination & Justice*, cit., p. 9. È interessante notare, tuttavia, che Lovett, in relazione alla sua "ascendenza" neo-repubblicana, afferma quanto segue: «To borrow a phrase from Wittgenstein, civic republicanism is, for me, a ladder to be thrown away once it has been climbed» (*ibidem*).

L'imprescindibile punto di partenza è la constatazione che la dominazione descritta da Pettit, soprattutto nei primi scritti, si fonda su nozioni di potere politico e sociale coerenti con quelle adottate storicamente dai repubblicani: la dominazione di Pettit, secondo alcuni, sarebbe «premoderna»²⁰⁴. In secondo luogo, per quanto Pettit abbia tentato, negli scritti successivi, di trattare delle relazioni *sociali* delle persone oggetto di dominazione (ciò che risulta coerente con la critica comunitarista all'«*unencumbered self*»), egli, come si è visto, è rimasto dell'idea che il concetto di dominazione vada analizzato sempre e solo a partire dalla dominazione perpetrata da un *soggetto agente* (sia esso un individuo, un gruppo o una persona giuridica).

«Consider the office worker who obeys the dictates of a bureaucratic mandate which in turn has negative effects on others; or consider a woman who is forced to sell herself into prostitution by economic reasons to place herself at the will of others. These forms of domination and control are not well captured by Pettit's theory of domination because they miss the larger, systemic dimensions of domination which frame the actions and relations of particular agents»²⁰⁵.

Eppure, lo stesso Pettit, come si è visto, ammetteva che lo Stato dovesse preoccuparsi anche di garantire non solo l'individuo in quanto tale, bensì anche il *contesto* di relazione sociale, l'*ambiente circostante*. Tuttavia, come è stato sottolineato, ciò potrebbe portare a derive volte alla descrizione della *dominazione strutturale* nel senso della dominazione *delle strutture*, non delle persone (come, per esempio, accadrebbe se si utilizzasse una nozione foucaultiana di dominazione²⁰⁶). Ciò potrebbe portare, in maniera controproducente, ad una sorta di “esonero dalla responsabilità”: una nozione eccessivamente diffusa di dominazione, che la considerasse come il prodotto della relazione tra le strutture e gli individui, faticherebbe ad essere utilizzata per rispondere a problematiche concrete (come, ad esempio, l'*hate speech*). Pertanto, le relazioni di dominazione devono coinvolgere persone, non strutture²⁰⁷.

A ciò si ricollega anche la questione della *volontarietà* o *involontarietà* del comportamento costitutivo della dominazione, nonché della risposta a tale comportamento. Gli agenti

²⁰⁴ M.J. THOMPSON, “Reconstructing republican freedom: A critique of the neo-republican concept of freedom as non-domination”, cit., p. 282. Cfr., anche, p. 291, ove l'autore sostiene: «Pettit's interpretation of republicanism adopts the liberal, 18th-century conception of the political subject as an independent agent who is assumed to be capable of making individual choice. Domination consists in the arbitrary interference with the individual's choices rather than the ways in which that individual is constituted».

²⁰⁵ Ivi, p. 283.

²⁰⁶ A tale interpretazione è dichiaratamente contrario Lovett, che sostiene la necessità dell'esistenza di un agente: F. LOVETT, *A General Theory of Domination & Justice*, cit., p. 11, p. 25, p. 47. «When there are no agents, there is no domination» (p. 47). E ancora: «Thus, it is important not to confuse the sensible claim that persons or groups dominate one another under certain structural conditions with the obscure and dubious claim that structures themselves dominate persons or groups. Structures define the respective roles of agent and subject in all relations of domination, but real persons or groups must occupy those roles for the experience of domination to exist. Domination is always a relationship among persons or groups, never a relationship between persons or groups and structures as such» (p. 49). Alla nozione di dominazione in Foucault si farà riferimento *infra*, § 4.2.1.

²⁰⁷ Ciò a meno di non voler considerare, come dice Lovett, la dominazione in senso solo «metaforico»: F. LOVETT, *A General Theory of Domination & Justice*, cit., p. 37. Lovett critica anche quelle concezioni della dominazione che utilizzano il concetto gramsciano di «egemonia» (cfr. pp. 88-91, a partire da A. GRAMSCI, *Quaderni dal carcere*, Editori Riuniti, Roma, 1971), proprio perché in esse non è possibile individuare soggetti responsabili.

partecipanti alla relazione di dominazione, si suggerisce, non sono forzati ad agire solo da minacce concrete (o potenziali), bensì anche a partire da «internalized [...] set of norms which lead to self-imposed subordination to the authority relation», le quali vanno a corroborare la strutturazione gerarchica delle relazioni sociali a vantaggio di coloro che dominano²⁰⁸. Inoltre, è bene sottolinearlo, il concetto potrebbe essere utile nell'individuazione di *particolari* strutture sociali: anche, ad esempio, quelle basate su razza, genere e altre categorie²⁰⁹.

È pur vero che la dominazione strutturale permette di cogliere la richiesta, da parte della letteratura critica di Pettit, di una maggiore attenzione ai modi in cui «individuals are constituted by the social arrangements around them»²¹⁰. La teoria della dominazione dovrebbe allora anche prendere in considerazione «the routinization of power relations in everyday life»²¹¹.

A tali esigenze ha risposto Lovett con la sua estesa teoria giustizia fondata sull'ideale della libertà come non-dominazione. Egli si propone l'intento di andare oltre le nozioni semplici che alcuni/e autori/rici hanno impiegato in precedenza²¹².

Come si è riportato poc'anzi, la teoria di Lovett concepisce la dominazione come *la condizione di coloro (persone o gruppi) che dipendono da una relazione sociale in cui alcune persone (o gruppi) esercitano un potere sociale arbitrario nei loro confronti*²¹³. Lovett accetta che la dominazione sia definita in maniera *strutturale*. Essa è strutturale, secondo l'autore, quando le persone o i gruppi si relazionano in maniera strutturale in modi particolari. Per spiegare questa definizione, egli utilizza la definizione di Rawls della «basic structure of society»²¹⁴: in essa, secondo Lovett, le azioni individuali non modificano significativamente la struttura in sé; analogamente, la struttura delle relazioni sociali può essere descritta come «its members' opportunity sets, as determined by their respective natural and social endowments and, more significantly, by the relevant features of the basic structure of the society in which that relationship is embedded»²¹⁵. Questa definizione, secondo Lovett, permette di evitare una concezione «outcome-based»²¹⁶ delle relazioni di dominazione: esse, infatti, non dipendono dalla dimostrazione di una particolare utilità che il soggetto dominante trae dalla relazione con

²⁰⁸ Cfr. M.J. THOMPSON, "Reconstructing republican freedom: A critique of the neo-republican concept of freedom as non-domination", cit., p. 286, il quale utilizza il concetto di «extractive power» di MacPherson (di C.B. MACPHERSON, *Democratic Theory: Essays in Retrieval*, Oxford University Press, Oxford, 1973, pp. 47-48) per sostenere che nelle relazioni di dominazione coloro che dominano si avvantaggiano delle relazioni di disuguaglianza, proprio come se tali relazioni generassero un «surplus» (non economico ma di potere sociale).

²⁰⁹ M.J. THOMPSON è esplicito nel riconoscerlo: "Reconstructing republican freedom: A critique of the neo-republican concept of freedom as non-domination", cit., p. 292.

²¹⁰ Ivi, p. 283.

²¹¹ Ivi, p. 284.

²¹² È il caso, ad esempio, di I.M. YOUNG, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton University Press, Princeton, 1990: la dominazione come quelle «institutional conditions that inhibit or prevent people from participating in determining their actions or the conditions of their actions» (p. 38); e inoltre, «thorough social and political democracy is the opposite of domination» (*ibidem*). Per la critica di tale nozione, cfr. F. LOVETT, *A General Theory of Domination & Justice*, cit., p. 13.

²¹³ F. LOVETT, *A General Theory of Domination & Justice*, cit., p. 20.

²¹⁴ J. RAWLS, *A Theory of Justice*, cit., pp. 7-11, 54-58.

²¹⁵ F. LOVETT, *A General Theory of Domination & Justice*, cit., p. 42.

²¹⁶ Ivi, p. 44.

il soggetto dominato. Ciò consente l'adozione di una concezione «*structure-based*»²¹⁷ della dominazione, fondata sulla struttura della relazione in sé. È la struttura della relazione a determinare, secondo Lovett, l'estensione del potere su colui che è dominato²¹⁸.

A questo punto, è opportuno passare ad analizzare le condizioni affinché tale relazione di *dominazione strutturale* possa dirsi esistente. Essa, secondo Lovett, è una *funzione* (F) della *dipendenza* (d), del *potere* (p) e dell'*arbitrarietà* (a)²¹⁹.

1) La *dipendenza*. Se vi è una relazione strutturale di dominazione, deve esserci un «cost of exit», ovvero qualcosa che renda impossibile (o altamente costoso) alla persona uscire da quella relazione. La persona dovrà essere in qualche modo dipendente da chi esercita la dominazione²²⁰: è ciò che permette di includere l'*account* di Skinner della dominazione.

2) Il *potere sociale*. Anch'esso può essere analizzato in termini strutturali, ma solo se si intende dire che la misura del potere sociale sugli altri dipende dall'ambiente strutturale (dalla struttura delle relazioni sociali) e che le persone e i gruppi hanno potere non tanto in virtù di chi concretamente sono, bensì del ruolo che essi svolgono nella società²²¹. Ad ogni modo, il potere sociale è definito da Lovett come l'abilità, da parte di una persona o di un gruppo, di cambiare le scelte di un'altra persona o gruppo²²², sulla base del fatto che ha più potere. Non è necessario, affinché vi sia potere sociale, che le scelte dell'altra persona o gruppo vengano *effettivamente* modificate: è necessaria solo la *possibilità* che ciò avvenga (così come nella differenza tra *interferenza* e *dominazione*). Tuttavia, il potere sociale, ad avviso di chi scrive, può essere reinterpretato a partire dalle stesse suggestioni di Pettit sulla dominazione discorsiva (cfr. *supra*), cosicché esso potrà essere definito anche come un potere di un gruppo (o individuo) nei confronti di un altro gruppo (o individuo) sulla base di relazioni discorsive.

3) L'*arbitrarietà*. Su questo punto, Lovett critica la definizione di arbitrarietà di Pettit (analizzata in precedenza) in quanto nozione *sostanziale* di arbitrarietà, poiché collegata agli *interessi* della persona coinvolta. Al contrario, Lovett adotta una nozione *procedurale*: ciò significa che vi è dominazione arbitraria, indipendentemente dal contenuto della dominazione, ogni volta in cui il potere può essere esercitato senza costrizione, cioè senza che vi sia, dall'altro lato, un limite fissato per il suo esercizio, come ad esempio un limite giuridico (ma non solo: anche un limite stabilito da convenzioni sociali)²²³.

²¹⁷ Ivi, p. 45.

²¹⁸ «How much power a person or a group has depends [...] on their structural environment», ivi, p. 71.

²¹⁹ Ivi, p. 119. La definizione di Lovett pare coerente con quella data da Bellamy: «Domination results primarily from three circumstances: a power-imbalance, dependency and personal rule, all of which allow for a degree of arbitrariness on the part of rulers», R. BELLAMY, «Non-domination and the Free-State», cit., p. 133.

²²⁰ F. LOVETT, *A General Theory of Domination & Justice*, cit., pp. 49-50. Si noti che Lovett riconosce che la dipendenza non ha un valore negativo in sé: «Dependency on one's family, on one's friends and loved ones, on one's job, and so on is an irreducible and not always lamentable fact of everyday social life. As suggested earlier, dependency in itself is not necessarily a bad thing» (p. 53). Tuttavia, essa diviene negativa quando, sommandosi alle altre condizioni, contribuisce a creare una condizione di dominazione.

²²¹ Ivi, pp. 71-73.

²²² Ivi, p. 75.

²²³ Ivi, pp. 96-113.

Sulla base di questa definizione, Lovett sostiene una teoria della giustizia basata sull'ideale della non-dominazione²²⁴. Questa definizione teorica, più strutturata di quella fornita da Pettit, potrà essere utilizzata in seguito per sostenere una teoria dell'*hate speech* come *pratica discorsiva di dominazione*, a partire dalla teoria della performatività (cfr. *infra*, § 2.8.3).

2.6 – Liberalismo v. neo-repubblicanesimo: libertà ed eguaglianza

Tra le caratteristiche comuni a pressoché tutti i pensatori neo-repubblicani, un *leitmotiv* piuttosto diffuso è quello che contrappone, come si è accennato, la libertà come non-dominazione alla libertà come non-interferenza, ciò che permette di evidenziare le caratteristiche della proposta politica neo-repubblicana in contrapposizione a quella liberale.

Tuttavia, è bene chiarire che cosa si intenda quando si sostiene una tale contrapposizione. Le riflessioni neo-repubblicane, infatti, sono state spesso criticate per indeterminatezza nel riferirsi al “nemico comune” del liberalismo, associandolo all'ideale della non-interferenza, senza chiarire a *quale* tipo di liberalismo si facesse riferimento. L'ideale della non-interferenza, si dice da più parti, è infatti associabile al *liberalismo classico* di Locke, per esempio, o al *neoliberalismo conservatore* contemporaneo di Nozick, ma non sarebbe in alcun modo sotteso alle teorie del *liberalismo egualitario* contemporaneo di Rawls e Dworkin.

Al fine di accennare a queste problematiche, si ritiene utile una panoramica dei rapporti tra neo-repubblicanesimo e liberalismo nelle critiche avanzate dai pensatori neo-repubblicani e in alcune delle risposte avanzate da lato liberale. Da un lato, tale panoramica rischia di allontanare indebitamente il tema oggetto del presente lavoro (e dunque la riflessione in tema di libertà d'espressione e *hate speech*); tuttavia, dall'altro, essa si ripercuote inevitabilmente sulle diverse concezioni dei diritti e della libertà d'espressione rispettivamente liberali e neo-repubblicane. Pertanto, si ritiene che una siffatta riflessione prodromica sia necessaria per comprendere come i due modelli si riflettano sulle questioni sottese al discorso d'odio.

Innanzitutto, è bene precisare che gli autori neo-repubblicani evidenziano a più riprese come il repubblicanesimo e il liberalismo, nel corso della storia, siano stati intimamente vincolati da una relazione di parentela: secondo questo approccio, infatti, il liberalismo sarebbe nato nell'Età Moderna proprio a partire da principi repubblicani²²⁵, tanto che autori come Locke potrebbero essere letti come esponenti dell'uno e dell'altro pensiero. È tuttavia con l'avvento del liberalismo e la sua conquista di una «position of hegemony» nella filosofia politica che la teoria repubblicana è “scomparsa”, come ricorda Skinner, e si è passati a concepire la libertà unicamente a partire dalla concezione liberale²²⁶. Ciò in consonanza, peraltro, con un trionfo della logica dei diritti individuali:

²²⁴ Ivi, p. 130.

²²⁵ Su questo punto, la letteratura è piuttosto ampia: per semplicità, si rimanda, *ex multis*, a M.N.S. SELLERS, *The Sacred Fire of Liberty. Republicanism, Liberalism and the Law*, cit., p. 123.

²²⁶ Q. SKINNER, *Liberty before Liberalism*, cit., p. 113.

«Le teorie contemporanee della libertà sociale, analizzando il concetto di libertà individuale in termini di diritti “fondamentali”, sono giunte a fare affidamento, in modo marcato, sulla dottrina della mano invisibile. Infatti, ci viene garantito che se ognuno di noi persegue il proprio interesse personale ben inteso il risultato sarà il massimo bene per la comunità nel suo complesso»²²⁷.

Il trionfo dei diritti individuali sarebbe andato di pari passo con quello dell'interesse privato, della giustizia procedimentale e della protezione della sfera privata, ideali che avrebbero avuto la meglio su quelli, che erano stati propri del repubblicanesimo, di virtù civica, bene comune e partecipazione politica²²⁸: si afferma così la necessità di *limitare* il potere d'intervento dello Stato, proprio a tutela di quella sfera privata garantita dai diritti individuali, ciò che, nella prospettiva repubblicana, genererebbe automaticamente un «impoverimento del linguaggio politico»²²⁹. Al contrario, lo Stato assente del liberalismo, nella logica neo-repubblicana, dovrebbe essere sostituito con uno Stato attivo, che ha di mira un preciso bene comune e fondato sulla virtù²³⁰.

«Il liberalismo è stato formidabile a difendere gli individui contro le interferenze dello Stato o di altri individui; molto meno a raccogliere le esigenze di libertà degli uomini e delle donne che devono tenere gli occhi bassi o bene aperti per scrutare gli umori del potente che può in ogni momento costringerli impunemente a fare quello che vuole, dunque a servire»²³¹.

È quindi proprio l'attenzione alla specifica questione della libertà che permette di distinguere il liberalismo dal neo-repubblicanesimo. Si consideri questo passaggio di Skinner:

«What, then, divides the neo-roman from the liberal understanding of freedom? [...] [T]he key assumption of classical liberalism to the effect that force or the coercive threat of it constitute the only forms of constraint that interfere with individual liberty. The neo-roman writers insist, by contrast, that to live in a condition of dependence is itself a source and a form of constraint. As soon as you recognise that you are living in such a condition, this will serve in itself to constrain you from exercising a number of your civil rights»²³².

Che si tratti di dipendenza (*à la* Skinner) o di dominazione (*à la* Pettit e Lovett), dunque, gli autori neo-repubblicani rimproverano al liberalismo *classico* una cecità nei confronti di talune condizioni individuali di privazione della libertà dovute al fatto che i liberali pensano alla libertà unicamente nei termini dell'assenza dell'interferenza, come è stato ricordato nello scambio tra Hobbes e Harrington. Una simile concezione della libertà, al pari di quella di Hobbes, sarebbe rinvenibile anche nel pensiero di Bentham, che sostiene che *qualsiasi* legge è, di per

²²⁷ La citazione è rinvenibile nell'*Appendice* all'edizione italiana di Q. SKINNER, *La libertà prima del liberalismo* [1998], cit., pp. 94-95.

²²⁸ R. RUIZ RUIZ, *La tradición republicana*, cit., p. 36; M. HULLIUNG, *Citizens and citizens: republicans and liberals in America and France*, Harvard University Press, Cambridge, 2002, p. 10. Cfr. M.N.S. SELLERS, *Republican Legal Theory*, cit., ove l'autore sostiene che «on the republican doctrine [...] laws and the state should always serve the common good or *res publica* of a nation's people or citizens. [...] The product of republican government is “liberty”, by which the Romans meant subjection to public laws made for the common good, and not to any other person's private will or arbitrary power» (p. 1).

²²⁹ M. GEUNA, “Introduzione” a Q. SKINNER, *La libertà prima del liberalismo* [1998], cit., p. XL.

²³⁰ R. GARGARELLA, “El carácter igualitario del republicanismo”, in *Isegoría*, 33, 2005, pp. 175-189, p. 186.

²³¹ M. VIROLI, *Repubblicanesimo*, cit., pp. 43-44.

²³² Q. SKINNER, *Liberty before Liberalism*, cit., p. 84.

se stessa, restrittiva della libertà²³³. Garantire la libertà, dunque, significherebbe, secondo il liberalismo classico, garantire l'assenza di impedimenti alla realizzazione dei fini che ciascuno vorrà darsi²³⁴: come sosteneva J.S. Mill, infatti, «[t]he only freedom which deserves the name, is that of pursuing our own good in our own way, so long as we do not attempt to deprive others of theirs, or impede their efforts to obtain it»²³⁵. Siffatta concezione della libertà non sarebbe invece – questo l'argomento dei “neo-romani” e dei “machiavelliani” – rinvenibile nella concezione della politica e dello Stato propria di Machiavelli: per l'autore fiorentino vissuto a cavallo tra il XV e il XVI secolo, infatti, la legge non costituisce una privazione della libertà dei cittadini, bensì è *garanzia* della libertà individuale. Se non esistesse la legge, si vivrebbe in uno stato di servitù²³⁶.

Gli autori neo-repubblicani, dunque, vedono nella concezione liberale classica della libertà come non-interferenza un'incapacità di tenere in considerazione le situazioni personali di tipo materiale e sociale, poiché esse – così nella prospettiva liberale, secondo la critica neo-repubblicana – non riducono la libertà individuale²³⁷. Come ha affermato Skinner: «I repubblicani spesso vedono la mancanza di libertà laddove i liberali vedono solamente insicurezza»²³⁸.

Ovviamente, il repubblicanesimo, di per sé, non presuppone un rifiuto *in toto* dei principi del liberalismo. Come ha sottolineato Viroli, infatti,

«chi ha a cuore la vera libertà dell'individuo *non può non essere liberale*, ma non può essere *solo* liberale. Deve essere disposto a sostenere anche programmi politici che hanno per fine quello di ridurre i poteri arbitrari che impongono a molti uomini e donne di vivere in condizione di dipendenza»²³⁹.

Si tratta, cioè, di un impegno da parte dello Stato che i *liberali classici* non avrebbero tollerato. L'intervento al fine della tutela contro la dipendenza o la dominazione, infatti, nella proposta liberale classica di considerare la libertà come non-interferenza non sarebbe giustificato, in quanto avrebbe l'effetto di restringere la libertà. Al contrario, chi sostiene un ideale repubblicano dovrà accettare l'intervento statale a garanzia contro la dominazione²⁴⁰.

²³³ «[N]o liberty can be given to one man but in proportion as it is taken from another. All coercive laws, therefore, [...] are, as far as they go, abrogative of liberty»; J. BENTHAM, “Anarchical Fallacies”, in *The Works of Jeremy Bentham: Published under the Superintendence of His Executor, John Bowring*, 2 voll. William Tait, Edinburgh, 1843, vol. I, p. 503.

²³⁴ Q. SKINNER, “The Republican Ideal of Political Liberty”, cit., p. 307.

²³⁵ J.S. MILL, *On Liberty* [1859], ed. by D. BROMWICH and G. KATEB, with essays by J.B. ELSHTAIN, O. FISS, R.A. POSNER, J. WALDRON, Yale University Press, New Haven and London, 2003, p. 83.

²³⁶ Cfr. l'*Appendice* disponibile nella versione italiana di Q. SKINNER, *La libertà prima del liberalismo* [1998], cit., p. 96. Su Machiavelli, cfr: G. SCICHILONE, *Niccolò Machiavelli e la “Monarchia del turco”*, Liguori Editore, Napoli, 2002; ID., *Terre incognite. Retorica e religione in Machiavelli*, FrancoAngeli, Milano, 2012; G.M. LABRIOLA, F. ROMENO (a cura di), *Niccolò Machiavelli e la tradizione giuridica europea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016.

²³⁷ Cfr., sul punto, PH. PETTIT, “Discourse Theory and Republican Freedom”, cit., p. 66; L. QUILL, *Liberty after Liberalism. Civic Republicanism in a Global Age*, cit., p. 68.

²³⁸ Q. SKINNER, “Considerazioni sulla libertà repubblicana”, cit., p. 260.

²³⁹ N. BOBBIO, M. VIROLI, *Dialogo intorno alla repubblica*, cit., p. 28.

²⁴⁰ M. VIROLI, “Libertà democratica, libertà repubblicana e libertà socialista”, cit., pp. 190-191.

Tuttavia, la questione fondamentale è stata individuata proprio nel fatto che gli autori neo-repubblicani, come si è accennato, identificano il “nemico comune” del liberalismo a partire da una sua definizione come concezione politica che qualifica la libertà in termini di non-interferenza²⁴¹. Si consideri questo passaggio di Pettit:

«We might define liberalism – somewhat tendentiously, in view of the many meanings given to the term – as any approach to government that makes freedom as noninterference paramount or central. [...] Liberalism in this sense may be right-of-center, as classical liberals or libertarians generally were, making freedom as noninterference into the only concern of government. Or it may be left-of-center, making freedom as noninterference into just one of government’s goals: perhaps a goal derived from the broader concern with happiness, as in the case of utilitarians; perhaps a goal that is paired with a separate concern like equality, as in the case of John Rawls, Ronald Dworkin and other egalitarians»²⁴².

Pettit associa esplicitamente il liberalismo all’ideale della non-interferenza, precisando però che esso può essere *l’unico* ideale al quale è orientata la politica statale, come nel caso del *liberalismo classico* e del pensiero *libertarian*, oppure *uno* tra gli ideali che il governo si impegna a garantire, accanto, ad esempio, all’eguaglianza, come nel caso del *liberalismo egali-*

²⁴¹ Cfr. G. MAGRIN, *La repubblica dei moderni. Diritti e democrazia nel liberalismo rivoluzionario*, cit.: il repubblicanesimo darebbe «una lettura sostanzialmente astorica e unidimensionale del liberalismo, nella quale il principio della libertà come non interferenza diviene l’alfa e l’omega del pensiero liberale [...] ipostatizzando cioè il concetto negativo di libertà ad espressione unica e autentica dello spirito liberale» (p. 125). Cfr. anche M. GEUNA, “Introduzione” a Q. SKINNER, *La libertà prima del liberalismo*, cit., p. XXXVIII. A. FERRARA, “La scoperta del repubblicanesimo «politico» e le sue implicazioni per il liberalismo”, cit., sostiene: «Se all’interno del campo repubblicano giustamente avvertiamo la necessità di distinguere fra le due correnti sopra menzionate, che senso ha comparare una sola di esse con un non meglio specificato *liberalismo* considerato *in toto*? Il liberalismo è a sua volta una tradizione assai composita, che include concezioni effettivamente centrate sul concetto di libertà negativa intesa come quella libertà che “inizia là dove la legge tace” e concezioni che invece, come vedremo, accolgono una nozione di libertà assai simile a quella difesa dal repubblicanesimo “politico”. [...] Esiste cioè una vasta famiglia di teorie liberali [...] delle quali non è sensato sostenere che siano distinte dal repubblicanesimo altro che da una diversità di accenti, quale è dato rilevare all’interno di ogni tradizione sufficientemente differenziata» (pp. 33-34). Si consideri, ancora, S. MAFFETTONE, “Repubblicanesimo”, in *Filosofia e questioni pubbliche*, 5, 1, 2000, pp. 49-69: «Il liberalismo filosofico post-rawlsiano, da cui prendo le mosse, non può infatti essere identificato con una concezione della libertà come libertà negativa» (p. 52). M. ROSATI, “La libertà repubblicana”, cit., dal canto suo: «Quello che si rimprovera a Skinner e Pettit è di caricaturizzare il liberalismo di sinistra schiacciandolo sul *libertarianism*, con un’operazione che cela lo spazio che nelle teorie di Rawls, Dworkin o altri liberali, hanno le idee di doveri, libertà dalla dipendenza/dominio e così via» (p. 126). «Cuando se contraponen un supuestamente homogéneo “republicanismo político” a un supuestamente homogéneo “liberalismo político”, todas las confusiones posibles suelen andar al acecho. [...] Lo que hay que preguntarse, al tratar de contraponer “liberalismo” a “republicanismo”, es: ¿qué se está contrastando? No hay una, sino muchas posibilidades», M.J. BERTOMEU, A. DOMÈNECH, “El republicanismo y la crisis del rawlsismo metodológico (Nota sobre método y sustancia normativa en el debate republicano)”, cit., p. 67. Cfr., inoltre: M.L. ROGERS, “Republican Confusion and Liberal Clarification”, in *Philosophy & Social Criticism*, 34, 7, 2008, pp. 799-824, p. 800; J. ISAAC, “Liberalism and Republicanism”, in *History of Political Thought*, 9, 1988, pp. 349-377; J. CHARVET, “Quentin Skinner on the Idea of Freedom”, in *Studies in Political Thought*, 2, 1993, pp. 5-16; A. PATTEN, “The Republican Critique of Liberalism”, cit., pp. 25-44; R.E. GOODIN, “Folie républicaine”, cit; CH. LARMORE, “Liberal and Republican Conceptions of Freedom”, cit., pp. 92-96. Lo stesso Sunstein, parlando “da lato liberal-repubblicano”, afferma: «Only through a caricature of the tradition can liberalism be thought to be the antonym of the species of republicanism that operated during the constitutional period. The caricature singles out relatively marginal species of liberalism—possessive individualism or modern neo-Lockeanism—and treats them as representative and central», C.R. SUNSTEIN, “Beyond the Republican Revival”, in *The Yale Law Journal*, 97, 8, 1988, pp. 1539-1590, p. 1567.

²⁴² PH. PETTIT, “Two Republican Traditions”, cit., p. 175. Cfr. anche ID., “Keeping Republican Freedom Simple. On a Difference with Quentin Skinner”, cit., p. 347.

tario di Rawls e Dworkin. Si comprende così la differenza tra la preoccupazione per le situazioni di asimmetria di potere nelle relazioni interindividuali del repubblicanesimo e la sua differenza rispetto al liberalismo. I *liberali classici* e i *libertarians* tollereranno tali asimmetrie, privilegiando l'assenza di interferenza statale; i *liberali egalitari*, invece, non le tollereranno qualora esse abbiano effetti negativi non tanto sulla libertà, quanto sull'altro valore, quello dell'eguaglianza²⁴³.

A ciò, Pettit oppone un approccio «*status-centered*» alla libertà, capace di prestare attenzione anche alle sue componenti sociali, a partire dal fatto che la misura della libertà deve prendere in considerazione le persone, i soggetti agenti, non solamente le loro scelte e/o le loro opzioni. In questo modo, spiega Pettit, questo tipo di approccio risulta composto da quattro postulati²⁴⁴: 1) lo Stato deve promuovere la libera scelta individuale; 2) tale libera scelta dev'essere promossa in maniera eguale; 3) occorre fornire uguale ed effettiva protezione contro l'assenza di libertà nelle scelte che sono egualmente accessibili a ciascuno; 4) i cittadini saranno considerati liberi nella misura in cui sarà loro fornita una protezione in queste scelte. Le prime due condizioni, secondo Pettit, saranno accettate anche dai liberali egalitari. Le ultime due, invece, forniscono la base per sostenere la necessità di protezione contro situazioni che minaccerebbero la libertà di scelta, costruendo l'uguaglianza come un principio che richiede l'eguale protezione di libere scelte egualmente accessibili a tutti: è la libertà, così, a garantire l'eguaglianza²⁴⁵. La libertà come non-dominazione *implica* l'eguaglianza tra individui, poiché la dominazione, nel minare lo *status* di libertà, mina al contempo l'eguaglianza²⁴⁶. La non-dominazione, dunque, possiede un «elemento antigerarchico, di eguaglianza “ontologica”»²⁴⁷.

È così che si comprende la differenza tra il *neo-repubblicanesimo* e le teorie liberali:

²⁴³ PH. PETTIT, “Two Republican Traditions”, cit., pp. 175-176. Il fatto che il significato da attribuire all'eguaglianza dipenda, come si spiegherà meglio nel prosieguo, dal valore ultimo che si attribuisce alla libertà, deriva dall'impossibilità di definire il valore dell'eguaglianza politica e normativa come un valore che possiede un significato indipendente, a sé stante, rispetto agli altri valori: in una letteratura sconfinata, cfr. sul punto, A PORCIELLO, “El principio de igualdad entre recursos, bienestar y oportunidades: proyectos teóricos y exigencias políticas”, in *Derechos y Libertades*, 32, 2015, pp. 17-47, in part. pp. 25-33.

²⁴⁴ PH. PETTIT, “Freedom in the Spirit of Sen”, in C. MORRIS (ed.), *Amartya Sen*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 91-114, pp. 109-110.

²⁴⁵ PH. PETTIT, “Law and Liberty”, cit., ove l'autore sostiene: «There are three claims that enable us to build up a notion of the free person from that of the free choice. The first is that however freedom of the person is understood, it should be a status that is equally available to all citizens. [...] The first claim gives expression to the fact that republicanism is a theory of freedom for people in society—in traditional terms, a theory of civil rather than natural liberty—and that it conceptualizes freedom as something that can be equally enjoyed by all. The second and third claims spell out the implications of that first claim, on intuitively plausible lines. The second says that the free person must be protected in the same choices as others and the third that the free person must be protected on the same basis as others. [...] Did the basis of protection vary between individuals, then the equality that is built into the notion of the free person would be jeopardized. There might be equal protection provided at a given time but the equality of the protection would be highly contingent» (p. 48).

²⁴⁶ Cfr. Q. SKINNER-TH. CASADEI, “Conseguire la libertà, promuovere l'uguaglianza. Intervista a Quentin Skinner”, cit., p. 121.

²⁴⁷ M. ROSATI, “La libertà repubblicana”, cit., p. 123. Sull'ideale dell'eguaglianza come derivante *ex se* dall'ideale della libertà come non-dominazione, cfr. S. BESSON, J.L. MARTÍ, “Legal Republicanism: Mapping the Issues”, cit., pp. 18-20.

1) con il *liberalismo classico* o il pensiero *libertarian*: poiché la libertà come non-interferenza è squisitamente anti-egitaria, nella misura in cui in assenza di interferenza statale è più probabile che alcuni individui influiranno sulla vita di altri, senza che lo Stato possa essere chiamato ad intervenire;

2) con il *liberalismo egitario*: l'uguaglianza, nell'ideale della libertà come non-dominazione, «rappresenta [...] un ideale 'indipendente', tale da non dover essere bilanciato e temperato con altri principi, quali l'uguaglianza [...]»²⁴⁸. Al contrario, il liberalismo egitario fa dell'uguaglianza un principio altro rispetto alla libertà, tant'è che costituisce il fondamento delle politiche di redistribuzione²⁴⁹. Questo aspetto verrà approfondito in seguito, soprattutto in relazione alle tesi di Dworkin, il quale, al contrario, ha affermato che l'ideale della libertà, nella sua teoria, deriva dall'ideale primario dell'uguaglianza (delle risorse)²⁵⁰.

Pertanto, ci si dovrebbe anche domandare: *quale eguaglianza?* L'eguaglianza come valore con il quale bilanciare quello della libertà, così come avviene nel liberalismo egitario, deve infatti essere definita: essa risulta astrattamente compatibile tanto con una formulazione *formale* quanto con una *sostanziale*. Se si privilegia un *account* formale dell'eguaglianza delle risorse, per esempio, si può finire per adottare una concezione che non fa altro che rinvigorire le ragioni della libertà formale (cfr. *infra*, § 3.2.2, in sede di analisi dell'argomento di Dworkin contro la limitazione dell'*hate speech*).

Inoltre, ciò contribuisce a distinguere l'ideale neo-repubblicano della non-dominazione anche dalle teorie *egalitarie socialiste* o *comunitarie*: il neo-repubblicanesimo, infatti, secondo Pettit unisce inscindibilmente i valori di *liberté*, *égalité* e *fraternité*²⁵¹, ma abbraccia un «*egalitarismo strutturale*»²⁵², non un *ugualitarismo materiale di risultato*. Uguaglianza strutturale significa che tutti sono ugualmente garantiti contro la dominazione, non che tutti sono identici. L'uguaglianza strutturale è «igual intensificación de la no-dominación, pero no necesariamente una igual extensión del alcance de las opciones no-dominadas»²⁵³.

Inoltre, si può scartare la critica (fondata) che il repubblicanesimo inteso in senso storico fosse in realtà una concezione politica profondamente anti-egitaria, che giustificava pratiche di esclusione delle donne, dei neri, dei non-proprietari e, tendenzialmente, di qualsiasi

²⁴⁸ L. BACCELLI, *Critica del repubblicanesimo*, cit., p. 17; cfr. J.-F. SPITZ, "The Concept of Liberty in 'A Theory of Justice' and Its Republican Version", cit.

²⁴⁹ «Quando i liberali hanno voluto lottare anche contro la dominazione, non hanno potuto appellarsi al concetto di libertà come assenza di interferenza, [...] inetto allo scopo, e hanno dovuto prendere a prestito altri ideali, quali la giustizia, o l'eguaglianza», M. VIROLI, "Repubblicanesimo, liberalismo e comunitarismo", cit., p. 71.

²⁵⁰ «[If] we accept equality of resources as the best conception of distributional equality, liberty becomes an aspect of equality rather than, as it is often thought to be, an independent political ideal potentially in conflict with it», R. DWORKIN, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, cit., p. 121. Sull'eguaglianza delle risorse in Dworkin, oltre ivi, pp. 65-118, cfr., tra gli altri, A. PORCIELLO, "El principio de igualdad entre recursos, bienestar y oportunidades: proyectos teóricos y exigencias políticas", cit., pp. 36-37.

²⁵¹ Cfr. L. ANDRONACHE, "Contemporary republican theories. In search of solidarity", cit., p. 115: «[T]here can be no hope of advancing the cause of freedom as non-domination among individuals who do not readily embrace both the prospect of substantial equality and the condition of communal solidarity. To want republican liberty, you have to want republican equality; to realize republican liberty, you have to realize republican community».

²⁵² PH. PETTIT, *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*, cit., pp. 113-117.

²⁵³ R. RUIZ RUIZ, "Pasado y presente del republicanismo cívico", cit., p. 210, con riferimento a PH. PETTIT, *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*, cit., pp. 113-117.

gruppo sociale svantaggiato che non rientrasse nel canone dell'uomo bianco proprietario, razionale ed eterosessuale. Quando il neo-repubblicanesimo fa riferimento alla concezione dell'eguaglianza come intrinsecamente derivante dalla concezione della libertà come non-dominazione, infatti, esplicitamente non intende giustificare tali pratiche, bensì *ripensare* l'ideale della non-dominazione in virtù di una sua radicale estensione che oggi, evidentemente, porterebbe ad una politica estremamente inclusiva.

È poi necessario sottolineare che l'ideale dell'eguaglianza come intrinsecamente inscindibile dall'ideale della non-dominazione può essere – e in certi casi lo è – utilizzato per favorire un'idea di eguaglianza *nella partecipazione*, maggiormente vicina ad un'idea di libertà democratica (è il caso, per esempio, di Cass Sunstein; cfr. *infra*, 2.8.2). Tuttavia, l'eguaglianza politica è *solo una* delle facce dell'eguaglianza; per quanto fondamentale, essa *non* esaurisce il valore dell'eguaglianza. Ciò giustifica, come si vedrà, l'adozione in questa sede di una prospettiva volta a non cadere nella riduzione dell'ideale neo-repubblicano alla sua dimensione esclusivamente istituzionale (cfr. *infra*, 2.8.2, il modello 'democratico-repubblicano'), tenendo ben presente che la libertà come non-dominazione (e l'intrinseca relazione di eguaglianza che essa garantisce tra gli individui) presenta una dimensione di natura *sociale*. Non bisogna dimenticare, infatti, che coloro che desiderano la realizzazione dell'ideale repubblicano della libertà come non-dominazione saranno, con parole di Pettit, non solo «politically more optimistic», ma anche «socially more radical»²⁵⁴.

È quindi giunto il momento di raccogliere la sfida indicata da Viroli:

«[P]er dare forza all'ambizione di essere un progetto intellettuale e politico importante per le democrazie costituzionali, il repubblicanesimo deve chiarire la propria posizione nei confronti delle altre tendenze del pensiero politico contemporaneo, primo fra tutti il liberalismo. Nella sua lunga storia il liberalismo è stato criticato in nome di» numerosi elementi, ma «[m]ai, o raramente, in nome della libertà, ovvero in nome del suo principio fondamentale, tranne quando è stato sfidato in nome della libertà “vera” o “sostanziale” contrapposta alla libertà formale»²⁵⁵.

2.7 – Il liberalismo: libertà come non-interferenza e diritti

In questa sezione del lavoro si cercherà di entrare nel vivo delle questioni che permettono di comprendere la differenza tra l'approccio neo-repubblicano alla libertà come non-dominazione e gli approcci *libertarian* e liberale-egalitario.

Come si è in parte anticipato, la contrapposizione tra il neo-repubblicanesimo e il pensiero *libertarian* è piuttosto evidente e non dovrà essere oggetto di analisi approfondita.

Al contrario, il pensiero liberale-egalitario richiederà un approfondimento delle visioni dei suoi due massimi esponenti, John Rawls e Ronald Dworkin. Una volta effettuato, esso permetterà di definire la concezione liberale-egalitaria della libertà e la relativa concezione dei diritti, elementi che serviranno in seguito (cfr. *infra*, § 2.8) per vagliare la possibilità di una proposta diversa: la proposta neo-repubblicana sulla libertà e sui diritti.

²⁵⁴ PH. PETTIT, *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*, cit., p. 143.

²⁵⁵ M. VIROLI, “Repubblicanesimo, liberalismo e comunitarismo”, cit., p. 71.

2.7.1 – Il *libertarianism* (o neoliberalismo) e la non-interferenza formale

Il neoliberalismo, o la variante *libertarian* del liberalismo, si distingue come concezione filosofico-politica che pone al centro della propria riflessione il concetto di libertà²⁵⁶. Esso si affida al libero mercato (da qui l'associazione con il neoliberalismo) e trova in esso una concezione della giustizia²⁵⁷.

La preoccupazione principale del neoliberalismo è quella di recuperare la concezione della libertà come *non-interferenza* e portarla al suo estremo, opponendo allo Stato la libertà negativa degli individui come diritto a che lo Stato non interferisca con le loro vite e, in particolare, con alcuni diritti fondamentali, come la vita e la proprietà²⁵⁸. Lo riconosce, ad esempio, Jeremy Waldron:

«[m]any who call themselves liberals (but who might be labelled “conservatives” or “libertarians” by their opponents) take their stand on what is termed a “negative” conception of liberty: a person’s liberty is simply the extent to which he can act unconstrained by literal obstruction or interference from others»²⁵⁹.

Ciò non significa che i *libertarian* argomentino contro l'introduzione di *qualsiasi* regola che garantisca la libertà²⁶⁰: eppure, la regolazione dello Stato deve essere ridotta al minimo.

Dal punto di vista critico del neo-repubblicanesimo, «[i]l liberalismo contemporaneo, specialmente nella sua forma cosiddetta libertaria, rischia di eliminare dall'arena pubblica qualsiasi concetto, salvo quelli di interesse personale e di diritti individuali»²⁶¹.

Evidentemente, non vi sono grandi problemi di sorta nella contrapposizione tra la libertà come non-dominazione del neo-repubblicanesimo e la libertà come non-interferenza del liberalismo *libertarian*, tant'è che, nella letteratura critica sul neo-repubblicanesimo, la critica relativa a quello che si potrebbe definire “appiattimento” del concetto di liberalismo sulla sua

²⁵⁶ Cfr. N.P. BARRY, *On Classical Liberalism and Libertarianism*, Palgrave MacMillan, London, 1986; W. KYMLICKA, “Libertarianism”, in ID., *Contemporary Political Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 102-165; R. HAMOWY (ed.), *The Encyclopedia of Libertarianism*, SAGE Publications, Thousand Oaks (Cal.), 2008; D. ATTAS, “Libertarianism”, in M. BEVIR (ed.), *Encyclopedia of Political Theory*, SAGE Publications, Thousand Oaks (Cal.), 2010, pp. 810-818; J. BRENNAN, B. VAN DER VOSSEN, D. SCHMIDTZ (eds.), *The Routledge Handbook of Libertarianism*, Routledge, New York, 2018.

²⁵⁷ Cfr. W. KYMLICKA, “Libertarianism”, cit., p. 102.

²⁵⁸ R. GARGARELLA, “El republicanismo”, cit., p. 184.

²⁵⁹ J. WALDRON, “Theoretical Foundations of Liberalism”, in *The Philosophical Quarterly*, 37, 147, 1987, pp. 127-150, p. 130.

²⁶⁰ Come riconosce Pettit, d'altro canto: «Rugged individualists may pride themselves [...] on not making the liberties under discussion rule-dependent. But in practice they are bound to agree [...] that there should be some rules, however minimal, to regulate certain extreme choices. They are almost certain to think that whatever the point of gun ownership, it is likely to be undermined if some are allowed short-range nuclear weapons and that whatever the point of renovating one's own home, it is in jeopardy if some are allowed to build skyscrapers next to suburban houses. Thus they too will argue for introducing rules to define and channel choices in these domains; that will be the way to extend liberties as far as possible», PH. PETTIT, “The Basic Liberties”, cit., p. 219.

²⁶¹ La citazione è reperibile nell'Appendice alla versione italiana di Q. SKINNER, *La libertà prima del liberalismo* [1998], cit., p. 99.

dimensione *libertarian* riconosce esplicitamente che «la differenza tra libertà dalla dipendenza/dominio e libertà dall'interferenza sta in piedi [...] con riguardo al liberalismo classico e, tanto più, con riguardo a quello dei *libertarians*»²⁶².

Un esempio evidente, che segna le basi filosofiche del neoliberalismo contemporaneo, è *Anarchy, State, and Utopia* (1974) di Robert Nozick²⁶³, il cui intento è quello di contrastare l'approccio di Rawls e della *justice as fairness* di *A Theory of Justice* (cfr. *infra*, § 2.7.2.a) proprio dal punto di vista *libertarian*. Nell'opera di Nozick, che incarna l'approccio estremo della libertà come non-interferenza collegato alla questione dei diritti naturali, è quello di concepire i diritti come una dimensione esterna a qualsivoglia potere, propria della dimensione umana, che lo Stato ha l'unico compito di garantire. Inoltre, i diritti, qualificati come standard morali, costituiscono uno strumento per impedire che lo Stato entri nella sfera individuale. L'unico scopo dello Stato, appunto, è quello di riconoscerli e garantirli, oltre a quello di fare in modo che vengano rispettati i contratti, in totale indipendenza dalle concezioni individuali del bene, che sono rimesse alla sfera privata individuale e vi rimangono nella misura in cui possono essere perseguite solo ed esclusivamente con mezzi, appunto, individuali, a condizione di non violare i diritti altrui²⁶⁴. Va da sé, dunque, che i diritti assumeranno entro questa cornice un carattere tendenzialmente assoluto e difficilmente si accetterà che essi divengano oggetto di bilanciamento: ciò si applica in particolare alla libertà d'espressione²⁶⁵ (come si vedrà nell'analisi della posizione dei *libertarians*; cfr. *infra*, § 3.2.2; § 5.2.1).

Dal punto di vista della forma di dominazione che prende il nome di *imperium* (cfr. *supra*, § 2.3), quella, cioè, caratterizzata dalla soggezione dell'individuo al potere non solo di interferenza *attuale*, bensì anche di interferenza *potenziale* da parte dello Stato, come è stato osservato, lo Stato libertario potrebbe caratterizzarsi come quello che meglio permette di minimizzare tale possibilità, se non, addirittura, di neutralizzarla completamente. Se, infatti, allo Stato è impedito l'ingresso nella sfera individuale, non ci sarà alcun rischio di dominazione pubblica da parte dello Stato stesso (ovvero di *imperium*). Tuttavia, è evidente che la massimizzazione della non-dominazione nella forma dell'*imperium*, ovvero pubblica, è ottenuta «at the cost of introducing considerable domination in other domains»²⁶⁶.

Lo Stato libertario, in sostanza, è quello Stato in cui vi è la quantità più bassa di dominazione pubblica (*imperium*) e, al contempo, la (possibilità della) quantità più elevata di dominazione privata (*dominium*). Se lo Stato libertario garantisce l'assenza di dominazione *verticale*, cioè nelle relazioni Stato-individuo, esso tollera massimamente la dominazione *orizzontale*, ovvero quella perpetrata nelle relazioni individuo-individuo.

Come si è visto, tuttavia, il principio di non-dominazione richiede una particolare attenzione allo *status sociale* e alle relazioni individuali, motivo per il quale l'ipotesi dello Stato

²⁶² M. ROSATI, "La libertà repubblicana", cit., p. 126.

²⁶³ R. NOZICK, *Anarchy, State, and Utopia*, cit.

²⁶⁴ Cfr., ad esempio, la ricostruzione critica di F. LOVETT, "The republican critique", cit., p. 394.

²⁶⁵ Cfr., sul punto, W. BATCHIS, *The Right's First Amendment. The Politics of Free Speech & The Return of Conservative Libertarianism*, Stanford University Press, Stanford (Cal.), 2016.

²⁶⁶ F. LOVETT, *A General Theory of Domination & Justice*, cit., pp. 193-194.

libertario, entro una prospettiva di non-dominazione, non può in alcun modo costituire una risposta soddisfacente.

2.7.2 – Il liberalismo egualitario e la non-interferenza reale

Il liberalismo egualitario, anche definito liberalismo procedurale o contrattualista, è preoccupato *sia* dalle *azioni* statali (cui oppone il principio della libertà *negativa da* come *non-interferenza*) *sia* dalle sue *omissioni* (cui oppone il principio della libertà *negativa di* come *possibilità di realizzare le proprie scelte di vita*)²⁶⁷. In virtù del secondo principio, allo Stato spetteranno le politiche di redistribuzione delle risorse e delle ricchezze. Esso accetta dunque, in qualche misura, il ruolo interventista dello Stato²⁶⁸.

Come si accennava, Skinner e Pettit hanno rivolto le loro critiche alla libertà come non-interferenza non solo contro il liberalismo classico, bensì, come testimoniano i loro scritti, anche al liberalismo egualitario contemporaneo, tant'è che i nomi di Rawls e Dworkin si trovano spesso nelle opere dei due autori²⁶⁹. Secondo gran parte della letteratura critica sul neo-repubblicanesimo, la libertà in Rawls e Dworkin non sarebbe assimilabile alla libertà negativa come assenza di interferenza²⁷⁰: in questo senso, la dicotomia tra libertà come non-interferenza e come non-dominazione non separerebbe adeguatamente il repubblicanesimo e il pensiero *liberal*. Non si tratta solamente di una questione puramente concettuale: ciò che è in gioco è l'adozione di un progetto capace di fungere da base per l'adozione di *public policies* in grado di rispondere a problemi concreti. A tal fine, è necessario raccogliere la critica ed analizzarla.

Da un lato, si può pensare di lasciare per un attimo da parte la questione specifica della libertà – supponendo per un istante che le critiche liberali centrino il bersaglio – e domandarsi se, oltre ad essa, esista qualche altra questione a partire dalla quale impostare il problema della distinzione di approcci. Si tratta, tra i tanti, dell'opinione di Stefano Maffettone, il quale, criticando la proposta neo-repubblicana da lato liberale, sostiene che la questione dirimente non sia quella della libertà – giacché il liberalismo egualitario *non* si distinguerebbe per l'adozione di una libertà intesa nel senso della non-interferenza – bensì quella della partecipazione: mentre il liberalismo, secondo i suoi critici, adotterebbe una «visione alquanto privatistica, strumentale e difensiva della politica», al servizio di interessi privati, in cui attua il cittadino «geloso custode dei suoi diritti», nel repubblicanesimo la libertà dei cittadini sarebbe quella che si esprime

²⁶⁷ R. GARGARELLA, “El republicanismo”, cit., p. 184.

²⁶⁸ Cfr. W. KYMLICKA, “Liberal Equality”, in ID., *Contemporary Political Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 53-101.

²⁶⁹ M. ROSATI, “La libertà repubblicana”, cit., p. 121. Si ritiene dunque non necessario rispondere a chi, ad esempio, ha sostenuto che «[n]egli scritti neo-repubblicani pensadores liberales contemporáneos como Rawls, Dworkin o Nozick, no son ni siquiera mencionados, como si las únicas fuentes de polémica de los neo-republicanos sólo se encontrarán en épocas pasadas», A. PINZANI, “Gobierno de las leyes y/o gobierno de los ciudadanos. ¿Hay compatibilidad entre republicanismo y democracia liberal?”, in *Isegoría*, 33, 2005, pp. 77-97, p. 80.

²⁷⁰ Cfr. A. FERRARA, “La scoperta del repubblicanesimo «politico» e le sue implicazioni per il liberalismo”, cit., p. 36. Lo indica, ad esempio, J. WALDRON, “Theoretical Foundations of Liberalism”, cit., pp. 131-132, nello stabilire che l'ideale di libertà sotteso al pensiero *liberal* non è assimilabile né a quello della non-interferenza *tout-court* né a quello della libertà positiva.

attraverso la partecipazione sinceramente interessata alla vita pubblica, nell'esercizio dei doveri civici²⁷¹. Per quanto questa suggestione colga nel segno una delle differenze cruciali tra il neo-repubblicanesimo e il liberalismo egualitario, è pur vero che, nella prospettiva adottata in questa sede, la partecipazione alla vita pubblica, pur costituendo sicuramente un principio di trasversale importanza a tutta la riflessione neo-repubblicana, non costituisce parimenti uno strumento utile alla risoluzione di questioni concrete come l'*hate speech*.

Nemmeno la distinzione fondata su *sostanza e procedure*, ovvero quella che tende ad identificare il liberalismo egualitario come una filosofia politica fondata su una teoria normativa sostanziale e il neo-repubblicanesimo come una teoria procedurale²⁷², coglie realmente il punto della questione: in primo luogo, poiché essa si fonda più su uno stereotipo del neo-repubblicanesimo che sulle proposte concrete della teoria della libertà come non-dominazione (rendendosi suscettibile, peraltro, della medesima accusa di ipostatizzazione caricaturale che era stata avanzata all'immagine del liberalismo adottata dai neo-repubblicani²⁷³), e in secondo luogo perché, come si è visto in precedenza, la libertà come non-dominazione costituisce un vero e proprio progetto politico di natura sostanziale.

Occorre dunque tornare necessariamente alla questione della libertà.

Anche in seno allo stesso campo neo-repubblicano vi è chi ha accettato il fatto che l'immagine che si tende a dare del liberalismo sia stereotipata, poiché la libertà come non-interferenza si addice solamente a «marginal species of liberalism—possessive individualism or modern neo-Lockeanism», laddove invece i liberali contrattualisti contemporanei assocerebbero un gran valore al dialogo politico al fine di evitare sia le differenze di potere nella sfera pubblica sia le disparità in quella privata²⁷⁴.

La libertà del pensiero *liberal*, si sostiene, «ved[e] la libertà in termini di libertà ed eguaglianza, in maniera diversa da qualsiasi visione più angusta basata soltanto sulla non interferenza»²⁷⁵. L'associazione del liberalismo contemporaneo a Hobbes non permetterebbe di vedere che la sua concezione della libertà non si oppone a qualsivoglia forma di interferenza, bensì è da inserirsi in un contesto normativo che sottolinea il ruolo del consenso e della pubblicità, oltre che, più specificamente, del *rule of law*: una cosa sarebbe la libertà in senso meramente *descrittivo*, come proprietà degli enti; altro, invece, la libertà in senso *normativo*, strettamente connessa alla vita politica e all'indipendenza di ciascun individuo entro un sistema di leggi applicabili a tutti e di autogoverno fondato sulla discussione, una dimensione che richiama lontanamente anche quella della libertà positiva:

²⁷¹ S. MAFFETTONE, "Repubblicanesimo", cit., p. 52.

²⁷² Ivi, p. 53.

²⁷³ Il che, in realtà sarebbe un interessante oggetto di analisi, come se si trattasse di una sorta di "dialogo tra sordi": la stessa immagine del neo-repubblicanesimo che si trova descritta negli scritti sul versante della critica *liberal* è piuttosto caricaturale. Basti pensare, per esempio, al fatto che in molti di essi non si accenna nemmeno alla classica distinzione tra *civic humanism* e *classical republicanism*: cfr., a tal proposito, M.L. ROGERS, "Republican Confusion and Liberal Clarification", cit., p. 804, il quale si riferisce ai repubblicani senza tracciare le opportune distinzioni, come se il termine (neo)repubblicanesimo veicolasse un unico significato che può essere rigettato in blocco.

²⁷⁴ C.R. SUNSTEIN, "Beyond the Republican Revival", cit., p. 1567.

²⁷⁵ S. MAFFETTONE, "Repubblicanesimo", cit., p. 61.

«When liberals therefore speak of freedom, they mean something *less* than being free from any and all constraints. But they also mean something *more* than being free from actual interference»²⁷⁶.

Nonostante il fatto che esistano elementi a partire dai quali si può contestare l'adozione di un ideale di libertà inteso come non-interferenza da parte del liberalismo egualitario, continua a sussistere il problema per cui, al di là delle possibili somiglianze, esistono profonde differenze tra questo e il neo-repubblicanesimo di Pettit²⁷⁷, a causa del fatto che ci si concentra sul rigetto dell'ideale della non-interferenza e non sulle specificità dell'ideale della non-dominazione²⁷⁸.

Per quanto riguarda le differenze, tuttavia, lo stesso Pettit ha fornito un'interessante chiave di lettura, che potrebbe fungere da linea guida per valutare in che misura si possa affermare che il pensiero *liberal* accoglie l'ideale della non-interferenza. Egli, infatti, sostiene che l'ideale della libertà come non-interferenza debba essere necessariamente scomposto in due dimensioni²⁷⁹, che si colgono interrogandosi sullo *scopo* della non-interferenza stessa.

1) *Interferenza interpersonale*. Si tratta dell'ideale della non interferenza classico, volto a contrastare solamente il *male primario* dell'interferenza tra Stato e individuo o tra individuo e individuo. È un'interferenza di relazione, cioè, tra due persone (che si tratti di persona giuridica-statale o persona-individuale). Questa è la libertà *formale* come non-interferenza, che richiede la mera *assenza* dell'interferenza: l'ideale fatto proprio da Hobbes prima e dai teorici *libertarian* poi. Sulla scorta di questa definizione di Pettit, si potrebbe pensare di definire la libertà formale come non-interferenza nei termini di un approccio *deontologico* alla libertà dall'interferenza: essa va sempre rispettata come un vincolo, piuttosto che come un obiettivo. Va da sé che qualsivoglia azione non informata al principio della libertà dall'interferenza si costituisca come una violazione della stessa.

2) *Limitazioni impersonali*. Si tratta dell'ideale volto ad evitare, oltre all'interferenza interpersonale, *anche* il *male secondario* delle limitazioni impersonali al vero e proprio godimento della libertà intesa nel senso della non-interferenza. Si tratta della libertà *effettiva* o *reale* come non-interferenza²⁸⁰. Essa rende necessaria l'assenza non solo di un fattore che «compromette» la libertà (l'interferenza), bensì anche di fattori impersonali che, invece, «condizionano» la libertà stessa, come gli ostacoli naturali o alcuni tipi di condizioni sociali. La rimo-

²⁷⁶ M.L. ROGERS, "Republican Confusion and Liberal Clarification", cit., pp. 805-807 (la citazione è a p. 807).

²⁷⁷ Cfr. J. MAYNOR, "Modern republican democratic contestation. A model of deliberative democracy", in I. HONOHAN, J. JENNINGS, (eds.), *Republicanism in Theory and Practice*, cit., pp. 125-139, p. 125.

²⁷⁸ Peraltro, non basta il fatto che, nel silenzio degli autori di riferimento del liberalismo egualitario sul punto, *alcuni* filosofi politici abbiano concepito l'ideale di libertà sotteso alle teorie di Rawls e Dworkin come assolutamente non assimilabile a quello della non interferenza. Vi sono anche filosofi politici che sostengono espressamente che «[c]ontemporary liberals such as Berlin, Rawls, and Dworkin have inherited this tendency to define liberty as noninterference, even though doing so is not required by their commitment to toleration», F. LOVETT, "The republican critique", cit., p. 393. Ciò testimonia, quantomeno, il fatto che si tratta di un punto ancora discusso e lungi dall'essere già stato ampiamente e univocamente risolto.

²⁷⁹ PH. PETTIT, *A Theory of Freedom: From the Psychology to the Politics of Agency*, cit., pp. 132-133.

²⁸⁰ Cfr. P. VAN PARIJS, *Real Freedom for All*, Oxford University Press, Oxford, 1995.

zione di tali fattori condizionanti, in questo ideale, ha come fine ultimo quello di rendere possibile l'opportunità del *reale godimento* della libertà come non-interferenza. Sarebbe questo, secondo Pettit, l'ideale sotteso al liberalismo egualitario. Il fatto, cioè, che il liberalismo-egualitario non sostenga solo una concezione della libertà come non-interferenza formale, bensì argomenti a favore dell'*intervento* statale, non significa che esso postuli un ideale di libertà analogo a quello del neo-repubblicanesimo²⁸¹. Si potrebbe, cioè, pensare alla libertà reale dall'interferenza nei termini di un approccio *teleologico* alla libertà come non-interferenza: essa è compatibile con l'interferenza statale volta a garantire un maggior grado finale di godimento della generale libertà dall'interferenza.

Peraltro, si può sostenere che le due dimensioni, della libertà come non-interferenza *formale* e *reale*, siano sottese alla medesima distinzione che, entro la *libertà negativa*, sussiste tra la *libertà da* (che postula appunto la libertà da qualsiasi interferenza) e la *libertà di* (che postula la possibilità del fare liberamente da parte del soggetto libero).

Da questo punto di vista, dunque, si può sostenere che il liberalismo classico prima, e il neoliberalismo poi, abbiano fatto proprio l'ideale della totale interferenza formale nelle relazioni Stato-individuo e individuo-individuo; che il liberalismo egualitario, poi, abbia progressivamente accettato una qualche forma di intervento statale nella sfera privata per garantire il reale esercizio della libertà come non-interferenza anche nelle relazioni tra privati; e che il neo-repubblicanesimo, invece, abbia teorizzato la non-dipendenza sia nelle relazioni Stato-individuo sia nelle relazioni private tra individui.

È qui che si coglierebbe la differenza principale tra il liberalismo egualitario e il neo-repubblicanesimo e, al contempo, la possibilità di tracciare una similitudine tra i due. Entrambi, infatti, accettano l'intervento statale – ciò che ha progressivamente generato le critiche da lato *liberal* alla teorizzazione neo-repubblicana come assolutamente contrapposta al pensiero liberale egualitario. Tuttavia, l'accettazione dell'intervento statale avrebbe due significati (e due scopi) molto diversi tra loro: l'impegno volto ad un *reale* ed *effettivo* esercizio della libertà come non-interferenza in condizioni di eguaglianza (da qui il bilanciamento tra il principio di libertà e quello di eguaglianza) per il liberalismo egualitario, che percepisce la giustizia distributiva come il *fine* della sua teoria della giustizia; la garanzia della non-dominazione (da qui un'attenzione ad una libertà che implica essa stessa l'eguaglianza) per il neo-repubblicanesimo, che concepisce la giustizia distributiva come *mezzo* (o come *conseguenza*) della più radicale attenzione alla libertà intesa come non-dominazione²⁸².

Inoltre, è bene tenere in considerazione che il liberalismo egualitario, come si vedrà, tratta primariamente della questione della *libertà politica*, in questo implicitamente sottolineando che lo scopo è quello di garantire la non-interferenza nelle relazioni sociali. L'ideale

²⁸¹ Cfr., sul punto, J.-F. SPITZ, "The Concept of Liberty in 'A Theory of Justice' and Its Republican Version", cit., pp. 331-347.

²⁸² M.J. BERTOMEU, A. DOMÈNECH, "El republicanismo y la crisis del rawlsismo metodológico (Nota sobre método y sustancia normativa en el debate republicano)", in *Isegoría*, 33, 2005, pp. 51-75, p. 66.

della non-dominazione, invece, come si è visto, rappresenta un ideale di *libertà politica e sociale* al contempo²⁸³, non cieco di fronte alle disuguaglianze di *status* che minano l'eguaglianza dei rapporti sociali. Si tratta, cioè, di un ideale di eguaglianza più ricco, che tiene insieme la dimensione privata e quella pubblica²⁸⁴.

Al contempo, Pettit sostiene che la logica binaria tra la libertà *formale* e la libertà *reale* può essere applicata anche all'ideale della non-dominazione: l'idea *formale* della non-dominazione, infatti, potrà essere resa *effettiva* attraverso la riduzione degli ostacoli non intenzionali, che «condizionano», non «compromettono» la libertà reale dalla dominazione²⁸⁵.

Ora è il caso di affrontare brevemente un'altra considerazione di carattere generale, che risulta strettamente connessa con gli ideali di libertà come non-interferenza reale e di libertà come non-dominazione. Si tratta della questione del *bene comune*. Nella letteratura sulle differenze d'approccio tra il neo-repubblicanesimo e il liberalismo egalitario, in qualche caso si incontrano riferimenti alla questione dello *human flourishing* come specifica nozione che permetterebbe di distinguere le due correnti di pensiero. Da un lato, si sostiene, si troverebbe la teoria liberale contemporanea, secondo la quale l'organizzazione istituzionale deve necessariamente essere compatibile con l'adozione, da parte di ciascun individuo, di qualsiasi modello privato di virtù; dall'altro, invece, il neo-repubblicanesimo, che sosterebbe la necessità che lo Stato si impegni attivamente con un modello determinato di *human flourishing*²⁸⁶. L'impegno del neo-repubblicanesimo nei confronti di una specifica teoria del bene sarebbe, in principio, incompatibile con il *principio di tolleranza*, che costituisce uno dei fondamenti – se non il primo – del liberalismo classico prima e del liberalismo contemporaneo poi.

Tuttavia, come si è indicato in precedenza, tale principio nasce come affermazione dell'esigenza della protezione di una sfera privata in cui si possano perseguire concezioni particolari del bene e modelli di vita individuali: esso non proibisce che lo Stato si impegni verso una particolare concezione del bene *pubblico*, cioè della vita associata degli individui insieme considerati²⁸⁷, secondo la distinzione tra etica pubblica ed etica privata²⁸⁸. Un conto, cioè, sarebbero le singole etiche private dei singoli individui che in uno Stato liberale devono necessariamente essere tollerate e rispettate; altra cosa, invece, sarebbe l'etica pubblica dello Stato neo-repubblicano, che da questo punto di vista non risulterebbe incompatibile con l'esistenza

²⁸³ R. BELLAMY, “Non-domination and the Free-State”, cit., p. 137. Cfr. anche M.J. BERTOMEU, A. DOMÈNECH, “El republicanismo y la crisis del rawlsismo metodológico (Nota sobre método y sustancia normativa en el debate republicano)”, cit.: «La tradición republicana [...] [t]iende, pues, a ver los *problemas distributivos reales desde el punto de vista de las instituciones sociales históricamente contingentes y de las consiguientes relaciones sociales y políticas entre las clases*, no, como la visión neoclásica, desde la perspectiva de una mera colección de psicologías intencionales —no regimentadas socialmente, y monistamente caracterizadas motivacionalmente— que generan pautas distributivas agregadas intercambiando *apolíticamente* bienes y servicios, más o menos formalmente restringidas por un entorno normativo-institucional, cuando mucho, a-históricamente concebido» (p. 66).

²⁸⁴ S. BESSON, J.L. MARTÍ, “Legal Republicanism: Mapping the Issues”, cit., pp. 19-20.

²⁸⁵ PH. PETTIT, “Keeping Republican Freedom Simple. On a Difference with Quentin Skinner”, cit., pp. 341-342.

²⁸⁶ R. GARGARELLA, “El republicanismo”, cit., p. 171.

²⁸⁷ F. LOVETT, “The republican critique”, cit., p. 393.

²⁸⁸ Cfr., sul punto, G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Ética pública-ética privada”, in *Anuario de Filosofía del Derecho*, 14, 1997, pp. 531-544.

di singole etiche private e singoli progetti di vita individuali: il neo-repubblicanesimo accetta il principio liberale fondamentale della tolleranza²⁸⁹. Ciò che lo Stato neo-repubblicano non sarebbe portato ad accettare, piuttosto, sarebbe l'azione individuale, fondata su un'etica privata, *incompatibile* con l'etica pubblica verso la quale è impegnata l'organizzazione statale.

Inoltre, come si è accennato in precedenza, il neo-repubblicanesimo non accetta una teoria *thick* del bene pubblico, bensì si limita a sostenere la necessità di garantire la libertà dalla dominazione come condizione essenziale (concezione *thin*) per *qualsiasi* concezione del bene pubblico (cfr. *supra*, § 2.4). La *vulgata* sarebbe portata dunque a sostenere che il liberalismo, al contrario, in quanto neutrale, non avanzerebbe alcuna concezione del bene: non sarebbe, cioè, perfezionista²⁹⁰. Ciò gli consentirebbe di adottare una concezione neutrale dello Stato, al contrario del neo-repubblicanesimo. Il neo-repubblicanesimo, invece, rifiuta non tanto il principio fondamentale del liberalismo classico della *tolleranza* – evitando, infatti, di promuovere un'unica concezione del bene come superiore a tutte le concezioni private²⁹¹ –, bensì questa evoluzione, propria del liberalismo contemporaneo, nel principio della *neutralità: in primis*, perché esso stesso, in realtà, giace su considerazioni di natura sostanziale sul bene²⁹²; *in secundis*, poiché il neo-repubblicanesimo è un modello che promuove la virtù civica, che di per sé non è un valore neutrale²⁹³.

L'impressione generale che si ricava da questa prima approssimazione è che si possa affermare che da certi punti di vista la libertà del liberalismo egualitario e la libertà del neo-repubblicanesimo non siano totalmente incompatibili. Ciò in quanto entrambi, *prima facie*,

²⁸⁹ Cfr. *ivi*, F. LOVETT, "The republican critique", cit., pp. 384-385.

²⁹⁰ «Ideas máximamente vulgares —y, por lo tanto, máximamente repetidas» [il significato italiano dell'utilizzo in castigliano del termine *vulgar* in questo caso è *generali, comuni, superficiali*] è la definizione di questa linea che danno M.J. BERTOMEU, A. DOMÈNECH, "El republicanismo y la crisis del rawlsismo metodológico (Nota sobre método y sustancia normativa en el debate republicano)", cit., p. 72. Gli autori riportano tale opinione sulla base dell'esempio dell'«*overlapping consensus*» rawlsiano, che permette allo Stato di non "scegliere" tra alcuna concezione privata del bene, consentendo al contempo a tutte di coesistere nello spazio pubblico. È necessario precisare che qui si segue la proposta di Lovett, il quale afferma: «Many contemporary theories, however, are not perfectionist: that is, they are to some extent agnostic toward differing conceptions of the good, at least as a matter of principle. Such theories are variously described as neutral, impartial, or anti-perfectionist, though each of these terms can be seriously misleading. This is because perfect neutrality or impartiality toward all possible conceptions of the good is impossible to achieve, and in any case, it is not always (or even often) the direct aim of such theories. A more appropriate, if less elegant, term might simply be non-perfectionist» (F. LOVETT, *A General Theory of Domination & Justice*, cit., pp. 161-162).

²⁹¹ Cfr. F. LOVETT, "The republican critique", cit., il quale sostiene: «On the other hand, unlike communitarians or perfectionists, republicans need not swing so far the other way as to elevate a particular conception of the good above all others. On the contrary, as we have seen in our discussion of the origins of liberalism, the republican [non-domination principle] is perfectly compatible with the [liberal toleration principle]» (p. 397). D'altra parte, come lo stesso Lovett sostiene, se l'ideale della non-dominazione rifiutasse il principio della tolleranza, esso risulterebbe internamente incoerente in quanto incompatibile con se stesso nel risultato: i regimi non tolleranti, come quelli totalitari, sono quelli in cui si incontra il massimo grado di dominazione nella forma dell'*imperium*.

²⁹² Si tratta, tuttavia, di una questione piuttosto controversa, che non verrà trattata in questa sede. Nel dibattito sulla neutralità del liberalismo, cfr., ad esempio, L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. II, *Teoria della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2007, p. 61, che sostiene che il liberalismo dei diritti non si fonda su un accordo morale soggiacente. Critica questa visione F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, "Los derechos fundamentales en *Principia Iuris* o los límites de la Teoría del Derecho", in *Anuario de Filosofía del Derecho*, 29, 2013, pp. 35-55.

²⁹³ F. LOVETT, "The republican critique", cit., pp. 395-396.

paiono rigettare l'ideale della libertà come non-interferenza in senso formale. Tuttavia, come si è visto, mentre il liberalismo egalitario parrebbe conformarsi con un'ideale della non-interferenza di tipo materiale, ad esso subordinando le pratiche di giustizia distributiva, il neo-repubblicanesimo pare invece *andare oltre*, teorizzando una libertà come non-dominazione che, se non incompatibile con quella del liberalismo egalitario, pare comunque più profonda. Forse il pensiero *liberal* non disegna una teoria della giustizia *incompatibile*, appunto, con l'ideale della non-dominazione, eppure *non mette a fuoco* tale ideale come principio guida che deve regolare l'azione dello Stato, compito assolto invece dallo Stato neo-repubblicano nel conferire alla libertà come non-dominazione il ruolo di *bene pubblico*.

A livello di politica concreta – di vere e proprie *public policies* che l'uno e l'altro approccio parrebbero giustificare – quindi, si può ipotizzare che Rawls e Dworkin non accettino le situazioni di dominazione, dovendo esse affrontarsi come qualsiasi altra questione di giustizia distributiva in quanto contrastanti con gli ideali della libertà e dell'eguaglianza. Eppure, essi forse non forniscono alcuna indicazione specifica per contrastare la dominazione come situazione specifica *distinta* da altre situazioni di giustizia distributiva. Il tentativo di soluzione delle questioni di giustizia distributiva, infatti, pare risultare compatibile con le disuguaglianze di *status* sociale successive al momento contrattuale. L'idea di libertà fatta propria dal liberalismo egalitario, con parole dello stesso Pettit, sarebbe «sociologically too poor»²⁹⁴. Questa è l'ipotesi che nel prosieguo si tenterà di dimostrare.

a) *John Rawls*. Nella costruzione di Rawls, come è ampiamente noto, l'individuo è «unencumbered»²⁹⁵, viene prima della comunità e dell'organizzazione politica. Inoltre, Rawls afferma la priorità del giusto [*right*] sul bene [*good*]: lo scopo di Rawls, come è risaputo, è quello di formulare una teoria della giustizia che, in quanto tale, privilegi l'elemento del giusto su qualsiasi altra considerazione:

«Each person possesses an inviolability founded on justice that even the welfare of society as a whole cannot override. For this reason justice denies that the loss of freedom for some is made right by a greater good shared by others. It does not allow that the sacrifices imposed on a few are outweighed by the larger sum of advantages enjoyed by many. Therefore in a just society the liberties of equal citizenship are taken as settled, the rights secured by justice are not subject to political bargaining or to the calculus of social interests. The only thing that permits us to acquiesce in an erroneous theory is the lack of a better one; analogously, an injustice is tolerable only when it is necessary to avoid an even greater injustice»²⁹⁶.

Nel tentativo di disegnare le fondamenta della società giusta, Rawls è esplicito nell'affermare che egli si occuperà solamente della «basic structure of society», definibile come «the

²⁹⁴ PH. PETTIT, *A Theory of Freedom: From the Psychology to the Politics of Agency*, cit., p. 138.

²⁹⁵ J. RAWLS, *A Theory of Justice*, cit., p. 453. È proprio a partire da tale definizione che Sandel, in maniera critica rispetto a Rawls, critica l'«unencumbered self» postulato dal liberalismo egalitario: M. SANDEL, «The Procedural Republic and the Unencumbered Self», cit.

²⁹⁶ J. RAWLS, *A Theory of Justice*, cit., pp. 3-4.

way in which the major social institutions distribute fundamental rights and duties and determine the division of advantages from social cooperation»²⁹⁷. Quindi, per Rawls la *giustizia* dipende direttamente, da un lato, da come sono distribuiti i *diritti*, e, dall'altro, dalle opportunità economiche e dalle condizioni sociali degli individui. Tuttavia, come si vedrà, tra queste due situazioni viene a crearsi una relazione di gerarchia, tale per cui le relazioni che rientrano nella prima *non* possono essere sacrificate in nome delle seconde.

La concezione della «*justice as fairness*» è, con parole di Rawls, una *concezione politica* della giustizia liberale²⁹⁸. Ma come deve essere applicata tale concezione della giustizia? Come è noto, la *justice as fairness* di Rawls deriva dai principi razionali che gli individui sceglierebbero in una situazione di eguaglianza iniziale definita dal «velo di ignoranza», che permette loro di utilizzare il concetto kantiano di *autonomia* nelle scelte morali e di *imperativi categorici*, che individuano le scelte comportamentali indipendenti dai fini particolari²⁹⁹. Sotto il velo di ignoranza, gli individui non conoscono le loro posizioni particolari nella società, il loro status sociale, nonché la loro fortuna nella distribuzione di capacità naturali, intelligenza, forza e via dicendo. Inoltre, ciò che risulta ancora più importante, gli individui *non* conoscono le loro particolari concezioni del bene. In questo modo, secondo l'impostazione di Rawls, nessuno risulterà avvantaggiato nella scelta dei principi da applicare alla società: la *justice as fairness* è definita dalla possibilità di raggiungere un accordo entro queste condizioni.

È necessario sottolineare che tale situazione di *fairness* iniziale è ovviamente garantita da una posizione di iniziale uguaglianza: tutti gli individui possono partecipare in maniera uguale nella scelta dei principi, avanzare proposte, discutere e via dicendo. Ciò risulta diretta applicazione dell'uguaglianza morale dei soggetti³⁰⁰. In questa concezione, peraltro, Rawls prende in prestito l'idea tradizionale del contratto sociale, con l'intento di portarlo ad un alto livello di astrazione: la posizione originale corrisponde cioè allo stato di natura³⁰¹.

Ciò su cui risulta interessante riflettere in questa sede è l'esito della procedura attraverso la quale gli individui rawlsiani definiscono i principi di giustizia: essi, in particolare, sono il *principio di uguaglianza* e il *principio di differenza*. Si noti che la formulazione dei due principi è oggetto di una costante revisione da parte dell'autore. Per comodità, si prenderà la definizione finale che egli adotta in *Political Liberalism*, che corregge quella definita in precedenza:

²⁹⁷ Ivi, p. 6, e X., p. 47. Si noti che, nell'approccio di Rawls, ciò significa accettare che la giustizia della struttura di base sia compatibile con l'esistenza di particolari istituzioni ingiuste, senza che da ciò ne derivi l'ingiustizia del sistema sociale nel suo intero: ivi, p. 50.

²⁹⁸ Questo passaggio è già esplicito in J. RAWLS, *A Theory of Justice*, cit., p. 6. Tuttavia, l'oggetto della sua opera successiva, *Political Liberalism*, sarà proprio quello di chiarire in che senso intende avanzare un liberalismo (e dunque una concezione della giustizia) in senso *politico*.

²⁹⁹ J. RAWLS, *Political Liberalism*, cit., pp. 220-227.

³⁰⁰ Ivi, p. 17. Pur non trattandosi di un tema di diretto interesse in relazione all'oggetto del presente lavoro, si noti – come è stato sottolineato – che Rawls, in realtà, limita fortemente la capacità di partecipazione al processo di selezione dei principi solo alle persone ritenute razionali: «[T]hese conditions define the principles of justice as those which rational persons concerned to advance their interests would consent to as equals when none are known to be advantaged or disadvantaged by social and natural contingencies» (*ibidem*). Come è noto, ciò porta all'esclusione di coloro che non sono ritenuti razionali, come, ad esempio, le persone con disabilità intellettuale.

³⁰¹ Ivi, pp. 10-11.

«a. Each person has an equal claim to a fully adequate scheme of equal basic rights and liberties, which scheme is compatible with the same scheme for all; and in this scheme the equal political liberties, and only those liberties, are to be guaranteed their fair value.

b. Social and economic inequalities are to satisfy two conditions: first, they are to be attached to positions and offices open to all under conditions of fair equality of opportunity; and second, they are to be to the greatest benefit of the least advantaged members of society»³⁰².

Sin dalle prime pagine di *A Theory of Justice*, Rawls sostiene che tra i due principi di giustizia intercorre una relazione di *gerarchia*: il primo risulta prioritario rispetto al secondo. Ciò significa che *le libertà* (al plurale) garantite dal primo principio *non* possono essere violate in nome di maggiori vantaggi sociali ed economici: esse, al contrario, possono essere limitate solamente quando sono in conflitto tra loro (e dunque non sono assolute tra di loro, bensì solo in relazione agli altri scopi collettivi)³⁰³. Inoltre, la limitazione di una libertà in favore di un'altra dipende, ovviamente, dalla relazione interna tra le libertà, in base a quanto l'estensione di una potrebbe arrecare danno alle altre. È in questo senso, dunque, che si intende il motto rawlsiano in virtù del quale «liberty can be restricted only for the sake of liberty»: la libertà può essere ristretta solo in nome della libertà, dunque *le libertà* possono essere bilanciate solamente con *altre* libertà, non con scopi sociali. Ciò può avvenire in due casi:

«(a) a less extensive liberty must strengthen the total system of liberty shared by all, and (b) a less than equal liberty must be acceptable to those citizens with the lesser liberty»³⁰⁴.

Se confrontati con la definizione della libertà come libertà dalla dominazione (cfr. *supra*, § 2.3), ci si accorge che tali requisiti per la limitazione della libertà risulterebbero incompatibili con essa. Da un lato, infatti, non si comprende come si potrebbe godere tutti di una *minore* libertà dalla dominazione e, al contempo, incrementare il sistema totale di libertà dalla dominazione goduta da tutti. Come si è visto (cfr. *supra*, § 2.4), la libertà dalla dominazione, in questo lavoro, è presa in considerazione al contempo nella sua dimensione *deontologica* e *teleologica*. Non è chiaro, dunque, come una minore libertà dalla dominazione in senso deontologico (un'accettazione, cioè, della possibilità di tollerare nelle relazioni interindividuali una soglia di dominazione più elevata) potrebbe portare ad una maggiore libertà dalla dominazione in senso teleologico (una maggiore libertà di sistema). Dall'altro lato, non risulta nemmeno chiaro come una libertà dalla dominazione meno eguale (cioè il fatto che alcuni soggetti siano più dominati di altri) possa risultare accettabile ai soggetti più dominati.

³⁰² J. RAWLS, *Political Liberalism*, cit., pp. 5-6, p. 291. Si confronti questa definizione con quelle precedenti che compaiono in J. RAWLS, *A Theory of Justice*, rispettivamente pp. 53, 72, 220, 266-267. Sul punto, si veda la critica di Hart, che sosteneva l'incoerenza di Rawls nel cambio di approccio, dalla garanzia *della libertà* (in generale) alla garanzia *delle libertà* (al plurale, dunque particolari): H.L.A. HART, "Rawls on Liberty and Its Priority", in *The University of Chicago Law Review*, 40, 1973, pp. 534-555, p. 538.

³⁰³ J. RAWLS, *A Theory of Justice*, cit., XI, p. 53. Cfr. anche J. RAWLS, *Political Liberalism*, cit.: «They have an absolute weight with respect to reasons of public good and of perfectionist values. [...] The priority of liberty implies in practice that a basic liberty can be limited or denied *solely for the sake of one or more other basic liberties*» (p. 294).

³⁰⁴ J. RAWLS, *A Theory of Justice*, cit., XXXIX, pp. 214-215 e p. 220.

Rimane, cioè, il dubbio che il concetto di libertà a cui si ispira Rawls sia quello di *non-interferenza*, il quale, invece, risulterebbe compatibile con i due principi sopra indicati. È infatti possibile accettare alcune interferenze per contribuire ad un sistema di libertà generale dall'interferenza (si veda, per esempio, la distinzione sopracitata, a partire da Pettit, tra libertà come non-interferenza *formale* e *reale*), così come il fatto che alcuni soggetti vedano una maggiore interferenza nella propria sfera individuale di altri, senza che da ciò possa derivare una contraddizione interna alla libertà dall'interferenza. La libertà dall'interferenza, in altre parole, è compatibile con un approccio *per gradi* e con un approccio *diseguale*, ciò che, al contrario, non risulta possibile nella libertà dalla dominazione.

M. L. Rogers ha sostenuto che quando Rawls afferma che la libertà può essere ristretta solo in nome della libertà, al contrario di quanto sostengono Skinner e Pettit, lo si dovrebbe leggere come se stesse dicendo che «illegitimate freedom can be restricted for the sake of legitimate freedom»³⁰⁵, anche sulla base del fatto che Rawls stesso ha affermato che «one who complies with the announced rules need never fear an infringement of his liberty»³⁰⁶. Questa affermazione, tuttavia, è evidentemente errata dal punto di vista della non-dominazione: se essere liberi significa non essere soggetti a dominazione, rispettare il diritto non significa, *ex se*, essere liberi. Possono esservi situazioni di dominazione che semplicemente non sono controllate dal diritto: si pensi, ad esempio, alla situazione di svantaggio delle donne rispetto agli uomini nella società contemporanea. Non *ogni* forma di dominazione degli uomini nei confronti delle donne è ancora stata risolta attraverso la statuizione di regole giuridiche.

L'impostazione di Rawls, come si è anticipato, è dichiaratamente deontologica (quindi anti-teleologica³⁰⁷), antiutilitarista e anti-perfezionista. L'utilitarismo è rifiutato dall'autore in virtù dell'argomento per il quale gli individui eguali e cooperanti, sotto il velo di ignoranza, difficilmente sceglierebbero di introdurre il principio di utilità tra i principi di giustizia, poiché ciò significherebbe accettare di vedersi garantire meno possibilità solo in virtù di una maggior somma di vantaggi per gli altri. In particolare, la critica di Rawls è dovuta al fatto che, nella sua prospettiva, «[u]tilitarianism does not take seriously the distinction between persons»³⁰⁸. D'altro canto, non si può, secondo Rawls, rifugiarsi nell'idea perfezionista della *good life* come valore superprimario, poiché essa non garantisce adeguatamente le libertà individuali (oltre al fatto che risulterebbe contraria al principio di differenza³⁰⁹).

³⁰⁵ M.L. ROGERS, "Republican Confusion and Liberal Clarification", cit., p. 814.

³⁰⁶ J. RAWLS, *A Theory of Justice*, cit., p. 212.

³⁰⁷ Ciò a condizione di intendere le teorie teleologiche, secondo Rawls, come quelle in cui «[t]he good is defined independently from the right, and then the right is defined as that which maximizes the good. More precisely, those institutions and acts are right which of the available alternatives produce the most good, or at least as much good as any of the other institutions and acts open as real possibilities (a rider needed when the maximal class is not a singleton)»; J. RAWLS, *A Theory of Justice*, cit., pp. 21-22 (ove Rawls riprende la definizione di W. K. FRANKENA, *Ethics*, Prentice Hall, Englewood Cliffs (N.J.), 1963, p. 13). Si noti che la definizione di Rawls di teorie teleologiche risulta compatibile con quella di Lovett adottata in questa sede (cfr. *supra*, § 2.4).

³⁰⁸ J. RAWLS, *A Theory of Justice*, cit., L, p. 24.

³⁰⁹ Ivi, L, p. 290.

La *justice as fairness*, in quanto *teoria deontologica*, non definisce il bene indipendentemente dal giusto, o non definisce il giusto come massimizzazione del bene³¹⁰.

«We can express this by saying that in justice as fairness *the concept of right is prior to that of the good*. A just social system defines the scope within which individuals must develop their aims, and it provides a framework of rights and opportunities and the means of satisfaction within and by the use of which these ends may be equitably pursued. The priority of justice is accounted for, in part, by holding that the interests requiring the violation of justice have no value»³¹¹.

In una società giusta, secondo Rawls, le libertà fondamentali costituiscono il principio prioritario, in virtù del fatto che una diminuzione della libertà e dei diritti non può essere giustificata in vista di un maggior bene. Inoltre, mentre è possibile accettare che le concezioni particolari del bene differiscano l'una dall'altra, ciò non vale per le concezioni del giusto³¹². Ciò risulta di particolare importanza, nel tentativo di sottolineare gli elementi della concezione liberale della libertà e dei diritti che consentono di distinguerla dalla concezione neo-repubblicana fondata sulla libertà dalla dominazione. Se le *basic liberties* sono date per scontate («taken as settled»), infatti, si può sostenere che esse si fondano su una *concezione statica della libertà*, che privilegia la situazione individuale rispetto agli scopi sociali. Al contrario, la *concezione dinamica della libertà dalla dominazione* non può in alcun modo essere data per scontata come un elemento prepolitico, proprio perché anche nel momento politico possono darsi situazioni di dominazione che influiscono sulla libertà.

Tornando alla concezione del bene, è opportuno segnalare che Rawls non ne esclude *in toto* l'adozione: «the right and the good are complementary: no conception of justice can draw entirely upon one or the other, but must combine both in a definite way»³¹³. Una teoria del bene è già presente, dice Rawls, nel momento in cui si sostiene il principio di differenza, perché implica che si possano definire chi sono i più svantaggiati. Essi sono coloro che godono meno dei *beni primari*, che implicano una concezione del bene. Occorre quindi accettare una «thin theory of the good»³¹⁴. Ebbene, in questo senso, anche il liberalismo di Rawls accetta una teoria del bene, poiché postula l'esistenza di *beni primari* – il bene primario è un bene. A partire da alcuni suggerimenti di Lovett³¹⁵, dal punto di vista rawlsiano si potrebbe accettare la non-dominazione tra i beni primari. Tuttavia, ciò finirebbe per sminuirne il valore, poiché essa potrebbe essere soppressa con tutti gli altri beni primari. Al contrario, si potrebbe allora pensare che dal punto di vista del neo-repubblicanesimo la non-dominazione *garantirebbe* alcuni beni primari (si pensi al reddito³¹⁶), con la garanzia che la loro esistenza dipenderebbe dalla non-dominazione stessa, che non rischierebbe di divenire un bene primario “bilanciabile” con altri

³¹⁰ Ivi, p. 26.

³¹¹ Ivi, p. 28 (corsivi nostri).

³¹² Ivi, LXVIII, p. 393.

³¹³ J. RAWLS, *Political Liberalism*, cit., p. 173.

³¹⁴ J. RAWLS, *A Theory of Justice*, cit., LX, pp. 347-348.

³¹⁵ F. LOVETT, *A General Theory of Domination & Justice*, cit., pp. 171.

³¹⁶ È curioso, infatti, che Lovett suggerisca che tra le *public policies* che dovrebbero derivare dalla teoria della non-dominazione dovrebbe esserci proprio lo *universal basic income*: cfr. ivi, pp. 196-200.

beni primari: tuttavia, essa finirebbe per contraddirsi, poiché ogni limitazione alla massimizzazione della dominazione finisce per essere una contraddizione alla non-dominazione stessa. I beni primari sarebbero, in sostanza, *strumentali* al raggiungimento della non-dominazione³¹⁷. Ciò segna una differenza fondamentale con l'impostazione deontologica pura di Rawls, in cui i beni primari (in particolare i diritti e le libertà) sono esigenze di giustizia che costituiscono fini in se stessi, pertanto non possono essere limitati se non in caso di conflitti interni.

Procedendo nell'analisi della teoria di Rawls, si scopre che affinché l'accettazione di una teoria *thin* del bene sia compatibile con la *justice as fairness* in senso politico, Rawls sostiene che debba essere essa stessa *politica*, ovvero che sia accettata (o accettabile) dai cittadini intesi come liberi e uguali e che non presupponga nessuna particolare dottrina comprensiva. Le teorie del bene ammissibili entro la concezione rawlsiana della giustizia, dunque, sono quelle che rispettano i limiti di ciò che è giusto³¹⁸. Da ciò deriva la concezione della *neutralità* di Rawls, che egli definisce non in senso procedurale, ma sostanziale: la *justice as fairness*, infatti, adotta principi di giustizia sostantivi determinati, stabilendo che lo Stato non deve intervenire nelle concezioni private e particolari del bene, a patto che esse siano considerate compatibili con la struttura di base, cioè con i principi di giustizia³¹⁹: non sarebbero compatibili con essi, ad esempio, i sistemi di discriminazione religiosa e razziale³²⁰. Egli rifiuta che lo Stato scelga una particolare forma di vita come *valuable*: gli individui devono essere lasciati liberi di scegliere le proprie concezioni di vita: si tratta di un'accettazione del principio di *neutralità* dello Stato. La neutralità è insita nella condizione originaria data dall'esperimento mentale del velo di ignoranza; tuttavia, essa richiede una situazione minima di *eguale rispetto* tra i cittadini.

A. Ferrara ha sostenuto che l'idea di Rawls di *uguale rispetto* in *Political Liberalism* sia «sottesa anche alla concezione della libertà come assenza di dominio»³²¹. Ciò è vero, ma non è sufficiente, di per sé, a fondare un'impossibilità di distinzione *per se* della libertà come non-dominazione dal concetto di libertà fatto proprio dai liberali egalitari.

³¹⁷ «This is for the obvious reason that levels of domination will often be affected by the distribution of rights and liberties, income and wealth, etc., and thus, to the extent that this is the case, the aim of minimizing domination will supply instrumental reasons for being concerned with the distribution of these other goods as well. [...] My claim is merely that the primary goods other than non-domination are not themselves a direct concern of social justice» (ivi, pp. 182); e qui, per quanto l'autore non lo specifichi chiaramente, è evidente che non intenda che la giustizia sociale *non debba preoccuparsi* dei beni primari, bensì che *i beni primari* non dovrebbero essere un affare di giustizia sociale – poiché essa consiste nell'applicazione di politiche di eguaglianza che sono, come si è visto, concettualmente *compatibili* con un'ideale di libertà diseguale – bensì della stessa giustizia in generale, concepita come massimizzazione della non-dominazione – incompatibile, invece, con la diseguaglianza.

³¹⁸ J. RAWLS, *Political Liberalism*, cit., p. 176.

³¹⁹ Ivi, pp. 191-195.

³²⁰ Ivi, p. 193.

³²¹ A. FERRARA, «La scoperta del repubblicanesimo «politico» e le sue implicazioni per il liberalismo», cit., pp. 37-38.

La teoria *thin* del bene di Rawls si fonda, in particolare, sul fatto che, per condurre una buona vita, è necessario un *sensu di giustizia*³²²: il bene è costituito, in Rawls, dal comportamento dell'onorare costantemente il giusto³²³. In questo specifico punto, la concezione di Rawls non risulta incompatibile con quella della libertà dalla dominazione. Come si è visto *supra* (§ 2.4) è infatti possibile definire la libertà dalla dominazione al contempo in senso deontologico (come un diritto individuale) e teleologico (come concezione *thin* del bene, ovvero delle precondizioni per cui ciascuno possa decidere liberamente sul proprio *human flourishing*). Su questo punto, dunque, Rawls non starebbe proponendo una concezione incompatibile con la libertà come non-dominazione. Resta tuttavia da vedere se valga l'ipotesi contraria, cioè che la libertà dalla dominazione sia applicabile alla concezione rawlsiana.

Inoltre, Alan Patten ha sostenuto che affermare – come fa Skinner – che, in Rawls, perseguendo ciascuno l'interesse individuale si otterrà come risultato il maggior bene possibile dell'intera comunità³²⁴ significa non comprendere bene il contenuto della sua opera, poiché in essa Rawls sostiene la necessità per cui ogni cittadino deve avere un senso di giustizia senza il quale non è possibile garantire a tutti le *basic liberties*³²⁵. Tuttavia, se anche fosse errato l'argomento di Skinner per cui in Rawls ciascuno persegue il proprio fine individuale, e fosse vero che ciascuno ha un minimo senso di giustizia, non ne consegue che il contenuto di tale senso di giustizia sia rappresentato dall'ideale della non-dominazione, il quale, invece, in uno Stato informato alla libertà neo-repubblicana dovrebbe costituire l'obiettivo dello Stato, in misura della minimizzazione della dominazione.

Tornando alla concezione del bene, Rawls accetta l'idea di una concezione *thin* proprio a partire dall'esistenza di determinati *beni primari*³²⁶: è quindi utile domandarsi quali siano questi beni primari che lo Stato deve garantire. Applicando la concezione di bene vista in precedenza, si tratta di quei beni che gli individui tenderebbero a garantire a se stessi sotto il velo di ignoranza³²⁷: esso in particolare, costituiscono una garanzia di soddisfacimento delle *needs basilari* degli individui³²⁸. Tali beni primari, che in *A Theory of Justice* Rawls elencava in maniera non esaustiva nei termini di «rights, liberties, and opportunities, and income and wealth»³²⁹, vengono raccolti in un elenco maggiormente esaustivo in *Political Liberalism*:

³²² Sul ragionamento condotto dall'autore per giungere alla statuizione del senso di giustizia come bene, cfr. J. RAWLS, *A Theory of Justice*, cit., LXI-LXII, pp. 350-372.

³²³ «[B]eing the sorts of persons they are, the members of a well-ordered society desire more than anything to act justly and fulfilling this desire is part of their good», ivi, LXXXVI, p. 498.

³²⁴ L'argomento è utilizzato in maniera critica da Q. SKINNER, "On Justice, the Common Good and the Priority of Liberty", cit., pp. 211-224, ove l'autore sostiene che Rawls argomenta per la massimizzazione della libertà attraverso la garanzia del diritto degli individui a non subire interferenza statale. Cfr., a tal proposito, M. ROSATI, "La libertà repubblicana", cit., p. 125

³²⁵ A. PATTEN, "The Republican Critique of Liberalism", cit., pp. 30-31, con riferimento a Q. SKINNER, "The Republican Ideal of Political Liberty", cit.

³²⁶ J. RAWLS, *Political Liberalism*, cit., p. 180.

³²⁷ J. RAWLS, *A Theory of Justice*, cit., XV, p. 79.

³²⁸ J. RAWLS, *Political Liberalism*, cit., p. 188.

³²⁹ J. RAWLS, *A Theory of Justice*, cit., XV, p. 79.

- «The basic list of primary goods (to which we may add should it prove necessary) has five headings as follows:
- a. *basic rights and liberties*, also given by a list;
 - b. freedom of movement and free choice of occupation against a background of diverse opportunities;
 - c. powers and prerogatives of offices and positions of responsibility in the political and economic institutions of the basic structure;
 - d. income and wealth; and finally,
 - e. the social bases of self-respect»³³⁰.

In particolare, ciò che risulta maggiormente di interesse in questa sede sono quelli elencati alla lettera a) «*basic rights and liberties*». Essi si trovano, in ordine gerarchico, nella posizione primaria, ovvero derivano dal primo principio di giustizia, quello di eguale libertà³³¹. Ciò significa che i diritti e le libertà non possono essere in alcun modo bilanciati con il secondo principio di giustizia, ovvero quello di *eguaglianza di opportunità*³³².

«The only reason for circumscribing basic liberties and making them less extensive is that otherwise they would interfere with one another»³³³.

Ciò risulta piuttosto importante, poiché permette di sottolineare una caratteristica fondamentale della concezione liberale-rawlsiana dei diritti: essi *non* possono essere oggetto di bilanciamento con scopi sociali, bensì solo ed unicamente con altri diritti, cioè quando confliggono tra di loro.

Non è da dimenticare che nella teoria rawlsiana trovano spazio anche i *doveri*:

«From the standpoint of the theory of justice, the most important natural duty is that to support and to further just institutions. This duty has two parts: first, we are to comply with and to do our share in just institutions when they exist and apply to us; and second, we are to assist in the establishment of just arrangements when they do not exist, at least when this can be done with little cost to ourselves»³³⁴.

I doveri, in Rawls, possono essere o naturali (e quindi previsti alle istituzioni; sono i *doveri* propriamente detti) o derivanti dal principio di equità (dipendenti dalle istituzioni; si chiamano *obblighi*)³³⁵. In questo secondo senso, si tratta di doveri istituzionali, a condizione che l'istituzione sia giusta e la si sia accettata volontariamente. Inoltre, Rawls teorizza anche il dovere naturale del «mutual respect». Tuttavia, anche i doveri, in quanto gerarchicamente subordinati ai diritti, soccombono di fronte a questi ultimi.

Rawls, assegnando un posto gerarchicamente sovraordinato ai diritti, accetta una concezione deontologica per cui essi devono sempre essere rispettati, indipendentemente dalla massimizzazione di qualsiasi bene, ciò gli permette di sostenere che il *giusto* (i diritti) costituisca anche il *bene*, proprio in quanto egli elimina il conflitto tra i diritti e il bene stesso, conce-

³³⁰ J. RAWLS, *Political Liberalism*, cit., p. 181 (corsivi nostri).

³³¹ J. RAWLS, *A Theory of Justice*, cit., XVI, p. 82; XXXIX, p. 214.

³³² Ivi, XV, p. 80. Sul principio di eguaglianza di opportunità, si veda N. RIVA, *Eguaglianza delle opportunità*, Aracne, Roma, 2011, in part. le pp. 39-61.

³³³ Ivi, XI, p. 56 (corsivi nostri).

³³⁴ Ivi, LI, pp. 293-294.

³³⁵ Ivi, LI, pp. 293-308.

pendo solo il possibile conflitto *interno* ai diritti. Ciò, tuttavia, non permette di tenere in considerazione una questione ulteriore: si pensi al caso in cui un uso eccessivo (un *abuso*, come nel caso dell'*hate speech*; cfr. *infra*, §§ 7.4; 7.5) dei diritti sfoci in un problema sociale. In questi casi, Rawls sosterebbe che i diritti devono sempre avere la meglio. In realtà, per quanto riguarda l'interferenza con le libertà fondamentali, è opportuno precisare che Rawls sostiene che

«the basic liberties not only limit one another but they are also self-limiting. The notion of *significance* shows why this is so. [...] To explain: the requirement that the basic liberties are to be the same for everyone implies that *we can obtain a greater liberty for ourselves only if the same greater liberty is granted to others*. For example, while we might want to include in our freedom of (political) speech rights to the unimpeded access to public places and to the free use of social resources to express our political views, these extensions of our liberty, when granted to all, are so unworkable and socially divisive that they would actually greatly reduce the effective scope of freedom of speech»³³⁶.

Le libertà fondamentali, dunque, sono per Rawls *self-limiting*. Ciò significa che non qualsiasi interferenza con esse è da considerarsi come lesiva delle stesse libertà fondamentali: ve ne sono alcune che servono invece a *garantirle*. O, meglio, vi è una differenza tra la *restrizione* e la *regolazione* delle libertà: le libertà possono essere regolate senza essere ristrette quando vi è necessità di garantire le condizioni sociali per il loro esercizio. Fintanto che la regolazione non tocca il «central range of application» delle libertà, essa non costituisce una restrizione³³⁷. Va da sé che la nozione rawlsiana di limite interno ai diritti non risulti capace di comprendere il caso dell'*abuso* dei diritti, bensì giustifica solamente le *regolazioni* (non le *limitazioni*) dei diritti stessi volte a garantirne l'esercizio. Infatti, essa accetta evidentemente l'interferenza statale (necessaria) per *regolare* i diritti e le libertà, ma non per *limitarli*.

Infatti, se si pensa, come fa Rawls, al caso della libertà d'espressione, e se si richiamano alla mente le nozioni di interferenza formale e reale, si può sostenere che la sua accettazione dei limiti dei diritti sia compatibile con una concezione della libertà *reale* come *non-interferenza*, che accetta l'interferenza statale quando serve a garantire la stessa libertà dall'interferenza: quando serve, cioè, a *regolare* i diritti, non a *limitarli*. La possibilità di parlare, pertanto, deve essere limitata affinché tutti possano accedervi e vedersi garantire la libertà d'espressione. Tuttavia, non si può limitare la libertà di parola a tal punto da decidere quali convinzioni politiche, religiose, filosofiche ecc. possano essere espresse³³⁸. Il «central range of application», cioè, garantisce l'esistenza della libertà d'espressione quando essa viene regolata, fintanto che non si intervenga sul *contenuto* di ciò che può essere detto.

Una volta giunti a questo punto, è lecito domandarsi se una simile concezione delle libertà fondamentali riposi su una particolare concezione della libertà in generale e, soprattutto, se tale concezione possa essere ritenuta compatibile o meno con quella della libertà come non-dominazione. Se, come si è visto, vi è chi ha sostenuto che il concetto di libertà come non-dominazione non aggiunga nulla al concetto di libertà dei liberali-egalitari, si dovrà ritenere

³³⁶ J. RAWLS, *Political Liberalism*, cit., p. 341 (corsivi nostri), in risposta alla critica di Hart (pp. 550-551) che un criterio meramente *quantitativo* non è sufficiente. Quindi, Rawls tenta di adottare un criterio *qualitativo*. Sul punto, cfr. anche J. RAWLS, *A Theory of Justice*, cit., XXXII, p. 178.

³³⁷ J. RAWLS, *Political Liberalism*, cit., pp. 295-296.

³³⁸ Ivi, p. 296.

che tale concetto sia identificabile con l'idea di libertà dei secondi; se, al contrario, si rinverranno differenze significative, ciò significa che la libertà dalla dominazione permette di seguire una strada diversa da quella della libertà liberale e che tali concezioni potranno informare due diversi approcci alla libertà d'espressione e, di conseguenza, all'*hate speech*.

La critica al neo-repubblicanesimo da lato liberale ha sostenuto che la concezione della libertà cui è informata l'opera di Rawls debba intendersi in senso diverso rispetto a quella della non-interferenza (formale) tipica di Hobbes. Tra gli argomenti a sostegno di questa tesi, se ne trova uno particolarmente interessante, fondato sul fatto che Rawls stesso, in *A Theory of Justice*, ha affermato che «for all its greatness, Hobbes' *Leviathan* raises special problems»³³⁹. Come segnala Melvin L. Rogers, in quella stessa nota in cui avanza quell'affermazione, Rawls cita *The Social Contract* (1936) di J.W. Gough³⁴⁰, libro che fornirebbe la risposta, poiché in quella sede Gough sosteneva che Hobbes dovesse essere distinto da Locke e Kant poiché nei due filosofi «individuals never compromise freedom under political society as long as the laws emanate from them. It is through such laws that freedom is realized»³⁴¹. Da ciò si otterrebbe la prova del fatto che Rawls rifiuterebbe la concezione della libertà come non-interferenza, nella misura in cui la libertà *non* viene lesa dall'intervento della legge.

Se è evidente che sia corretto sostenere che – per quanto in maniera fugace e poco dettagliata – Rawls abbia (quasi) esplicitamente rifiutato l'approccio hobbesiano, altrettanto evidente è che egli non si è espresso in maniera completamente esplicita sulla questione della libertà come non-interferenza. Ma ammesso che quella sola nota sia sufficiente a sostenere che Rawls rifiuti la concezione della libertà come non-interferenza, è possibile comunque avanzare due critiche in risposta. *In primis*, il fatto che un autore si dichiari o meno aderente all'una o all'altra concezione non costituisce, di per sé, ragione sufficiente per affermare che la sua intera opera risulti coerente con quell'affermazione. In secondo luogo, il rifiuto della concezione hobbesiana di libertà concepita esclusivamente come non-interferenza in senso *formale* non significa che egli non informi la propria teorizzazione ad un concetto di libertà come non-interferenza in senso *reale*, secondo la distinzione offerta da Pettit analizzata in precedenza.

Dunque, è possibile affermare, *prima facie*, che la concezione della libertà di Rawls non corrisponde alla libertà come non-interferenza in senso formale (tipica di una concezione *libertarian*). Ciò risulta evidente nella parte della sua opera in cui tratta del tema del *rule of law*, ove sostiene che «rule of law is obviously closely related to liberty»³⁴². Il diritto, cioè, non costituisce un'interferenza nella libertà: al contrario, esso *garantisce* la libertà: esso, infatti, fornisce «a more secure basis for liberty», proprio perché la libertà non è concepita da Rawls come un diritto naturale preesistente al sistema, bensì essa è rinvenibile nell'insieme di diritti definiti dalle istituzioni³⁴³.

³³⁹ J. RAWLS, *A Theory of Justice*, cit., p. 10, nota 4.

³⁴⁰ J.W. GOUGH, *The Social Contract: A Critical Study of its Development*, Oxford University Press, Oxford, 1936.

³⁴¹ M.L. ROGERS, "Republican Confusion and Liberal Clarification", cit., p. 806.

³⁴² J. RAWLS, *A Theory of Justice*, cit., XXXVIII, p. 207.

³⁴³ *Ivi*, XXXVIII, pp. 208-210.

Una volta appurato che Rawls non condivide la concezione *formale* della libertà come non-interferenza, rimangono a disposizione numerose altre possibilità. Tuttavia, l'autore pare non voler fornire aiuto alcuno nella definizione del suo concetto di libertà:

«*The controversy between the proponents of negative and positive liberty as to how freedom should be defined is one I shall leave aside. I believe that for the most part this debate is not concerned with definitions at all, but rather with the relative values of the several liberties when they come into conflict*»³⁴⁴.

Tuttavia, in nota a questo passaggio Rawls aggiunge:

«See Constant's essay *Ancient and Modern Liberty* (1819). His ideas on this are discussed by Guido de Rugiero, *The History of European Liberalism*, trans. R. G. Collingwood (Oxford, The Clarendon Press, 1927), pp. 159–164, 167–169. For a general discussion, see Isaiah Berlin, *Four Essays on Liberty* (London, Oxford University Press, 1969), esp. the third essay and pp. xxxvii–lxiii of the introduction; and G. G. MacCallum, "Negative and Positive Freedom," *Philosophical Review*, vol. 76 (1967)»³⁴⁵.

Evidentemente, l'autore non prende in considerazione la differenza tra libertà *negativa* e *positiva*, da un lato, e libertà *dei moderni* e *degli antichi*, dall'altro (cfr. *supra*, § 2.3): come si è visto, era proprio in quella distinzione a giocare parte della differenza tra la libertà come non-interferenza e non-dominazione. Per Rawls, le libertà appartenenti ad entrambi i gruppi compaiono nel primo principio di giustizia³⁴⁶. Tuttavia, in ciò si può rinvenire una contraddizione. Rawls, infatti, definisce il procedimento della scelta dei principi attraverso il metodo del velo d'ignoranza come una sequenza a quattro stadi: 1) il primo è il momento *pre-costituzionale*, cioè quella della scelta dei principi veri e propri, in cui il velo d'ignoranza è completamente calato sugli individui; 2) il secondo è quello del momento *costituzionale*, in cui il velo d'ignoranza viene in parte sollevato per permettere ai rappresentanti di costruire la costituzione a partire solamente dalla conoscenza dei fatti generali rilevanti per la società (come le risorse, il livello di avanzamento economico e via dicendo), definendo le libertà e i diritti secondo il principio di giustizia (eguale libertà); 3) il terzo è quello *legislativo*, in cui i soggetti non conoscono la propria situazione particolare, bensì solo le limitazioni imposte dalla costituzione, e pongono in essere le leggi nel rispetto del secondo principio di giustizia (*fair equality of opportunity*); 4) il quarto è quello *giudiziale*, in cui il velo d'ignoranza è completamente sollevato e i giudici e gli amministratori applicano le regole³⁴⁷. Coerentemente con questo schema, Habermas ha criticato Rawls, poiché se questi accetta che la libertà negativa e positiva giochino sullo stesso livello, non potrebbe finire per sostenere che le libertà negative impongono costrizioni esterne all'esercizio delle libertà positive, che risulterebbero ad esse subordinate: si tratta

³⁴⁴ Ivi, XXXII, pp. 176-177 (corsivi nostri).

³⁴⁵ Ivi, XXXII, p. 177.

³⁴⁶ J. RAWLS, *Political Liberalism*, cit., p. 396.

³⁴⁷ J. RAWLS, *A Theory of Justice*, cit., XXXI, pp. 171-174.

della primazia dei diritti sulla partecipazione politica³⁴⁸, ciò che si riflette anche sulla rigida separazione rawlsiana tra la dimensione pubblica e la dimensione individuale³⁴⁹.

Un altro argomento è fornito da Alessandro Ferrara, il quale nel velo di ignoranza rawlsiano vede un vero e proprio «momento repubblicano», poiché si fonda sull'eguaglianza nella libertà dei decisori, esemplificata nella loro eguale possibilità di determinare la distribuzione delle risorse nella società³⁵⁰. Tuttavia, come si è visto in precedenza, Pettit ha proposto di considerare la libertà repubblicana non tanto in termini di libertà nella *scelta*, bensì di libertà dell'*agente*, ovvero di libertà come *status* che, automaticamente, implica uguaglianza. Quindi, il fatto che Rawls proclami la necessaria uguaglianza nella scelta dei decisori non significa che egli stia utilizzando un concetto neo-repubblicano di libertà. Inoltre, Rawls si concentra sulle limitazioni nel momento *precedente* all'istituzione politica, quello che può essere identificato con il patto costituzionale, non, invece, con il momento *successivo*, cioè quello politico propriamente inteso³⁵¹. Nel momento politico post-costituzionale, infatti, è difficile immaginare che i liberali egalitari accetterebbero intromissioni nelle sfere private protette dai loro diritti individuali, mentre le politiche pubbliche neo-repubblicane richiederebbero agli individui di limitare i propri diritti nel caso in cui questi sfociassero in vere e proprie posizioni di dominazione nei confronti di altri individui.

Forse anche a partire da questi elementi, Skinner e Pettit hanno sostenuto che la concezione della libertà cui è informato il liberalismo rawlsiano sia una libertà come non-interferenza. Si intende ora prendere sul serio questa affermazione, ricercando nei passaggi dedicati da Rawls al tema qualche indizio che permetta di illuminare la sua concezione della libertà.

Secondo l'autore, che prende in prestito la definizione da MacCallum, la libertà è uno schema relazionale che può essere sempre definito a partire da tre elementi: 1) «the agents who are free», 2) «the restrictions or limitations which they are free from», 3) «what it is that they

³⁴⁸ J. HABERMAS, "Reconciliation Through the Public use of Reason: Remarks on John Rawls's Political Liberalism", in *The Journal of Philosophy*, 92, 3, 1995, pp. 109-131, p. 110.

³⁴⁹ «This is shown, for example, by the rigid boundary between the political and the nonpublic identities of the citizens. According to Rawls, this boundary is set by basic liberal rights that constrain democratic self-legislation, and with it the sphere of the political from the beginning, that is, prior to all political will formation», J. HABERMAS, "Reconciliation Through the Public use of Reason: Remarks on John Rawls's Political Liberalism", cit., pp. 128-129. Queste due dimensioni, invece, vengono riconciliate nel lavoro di Habermas: cfr. *infra*, § 2.8.1. Rawls ritiene, invece, che la critica di Habermas si fondi su una lettura errata della sua teoria della giustizia: «The four-stage sequence fits, then, with the idea that the liberties of the moderns are subject to the constituent will of the people. [...] I believe that Habermas thinks that in my view the liberties of the moderns are a kind of natural law, and therefore, as in the case of Kant on his interpretation, they are external substantive ideas and so impose restrictions on the public will of the people. Rather, justice as fairness is a political conception of justice, and while of course a moral conception, it is not an instance of a natural law doctrine. It neither denies nor asserts any such view», J. RAWLS, *Political Liberalism*, cit., p. 406.

³⁵⁰ A. FERRARA, "La scoperta del repubblicanesimo «politico» e le sue implicazioni per il liberalismo", cit., p. 37.

³⁵¹ Pare andare in questa direzione R. BELLAMY, "Rights, Republicanism and Democracy", in A. NIEDERBERGER, P. SCHINK, *Republican Democracy. Liberty, Law and Politics*, cit., pp. 253-275, p. 264, quando afferma che «First, both Habermas and Rawls seek to distinguish constitutional from normal politics, regarding the more general and public debate they associate with the one as legitimately constraining and providing the norms underlying the other». Cfr. anche R. BELLAMY, *Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, ove Bellamy critica proprio questo approccio.

are free to do or not to do»³⁵². Già al punto due pare emergere il sospetto che la libertà di cui tratta sia proprio la libertà dall'interferenza, poiché essere liberi è essere liberi da *restrizioni* o *limitazioni*. Inoltre, si ricordi che anche la libertà *di* fare qualcosa (di cui al terzo punto nello schema di Rawls) è anch'essa una libertà negativa (cfr. *supra*, § 2.3).

Si tenga inoltre in considerazione lo studio di J. F. Spitz, che, commentando il riferimento di Rawls a MacCallum, sostiene quanto segue:

«*Firstly, it is a concept of negative liberty. Secondly, it is a non-social concept of liberty. Society and the presence of other people are not required for one to be free. Thirdly, it is a concept which makes the complete absence of obstacles and interference an ideal situation of liberty. If liberty is a situation where there are no obstacles interfering with our will, such a situation would be ideally realised where there are no other people around. Fourthly, this concept supposes that liberty is a human characteristic given by nature; politics and the state do not create liberty, but they are only a means to preserve and to defend it against others. [...]*»³⁵³.

Altri passaggi, nelle opere di Rawls, sono individuabili a testimonianza di questa tesi:

«The various liberties specify things that we may choose to do, if we wish, and in regard to which, when the nature of the liberty makes it appropriate, *others have a duty not to interfere*»³⁵⁴.

«[P]ersons are at liberty to do something *when they are free from certain constraints* either to do it or not to do it and when their doing it or not doing it is *protected from interference by other persons* [...] and when *other men have a legal duty not to interfere*»³⁵⁵.

«Everyone is assured an equal liberty to *pursue whatever plan of life* he pleases as long as it does not violate what justice demands»³⁵⁶.

«Not only must it be permissible for individuals to do or not to do something, but government and other persons must have a *legal duty not to obstruct*»³⁵⁷.

Tuttavia, a partire dal dibattito scaturito con Hart³⁵⁸, Rawls è piuttosto esplicito nel sostenere che la sua teoria non sia informata ad alcuna concezione generale della libertà. Non vi sarebbe, in altre parole, un principio generale di libertà su cui tutto il sistema sia fondato (come potrebbe essere, ad esempio, la libertà come non-interferenza):

«*No priority is assigned to liberty as such*, as if the exercise of something called “liberty” has a preeminent value and is the main if not the sole end of political and social justice. There is, to be sure, a general presumption against imposing legal and other restrictions on conduct without sufficient reason. But this presumption creates no special priority for any particular liberty»³⁵⁹.

³⁵² J. RAWLS, *A Theory of Justice*, cit., XXXII, p. 177 (corsivi nostri), ove Rawls si riferisce a G.C. MACCALLUM JR., “Negative and Positive Freedom”, in *The Philosophical Review*, 76, 3, 1967, pp. 312-334.

³⁵³ J.-F. SPITZ, “The Concept of Liberty in ‘A Theory of Justice’ and Its Republican Version”, cit., pp. 332-333 (corsivi nostri).

³⁵⁴ J. RAWLS, *A Theory of Justice*, cit., XXXVIII, pp. 208-210 (corsivi nostri).

³⁵⁵ Ivi, XXXII, p. 177 (corsivi nostri).

³⁵⁶ Ivi, XV, p. 81 (corsivi nostri). In questo, la definizione di Rawls ricorda quella di J.S. Mill.

³⁵⁷ Ivi, XXXII, pp. 177-178 (corsivi nostri).

³⁵⁸ Cfr. H.L.A. HART, “Rawls on Liberty and Its Priority”, cit.

³⁵⁹ J. RAWLS, *Political Liberalism*, cit., p. 292 (corsivi nostri).

Se dunque, da un lato, è possibile sostenere che la concezione di Rawls sia maggiormente ispirata ad una visione della libertà come non-interferenza, dall'altro ci si scontra con il dato del suo rifiuto esplicito di rifarsi ad un generale principio di libertà. In realtà, si può dubitare che l'affermazione dell'autore sia coerente con il proprio sistema. Come ha evidenziato Hart, infatti, se si prendesse sul serio l'affermazione di Rawls, si dovrebbe concludere che in certi casi – come ad esempio la libertà sessuale o la libertà di fare uso di alcol e droghe – il sistema di Rawls non sarebbe in grado di dare risposte liberali a questioni che lo stesso Rawls ha sostenuto che invece, a partire proprio dalla sua teoria, si risolverebbero nel senso della permissività derivante dall'impossibilità di restrizione³⁶⁰. Se ne dovrebbe concludere che nell'opera di Rawls sussiste un principio generale di libertà – che dovrebbe essere interpretato, secondo quanto si cerca di dimostrare, nel senso della libertà come non-interferenza.

Vi è comunque un altro punto che permette di sostenere la differenza di approcci tra l'impostazione rawlsiana e quello della libertà come non-dominazione. Si tratta, in particolare, della relazione tra la libertà e l'eguaglianza. Come si è visto in precedenza, i liberali egualitari trattano della libertà *accanto* all'eguaglianza: è come se il valore dell'eguaglianza dovesse intervenire per sopperire ad alcune mancanze della libertà (cfr. *supra*, § 2.6). Ciò risulta evidente, in questa prospettiva, nell'impostazione di Rawls: libertà ed eguaglianza costituiscono i due principi fondamentali a partire dai quali possono essere pensati i principi di giustizia; inoltre, questi ultimi sono perfettamente concepibili, a livello teorico, come separati: da un lato, infatti, stanno le libertà fondamentali e, dall'altro, gli aspetti della vita sociale che stabiliscono le disuguaglianze economiche³⁶¹. Se libertà ed eguaglianza sono due concetti distinti, in Rawls «inequality of liberty is not a self-contradictory concept», mentre al contrario nel neo-repubblicanesimo «no one can be authentically free if all others are not free exactly to the same degree. Liberty is defined as a kind of equality»³⁶².

Peraltro, il fatto che in Rawls sia possibile concepire come due principi distinti la libertà e l'eguaglianza sta nella sua distinzione tra le «basic liberties» e «the *worth* of these liberties»:

«Of course, ignorance and poverty, and the lack of material means generally, prevent people from exercising their rights and from taking advantage of these openings. But rather than counting these and similar obstacles as restricting a person's liberty, we count them as affecting the *worth* of liberty, that is, the usefulness to persons of their liberties. [...] In justice as fairness, then, the equal basic liberties are the same for each citizen and the question of how to compensate for a lesser liberty does not arise. But the worth, or usefulness, of liberty is not the same for everyone. As the difference principle permits, some citizens have, for example, greater income and wealth and therefore greater means of achieving their ends»³⁶³.

³⁶⁰ H.L.A. HART, "Rawls on Liberty and Its Priority", cit., pp. 541-542.

³⁶¹ J. RAWLS, *A Theory of Justice*, cit., XI, p. 53. Cfr. inoltre ID., *Political Liberalism*, cit.: «As a way to answer our first question, justice as fairness *tries to adjudicate between these contending traditions, first, by proposing two principles of justice to serve as guidelines for how basic institutions are to realize the values of liberty and equality*», (p. 5; corsivi nostri).

³⁶² J.-F. SPITZ, "The Concept of Liberty in 'A Theory of Justice' and Its Republican Version", cit., p. 334.

³⁶³ J. RAWLS, *Political Liberalism*, cit., pp. 325-326 (corsivi nostri), in risposta a N. DANIELS, "Equal Liberty and Unequal Worth of Liberty", in ID. (ed.), *Reading Rawls. Critical Studies on Rawls' A Theory of Justice*, Basic Books, New York, 1975, pp. 253-282. Cfr. anche J. RAWLS, *A Theory of Justice*, cit., XXXII: «Thus liberty and the worth of liberty are distinguished as follows: liberty is represented by the complete system of the liberties of

La possibilità di distinzione tra le libertà e il loro valore è concettualmente pensabile solo a partire dalla possibilità di distinguere tra la libertà e l'eguaglianza. È da qui che Rawls può introdurre la nozione di «fair value» per le libertà di base, cioè la necessità che esse non siano garantite in valori eccessivamente diseguali³⁶⁴. Ciò è possibile perché, come è stato osservato³⁶⁵, in Rawls la libertà non è concepita come uno *status*, bensì come un *potere*, una *possibilità di agire*. Questa possibilità, al contrario, non è pensabile se si adotta una definizione di libertà come non-dominazione, a causa del carattere *intrinsecamente* egualitario di tale concezione della libertà come *status* (cfr. *supra*, §§ 2.3; 2.6). Se una situazione diminuisce il livello di eguaglianza tra individui, aumenta automaticamente il livello di dominazione (anche solo nella forma dell'interferenza arbitraria *potenziale*). È evidente, dunque, che entro il paradigma della libertà come non-dominazione intesa come *status* tale principio non potrà essere accettato, poiché una disuguaglianza di status che pure sia compatibile con il principio di differenza rawlsiano potrebbe comunque causare dipendenza, pur senza interferenza³⁶⁶. Se si assume, come fa Rawls, che la libertà debba essere bilanciata con altri valori, si tratta di valori che il pensiero *liberal* deve «rincorrere nel tentativo di renderli coerenti, sulla spinta degli stimoli critici, con la propria idea della libertà. Idea che di per sé, intrinsecamente, non richiede un nesso con l'eguaglianza e il bene comune, e non serve da lanterna per rischiarare i rapporti di dipendenza e dominio all'interno delle diverse sfere sociali»³⁶⁷.

Guardando poi alla possibilità teorica di integrare la prospettiva neo-repubblicana nel liberalismo rawlsiano, M. L. Rogers ha analizzato alcuni esempi utilizzati da Pettit in *Republicanism. A Theory of Freedom and Government* per rinvenire le differenze tra la concezione della libertà come non-interferenza e come non-dominazione, ovvero il caso dello schiavo e quello della moglie. In questa analisi, egli sostiene che non sia necessario introdurre alcun ideale della non-dominazione per far fronte alle “insufficienze” del liberalismo egualitario, poiché esso sarebbe di per sé sufficiente ad evitare le situazioni di dominazione.

Nell'argomento di Rogers, il caso dello schiavo costituirebbe un esempio evidente di come i neo-repubblicani faticino a comprendere lo stretto collegamento, in ambito pubblico, tra la sicurezza della libertà politica, da un lato, e la relazione implicita tra il consenso e il principio di pubblicità e trasparenza, dall'altro³⁶⁸. In una sorta di argomento giustificatorio dell'esistente, secondo Rogers è improbabile che chi partecipa alla formazione di una legge che protegge determinate minoranze adotti poi successivamente comportamenti dominanti nei confronti di quelle minoranze. Si tratta di una critica evidentemente assurda, perché dovrebbe

equal citizenship, while the worth of liberty to persons and groups depends upon their capacity to advance their ends within the framework the system defines» (p. 179).

³⁶⁴ J. RAWLS, *Political Liberalism*, cit., pp. 326-238.

³⁶⁵ J.-F. SPITZ, “The Concept of Liberty in ‘A Theory of Justice’ and Its Republican Version”, cit., p. 339.

³⁶⁶ M. ROSATI, “La libertà repubblicana”, cit., p. 132.

³⁶⁷ Ivi, p. 134.

³⁶⁸ J. RAWLS, *A Theory of Justice*, cit., pp. 55-66. Cfr. M.L. ROGERS, “Republican Confusion and Liberal Clarification”, cit., p. 811.

comportare anche la totale assenza di reati nel territorio dello Stato, dato che tutti hanno partecipato alla formulazione della legge penale, che è emanata democraticamente.

Nel caso dell'abuso di potere da parte del marito nei confronti della moglie, invece, Rogers sostiene che «certain actions are serious and, indeed, dangerous enough to warrant the interference of the state, without construing that interference as an infringement on liberty»³⁶⁹. Egli, inoltre, a partire dalla distinzione lockeana tra *licence* e *freedom*, sostiene che determinati atti che non costituiscono realmente un esercizio di libertà (o che costituiscono un esercizio *illegittimo* della libertà) possano essere contrastati con l'intervento statale³⁷⁰. Sfortunatamente, si tratta di un esempio che mette proprio in luce il fallimento del pensiero *liberal* di portare alle dovute conseguenze questa idea. Essa rappresenta effettivamente un ideale repubblicano, ma non può essere utilizzata solamente *ex post* – così come nel caso della *re*-distribuzione delle risorse – per sostenere l'intervento statale sanzionatorio. Ciò che è necessario fare, dal punto di vista della promozione del bene pubblico della non-dominazione, è proprio costruire un sistema sociale capace di *evitare* queste situazioni. E, qualora esse comunque si verifichino, l'approccio del neo-repubblicanesimo, come emerge da tutti gli scritti di Pettit, non dovrà essere esclusivamente quello repressivo-sanzionatorio, il quale fallirebbe nel tentativo di minimizzare la non-dominazione: sarà necessario *garantire* alla moglie maltrattata la *possibilità effettiva* di uscire da quella relazione violenta, i mezzi materiali per farlo, un'altra abitazione in cui andare... e via dicendo. In sostanza, dal punto di vista della non-dominazione occorre garantire la *reale opportunità* di sfuggire alla dipendenza: come ha messo bene in luce Lovett (e come si è indicato già in precedenza), la dipendenza è tale poiché ha un *exit cost* molto alto, il quale, se si vuole attuare una politica di lotta contro la dominazione che privilegi la libertà di coloro che desiderano sfuggirvi, dovrà necessariamente essere abbattuto.

Sulla base di quanto detto finora, è possibile avanzare la seguente conclusione: il liberalismo di Rawls non sostiene necessariamente la libertà come non-interferenza *formale* (in senso hobbesiano). Egli, infatti, accetta evidentemente che lo Stato possa interferire nella vita individuale in alcuni casi – in particolare, per evitare il *male secondario* delle diseguaglianze, in coerenza con la propria politica redistributiva. Rawls pensa la libertà *reale* come non-interferenza come principio generale e l'interferenza per garantire l'effettività della non-interferenza, che è come dire intervento solo per garantire la libertà (come lui stesso ha affermato).

Inoltre, Rawls è un esempio evidente di quanto si è sostenuto in precedenza sui rapporti tra la libertà e l'eguaglianza: mentre per il liberalismo egualitario la libertà è un principio che in taluni casi viene bilanciato con l'eguaglianza, per il neo-repubblicanesimo la libertà è il bene pubblico da perseguire ed esso, nella misura della non-dominazione, *implica* l'eguaglianza. Come ha riconosciuto lo stesso Ferrara, infatti:

«[S]eparare concettualmente la libertà dall'eguale distribuzione della libertà – come fa Rawls quando si pone la domanda “perché volere che la libertà sia egualmente distribuita?” – significa ammettere che possa aver

³⁶⁹ M.L. ROGERS, “Republican Confusion and Liberal Clarification”, cit., pp. 809-815.

³⁷⁰ Ivi, p. 814, con riferimento a J. LOCKE, *Two Treaties of Government and A Letter Concerning Toleration*, ed. by I. SHAPIRO, with essays by J. Dunn, R.W. Grant, I. Shapiro, Yale University Press, New Haven and London, 2003, pp. 211-254, p. 102.

sensu parlare di libertà anche quando alcuni ne hanno di più e altri di meno. Mentre è proprio dell'idea repubblicana di libertà il presupporre che la libertà, intesa come libertà attraverso o tramite la legge e non come libertà dalla legge, non sussiste affatto per nessuno se non è distribuita egualmente»³⁷¹.

Per Rawls *conviene* scegliere principi egualitari, cioè anche l'eguale distribuzione della libertà. L'eguaglianza, che dovrebbe essere alla base del sistema al posto della libertà, finisce per diventare una ragione strumentale, perché la libertà di Rawls è concettualmente separabile dall'eguale libertà, al contrario dell'ideale della dominazione, ove ciò implicherebbe l'assenza della libertà stessa³⁷², perché i "più uguali" dominerebbero sui "meno uguali".

Peraltro, come ha sostenuto Skinner, se è necessario massimizzare la situazione di eguale libertà, è necessario un livello *minimo* di interferenza da parte dello Stato nelle vite individuali. Ciò, evidentemente, perché se lo Stato rawlsiano non tollera la logica utilitaristica in virtù della primazia della libertà individuale, esso non può "permettersi" nemmeno di richiedere ai cittadini di intervenire nella vita politica: al contrario, le richieste statali devono rimanere limitate al minimo³⁷³. Ciò significa che «there must be a corresponding duty on the part of the state [...] to respect so far as possible this equal liberty of all citizens to pursue their own chosen goals in their own chosen way»³⁷⁴: in questo senso, non ci sarebbe una grande distinzione tra i principi rawlsiani e quanto afferma Berlin, ovvero la necessità di «a maximum degree of non-interference compatible with the minimum demands of social life»³⁷⁵.

Inoltre, non va dimenticata la relazione tra il ruolo della libertà e la concezione rawlsiana dei diritti. Come si è visto, i diritti costituiscono un'esigenza fondamentale collocata da Rawls al primo stadio gerarchico dei principi di giustizia: essi non possono essere limitati a partire da situazioni diverse, come quelle che, per esempio, rientrano nel secondo principio. I diritti, in sostanza, in quanto ragioni deontologiche, prevalgono su qualsiasi altra ragione ad essi subordinata. Vi è la sensazione, in Rawls, che la concezione della libertà e la concezione dei diritti si combinino insieme per dare origine ad una proposta politica che fa della *libertà come non-interferenza in senso reale* – che accetta, lo si ricordi, l'intervento statale per regolare i diritti³⁷⁶, ma non per limitarli, a differenza della libertà come non-interferenza formale – un principio che tutela i diritti individuali contro qualsiasi altra pretesa: una sorta di *libertà come non-interferenza nei diritti*.

Una simile concezione della libertà, strettamente collegata ai diritti, permette a Rawls di sostenere che la sua opera tiene insieme la libertà *negativa* e la libertà *positiva*. Dividendo l'individuo in due dimensioni, quella privata e quella pubblica (a partire dal concetto di neutralità), la prima idea di libertà sarà quella che gli permetterà di affermare i propri diritti come ragioni superiori non bilanciabili con esigenze collettive, che ne garantiscono appunto la sfera

³⁷¹ A. FERRARA, "La scoperta del repubblicanesimo «politico» e le sue implicazioni per il liberalismo", cit., p. 36.

³⁷² M. ROSATI, "La libertà repubblicana", cit., pp. 131-132.

³⁷³ Q. SKINNER, "On Justice, the Common Good and the Priority of Liberty", cit., pp. 211-224. Sul punto, cfr. A. PATTEN, "The Republican Critique of Liberalism", cit., pp. 33-34.

³⁷⁴ Q. SKINNER, "On Justice, the Common Good and the Priority of Liberty", cit., pp. 214-215.

³⁷⁵ I. BERLIN, *Two Concepts of Liberty*, cit., p. 207.

³⁷⁶ Cfr., ad esempio, M.J. BERTOMEU, A. DOMÈNECH, "El republicanismo y la crisis del rawlsismo metodológico (Nota sobre método y sustancia normativa en el debate republicano)", cit., p. 69.

privata; la seconda, invece, gli permetterà di applicare una giustificazione diversa ai diritti di partecipazione, pur privilegiando sempre la dimensione privata su quella pubblica. La libertà, cioè, non è in Rawls *solo* libertà dall'interferenza, eppure la libertà dall'interferenza prevale sulla libertà positiva. Quest'ultima ipotesi è ancora più evidente nel lavoro di Ronald Dworkin, che analizza esplicitamente alcuni passaggi dell'opera di Rawls proprio per estrarne una teoria dei diritti capace di elevarli a massima ragione del sistema che gli individui possono utilizzare come arma per evitare le interferenze indesiderate nella loro situazione individuale.

b) *Ronald Dworkin*. Anche Dworkin, in *Taking Rights Seriously*³⁷⁷ (1977), sostiene la priorità del giusto [*right*] sul bene [*good*] nel discorso politico:

«[I]f someone has a right to do something, then it is wrong for the government to deny it to him even though it would be in the general interest to do so»³⁷⁸.

È proprio a partire da questa impostazione che si può comprendere l'idea, accennata poc'anzi, della libertà come non-interferenza nei diritti³⁷⁹: scopo di questa sezione è proprio quello di verificare la sostenibilità di tale idea entro il pensiero dell'autore.

L'analisi di Dworkin è strettamente connessa a quella di Rawls: è a partire dalla teoria del contratto in *A Theory of Justice*, infatti, che egli sostiene le ragioni di una teoria deontologica fondata sui diritti: la sua, infatti, è «a particular form of deontological theory, a theory that takes the idea of rights so seriously as to make them fundamental in political morality»³⁸⁰.

Come è noto, Dworkin rivolge una feroce critica al positivismo di Hart, introducendo l'idea dei diritti come principi e non come regole³⁸¹. Tralasciando le questioni strettamente

³⁷⁷ R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit.

³⁷⁸ Ivi, p. 269.

³⁷⁹ «We need only assume that any acceptable conception that captures the special importance of liberty will meet certain conditions, and then ask whether and in what circumstances a conception of liberty meeting those conditions will conflict with the demands of equality. I assume that any acceptable conception will reject the anarchist view of liberty as license; it will not count every constraint on the freedom of citizens to act as they might wish as an invasion of their liberty», rigettando dunque la libertà come *non-interferenza formale*; «Instead it will identify rights to certain designated freedoms as essential to liberty, and stipulate that government must not limit those freedoms without some special justification more powerful and compelling than the justification it requires for other political decisions, including constraints on other freedoms not protected by such rights», sostenendo una libertà *reale* come *non-interferenza nei diritti*; R. Dworkin, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, cit., p. 127.

³⁸⁰ Ivi, p. 169.

³⁸¹ L'identificazione dei diritti come norme di principio forma parte della critica che Dworkin rivolge al positivismo di Hart e che, come è noto, si riconduce alla più ampia distinzione tra regole e principi. Sulla distinzione, in Dworkin, tra regole e principi, cfr. G. BONGIOVANNI, «La teoria costituzionalistica del diritto di Ronald Dworkin», in GF. ZANETTI (a cura di), *Filosofi del diritto contemporanei*, Milano, Cortina, 1998, pp. 247-284; L. MEZZETTI, «Valori, principi e regole», in ID. (a cura di), *Principi costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 1-178; N. IRTI, *I 'cancelli delle parole' intorno a regole, principi, norme*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015; G. PINO, «Principi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici», in *Giurisprudenza costituzionale*, 56, 1, 2011, pp. 965-997. Cfr., inoltre, il numero speciale di *Ars Interpretandi* dedicato a *Valori, principi e regole*, 10, 2005. Per l'identificazione dei diritti con norme di principio, che divengono oggetto di bilanciamento, si veda R. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2002.

teorico-giuridiche connesse all'idea dei diritti come principi, ciò che risulta di particolare interesse in questa sede è la connessione tra essa e la nota distinzione tra *principi* e *policies*. Se la *policy* è l'obiettivo politico da raggiungere (miglioramento economico, politico o sociale), il *principio* è uno standard di comportamento da osservarsi indipendentemente dagli effetti che produce, in quanto esigenza di giustizia³⁸². I diritti, dunque, rappresentano un'esigenza *deontologica*, come si accennava, poiché essi vengono interpretati come principi da osservare e non come politiche da attuare.

Inoltre, è utile richiamare la ben nota analisi di Dworkin in tema di distinzione tra regole e principi nella misura dell'applicabilità nella forma del «tutto o niente» per le prime e in forma graduale, di «peso», per i secondi³⁸³. In questo senso, si comprende come Dworkin renda compatibile con la teoria giuridica la modalità di pensiero derivante da *A Theory of Justice* di Rawls della prevalenza dei diritti e delle libertà e del loro bilanciamento. In caso di conflitto tra più diritti, essi dovranno, appunto, essere bilanciati a partire dalle ragioni del caso concreto, non potendo darsi l'assolutezza dei diritti nei loro conflitti interni. I diritti prevalgono in maniera assoluta solamente quando confliggono con ragioni di altro tipo³⁸⁴.

Il bilanciamento deriva, secondo Dworkin, dal caso dei *competing rights*³⁸⁵: i diritti concorrenti di diversi individui (non, invece, di gruppi intesi in senso collettivo). Da un lato, dunque, Dworkin ancora la nozione di diritti concorrenti, ai fini del bilanciamento, a quella di diritti individuali. Dall'altro, confermando l'impostazione deontologica, sostiene che non si possono accettare le ragioni del bilanciamento tra un diritto e uno scopo collettivo³⁸⁶.

Questo percorso permette a Dworkin di stabilire una distinzione ben chiara tra *scopi*, *diritti* e *doveri*:

«(1) I shall say that some state of affairs is a *goal* within a particular political theory if it counts in favor of a political act, within that theory, that the act will advance or preserve that state of affairs, and counts against an act that it will retard or threaten it. [...] (2) I shall say that an individual has a *right* to a particular political act,

³⁸² R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit., pp. 22-23 e 82-83 (e, in maniera più laconica, a p. 90: «Arguments of principle are arguments intended to establish an individual right; arguments of policy are arguments intended to establish a collective goal»). È interessante notare come Dworkin stesso, in realtà, riconosca che «[t]he distinction can be collapsed by construing a principle as stating a social goal (*i.e.*, the goal of a society in which no man profits by his own wrong), or by construing a policy as stating a principle (*i.e.*, the principle that the goal the policy embraces is a worthy one) or by adopting the utilitarian thesis that principles of justice are disguised statements of goals (securing the greatest happiness of the greatest number)» (pp. 22-23). Inoltre, si noti che Dworkin distingue ulteriormente le ragioni di *policy* in *utilitaristiche*, cioè quelle che promuovono il bene del maggior numero, ed *idealistiche*, che promuovono l'avvicinamento ad una comunità ideale indipendentemente da ciò che desiderano i suoi componenti: cfr. *ivi*, pp. 274-275. Sulla distinzione tra principi e *policies*, in Dworkin, cfr. GF. ZANETTI, *Eguaglianza come prassi. Teoria dell'argomentazione normativa*, Il Mulino, Bologna, 2015, pp. 89-90.

³⁸³ R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit., pp. 26-29.

³⁸⁴ *Ivi*, p. 92: «Rights also may be absolute: a political theory which holds a right to freedom of speech as absolute will recognize no reason for not securing the liberty it requires for every individual; no reason, that is, short of impossibility. Rights may also be less than absolute; one principle might have to yield to another, or even to an urgent policy with which it competes on particular facts. We may define the weight of a right, assuming it is not absolute, as its power to withstand such competition. It follows from the definition of a right that it cannot be outweighed by all social goal».

³⁸⁵ *Ivi*, p. 194.

³⁸⁶ *Ivi*, pp. 198-199. Qui Dworkin cita, come esempio, la dottrina statunitense del *clear and present danger* di Oliver Wendell Holmes (cfr. *infra*, § 7.2.2): *ivi*, p. 195.

within a political theory, if the failure to provide that act, when he calls for it, would be unjustified within that theory even if the goals of the theory would [...] be disserved by that act. [...] (3) I shall say that an individual has a *duty* to act in a particular way, within a political theory, if a political decision constraining such act is justified within that theory notwithstanding that no goal of the system would be served by that decision»³⁸⁷.

Come si è accennato, Dworkin privilegia l'attenzione per i *diritti*. In relazione a ciò, è necessario sottolineare che, nella sua costruzione (e nella lettura che egli svolge di Rawls), i diritti derivano da un unico diritto fondamentale, il diritto all'eguaglianza nella forma dell'«*equal concern and respect*»³⁸⁸. Si tratta di un diritto che lo stesso Dworkin riconosce essere piuttosto astratto:

«We may describe a right to equality [...], which Rawls says is fundamental, in this way. We might say that individuals have a right to equal concern and respect in the design and administration of the political institutions that govern them. This is a highly abstract right. Someone might argue, for example, that it is satisfied by political arrangements that provide equal opportunity for office and position on the basis of merit. Someone else might argue, to the contrary, that it is satisfied only by a system that guarantees absolute equality of income and status, without regard to merit. A third man might argue that equal concern and respect is provided by that system, whatever it is, that improves the average welfare of all citizens counting the welfare of each on the same scale. A fourth might argue, in the name of this fundamental equality, for the priority of liberty, and for the other apparent inequalities of Rawls's two principles. The right to equal concern and respect, then, is more abstract than the standard conceptions of equality that distinguish different political theories. It permits arguments that this more basic right requires one or another of these conceptions»³⁸⁹.

Secondo Dworkin, il diritto fondamentale in Rawls – fondamentale in quanto non costituisce un prodotto del contratto, bensì un suo requisito imprescindibile – *non* è la libertà, bensì l'eguaglianza. Egli ammette specificamente, inoltre, che tale diritto politico fondamentale all'eguaglianza è, appunto, un *diritto astratto*³⁹⁰, compatibile con diverse argomentazioni circa i diversi tipi di eguaglianza che informano le varie concezioni politiche.

Il diritto politico fondamentale all'eguaglianza, inoltre, trova il suo ancoraggio etico in un'idea della dignità umana, che costituisce il fondamento della teoria dei diritti umani in Dworkin³⁹¹. La dignità umana si compone del principio del *self-respect*, per cui ognuno deve prendere la propria vita seriamente, e del principio dell'*authenticity*, secondo cui ciascuno ha una responsabilità personale nell'identificare ciò in cui ritiene che consista il successo della

³⁸⁷ Ivi, pp. 169-170.

³⁸⁸ Ivi, p. 12.

³⁸⁹ Ivi, p. 180.

³⁹⁰ Per la classificazione dei tipi di diritti in Dworkin, si considerino brevemente le seguenti distinzioni: rispetto ai «*political rights*», egli distingue tra i «*background rights*», diritti *astratti* nei confronti delle decisioni politiche prese dalla comunità (come può essere la libertà d'espressione), e «*institutional rights*», diritti *specifici* che valgono nei confronti di una particolare decisione presa da una particolare istituzione (come può essere il diritto di un giornale a pubblicare una notizia specifica). I «*legal rights*», invece, sono un particolare tipo di diritti politici, ovvero diritti politici istituzionali alla decisione di un tribunale. Dworkin, inoltre, distingue tra diritti «*against the state*» e diritti «*against fellow citizens*», sostenendo peraltro che alcuni diritti possono presentare entrambe le dimensioni (ivi, p. XII, pp. 93-94). Ovviamente, affinché i giudici possano risolvere gli «*hard cases*», essi devono basarsi su diritti concreti, istituzionali e giuridici (ivi, p. 101). Cfr., sul punto, anche ID., *Justice for Hedgehogs*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2011, pp. 331-332.

³⁹¹ Dworkin dichiara di voler trattare dei *diritti umani* come parte della tradizione di pensiero liberale che contrasta sia con il positivismo sia con l'utilitarismo sin dalle prime pagine di *Taking Rights Seriously*, cit., p. VII.

propria vita³⁹². A livello *politico*, la dignità umana richiede necessariamente il riconoscimento del diritto fondamentale all'*equal concern and respect*. I diritti umani, pertanto, si fondano su questa duplice prospettiva: etica e politica, cioè sulla dignità umana e sulla sua traduzione politica, l'eguaglianza³⁹³.

Nella sua teoria, i diritti sono «*political trumps*» che gli individui hanno nei confronti della comunità: «[i]ndividuals have rights when, for some reason, a collective goal is not a sufficient justification for denying them what they wish, as individuals, to have or to do, or not a sufficient justification for imposing some loss or injury upon them»³⁹⁴. Per Dworkin, infatti, se un individuo ha un diritto, «he is entitled to [exercise it] even if this would not be in the general interest»³⁹⁵. Egli, in sostanza, rifiuta l'approccio, tipico delle teorie utilitariste, per cui il benessere individuale è preso in considerazione solamente in relazione alla sua contribuzione alla felicità collettiva. Ad esso oppone le teorie fondate sui *diritti* o sui *doveri*: esse pongono al centro l'*individuo*, non la collettività.

Dworkin considera attentamente la distinzione tra le teorie fondate sui *diritti* e quelle fondate sui *doveri*³⁹⁶. Le teorie fondate sui doveri, secondo Rawls, sono ancorate alla qualità morale dell'azione individuale: l'azione è giusta quando soddisfa determinati standard di comportamento. Le teorie fondate sui diritti, invece, «are concerned with independence rather than the conformity of individual action. They presuppose and protect the value of individual thought and choice». Entrambe le teorie prescrivono regole morali e codici di condotta. Tuttavia, le teorie del dovere li considerano intrinsecamente essenziali e, quindi, si concentrano sul soggetto del dovere, colui che deve tenere un comportamento conforme al codice di condotta. Le teorie dei diritti, invece, considerano i codici in senso strumentale, ai fini della protezione dei diritti altrui, ponendo come soggetto al centro è colui che «benefits from others' compliance», non colui che «leads the life of virtue by complying himself»³⁹⁷. Nelle teorie dei diritti, secondo Dworkin, i doveri non sono assenti: e, tuttavia, esse postulano doveri collettivi della comunità nel suo insieme, piuttosto che doveri di individui particolari³⁹⁸.

³⁹² R. DWORKIN, *Justice for Hedgehogs*, cit., pp. 203-204.

³⁹³ R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit., pp. 197-198. In seguito, poi, afferma: «It makes sense to say that a man has a fundamental right against the Government, in the strong sense, like free speech, if that right is necessary to protect his dignity, or his standing as equally entitled to concern and respect, or some other personal value of like consequence. It does not make sense otherwise» (p. 199). Cfr. R. DWORKIN, *Justice for Hedgehogs*, cit.: «The principles of dignity [...] state very abstract political rights: they trump government's collective policies. We form this hypothesis: All political rights are derivative from that fundamental one» (p. 330).

³⁹⁴ R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit., p. XII. Per Dworkin, anche i diritti umani sono *trumps*: «I use the phrase in a stronger way that matches the strong sense of a political right: to designate a trump» (p. 332). Tuttavia, *non solo* i diritti umani agiscono come *trumps*, bensì anche gli altri diritti. La differenza sta nel fatto che i primi sono fondati sul diritto fondamentale ad essere trattati come esseri umani e, cioè, sulla dignità (pp. 332-335).

³⁹⁵ Ivi, p. 271.

³⁹⁶ Si consideri il seguente passaggio: «There is a difference between the idea that you have a duty not to lie to me because I have a right not to be lied to, and the idea that I have a right that you not lie to me because you have a duty not to tell lies. In the first case I justify a duty by calling attention to a right; if I intend any further justification it is the right that I must justify, and I cannot do so by calling attention to the duty. In the second case it is the other way around. The difference is important because, as I shall shortly try to show, a theory that takes rights as fundamental is a theory of a different character from one that takes duties as fundamental», ivi, p. 171.

³⁹⁷ Ivi, p. 172.

³⁹⁸ R. DWORKIN, *Justice for Hedgehogs*, cit., p. 328.

Si può qui anticipare una questione che, pur costituendo per il momento solamente un'intuizione, potrà essere sviluppata in seguito (cfr. *infra*, § 2.8.3). Se il soggetto della teoria liberale dworkiniana dei diritti è colui che, appunto, gode del rispetto altrui guardando ai propri diritti e quello della teoria dei doveri è, invece, colui che agisce per rispettare i diritti altrui, è forse possibile immaginare una prospettiva intermedia, fondata sulla libertà dalla dominazione, capace di coniugare le due "anime" delle teorie deontologiche. Si pensi, infatti, alle due facce della medaglia della non-dominazione: da un lato vi sarebbe il diritto di non essere oggetto di dominazione; dall'altro, invece, il dovere di non dominare. La prima dimensione, quella del diritto di non essere dominato, è evidentemente una dimensione *deontologica pura*. La seconda, invece, nella prospettiva dell'utilitarismo della regola, non potrà che coniugare un approccio *deontologico* (il rispetto del dovere in quanto giusto) con un approccio in parte anche *teleologico* (il rispetto del dovere che garantisce la promozione di un bene, quello della non-dominazione). Al contrario, Dworkin privilegia la dimensione deontologica pura e, come si vedrà, è probabile che essa non risulti completamente coerente con una concezione della libertà come non-dominazione (e che si rifaccia piuttosto alla libertà come non-interferenza).

In ogni caso, Dworkin vede nel contratto sociale di Rawls una *teoria fondata sui diritti*: il contratto sociale, cioè, fornisce a ciascuna parte, proprio in quanto depositaria di un diritto, un potere di veto³⁹⁹ rappresentato proprio dall'idea dei diritti. La caratteristica del potere di veto è spiegata dal fatto che Dworkin legge in Rawls una teoria dei *diritti naturali*, intendendo tuttavia con questa espressione non quei diritti fondati su una particolare teoria metafisica, bensì quei diritti che non derivano dalla legislazione e sono precedenti ad essa nella misura in cui costituiscono gli standard per vagliarne la bontà⁴⁰⁰.

Dopo aver richiamato le linee generali della teoria dworkiniana dei diritti, è necessario procedere con l'analisi del ruolo della libertà nel sistema dell'autore, proprio per comprendere le eventuali differenze tra questo e la teoria della libertà come non-dominazione.

L'obiettivo di Dworkin è quello di restituire compatibilità ai due principi fondamentali della libertà e dell'uguaglianza. Come si è visto, il principio di dignità richiede, da un lato, che le persone siano trattate con *equal concern and respect* e, dall'altro, che ad esse siano riconosciute le libertà fondamentali. In questo senso, secondo il filosofo, «we must reject the opinion now popular among political philosophers that liberty and equality are conflicting values. We hope to define equality and liberty together: not only as compatible but as intertwined»⁴⁰¹. Ciò che risulta di interesse in questa sede, nel trattare dei concetti di libertà ed eguaglianza in Dworkin, in particolare, è il significato che egli attribuisce alla libertà. Come per Rawls, vi è infatti il sospetto che la sua impostazione sia informata ad una concezione della libertà come non-interferenza, oppure, quantomeno, che essa non risulti del tutto compatibile con la libertà intesa nel senso della non-dominazione.

Si consideri, per esempio, il seguente passaggio:

³⁹⁹ R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit., p. 173.

⁴⁰⁰ Ivi, pp. 176-177.

⁴⁰¹ R. DWORKIN, *Justice for Hedgehogs*, cit., pp. 331-332.

«Citizens have *personal rights to the State's protection* as well as *personal rights to be free from the State's interference*, and it may be necessary for the Government to choose between these two sorts of rights»⁴⁰².

Qui Dworkin sostiene che alcuni diritti si fondino sulla necessaria protezione dello Stato e altri, invece, sulla *libertà dall'interferenza* dello Stato stesso. Tuttavia, nell'analisi della posizione originaria in Rawls, sulla base della quale egli elabora la propria teoria, Dworkin sostiene l'inesistenza di un *diritto fondamentale alla libertà (in generale)*. Se si definisce il diritto generale – diverso dalle singole libertà particolari – alla libertà come «the overall minimum possible constraints, imposed by government or by other men, on what a man might want to do»⁴⁰³, esso risulta insostenibile nella posizione originaria. Qui, infatti, gli individui hanno astrattamente un interesse alla libertà in generale, poiché essa potrebbe aumentare la possibilità di realizzare i loro scopi individuali; tuttavia, essi non possono sapere con certezza che essa aumenterà concretamente questa possibilità, che potrebbe invece ritorcersi contro le altre libertà particolari. «So if Rawlsian men must be supposed to have a right to liberty of some sort, which the contract situation is shaped to embody, it must be a right to particular liberties»⁴⁰⁴.

Tuttavia, ci si potrebbe anche domandare se Dworkin, così come Rawls, non assegni priorità al diritto generale alla libertà proprio in virtù del fatto che interpreta la libertà come non-interferenza. La libertà come non-interferenza, infatti, concede la possibilità dell'azione dello Stato, come si è visto, quando un diritto entra in conflitto con un altro diritto. La libertà d'esercizio di un diritto individuale, si potrebbe dire, può essere limitata (*interfered with*) quando essa interferisca con l'esercizio di un altro diritto individuale: pertanto, questa libertà non può assurgere a principio generale dell'ordinamento, se intesa nel senso della libertà dall'interferenza. Tuttavia, le cose non stanno così nel caso della libertà dalla dominazione: come si tenterà di mostrare in seguito (cfr. *infra*, § 2.8.3), infatti, la libertà dalla dominazione, nella teoria neo-repubblicana, può andare di pari passo con una teoria dei diritti in cui *non è necessario*, per limitare un diritto, che esso confligga con *un altro diritto*.

Tornando alla riflessione di Dworkin sul diritto alla libertà, in *Taking Rights Seriously* egli analizza espressamente la questione a partire dal concetto di *libertà negativa* di Berlin.

«[I]t seems to me absurd to suppose that men and women have any general right to liberty at all, at least as liberty has traditionally been conceived by its champions. *I have in mind the traditional definition of liberty as the absence of constraints placed by a government upon what a man might do if he wants to.* [...] This conception of liberty as *license* is neutral amongst the various activities a man might pursue, the various roads he might wish to walk. [...] Bentham said that any law whatsoever is an 'infraction' of liberty, and though some such infractions might be necessary, it is obscurantist to pretend that they are not infractions after all. In this neutral, all embracing sense of liberty as license, liberty and equality are plainly in competition. Laws are needed to protect equality, and laws are inevitably compromises of liberty»⁴⁰⁵.

In questo passaggio, Rawls chiarisce che la definizione della libertà dall'interferenza che adotta (per criticarla) è quella della libertà da *qualsiasi* costrizione (libertà come *license*):

⁴⁰² R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit., p. 193 (corsivi nostri).

⁴⁰³ Ivi, pp. 178-179.

⁴⁰⁴ Ivi, p. 179.

⁴⁰⁵ Ivi, p. 266 (in nota; corsivi nostri).

essa corrisponde a quella che Pettit ha definito *libertà come non-interferenza formale*, la quale non accetta alcun tipo di interferenza. Se si intende la libertà in questo senso, l'eguaglianza risulta un principio in competizione con la libertà: ed è questa la visione rigettata da Dworkin, che desidera criticare l'adozione di un tale concetto di libertà come non-interferenza e l'inevitabile contrasto tra libertà ed eguaglianza. Tuttavia, come si è visto, si può mantenere l'idea di una *libertà reale come non-interferenza*, che non vede qualsiasi interferenza come un male, bensì accetta le interferenze volte a garantire la stessa libertà dall'interferenza. In questo senso, è possibile ipotizzare di leggere Dworkin (insieme a Rawls) come depositario di tale concezione della libertà, ove l'eguaglianza è concepita come un principio necessario non in competizione con la libertà eppure *diverso* da quest'ultima.

Dworkin procede sostenendo che l'affermazione per cui esiste un diritto alla libertà in senso generale risulterebbe insensata, poiché tale diritto dovrebbe essere interpretato in senso forte, soggettivo, al pari degli altri diritti (o in posizione addirittura superprimaria). Ciò impedirebbe *qualsiasi* intervento statale in *qualsiasi* ambito, poiché il diritto alla libertà, in quanto ragione deontologica, prevarrebbe su qualsiasi ragione di scopo, paralizzando l'attività statale⁴⁰⁶. Anche qui, Dworkin pare confermare il suo pensare alla *libertà come libertà dall'interferenza in senso formale*, cioè libertà da *qualsiasi* intervento: ciò fonda le ragioni del suo diniego di un tale diritto generale di libertà. Tuttavia, rimane la possibilità – inesplorata da parte dell'autore – di percepire il diritto generale di libertà dall'interferenza in senso reale, che *non* risulta incompatibile con gli interventi statali a garanzia della libertà dall'interferenza altrui.

Eppure, egli avrebbe a disposizione un'altra nozione di libertà che pare avvicinarsi molto alla libertà dalla dominazione – e, tuttavia, non si comprende bene perché non vagli la possibilità che sia *tale* nozione di libertà a poter costituire il diritto generale alla libertà. In *Liberty and Liberalism*⁴⁰⁷, capitolo di *Taking Rights Seriously*, infatti, egli critica gli argomenti di Gertrude Himmelfarb⁴⁰⁸, la quale analizzava il concetto di libertà nel liberalismo di John Stuart Mill, sostenendo che l'autrice

*«does not distinguish between the idea of liberty as license, that is, the degree to which a person is free from social or legal constraint to do what he might wish to do, and liberty as independence, that is, the status of a person as independent and equal rather than subservient. [T]he two ideas are [...] different in very important ways. Liberty as license is an indiscriminate concept because it does not distinguish among forms of behavior: good laws, like laws prohibiting murder, diminish this liberty in the same way, and possibly to a greater degree, as bad laws, like laws prohibiting political speech. The question raised by any such law is not whether it attacks liberty, which it does, but whether the attack is justified by some competing value, like equality or safety or public amenity. [...] But liberty as independence is not an indiscriminate concept in that way. It may well be, for example, that laws against murder or monopoly do not threaten, but are necessary to protect, the political independence of citizens generally. If a social philosopher places a high value on liberty as independence he is not necessarily denigrating values like safety or amenity, even in a relative way»*⁴⁰⁹.

⁴⁰⁶ Ivi, p. 268-269.

⁴⁰⁷ R. DWORKIN, "Liberty and Liberalism", in ID., *Taking Rights Seriously*, cit., pp. 259-265.

⁴⁰⁸ G. HIMMELFARB, *On Liberty and Liberalism. The case of John Stuart Mill*, Alfred A. Knopf, New York, 1974.

⁴⁰⁹ R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit., pp. 262-263 (corsivi nostri).

In questo passaggio, Dworkin pare avvicinarsi all'idea della libertà dalla dominazione, criticando l'argomento di Himmelfarb per cui la libertà del liberalismo di Mill dovrebbe essere intesa nel senso della libertà come *license*⁴¹⁰. Si può sostenere, dunque, che questa concezione della libertà risulti incoerente con la ricerca di Dworkin sulla possibilità dell'esistenza di un generale diritto alla libertà, proprio perché egli, pur avendo presente la possibilità di definire la libertà in un senso diverso dalla non-interferenza, non vaglia a fondo la possibilità che sia tale concezione della libertà ad informare un diritto generale alla libertà. Anzi, vi è di più: la possibilità di esistenza di una simile concezione della libertà è da Dworkin accennata *solamente* in *Liberalism and Liberty*, mentre negli altri capitoli di *Taking Rights Seriously*, così come nelle sue altre opere, Dworkin non pare utilizzare mai questa definizione di libertà.

Una simile confusione nel pensiero dell'autore, derivante anche probabilmente dal fatto che le sue opere – soprattutto *Taking Rights Seriously* – costituiscono l'aggregazione di più saggi pubblicati precedentemente e resi successivamente coerenti all'interno di un unico studio monografico, permette di comprendere affermazioni generali e non meglio definite come «*I understand liberty to include both negative and positive liberty*»⁴¹¹ (sulla falsariga di Rawls). Esse, appunto, permettono di ritenere che Dworkin abbia in mente la possibilità di una concezione della libertà simile a quella della non-dominazione, eppure non la esplori sino in fondo.

In *Justice for Hedgehogs*, del resto, egli spiega la sua affermazione per cui la libertà si compone di due dimensioni, *negativa e positiva*:

«[W]e face the further question whether there are not one but two interpretive concepts of liberty. Two famous essays make that claim— Benjamin Constant's *The Liberty of the Ancients and the Liberty of the Moderns*, and Isaiah Berlin's *Two Concepts of Liberty*. [...] First, everyone must be permitted to participate in the right way in the collective decisions that make up his governance, and second, everyone must be left free from collective decision in matters that his personal responsibility demands he decide for himself. Because responsibility has those two dimensions, so does liberty. A theory of positive liberty stipulates what it means for people to participate in the right way. It offers [...] a conception of self-government. A theory of negative liberty describes which choices must be exempt from collective decisions»⁴¹².

Innanzitutto, Dworkin, come Rawls, fallisce nel prendere in considerazione le opportune distinzioni tra la libertà negativa e positiva, da un lato, e quella dei moderni e degli antichi, dall'altro: nei suoi riferimenti a Berlin, infatti, egli pare equiparare la prima distinzione a quella di Constant (mentre, come si è visto, esse non sono completamente sovrapponibili, ciò che permetteva uno spazio di riflessione a favore della libertà dalla dominazione; cfr. *supra*, § 2.3).

Inoltre, Dworkin, sostenendo che non esiste una concezione generale della libertà, come si è mostrato in precedenza, si ritiene autorizzato a sostenere che talune libertà derivino dalla libertà come partecipazione e talaltre, invece, dalla libertà dall'interferenza. In questo senso,

⁴¹⁰ Secondo Dworkin, invece, Mill sostiene una libertà intesa come libertà dalla dipendenza: «[The] distinction between acts that are self-regarding and those that are other-regarding was not an arbitrary compromise between the claims of license and other values. It was intended to define political independence, because it marked the line between regulation that connoted equal respect and regulation that denied it», *ivi*, p. 263.

⁴¹¹ R. DWORKIN, *Justice for Hedgehogs*, cit., p. 344 (corsivi nostri).

⁴¹² *Ivi*, pp. 364-365.

egli rigetta la concezione tradizionale per cui le due dimensioni della libertà siano incompatibili. Egli, al contrario, rende compatibili le due anime della libertà criticando l'idea della libertà negativa come non interferenza di Berlin:

«Berlin thought conflict between the two forms of liberty inevitable [...] because he held a problematic view not of positive but of negative liberty. [...] Though the terms “liberty” and “freedom” are sometimes used interchangeably, I shall distinguish them in the following way. Someone’s total freedom is his power to act in whatever way he might wish, unimpeded by constraints or threats imposed by others or by a political community. His negative liberty is the area of his freedom that a political community cannot take away without injuring him in a special way: compromising his dignity by denying him equal concern or an essential feature of responsibility for his own life. Berlin treated total freedom and negative liberty as coextensive, so that any limit to the former is an invasion of the latter»⁴¹³.

Il problema di Berlin consisterebbe cioè nel non aver saputo distinguere tra la «total freedom», che costituisce il potere di fare o non fare ciò che si vuole senza costrizioni, e la «negative liberty», l'area della libertà (*freedom*) che non può in alcun modo essere sottratta senza arrecare danno alla dignità e all'*equal concern and respect*. Se si interpreta la libertà nel secondo senso, la libertà negativa e la libertà positiva non risultano in conflitto tra loro⁴¹⁴.

In realtà, sempre facendo riferimento a Berlin, in *Freedom's Law* Dworkin sostiene:

«I begin with a different suggestion, which is that when constitutional disabling provisions, like those found in the Bill of Rights, limit what a majority can enact, the result is to compromise the community’s freedom. That suggestion [...] appeals to what Isaiah Berlin and others have called positive as distinct from negative liberty, and what Benjamin Constant described as the liberty of the ancients as distinct from that of the moderns. It is the kind of freedom that [...] revolutionaries and terrorists and humanitarians have in mind when they insist that freedom must include the right of “self-determination” or the right of the “people” to govern themselves. Since the suggestion that constitutional rights compromise freedom appeals to positive rather than negative liberty, it might be said to pit the two kinds of liberty against each other. Constitutionalism, on this view, protects “negative” liberties, like free speech and “privacy”, at the cost of the “positive” freedoms of self-determination. [...] Self-determination is the most potent—and dangerous—political ideal of our time»⁴¹⁵.

È a partire da questo passaggio che si può interpretare la sua concezione della libertà nel senso della *libertà come non-interferenza*. Dal punto di vista di Dworkin, si può dire che l'intervento statale che interferisca per garantire la libertà d'azione individuale *non* compromette la libertà individuale intesa nel senso di *negative liberty*: questa definizione risulta, ancora una volta, compatibile con la definizione di libertà negativa in senso reale⁴¹⁶ (cfr. *supra*, § 2.6). L'assenza di un principio generale di libertà rende possibile considerare la libertà sia nella sua accezione negativa sia positiva come non incompatibili. Inoltre, tale assenza permette

⁴¹³ Ivi, pp. 366-367.

⁴¹⁴ Ivi, p. 367.

⁴¹⁵ R. DWORKIN, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 1996, pp. 21-22.

⁴¹⁶ Lo stesso Dworkin pare riconoscerlo: «We might be tempted by an amendment to Berlin’s equation: that liberty is not total freedom but substantial freedom. Laws invade liberty, on this view, when they seriously curtail freedom», ivi, p. 368. D’altro canto, in *Sovereign Virtue*, l’autore, nel trattare della relazione tra eguaglianza e libertà, sostiene espressamente: «I mean by liberty what is sometimes called negative liberty—freedom from legal constraint—not freedom or power more generally», R. DWORKIN, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, cit., p. 120.

a Dworkin di stabilire che il principio generale della sua impostazione debba essere individuato non nella libertà, bensì nell'eguaglianza⁴¹⁷, a conferma dello statuto superprimario dell'ideale di *equal concern and respect*: l'uguaglianza risulta quindi il principio fondamentale cui i diritti e le libertà – in assenza di un principio generale di libertà – devono essere informate.

L'idea di eguaglianza, secondo Dworkin, implica due diversi diritti: il diritto all'«equal treatment» e il diritto al «treatment as an equal»⁴¹⁸: il primo è il diritto all'uguale distribuzione delle risorse e delle opportunità; il secondo è il diritto ad essere trattato con il rispetto e la considerazione che si devono agli esseri umani⁴¹⁹. In talune circostanze, il secondo può imporre limitazioni al primo.

Ricapitolando, Dworkin sostiene l'inesistenza di una teoria della libertà generale, affermando che le uniche libertà cui si ha diritto sono le libertà particolari. In assenza di una concezione generale della libertà, le singole libertà (e i singoli diritti) possono derivare tanto dalla libertà negativa quanto dalla libertà positiva. Ma se si collega questa impostazione con la sua teoria deontologica dei diritti, si può osservare come in realtà rifiutare una teoria generale della libertà abbia come effetto – come d'altra parte si è già visto in Rawls – una preminenza della libertà negativa come non-interferenza (pur in senso reale) sulla dimensione positiva della libertà. Ciò risulta evidente, in particolare, quando Dworkin tratta del caso della libertà d'espressione (cfr. *infra*, § 3.2.2).

Tra i teorici neorepubblicani, colui che maggiormente si è dedicato ad attaccare la teoria deontologica dei diritti di Dworkin è Skinner⁴²⁰.

«L'enfasi di recente posta sull'importanza di prendere i diritti sul serio ha contribuito a creare l'impressione che esista un solo modo di affrontare tale questione. Si deve innanzitutto cercare di costruire attorno a se stessi una barriera di diritti, intesi come “carte vincenti” (*trumps*), e insistere poi sulla priorità di questi diritti rispetto a ogni tipo di dovere sociale. Dobbiamo quindi cercare di estendere questa barriera il più lontano possibile, essendo nostro scopo raggiungere quello che Isaiah Berlin ha chiamato il “massimo grado di non-interferenza compatibile con le esigenze minime della vita sociale”»⁴²¹.

⁴¹⁷ R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit., p. 179.

⁴¹⁸ Ivi, p. 227.

⁴¹⁹ «Government must treat those whom it governs with *concern*, that is, as human beings who are capable of suffering and frustration, and with *respect*, that is, as human beings who are capable of forming and acting on intelligent conceptions of how their lives should be lived. Government must not only treat people with concern and respect, but with *equal concern and respect*. It must not distribute goods or opportunities unequally on the ground that some citizens are entitled to more because they are worthy of more concern. It must not constrain liberty on the ground that one citizen's conception of the good life of one group is nobler or superior to another's. These postulates, taken together, state what might be called the *liberal conception of equality*; but it is a *conception of equality, not of liberty as license, that they state*», ivi, pp. 272-273 (corsivi nostri).

⁴²⁰ Cfr., ad esempio, Q. SKINNER, “The Paradoxes of Political Liberty”, in *The Tanner Lectures on Human Value*, VII, University of Utah Press, Salt Lake City, 1986, p. 248.

⁴²¹ La citazione è reperibile nell'Appendice alla versione italiana di Q. SKINNER, *La libertà prima del liberalismo* [1998], cit., p. 99. Cfr. anche ID., “The Republican Ideal of Political Liberty”, cit., p. 307. Inoltre, cfr., sul punto, A. PATTEN, “The Republican Critique of Liberalism”, cit., p. 32.

Ciò va di pari passo con il fatto che, per Dworkin, i diritti *prevalgono* sui doveri⁴²²: in virtù di questa prevalenza, vi è un'insistenza di Dworkin sul fatto che essi assicurano la massimizzazione della libertà di perseguire i propri fini individuali⁴²³.

Si può sostenere, dunque, che Dworkin, pur non descrivendo esplicitamente l'ideale della libertà come non-interferenza, finisca per ricadervi nella sua strutturazione dell'idea dei diritti come *trumps*, proprio in quanto essi permettono di realizzare i propri fini individuali nella misura della non-interferenza da parte dello Stato e da parte degli altri individui⁴²⁴.

Inoltre, dal punto di vista della libertà come non-dominazione, si potrebbe avanzare una lettura dei diritti nella tradizione liberale come segue. Se è vero che quest'ultima è informata ad un concetto di *libertà come non-interferenza nei diritti*, ciò significa che i diritti possono essere usati come armi – lo riconosce lo stesso Dworkin – nei confronti degli altri. Si tratta di armi talmente potenti da essere destinate a soccombere solo di fronte ad altre armi di pari livello, ovvero ad altri diritti. In questo senso, gli individui sono liberi quando l'esercizio altrui dei diritti non contrasta con il proprio esercizio dei diritti. È qui che si comprende meglio l'idea della libertà come non-interferenza nei diritti: un individuo continua ad essere considerato libero, nella teoria di Dworkin, quando non si vede interferire [*is not interfered with*] nella propria sfera di esercizio dei diritti. Ma che dire delle interferenze potenziali? Se la libertà d'espressione viene interpretata come un diritto che ha le sue radici in una concezione negativa della libertà, essa potrà essere utilizzata in maniera tendenzialmente assoluta – salvo il caso in cui effettivamente interferisca con l'esercizio di un concreto altrui diritto. Ma se gli individui hanno il *diritto ad offendere* (come pare riconoscere Dworkin; cfr. *infra*, § 3.2.2), e tuttavia questo diritto o è esercitato in maniera da non collidere con nessun altro diritto, oppure non è nemmeno esercitato, bensì è solo esercitabile (interferenza potenziale), la teoria di Dworkin non riuscirà a fornire una ragione per fare fronte alle questioni come l'*hate speech*.

c) *Rawls, Dworkin e la compatibilità tra liberalismo egalitario e neo-repubblicanesimo*. Per concludere, si ricorda come da più parti si sia sottolineata, vuoi con attitudine critico-distruttiva, vuoi come espressione di una genuina perplessità, la «controversa e assai dubbia compatibilità del neo-repubblicanesimo con il liberalismo»⁴²⁵. Eppure, vi è chi ha sostenuto che, nonostante il linguaggio utilizzato dalle due correnti di pensiero sia diverso e, per certi

⁴²² R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit., p. XI.

⁴²³ Q. SKINNER, "On Justice, the Common Good and the Priority of Liberty", cit., pp. 214-215.

⁴²⁴ La riflessione pare coerente con lo schema elaborato da R. BELLAMY, "Constitutive Citizenship versus Constitutional Rights: Republican Reflections on the EU Charter and the Human Rights Act", in T. CAMPBELL, K. EWING, A. TOMKINS (eds.), *Sceptical Essays on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 16-41, pp. 23-27, il quale sostiene che tanto il *libertarianism* quanto il liberalismo-egalitario hanno lo scopo di tutelare eguali *libertà negative*: la differenza consisterebbe solamente nell'aggiunta, da parte del secondo, della necessità di considerazioni relative all'eguaglianza sostanziale e ai diritti sociali. Inoltre, è necessario prendere sul serio l'ammonimento di Waldron, il quale sostiene quanto segue: «Freedom or liberty is a concept of which there are many conceptions. Since some of these conceptions are not associated with the liberal tradition, it is unsatisfactory to say simply that liberals are committed to (equal) liberty and leave the matter there», J. WALDRON, "Theoretical Foundations of Liberalism", cit., p. 130.

⁴²⁵ G. MAGRIN, *La repubblica dei moderni. Diritti e democrazia nel liberalismo rivoluzionario*, cit., p. 110.

aspetti, particolarmente contrastante, esse non presenterebbero progetti filosofici incompatibili: o non vi sarebbe differenza o, se anche ve ne fosse, essa non dovrebbe essere oggetto di preoccupazione del liberalismo, bensì solo del neo-repubblicanesimo⁴²⁶.

Vi è poi chi ha affermato che «la distanza registrabile fra le formulazioni proprie di autori rappresentativi del repubblicanesimo “politico” e del liberalismo *liberal* non sono certamente superiori alla distanza riscontrabile all’interno del paradigma liberale fra autori come Rawls, Dworkin, Ackerman da un lato, e autori come Nozick, Hayek, Popper dall’altro»⁴²⁷.

Lo stesso Rawls, come si è sottolineato in precedenza, ha esplicitamente sostenuto che il suo approccio non è incompatibile con il repubblicanesimo politico, mentre lo sarebbe con l’umanesimo civico. Cosicché si potrebbe affermare che «[p]roperly understood, republicanism and liberalism do not conflict, and both endorse law as the necessary vehicle of social justice»⁴²⁸. Come dice Rawls, se si intende il *classical republicanism* come l’idea per cui affinché i cittadini di una società democratica «are to preserve their basic rights and liberties, including the civil liberties which secure the freedoms of private life, they must also have to a sufficient degree the “political virtues” [...] and be willing to take part in public life», il repubblicanesimo classico e il liberalismo non sarebbero in contrapposizione. Al contrario, il liberalismo sarebbe incompatibile con il *civic humanism*, in quanto forma di aristotelismo politico⁴²⁹.

In realtà, come si è tentato di dimostrare in precedenza, pare che la libertà dalla dominazione non risulti compatibile con la concezione della libertà che è stata analizzata nell’opera di Rawls e Dworkin (oltre che, brevemente, nel pensiero *libertarian*). Ciò che risulta interessante, quindi, è che ogni volta che si è tentato di stabilire una relazione tra il liberalismo-egaltario contemporaneo e il neo-repubblicanesimo – tralasciando, per evidenti ragioni, il pensiero *libertarian* –, lo si è fatto a partire da aspetti delle due teorie non strettamente correlati a quello della libertà. Nelle pagine che seguono, si desidera avvicinarsi brevemente a questi aspetti (avendo già trattato della questione della libertà), per poi sottolinearne la marginalità, rispetto alla contrapposizione tra le idee di libertà sottese ai due progetti politici.

Contro la critica che sosteneva che il liberalismo sottovalutasse l’importanza della comunità, emersa in seguito al dibattito *liberals v. communitarians*, e che la tolleranza liberale negasse allo Stato di sostenere l’uniformità etica, Dworkin ha tentato di dare risposte in un saggio del 1989 intitolato *Liberal Community*⁴³⁰. L’argomento principale del saggio di Dworkin consiste nel fatto che si è soliti pensare che il liberalismo presupponga una forte distinzione tra il benessere individuale e quello della comunità politica: secondo l’autore, invece, le vite

⁴²⁶ A. PATTEN, “The Republican Critique of Liberalism”, cit., p. 27.

⁴²⁷ A. FERRARA, “La scoperta del repubblicanesimo «politico» e le sue implicazioni per il liberalismo”, cit., pp. 31-48, pp. 33-34.

⁴²⁸ M.N.S. SELLERS, *The Sacred Fire of Liberty. Republicanism, Liberalism and the Law*, cit., p. 99.

⁴²⁹ J. RAWLS, *Political Liberalism*, cit., pp. 205-206.

⁴³⁰ R. DWORKIN, “Liberal Community”, in *California Law Review*, 77, 3, 1989, pp. 479-504.

individuali e quella della comunità sono *integrate*, cosicché il valore della vita individuale dipende anche dal valore della comunità nel suo insieme, sostenendo che coloro che adottano questa visione possono essere definiti «civic republicans»⁴³¹.

Occorre sottolineare che Dworkin precisa che ciò non significa che il «buon cittadino» dovrà preoccuparsi del benessere degli altri: egli, piuttosto, dovrà preoccuparsi del *proprio* benessere e, proprio in virtù di ciò, il suo comportamento avrà un riflesso di interesse anche sulla vita della sua comunità, riportando l'esempio dell'orchestra di Rawls, in cui il contributo individuale di ogni singolo componente influisce sulla *performance* dell'orchestra nel suo insieme⁴³². Ma l'esempio di Rawls, secondo Dworkin, rischierebbe di privilegiare eccessivamente la dimensione collettiva, la quale possiederebbe una «priorità ontologica»: al contrario, Dworkin sostiene che l'orchestra non debba essere intesa come un ente che *viene prima* dei suoi singoli componenti (in senso ontologico), bensì l'integrazione che ne deriva dipende dalle pratiche sociali standardizzate (in senso pratico)⁴³³.

In questo senso, egli tenta di dimostrare che l'integrazione con la comunità «does not threaten, but rather nourishes, liberal principles»⁴³⁴. Si potrebbe pensare – afferma Dworkin – che il liberalismo sia fondato su un soggetto mosso da un senso di giustizia ma che rifiuta l'integrazione nella comunità: questi non considererà la propria vita di minor valore se la sua comunità accetta una grande disuguaglianza economica, razziale o fondata su qualsiasi altra discriminazione, o se *restringe ingiustamente la libertà individuale*, «[u]nless, of course, he is himself the victim of these various forms of discrimination»⁴³⁵. Eppure, continua Dworkin, è possibile pensare anche ad un altro tipo di soggetto su cui si fonda il liberalismo, quello del «liberale integrato»: questi non separerà la propria vita privata da quella pubblica come il liberale classico; al contrario, riterrà che la propria vita sia effettivamente peggiore se vive in una comunità ingiusta⁴³⁶. Il cittadino integrato di Dworkin accetta che il valore della propria vita individuale dipenda dal successo della sua comunità nel trattare ciascuno con *equal concern*.

A questo punto, secondo l'autore, potrebbe generarsi un forte paradosso tra le due dimensioni della vita di ciascuno, quella *privata* e quella *pubblica*:

«Now notice what might seem to be a contradiction between two ethical ideals most of us embrace. The first dominates our private lives. We believe we have particular responsibilities towards those with whom we have special relationships: ourselves, our family, friends, and colleagues. We spend more of our time and other resources on them than on strangers, and we think this right. We believe that someone who showed equal concern for all members of his political community, in his private life, would be defective. The second ideal dominates our political life. The just citizen, in his political life, insists on equal concern for all. He votes and works for policies that he thinks treat every citizen as an equal. He shows no more concern, in choosing among candidates and programs, for himself or his own family than for people who are only statistics to him»⁴³⁷.

⁴³¹ Ivi, p. 491.

⁴³² Ivi, pp. 492-493. Cfr. J. RAWLS, *A Theory of Justice*, cit., pp. 529-529; ID., *Political Liberalism*, cit., pp. 321-322.

⁴³³ R. DWORKIN, «Liberal Community», cit., p. 494.

⁴³⁴ Ivi, p. 499.

⁴³⁵ Ivi, p. 501, nota. 27.

⁴³⁶ Ivi, p. 501.

⁴³⁷ Ivi, p. 503.

Secondo Dworkin, non è impossibile che «a competent overall ethics» permetta di conciliare le due dimensioni: essa, infatti, potrà farlo «only when politics actually succeeds in distributing resources in the way justice requires. If a just distribution has been secured, then the resources people control are morally as well as legally theirs»⁴³⁸. In sostanza, l'eticità dipende dalla giusta distribuzione delle risorse.

Inoltre, Dworkin sottolinea un punto importante, in relazione a quella che, nel linguaggio neo-repubblicano, potrebbe essere definita *virtù civica*:

«Acting justly is not entirely a passive matter; it means not only not cheating, but also doing what one can to reduce injustice. So someone acts unjustly when he fails to devote resources he knows he is not entitled to have to the needs of those who have less. That failure will hardly be redeemed by occasional charity, limited and arbitrary in the way charity inevitably is. So if the critical value of a life is diminished by a failure to act as justice requires, then it is diminished by ignoring the injustice in one's own political community. A life entirely devoted to reducing injustice so far as one can, on the other hand, would be at least equally diminished. When injustice is substantial and pervasive in a political community, any private citizen who accepts a personal responsibility to do whatever he possibly can to repair it will end by denying himself the personal projects and attachments, as well as the pleasures and frivolities, that are essential to a decent and rewarding life»⁴³⁹.

Questo passaggio permette di comprendere la proposta relativa all'equilibrio tra l'impegno per la giustizia della propria comunità e quello nella propria sfera privata. Porre questo equilibrio proprio nell'elemento della virtù, si potrebbe affermare, permetterebbe di comprendere che è possibile perseguire *contemporaneamente* l'interesse privato e quello pubblico⁴⁴⁰.

Il saggio di Dworkin è stato utilizzato, dal lato della critica liberale alla distinzione tra la libertà come non-dominazione e come non-interferenza, come un esempio della non incompatibilità tra i due approcci e, soprattutto, come prova del fatto che Dworkin non utilizzerebbe una nozione di libertà limitata alla sola non-interferenza. Nel lavoro di Dworkin, si sottolinea, sarebbero evidentemente inclusi aspetti tipici del repubblicanesimo civico. Il saggio, in sostanza, permetterebbe di rifiutare tanto il comunitarismo – l'idea della primazia dell'interesse collettivo sull'interesse individuale – quanto il «liberalismo atomistico tradizionale» – che nega l'esistenza di un interesse collettivo diverso dalla mera somma degli interessi individuali. A questo punto, come sostiene A. Ferrara, si potrebbe così concludere:

«Troviamo qui presente in termini espliciti l'idea repubblicana secondo cui non vi è vera libertà per nessuno se non vi è, all'interno di un ordinamento istituzionale, eguale libertà per tutti. Troviamo anche pienamente presente la idea di eguale dignità di tutti i cittadini e dunque anche, implicitamente, l'idea che laddove questa eguale dignità non sia riconosciuta nei fatti o peggio ancora non sia formalmente istituzionalizzata, non può esservi libertà in senso pieno – dunque libertà come assenza di dominio, non come assenza di interferenza»⁴⁴¹.

⁴³⁸ *Ibidem*.

⁴³⁹ *Ivi*, p. 504.

⁴⁴⁰ Si tratta di un punto importante, che verrà discusso a breve in relazione alla proposta di identificazione del sistema dei diritti con la virtù: cfr. *infra*, § 2.8.3.

⁴⁴¹ A. FERRARA, «La scoperta del repubblicanesimo «politico» e le sue implicazioni per il liberalismo», cit., pp. 39-41.

In realtà, è possibile argomentare che tale visione costituisca una vera e propria riduzione del repubblicanesimo civico: riducendo le esigenze fatte proprie da tale corrente di pensiero, infatti, se ne deduce una generale compatibilità, come se la descrizione di Dworkin ricalcasse alla perfezione la descrizione del neo-repubblicanesimo. Oltre al fatto che, come si è già sottolineato più volte in precedenza, sotto l'etichetta-ombrello di 'neo-repubblicanesimo' si tengono insieme nel pensiero contemporaneo proposte politiche anche molto diverse tra loro, è poi bene specificare che la riduzione della libertà come assenza di dominazione alle esigenze di integrazione con la comunità non centra pienamente il bersaglio.

In questa sede, le critiche a questo approccio sono state avanzate unicamente a partire dall'idea specifica e concreta della libertà come assenza di dominazione, non, invece, dalla prospettiva del più generale "neo-repubblicanesimo". La compatibilità delle idee messe a punto da Dworkin in *Liberal Community* con alcuni aspetti del pensiero neo-repubblicano, infatti, è evidente; meno evidente risulta, invece, l'intercambiabilità di queste idee con quella di libertà come assenza di dominazione.

È pur vero che l'articolo di Dworkin è datato 1989, mentre *Republicanism. A Theory of Freedom and Government* di Pettit è del 1997. In realtà, l'idea della libertà dalla dominazione era già in gestazione *prima* della pubblicazione del libro di Pettit e, soprattutto, prima di quella dell'articolo di Dworkin. Tuttavia, si può ritenere che il successo dell'idea sia tendenzialmente associato al nome di Philip Pettit: si può sostenere, cioè, che nel saggio di Dworkin non compaiono riferimenti alla libertà come non-dominazione per questa ragione. Nonostante ciò, se ne può ugualmente valutare la compatibilità con l'ideale stesso proprio al fine di rispondere alla domanda circa l'eventuale incompatibilità tra la libertà come non-dominazione e la libertà come non-interferenza e, soprattutto, l'eventuale adesione di Dworkin alla seconda. Proprio questo è stato l'oggetto della parte del lavoro svolta sin qui.

Per concludere, si prenda in considerazione l'opinione di Pettit:

«[T]he fact that the two political doctrines converge in this way should not be surprising; different axioms can support the same theorems. Furthermore, the overlap does not diminish the attractions of neorepublicanism, since neorepublicanism has the obvious advantage of working from a single paramount value, that of freedom from domination, and it can invoke this value, not only in defense of specific public policies, but also in support of constitutional and democratic institutional designs»⁴⁴².

Pettit pone in evidenza che la teoria della libertà come non-dominazione fornisce un ideale maggiormente proficuo rispetto a quello del liberalismo egualitario nel trattare della libertà, poiché assegna a quest'ultimo valore l'importanza fondamentale, tale da porlo a base dell'intero sistema. Come poi ha fatto Lovett, è possibile interpretare siffatto ideale come una vera e propria teoria della giustizia, che permette di marcare le differenze con quella liberale-egualitaria. In particolare, tale teoria sarà applicata alla libertà d'espressione prima (cfr. *infra*, § 3.3.3) e costituirà la base dalla quale sviluppare una teoria dell'*hate speech* poi (cfr. *infra*, § 5.3).

⁴⁴² PH. PETTIT, "Keeping Republican Freedom Simple. On a Difference with Quentin Skinner", cit., p. 347.

2.8 – Verso una concezione neo-repubblicana dei diritti

Finora si è analizzata la questione della libertà tanto nel pensiero neo-repubblicano della non-dominazione quanto nel pensiero *libertarian* e liberale-egaltario. Di quest'ultimo, inoltre, si sono messe a fuoco la teoria dei diritti e le conseguenze che da essa derivano. Lo scopo del prossimo paragrafo, invece, sarà quello di vagliare le basi per l'adozione di una possibile teoria neo-repubblicana dei diritti.

A tale scopo, è necessario però effettuare alcune precisazioni prelie, volte ad una classificazione che, se in parte può apparire superflua ed eccedere gli scopi del presente lavoro, d'altro canto risulta utile alla comprensione del possibile ruolo dei diritti entro l'orizzonte concettuale neo-repubblicano. Lungi, dunque, dal mirare ad uno sforzo ricostruttivo integrale e dettagliato, si considerino le seguenti linee d'indagine come una possibile spiegazione schematica di alcune distinzioni che permettono di descrivere il lavoro di autori appartenenti a diverse "frange" del pensiero neo-repubblicano.

Innanzitutto, è bene ricordare che la teoria giuridica neo-repubblicana si caratterizza per quattro elementi fondamentali⁴⁴³: 1) una teoria della libertà, della quale si è già trattato (cfr. *supra*, §§ 2.2–2.5); 2) una concezione dell'eguaglianza "più esigente" rispetto a quella liberale (cfr. *supra*, § 2.6); 3) la democrazia deliberativa e il *self-government* (cfr. *infra*, § 2.8.2); 4) l'elemento della virtù civica (sul quale si dirà più avanti: cfr. *infra*, 2.8.3). In particolare, nei prossimi due paragrafi alla questione della democrazia deliberativa e del *self-government* si dedicherà un'attenzione particolare, poiché è proprio la diversità di accenti su questo punto che permette di distinguere varie correnti del neo-repubblicanesimo.

Su questo punto, Richard Bellamy a distinto tre diversi *cluster* del (neo-)repubblicanesimo⁴⁴⁴: 1) il primo, di matrice aristotelico-comunitaria, che privilegia la partecipazione come un *valore in sé*, a partire da un'idea di *libertà degli antichi*, il quale è già stato "scartato" in precedenza poiché esula dalle riflessioni coerenti con l'approccio ai diritti umani (cfr. *supra*, § 2.1); 2) il secondo, che egli individua nella riflessione di Habermas, che condivide alcuni elementi con il primo, tentando tuttavia di conciliare la *libertà degli antichi* con quella dei *moderni* e i diritti con la sovranità popolare (cfr. *infra*, § 2.8.1); 3) il terzo, al quale Bellamy ascrive le proprie riflessioni, che prende in considerazione la partecipazione politica e il *self-government* in senso strumentale rispetto alla realizzazione dell'ideale della non-dominazione.

Sempre nell'ambito della teoria giuridica neo-repubblicana, si distinguono innanzitutto due approcci al *repubblicanesimo giuridico*: 1) il primo, di natura *sostanziale*, fondato sulla libertà dalla dominazione e sulla necessità di tutela dei diritti; 2) il secondo, di natura *procedurale*, il quale privilegia il *self-government* e la democrazia deliberativa nell'attenzione alle procedure partecipative⁴⁴⁵. La maggior parte dei pensatori neo-repubblicani, in realtà, tratta di entrambe le questioni, cosicché si possono definire le due "anime" come due facce della stessa

⁴⁴³ S. BESSON, J.L. MARTÍ, "Legal Republicanism: Mapping the Issues", cit., p. 13.

⁴⁴⁴ R. BELLAMY, "Non-domination and the Free-State", cit., p. 130.

⁴⁴⁵ S. BESSON, J.L. MARTÍ, "Legal Republicanism: Mapping the Issues", cit., p. 27: «While honouring republican liberty, for instance, may require the recognition and protection of some basic individual rights and liberties, perhaps at the constitutional level, honouring the value of self-government and deliberative democracy entails

medaglia⁴⁴⁶: a distinguere l'approccio dell'uno o dell'altro autore sarà una maggiore attenzione al primo o al secondo momento.

Da ultimo, si richiami la distinzione tra l'ideale della libertà dalla dominazione in senso *deontologico* e *teleologico* (cfr. *supra*, § 2.4): in questo momento, tale definizione viene in aiuto per comprendere la relazione tra esso e l'ideale del *self-government*. In particolare, come ricorda Honohan: 1) se la libertà è valutata come un ideale da promuovere, dunque in senso *teleologico*, si andrà *oltre* l'ideale della non-dominazione, richiedendosi una procedura volta a garantire la maggior probabilità di un risultato coerente con la non-dominazione stessa: la partecipazione, la democrazia deliberativa e il *self-government*⁴⁴⁷; 2) se, invece, la libertà è valutata come un ideale da onorare, dunque in senso *deontologico*, si richiederà il rispetto del valore stesso in senso sostanziale, indipendentemente dalla procedura.

A questo punto, si può sostenere quanto segue.

1) In Habermas, come si vedrà (cfr. *infra*, § 2.8.1), vi è un tentativo di mediazione tra *sostanza* e *procedure*, nonché tra *diritti* e *sovranità popolare*, e dunque tra *deontologia* e *conseguenzialismo*. Come si vedrà, il lavoro di Habermas è particolarmente utile nel determinare lo "schema" delle possibili relazioni tra le due anime del neo-repubblicanesimo, che è lo stesso entro il quale si tenterà di avanzare la proposta di una lettura del sistema dei diritti a partire dall'ideale della libertà come non-dominazione: si tratta, in particolare, di un elemento assente nel lavoro di Habermas, con il quale si tenterà di complementare la sua riflessione.

2) In Cass Sunstein e Frank Michelman (cfr. *infra*, § 2.8.2), invece, si incontra una riflessione che tenta di rendere compatibile il liberalismo con il repubblicanesimo, rifiutando tanto la dimensione valoriale intrinseca della partecipazione in senso comunitaristico, quanto l'approccio deontologico liberale che privilegia la dimensione privata. L'ideale della partecipazione, nei due autori, si traduce nel senso di un *costituzionalismo giuridico procedurale*⁴⁴⁸.

privileging some decision-making procedures and a particular theory of legislation. We might refer to these two different implications as *substantive legal republicanism* (or substantive republican law) and *procedural legal republicanism* (or procedural republican law) respectively, being aware that their requirements may conflict». Le due "anime" del repubblicanesimo giuridico hanno entrambe a che vedere con una concezione (rispettivamente, appunto, sostanziale e procedurale) del bene comune: nella prima, il bene comune è individuato in relazione al *rispetto di determinati valori*, mentre nella seconda al *rispetto di determinate procedure* (ivi, p. 24).

⁴⁴⁶ È questa la tesi, ad esempio, di I. HONOHAN, "Republicans, Rights, and Constitutions: Is Judicial Review Compatible with Republican Self-Government?", in S. BESSON, J.L. MARTÍ, *Legal Republicanism. National and International Perspectives*, cit., pp. 83-101, pp. 84-85.

⁴⁴⁷ Ivi, p. 88.

⁴⁴⁸ Secondo R. BELLAMY, "The norms of political constitutionalism: non-domination and political equality", in ID., *Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, cit., p. 147, la versione procedurale del costituzionalismo giuridico mira a sottrarre alcuni principi costituzionali alla politica, preferendo tuttavia l'elemento delle procedure a quello della sostanza. Per un commento della prospettiva di Sunstein e Michelman entro questa lettura, cfr. ivi, pp. 171-172. Cfr., inoltre, ID., "Republicanism, Democracy, and Constitutionalism", cit., pp. 172-173. Bellamy descrive il costituzionalismo procedurale come quello volto a garantire «non-arbitrary inputs» mentre quello sostanziale come volto a prediligere «non-arbitrary outputs», ID., "Republicanism, Democracy, and Constitutionalism", in C. LABORDE, J. MAYNOR (eds.), *Republicanism and Political Theory*, cit., pp. 159-189, p. 164. È bene tenere presente, inoltre, che la prospettiva di Bellamy *rifiuta* il costituzionalismo giuridico, inteso come interpretazione del valore della costituzione come elemento "superordinario", che sottrae determinati contenuti alla deliberazione politica, promuovendo l'idea di un *costituzionalismo politico* (R. BELLAMY, "Constitutive Citizenship versus Constitutional Rights: Republican Reflections on the EU Charter

Tuttavia, come si vedrà, questo filone del neo-repubblicanesimo “dimentica” l’ideale della non-dominazione, privilegiando l’attenzione per le procedure. Nonostante ciò, quella di Sunstein e Michelman pare la riflessione sottesa alle concezioni neo-repubblicane della libertà d’espressione, che inevitabilmente spiegano i propri effetti anche in tema di *hate speech*.

3) Tanto nelle riflessioni di Habermas quanto in quelle di Sunstein e Michelman, dunque, si evidenzierà la mancanza di un’attenzione *deontologica* all’ideale della non-dominazione: in sostanza, mentre in Habermas è totalmente assente un’attenzione all’idea di libertà in questo senso, in Sunstein e Michelman non è tale ideale a costituire il fondamento del sistema dei diritti, che vengono reinterpretati tutti in chiave politica, pubblica e partecipativa.

Pertanto, ciò che si tenterà di fare in seguito (cfr. *infra*, § 2.8.3) è proprio tentare di avanzare una lettura del sistema dei diritti in chiave neo-repubblicana *a partire dall’ideale della non-dominazione*. Raccogliendo la sfida di Habermas, nonché reinterpretandola appunto a partire dall’ideale della non-dominazione, si tenterà di mostrare la necessità di un approccio capace di guardare a tale ideale sia dal punto di vista *deontologico* (nella misura del necessario rispetto di talune costrizioni fondamentali, ovvero il contenuto essenziale dei diritti) sia *teleologico* (a partire dalla possibilità che tali diritti non vengano interpretati come *trumps*, à la Dworkin, bensì in maniera più “flessibile”, sostenendo che il loro contenuto nei casi concreti può essere ridefinito anche a partire da esigenze sociali di scopo).

Siffatta riflessione, in seguito, permetterà di criticare le prevalenti concezioni neo-repubblicane della libertà d’espressione (e di conseguenza dell’*hate speech*; cfr. *infra*, §§ 3.3.2; 3.3.3), giungendo a proporre, attraverso la teoria della performatività (cfr. *infra*, CAP. 4?) una *diversa* concezione neo-repubblicana dell’*hate speech* (cfr. *infra*, § 5.3), registrandone l’assenza nel dibattito teorico, ciò che costituirà la proposta innovativa che si intende adottare in questa sede.

2.8.1 – Jürgen Habermas: la co-originarietà tra diritti umani e sovranità popolare

Il linguaggio della non-dominazione, come si è accennato, non è utilizzato unanimemente da tutti i filosofi e teorici che sono stati associati al *revival* neo-repubblicano. È infatti possibile, come si tenterà di mostrare nelle pagine che seguono, mostrare “due facce” della stessa medaglia che dipingono due modalità distinte di pensare alle potenzialità del *background* neo-repubblicano. Esse si inseriscono nel solco di un’analisi condotta da Habermas, che fornisce ancora oggi le linee guida per interpretare le tensioni tra il pensiero liberale e repubblicano.

La tensione fondamentale che caratterizza quella che Habermas ha definito «[l]’auto-comprensione normativa degli Stati democratici di diritto» nella contemporaneità è quella tra le idee di *diritti umani* e *sovranità popolare*, che egli identifica come la base della tensione

and the Human Rights Act”, cit., pp. 16, 22). Data la vastità del tema e la non totale corrispondenza dello stesso con l’oggetto di questo lavoro, esso non sarà trattato nel dettaglio. Cfr., sul punto, E. DALY, “Freedom as Non-Domination in the Jurisprudence of Constitutional Rights”, in *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 28, 2, 2015, pp. 289-316.

stessa tra fattualità e validità del diritto – tra la positività e la legittimità dello stesso⁴⁴⁹. Questa tensione permette di distinguere, secondo Habermas, il pensiero liberale dal pensiero repubblicano. Il liberalismo concepisce infatti i diritti umani come «espressione dell'autodeterminazione morale», mentre il repubblicanesimo civico guarderebbe alla sovranità popolare «come espressione dell'autorealizzazione etica»⁴⁵⁰. Come si mostrerà, vi è, nella lettura di Habermas, una contrapposizione tra autonomia, morale e libertà negativa, da un lato, e autonormazione, etica e libertà positiva, dall'altro⁴⁵¹. A partire da ciò, liberalismo e repubblicanesimo sarebbero in «rapporto di concorrenza più che di reciproca integrazione»⁴⁵². Utilizzando i due termini della contrapposizione, si può dire, con Habermas, che il liberalismo subordina la sovranità ai diritti, mentre il repubblicanesimo compirebbe proprio l'operazione contraria⁴⁵³.

Nella concezione liberale dell'autonomia morale, i diritti umani, che permettono di scongiurare il pericolo della tirannia della maggioranza, tutelano le libertà politiche individuali, così di fatto limitando la sovranità: i diritti umani, cioè, sono preesistenti alla sovranità – si pensi all'associazione tra essi e lo stato di natura – facendo prevalere il «momento morale-cognitivo»⁴⁵⁴. Esso, si potrebbe dire, rappresenta un elemento *deontologico*.

Il paradigma liberale assegna al processo democratico il ruolo di regolare il governo in funzione degli interessi della società, intendendosi quest'ultima come la rete di relazioni tra individui con una struttura di mercato. La politica, in quest'ambito, svolge la funzione di raggruppare gli interessi privati precostituiti⁴⁵⁵. Il processo politico della formazione della volontà, infatti, è possibile grazie all'interazione strategica tra individui che hanno l'obiettivo di mantenere (o di acquisire) posizioni di potere. Tramite la mera aggregazione delle preferenze, a partire da una visione che assimila la politica al mercato, si giunge, con la regola della maggioranza, ad ottenere la decisione finale⁴⁵⁶.

Per ciò che riguarda lo status del singolo cittadino, nell'alveo della concezione liberale esso si determina a partire da *diritti negativi*, che permettono agli individui di opporsi allo Stato

⁴⁴⁹ J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, cit., ed. digitale p. 178. Cfr. anche ID., “Derechos humanos y soberanía popular: las concepciones liberal y republicana”, in *Derechos y Libertades*, 3, trad. di J. González Amuchastegui, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid – Boletín Oficial del Estado, maggio-dicembre, 1994, pp. 215-230, p. 215.

⁴⁵⁰ Cfr. J. HABERMAS, “Derechos humanos y soberanía popular: las concepciones liberal y republicana”, cit.: «Brevemente, son *cuestiones éticas* aquellas que aparecen cuando estamos afectados por asuntos concernientes a mi o a nuestro plan de vida, por asuntos relativos a la vida buena, mientras que las *cuestiones morales* aparecen cuando intentamos resolver conflictos interpersonales de acuerdo con los intereses de todas las personas implicadas y afectadas» (p. 217).

⁴⁵¹ Ivi, p. 222.

⁴⁵² J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, cit., ed. digitale pp. 184-185.

⁴⁵³ J. HABERMAS, “Derechos humanos y soberanía popular: las concepciones liberal y republicana”, cit., p. 216.

⁴⁵⁴ J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, cit., ed. digitale p. 185. Cfr., sul punto, L. BACCELLI, *Il particolarismo dei diritti. Poteri degli individui e paradossi dell'universalismo*, Carocci, Roma, 1999, pp. 163-164.

⁴⁵⁵ J. HABERMAS, “Derechos humanos y soberanía popular: las concepciones liberal y republicana”, cit., pp. 222-223.

⁴⁵⁶ Ivi, pp. 224-225.

e agli altri individui. I diritti negativi permettono di perseguire i propri interessi privati, entro i limiti fissati dal diritto: essi li proteggono contro l'intervento statale e degli altri individui. In questa concezione, diritti civili e politici hanno il medesimo significato: quello di fornire all'individuo uno spazio di protezione esente da costrizioni e impedimenti esterni⁴⁵⁷.

È evidente, in seguito all'analisi effettuata nel corso del capitolo, che in questa concezione i *diritti negativi* sono modellati sulla base di una *libertà negativa*: di non essere costretti a fare ciò che si potrebbe non fare (libertà *da*) e di non essere impediti nel fare ciò che si potrebbe fare (libertà *di*, à la Bobbio). Si ricorda che entrambe le dimensioni ricadono, appunto, in quella più ampia indicata come libertà *negativa*. Inoltre, se prevale il momento morale, prevale la dimensione dell'*autonomia*: la garanzia della libertà come libertà negativa, infatti, non può che essere volta proprio alla garanzia dell'autonomia morale individuale.

Per quanto riguarda l'analisi di Habermas del repubblicanesimo, essa si fonda sull'idea dell'autoorganizzazione civica come un'ideale in sé, non di tipo strumentale: i diritti umani, in questo senso, sarebbero solo elementi di una tradizione storica contestuale. Prevale, qui, la volontà etico-politica (elemento etico-volontaristico) – si potrebbe dire, in senso *teleologico* – volta alla realizzazione di un bene comune⁴⁵⁸. Nella tradizione repubblicana, secondo Habermas, la sovranità popolare sarebbe prioritaria rispetto ai diritti umani⁴⁵⁹.

Per ciò che concerne il processo democratico, la politica sarebbe concepita dai repubblicani come qualcosa di diverso da un sistema di mera mediazione: essa sarebbe, piuttosto, un elemento essenziale dei processi costitutivi della società nel suo insieme. La politica, dunque, rappresenterebbe il momento etico della società, in cui i membri della comunità riconoscono la loro interdipendenza: la solidarietà e il bene comune, infatti, verrebbero a costituire una fonte di integrazione sociale⁴⁶⁰. Dunque, la politica non ha una struttura di mercato, bensì quella della comunicazione pubblica orientata alla reciproca comprensione: una concezione dialogica fondata sui valori piuttosto che sulle preferenze.

Lo status di cittadino, invece, rifiuta la sua equiparazione al modello delle libertà negative delle persone private. Al contrario, il repubblicanesimo costituirebbe un modo di assegnare priorità ai *diritti positivi*, primo fra tutti quello alla partecipazione politica. Essi, infatti, non costituiscono una garanzia di libertà dalle pressioni esterne, bensì di partecipare alle pratiche comuni volte alla realizzazione di un comune progetto di vita. La funzione dello Stato non è quella di garantire la protezione dei diritti privati, bensì quella di agevolare la formazione della

⁴⁵⁷ Ivi, pp. 223-224.

⁴⁵⁸ J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, cit., ed. digitale p. 185. Cfr., in questo senso, L. BACCELLI, *Il particolarismo dei diritti. Poteri degli individui e paradossi dell'universalismo*, cit., pp. 163-164.

⁴⁵⁹ J. HABERMAS, "Derechos humanos y soberanía popular: las concepciones liberal y republicana", cit., p. 221.

⁴⁶⁰ Ivi, pp. 222-223.

volontà, processo attraverso il quale i cittadini raggiungono un accordo riguardante i fini comuni nell'interesse di tutti⁴⁶¹. Si potrebbe dire, cioè, che i diritti positivi garantiscono l'*auto-determinazione*. Inoltre, i diritti soggettivi dovrebbero la loro esistenza ad «un ordine giuridico oggettivo»⁴⁶² che garantisce la vita autonoma in comune, fondata sul mutuo rispetto.

Nel solco di questa contrapposizione, Habermas avanza la sua proposta di integrazione e conciliazione tra i diritti umani e la sovranità, con il preciso scopo di rifondare entrambe le categorie su una concezione discorsiva ideale⁴⁶³ basata sull'azione comunicativa (sul punto, cfr. in particolare *infra*, § 4.2.3). Lo scopo di Habermas è infatti quello di collegare «le libertà soggettive dei privati all'autonomia pubblica dei cittadini»⁴⁶⁴.

Ripercorrendo la “storia” dei diritti soggettivi, Habermas sostiene che nel secondo Novecento si recupera

«quel senso intersoggettivo dei diritti soggettivi che in certe loro letture individualistiche va perso. Dopo tutto, i diritti soggettivi poggiano sul riconoscimento reciproco di soggetti giuridici tra loro cooperanti. Anzi, di per sé, i diritti soggettivi non implicano neppure [l']isolamento, antagonistico e atomistico, dei soggetti [...]. Nel riconoscersi mutuamente diritti eguali, i cittadini sono sempre le stesse persone (seppure in un ruolo diverso) che si fronteggiano come avversari quando da privati ne fanno un uso strategico. [...] Sul piano teorico, i diritti non devono essere riferiti a individui atomisticamente alienati, egoisticamente irrigiditi l'uno contro l'altro. Come elementi dell'ordinamento giuridico, essi presuppongono la collaborazione di soggetti che si riconoscono – nei loro diritti e doveri – come consociati liberi ed eguali. Questa reciprocità di riconoscimento è fondamentale, per un ordinamento da cui discendono diritti soggettivi azionabili. In questo senso, i diritti “soggettivi” sono cooriginari al diritto “oggettivo”»⁴⁶⁵.

In questo senso, i diritti soggettivi, *co-originari* al diritto oggettivo, rifiuterebbero l'immagine dell'individuo isolato e atomistico propria del liberalismo classico, fondandosi su una pratica di riconoscimento intersoggettivo. In questo passaggio risulta evidente la critica di Habermas alla *libertà negativa come non-interferenza* (assenza di impedimento fattuale, dice Habermas, dunque assenza di costrizione nel fare ciò che si potrebbe non fare o impedimento nel fare ciò che si potrebbe fare). La libertà come non-interferenza, infatti, postula individui isolati e atomizzati che si scontrano nel tentativo di proteggere il proprio spazio individuale. Al contrario, l'ideale di libertà che dev'essere sotteso alle pratiche intersoggettive di riconoscimento mutuo non può essere quello della non-interferenza.

Inoltre, i diritti umani del liberalismo, fondati sull'autonomia morale individuale, «acquistano forma positiva solo attraverso l'autonomia politica dei cittadini. Il principio giuridico

⁴⁶¹ Ivi, pp. 223-224.

⁴⁶² Ivi, p. 224. Cfr., sul punto, L. BACCELLI, *Il particolarismo dei diritti. Poteri degli individui e paradossi dell'universalismo*, cit., p. 127.

⁴⁶³ Cfr. R. BELLAMY, “Rights, Republicanism and Democracy”, cit., p. 264; ID., “Rights as Democracy”, cit., p. 461, ove l'autore compara l'impostazione idealistica di Habermas a quella di Rawls.

⁴⁶⁴ J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, ed. digitale p. 163.

⁴⁶⁵ Ivi, ed. digitale p. 169. Cfr., sul punto, L. BACCELLI, *Il particolarismo dei diritti. Poteri degli individui e paradossi dell'universalismo*, cit., p. 127.

sembra fungere da mediatore tra principio morale e principio democratico»⁴⁶⁶. Ciò si comprende, nell'impostazione di Habermas, a partire proprio dalla teoria del discorso, dalla concezione degli individui come immersi in relazioni discorsive:

«[I]l richiesto nesso interno tra sovranità popolare e diritti umani consisterà nel fatto che il “sistema dei diritti” definisce precisamente le condizioni per cui le comunicazioni necessarie a produrre diritto legittimo possono essere – a loro volta – giuridicamente istituzionalizzate. [...] Per dimostrare la cooriginarietà di autonomia privata e autonomia pubblica, basterà decifrare in termini di teoria discorsiva la figura concettuale dell'auto-legislazione. In questa figura, infatti, i destinatari dei diritti fanno tutt'uno con i loro autori»⁴⁶⁷.

Grazie a questa lettura, dunque, Habermas sostiene che gli individui *titolari* dei diritti umani ne sono anche gli *autori*: i diritti umani, così, giungono a costituire le condizioni delle relazioni discorsive volte a produrre diritto (e gli stessi diritti) e alla sua istituzionalizzazione. Il sistema dei diritti conferisce «peso eguale all'autonomia privata e all'autonomia pubblica dei cittadini. Questo sistema deve contenere precisamente i diritti fondamentali che i cittadini non possono fare a meno di riconoscersi, ove vogliano legittimamente regolare la loro convivenza con strumenti di diritto positivo»⁴⁶⁸.

Il *trait d'union* tra diritti umani e sovranità popolare, in Habermas, è dunque la *libertà comunicativa*. Essa indica quel tipo di relazione tra attori che, «in atteggiamento *performativo*, vogliano reciprocamente mettersi d'accordo circa qualcosa, ognuno di essi aspettando che l'altro prenda posizione sulle pretese di validità da lui avanzate. Questa dipendenza della libertà comunicativa da un rapporto intersoggettivo spiega perché tale libertà sia sempre collegata a obbligazioni illocutive»⁴⁶⁹. In realtà, come si vedrà in seguito (cfr. *infra*, § 4.2.3), Habermas semplifica la relazione comunicativa “appiattendola” sulle relazioni illocutorie tra soggetti interdipendenti (mentre, come si vedrà, è possibile che tale relazione sia “inquinata” da atteggiamenti perlocutori). La situazione descritta da Habermas è infatti una situazione linguistica *ideale*, che esclude la distorsione della comunicazione⁴⁷⁰.

Per il momento, tuttavia, basti pensare che la teoria della relazione comunicativa e discorsiva, in Habermas, permette di definire i diritti come il prodotto di suddetta relazione tra soggetti che si riconoscono reciprocamente quei requisiti propri della partecipazione al discorso pubblico e che, al contempo, finiscono per costituirne anche l'esito⁴⁷¹. I diritti fondamentali, in Habermas, «esprimono sul piano giuridico i presupposti inevitabili – e dunque universali – di ogni processo aperto di comunicazione pubblica e sono questi diritti a costituire la matrice della cultura politica dei paesi democratici»⁴⁷².

⁴⁶⁶ J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, cit., ed. digitale p. 177.

⁴⁶⁷ Ivi, ed. digitale pp. 190-191.

⁴⁶⁸ Ivi, ed. digitale p. 212.

⁴⁶⁹ Ivi, ed. digitale p. 213 (corsivi nostri). Per le definizioni di *performativo* e *illocutorio*, nonché per una riflessione sul loro ruolo nella teoria del discorso di Habermas, cfr. *infra*, CAP. 4?

⁴⁷⁰ L. BACCELLI, *Il particolarismo dei diritti. Poteri degli individui e paradossi dell'universalismo*, cit., p. 127.

⁴⁷¹ *Ibidem*.

⁴⁷² Ivi, p. 90.

Una siffatta definizione permette a Habermas di distinguere il suo approccio da quello della *libertà negativa* del modello dell'interazione strategica:

«Quando interagiscono nella prospettiva della “libertà comunicativa” gli attori sono sempre motivati a partire dalle stesse ragioni. Per contro, all'attore che agisce nella prospettiva della “libertà soggettiva” non conta nulla che le ragioni per lui decisive siano accettate anche dagli altri. Nel caso della condotta razionale rispetto-allo-scopo bastano ragioni relative all'agente. Perciò l'autonomia privata del soggetto giuridico è sostanzialmente interpretabile come la *libertà negativa* di chi abbandona lo spazio pubblico delle obbligazioni illocutive, per ritirarsi su una posizione di vicendevole osservazione e di reciproco condizionamento»⁴⁷³.

È chiara, dunque, la differenza tra l'approccio della *libertà negativa* e quello delle *libertà comunicative*. La nozione di libertà in Habermas, che permette di definire la co-originarietà tra diritti umani e sovranità popolare, non può che rifiutare quella della libertà come non-interferenza, richiedendo un'intersoggettività comunicativa tra soggetti cooperanti. Se si accettano queste premesse, «allora diventa comprensibile non solo l'implicazione che lega la sovranità popolare ai diritti umani, ma anche la cooriginarietà di autonomia politica e autonomia privata. Né la sfera dell'autonomia politica dei cittadini viene preventivamente ristretta da diritti naturali o morali che aspettino solo d'essere messi in vigore, né l'autonomia privata del singolo individuo diventa strumentalizzabile agli obbiettivi della sovranità popolare»⁴⁷⁴. I diritti, infatti, «non possono mai restringere la sovranità del legislatore (sebbene, per altro verso, essi non stiano a sua disposizione)»⁴⁷⁵. In Habermas, dunque, si risolve la contrapposizione tra diritti umani e sovranità popolare proprio attraverso l'azione comunicativa.

Nell'analisi di Habermas, tuttavia, risulta evidente un errore che in precedenza era solamente stato accennato: egli, infatti, identifica il repubblicanesimo con le sue versioni aristoteliche e comunitaristiche⁴⁷⁶ (repubblicanesimo come *civic humanism*; cfr. *supra*, § 2.1): le concezioni (assegnate da Habermas al repubblicanesimo) dei diritti e della politica portano con sé un evidente precipitato comunitaristico – ciò che ha permesso ad alcuni di sostenere che la sua immagine di repubblicanesimo sia «caricaturale»⁴⁷⁷. L'analisi di Habermas associa a questa versione comunitarista del repubblicanesimo il pensiero, tra gli altri, di Sunstein e Michelman, i quali appartengono, invece, alla corrente del *civic republicanism* americano – la versione non aristotelica del repubblicanesimo compatibile con il liberalismo. Come è stato notato, infatti, le concezioni della cittadinanza e del processo politico di questi due autori non corrispondono a quelle che si fondano sull'integrazione etica dell'individuo nella collettività, oltre al fatto che i diritti, in Sunstein e Michelman, non “sariscono” di fronte alla sovranità⁴⁷⁸.

⁴⁷³ J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, cit., ed. digitale p. 214 (corsivi nostri).

⁴⁷⁴ J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, cit., ed. digitale pp. 225-226.

⁴⁷⁵ Ivi, ed. digitale pp. 225-226. Sul punto, cfr. R. BELLAMY, “Rights as Democracy”, cit., p. 461, che indica invece come Habermas condivida, in realtà, la riflessione di Rawls sui limiti “esterni”, costituzionali, al processo politico ordinario, proprio a partire dall'idealizzazione della situazione comunicativa.

⁴⁷⁶ Come si è indicato in precedenza, ciò risultava già evidente nel suo saggio su tre modelli di democrazia, in cui associava il repubblicanesimo al comunitarismo di matrice aristotelica: J. HABERMAS, “Three Normative Models of Democracy”, in *Constellations*, 1, 1, 1994, pp. 1-10.

⁴⁷⁷ L. BACCELLI, *Il particolarismo dei diritti. Poteri degli individui e paradossi dell'universalismo*, cit., p. 164.

⁴⁷⁸ Ivi, pp. 90-91, 127, 164-165,

Nonostante ciò, nel prosieguo si tenterà di dimostrare che, per quanto la lettura di Habermas del repubblicanesimo sia stereotipata e appiattisca quest'ultimo sul comunitarismo aristotelico, si devono riconoscere a Habermas tre meriti.

1) Per primo, quello di aver contribuito a delineare chiaramente il ventaglio di posizioni che fonda la distinzione tra le concezioni della cittadinanza, della politica e dei diritti nel liberalismo e nella versione comunitarista del repubblicanesimo.

2) In secondo luogo, quello di aver messo in evidenza la contrapposizione tra il ruolo dei *diritti negativi* nel liberalismo e dei *diritti positivi* nel repubblicanesimo comunitarista, ciò che permette di associare al primo un'idea di *libertà negativa* e al secondo un'idea di *libertà positiva*. In particolare, come si tenterà di dimostrare nel prosieguo, le visioni di Sunstein e Michelman, per quanto *non* condividano le concezioni della cittadinanza e della politica come espressione della vita etica collettiva, finiscono per ricadere nell'opposizione diritti negativi/positivi e libertà negativa/positiva propria di questa contrapposizione delineata da Habermas. Ciò significa che, se si costruisse l'idea dei diritti a partire dalle proposte di Sunstein e Michelman, si finirebbe per rifarsi ad una concezione della *libertà positiva* come partecipazione (l'ideale del *self-government*). Al contrario, essa verrà indicata come solamente *uno* degli elementi da tenere in considerazione, come una delle due facce della medaglia che compongono l'idea, più radicale, della libertà come non-dominazione. La distinzione tra libertà negativa e libertà positiva – così come quella tra diritti umani e sovranità popolare – può essere superata, infatti, attribuendo alla libertà il senso della libertà comunicativa. Quest'ultima, com'è stato notato, non risulta incompatibile con la libertà repubblicana⁴⁷⁹; tuttavia, è evidente che tale concezione nemmeno corrisponde a quella della libertà come non-dominazione. In questo senso, è possibile *partire* dalle premesse di Habermas indicate sin qui per poi *aggiungere* l'elemento della libertà come non-dominazione come fondamento dei diritti umani.

3) In terzo luogo, e in maniera strettamente collegata al secondo punto, Habermas fonda i diritti umani a partire da una “terza via” tra la concezione liberale e quella repubblicana. Si tratta di una via da imboccare proprio per la riformulazione del concetto dei diritti umani. Tuttavia, come si è anticipato (ciò che verrà approfondito *infra*, § 4.2.3) – questa riformulazione risulta possibile a Habermas proprio sulla base di un'idealizzazione della situazione discorsiva, cioè a partire dai «presupposti quasi-trascendentali della comunicazione linguistica»⁴⁸⁰, i quali, nella prospettiva del presente lavoro, ignorano le distorsioni che comunemente possono prodursi in tutte le forme discorsive. Se, al contrario, partendo dalle sollecitazioni di Habermas, si fonderanno i diritti a partire dall'ideale della non-dominazione – il quale, come si è visto in precedenza (cfr. *supra*, § 2.5), è capace di teorizzare anche le situazioni di *dominazione discorsiva* e, dunque, di assenza di libertà a causa dell'utilizzo strategico del discorso da parte di terzi –, sarà possibile procedere nel solco dello stesso Habermas tenendo però presente un ideale di libertà più esigente e più consono all'analisi delle situazioni di dominazione che si verificano nel caso dell'*hate speech*.

⁴⁷⁹ Ivi, p. 164, che evidenzia che la concezione della libertà in Habermas, che unisce la libertà negativa e positiva, è compatibile soprattutto con quella di Machiavelli.

⁴⁸⁰ Ivi, p. 91.

La lettura di Habermas può essere utilizzata, in questa sede, come angolazione prospettica che dichiara il rifiuto, al contempo, della *priorità deontologica dei diritti* e della *priorità teleologica del bene comune*. È in questo senso che l'ideale della non-dominazione, che presenta elementi tanto deontologici quanto teleologici (cfr. *supra*, § 2.4), potrà fungere da linea guida nella teorizzazione di un sistema di diritti fondato deontologicamente sulla non-dominazione bilanciabile con gli scopi sociali derivanti dall'approccio teleologico allo stesso ideale della non-dominazione (cfr. *infra*, § 2.8.4).

2.8.2 – Cass Sunstein e Frank Michelman: il modello democratico-repubblicano

In seno al neo-repubblicanesimo, oltre ad una tendenza ad associare la libertà all'ideale della non-dominazione, è possibile individuare una parallela tendenza fondativa nella *libertà positiva*, che fa da sfondo ad una particolare concezione dei *diritti positivi*, cioè quella fondata sul *self-government*⁴⁸¹. Si tratta, ovviamente, di un significato di *diritti positivi* diverso da quello che potrebbe essere elaborato nel paradigma liberale. Da un lato, infatti, si intende la dimensione positiva dei diritti, compatibile con una *libertà negativa di*, come quella richiedente necessariamente l'intervento statale per la garanzia della possibilità del fare. In questo senso, si può attribuire la figura dei diritti positivi all'intervento statale in un significato coerente con la prospettiva liberale-egalitaria. Dall'altro, invece, la dimensione positiva dei diritti prospettata da autori quali Cass Sunstein e Frank Michelman è quella non tanto dell'azione, bensì del *volere* (à la Bobbio), nella misura in cui i diritti positivi sono quelli alla *partecipazione*. È in questo senso, quindi, che questi autori possono essere letti come autori di un'interpretazione del repubblicanesimo che favorisce la *libertà positiva*.

Come si è visto nella riflessione di Habermas, essa può andare di pari passo con una concezione etica della politica e della cittadinanza, dando forma ad interpretazioni comunitaristiche e aristoteliche del neo-repubblicanesimo. Tuttavia, pur rifiutando la concezione etica – e quindi rifiutando il comunitarismo⁴⁸² –, è ugualmente possibile sostenere che l'ideale della *libertà positiva* – diverso, è bene sottolinearlo, da quello della libertà come non-dominazione – soggiace alle riflessioni del repubblicanesimo maggiormente impegnate sul campo del diritto costituzionale⁴⁸³, ovvero quelle di Sunstein e Michelman⁴⁸⁴.

⁴⁸¹ Cfr. I. HONOHAN, *Civic Republicanism*, cit., p. 180, il quale distingue *tre* diverse concezioni della libertà: «non-interference, non-domination and mutual participation in self-government»; inoltre, egli definisce l'ultima come «republican political autonomy», sottolineandone dunque la differenza con la non-dominazione. Concorde sull'attribuzione di un'attenzione, in Sunstein e Michelman, alla libertà positiva, M.N.S. SELLERS, *The Sacred Fire of Liberty. Republicanism, Liberalism and the Law*, cit., p. 118.

⁴⁸² L. BACCELLI, *Il particolarismo dei diritti. Poteri degli individui e paradossi dell'universalismo*, cit., p. 163, sottolinea che la concezione repubblicana di Sunstein e Michelman è fortemente anti-comunitaristica.

⁴⁸³ R. DAHL, «The republican tradition», in ID., *Democracy and its Critics*, Yale University Press, New Haven, 1989, pp. 24-37.

⁴⁸⁴ Cfr. M. GEUNA, «Alla ricerca della libertà repubblicana», cit., p. XI.

Il repubblicanesimo civico di questi autori, negli Stati Uniti, è stato utilizzato come strumento interpretativo della costituzione come sistema fondato al contempo sul *self-government* e sulla deliberazione sul bene comune e sui diritti⁴⁸⁵, rifiutando l'interpretazione della costituzione come mero strumento di limitazione del potere⁴⁸⁶. In questo senso, per esempio, Sunstein ha sostenuto una visione della politica non solamente come sistema di aggregazione di interessi privati, bensì come sistema deliberativo⁴⁸⁷.

Si tratterebbe, cioè, di un «repubblicanesimo liberale» che intende opporsi al liberalismo-conservatore⁴⁸⁸. Eppure, si tratta di un repubblicanesimo particolare, che si potrebbe definire *istituzionale*, o modello *democratico-repubblicano* (cfr. *infra*, § 3.3.2): partendo, appunto, dagli studi di diritto costituzionale e da una concezione fortemente democratica, esso in qualche modo si allontana dalla concezione neo-repubblicana di Skinner e Pettit (che, come si è visto, davano fondamento all'interpretazione della libertà come non-dominazione). Vi è, infatti, chi ha riconosciuto nel linguaggio neo-repubblicano un «doppio binario: il repubblicanesimo consiste da un lato in un linguaggio politico (-giuridico) e dall'altro in un modello ed un progetto istituzionale, senza che sia possibile far coincidere gli autori ed i temi che si muovono sull'uno e sull'altro binario»⁴⁸⁹. Così, alcuni neo-repubblicani (come Skinner e Pettit) si caratterizzano per una precisa filosofia morale e politica, mentre altri (come Sunstein e Michelman) per una teoria particolare della forma di governo⁴⁹⁰.

In sostanza, si può affermare che Sunstein e Michelman appartengono al neo-repubblicanesimo inteso in senso *istituzionale* (modello *democratico-repubblicano*), interpretando il repubblicanesimo a partire dal principio democratico del *self-government*. Al contrario, Skinner e Pettit, con la loro idea di libertà come non-dominazione, si collocano maggiormente sul versante della filosofia morale e politica. Ciò non significa che il progetto istituzionale del neo-repubblicanesimo non sia compatibile con l'ideale morale e politico della libertà come non-dominazione⁴⁹¹: esso, al contrario, risulta interessante per alcuni suoi aspetti, che saranno messi in evidenza nel prosieguo. Tuttavia, un progetto politico-istituzionale neo-repubblicano non

⁴⁸⁵ I. HONOHAN, *Civic Republicanism*, cit., p. 8; L. BACCELLI, *Critica del repubblicanesimo*, cit., pp. 9-10.

⁴⁸⁶ R. RUIZ RUIZ, “Pasado y presente del republicanismo cívico”, cit., pp. 212-213.

⁴⁸⁷ M.N.S. SELLERS, *The Sacred Fire of Liberty. Republicanism, Liberalism and the Law*, cit., p. 117.

⁴⁸⁸ R. GARGARELLA, “El republicanismo”, cit., p. 162.

⁴⁸⁹ L. BACCELLI, “Repubblicanesimo, Neorepubblicanesimo”, cit., p. 15. Cfr., inoltre, S. BESSON, J.L. MARTÍ, “Legal Republicanism: Mapping the Issues”, cit.: «Republicans disagree about what constitutes the primary or core value(s) in contemporary republicanism. [...] [S]ome of them emphasize freedom or liberty, while others stress the role of civic virtues and active citizenry as a distinctive feature of that tradition, [...] others ground the doctrine in the idea of a community and the common good, or more specifically in a deliberative defense of democracy» (p. 8). Cfr. anche Á. RIVERO, “Republicanism y neo-republicanismo”, in *Isegoria*, 33, 2005, pp. 5-17, p. 15.

⁴⁹⁰ M. GEUNA, “La tradizione repubblicana e i suoi interpreti: famiglie teoriche e discontinuità concettuali”, cit., p. 112, effettua la distinzione tra le due diverse interpretazioni, pur senza attribuirle agli autori sopracitati.

⁴⁹¹ Non è da dimenticare che l'opera di Pettit, che costituisce il fondamento della riflessione in questa sede, si intitola *Republicanism: A Theory of Freedom and the Government*: essa, infatti, può essere suddivisa in due parti, ovvero la teoria della libertà e quella del governo. Tuttavia, ciò che manca a Sunstein e Michelman è una teoria della libertà, che invece è presente in Pettit nella forma, ormai più volte citata, della libertà dalla dominazione. Per comprendere quanto la doppia teoria di Pettit sia compatibile con il progetto repubblicano-istituzionale di Sunstein e Michelman, si veda PH. PETTIT, *On the People's Terms. A Republican Theory and Model of Democracy*, cit., 2012.

fondato sull'ideale della non-dominazione (e fondato, anzi, come si cercherà di mettere in luce, sulla libertà positiva) può dare luogo a risposte anche molto diverse rispetto a quello prospettato da Skinner e Pettit. Certamente, la dimensione della *libertà positiva* non deve in alcun modo essere sottovalutata entro l'ideale della non-dominazione⁴⁹²; eppure, esso non può *ridursi* alla dimensione positiva della libertà, costituendo un ideale che va *oltre* la mera contrapposizione tra libertà negativa e libertà positiva.

In particolare, è su questo terreno che si giocano le distinte possibilità di interpretazione del ruolo dei diritti entro il paradigma neo-repubblicano. Come si vedrà in seguito (cfr. *infra*, § 3.3), le interpretazioni neo-repubblicane della libertà d'espressione si sono nutrite maggiormente della componente della *libertà positiva* come *self-government*, oltre che, in parte, della *libertà negativa* di, piuttosto che dell'ideale della non-dominazione. Sarà lo scopo di questo lavoro, invece, sottolineare il potenziale della non-dominazione come principio da applicare alla libertà d'espressione prima, e al caso dell'*hate speech* poi, per ottenere una risposta politica fondata su una particolare interpretazione del sistema dei diritti umani (cfr. *infra*, § 5.3).

Per il momento, ci si propone l'obiettivo di mostrare l'appiattimento della libertà politica sull'ideale del *self-government* nella proposta di Sunstein e di Michelman⁴⁹³.

Per comprendere il repubblicanesimo di Sunstein, il quale «incorporates central features of the liberal tradition», ma rigettando il relativismo etico e lo scetticismo⁴⁹⁴, è necessario situarsi nel contesto di riferimento: quello del dibattito tra federalisti e antifederalisti sulla Costituzione degli Stati Uniti⁴⁹⁵. Agli antifederalisti Sunstein ascrive la causa del repubblicanesimo che si potrebbe interpretare in senso maggiormente aristotelico; al contrario, ai federalisti, egli ascrive quella del repubblicanesimo liberale al quale intende rifarsi⁴⁹⁶: in questo senso, la sua proposta è dichiaratamente coerente con quella di Michelman⁴⁹⁷.

⁴⁹² Lo sottolinea, in particolare, M. ROSATI, “La libertà repubblicana”, cit., p. 134. Tuttavia, è bene sottolineare gli “errori” nella riflessione di Rosati: innanzitutto, l'assimilazione automatica della libertà dalla dominazione con la libertà negativa – mentre, come si è visto in precedenza, essa costituisce una “terza via” tra la libertà negativa e la libertà positiva –; inoltre, la totale equiparazione della libertà *di* con la libertà positiva. Cfr. L. BACCELLI, *Critica del repubblicanesimo*, cit., p. 101, che sostiene che l'associazione della non-dominazione unicamente con una dimensione negativa della libertà «[lascia] qualcosa di inespresso: c'è un elemento attivistico, ‘positivo’ nella politica repubblicana, difficilmente cancellabile».

⁴⁹³ Cfr., per esempio, F. LOVETT, “The republican critique”, cit., p. 386, il quale sostiene quanto segue: «This connection between political liberty on the one side, and self-government on the other, was so strongly held that classical republican writers often treated the two ideas interchangeably».

⁴⁹⁴ C.R. SUNSTEIN, “Beyond the Republican Revival”, cit., pp. 1551-1554, rispondendo a coloro che avevano sostenuto l'incompatibilità tra il repubblicanesimo e il liberalismo (fra tutti, M.J. HOROWITZ, “Republicanism and Liberalism in American Constitutional Thought”, in *William & Mary Law Review*, 29, 1987, pp. 57-74).

⁴⁹⁵ L. BACCELLI, *Critica del repubblicanesimo*, cit., p. 12.

⁴⁹⁶ C.R. SUNSTEIN, “The Enduring Legacy of Republicanism”, in S.L. ELKIN, K.E. SOLTAN, *A New Constitutionalism. Designing Political Institutions for a Good Society*, The University of Chicago Press, Chicago-London, 1993, pp. 174-206, pp. 179-187.

⁴⁹⁷ Cfr. F. MICHELMAN, “Law's Republic”, in *The Yale Law Journal*, 97, 8, 1988, pp. 1493-1537, p. 1495.

In questo dibattito, Sunstein sostiene che le idee repubblicane giochino un ruolo fondamentale, permettendo di interpretare il sistema costituzionale nel senso del disegno di una *democrazia deliberativa*⁴⁹⁸. Secondo Sunstein, infatti, il repubblicanesimo si caratterizzerebbe per l'adozione di quattro principi fondamentali⁴⁹⁹: 1) la *deliberazione* in politica, strettamente collegata alla nozione di *virtù civica*, che permette al processo deliberativo di evitare di interpretare gli interessi privati come prepolitici ed esogeni⁵⁰⁰; 2) l'*eguaglianza politica*, fondata sulla necessità di eliminare le disparità nella partecipazione politica o l'influenza tra individui e/o gruppi sociali; 3) l'*universalismo*, ovvero l'adozione di una nozione di *bene comune*, individuabile attraverso la ragion pratica; 4) la *cittadinanza*, che permette di interpretare i diritti come *diritti di partecipazione politica*.

Il principio deliberativo, in questa impostazione, si basa sull'assunto per cui, entro l'approccio repubblicano, la deliberazione deve essere sempre supportata da argomenti e ragioni: le posizioni politiche, cioè, devono essere discusse nelle sedi apposite e non possono essere oggetto di scambio nel senso della preesistenza delle preferenze (come afferma anche Michelman⁵⁰¹). Inoltre, le ragioni «private-regarding» non costituiscono ragioni sufficienti per la legislazione: è necessario richiamarsi ad un «broader public good»⁵⁰². Ciò permette di rigettare la metafora della politica come una struttura di *mercato*:

«The central idea here is that politics has a deliberative or transformative dimension. Its function is to select values, to implement “preferences about preferences”, or to provide opportunities for preference formation rather than simply to implement existing desires. [...] [F]or those who believe in a deliberative function for politics, the marketplace metaphor will be misguided»⁵⁰³.

La concezione della politica di Sunstein, pertanto, costituisce una visione sostanzialista capace di escludere alcune posizioni dal dibattito pubblico in quanto fondate sull'esclusione di alcuni soggetti e/o gruppi (si pensi, ad esempio, alle posizioni razziste o discriminatorie⁵⁰⁴). Entro questa concezione repubblicana della politica, l'idea della *virtù civica* significa, come ricorda Michelman, disponibilità da parte dei partecipanti al processo politico a subordinare gli interessi privati al bene comune⁵⁰⁵: l'obiettivo del processo politico, attraverso la discussione,

⁴⁹⁸ C.R. SUNSTEIN, *After the Rights Revolution. Reconceiving the Regulatory State*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1990, p. 12.

⁴⁹⁹ C.R. SUNSTEIN, “Beyond the Republican Revival”, cit., p. 1541-1542. Cfr. anche M. GEUNA, “La tradizione repubblicana e i suoi interpreti: famiglie teoriche e discontinuità concettuali”, cit., p. 106.

⁵⁰⁰ Su questo punto, cfr., in particolare, C.R. SUNSTEIN, “The Enduring Legacy of Republicanism”, cit., p. 175.

⁵⁰¹ Cfr. F. MICHELMAN, “The Supreme Court 1985 Term. Foreword: Traces of Self-Government”, in *Harvard Law Review*, 100, 1986, pp. 4-77, p. 27.

⁵⁰² C.R. SUNSTEIN, “Beyond the Republican Revival”, cit., p. 1544.

⁵⁰³ Ivi, p. 1545.

⁵⁰⁴ Ivi, p. 1550.

⁵⁰⁵ «In the ensuing brief sketch of the republican and antifederalist case, the authors highlight two central, organizing ideas: civic virtue and general good. These two ideas are closely related. Republicanism’s “animating principle” is said to be civic virtue. Civic virtue is in turn defined as “the willingness of citizens to subordinate their private interests to the general good”», F. MICHELMAN, “The Supreme Court 1985 Term. Foreword: Traces of Self-Government”, cit., p. 16.

è infatti quello della selezione dei valori collettivi da applicare alla società, ciò che porta a sostenere che le preferenze, lungi dall'essere preesistenti ed esogene, vengono *svilupate attraverso* il processo politico deliberativo, fondato sul dialogo e sulla discussione⁵⁰⁶. Una simile visione, per ammissione esplicita di Sunstein, si fonda su una concezione particolare della natura umana, cioè la *natura discorsiva*: attraverso la discussione, le persone possono sfuggire ai loro interessi privati, poiché essa permette di rivelare alcuni valori come superiori ad altri⁵⁰⁷.

Si tratta di una concezione della politica che Sunstein definisce «*madisoniana*» (fondata, cioè, sulla visione fatta propria da James Madison⁵⁰⁸): un modello di «government by discussion», il quale considera l'esistenza di interessi e opinioni previe al dibattito politico come il possibile frutto di mancanza di informazione riguardante tutte le possibili posizioni e tutti i possibili argomenti. Ma la causa non è da individuarsi solo nella mancanza di informazioni adeguate, bensì anche nella limitatezza delle opportunità e delle opzioni disponibili, così come nell'ingiustizia di talune condizioni di partenza⁵⁰⁹. Le preferenze private, infatti, riflettono le distribuzioni esistenti di potere.

Il sistema deliberativo, dunque, non ha come obiettivo quello di assicurare e proteggere interessi privati e diritti privati. Secondo Michelman, infatti, il *bene comune* coincide con la *protezione dei diritti*⁵¹⁰: ma non solo i diritti privati, bensì il sistema dei diritti in generale.

L'interpretazione di Sunstein è strettamente collegata ad un obiettivo politico: quello della ripresa dell'impostazione sottesa alle politiche del *New Deal*. Egli, infatti, sottolinea come nel tardo Novecento taluni assetti politico-giuridici del *common law* americano fossero erroneamente intesi in senso neutrale e prepolitico⁵¹¹: si tratta, in particolare, di principi sottesi alla politica e al diritto che incorporano l'ideale del *laissez-faire* e dell'assenza dello Stato come garanzia proprio della neutralità (e, quindi, dei diritti). Ciò che Sunstein critica, nel collegare l'ideale della libertà come *laissez-faire* alla concezione della neutralità, è la convinzione per cui l'assenza di regolazione sia essa stessa garanzia di un assetto neutrale, mentre l'intervento statale costituirebbe un'ingiusta intromissione che finirebbe per alterare la giustizia della neutralità. In realtà, secondo Sunstein, la non-regolazione è essa stessa un tipo di regolazione: pertanto, come tale, è informata ad un assetto di valori criticabili: il progetto del *New Deal* era

⁵⁰⁶ C.R. SUNSTEIN, "The Enduring Legacy of Republicanism", cit., p. 175, ID., *Democracy and the Problem of Free Speech*, The Free Press (Macmillan), New York, 1993, p. 19.

⁵⁰⁷ C.R. SUNSTEIN, "The Enduring Legacy of Republicanism", cit., p. 176.

⁵⁰⁸ C.R. SUNSTEIN, *After the Rights Revolution. Reconceiving the Regulatory State*, cit., pp. 14-15.

⁵⁰⁹ C.R. SUNSTEIN, *Democracy and the Problem of Free Speech*, cit., pp. 19-20. Cfr., inoltre, i seguenti esempi addotti da Sunstein: «Consider, for example, [...] an employer's decision not to deal with blacks because of the background of public and private segregation or racial hostility in his community; a decision of a woman to adopt a traditional gender role because of the social stigma of refusing to do so; [...] a decision not to employ blacks at a restaurant because of fear of violence from whites. [...] Indeed, in all of these cases regulation removes a kind of coercion», C.R. SUNSTEIN, *After the Rights Revolution. Reconceiving the Regulatory State*, cit., p. 40.

⁵¹⁰ F. MICHELMAN, "The Supreme Court 1985 Term. Foreword: Traces of Self-Government", cit., pp. 49-50. Lo rileva anche L. BACCELLI, *Il particolarismo dei diritti. Poteri degli individui e paradossi dell'universalismo*, cit., p. 167.

⁵¹¹ C.R. SUNSTEIN, *After the Rights Revolution. Reconceiving the Regulatory State*, cit., pp. 19-20.

infatti proprio quello di mostrare, con le parole di Franklin Delano Roosevelt, che «this man-made world of ours» rifletteva proprio un *set* di scelte consapevoli, non un ordine naturale⁵¹².

In questa reazione alla concezione della libertà pre-*New Deal* è evidente il rifiuto di Sunstein dell'ideale della *libertà come non-interferenza*, che avrebbe garantito agli Stati Uniti di quell'epoca un affidamento esclusivo al potere del mercato.

«An alternative to this perception of the evil of slavery would point not to the need for unfettered markets in all contexts, but instead to a principle of *nonsubordination* that might in some setting find coercion and *dominance* in markets themselves. And if coercion were seen there, regulation would be a necessary corrective»⁵¹³.

In questo passaggio, Sunstein collega le politiche interventiste del *New Deal* con il principio della *non-subordinazione* per contrastare la *dominazione*. Ciò parrebbe paventare la possibilità che l'autore si rifaccia ad un ideale della libertà, appunto, come non-dominazione. In realtà, come si tenterà di mostrare, egli finisce per privilegiare l'idea della *libertà positiva*. Ciò, infatti, dipende dall'enfasi di Sunstein sull'autodeterminazione e sul *self-government*.

La base di partenza del ragionamento di Sunstein è costituita da una concezione non individualista dell'autonomia, in contrapposizione a quella squisitamente liberale. Se si pone l'accento sull'autonomia dei collettivi e delle comunità, la libertà di questi ultimi si concepisce nei termini della loro capacità di decidere collettivamente quali norme darsi. L'autonomia politica è rappresentata dalla *collective self-determination*, che viene a costituire «[a]n important form of freedom» che necessita, d'altra parte, dei diritti come «constraints»⁵¹⁴.

«A belief in individual liberty often underlies antagonism toward government intervention into the marketplace. The understanding here is that if there is no harm to others, government ought to respect and even encourage divergent conceptions of the good life, as they are expressed in private conduct and contractual arrangements. There is no reason to suppose that government knows better than individuals do what is in their interests, and considerable reason to suspect the opposite. [...] Respect for private choice is sometimes described as government neutrality, which is seen as an important guarantor of private liberty»⁵¹⁵.

Nel descrivere questa concezione tradizionale della relazione tra la libertà e l'intervento dello Stato – che rispecchia quella liberale – Sunstein dunque individua il “nemico comune” della concezione post-*New Deal* della libertà. Secondo quest'ultima, l'intervento del governo può prevenire situazioni sgradevoli e può *promuovere* la libertà come autonomia⁵¹⁶. Sunstein sostiene fortemente l'intervento dello Stato per promuovere un'*autonomia come obiettivo*, in questo senso confermando la sua adesione ad un ideale di libertà che oscilla tra una *libertà negativa di*, cioè quella libertà (ancora negativa) di non essere impediti nel fare ciò che si potrebbe fare, e la promozione di una *libertà positiva*, cioè una libertà come partecipazione che

⁵¹² C.R. SUNSTEIN, *Democracy and the Problem of Free Speech*, cit., pp. 29-30.

⁵¹³ C.R. SUNSTEIN, *After the Rights Revolution. Reconceiving the Regulatory State*, cit., p. 18 (corsivi nostri).

⁵¹⁴ Ivi, p. 35.

⁵¹⁵ C.R. SUNSTEIN, *After the Rights Revolution. Reconceiving the Regulatory State*, cit., p. 36.

⁵¹⁶ Ivi, p. 40.

permette all'individuo di scoprire che determinati suoi desideri erano frutto di particolari condizioni materiali, mancanza di informazioni e via dicendo, cioè una piena libertà psicologica di essere autore delle regole cui si conforma la vita collettiva, prendendo scelte consapevoli.

La concezione della libertà di Sunstein, dunque, può essere descritta come una *libertà positiva teleologica* volta alla promozione dell'autonomia come fine. In questo, si comprende la differenza tra la sua concezione della libertà e quella della libertà dalla dominazione. Come lo stesso Sunstein afferma, peraltro:

«Individual freedom, however defined, cannot mean freedom *from all forms of dependency*. No human actor can single-handedly create all of the preconditions for his own action. A free citizen is especially dependent. He may feel “independent” when he goes into a do-it-yourself store and buys a do-it-yourself kit. But his autonomy is an illusion. *Liberal theory should therefore distinguish freedom, which is desirable, from nondependence, which is impossible*. Liberty, rightly conceived, does not require a lack of dependence on government; on the contrary, affirmative government provides the preconditions for liberty»⁵¹⁷.

In questo passaggio, Sunstein dimostra, da un lato, di non accettare gli obiettivi della libertà come non-dominazione e, dall'altro, di non comprenderne il potenziale. L'ideale della libertà dalla dominazione, soprattutto nella sua versione come teoria della giustizia proposta da Lovett (cfr. *supra*, § 2.4), pone l'accento sulla figura della *dipendenza* non come condizione contro la quale l'individuo deve sempre essere garantito, bensì come condizione che, se associata all'arbitrarietà, sfocia appunto nella dominazione, contro la quale la garanzia della libertà deve essere improntata.

Inoltre, nella teoria repubblicana di Sunstein, così come in quella di Michelman, i diritti sono visti al contempo come le *precondizioni* e il *prodotto* del processo deliberativo: l'autonomia privata, invece che essere presupposta, deve essere al contrario giustificata a partire dalla sfera pubblica e i diritti non possono essere visti come preesistenti alla deliberazione⁵¹⁸: essi sono dunque positivi nella misura in cui sono espressione del *self-government*. È in questo senso che si comprende il tentativo, reso chiaro soprattutto dalle riflessioni di Michelman, di compaginare il *self-government* (dunque la libertà *positiva*) con il *governo delle leggi* (una delle caratteristiche della *libertà dei moderni*):

«I take American constitutionalism to rest on two premises regarding political freedom: first, that the American people are politically free inasmuch as they are governed by themselves collectively, and, second, that the American people are politically free inasmuch as they are governed by laws and not men. [...] Each of the two constitutionalist formulas—self-government and a government of laws—seems to express a demand that we are all bound to respect as a primal requirement of political freedom: the first demands the people's determination for themselves of the norms that are to govern their social life, while the second demands the people's protection against abuse by arbitrary power»⁵¹⁹.

⁵¹⁷ S. HOLMES, C.R. SUNSTEIN, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, Norton & Company, New York-London, 1999, p. 204 (corsivi nostri). Inoltre, a p. 205: «What advances individual liberty is not nondependence on law and government, but a certain style of dependency, one that encourages personal initiative, social cooperation, and self-improvement».

⁵¹⁸ C.R. SUNSTEIN, “Beyond the Republican Revival”, cit., p. 1551. Cfr. anche ID., “Rights and Their Critics”, in *Notre Dame Law Review*, 70, 1995, pp. 727-768 p. 739. Cfr., inoltre, L. BACCELLI, *Il particolarismo dei diritti. Poteri degli individui e paradossi dell'universalismo*, cit., p. 167.

⁵¹⁹ F. MICHELMAN, “Law's Republic”, cit., pp. 1499-1501. Cfr., inoltre, *ivi*, p. 1505.

Il processo che permette di collegare l'elemento del *self-government* con quello del governo delle leggi è definito da Michelman «jurisgenerative»⁵²⁰. Questo processo permette di comprendere più a fondo perché si sia definito *istituzionale* (o *democratico-repubblicano*) questo modo di concepire il repubblicanesimo. Mentre, infatti, l'impiego del termine neo-repubblicanesimo nel senso della libertà dalla dominazione, come si è accennato, costituisce un tentativo di sviluppare una filosofia morale e politica capace di andare oltre la distinzione tra la libertà negativa e la libertà positiva, il repubblicanesimo di Sunstein e Michelman tenta di compaginare le due anime della libertà attraverso un processo di costruzione di una coerenza tra la libertà positiva e la libertà dei moderni. Michelman, per esempio, chiarisce questo passaggio, nel trattare della differenza tra la libertà negativa e la libertà positiva (come forme di *libertà personale*)⁵²¹, attribuendo la prima al pensiero *libertarian* e la seconda allo «strong republicanism», cioè il repubblicanesimo comunitario⁵²². Il suo obiettivo, invece, è quello di delineare una «republican conception of politics», dunque preoccupandosi della *libertà politica*, dichiarandosi agnostico sul significato della *libertà personale*:

«I do not know in what (if anything) personal freedom essentially consists. [...] What I do claim is that the republican conception of politics, a conception that has apparently been motivated historically by certain convictions about those matters that we may or may not be able to share, is one that good, contemporary constitutional explanation and analysis cannot do without»⁵²³.

Michelman e Sunstein, nel tentativo di rendere compatibile il *self-government* con il governo delle leggi, sono interessati ad una relazione tra la libertà positiva traslata alla politica e la libertà dei moderni nella forma della sottoposizione solo alle leggi. È in questo senso, dunque, che il loro progetto può essere definito *istituzionale* (o *democratico-repubblicano*): esso privilegia l'attenzione alla libertà politica piuttosto che alla libertà personale. Al contrario, invece, le dimensioni *personale e sociale* della libertà sono quelle privilegiate da coloro che, come Skinner e Pettit, si preoccupano della definizione dell'ideale della non-dominazione.

Inoltre, è proprio nel privilegiare l'attenzione per la compatibilità tra il *self-government* e il governo delle leggi che Michelman, così come aveva già fatto Sunstein, rivela la sua preferenza per la dimensione positiva della libertà rispetto a quella meramente negativa. Egli, infatti, mostra apertamente la sua ammirazione per il modello harringtoniano di libertà, che egli descrive come comprendente un'attenzione privilegiata alla libertà come *self-government*, alla virtù civica e all'elemento della partecipazione⁵²⁴. Ovviamente, la libertà positiva non può andare da sola, perché se essa consistesse semplicemente nel poter fare tutto ciò che si vuole

⁵²⁰ «Whatever else the term may or may not fairly signify as a category in the history of political thought, “republicanism” does, I take it, signify the sort of belief in jurisgenerative politics that it seems must play a role in any explanation of how the constitutionalist principles of self-rule and law-rule might coincide», F. MICHELMAN, “Law’s Republic”, cit., pp. 1502-1503.

⁵²¹ F. MICHELMAN, “The Supreme Court 1985 Term. Foreword: Traces of Self-Government”, cit., pp. 25-26.

⁵²² F. MICHELMAN, “Law’s Republic”, cit., p. 1503.

⁵²³ Ivi, p. 1504.

⁵²⁴ F. MICHELMAN, “The Supreme Court 1985 Term. Foreword: Traces of Self-Government”, cit., p. 47.

(elemento della volizione), si otterrebbe una serie di volontà individuali tra loro contrastanti: è necessario, infatti, compaginare tutte queste volontà in modo che «if freedom consists of socially situated self-direction [...] then the relation between one agent's freedom and another's is additive: one realizes one's own only by confirming that of the others»⁵²⁵.

Si può affermare, dunque, che nelle riflessioni di Sunstein e Michelman ciò che “si è eliminato dalla porta” (la distinzione tra libertà negativa e positiva) “rientra dalla finestra” (nella forma di un'evidente preferenza per la dimensione positiva della libertà). Tale concezione, che privilegia il momento *positivo* della libertà, ha un'evidente e diretta incidenza sulla concezione dei diritti, a partire dalla quale si possono trovare spunti interessanti per ripensare il sistema dei diritti diversamente da quello fatto proprio dal modello liberale.

Parallela alla critica di Sunstein alla libertà negativa, vi è infatti quella ai *diritti negativi*: essi, secondo l'autore, si basano sull'immunità dall'invasione dello Stato come pretesa di neutralità. In questa concezione, «[i]ndividual freedom requires not governmental performance but only governmental forbearance»: i diritti diventano «walls against the state», cosicché gli individui possano preoccuparsi dei loro interessi privati⁵²⁶. I diritti negativi, entro questa concezione, si fondano sulla concezione negativa della libertà come non-interferenza statale, cioè come spazio libero dall'intrusione dello Stato⁵²⁷. Tutti i diritti, invece, devono essere visti anche come il prodotto dell'azione dello Stato, ciò che permette di sostenere la loro natura «affirmative in character»⁵²⁸, che tuttavia rimane ancora nella concezione della libertà negativa di. In relazione ai diritti, i due autori tengono quindi insieme la concezione della *libertà negativa* di e della *libertà positiva* (in quanto i diritti sono al contempo preconditione e prodotto del *self-government*), oltre che i diritti negativi e i diritti positivi.

In realtà, lo scopo di Sunstein è proprio quello di sostenere che la tradizionale distinzione tra *diritti negativi* e *diritti positivi* sia di per sé fuorviante:

«Negative rights ban and exclude government; positive ones invite and demand government. The former require the hobbling of public officials, while the latter require their affirmative intervention. Negative rights typically protect liberty; positive rights typically promote equality. The former shield a private realm, whereas the latter reallocate tax dollars. The former are private or obstructionist, while the latter are charitable and contributory. If negative rights shelter us from the government, then positive rights grant us services by the government»⁵²⁹.

La distinzione tra diritti negativi e positivi, secondo l'analisi di Sunstein, non fa che rinvigorire le posizioni dei *libertarians* e dei liberali-egalistari. L'opposizione tra le due concezioni, infatti, si fonda proprio sull'argomentazione a favore dell'esclusiva protezione dei diritti negativi da parte dei primi e della necessità dell'intervento statale a garanzia anche dei diritti positivi per i liberali-egalistari⁵³⁰. La grammatica della distinzione tra diritti negativi e positivi,

⁵²⁵ Ivi, p. 75.

⁵²⁶ S. HOLMES, C.R. SUNSTEIN, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, cit., p. 36.

⁵²⁷ C.R. SUNSTEIN, *After the Rights Revolution. Reconceiving the Regulatory State*, cit., pp. 16-17.

⁵²⁸ Ivi, p. 17.

⁵²⁹ S. HOLMES, C.R. SUNSTEIN, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, cit., p. 40.

⁵³⁰ Ivi, pp. 41-42.

cioè, serve gli scopi tanto dell'opposizione ai diritti positivi (tipica del pensiero *libertarian*) quanto quella delle argomentazioni a loro favore (tipica del pensiero liberale-egalitario).

Secondo Sunstein, al contrario, tutti i diritti, negativi e positivi, si concepiscono solamente a partire dall'intervento statale⁵³¹. Anche i diritti che tradizionalmente sono concepiti come negativi sono, in realtà, il prodotto dell'intervento dello Stato: ad esempio, il diritto a non essere torturato non implica solamente l'assenza di un comportamento da parte dei pubblici ufficiali, bensì anche la necessaria garanzia da parte dello Stato, dunque un suo intervento⁵³².

Sunstein risolve così la tradizionale contrapposizione tra i diritti negativi e positivi diluendo entrambi nella categoria dei *diritti positivi*. Ciò, tuttavia, non significa ancora – come in parte si è già visto – che i diritti si fonderanno conseguentemente su un'idea di libertà positiva. L'intervento statale, infatti, è perfettamente compatibile con una libertà negativa, poiché essa, come già più volte ricordato, comprende tanto la libertà *da* quanto la libertà *di*. Il passaggio successivo consiste per Sunstein, oltre che per Michelman, nel dare fondamento ai diritti a partire dal collegamento con la concezione deliberativa della democrazia, fondata su un ideale del *self-government* e della libertà positiva.

In ogni caso, vi sono elementi nelle riflessioni dei due autori sui diritti che possono risultare particolarmente interessanti per l'obiettivo, che verrà ripreso nel prossimo paragrafo (cfr. *infra*, § 2.8.3), di analizzare la possibilità di una rifondazione neo-repubblicana dei diritti. Pertanto, nelle pagine che seguono, ci si concentrerà proprio su questi elementi.

Sunstein analizza alcune delle critiche tradizionalmente avanzate ai diritti, che ne mettono in luce l'associazione con la concezione liberale. Egli concede che queste critiche possano mettere in luce alcune aporie del linguaggio dei diritti; nonostante ciò, il suo obiettivo è quello di riformulare alcune caratteristiche dei diritti proprio a partire da queste critiche, per sostenere che il linguaggio dei diritti non è incompatibile con il linguaggio del repubblicanesimo⁵³³.

In primo luogo, si critica il preteso carattere *assoluto* dei diritti, che impoverirebbe il discorso politico: i diritti, per esempio nella visione di Dworkin, in quanto *trumps*, non autorizzerebbero l'entrata in campo di altri tipi di considerazioni. Essi impedirebbero la deliberazione pubblica, poiché utilizzati come briscole capaci di vincere nel momento stesso in cui vengono giocate. In realtà, contro la visione dei *rights as trumps*, dei diritti contro la collettività, Sunstein argomenta che «almost every right is defeasible at some point, and defeasible just because the collective interest is very strong. [...] [N]o right is absolute»⁵³⁴. In sostanza, i diritti devono essere soppesati anche in relazione alle conseguenze sociali che possono risultare dal loro esercizio⁵³⁵. Infatti, «[r]ights have social costs as well as budgetary costs»⁵³⁶.

⁵³¹ Ivi, p. 43. Cfr., inoltre, p. 51: «One private individual has a right either to force another private individual to act or to preclude another private individual from acting. In both cases, obviously, enforcement of a right requires decisive government performance».

⁵³² Ivi, p. 44.

⁵³³ C.R. SUNSTEIN, "Rights and Their Critics", cit., pp. 735-736.

⁵³⁴ Ivi, p. 736. Cfr. anche S. HOLMES, C.R. SUNSTEIN, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, cit., p. 97: «Rights are relative, not absolute claims».

⁵³⁵ C.R. SUNSTEIN, "Rights and Their Critics", cit., p. 742.

⁵³⁶ S. HOLMES, C.R. SUNSTEIN, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, cit., p. 21.

Inoltre, i diritti sarebbero associati ad una visione *individualistica* della società, che promuove l'auto-interesse e l'indifferenza verso gli altri. Essi, dunque, perderebbero la necessaria dimensione di socialità su cui dovrebbe al contrario fondarsi un sistema di diritti⁵³⁷. In realtà, secondo Sunstein, *non* vi è opposizione tra *diritti* e *collettività*: spesso i diritti sono riconosciuti dalla collettività proprio per proteggere i propri interessi. I diritti, anzi, sono istituiti proprio al fine di *promuovere interessi collettivi*: sono protetti da istituzioni sociali per ragioni sociali. I diritti sono, cioè, garantiti *da e per* la collettività, che si compone dei singoli individui. Essi, pertanto, hanno conseguenze collettive⁵³⁸. L'opposizione tra i diritti e la collettività, secondo Sunstein, si rinviene solamente nella teorizzazione di quegli autori che adottano giustificazioni esclusivamente *deontologiche* per i diritti, mentre coloro che ricollegano la necessità di protezione *deontologica* con ragioni *teleologiche* non vedono questa opposizione: al contrario, secondo quest'ultima visione, «individual rights are public not private goods»⁵³⁹. In questo senso, in quanto beni pubblici, i diritti presentano tanto la dimensione associata con il loro *valore intrinseco* quanto quella associata con il loro *valore strumentale*. Pertanto, vi è una necessità di bilanciamento tra le ragioni deontologiche e quelle teleologiche⁵⁴⁰. La non-incompatibilità tra i diritti e la collettività, la cooperazione sociale, è messa bene in luce da Michelman:

«Why should rights be necessarily atomizing and alienating? A right, after all, is neither a gun nor a one-man show. It is a relationship and a social practice, and in both those essential aspects it is seemingly an expression of connectedness. Rights are public propositions, involving obligations to others as well as entitlements against them. In appearance, at least, they are a form of social cooperation—not spontaneous but highly organized cooperation, no doubt, but still, in the final analysis, cooperation»⁵⁴¹.

Per finire, i diritti sarebbero utilizzati come giustificazione contro l'ideale della *responsabilità*: in questo senso, i diritti prevarrebbero sui *doveri* reciproci, dal momento che essi minerebbero la virtù civica⁵⁴². In realtà, questa visione è giustificabile, secondo Sunstein, solo a partire da una concezione dei *diritti negativi* fondata su un'idea della *libertà negativa*⁵⁴³. Se invece si privilegia, come fa Sunstein, un *account* deliberativo della democrazia come intimamente correlato all'idea dei diritti, si può recuperare l'elemento della responsabilità⁵⁴⁴. Se si

⁵³⁷ C.R. SUNSTEIN, "Rights and Their Critics", cit., p. 732.

⁵³⁸ Sul punto, cfr. J. RAZ, *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford University Press, Oxford, 1995: «If I were to choose between living in a society which enjoys freedom of expression, but not having the right myself, or enjoying the right in a society which does not have it, I would have no hesitation in judging that my own personal interest is better served by the first option» (p. 39).

⁵³⁹ S. HOLMES, C.R. SUNSTEIN, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, cit., p. 21. Cfr. C.R. SUNSTEIN, "Rights and Their Critics", cit., pp. 738-739.

⁵⁴⁰ Nell'*account* fornito da Sunstein e Holmes, le ragioni teleologiche su cui si concentrano gli autori sono soprattutto quelle dei *costi*, che trattano dei diritti non solo in termini di ragioni deontologiche, bensì anche in termini di voci di spesa dei bilanci pubblici: S. HOLMES, C.R. SUNSTEIN, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, cit., pp. 104, 106-107.

⁵⁴¹ F. MICHELMAN, "Justification (and Justifiability) of Law in a Contradictory World", in *Nomos*, 28, 1986, pp. 71-99, p. 91.

⁵⁴² C.R. SUNSTEIN, "Rights and Their Critics", cit., p. 734.

⁵⁴³ S. HOLMES, C.R. SUNSTEIN, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, cit., p. 140.

⁵⁴⁴ C.R. SUNSTEIN, "Rights and Their Critics", cit., pp. 742-743.

interpreta il processo democratico come un processo dialogico volto a scoprire la virtù, infatti, i diritti non possono che diventare al contempo prodotto dell'altruismo e strumento che promuove l'altruismo stesso e, dunque, il senso di responsabilità. Come sosteneva Hohfeld, i diritti e i doveri si implicano reciprocamente, in quanto correlativi: se qualcuno ha un diritto, qualcun altro avrà un dovere: pertanto, «[r]ights are not opposed to responsibilities. On the contrary, rights *are* responsibilities»⁵⁴⁵.

Il tema della responsabilità, peraltro, apre a Sunstein un'interessante riflessione:

«[It] ought not to [be said] that because people have a legal right to do something, society [...] [has] no business complaining about people who exercise that right, or engaging in moral disapproval of people who do what they have a right to do. On the contrary, a large part of moral education consists of the inculcation of norms and values that discourage harmful or offensive behavior even though [...] not unlawful»⁵⁴⁶.

Anche qui, dunque, si comprende il nesso tra i *diritti* e le *responsabilità*: essere titolare di diritti non significa che tutto ciò che si potrà fare a partire da quei diritti sarà da considerarsi *giusto*. Non tutto ciò che non è antigiuridico è giusto. Ciò permette di sostenere che taluni comportamenti, pur conformi ai diritti che le persone hanno, dovrebbero essere oggetto di *self-restraint* proprio perché non conformi alle responsabilità di riconoscimento reciproco tra pari egualmente partecipanti al processo politico deliberativo. I diritti, infatti, «*have "teeth"*». They are therefore anything but harmless or innocent. [...] [R]ights are powers granted by the political community. And like the wielder of any other power, an individual who exercises his or her rights may be tempted to use it badly»⁵⁴⁷. Pertanto, i diritti devono necessariamente essere limitati, altrimenti «[a] rights-based political regime would dissolve into mutually destructive and self-defeating chaos without well-designed and carefully upheld protections against the *misuse* of basic rights»⁵⁴⁸.

Tuttavia, in ciò Sunstein mostra nuovamente il limite della sua riflessione:

«One possible pathology of a culture of rights is that people will think that because they have a right to do X, they cannot be criticized or blamed for doing X. This conclusion appears to have become common with respect to free speech, where speakers sometimes complain that it is objectionable even to challenge them for engaging in offensive or degrading speech. A well-functioning culture distinguishes legal censure from moral censure. It allows people the freedom to do many things that are properly criticized on moral grounds»⁵⁴⁹.

Questa questione – che, come si vedrà, costituirà lo sfondo della concezione di Sunstein della libertà d'espressione e dei suoi limiti (cfr. *infra*, § 3.3.2) – permette di mettere in luce il fatto che l'autore non pare in grado di teorizzare le responsabilità reciproche come limiti *giuridici* ai diritti: esse, al contrario, paiono essere relegate all'ambito della morale. Vi sarebbe,

⁵⁴⁵ Ivi, p. 746 (corsivi dell'autore). Cfr., inoltre, S. HOLMES, C.R. SUNSTEIN, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, cit., p. 156: «[T]he culture of rights is always a culture of responsibility. Legal permissions logically imply legal obligations, and rights always restrict even as they permit».

⁵⁴⁶ C.R. SUNSTEIN, "Rights and Their Critics", cit., pp. 747-748, p. 752.

⁵⁴⁷ S. HOLMES, C.R. SUNSTEIN, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, cit., p. 17 (corsivi nostri).

⁵⁴⁸ *Ibidem* (corsivi nostri). Cfr. inoltre ivi, p. 103.

⁵⁴⁹ C.R. SUNSTEIN, "Rights and Their Critics", cit., pp. 752-753.

cioè, una *responsabilità morale*⁵⁵⁰, per così dire, a non *abusare*⁵⁵¹ dei propri diritti (sull'abuso dei diritti, cfr. *infra*, § 7.2): tale abuso, tuttavia, non pare ancora essere teorizzato da Sunstein nei termini di una *responsabilità giuridica*.

Come si è potuto constatare nell'analisi svolta sin qui, la concezione di Sunstein è improntata ad un ideale di *diritti positivi*: tutti i diritti, secondo Sunstein, sono diritti positivi, nella misura in cui tutti richiedono l'intervento dello Stato per essere garantiti. Tuttavia, Sunstein compie un passaggio ulteriore. Mentre, infatti, ritenere che tutti i diritti siano positivi non significa automaticamente adottare una concezione della libertà come libertà positiva, egli aggiunge, in consonanza con la riflessione di Michelman, la necessità che i diritti costituiscano al contempo le precondizioni e il risultato del *self-government*: è in questo *account* della libertà come autodeterminazione che si comprende l'abbandono, da parte di Sunstein e Michelman, di un ideale della libertà esclusivamente negativo. Al contrario, entro il loro approccio, la concezione dei diritti è comprensibile solamente in virtù di un ideale di *libertà positiva*. Ecco dunque perché, come si accennava all'inizio, tale approccio al repubblicanesimo può essere definito come *istituzionale* (o *democratico-repubblicano*).

Tuttavia, come si è visto, questo approccio, per quanto contribuisca a mettere in evidenza alcune dimensioni della libertà e dei diritti dalle quali ripartire per portare alle estreme conseguenze l'adozione di un approccio neo-repubblicano dei diritti umani, finisce per considerare solamente *una* delle due facce della medaglia del neo-repubblicanesimo: quella, appunto, costituita dalla sua dimensione istituzionale. In altre parole, nella riflessione di Sunstein e Michelman non vi è spazio per la libertà dalla dominazione (come si vedrà in seguito in tema di libertà d'espressione; cfr. *infra*, § 3.3.2). Infatti, la mancanza di un approccio filosofico-politico alla questione della libertà come non-dominazione è rinvenibile nell'adozione, da parte di Sunstein, di una *concezione pragmatica* dei diritti, dopo aver constatato l'esistenza di diverse dottrine filosofiche di giustificazione degli stessi⁵⁵².

Da un lato, dunque, Sunstein e Michelman risultano utili nel fornire una grammatica dei diritti diversa da quella liberale-dworkiniana, poiché individuano alcune dimensioni che erano state lasciate fuori dal discorso dei diritti e che, invece, essi utilizzano proprio per descriverne le caratteristiche. Dall'altro lato, tuttavia, il problema nelle riflessioni di Sunstein e Michelman sta nel fatto che esse mancano di una concezione filosofica unitaria capace di giustificare i diritti e di fornirne il fondamento. Essi, anzi, di fronte alla difficoltà delle filosofie fondazioniste dei diritti umani, preferiscono adottare appunto una concezione pragmatica che *mette da parte* il problema dei principi sottostanti i diritti.

⁵⁵⁰ S. HOLMES, C.R. SUNSTEIN, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, cit., p. 154.

⁵⁵¹ In realtà, il termine è utilizzato anche da Holmes e Sunstein: «Because they place a legal power over others into the hands of individuals, legal rights *can always be abused*», ivi, p. 153 (corsivi nostri).

⁵⁵² «Let us put these conceptual difficulties to one side and define rights in a way that should be congenial to both supporters and critics of rights: Rights are legally enforceable instruments for the protection of their claimants. Rights are thus practical instruments that can be invoked in courts of law by individuals or groups against both private parties and the state. (To say that rights operate against society is not to say that their justification is not social. Rights operating against society may have social justification; consider the right to free speech or the right to private property.) This is a highly pragmatic conception of rights, one that tries to put philosophical issues to one side and to identify instead the actual functions of rights in the world. I think that it is this understanding of rights, and not the contested theoretical issues, that underlies the critique of rights», C.R. SUNSTEIN, «Rights and Their Critics», cit., p. 739.

Ciò deriva, come si è accennato, dal fatto che il linguaggio del neo-repubblicanesimo è necessariamente bifronte, componendosi di due “anime” distinte, che a questo punto possono essere sintetizzate come segue:

1) La prima è quella che privilegia l’attenzione alla forma di governo, a questioni istituzionali e di diritto costituzionale. Quest’anima del neo-repubblicanesimo, rinvenibile nelle riflessioni di Sunstein e Michelman, si preoccupa della compatibilità tra la *libertà positiva* come *self-government* e la *libertà dei moderni* come *soggezione solo alla legge*. Trattandosi, appunto, di un’analisi maggiormente istituzionale, essa può eventualmente essere resa compatibile con l’ideale della non-dominazione, ma solamente per ciò che concerne i poteri pubblici, la *libertà politica* e la partecipazione politica (nella forma dell’*imperium*).

2) La seconda è quella che disegna una concezione filosofico-morale e filosofico-politica, proponendo l’ideale della non-dominazione. Essa, rinvenibile nelle riflessioni di Skinner e Pettit, è direttamente concernente la possibilità di adozione di una “terza via” tra la *libertà negativa* e la *libertà positiva*, rendendosi compatibile non soltanto con l’applicazione alla dimensione politica della libertà, bensì anche con la *libertà individuale e sociale*. Tale ideale della non-dominazione risulta particolarmente proficuo, in sede di adozione di un particolare modello di diritti umani, poiché permette di concentrarsi anche sulle forme di dominazione tra individui (nella forma del *dominium*).

Ciò non significa che il primo filone del neo-repubblicanesimo non risulti utile anche in relazione all’obiettivo di proporre l’ideale della non-dominazione come fondamento dei diritti umani. Come si è visto, infatti, esso è in grado di fornire elementi particolarmente interessanti per descrivere le caratteristiche dei diritti, fornendo elementi di critica alla concezione liberale individualista e permettendo di comprendere l’elemento della non-incompatibilità tra diritti umani e sovranità popolare (à la *Habermas*).

L’obiettivo del prossimo paragrafo, dunque, sarà proprio quello di vagliare le possibilità derivanti dall’adozione non solo di una concezione neo-repubblicana dei diritti, bensì di una concezione neo-repubblicana dei diritti *fondata sull’ideale della non-dominazione*. Di esso, come si vedrà in seguito (cfr. *infra*, § 3.3), non è rinvenibile nessun significativo utilizzo nelle riflessioni sulla libertà d’espressione critiche nei confronti dell’approccio della non-interferenza: in sostanza, la libertà d’espressione dai teorici critici neo-repubblicani non viene mai ancorata alla libertà dalla dominazione, registrandosi un’assenza di tale ideale dal dibattito. Dal momento che, nella prospettiva adottata in questa sede, l’ideale della non-dominazione costituisce la chiave di volta di uno dei due grandi approcci che possono risultare utili nella costruzione di una teoria dell’*hate speech* (cfr. *infra*, § 5.3), è necessario indagare la possibilità di rifondare il sistema dei diritti proprio a partire da tale ideale.

2.8.3 – La libertà come non-dominazione e i diritti

Dei due filoni del neo-repubblicanesimo evidenziati in precedenza (cfr. *supra*, §§ 2.8, 2.8.2), quello che fonda il proprio progetto politico sull’ideale della non-dominazione, a partire dalle riflessioni di Skinner e Pettit, può essere utilizzato per rileggere il sistema dei diritti umani proprio in base a tale ideale. Prendere sul serio la libertà dalla dominazione, infatti, permette

di pensare ai diritti in maniera diversa dalla concezione liberale degli stessi. Quest'ultima, in particolare, può essere declinata tanto nella sua forma *libertarian*, che riduce al minimo qualsivoglia intervento statale nella sfera individuale, quanto nella sua forma liberale-egaltaria: il «nucleo duro» del liberalismo, infatti, è costituito proprio dalla difesa dei diritti individuali⁵⁵³, come si è segnalato in precedenza, come spazio di non interferenza⁵⁵⁴.

Per il liberalismo dworkiniano, ad esempio, le politiche volte alla massimizzazione del bene comune incontrano il loro limite invalicabile nei *rights as trumps*; al contrario, partire dall'ideale neo-repubblicano della libertà come non-dominazione significa riconoscere che i diritti possono trovare il loro limite proprio in quelle stesse politiche volte alla realizzazione del bene comune⁵⁵⁵. È per questo che, secondo Skinner, «[t]o insist on rights as trumps, on their account, is simply to proclaim our corruption as citizens. It is also to embrace a self-destructive form of irrationality»⁵⁵⁶: concepire i diritti come una barriera che permette di isolare l'individuo dalla collettività, sfuggendo ai propri doveri civici, significa non preoccuparsi della vita collettiva, pubblica e sociale. Al contrario, la garanzia della libertà è costituita proprio dal riconoscimento della necessità di tale attività.

Le due diverse concezioni dei diritti si comprendono proprio a partire dalle due diverse idee di libertà ad esse sottese. Come ha sottolineato Richard Bellamy, ad esempio, l'ideale della libertà come non-interferenza porta con sé un'idea di diritti come *trumps* i quali sono concepiti in maniera antagonistica rispetto alla democrazia: essi sono, infatti, pretese antimaggioritarie. Prendere sul serio l'ideale della non-dominazione, invece, significa necessariamente anche accettare l'ideale della democrazia non come un male necessario, bensì come l'unico sistema capace di garantire tale libertà⁵⁵⁷.

Inoltre, vi è un aspetto importante da sottolineare, che permetterà di comprendere meglio la differenza tra i due approcci. Il liberalismo tratta dei diritti come elementi *precedenti* alla politica: sia nella loro versione giusnaturalista, come attributi morali individuali, sia nella loro versione che li tutela come interessi fondamentali che dovrebbero essere riconosciuti a tutti i membri della comunità politica (come in Rawls), essi sono precedenti al processo politico oppure ne determinano inevitabilmente i risultati⁵⁵⁸. Ciò deriva necessariamente dal fatto che i diritti non possono mai essere limitati per esigenze comuni⁵⁵⁹. In questo senso, il processo politico democratico non giocherebbe alcun ruolo nella definizione dei diritti: anzi, essi, in

⁵⁵³ R. GARGARELLA, "El carácter igualitario del republicanismo", cit., p. 176.

⁵⁵⁴ M.C. BARRANCO AVILÉS, "Notas sobre la libertad republicana y los derechos fundamentales como límite al poder", cit., p. 72.

⁵⁵⁵ R. GARGARELLA, "El republicanismo", cit., p. 174.

⁵⁵⁶ Q. SKINNER, "The Republican Ideal of Political Liberty", cit., p. 308.

⁵⁵⁷ R. BELLAMY, "Rights, Republicanism and Democracy", cit., pp. 253-254; 261-263; ID., "Rights as Democracy", in *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 15, 4, 2012, pp. 449-471, p. 451, pp. 455-459.

⁵⁵⁸ Cfr. R. BELLAMY, "Rights, Republicanism and Democracy", cit., p. 254; I. HONOHAN, *Civic Republicanism*, cit., p. 208.

⁵⁵⁹ A. PETERSON, *Civic Republicanism and Civic Education. The Education of Citizens*, cit., pp. 11-12.

quanto pretese antimaggioritarie, costituirebbero proprio strumenti *contro* le decisioni democratiche, proprio perché vi è una netta contrapposizione tra le pretese individuali e la collettività, tra i diritti e il “bene comune”. I diritti, piuttosto, offrono le garanzie che permetteranno poi a ciascuno di perseguire la propria idea particolare di bene⁵⁶⁰. Tuttavia, una simile concezione dei diritti pare dimentica del fatto che *ogni* individuo finirebbe per possedere taluni *trumps* contro tutti gli altri – ed è questo, infatti, che determina la necessità di bilanciamento tra i diritti come pretese conflittive⁵⁶¹.

Occorre dunque porre rimedio alle problematiche insorgenti da un *account* dei diritti à la Dworkin, che concettualizza i diritti come «intransigenti»:

«When individuals insist on advancing and defending their *rights*, they resort to a concept that leaves little room for compromise and makes it difficult to reach agreement with others—especially when the others are insisting with equal vehemence on *their* rights. [...] The more we appeal to rights, it seems, the less likely we are to find mutually satisfactory solutions to our social and political problems»⁵⁶².

Ciò deriva dal fatto che, come si è visto in precedenza (cfr. *supra*, § 2.8.2), una simile concezione dei diritti risulta eccessivamente individualistica: concependo i diritti in questo modo, «we set ourselves apart from others. Rights belong to individuals, so the appeal to rights encourages us to think of ourselves as apart from and threatened by a society, state, or government that is constantly seeking to intrude upon or invade our rights»⁵⁶³. Garantire un sistema dei diritti di questo tipo significa lasciare «the unprivileged outside the city walls»: se coloro che possiedono diritti possono utilizzarli *contro* gli altri, significa che questi possono evadere le loro responsabilità nei confronti degli altri. Al contrario, «[t]he republican approach brings all rights-claimants within the city walls, giving them access to the political mechanisms required to offer them redress»; e tuttavia, ciò implicherà la necessità di prendere sul serio non solo i propri diritti, bensì anche i propri doveri nei confronti degli altri, «not least the duty to take the rights claims of others as seriously as they take their own»⁵⁶⁴.

Tuttavia, la stessa possibilità di concepire una “teoria neo-repubblicana” dei diritti⁵⁶⁵ è soggetta ad una questione epistemologica piuttosto importante: si suole pensare, infatti, che i diritti siano un prodotto della concezione liberale, comprensibili solo se si accettano le premesse del liberalismo. In realtà, e per prima cosa, come si è visto in precedenza (cfr. *supra*, §

⁵⁶⁰ R. BELLAMY, “Rights as Democracy”, cit., p. 456; ID., “Rights, Republicanism and Democracy”, cit., pp. 258-259.

⁵⁶¹ R. BELLAMY, “Rights, Republicanism and Democracy”, cit., pp. 261-263; ID., “Rights as Democracy”, cit., pp. 459-460.

⁵⁶² R. DAGGER, *Civic Virtues. Rights, Citizenship, and Republican Liberalism*, Oxford University Press, New York-Oxford, 1997, p. 3.

⁵⁶³ Ivi, pp. 3-4. Anche J. RAZ, “Rights and Politics”, in *Indiana Law Journal*, 7, 1, 1995, pp. 27-44, pp. 31-32, ha descritto in termini simili questa caratteristica dei diritti, che egli definisce «fallacia individualista».

⁵⁶⁴ R. BELLAMY, “Rights, Republicanism and Democracy”, cit., p. 263; ID., “Rights as Democracy”, cit., p. 460.

⁵⁶⁵ Si precisa che lo scopo di questa parte, così come del lavoro nella sua totalità, non è quello di delineare una teoria neo-repubblicana dei diritti: esso eccederebbe i limiti e l’oggetto della riflessione. Piuttosto, ci si propone qui di sottolineare alcuni degli aspetti derivanti da una lettura dei diritti a partire dall’ideale della libertà come non-dominazione, ciò che giustifica, in parte, perché non tutte le dimensioni dell’ideale neo-repubblicano dei diritti riceveranno gli approfondimenti adeguati.

2.7.2.c), tra il neo-repubblicanesimo e il liberalismo (egalitario) non sussiste un'incompatibilità strutturale; inoltre, come si tenterà di mostrare, è possibile pensare ai diritti a partire da un ideale neo-repubblicano, a patto di riformularne alcune delle caratteristiche che si tende a ritenere che siano costitutive della stessa nozione di diritti.

Solitamente, si tende a sostenere che mentre la nozione di *diritti* sia propria del liberalismo, al repubblicanesimo meglio si confaccia la nozione di *doveri* e di *bene comune*: il repubblicanesimo, *prima facie*, non sarebbe una teoria *rights-based*⁵⁶⁶. Ciò deriva dal fatto che, come si è accennato sin qui, il neo-repubblicanesimo pare rifiutare di classificare i diritti come qualcosa di preesistente alla deliberazione politica. Tuttavia, rifiutare *in toto* l'idea dei diritti rischia di sfociare nella deriva comunitaristica dalla quale si è sin dall'inizio inteso prendere le distanze⁵⁶⁷ (cfr. *supra*, § 2.1). Proprio per questo si può sostenere che in realtà i diritti, intesi non solo come pretese morali bensì soprattutto in senso giuridico, non costituiscano una figura incompatibile con l'orizzonte neo-repubblicano⁵⁶⁸.

Diversamente da coloro che sostengono che la libertà dalla dominazione, al contrario della non-interferenza, sia incompatibile con il linguaggio dei diritti⁵⁶⁹, si può anche sostenere che *solo* una lettura neo-repubblicana permetta di comprendere appieno i diritti per come essi sono intesi nell'esperienza giuridica e nella prassi giurisprudenziale contemporanee⁵⁷⁰.

D'altra parte, già per i pensatori repubblicani moderni la garanzia dei diritti soggettivi era indispensabile: come ricorda Viroli, essi non concepivano la cittadinanza repubblicana nei

⁵⁶⁶ I. HONOHAN, *Civic Republicanism*, cit., p. 207.

⁵⁶⁷ In questa sede *non* si aderisce alla tesi di Pocock (J.G.A. POCKOCK, "Virtues, Rights, and Manners", in ID., *Virtue, Commerce, and History*, Cambridge University Press, Cambridge, 1985), per cui tra il diciassettesimo e il diciottesimo secolo il linguaggio della *virtù* sarebbe stato sostituito dal linguaggio dei *diritti*, come se quest'ultimo fosse incompatibile con l'approccio repubblicano: ciò è vero, infatti, solo nella lettura neo-aristotelica svolta da Pocock, non anche entro il *civic republicanism*. Cfr., sul punto, CH. LARMORE, "Liberal and Republican Conceptions of Freedom", cit., pp. 87-88; L. BACCELLI, *Critica del repubblicanesimo*, cit., p. 68. L'*account* fornito da Pettit, d'altro canto, testimonia esplicitamente che l'utilizzo della nozione di diritti risulta impossibile solo nel repubblicanesimo comunitarista: «In the vulgar [...] form in which the communitarian set of ideas came to be represented, the conception of freedom as nondomination [...] disappeared. Benjamin Constant was [...] the major figure in accomplishing this final step, although he did so as a critic, not a defender. [...] This new communitarian ideology replaced freedom as nondomination with freedom as participation – the paradigm of Isaiah Berlin's (1969) positive liberty», PH. PETTIT, "Two Republican Traditions", cit., pp. 199-200 (corsivi nostri).

⁵⁶⁸ M.N.S. SELLERS, *The Sacred Fire of Liberty. Republicanism, Liberalism and the Law*, cit., p. 118; R. DAGGER, *Civic Virtues. Rights, Citizenship, and Republican Liberalism*, cit., p. 4. Come d'altro canto ricorda Sunstein, alcuni diritti che originariamente nascono come simboli del liberalismo individualista, volto alla protezione della dimensione privata, sono giustificabili «in a republican fashion», mentre altri sono «straightforwardly republican in inspiration» (C.R. SUNSTEIN, "Beyond the Republican Revival", cit., pp. 1562-1563).

⁵⁶⁹ Pare, questa, la tesi di CH. NADEAU, "Non-Domination as a Moral Ideal", cit.: «One must remember that interference is an act whereas domination is a relation of power, so it appears that the vocabulary of rights is not best suited for combating domination. In other words, the vocabulary of rights is more successful when dealing with interferences, but fails to decipher the language of domination» (p. 114). La stessa tesi si ritrova in C. LABORDE, J. MAYNOR, "The Republican Contribution to Contemporary Political Theory", cit.: «Yet generally, the vocabulary of rights is better suited to sanction *acts* of interference than to address *relationships* of domination» (p. 16).

⁵⁷⁰ È, questa, la tesi di fondo di M.C. BARRANCO AVILÉS, *Teoría del Derecho y derechos fundamentales*, Palestra, Lima, 2009; cfr. EAD., "El concepto republicano de libertad y el modelo constitucional de derechos fundamentales", in *Anuario de Filosofía del Derecho*, 18, 2001, pp. 205-226, p. 205. Si ricordi anche il laconico «only republicanism can justify specific liberal rights, and the boundaries drawn by law» di M.N.S. SELLERS, *The Sacred Fire of Liberty. Republicanism, Liberalism and the Law*, cit., p. 123.

termini dell'autogoverno, bensì dell'esercizio dei diritti civili e politici derivanti dall'appartenenza alla *res publica*⁵⁷¹. Tuttavia, i diritti assumevano un significato molto diverso da quello che assumono oggi entro il paradigma liberale: essi costituivano la garanzia della non dipendenza dalla volontà arbitraria del sovrano o della classe dominante⁵⁷².

Inoltre, parlare di diritti entro la prospettiva neo-repubblicana non potrà che significare abbandonare la visione dei *diritti naturali*, poiché, riprendendo i postulati del repubblicanesimo, la libertà non è possibile se non attraverso la legge, al pari dei diritti⁵⁷³.

Per giustificare diversamente i diritti, vi è chi ha sottolineato la dimensione «*conflittualista*»⁵⁷⁴ dell'impiego repubblicano della figura dei diritti: si tratta di una valorizzazione del momento attivistico dei diritti come pratica sociale, della reclamazione della loro titolarità da parte di individui e gruppi nei confronti delle istituzioni, che necessariamente mette in discussione l'individualismo e l'atomismo liberale, al contempo permettendo maggior flessibilità e promettendo una maggior capacità di individuazione del soggetto dei diritti⁵⁷⁵.

Ecco perché, dunque, i diritti visti da una prospettiva neo-repubblicana permettono uno sguardo *ex parte populi*, «lo sguardo “dal basso” ai fenomeni politici, le ragioni delle libertà contro quelle del dominio»⁵⁷⁶. Nella prospettiva repubblicana, inoltre, i diritti non sono visti come *proprietà* degli individui, bensì essi sono il risultato di una pratica costante di cura da parte dei loro stessi titolari, che si garantiscono i diritti attraverso la partecipazione⁵⁷⁷.

Come si è accennato in apertura del presente paragrafo, lo scopo è quello di proporre una lettura capace di “prendere sul serio” l'ideale della non-dominazione per dare fondamento ai diritti entro un approccio neo-repubblicano. A tale scopo, si ritiene necessario evidenziare che cosa significherebbe fondare i diritti sulla non-dominazione.

⁵⁷¹ M. VIROLI, *Repubblicanesimo*, cit., p. 53; M. VIROLI, “Repubblicanesimo, liberalismo e comunitarismo”, cit., p. 75. Virolì riprende l'associazione delle idee di virtù all'idea di diritti da A. DE TOCQUEVILLE, *Democracy in America* [1835], Liberty Fund Inc., Indianapolis, 2010. Analogamente: L. BACCELLI, *Critica del repubblicanesimo*, cit., p. 66, con riferimento a M.P. ZUCKERT, *Natural Rights and the New Republicanism*, Princeton University Press, Princeton, 1994. Lo ricorda anche PH. PETTIT, *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*, cit., p. 21.

⁵⁷² M. VIROLI (a cura di), *Libertà politica e virtù civile. Significati e percorsi del repubblicanesimo classico*, cit., p. 254.

⁵⁷³ M. ROSATI, “La libertà repubblicana”, cit., pp. 123-124; R. BELLAMY, “Rights, Republicanism and Democracy”, cit., pp. 261-263; ID., “Rights as Democracy”, cit., pp. 459.; I. HONOHAN, “Republicans, Rights, and Constitutions: Is Judicial Review Compatible with Republican Self-Government?”, cit., p. 90; M.C. BARRANCO AVILÉS, “Notas sobre la libertad republicana y los derechos fundamentales como límite al poder”, cit., p. 78.

⁵⁷⁴ TH. CASADEI, “La traiettoria del repubblicanesimo *conflittualista*. Tra storia e teoria del diritto”, n *Diritto & Questioni Pubbliche*, 5, 2005, pp. 131-152.

⁵⁷⁵ «D'altra parte, la consapevolezza della loro funzione – l'espressione dell'opposizione a situazioni di oppressione, la tutela degli individui e dei gruppi dalle varie forme di dominio – permette di modulare il linguaggio dei diritti in riferimento alle situazioni nelle quali il dominio si esercita, che si trasformano storicamente e contestualmente, ed evita di ipostatizzare il soggetto dei diritti, permettendo di modificarne i contorni a partire dalle concrete situazioni di sofferenza e dagli specifici bisogni», L. BACCELLI, *Critica del repubblicanesimo*, cit., pp. 82-83. Cfr. anche ID., *Il particolarismo dei diritti. Poteri degli individui e paradossi dell'universalismo*, cit., p. 178 e p. 192.

⁵⁷⁶ L. BACCELLI, “Repubblicanesimo, Neorepubblicanesimo”, cit., p. 25.

⁵⁷⁷ L. BACCELLI, *Critica del repubblicanesimo*, cit., p. 101.

Si possono quindi individuare due sistemi di diritti: uno fondato sulla libertà come *non-interferenza*, l'altro sulla libertà come *non-dominazione*⁵⁷⁸. Il primo risulta compatibile con la *mera possibilità* che qualcuno abbia il potere di violare i diritti altrui – richiedendosi allo Stato che impedisca che ciò avvenga in concreto; il secondo, al contrario, mira a garantire che i diritti siano effettivamente implementati come un sistema in cui non vi sia dominazione tra individui⁵⁷⁹. D'altra parte, è in ciò che sta la *sicurezza* della libertà, su cui tanto hanno insistito i teorici neo-repubblicani. Il sistema dei diritti, interpretato in chiave neo-repubblicana, ha il preciso scopo di garantire coloro che ne sono titolari dalla *vulnerabilità alla dominazione*, con parole dello stesso Pettit:

«Suppose that in some society generally governed by the rule of law, only some of the members of that society have access to the instruments of political authority. Now it may be that, as things stand, everyone in that society enjoys some measure of freedom from domination as a matter of custom, but the freedom of some rests on a different and less reliable basis than the freedom of the others. Those persons whose freedom from domination rests merely on convention are marked [...] by a badge of vulnerability: any rules and procedures designed to protect their sphere of nondomination are much less likely to be effective in particular cases. [...] Thus we find that genuine freedom from domination requires the extension of equal citizenship rights to everyone. This bundle of citizen-rights constitutes a legal expression of the status “free person” in a given society»⁵⁸⁰.

È lo stesso godimento dei diritti, cioè, a non poter dipendere dall'arbitrio altrui, come indica Skinner⁵⁸¹. La concezione repubblicana della libertà permette di guardare ai diritti come alla condizione essenziale senza la quale non si può raggiungere alcun *human well-being*⁵⁸². A tal fine, è necessario ripensare anche al *tipo di garanzie* fornite dai diritti:

«The protection that has to be provided will establish a dispensation of enforceable rights, like any legal system, but it is also likely to require a regime in which people are assured of certain powers and options that might otherwise be unavailable. [...] *The cause of protecting women in a masculinist culture is going to require not just the right to divorce a husband but also the power to call in the police against a violent partner and the option of living in a refuge for victims of abuse*»⁵⁸³.

L'esempio di Pettit del diritto al divorzio rende chiaro il nesso tra la garanzia della libertà dalla dominazione attraverso i diritti e il tipo di situazioni concrete che tale garanzia deve poter tutelare: infatti, una cosa è la garanzia della non-interferenza, che darebbe origine, ad esempio, al diritto della donna di divorziare, altro è la garanzia della non-dominazione, che

⁵⁷⁸ R. BELLAMY, “Rights as Democracy”, cit., pp. 451, 455. Si noti, invece, che M.C. BARRANCO AVILÉS, “El concepto republicano de libertad y el modelo constitucional de derechos fundamentales”, cit., distingue *tre* diverse concezioni dei diritti: «liberale», «garantista» e «repubblicana». Allo scopo del presente lavoro, tuttavia, le prime due corrispondono all'ideale della non-interferenza formale e della non-interferenza reale (cfr. *supra*, § 2.6).

⁵⁷⁹ Cfr. il passaggio rinvenibile nel *Poscritto* all'edizione italiana di PH. PETTIT, *Il repubblicanesimo. Una teoria della libertà e del governo*, cit., pp. 356-357. Come ricorda Luca BACCELLI: «per i neromani [...] il fatto di essere esposti al pericolo di venire privati dei propri diritti è già una violazione della libertà», *Critica del repubblicanesimo*, cit., p. 100.

⁵⁸⁰ PH. PETTIT, “Keeping Republican Freedom Simple. On a Difference with Quentin Skinner”, cit., p. 346.

⁵⁸¹ Q. SKINNER, *Liberty before Liberalism*, cit., pp. 70-72; ID., “A Third Concept of Liberty”, cit., pp. 250-251. Cfr. M. VIROLI, *Repubblicanesimo*, cit., pp. VII-VIII.

⁵⁸² M.N.S. SELLERS, *Republican Legal Theory*, cit., p. 81.

⁵⁸³ PH. PETTIT, “Law and Liberty”, cit., p. 50 (corsivi nostri).

deve necessariamente dare origine a diverse possibilità di tipo concreto, che rendano *praticabile* per la donna l'esercizio di quel diritto contro la situazione di dominazione. Fondare i diritti sulla libertà dalla dominazione, cioè, significa che i titolari dei diritti devono essere «protected against dominating control of any kind over the exercise of such choices»⁵⁸⁴.

Nella cultura giuridica contemporanea, i diritti devono essere concepiti in maniera più estesa rispetto a quanto accade entro il paradigma liberale. In particolare, il paradigma della non-dominazione permette di concepire i diritti come elementi che conferiscono una particolare struttura al potere politico, tale per cui non vi è tensione tra l'individuo e lo Stato (così come invece nella libertà come non-interferenza)⁵⁸⁵. Si può infatti sostenere – come ha fatto Barranco – che i diritti siano gli elementi in cui coincidono l'interesse individuale e l'interesse generale; né il primo deve prevalere sul secondo né viceversa: «[e]l Estado es “tiránico” y el ciudadano es “corrupto” cuando su actuación no es conforme con los valores que están detrás de los derechos fundamentales»⁵⁸⁶. Utilizzando l'ideale della non-dominazione come fondamento dei diritti umani, i diritti presentano una forte *dimensione oggettiva*⁵⁸⁷, che implica il necessario rifiuto di tutte quelle situazioni che, appunto, causano dominazione. Inoltre, a partire dalla concezione politica sottesa alla libertà intesa come non-interferenza, i diritti si caratterizzano come *limiti esterni al potere*, mentre essi, entro una concezione neo-repubblicana, possono essere individuati nei termini di *limiti interni* del potere stesso⁵⁸⁸.

Dal punto di vista neo-repubblicano, pertanto, i diritti umani possono essere concepiti come istanze fondate sull'ideale della non-dominazione. Si può immaginare, come è stato proposto da J. Bohman, che la non-dominazione costituisca il fondamentale *right to rights* con le seguenti caratteristiche:

«[B]asic human rights can be understood as fundamentally concerned with basic freedoms, including rights against [...] domination. These basic freedoms are negatively and positively justified as necessary conditions for avoiding great harms such as domination and destitution on the one hand and for living a worthwhile human life [...] on the other. [E]qual freedom is realized through two-way normative powers. In a republican fashion, the distribution of rights and duties is such that no one can dominate any other in virtue of the coercive power of law. This right to freedom thus constitutes many different rights of coexistence as they are shaped by law, including the right to a legal order itself, rights to property, and to a place in the world that one can inhabit freely, all of which are based on the joint normative powers over the world held in common by all humanity. Human rights provide the criterion of justice for claims that can be made upon others on the basis of shared freedom, a freedom that is possible only when social coexistence is based on non-domination»⁵⁸⁹.

Piuttosto che formulare la non-dominazione come un diritto a sé stante, strategia che potrebbe risultare inefficace, si può utilizzare l'ideale della non-dominazione come *fondamento*

⁵⁸⁴ PH. PETTIT, “The Basic Liberties”, cit., p. 220.

⁵⁸⁵ M.C. BARRANCO AVILÉS, “Notas sobre la libertad republicana y los derechos fundamentales como límite al poder”, cit., p. 73.

⁵⁸⁶ Ivi, pp. 89-90.

⁵⁸⁷ M.C. BARRANCO AVILÉS, “El concepto republicano de libertad y el modelo constitucional de derechos fundamentales”, cit., pp. 209-210.

⁵⁸⁸ *Ibidem*.

⁵⁸⁹ J. BOHMAN, “Cosmopolitan Republicanism and the Rule of Law”, in S. BESSON, J.L. MARTÍ, *Legal Republicanism. National and International Perspectives*, cit., pp. 60-77, pp. 64-65.

dei diritti, per consentire che essi vengano a costituire l'oggetto di una lettura, a livello giudiziale, coerente con la non-dominazione⁵⁹⁰. Entro la concezione neo-repubblicana fondata sulla libertà dalla dominazione, dunque, i diritti fondamentali continuano a tutelare una posizione *soggettiva*; tuttavia, ad essa si aggiunge una dimensione *oggettiva*⁵⁹¹: è necessario, cioè, che essi garantiscano non solo le pretese individuali, bensì un ordine oggettivo improntato alla strutturazione delle relazioni sociali in maniera coerente con la non-dominazione. Siffatta dimensione oggettiva, in particolare, *non* deriva da pretese universalistiche e da un fondamento assoluto – tratti, questi, tipici della concezione giusnaturalista dei diritti –, bensì proprio dal fatto che il sistema dei diritti è volto a tutelare gli individui, i gruppi e la stessa comunità di riferimento dalle situazioni di dominazione: la non-dominazione assurge a valore fondamentale sul quale si costruisce il sistema dei diritti. Essa, inoltre, come si è già visto in precedenza (cfr. *supra*, § 2.4), non costituisce un ideale perfezionista, una concezione del bene onnicomprensiva entro la quale le vite di tutti gli individui devono essere ricomprese. Più modestamente, essa costituisce una situazione prodromica alle varie concezioni del bene, tra le quali gli individui potranno scegliere a condizione che esse rispettino l'ideale della non-dominazione.

In relazione a tale funzione, risulta necessario richiamare la riflessione svolta precedentemente (cfr. *supra*, § 2.4) sul carattere al contempo *deontologico* e *teleologico* di una teoria della giustizia fondata sulla libertà dalla dominazione, ora che se ne vogliono vagliare le implicazioni nel caso di adozione da parte del sistema dei diritti.

Richard Bellamy, per esempio, sostiene una strategia in parte diversa da quella del “connubio” tra liberalismo e repubblicanesimo. Egli, infatti, argomenta che *i diritti implicano la democrazia*, piuttosto che il contrario: i diritti, cioè, possono realmente essere giustificati solamente in termini democratici se si fondano su una concezione della libertà diversa dalla libertà come non-interferenza. Mentre quest'ultima genera problemi nel collegamento tra diritti e democrazia – i diritti, cioè, sarebbero una costrizione esterna alla democrazia, che ne limita le possibilità –, concepire i diritti entro il prisma della libertà dalla dominazione significa concepire un sistema dei diritti non incompatibile con il sistema democratico, anzi, un sistema di diritti che *necessariamente* richieda la democrazia. I diritti, infatti, se fondati sulla libertà dalla dominazione, riflettono gli interessi comuni (cfr. *infra*) dei cittadini e hanno dunque natura politica sia nella loro origine sia nella loro esecuzione⁵⁹². Se i diritti non sono precedenti al e

⁵⁹⁰ È, questo, lo scopo dell'intero contributo di E. DALY, “Freedom as Non-Domination in the Jurisprudence of Constitutional Rights”, cit. L'autore, infatti, analizza (e rifiuta) la possibilità di formulare, appunto, un diritto alla non-dominazione nei seguenti termini: «Nobody shall be subject to arbitrary power» (p. 295). Piuttosto, egli propone la strategia dell'utilizzo dell'ideale della non-dominazione come *ideale interpretativo* dei diritti.

⁵⁹¹ Cfr., ad esempio, M.C. BARRANCO AVILÉS, “El concepto republicano de libertad y el modelo constitucional de derechos fundamentales”, cit., p. 208, che si occupa di verificare questa affermazione a partire da alcune sentenze del *Tribunal Constitucional* spagnolo.

⁵⁹² R. BELLAMY, “Rights, Republicanism and Democracy”, cit., p. 253; ID., “Rights as Democracy”, cit., pp. 454-455. Raz, dal canto suo, fa derivare la connessione tra i diritti e la politica (e quindi l'impossibilità della sottrazione degli stessi alla deliberazione politica) dal rifiuto della tesi individualista (diritti come diritti individuali) e universalista (diritti come diritti universali): J. RAZ, “Rights and Politics”, cit., pp. 34-35. Si noti, però, che mentre per Bellamy la natura politica dei diritti lo porta a rifiutare il *judicial review*, per Raz essa non esclude che siano le corti stesse – accettando il *judicial review* – a svolgere quel ruolo “politico”: cfr., sul punto, J. RAZ, *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, cit., pp. 57-58 (e la nota seguente).

indipendenti dal processo politico democratico, quest'ultimo risulterà necessario nella definizione del loro contenuto. Essi, infatti, implicano scelte che spiegano i propri effetti su ciascun individuo, motivo per cui ognuno deve poter essere libero di partecipare alla loro definizione in consonanza con i propri interessi, i quali a loro volta non preesistono al processo politico, bensì emergono dallo stesso⁵⁹³. Ciò implica un rifiuto della dimensione “assolutistica” delle impostazioni *rights-based* per cui i diritti vincono sempre come *trumps* (ancora una volta, à la Dworkin) su qualsiasi decisione di *policy*. Si tratta di un risultato coerente con l'approccio di Pettit, che vede la non-dominazione come un ideale *teleologico*, da promuovere, cioè, come uno scopo collettivo, piuttosto che come una regola di comportamento⁵⁹⁴.

Tuttavia, come si è visto in precedenza (cfr. *supra*, § 2.4), l'ideale della non-dominazione possiede anche una necessaria dimensione *deontologica*: per risultare internamente coerente, esso deve poter essere onorato al contempo anche come una regola di comportamento nelle relazioni individuali. Non si può, cioè, accettare una situazione più o meno estesa di dominazione per taluni soggetti con lo scopo di diminuire la dominazione generale. In questo senso, è necessario recuperare quanto si accennava in precedenza, sulla possibilità di trattare l'ideale della non-dominazione nelle forme di un *utilitarismo della regola*:

«So long as the regulations that constrain the possibility of dominating arbitrary behaviour by those possessing such power are not themselves the product of arbitrary power but result from a due process then they will be acceptable on the non domination account. There will be no comparable need to attempt to calculate whether the regulation enhances or diminishes domination over all if the rule is in and of itself non-dominating»⁵⁹⁵.

Come sostiene Bellamy, se una norma impone un comportamento volto ad onorare la regola della non-dominazione, qualora si garantisca che essa non sia prodotto della dominazione, essa è sufficiente, da un lato, ad onorarne appunto l'ideale, e dall'altro non necessita di un calcolo utilitaristico circa il reale aumento della libertà dalla dominazione a livello generale.

⁵⁹³ R. BELLAMY, “Rights, Republicanism and Democracy”, cit., p. 256. Tuttavia, si tenga in considerazione che Bellamy sostiene un sistema *totalmente* politico (quello del c.d. «costituzionalismo politico»), per cui i diritti non possono in ogni caso operare come costrizione sul processo democratico: egli, infatti, argomenta contro il *judicial review*. Non è questa la posizione sostenuta in questa sede. Al contrario, come sostenuto da Pettit, l'approccio della non-dominazione è compatibile con il *judicial review* (cfr. PH. PETTIT, *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*, cit., cap. VI). Pettit, infatti, sostiene la necessità, a partire da una teoria della non-dominazione, dei meccanismi costituzionali contro-maggioritari (ivi, p. 181). Cfr., sul punto, J.P. MCCORMICK, “Republicanism and Democracy”, cit., p. 94.

⁵⁹⁴ C. LABORDE, J. MAYNOR, “The Republican Contribution to Contemporary Political Theory”, cit., pp. 16-17. In realtà, è pur vero che le interpretazioni di Pettit sul tema deontologia-conseguenzialismo sono piuttosto varie. Se è quasi uniformemente riconosciuta la preferenza dell'autore per l'approccio teleologico, si prendano in considerazione, ad esempio, le letture di coloro che sostengono che anche lo stesso approccio teleologico alla non-dominazione necessita delle costrizioni dei diritti: «That doesn't mean a failure to honour non-domination is justified in every case: the equal *distribution* of freedom as non-domination matters, not only its maximization. The regular [...] violation of freedom as non-domination would be an unlikely way of promoting non-domination overall, since allowing it would create the conditions in which people were subject to arbitrary rule. [...] A person only realizes dignity in his interactions with others when he retains some 'dominion' over his actions and plans; when he isn't merely a pawn in the consequentialist's 'beneficent scheme'. An *unrestricted* consequentialist can't guarantee dominion to those with whom he interacts», D. IVISON, “Republican Human Rights?”, in *European Journal of Political Theory*, 9, 1, 2010, pp. 31-47, pp. 35-36.

⁵⁹⁵ R. BELLAMY, “Non-domination and the Free-State”, cit., p. 137.

Come si è visto in precedenza, infatti, onorare l'ideale della non-dominazione nei comportamenti individuali contribuirà di per sé alla diminuzione della dominazione a livello generale. Occorre tuttavia effettuare una precisazione: Bellamy ne fa derivare la necessità di un rispetto esclusivamente *procedurale* della regola della non-dominazione. Qui, invece, si sostiene un approccio *sostanziale*: se la regola è compatibile con l'ideale della non-dominazione in senso sostanziale nei rapporti interindividuali (approccio *deontologico*), allora non sarà necessario verificare che essa produca un minor livello generale di dominazione (approccio *teleologico*): tale conseguenza deriva automaticamente dalla struttura dell'ideale della non-dominazione.

È in questo, dunque, che sta la capacità dell'ideale della non-dominazione, rispetto a quello della non-interferenza, di comprendere sia dimensioni *deontologiche* sia dimensioni *teleologiche*. Ciò risulta coerente, inoltre, con il postulato avanzato in precedenza: quello per cui i *diritti*, nella prospettiva della libertà dalla dominazione, sono il contenuto dell'*interesse collettivo*; promuovere ragioni di scopo volte a tutelare interessi collettivi, pertanto, significa al contempo promuovere i diritti, e viceversa. Per i neo-repubblicani, infatti, non vi è conflitto tra la *giustizia* (i diritti) e il *bene comune*⁵⁹⁶. Ciò contraddistingue l'approccio neo-repubblicano in maniera nettamente oppositiva rispetto alle concezioni liberali: come ha osservato Skinner, mentre per il liberalismo la massimizzazione della libertà è ottenuta contrapponendo i propri diritti agli scopi collettivi, il neo-repubblicanesimo richiede di mettere sempre il bene comune prima del proprio interesse individuale⁵⁹⁷. Non, però, in senso comunitaristico, in cui quest'ultimo può confliggere con il primo. Se non vi è contrapposizione tra interesse individuale e bene comune – se, cioè, i *diritti* coincidono con il *bene comune* –, perseguire il secondo significherà garantire al contempo per se stessi anche i primi.

Una necessaria conseguenza dell'adozione di un simile approccio merita di essere sottolineata, poiché permette di comprendere una delle differenze fondamentali tra un sistema di diritti fondato sulla libertà dalla dominazione (neo-repubblicano), un sistema di diritti deontologico *rights-based* (liberale) e quegli approcci che pongono l'interesse collettivo sopra quello individuale lasciando da parte i diritti (comunitarista).

Il sistema liberale, come si è visto in precedenza (cfr. *supra*, § 2.7), non ammette bilanciamenti tra i diritti, in quanto ragioni deontologiche, e gli scopi collettivi, in quanto ragioni teleologiche: i primi prevalgono sempre sui secondi. D'altro canto, invece, le concezioni comunitariste concordano sull'impossibilità del bilanciamento, ma al contrario: a favore, cioè, degli scopi collettivi. Adottare una lettura del sistema dei diritti fondata sulla libertà dalla dominazione, invece, in quanto "sistema misto" che comprende ragioni deontologiche e ragioni teleologiche, rende possibile «un bilanciamento fra i principi e gli scopi sociali»⁵⁹⁸.

⁵⁹⁶ M. VIROLI, "Repubblicanesimo, liberalismo e comunitarismo", cit., p. 77.

⁵⁹⁷ Q. SKINNER, "On Justice, the Common Good and the Priority of Liberty", cit., pp. 216-217.

⁵⁹⁸ L. BACCELLI, *Critica del repubblicanesimo*, cit., p. 82 (corsivi nostri). Cfr. anche L. BACCELLI, *Il particolarismo dei diritti. Poteri degli individui e paradossi dell'universalismo*, cit., pp. 169-181. Analogamente, I. HONOHAN, "Republicans, Rights, and Constitutions: Is Judicial Review Compatible with Republican Self-Government?", cit., p. 91.. Pare concordare anche J. RAZ, "Rights and Politics", cit., p. 39 (corsivi nostri).

Lasciando da parte le letture comunitaristiche, le quali sono escluse *a priori* se si desidera effettuare un ragionamento che adotti l'approccio dei diritti umani, si rimane con una contrapposizione fondamentale tra la proposta liberale e la proposta neo-repubblicana. Per la prima, lo si ribadisce, il bilanciamento è possibile solamente tra diritti: lo Stato, cioè, può intervenire nello spazio di non-interferenza di un individuo solo qualora l'esercizio di un suo diritto confligga con un diritto altrui. Al contrario, la libertà dalla dominazione permette di sostenere la necessità dell'intervento statale *indipendentemente* dal fatto che il diritto in questione confligga con un altro diritto⁵⁹⁹: si può, cioè, sostenere la legittimità della limitazione di un diritto perché incompatibile con il sistema della non-dominazione, senza che sia necessario che esso causi un pregiudizio per l'esercizio di un diritto altrui.

«[S]e ha producido una mutación en el concepto de derechos que hace que éstos, además de límites frente a los poderes públicos que pueden hacerse valer para garantizar posiciones subjetivas o para exigirle que sinje a los ciudadanos en disposición de disfrutar de estas posiciones, se convierten en elementos que conforman el Ordenamiento Jurídico y, desde esta perspectiva, deben imponerse *con independencia de que exista vulneración de derechos de un sujeto concreto*. Hasta el punto de que, en ocasiones, se justifica su defensa a pesar de la voluntad del sujeto titular del derecho»⁶⁰⁰.

Ciò significa – come ad esempio ha riconosciuto il *Tribunal Constitucional* spagnolo – che lo Stato non si comprende più solamente a partire dal divieto di lesione della sfera individuale, bensì anche dall'obbligo positivo di contribuire all'effettività dei diritti e dei valori che essi rappresentano, anche quando non vi sia una pretesa soggettiva individuale⁶⁰¹. In questo senso, lo Stato può intervenire nella sfera individuale dei diritti con il precipuo scopo di *limitare* gli stessi in virtù del suo mandato di garante del sistema dei diritti e dei valori (nell'ipotesi del presente lavoro, la libertà dalla dominazione) cui esso è ispirato.

Inoltre, a ciò va aggiunto che vi è chi ha sottolineato la compatibilità con l'ideale della non-dominazione come chiave di volta per l'interpretazione del sistema dei diritti di quelle previsioni dei sistemi giudiziari che autorizzano un individuo a lamentare non una *violazione attuale e concreta* di un proprio diritto, bensì la non compatibilità di una previsione giuridica con il sistema dei diritti senza che vi sia stata una concreta violazione di un diritto proprio⁶⁰².

⁵⁹⁹ Cfr. E. DALY, "Freedom as Non-Domination in the Jurisprudence of Constitutional Rights", cit.: «The most familiar doctrinal approach to interpreting fundamental rights involves a two-stage analysis whereby the court establishes first whether "interference" in the relevant right has occurred, and secondly whether that interference is nonetheless justified as a proportionate mechanism for pursuing certain public interests» (pp. 300-301). Al contrario, l'autore sostiene la necessità, entro l'*account* della non-dominazione, di giudicare casi in cui un diritto viene limitato pur non confliggendo con alcun altro diritto.

⁶⁰⁰ M.C. BARRANCO AVILÉS, "El concepto republicano de libertad y el modelo constitucional de derechos fundamentales", cit., p. 206-207 (corsivi nostri); cfr. anche pp. 210-211.

⁶⁰¹ Ivi, p. 207.

⁶⁰² Cfr., ad esempio, E. DALY, "Freedom as Non-Domination in the Jurisprudence of Constitutional Rights", cit., pp. 307-308, che riporta il caso irlandese *Norris v. Attorney General* (1983), sfociato in seguito nel caso *Norris v. Ireland* (1988), quest'ultimo giudicato dalla Corte EDU. Nel caso irlandese, un uomo lamentava una previsione di una legge irlandese che puniva gli atti sessuali tra uomini senza che la legge fosse stata effettivamente messa in atto nei suoi confronti (senza che, cioè, vi fosse stata *interferenza* alcuna): egli fu giudicato dalla Corte idoneo a presentare il caso anche senza una violazione attuale di un diritto proprio.

Peraltro, se il modello della non-dominazione, come si è visto in precedenza (cfr. *supra*, § 2.6), non presuppone libertà ed eguaglianza come ideali in conflitto tra loro, bensì costituisce un concetto profondamente egualitario, interpretare i diritti alla maniera della non-dominazione potrebbe anche significare favorire un intervento statale più estensivo a tutela del principio di eguaglianza, senza che ciò costituisca una “interferenza” nella libertà privata⁶⁰³.

Se ne comprende dunque la differenza con il modello liberale. Nel modello liberale, infatti, qualsiasi intervento dello Stato

«en la esfera protegida por el derecho se entiende como una vulneración de su contenido. La concepción permanece fiel a la idea de que los derechos constituyen un ámbito de libre disposición individual [...]. El principio que inspira la protección es el de la neutralidad [...] [y] en consonancia con este postulado de neutralidad, los límites que afecten al derecho deben justificarse mediante una ponderación de intereses particulares. [...] Las cuestiones que se plantean en torno a derechos son asuntos de interés particular»⁶⁰⁴.

Il modello neo-repubblicano, come sottolinea Barranco, è invece necessario per giustificare tanto la teoria dei *limiti immanenti* ai diritti tanto quella della *delimitazione* dei diritti⁶⁰⁵. Esso, infatti, riconosce l'esigenza di proteggere taluni interessi fondamentali, come i diritti, i quali, tuttavia, non vengono concepiti come «absolute boundaries»⁶⁰⁶: i diritti, entro lo schema concettuale del neo-repubblicanesimo, sono da concepirsi necessariamente come strumenti *reciproci*, quindi necessitano di interpretazioni limitatrici secondo il contesto concreto.

Da ciò deriva che il *contenuto* dei diritti non è fissato in maniera aprioristica e “per sempre”: in quanto i diritti non sono totalmente preesistenti alla deliberazione politica, essi possono essere visti come il prodotto di quel processo che Michelman definiva «*political jurisgenesis*», che coinvolge il Parlamento (e più in generale tutte le sedi della democrazia deliberativa), i giudici (soprattutto costituzionali) e la cittadinanza⁶⁰⁷. Come ha affermato Bellamy:

«Dialogue also pools perspectives, so that laws can be attuned to the complexity and multiplicity of individuals, situations, and social relations with which they will have to deal. Thus, rights get defined, refined, protected, and respected through various political processes, which allow them to be tailored to particular contexts through primary and secondary legislation and more specific rules and regulations. Debate about rights and debate through and about the polity's constitution are intimately related in this schema. For the struggle for

⁶⁰³ Ivi, p. 314.

⁶⁰⁴ M.C. BARRANCO AVILÉS, “El concepto republicano de libertad y el modelo constitucional de derechos fundamentales”, cit., pp. 212-213.

⁶⁰⁵ Cfr. la bibliografia segnalata da Barranco (p. 224): L. AGUIAR DE LUQUE, “Los límites de los derechos fundamentales”, in *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 14, 1993, pp. 9-34, pp. 20-21, che distingue tra *limiti immanenti* e *limiti intrinseci*; G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de Derechos Fundamentales*, con la collaborazione di R. De Asís Roig, Carlos R. Fernández Liesa, Ángel Llamas Cascón, Universidad Carlos III de Madrid – Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, pp. 587-6161; R. DE ASÍS ROIG, “Sobre los límites de los derechos”, in *Derechos y Libertades*, 3, 1994, pp. 111-130. Cfr., inoltre, la sentenza del *Tribunal Constitucional* n. 11/81, 8 aprile, che distingue tra due tipi di limiti: quelli imposti dalle norme costituzionali, e quelli indiretti, cioè necessari a proteggere non solamente altri diritti costituzionali, bensì anche altri beni costituzionalmente protetti (quindi derivano dal limite generico dell'art. 53 Cost.).

⁶⁰⁶ I. HONOHAN, *Civic Republicanism*, cit., p. 194.

⁶⁰⁷ F. MICHELMAN, “Law's Republic”, cit., pp. 1504-1505. Cfr. L. BACCELLI, “Repubblicanesimo, Neorepubblicanesimo”, cit., p. 22; I. HONOHAN, “Republicans, Rights, and Constitutions: Is Judicial Review Compatible with Republican Self-Government?”, cit., p. 91.

rights is part and parcel of citizen struggles to avoid domination by securing political forms that provide adequate recognition of their evolving and diverse concerns and circumstances»⁶⁰⁸.

Affinché vi sia compatibilità tra la dimensione deontologica e la dimensione teleologica, dunque, è necessario, da un lato, che i diritti possiedano un *contenuto minimo* al quale, appunto, deve essere accordata una protezione in senso deontologico: quel diritto costituirà una “ragione forte” di fronte alla quale le altre ragioni non deontologiche, per prevalere, dovranno essere giustificate in maniera speciale. Dall’altro lato, fuori da quel contenuto minimo esisterà uno spazio di “incertezza” che sarà soppesato e interpretato a partire da ragioni teleologiche di tutela del bene comune, coerentemente con la discussione politica e le esigenze concrete della società in un momento determinato. Questa “doppia natura” dei diritti in senso neo-repubblicano, *deontologica e teleologica* insieme, si comprende ulteriormente a partire dal rapporto tra i diritti e il bene comune.

Come si diceva in precedenza, entro lo schema neo-repubblicano della non-dominazione non vi è contrapposizione tra *interesse individuale e bene comune*. Quest’ultimo, infatti, «consiste en el establecimiento de las condiciones adecuadas para que cada individuo pueda satisfacer sus intereses particulares, estos últimos, si son legítimos, no son contradictorios con el interés particular»⁶⁰⁹. Ciò a partire dal fatto che il neo-repubblicanesimo concepisce i diritti come «los elementos en los que se condensa el bien común», in quanto sistema di valori che, appunto, costituisce il bene comune⁶¹⁰.

Si comprende così quella che Bellamy definisce come «collective dimension» dei diritti: «[a] right is not claimed solely for the individual in question but as a right that can be held and upheld equally by all other individuals – hence the need for a process to collectively agree

⁶⁰⁸ R. BELLAMY, “Constitutive Citizenship versus Constitutional Rights: Republican Reflections on the EU Charter and the Human Rights Act”, cit., pp. 28-29. Cfr. anche R. BELLAMY, “The norms of political constitutionalism: non-domination and political equality”, cit., pp. 145-175, p. 145, ove Bellamy sostiene la tesi per cui rimuovere i diritti dalla politica produce dominazione. In tal senso, si ricorda che la posizione dell’autore è più radicale di quella sostenuta in questa sede: cfr. *supra*, in questo stesso paragrafo (sul *judicial review*). In questa sede, si sostiene invece una posizione simile a quella di J. RAZ, “Rights and Politics”, cit., p. 28., il quale afferma: «Rights [...] cannot be *totally* separated from ordinary politics» (corsivi nostri), ammettendo che, se da un lato i diritti non possono essere *completamente* separati dalla politica, del resto essi non possono essere *totalmente* rimessi ad essa.

⁶⁰⁹ M.C. BARRANCO AVILÉS, “Notas sobre la libertad republicana y los derechos fundamentales como límite al poder”, cit., p. 88. In realtà, in questa prima formulazione Barranco utilizza l’espressione «interés general»; tuttavia, salvo il fatto che dopo passa ad utilizzare l’espressione «bien común» (sottintendendo dunque che nella sua prospettiva le due figure sono intercambiabili), in questa sede si utilizzerà l’espressione *bene comune*, preferendola alla figura dell’*interesse generale*, per le ragioni che verranno indicate nel prosieguo, a partire dalla distinzione tra le due messa a punto da Raz.

⁶¹⁰ M.C. BARRANCO AVILÉS, “El concepto republicano de libertad y el modelo constitucional de derechos fundamentales”, cit., pp. 210-211. È pur necessario sottolineare che, in alcune letture del neo-repubblicanesimo, questa equiparazione non risulta così chiara: cfr., ad esempio, I. HONOHAN, *Civic Republicanism*, cit., p. 1: «Republican politics is concerned with enabling interdependent citizens to deliberate on, and realise, the common goods of an historically evolving political community, at least as much as promoting individual interests or protecting individual rights», ove l’autore pare continuare a distinguere tra i due elementi. Cfr. anche ID., “Republicans, Rights, and Constitutions: Is Judicial Review Compatible with Republican Self-Government?”, cit., p. 90, che riporta questa ipotesi come possibile (pur non condividendola apertamente). In realtà, in questa sede si seguirà l’approccio di Barranco e Raz, che invece, come esposto, individua una relazione di identità tra diritti e bene comune.

on the right»⁶¹¹. E, ancora una volta, se ne può delineare la differenza con il sistema dei diritti concepito da lato liberale:

«In collectively evaluating the nature and limits of rights and providing common means for their realization, [...] the right comes to fall within, rather being separate from and potentially opposed to and ‘trumping’, the common or public good. For the rights that will be viewed as commanding the equal concern and respect of all citizens will be those that correspond to their commonly avowable interests and that therefore provide an equal benefit to all. [...] [N]ot to align rights with the public good in this way has the perverse effect of making rights seem like the privileges of particular individuals rather than the universal entitlements of all citizens»⁶¹².

Colui che meglio ha spiegato questa identificazione tra i *diritti individuali* e il *bene comune* è Joseph Raz. Egli intende sostenere che la protezione dell’interesse individuale sottostante ad un diritto sia giustificabile, in termini pubblici, con la protezione di un interesse pubblico coincidente, appunto, con un bene comune⁶¹³. Ciò è particolarmente evidente, secondo Raz, per i diritti cosiddetti “democratici”, cioè il diritto di voto e i diritti politici, la libertà di associazione e la libertà d’espressione. Raz sostiene che in questi diritti l’interesse protetto non sia esclusivamente individuale, bensì coincida con il bene comune reso possibile dal vivere in un regime democratico: si tratta di un interesse condiviso da tutti, anche da coloro che non godono in prima persona di tali diritti⁶¹⁴. Vi è, cioè, piena coincidenza tra interesse individuale, «*personal well-being*» e bene comune⁶¹⁵.

Tuttavia, è bene distinguere tra *interesse pubblico* e *bene comune*. Il bene comune è un interesse di tutti e va a vantaggio di ciascuno, a differenza dell’interesse pubblico. Nella descrizione di Raz, la differenza tra interesse pubblico e bene comune sta nel fatto che il secondo serve l’interesse di ciascuno in maniera “non competitiva”, cioè tutti possono beneficiarne senza pregiudicare il beneficio altrui⁶¹⁶: inoltre, «rights are never justified just because they serve the public interest. They are justified because rights serve the interest of the rightholder and in doing so they also serve the common good»⁶¹⁷. I diritti, quindi, non appartengono ad un ambito morale privo di conflitti interni, bensì portano con sé un criterio di risoluzione proprio

⁶¹¹ R. BELLAMY, “Rights, Republicanism and Democracy”, cit., pp. 256-257.

⁶¹² R. BELLAMY, “Rights as Democracy”, cit., p. 457.

⁶¹³ J. RAZ, “Rights and Politics”, cit., p. 33.

⁶¹⁴ J. RAZ, “Rights and Politics”, cit., p. 34. Cfr. anche ID., “Rights and Individual Well-Being”, in *Ratio Juris*, 5, 2, 1992, pp. 127-142, ora in ID., *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, cit., pp. 44-59, p. 44.

⁶¹⁵ J. RAZ, *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, cit., p. 46: «A person’s interest will be understood to mean that which is good for him, i.e. that which makes his life intrinsically a better life, better not for others or for a cause but in itself as a human life. This familiar notion of personal well-being is the one that people use in deliberating about their own life, or aspects of it. The notion of the good life for a person is closely connected to the notion of the life that a person would (logically) desire for himself, be proud of or content with, etc. By and large it consists of the successful pursuit of and engagement in worthwhile pursuits, activities, and relationships, and in the absence of factors which impede such success. Once the notion of individual well-being is so understood we can remove the qualification and assert that rights are always to what is in the interest of the right-holder».

⁶¹⁶ Si vedano i due esempi riportati da J. RAZ, “Rights and Politics”, cit., p. 35. Cfr. anche ID., *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, cit., p. 52.

⁶¹⁷ J. RAZ, “Rights and Politics”, cit., p. 39.

di quegli stessi conflitti: questi ultimi, infatti, non sono conflitti tra il titolare dei diritti e tutti gli altri (modello *à la Dworkin*); piuttosto, «[r]ights and their boundaries demarcate the degree to which individual and common interests with [...] which the rights under discussion are concerned are to be protected when they clash with other individual and common interests»⁶¹⁸.

I diritti, secondo Raz, non si giustificano solo ed esclusivamente in base alla categoria dell'*interesse*: avere interesse a qualcosa non giustifica, di per sé, un diritto, motivo per cui deve poterne seguire che il diritto a qualcosa è maggiore dell'*interesse* a qualcosa, si compone, cioè, non solo dell'elemento dell'*interesse*, bensì anche di qualcos'altro. In questo senso, in consonanza con la coincidenza tra il diritto individuale e il bene comune, si comprende perché Raz giunga a sostenere che i diritti si compongono *sia* dell'*interesse* individuale dei loro titolari *sia* degli interessi altrui, quando il modo migliore di servire tali interessi è quello di servire il diritto del titolare e, dunque, il bene comune⁶¹⁹.

Evidentemente, il tema del bene comune ha qualcosa in comune con il tema della virtù⁶²⁰. Nella letteratura repubblicana, sono decisamente inflazionati i riferimenti alla "virtù": si tratta di un elemento che presenta alcune caratteristiche interessanti, in particolare in riferimento alla lettura neo-repubblicana del sistema dei diritti.

Come indica Barranco, la concezione repubblicana della politica e della costituzione si fonda proprio sulla virtù, concepita non più a partire da una pretesa omogeneità morale: è piuttosto il diritto – il sistema dei diritti – che rende possibile la virtù pubblica, facendo sì che lo Stato operi per il bene comune⁶²¹. Ciò risulta interessante, se si considera che per il repubblicanesimo moderno la virtù era tradizionalmente considerata un possibile "sostituto" dei diritti: al contrario, la sua rivalorizzazione entro l'orizzonte neo-repubblicano permette di pensare ad un sistema che integri perfettamente gli elementi del bene comune, della virtù e dei diritti⁶²².

Ma che cosa deve intendersi per *virtù*? Come si diceva, la letteratura sul punto è sconfinata – e prescinde dallo scopo di questo lavoro un'analisi dettagliata sul tema. Tuttavia, si può accennare alla questione ricordando, innanzitutto, che taluni elementi che venivano considerati appartenenti alla categoria politica della virtù nel repubblicanesimo classico e moderno devono oggi evidentemente essere "espunti dall'elenco", per evitare di incorrere in visioni del mondo incompatibili con il sistema dei diritti umani⁶²³. Ciò cui in termini contemporanei le virtù civiche possono risultare utili va necessariamente riferito alle qualità degli *esseri umani*

⁶¹⁸ Ivi, p. 36.

⁶¹⁹ J. RAZ, *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, cit., pp. 46-51.

⁶²⁰ R. DAGGER, *Civic Virtues. Rights, Citizenship, and Republican Liberalism*, cit., p. 14.

⁶²¹ M.C. BARRANCO AVILÉS, "El concepto republicano de libertad y el modelo constitucional de derechos fundamentales", cit., pp. 211-212. Analogamente, Viroli sostiene che la virtù permette di congiungere interesse privato e bene comune: cfr. M. VIROLI, *Repubblicanesimo*, cit., pp. 57-68.

⁶²² I. HONOHAN, *Civic Republicanism*, cit., p. 160. L'integrazione tra virtù, bene comune e diritti è anche lo scopo sotteso al lavoro di R. DAGGER, *Civic Virtues. Rights, Citizenship, and Republican Liberalism*, cit., (si veda, in particolare, p. 5).

⁶²³ Si pensi, per esempio, al fatto che tradizionalmente la virtù (tralasciando la questione etimologica, della derivazione della stessa parola da *vir*, in latino 'uomo di sesso maschile') nell'Antica Roma era associata agli uomini cittadini combattenti con "capacità razionale": se si adottasse un simile modello di virtù, sarebbe evidente l'esclusione delle donne, degli stranieri, delle persone con disabilità, ecc.

(non solo dei ‘cittadini’) che permettono al sistema di avere come obiettivo la realizzazione del bene comune (coerentemente con il sistema dei diritti umani): il rispetto del pluralismo, delle opinioni altrui, l’eguale considerazione e rispetto per gli altri, l’eguaglianza, l’interesse per gli affari politici e per la situazione delle persone più svantaggiate, l’altruismo, l’attitudine partecipativa alle decisioni pubbliche e ai processi deliberativi, il desiderio, cioè, di perseguire il bene comune⁶²⁴. Si tratta degli (alcuni degli) elementi di cui Pettit tratta in termini di «*senso civico e cultura dei diritti*»⁶²⁵: esso richiede, evidentemente, attenzione al valore della *solidarietà* come fonte di integrazione del diritto, piuttosto che la mera obbedienza passiva alle leggi⁶²⁶. Come sottolinea Viroli, inoltre:

«Il cuore del repubblicanesimo è [...] quella passione che ci fa sentire l’oppressione, la violenza, l’ingiustizia e la discriminazione perpetrate contro altri come atti che ci offendono come se noi fossimo le vittime»⁶²⁷.

Queste disposizioni d’animo richiedono anche un ripensamento della classica distinzione liberale tra pubblico e privato⁶²⁸. Mentre il liberalismo, come si è accennato, mira alla costruzione di un *sistema privato dei diritti* in cui lo Stato e gli altri individui devono interferire il meno possibile, il neo-repubblicanesimo mira piuttosto all’estensione dello spazio pubblico⁶²⁹ o, piuttosto, ad una impossibilità di distinzione così netta tra lo spazio pubblico e lo spazio privato: essa, anzi, è spesso stata utilizzata per nascondere e/o favorire pratiche di dominazione⁶³⁰. E proprio a partire da una tale necessità di riconcettualizzazione della distinzione tra pubblico e privato, in maniera circolare, si può comprendere il nesso tra virtù e bene comune: è l’esercizio delle virtù, insieme al rispetto dei diritti, che promuove il bene comune⁶³¹.

Questa nozione di bene comune, in una lettura del sistema dei diritti fondato sulla non-dominazione, può essere letta coerentemente con l’approccio proposto da Baccelli: il bene comune, cioè, è «il bene dei cittadini che desiderano vivere liberi dalla dipendenza personale, e come tale è un bene contrapposto al bene di chi desidera dominare»⁶³². La *virtù*, dunque, si

⁶²⁴ Cfr., *ex multis*, Q. SKINNER, “The Republican Ideal of Political Liberty”, cit., p. 303; M. VIROLI, *Repubblicanesimo*, cit., p. 57; S. BESSON, J.L. MARTÍ, “Legal Republicanism: Mapping the Issues”, cit., pp. 23-24; R. RUIZ RUIZ, *La tradición republicana*, cit., p. 33; R. DAGGER, *Civic Virtues. Rights, Citizenship, and Republican Liberalism*, cit., p. 14; R. GARGARELLA, “El republicanismo”, cit., p. 164.

⁶²⁵ PH. PETTIT, *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*, cit., pp. 241-270 e p. 61.

⁶²⁶ I. HONOHAN, *Civic Republicanism*, cit., p. 162. Sul tema della solidarietà, che qui non può essere oggetto di approfondimento, cfr. S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un’utopia necessaria*, Laterza, Roma-Bari, 2014; G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Humanitarismo y solidaridad social como valores de una sociedad avanzada*, Caritas/ONCE, Madrid, 1991; ID; *Ética, Poder y Derecho. Reflexiones ante el fin de siglo* [1992], Fontamara, México, 2004; J. DE LUCAS, *El concepto de solidaridad*, Fontamara, México, 1993.

⁶²⁷ M. VIROLI, *Repubblicanesimo*, cit., pp. IX-X.

⁶²⁸ S. BESSON, J.L. MARTÍ, “Legal Republicanism: Mapping the Issues”, cit., p. 25.

⁶²⁹ C. LABORDE, J. MAYNOR, “The Republican Contribution to Contemporary Political Theory”, cit., pp. 18-19.

⁶³⁰ In questo senso, risultano perfettamente compatibili con la lettura neo-repubblicana le rivendicazioni della seconda ondata del femminismo del «*the private is political*»: cfr., sul punto, PH. PETTIT, *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*, cit., pp. 138-140.

⁶³¹ R. DAGGER, *Civic Virtues. Rights, Citizenship, and Republican Liberalism*, cit., p. 14.

⁶³² L. BACCELLI, *Critica del repubblicanesimo*, cit., pp. 39-40. Cfr. anche R. DAGGER, *Civic Virtues. Rights, Citizenship, and Republican Liberalism*, cit.: «The second key ingredient in the classical republican conception of

estrinseca nella misura di un' *attitudine personale volta alla non-dominazione*: essere virtuosi significa non esercitare i propri diritti in maniera da creare privilegi per sé e situazioni di dominazione sugli altri. Da un lato, infatti, senza diritti gli individui sarebbero totalmente soggetti all' *imperium* dello Stato e al *dominium* degli altri individui. E tuttavia, con diritti come *trumps* gli individui diventerebbero essi stessi dominanti gli uni nei confronti degli altri. Occorre allora, ancora una volta, rileggere il sistema dei diritti in chiave neo-repubblicana, in modo che essi possano essere interpretati in senso non dominante, coerentemente con le nozioni di virtù e di bene comune. Occorre, cioè, prevedere quello che Lovett definisce «duty of justice»: *l'obbligo universale, appunto, di non dominare*⁶³³. La libertà come non-dominazione, cioè, non si compone solamente di un aspetto *negativo* – cioè la *libertà come non essere dominati* – bensì anche di un aspetto *positivo* – la libertà come *obbligo di non dominare*. Ciò permette di giustificare il c.d. *divieto di abuso dei diritti* in chiave neo-repubblicana⁶³⁴.

Da ciò emerge anche il recupero, in chiave neo-repubblicana, del ruolo dei *doveri*: questi fungono da complemento del sistema dei diritti, che non può funzionare se ciascun individuo non assume i propri doveri civici, oltre che di partecipazione, anche di rispetto e considerazione per gli altri. Come ha più volte indicato Skinner: «[U]nless we place our duties before our rights, we must expect to find our rights themselves undermined»⁶³⁵.

Tuttavia, questa prevalenza dei doveri rispetto ai diritti auspicata da Skinner potrebbe evidentemente favorire esperienze totalitaristiche: è per questo che assicurarsi che il sistema dei diritti sia informato alla non-dominazione permette di scongiurare tale pericolo. Recuperare i propri doveri rispetto ai diritti può anche voler dire, come indicato poc'anzi, interpretare i propri doveri secondo il generale *duty of justice* del non essere dominanti, non dominare gli altri⁶³⁶. Non si intende dunque sostenere, in questa sede, la c.d. «interpretazione standard» del neorepubblicanesimo, ovvero quella fondata «sull'idea di una prevalenza della figura deontica del dovere su quella del diritto soggettivo, e sulla priorità del processo politico di autogoverno sui diritti fondamentali»⁶³⁷. Piuttosto, non si ritiene che vi sia incompatibilità tra il sistema dei diritti e quello dei doveri, senza che l'uno prevalga sull'altro. Come in realtà si sostiene anche da parte di coloro che argomentano per un «ritorno dei doveri», per la loro prevalenza sui diritti,

civic virtue is fear of *dependence*. For republicans, the citizen is someone who rules and is ruled in turn [...]. The person who is completely dependent on another person may be ruled, but is surely in no position to rule. The rule of law is essential, therefore, as a means of avoiding personal dependence» (p. 15).

⁶³³ F. LOVETT, *A General Theory of Domination & Justice*, cit., pp. 224-227.

⁶³⁴ Sul divieto di abuso dei diritti a partire dalla giurisprudenza della Corte EDU, cfr. *infra*, §§ 7.4; 7.5.

⁶³⁵ Q. SKINNER, «The Republican Ideal of Political Liberty», cit., p. 309; ID., «On Justice, the Common Good and the Priority of Liberty», cit., p. 223. Cfr., inoltre, I. HONOHAN, *Civic Republicanism*, cit.: «In contemporary terms, then, the republican message may be that excessive claims of rights without responsibilities are self-destructive, and that those who are concerned with their private rights need to pay attention to their public duties. The disagreement with liberals is less about the *nature* of freedom than its *conditions*» (p. 15).

⁶³⁶ In questo senso, si può dunque comprendere una disposizione innovativa come quella contenuta nell'art. 28 della Carta Africana dei Diritti Umani e dei Popoli: «Every individual shall have the duty to respect and consider his fellow beings without discrimination, and to maintain relations aimed at promoting, safeguarding and reinforcing mutual respect and tolerance».

⁶³⁷ L. BACCELLI, «Repubblicanesimo, Neorepubblicanesimo», cit., p. 20.

«garantiamo i diritti degli altri adempiendo ai nostri obblighi, mentre gli altri adempiono ai loro obblighi e così garantiscono i nostri diritti»⁶³⁸. D'altra parte, l'attenzione alla «teorica del dovere» serve a rifiutare l'egoismo della libertà come non-interferenza. Evidentemente, sostenere una concezione della libertà come non-dominazione, che si compone di una dimensione sociale preponderante, significa riassegnare il giusto ruolo anche ai doveri⁶³⁹.

La reinterpretazione del ruolo dei doveri entro la concezione della libertà dalla dominazione, lo si sottolinea, tende a privilegiare non solo i doveri civici nei confronti della comunità politica, del *pubblico*, bensì anche il dovere di non dominare, soprattutto nelle *relazioni tra privati*. Questa differenza si comprende bene in un dialogo tra Viroli e Bobbio:

«VIROLI. Non ti sembra che per realizzare veramente l'età dei diritti sia necessario il senso del dovere?

BOBBIO. L'esigenza dei diritti nasce dalla necessità di difendersi dalla prepotenza e dall'oppressione, da tutte le forme di potere dispotico di cui abbiamo avuto esperienza nella nostra vita. Abbiamo rivendicato i diritti in opposizione al dispotismo che esige dai sudditi solo doveri e non riconosce diritti. [...]

VIROLI. Capisco il tuo ragionamento. Ma se prendi sul serio i diritti, devi prendere sul serio i doveri: *il dovere di difendere la libertà comune, il dovere di rispettare i diritti degli altri individui*»⁶⁴⁰.

Evidentemente, Bobbio, nel difendere il ruolo dei diritti contro quello dei doveri, sta pensando ai doveri derivanti dalla relazione *verticale* Stato-individuo, mentre Viroli aggiunge la necessità di ripensare al ruolo dei doveri nella relazione *orizzontale* individuo-individuo. Se si interpretano i doveri in quest'ultimo senso, pertanto, si può sostenere la necessità di prevedere il dovere di non dominare tanto quanto il diritto di non essere dominati: doveri e diritti, in questa chiave, sono intrinsecamente collegati.

Inoltre, la retorica della prevalenza del dovere sui diritti pare fondarsi su concezioni dei diritti fondate a loro volta sulla libertà dall'interferenza, *à la* Dworkin: i diritti, in questo senso, «producono [...] la separazione» degli esseri umani, «isolano l'individuo», «lo rinchiudono in una sfera "privata"»⁶⁴¹: è evidente che l'immagine dei diritti che si ha quando si «criticano» i diritti per far riemergere i doveri è quella dei *rights as trumps*. Se, invece, si interpretano i diritti a partire dalla libertà dalla dominazione, non si ottiene, come si è visto, un sistema individualista; anzi, il modello cui pare improntato l'ideale della non-dominazione è piuttosto quello della cooperazione. I diritti fondati sulla libertà dalla dominazione, in sostanza, possono rappresentare una buona mediazione tra le due esigenze, tant'è vero che il sistema dei diritti

⁶³⁸ T. GRECO, «Prima il dovere. Una critica della filosofia dei diritti», in S. MATTARELLI (a cura di), *Il senso della Repubblica. Doveri*, FrancoAngeli, Milano, 2007, pp. 15-30, p. 29.

⁶³⁹ S. MATTARELLI, «Sui doveri», in ID. (a cura di), *Il senso della Repubblica. Frontiere del repubblicanesimo*, cit., pp. 61-63, p. 65.

⁶⁴⁰ N. BOBBIO, M. VIROLI, *Dialogo intorno alla repubblica*, cit., p. 39 (corsivi nostri).

⁶⁴¹ T. GRECO, «Prima il dovere. Una critica della filosofia dei diritti», cit., pp. 16-17. Cfr. anche ID., «Il ritorno dei doveri», in *Cultura e diritti per una formazione giuridica*, 1, 1, 2012, pp. 91-98; ID., «La doppia forza dei diritti. Una riflessione sulle garanzie», in *Methodo. International Studies in Phenomenology and Philosophy*, 2, 1, 2014, pp. 135-150; ID., «Algunas reflexiones sobre la horizontalidad del Derecho», in *Crónica Jurídica Hispalense*, 14, 2016, pp. 109-132. Si veda anche, più in generale, ID., *Diritto e legame sociale*, Giappichelli, Torino, 2012.

che ne risulterebbe, come si è visto, permetterebbe un bilanciamento tra i diritti e gli scopi sociali. Non si può, cioè, rinunciare al «discorso dei diritti»⁶⁴²: occorre solo reinterpretarli.

2.8.4 – Conclusione: rifondare i diritti sulla non-dominazione

Per riassumere, è possibile avanzare un'interpretazione neo-repubblicana del sistema dei diritti umani fondata sulla libertà dalla dominazione (che, come si vedrà, verrà applicata al sistema concreto dell'esperienza europea del Consiglio d'Europa; cfr. *infra*, §§ 7.4; 7.5).

Un siffatto ideale permette di distinguere tale sistema da quello tipicamente liberale fondato su un'ideale di libertà maggiormente assimilabile alla concezione della non-interferenza, sia essa formale o reale, combinata o meno con l'ideale dell'eguaglianza.

Se si interpreta dunque la libertà dalla dominazione come il possibile *right to rights*, il fondamento dell'intero sistema dei diritti, cui tutti i singoli diritti devono essere ispirati, si comprende come la tutela dei diritti debba necessariamente rifarsi ad un ordine che tutela non solamente l'esperienza soggettiva individuale del godimento dei diritti, bensì anche un ordine oggettivo di valori coerenti, appunto, con l'ideale della non-dominazione.

La dimensione oggettiva dei diritti, entro questa concezione, si presenta come una “doppia negazione”: da un lato, della teoria dei diritti naturali, preesistenti alla deliberazione politica, in relazione di prevalenza deontologica su qualsiasi altra ragione; dall'altro, della teoria dei diritti esclusivamente politico-procedurale, fondata sul *self-government* e sulla sovranità popolare. Per comprendere il sistema dei diritti fondato sulla non-dominazione, cioè, occorre ricordare un doppio monito. Da un lato, infatti, la sottrazione completa dei diritti alla discussione politica è essa stessa fonte di possibile dominazione: i diritti, infatti, potrebbero costituire l'espressione valoriale di un gruppo egemonico contro gli altri⁶⁴³. Dall'altro, tuttavia, se si rendono i diritti completamente malleabili dalla deliberazione politica, se, cioè, li si sottomette completamente all'*impetus* partecipativo-democratico, si rischierebbe di implementare a maggioranza un sistema di dominazione⁶⁴⁴.

È dunque necessario, per evitare la dominazione, ripartire dalla proposta habermasiana della co-originarietà di diritti e sovranità popolare: i diritti, cioè, devono necessariamente rappresentare le strutture trascendentali di qualsiasi argomentazione politica. Tuttavia, come si è visto, nella riflessione di Habermas manca l'ideale della non-dominazione, che può essere utilizzato per portare l'idea della co-originarietà entro l'alveo della riflessione sviluppata in questa sede. Queste strutture trascendentali e discorsive costituiranno al contempo la garanzia di un procedimento politico improntato alla non-dominazione e il suo stesso risultato.

⁶⁴² Sul punto, si veda F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, “De los derechos a los deberes? Una primera aproximación”, in L. MIRAUT MARTÍN (dir.), *Imágenes contemporáneas de la realización de los derechos en la cultura jurídica iberoamericana*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 41-52: «Pero una cosa es denunciar, con razón, la retórica abusiva de los derechos y otra es confundir esa retórica con el discurso de los derechos. Este discurso, fraguado históricamente, tiene una dimensión emancipadora irrenunciable. No cualquier alusión a los derechos, no todo empleo del término puede ser identificado con el discurso de los derechos» (p. 46).

⁶⁴³ Lo ricorda R. BELLAMY, “The norms of political constitutionalism: non-domination and political equality”, cit., p. 151.

⁶⁴⁴ I. HONOHAN, “Republicans, Rights, and Constitutions: Is Judicial Review Compatible with Republican Self-Government?”, cit., pp. 88-89.

Per rendere concretamente compatibile questa doppia natura, è necessario ricordare che da un lato i diritti possiedono un *contenuto minimo*, che rappresenta la tutela *deontologica* dell'ideale della non-dominazione. Se non esistesse quel contenuto minimo e/o esso non fosse onorato, non vi sarebbe possibilità di improntare i rapporti umani alla libertà dalla dominazione: si immagini, ad esempio, un sistema che non tutela la libertà d'espressione individuale. È evidente che se non esistesse un contenuto minimo di tutela della libertà d'espressione in uno Stato democratico, gli individui sarebbero sottoposti alla dominazione. Dall'altro, tuttavia, il contenuto del diritto che "eccede" il contenuto minimo dev'essere suscettibile di adattamento alle situazioni concrete di dominazione che potrebbero insorgere, ad esempio, proprio attraverso l'utilizzo di quello stesso diritto. Ciò significa che ciò che *non* rientra nel *contenuto minimo* di tale diritto potrà essere oggetto di interpretazione *teleologica*, ovvero di *bilanciamento dei diritti con determinati scopi sociali*: quelli volti alla riduzione della dominazione. Si pensi, ancora una volta, al diritto alla libertà d'espressione: se si stabilisce che l'utilizzo della stessa per offendere terzi lede determinati scopi sociali (la protezione contro la dominazione discorsiva), si potrà limitare quel diritto proprio a favore di quei particolari scopi.

Si tenga presente, dunque, che entro una lettura neo-repubblicana del sistema dei diritti fondata sulla libertà dalla dominazione *non è necessario* che vi sia la lesione di *un altro diritto* affinché lo Stato sia chiamato ad intervenire per limitare un diritto individuale. Come si è visto, infatti, lo Stato può intervenire a tutela dell'ordine valoriale oggettivo su cui si basano i diritti.

Ciò rimanda, evidentemente, anche alla connessione tra l'interesse individuale e il bene comune: come si è detto, nell'interpretazione neo-repubblicana dei diritti queste due figure coincidono. In questo senso, non vi sarà contrapposizione tra un diritto individuale e il bene comune: il diritto individuale dovrà essere suscettibile di interpretazione coerente con il bene di tutti. L'esercizio di un diritto, cioè, non potrà essere portato all'estremo tanto da arrecare un pregiudizio per il bene comune (in questo caso, la libertà dalla dominazione). Se la libertà dalla dominazione è al contempo il *fondamento* del sistema dei diritti e il suo *obiettivo* (approccio *deontologico* e *teleologico* insieme), occorrerà interpretare i diritti, fondati sulla non-dominazione, coerentemente con gli scopi sociali volti alla non-dominazione.

Inoltre, se i diritti coincidono con la virtù, ciò che permette di recuperare il ruolo dei doveri, si può sostenere che un sistema neo-repubblicano, coerentemente con quanto sostenuto fino ad ora, sarà volto all'implementazione di un generale *dovere di non dominare*, cioè di improntare i propri comportamenti in maniera rispettosa del sistema dei diritti. Ciò può implicare, da un lato, la necessità della previsione di un *divieto dell'abuso dei diritti* (cfr. *infra*, §§ 7.4; 7.5) e, dall'altro, la tutela dei diritti non solamente *verticale*, cioè nelle relazioni Stato-individuo, bensì anche e soprattutto *orizzontale*, cioè nelle relazioni individuo-individuo.

Riconoscere la dimensione orizzontale dei diritti significherebbe rivoluzionare il sistema della protezione dei diritti umani a livello internazionale e regionale. Si pensi, ad esempio, al caso della Convenzione Europea dei Diritti Umani: come è noto, la giurisdizione della Corte EDU per violazioni dei diritti riconosciuti nella Convenzione sussiste solamente nel caso in cui l'atto sia imputabile ad uno Stato parte: essa *non* ha, cioè, *efficacia orizzontale diretta*.

Al contrario, se il sistema dei diritti umani viene interpretato attraverso il prisma della libertà dalla dominazione, tale efficacia dovrebbe essere direttamente riconosciuta⁶⁴⁵.

La libertà dalla dominazione come chiave di lettura dei diritti, in concreto, può spiegare i suoi effetti se applicata a casi e diritti particolari, come quello della libertà d'espressione. Interpretare la libertà d'espressione a partire dall'ideale liberale della non-interferenza o dall'ideale neo-repubblicano della non-dominazione, infatti, può condurre a risultati piuttosto diversi tra loro. Lo scopo del prossimo capitolo, dunque, sarà quello di delineare i tratti caratteristici dei due modelli di libertà d'espressione e *hate speech*.

⁶⁴⁵ Cfr. E. DALY, "Freedom as Non-Domination in the Jurisprudence of Constitutional Rights", cit., p. 306.

CAPITOLO 3

Libertà d'espressione: tra libertà negativa e positiva

3.1 – Premessa: due concezioni tradizionali della libertà d'espressione

In questa parte del lavoro, i due concetti di libertà e diritti (liberale e neo-repubblicano) analizzati in precedenza verranno utilizzati come linee interpretative a partire dalle quali impostare la riflessione su due differenti concezioni filosofiche in tema di libertà d'espressione (cfr. *infra*, §§ 3.2; 3.3). Si può infatti sostenere che esse soggiacciono alle diverse posizioni emerse nel dibattito sull'*hate speech*: pertanto, esse costituiranno una sorta di “legenda” utile alla classificazione di tali posizioni.

Il discorso d'odio e la scelta circa l'opportunità di una sua regolazione chiamano direttamente in causa il diritto alla libera espressione, venendo l'eventuale scelta di proibire l'*hate speech* a configurarsi come una sua possibile limitazione. Pertanto, per comprendere meglio le diverse posizioni sull'*hate speech* è opportuno fare riferimento a quelli che potrebbero essere definiti “approcci tradizionali” alla libertà d'espressione: essi costituiscono le basi su cui si innestano gli argomenti a favore o contro la proibizione del discorso d'odio. Se la domanda di partenza è “*Si deve proibire l'hate speech?*”, la risposta, *prima facie*, può essere duplice. Così, si definiscono «*proibizionisti*»¹ coloro che risponderebbero affermativamente, sostenendo la causa dei *ban*, alla possibilità della limitazione della libertà d'espressione nel caso dell'abuso di tale libertà che sfocia nel discorso d'odio o, in taluni casi, giungendo quasi a prefigurare l'esistenza di un vero e proprio “diritto alla regolazione” della libertà d'espressione. Al contrario, si definiscono «*opposizionisti*»² coloro che risponderebbero negativamente, opponendosi ai *ban* e alla limitazione della libertà d'espressione (cfr. *infra*, 6.3).

Al fine di un'utile schematizzazione dei due approcci “tradizionali”³ alla libertà d'espressione, si utilizzerà qui una divisione in due correnti, che prendono le mosse, a livello teorico, da una distinzione tra il discorso *liberale* e il discorso *democratico-repubblicano* come basi di partenza per una teoria dell'opinione pubblica che include la libertà d'espressione come

¹ E. HEINZE, *Hate Speech and Democratic Citizenship*, Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 24.

² Ivi, p. 24.

³ Per un collegamento tra questi due approcci e la visione della democrazia che essi implicano, definiti come «democrazia neutrale o tollerante» e «democrazia militante» (corrispondenti rispettivamente, secondo l'autore, al modello statunitense e al modello europeo), cfr. M. REVENGA SÁNCHEZ “Los discursos del odio y la democracia *adjetivada*: tolerante, intransigente, ¿militante?”, in ID. (dir.), *Libertad de expresión y discursos del odio*, «Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos», Universidad de Alcalá, Servicios de Publicaciones del Defensor del Pueblo, 12, 2015, pp. 15-32; F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, “Libertà di espressione, discorsi d'odio, soggetti vulnerabili: paradigmi e nuova frontiera”, in *Ars Interpretandi*, 1, 2017, pp. 29-48, pp. 43-45. I modelli della «democrazia neutrale» e «militante» saranno ripresi nel CAP. 7, quando si metteranno a fuoco le diverse risposte giuridiche all'*hate speech* date in ambito statunitense ed europeo.

elemento fondamentale⁴. Essi si fondano su due distinti percorsi verso la libertà, cui soggiacciono, rispettivamente, le concezioni della libertà *negativa* e *positiva*⁵.

Il significato che si attribuisce al concetto di *opinione pubblica*⁶ risulta di particolare importanza: da un lato, esso aderisce ad una concezione *soggettiva* per il liberalismo e, dall'altro, è maggiormente ancorato a dimensioni *oggettive* per il pensiero democratico-repubblicano. Questa ulteriore distinzione permette di comprendere la maggiore o minore enfasi che, in ciascuno dei due modelli, si porrà sulla libertà individuale o sul contenuto dell'espressione stessa.

Questi due modelli di libertà d'espressione si comprendono appieno dopo aver messo a punto un'analisi dei concetti di libertà e diritti nei modelli liberale e neo-repubblicano (cfr. *supra*, CAP. 2). Tuttavia, come si sottolineerà nel prosieguo, per quanto concerne il modello neo-repubblicano, la sua traslazione alla concezione della libertà d'espressione ha evidentemente tralasciato l'ideale della non-dominazione: come si è detto, infatti, le concezioni tradizionali della libertà d'espressione paiono muoversi tra la libertà *negativa* e *positiva*⁷, lasciando da parte la libertà come *non-dominazione*. Nella letteratura repubblicana sulla libertà d'espressione, infatti, non si rinvencono contributi significativi al tema che impostino la questione a partire dalla generale concezione della libertà a partire da tale ideale. Come si metterà in luce in seguito (cfr. *infra*, § 3.3.2), in seno al modello neo-repubblicano della libertà d'espressione è infatti prevalso l'approccio *istituzionale* (o *democratico-repubblicano*; cfr. *supra*, § 2.8.2).

L'ipotesi di lavoro, in questa sede, è che l'assenza dell'ideale della non-dominazione nel dibattito sulla libertà d'espressione derivi dal prevalere, tanto nell'approccio liberale quanto in quello democratico-repubblicano, di una particolare tesi sulla distinzione tra discorso [*speech*] e azione [*action*]: a tal fine, occorrerà recuperare la teoria degli atti linguistici e la teoria della performatività (cfr. *infra*, CAP. 4), per mostrare la necessità dell'approccio della non-dominazione fondato sul rifiuto di tale distinzione. L'obiettivo delle parti successive del

⁴ Cfr. J.M. RODRÍGUEZ URIBES, *Opinión pública. Concepto y modelos históricos*, Prólogo de Gregorio Peces-Barba Martínez, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales, Madrid-Barcelona, 1999. Come segnala Rodríguez Uribe (p. 25), che adotta la distinzione tra teoria «liberale» e teoria «democratica», sarebbe possibile adottare anche altre terminologie, per esempio quella di Barbara Goodwin, che distingue tra teoria «democratico-liberale» e «teoria radicale» (B. GOODWIN, *El uso de las ideas políticas*, trad. di E. Lynch, Barcelon, Península, 1993, p. 253), oppure quella adottata da Jürgen Habermas, che distingue tra la concezione «liberale» e la concezione «repubblicana» (J. HABERMAS, “Derechos humanos y soberanía popular: las concepciones liberal y republicana”, in *Derechos y Libertades*, 3, trad. di J. González Amuchastegui, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid – Boletín Oficial del Estado, maggio-dicembre, 1994, pp. 215-230).

⁵ J.M. RODRÍGUEZ URIBES, *Opinión pública. Concepto y modelos históricos*, p. 26, sottolinea il collegamento tra gli approcci «liberale» e «democratico» e la distinzione proposta da Isaiah Berlin tra *libertà negativa* e *libertà positiva* (I. BERLIN, *Two Concepts of Liberty* [1969], in ID., *Liberty. Incorporating Four Essays on Liberty*, ed. by H. HARDY, with an essay on Berlin and his critics by I. HARRIS, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 166-217; cfr. sul punto, *supra*, CAP. 1). I due modelli coincidono con due distinte teorie e dottrine che, negli Stati Uniti, sono emerse in relazione al Primo Emendamento e che la giurisprudenza (come si vedrà in seguito, cfr. *infra*, §§ 7.2; 7.3) ha applicato in maniera non unitaria, oscillando tra l'uno e l'altro modello: si tratta di quelli che Robert Post definisce modello del «marketplace of ideas» e modello del «democratic self-government», R. POST, “Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence”, in *California Law Review*, 88, 2000, pp. 2353-2374.

⁶ Per il collegamento tra l'opinione pubblica e la libertà d'espressione, cfr. M. SAAVEDRA LÓPEZ, *La libertad de expresión en el Estado de Derecho. Entre la utopía y la realidad*, Ariel, Madrid, 1987, p. 25.

⁷ «A distinction is thus drawn between a libertarian and a democratic theory of speech», O. FISS, *The Irony of Free Speech*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1996, p. 3.

lavoro, dunque, sarà proprio quello di vagliare la possibilità, entro un'analisi della teoria della performatività, di un *recupero* dell'ideale della non-dominazione entro il dibattito sull'*hate speech* per favorire posizioni proibizioniste, tratteggiando alcune delle possibili conclusioni che deriverebbero dal prendere sul serio la libertà come non-dominazione e la teoria della performatività entro questo dibattito.

Prima di procedere ad una breve indagine circa gli approcci filosofici “tradizionali” al tema della libertà d'espressione, è bene avanzare una chiarificazione metodologica. Potrà sembrare, infatti, che l'analisi di alcuni dei contributi all'elaborazione di una teoria *liberale* della libertà d'espressione, che in questa sede comincia, storicamente, con Spinoza, Milton e Mill, risulti eccessivamente preponderante rispetto all'altro dei due paradigmi. In realtà, ciò è dovuto al fatto che la riflessione sul diritto alla libertà d'espressione nasce in seno a quello che col tempo finirà per divenire il “colosso” del paradigma liberale. Ciò non significa che, dal punto di vista storico, la nascita di un approccio più marcatamente *democratico-repubblicano* non costituisca un tema di altrettanta importanza, tanto da giungere a costituire un vero e proprio modello alternativo a quello liberale.

Ai fini del presente lavoro, risulta interessante accennare, da un lato, alle idee fondamentali della concezione tipicamente liberale e, dall'altro, alle critiche che ad esso sono state avanzate a partire da una concezione democratico-repubblicana, proprio perché, come si vedrà meglio in seguito (e soprattutto in sede di analisi delle diverse posizioni nel dibattito sull'*hate speech*), gli autori che argomentano a favore o contro la possibilità di limitazione della libertà d'espressione lo fanno o sostenendo o, al contrario, criticando le ragioni proprie della concezione liberale⁸. Si tratta infatti di una questione che chiama in causa il ruolo della libertà d'espressione in quanto dimensione fondamentale dei regimi democratici. Inoltre, dal momento che in questa sede si intenderà trattare della libertà d'espressione come diritto fondamentale – oltre che della possibilità di individuare gli altri diritti fondamentali con cui essa giunge a confliggere nel caso dell'*hate speech* –, occorre domandarsi *perché* il carattere “assoluto” o meno di tale diritto risulti rilevante e perché, soprattutto, tale caratteristica permetta di distinguere il diritto alla libertà d'espressione dagli altri diritti fondamentali.

Senza pretendere di esaurire la questione in sede introduttiva, rimandando alla parte del lavoro che sarà dedicata all'analisi giurisprudenziale (cfr. *infra*, CAP. 7), occorre tuttavia accennare qui un'importante caratteristica della libertà d'espressione: quella della c.d. *posizione*

⁸ Coerentemente con questa impostazione, M. REVENGA SÁNCHEZ segnala che «[s]egún sean nuestras propensiones más o menos *comunitaristas* o *liberales*, así tenderemos a contemplar los límites [a la libertad de expresión] como más o menos legítimos», in “Los discursos del odio y la democracia *adjetivada*: tolerante, intransigente, ¿militante?”, in ID. (dir.), *Libertad de expresión y discursos del odio*, «Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos», Universidad de Alcalá, Servicios de Publicaciones del Defensor del Pueblo, 12, 2015, pp. 15-32, p. 15. Pare riferirsi a tali due approcci Alfonso Di Giovine, quando individua due diverse risposte al problema della limitazione della libertà d'espressione: la prima tendenzialmente “assolutista” (quella degli «*absolutists*»), che concepisce l'illimitatezza della libertà d'espressione a tutela dei principi liberali; la seconda maggiormente “relativista” (quella dei «*relativists*»), che sostiene la necessità di ponderazioni tra le libertà individuali e l'«assetto costituito», A. DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero. Linee di riflessione teorica e profili di diritto comparato come premesse a uno studio sui reati d'opinione*, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 75-76 e 90-95. Inoltre, Di Giovine identifica entrambe le posizioni come liberali, sostenendo che la seconda costituisce una “correzione” della prima (di matrice maggiormente *libertarian*) (pp. 83-89).

*preferente*⁹. Essa, nei sistemi democratici, garantisce l'esistenza stessa della democrazia, che non può essere concepita se non entro un contesto di generale libertà d'espressione, ciò che permette di porre la questione della garanzia anche degli altri diritti. Tale posizione preferente giustifica, in prima battuta, il trattamento "prioritario" della libertà d'espressione e chiama in causa la necessità di giustificazioni forti nel caso della sua limitazione. Il problema potrebbe quindi essere formulato come segue: dato il carattere preferente della libertà d'espressione, sostenere la possibilità di una sua restrizione attraverso leggi contro l'*hate speech* richiede un'indagine particolarmente accurata e argomenti particolarmente forti.

Un'ultima considerazione risulta fondamentale. I due modelli a cui si farà riferimento nel prosieguo costituiscono, in qualche modo, un'approssimazione a due diverse modalità filosofico-politiche di concepire il tema della libertà d'espressione a partire da due diverse impostazioni di natura *finalistico-utilitaristica*: essi, infatti, rispondono alla domanda "Qual è il valore tutelato dalla libertà d'espressione?". Tale domanda, tuttavia, non esaurisce, di per sé, l'indagine filosofica in tema di libertà d'espressione, che è stata, nel tempo, affrontata a partire da numerosi principi¹⁰ che, anche (e forse soprattutto) a partire dalla giurisprudenza statunitense sul Primo Emendamento, sono stati elaborati come possibili risposte al problema del nucleo essenziale della libertà d'espressione. Questi principi, secondo una logica diversa da quella finalistico-utilitaristica, intendono rispondere alla domanda "Qual è il fondamento della libertà d'espressione?" e risulteranno utili, di volta in volta, per comprendere l'impostazione che i vari autori che hanno partecipato al dibattito sulla libertà d'espressione e sull'*hate speech* hanno utilizzato. Ciò significa, dunque, che da un lato si trovano le ragioni *di scopo* che informano la "risposta politica" di ciascun pensatore circa l'adesione all'uno o all'altro paradigma e, dall'altro, le ragioni *di principio* che vengono di volta in volta utilizzate.

Tuttavia, pur potendosi constatare una generale tendenza all'utilizzo di taluni tipi di argomenti nell'uno o nell'altro modello (ad esempio, degli argomenti *rights-based* nel modello liberale o degli argomenti facenti maggiormente leva sulla partecipazione democratica nel mo-

⁹ La dottrina della *posizione preferente* viene utilizzata dalla Corte Suprema degli Stati Uniti d'America a partire dal 1938 per giustificare la particolare importanza della libertà d'espressione, come diritto fondamentale, entro l'impalcatura costituzionale statunitense: cfr. *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938); *Schneider v. State of New Jersey*, 308 U.S. 147 (1939); *Jones v. the City of Opelika*, 316 U.S. 584 (1942). Cfr., inoltre, S. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *La libertad de expresión*, Marcial Pons, Madrid, 1992, pp. 49-52.

¹⁰ Numerosi sono i principi che sono stati utilizzati nelle diverse teorie a giustificazione della libertà d'espressione. Si consideri, ad esempio, F. SCHAUER, *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, Cambridge University Press, Cambridge, 1982, il quale individua i principali come segue: «argument from truth», «argument from democracy», «the good life», «individuality» (pp. 15-72). E. BARENDT, *Freedom of Speech*, Oxford University Press, Oxford, 2007, dal canto suo, individua gli argomenti della «discovery of truth», del «self-fulfillment», della «citizen participation in democracy» e della «suspicion of government» (pp. 7-23), e gli interessi, rispettivamente, dello *speaker* a diffondere il proprio messaggio, dell'*audience* a riceverlo e l'interesse pubblico generale (pp. 27-30). TH.I. EMERSON, "Toward a General Theory of the First Amendment", in *Yale Law Journal*, 72, 1963, pp. 877-956, invece, riassume i principi sottesi alla protezione della libertà d'espressione come segue: 1) «individual self-fulfillment»; 2) mezzo per il raggiungimento della verità; 3) mezzo per assicurare la partecipazione; 4) bilanciamento tra stabilità e cambiamento sociale. In tutte e tre le ricostruzioni, si tratta, a ben vedere, di diversi modi di alludere ai medesimi principi, cosicché si può sostenere che, nonostante gli *account* della libertà d'espressione siano diversi di autore in autore, in realtà essi si fondano pressoché sulle stesse considerazioni fondamentali.

dello democratico-repubblicano), è d'obbligo precisare che molto spesso argomenti che sogliono far parte della logica di un determinato modello politico sono stati utilizzati per allinearsi con posizioni maggiormente aderenti al modello opposto¹¹. Ciò significa, dunque, che la classificazione a cui si tenterà di procedere nel prosieguo risulta inevitabilmente *tendenziale*, essendo oggetto di continui slittamenti e contraddizioni interne.

3.2 – Il liberalismo: dagli approcci classici all'elaborazione del modello *libertarian*

La concezione liberale-classica della libertà d'espressione (cfr. *infra*, § 3.2.1) può essere distinta da quella *libertarian*: come si vedrà nell'analisi che segue, il liberalismo classico, pur assegnando una grande importanza a tale libertà, ne sosteneva una concezione compatibile con alcune limitazioni in taluni casi. Al contrario, il pensiero *libertarian* pare scivolare verso una concezione tendenzialmente assoluta della libertà d'espressione, restia ad ammetterne la limitazione, soprattutto in caso di *hate speech*. Il liberalismo egualitario, invece, dal quale pure ci si dovrebbe attendere una maggiore mitezza di posizione, pare finire per rin vigorire le stesse ragioni del *libertarianism* nella tutela della libertà d'espressione (cfr. *infra*, § 3.2.2).

3.2.1 – Il liberalismo classico

È in seno al liberalismo classico che furono gettate le basi per una vera e propria filosofia della libertà d'espressione¹². Lungi dall'entrare nel vivo delle riflessioni degli autori che permettono suddetta costruzione teorica di tale paradigma (il che eccederebbe i limiti del presente lavoro), ci si limita in questa sede a ricordarne alcuni aspetti salienti che possono essere d'aiuto per una comprensione più approfondita del dibattito sull'*hate speech*. Non si tratta, qui, di riproporre un'analisi di tutti gli argomenti e degli elementi che hanno caratterizzato il dibattito sulla libertà d'espressione; al contrario, ci si concentrerà su alcuni elementi di natura teorico-generale, per poter passare, in seguito, ad innestare su queste basi il dibattito contemporaneo sui limiti alla libertà d'espressione nel caso dell'*hate speech*¹³.

¹¹ Come si vedrà, ad esempio, per quanto la logica liberale *rights-based* risulti *prima facie* maggiormente coerente con il primo dei due modelli, quello del *marketplace of ideas*, argomenti fondati sui diritti individuali (come ad esempio il diritto alla partecipazione nella formazione dell'opinione del governo democratico) sono stati utilizzati da autori che, rifiutando la logica tradizionale del libero mercato delle idee, hanno argomentato a favore della non restrizione della libertà d'espressione nel caso dell'*hate speech* entro un paradigma democratico-repubblicano.

¹² La dimostrazione di questa tesi costituisce l'obiettivo del lavoro, ormai classico in Spagna, di F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1994. Il lavoro del Professor Ansuátegui può essere utilizzato (fra le altre cose) come un utile strumento di analisi delle tesi di Spinoza, Locke e Milton sulla libertà d'espressione. Dell'opera esiste una traduzione parziale in italiano: F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Libertà d'espressione: ragione e storia*, traduzione e cura di A. DI ROSA, Giappichelli, Torino, 2018.

¹³ Non si terranno dunque in considerazione elementi, anche piuttosto importanti, quali ad esempio i fattori economico-sociali, come quello della proprietà come requisito essenziale per un effettivo esercizio della libertà d'espressione nella proposta censitaria del liberalismo: sul punto, si veda F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, "Libertad de expresión y liberalismo en el siglo XIX", in G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, E. FERNÁNDEZ GARCÍA, R. DE ASÍS ROIG, F.J. ANSUÁTEGUI ROIG (dir.), *Historia de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 1998, tomo III, vol. II, libro I, pp. 1-66, pp. 16-24. Per le origini liberali della libertà d'espressione, in una prospettiva storica, in

Come si è anticipato, alla fine di una categorizzazione del modello liberale di libertà d'espressione risulta utile partire dalla definizione del tipo di *opinione pubblica* che questo presuppone. Come sottolinea J. M. Rodríguez Uribes, l'opinione pubblica del modello liberale viene in rilievo in senso *soggettivo*: essa si concentra cioè sul *soggetto* che pone in essere l'attività di espressione dell'opinione. Non è importante il *contenuto* dell'espressione stessa; al contrario, ciò che dà fondamento al modello liberale è che il «libero mercato delle idee»¹⁴ è composto da *soggetti agenti* dei quali risultano preminenti i *diritti individuali di libertà*: la libertà è in questo modello il punto di partenza e, insieme, il punto di arrivo¹⁵.

Ciò significa che, entro il modello liberale della libertà d'espressione, si pone maggiore enfasi sulla modalità espressiva (il *chi* e il *come* della stessa), piuttosto che sul suo contenuto (il *che cosa*). Si tratta di una caratteristica che, come si vedrà nell'accennare alle riflessioni di alcuni autori, permette di approssimarsi maggiormente alla possibilità di concepire la libera espressione in senso tendenzialmente *assoluto*. Tuttavia, ciò non comporta la *totale* assenza di limiti alla libertà d'espressione¹⁶: questi stessi limiti, al contrario, garantiscono un'espressione libera; eppure essi non costituiscono né il punto di partenza né il punto di arrivo della riflessione sulla libera espressione, che continuano, al contrario, ad essere costituiti dall'elemento della *libertà*. In questo senso, i limiti dovranno essere estremamente circoscritti.

Definire il modello liberale di approccio al tema della libertà d'espressione, inoltre, risulta interessante poiché esso si fonda su un preciso modo di concepire i diritti fondamentali (cfr. *supra*, § 2.7): tale modello, fondato sull'autonomia individuale, teorizza i diritti come uno spazio di non-interferenza (quello che si è definito «non-interferenza nei diritti»), in cui non si può entrare senza violare l'ambito privato¹⁷, definito da un carattere di quasi-sacralità¹⁸. Il modello liberale, come si è visto, va di pari passo con una concezione negativa dei diritti. Il go-

collegamento ai nuovi problemi insorgenti a partire dal cambiamento del contesto mediatico, cfr. H. AZNAR GÓMEZ, «La doctrina liberal de la libertad de expresión y sus límites: el papel actual de los medios de comunicación», in *Anuario de Filosofía del derecho*, 19, 2002, pp. 219-235.

¹⁴ Per l'origine giurisprudenziale della metafora del *marketplace of ideas*, cfr. *infra*, § 3.2.2.

¹⁵ Cfr. J.M. RODRÍGUEZ URIBES, *Opinión pública. Concepto y modelos históricos*, cit., pp. 81-83.

¹⁶ Ne è testimonianza, ad esempio, l'affermazione di C.E. BAKER, «Hate Speech», in M. HERZ, P. MOLNAR, *The Content and Context of Hate Speech. Rethinking Regulation and Responses*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 57-80, pp. 57-58 (in nota), ove l'autore riporta che i sostenitori del *free speech absolutism* non concepiscono la libertà d'espressione come *completamente* illimitata.

¹⁷ Cfr., sul punto, la definizione del «minimal principle of liberty» data da K. GREENAWALT, «Free Speech Justifications», in *Columbia Law Review*, 89, 1, 1989, pp. 119-155, pp. 121-122, in correlazione alla libertà d'espressione: «As far as speech is concerned, the minimal principle of liberty establishes that the government should not interfere with communication that has no potential for harm» (p. 122). Analogamente, TH.I. EMERSON, «Toward a General Theory of the First Amendment», cit., p. 895; F. SCHAUER, *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, cit., p. 129; K. GELBER, *Speaking Back. The free speech versus hate speech debate*, John Benjamins Publishing Company, Philadelphia, 2002, pp. 29-35.

¹⁸ Definisce questo approccio come attributivo di un carattere «quasi sacrale» alla libertà d'espressione A. DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, cit., p. 14, a partire da un passaggio di Mill, che afferma: «If all mankind minus one, were of one opinion, and only one person were of the contrary opinion, mankind would be no more justified in silencing that one person, than he, if he had the power, would be justified in silencing mankind», J.S. MILL, *On Liberty* [1859], ed. by D. BROMWICH and G. KATEB, with essays by J.B. ELSHTAIN, O. FISS, R.A. POSNER, J. WALDRON, Yale University Press, New Haven and London, 2003, p. 87.

verno, in seno a tale modello, sarà visto come «nemico della libertà d'espressione» e ciò permetterà di concepire tale libertà in maniera tendenzialmente assoluta: il diritto alla libera espressione, infatti, rimane nell'ambito di libera disposizione individuale e la sua protezione prescinde dal contenuto e dal contesto dell'espressione, a partire dal principio della neutralità¹⁹.

Tuttavia, alle origini del modello, la libertà d'espressione non possedeva le caratteristiche tendenzialmente assolute che, al contrario, paiono sottese sia alle posizioni *libertarian* sia a quelle liberali-egalaritarie nel dibattito sull'*hate speech*. In questo paragrafo, si tenterà di ripercorrere brevemente le basi filosofiche che, direttamente o indirettamente, giustificano la posizione liberale in tema di libertà d'espressione e, dunque, costituiscono il sostrato filosofico del modello appena accennato. Sarà quindi obiettivo di questa parte del lavoro riportare, seppur brevemente, alcune delle suggestioni filosofiche di matrice liberale che hanno contribuito all'idea dell'assolutezza (o presunta tale) della libertà d'espressione.

Se si assume una concezione moderna dei diritti²⁰, si può affermare che è nel XVII secolo, con Spinoza, Milton e Locke, che si può collocare l'inizio della teorizzazione della libertà d'espressione²¹. Occorre ricordare, prima di tutto, che le riflessioni di questi tre autori sono accomunate da alcune caratteristiche: *in primis*, il loro carattere secolare e razionale, ciò che contribuisce alla separazione del discorso sulla libertà d'espressione dall'ambito religioso; in secondo luogo, la matrice individualista da cui esse scaturiscono²².

La posizione di Spinoza²³ sulla libertà d'espressione è riassunta nelle prime righe del capitolo XX del suo *Trattato teologico-politico*, intitolato «Si dimostra che in una libera Repubblica è lecito a chiunque di pensare quello che vuole e di dire quello che pensa»:

«I) È impossibile togliere agli uomini la libertà di dire quello che pensano. II) Questa libertà, salvi il diritto e l'autorità del sommo potere, può essere concessa a tutti, e ciascuno può esercitarla, salvo sempre quel diritto, finché non ne assuma licenza per introdurre qualcosa come diritto nella Repubblica o per agire contro le leggi costituite. III) Questa stessa libertà può essere da tutti esercitata senza pregiudizio della pace dello Stato e senza che ne sorgano inconvenienti che non si possano facilmente eliminare. IV) Ognuno può esercitarla salva restando anche la religione. V) Le leggi promulgate intorno alle questioni speculative sono completamente

¹⁹ M.C. BARRANCO AVILÉS, «El concepto republicano de libertad y el modelo constitucional de derechos fundamentales», in *Anuario de Filosofía del Derecho*, 18, 2001, pp. 205-226, p. 212.

²⁰ Ciò a partire dall'impostazione per cui la storia dei diritti umani deve essere analizzata come una storia che ha le sue radici nell'Età Moderna; prima di quel momento, si veda l'indagine effettuata da F.J. ANSUÁTEGUI ROIG sulla libertà in Grecia e a Roma, *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*, Tesi di dottorato discussa il 19 settembre 1992, tutor il Professor Gregorio Peces-Barba Martínez, pp. 121-263 (reperibile al link: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/15830#preview>; ultima consultazione: settembre 2019). Parte della tesi, ovvero dall'Età Moderna in poi, è oggi pubblicata in ID., *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*, cit.

²¹ Lo segnala P. BRAVO GALA, «Presentación», in J. Locke, *Carta sobre la Tolerancia*, edición a cargo de Pedro Bravo Gala, Tecnos, Madrid, 1988, pp. XVII-XXXII.

²² Cfr. F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*, cit., p. 169.

²³ Per le due possibili interpretazioni del pensiero di Spinoza (come difensore dell'*assolutismo*, da un lato, o del *liberalismo*, dall'altro) si veda D.J. DE UYL, *Power, State and Freedom: an interpretation of Spinoza's Political Philosophy*, Van Gorcum, Assen, 1983, pp. 96 e ss. Per un'analisi di queste interpretazioni, cfr. F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*, cit., pp. 223-226 (e bibliografia ivi citata), ove si propongono alcuni validi argomenti a sostegno della visione di Spinoza come pensatore liberale, pur riconoscendo le dimensioni del suo pensiero più marcatamente assolutistiche.

inutili. VI) Questa libertà, infine, non soltanto può essere consentita senza pericoli per lo Stato, per la religione e per il diritto delle supreme potestà, ma deve, anzi, essere concessa affinché tutto ciò sia conservato»²⁴.

Spinoza, in questo passaggio, pare configurare una libertà d'espressione necessaria al mantenimento dello Stato, il cui fine è proprio quello della garanzia della libertà: la libertà di coscienza e d'espressione sono «requisiti imprescindibili di uno Stato giusto e pacifico»²⁵. Essa è irrinunciabile e incoercibile²⁶, ma ciò non significa che non sia soggetta a limiti: vi è, infatti, il limite legittimo delle *opinioni sediziose*, «quelle, cioè, che tosto che sono poste, viene annullato il patto con cui ciascuno rinunziò al diritto di comportarsi secondo il proprio arbitrio»²⁷, le quali devono essere represses quando causano effetti negativi²⁸. Si tratta, in sostanza, di un limite alla *libertà d'espressione* e non, invece, alla *libertà di coscienza*: per Spinoza, infatti, «la libertad del ciudadano sólo debe ser restringida en cuanto a los hechos, pero no en cuanto a las palabras. La libertad ideológica debe ser total»²⁹. Ciò significa, dunque, che il cittadino è libero di pensare ciò che desidera, di esprimere a parole ciò che pensa e di agire coerentemente con il proprio pensiero; ma mentre la libertà di pensare deve essere illimitata, la libertà d'espressione incontra il limite delle opinioni sediziose e la libertà d'azione può, al contrario, subire restrizione da parte dello Stato, in virtù della distinzione tra le parole e le azioni³⁰.

Spinoza, inoltre, pare preannunciare l'argomento del *libero mercato delle idee* che, come si vedrà a reve, è tradizionalmente associato a Milton e Mill: «troppo limitati sono gli ingegni umani, perché possano capire tutto subito; ma consultandosi, ascoltando, discutendo,

²⁴ B. SPINOZA, *Trattato teologico-politico*, Introduzione di Emilia Giancotti Boscherini, traduzione e commenti di Antonio Droetto ed Emilia Giancotti Boscherini, Einaudi, Torino, 1972, XX, p. 489.

²⁵ F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, «Libertad de conciencia y de expresión en Baruch Spinoza», in G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, E. FERNÁNDEZ GARCÍA, R. DE ASÍS ROIG, F.J. ANSUÁTEGUI ROIG (dir.), *Historia de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 1998, tomo I, cap. VIII, pp. 639-681, p. 645. Il capitolo del Professor Ansuátegui è utile, inoltre, per comprendere la posizione di Spinoza in relazione al collegamento tra la natura umana e la libertà di coscienza e di pensiero (cfr., in particolare, pp. 663-675). Per un'analisi degli argomenti di Spinoza a favore della libertà d'espressione in collegamento con la democrazia, cfr. J. DE LUCAS, «Notas sobre libertad de expresión y democracia en la obra de Spinoza», in *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 4, 1987, pp. 355-363.

²⁶ Sull'incoercibilità e irrinunciabilità della libera espressione come estrinsecazione del *conatus* (momento fondamentale della filosofia politica di Spinoza), oltre che della concreta impossibilità di impedire all'uomo di parlare, cfr. B. SPINOZA, *Trattato teologico-politico*, cit., p. 667.

²⁷ Ivi, XX, p. 484.

²⁸ Suggestiva è la visione di Spinoza in tal senso, poiché egli distingue tra le opinioni-pensiero e l'espressione delle stesse, che diviene vera e propria azione e che, dunque, può essere vietata qualora si configuri come sediziosa: cfr. F.J. PEÑA ECHEVERRÍA, *La filosofía política de Espinosa*, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Valladolid, 1989, p. 382.

²⁹ F.J. PEÑA ECHEVERRÍA, *La filosofía política de Espinosa*, cit., p. 378.

³⁰ Spinoza anticipa una delle distinzioni fondamentali che, come si vedrà nel prosieguo, condiziona oggi tutto il dibattito sulla restrizione dell'*hate speech*: quella, cioè, tra *speech* e *action*. Tale distinzione è, pur non con queste parole, resa esplicita da PEÑA ECHEVERRÍA (*La filosofía política de Espinosa*, cit., pp. 378-387), che osserva come in Spinoza la parola attenga all'ambito naturale, che costituisce lo spazio minimo che non può essere invaso dallo Stato. Al contrario, le azioni appartengono all'ambito «esteriore»; le opinioni sediziose, inoltre, non sono vere e proprie opinioni, bensì preludono ad azioni (p. 384).

si aguzzano l'ingegno, e a forza di tentare tutte le vie finiscono per trovare la soluzione cercata, da tutti condivisa, e alla quale nessuno prima avrebbe pensato»³¹.

Dal canto suo, l'*Areopagitica*³² di Milton costituisce uno dei più classici esempi della difesa della libertà di stampa e d'espressione³³. Sono passate alla storia, infatti, le sue parole: «Give me the liberty to know, to utter, and to argue freely according to conscience, above all liberties»³⁴. L'obiettivo del discorso di Milton, rivolto al Parlamento in occasione della propria manifestazione di contrarietà all'Ordinanza del 1643 sulla censura preventiva, è quello di elencare gli svantaggi della censura, primo fra tutti l'ostacolo alla ricerca della verità³⁵. Secondo Milton, la possibilità di avere accesso a qualsiasi tipo di opinione, per quanto non condivisibile essa possa apparire, è requisito necessario al raggiungimento del vero:

«Since therefore the knowledge and survey of vice is in this world so necessary to the constituting of human virtue, and the scanning of error to the confirmation of truth, how can we more safely, and with less danger, scout into the regions of sin and falsity than by reading all manner of tractates and hearing all manner of reason? And this is the benefit which may be had of books promiscuously read»³⁶.

Milton condivide con Spinoza la distinzione tra *libertà di coscienza* e *libertà d'espressione*, sostenendo l'assolutezza della prima, come ambito in cui non è lecita alcuna imposizione. La verità, infatti, è tale solo in condizioni di libertà. Tuttavia, è necessario ricordare che nel discorso di Milton si citano alcune necessarie limitazioni alla libertà di stampa (come estrinsecazione della libertà d'espressione), ad esempio quelle relative ai libri papisti³⁷.

Il testo di Milton è passato alla storia come una delle più alte giustificazioni della necessità del libero scambio delle idee, sul quale, come si è accennato, si innesta tutta la filosofia liberale successiva della libertà d'espressione³⁸.

Il terzo autore che si è citato in apertura tra i maggiori contributori all'idea della libertà d'espressione nell'ambito del pensiero liberale classico è John Locke. Egli, nella sua *Lettera*

³¹ B. SPINOZA, *Trattato politico*, cit., IX, p. 213. Come nota F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, «el libre intercambio de opiniones favorecerá la autodeterminación del hombre. La libertad de expresión es el vehículo a través del cual se realiza este libre intercambio», «Notas sobre la evolución de la teoría liberal de la libertad de expresión», in *Anuario de Derechos Humanos*, 6, 1990, pp. 9-22.

³² J. MILTON, *Areopagitica* [1644], Arc Manor, Rockville (Maryland), 2008.

³³ Nonostante esuli dall'obiettivo del presente lavoro, è tuttavia necessario ricordare che le interpretazioni sul Milton liberale sono state oggetto di critica: cfr., sul punto, F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*, cit., pp. 259-264 (e la letteratura ivi citata).

³⁴ J. MILTON, *Areopagitica*, cit., p. 54.

³⁵ Cfr. F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*, cit., pp. 250-259.

³⁶ J. MILTON, *Areopagitica*, cit., p. 24. Sul collegamento tra libertà d'espressione e raggiungimento della verità in Milton, cfr. S. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *La libertad de expresión*, cit., pp. 22-23.

³⁷ Lo ricorda A. KOLTAY, *Freedom of Speech. The Unreachable Mirage*, Complex (Wolters Kluwer), Budapest, 2013, p. 4, il quale tratta della giustificazione miltoniana della libertà d'espressione come una delle tre direttrici fondamentali che influenzano il pensiero contemporaneo sul *free speech*. Per un parallelismo con la restrizione della tolleranza nei confronti dei cattolici, i «papisti», in Locke, cfr. *infra*.

³⁸ Per un'analisi degli argomenti di Milton come prodromici alla proposta liberale di Mill, cfr. F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, «Libertad de expresión y liberalismo en el siglo XIX», cit., pp. 25-29.

sulla tolleranza³⁹, sostiene la libertà di coscienza in relazione alla razionalità umana, distinguendo tra fede e ragione. La libertà di pensiero, nell'analisi lockeana, viene a configurarsi come un vero e proprio *diritto naturale* dell'individuo che, in quanto tale, deve necessariamente essere protetto dallo Stato⁴⁰. Locke distingue tra libertà di coscienza (foro interno) e libertà d'espressione (foro esterno), sostenendo che si può restringere la seconda quando arrechi danno a terzi, ma non si può costringere le coscienze: l'unica cosa che si può fare, quando la coscienza individuale risulta contraria ai principi dello Stato, è obbligare il suddito a mentire⁴¹.

Al contempo, tuttavia, Locke, sostiene che talune espressioni odiose, come ad esempio in campo religioso, non risultino congruenti con il principio di tolleranza: pare dunque rinvenirsi già in Locke un'esigenza filosofica di bilanciamento tra la libertà d'espressione e la tolleranza⁴². Inoltre, è da sottolineare che Locke sostiene l'impossibilità di un'applicazione assoluta del principio di tolleranza: devono ritenersi esclusi, infatti, i cattolici («papists»), per ragioni di conservazione della società. Essi, infatti, obbedendo al Papa, inteso da Locke come sovrano straniero, costituiscono un pericolo per la collettività e sono dunque esclusi dall'applicazione generalizzata del principio di tolleranza⁴³.

Risulta evidente, dunque, come la libertà d'espressione costituisca, in seno al pensiero liberale classico, non soltanto un mezzo volto al mutuo miglioramento delle opinioni (Spinoza e Milton), bensì un vero e proprio fine dello Stato (Spinoza) che si concretizza in un diritto naturale dell'individuo (Locke). È chiaro, pertanto, che le successive riflessioni, soprattutto in campo liberale, che intenderanno rispondere alla domanda sull'eventuale possibilità di limitazione della libertà d'espressione, dovranno fare i conti con gli autori sopracitati e con le caratteristiche che questi assegnano alla libertà d'espressione.

Inoltre, è opportuno segnalare che già negli autori del liberalismo classico, nonostante essi assegnino un grande valore alla libertà d'espressione, si trovano anche riflessioni sui suoi limiti: anzi, questi ne costituiscono le condizioni di possibilità. Ciò evidenzia (ma lo si sottolineerà meglio in seguito) l'infondatezza delle posizioni che, radicandosi nella storia del liberalismo, affermano l'impossibilità di stabilire limiti alla libertà d'espressione.

³⁹ J. LOCKE, *A Letter Concerning Toleration* [1685], in ID., *Two Treatises of Government and A Letter Concerning Toleration*, ed. by I. SHAPIRO, with essays by J. Dunn, R.W. Grant, I. Shapiro, Yale University Press, New Haven and London, 2003, pp. 211-254.

⁴⁰ Cfr., sul punto, F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*, cit., pp. 280-281, ove l'autore analizza le possibili contraddizioni derivanti dall'inclusione della libertà di pensiero tra i diritti naturali dell'individuo secondo Locke, giungendo poi a sciogliere il dubbio e aderendo all'opinione per cui la libertà di pensiero costituisce una specificazione del più generale diritto naturale alla libertà.

⁴¹ Cfr. F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*, cit., pp. 265-267.

⁴² Ne è testimonianza il saggio di J. WALDRON, "Toleration and Calumny: Bayle, Locke, Montesquieu and Voltaire on Religious Hate Speech", in *Public Law & Legal Theory Research Paper Series*, Working Paper n. 10-80, November 2010, pp. 1-24, disponibile al link: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1699895 (ultima consultazione: settembre 2019). Waldron, in realtà, si spinge quasi fino ad affermare l'esistenza di basi filosofiche nella filosofia di Locke per la proibizione dell'*hate speech* di natura religiosa.

⁴³ Cfr. F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*, cit., p. 267.

Prima di proseguire, è opportuno chiarirne una caratteristica fondamentale: entro la classica distinzione di Benjamin Constant tra *libertà degli antichi* e *libertà dei moderni*⁴⁴, la proposta liberale classica – e così anche quella sulla libertà d’espressione – si configura come un esempio della libertà dei moderni, ovvero di autonomia privata e non interferenza del pubblico in questa sfera di autonomia individuale se non attraverso la legge: è ciò che permette l’assimilazione della libertà d’espressione alla libertà di coscienza e di pensiero⁴⁵. L’inclusione della libertà d’espressione nello spazio di autonomia privata non significa che essa non soffra alcun limite: è lo stesso Constant a riconoscerlo, quando afferma che «[l]as leyes deberán dictar penas contra la calumnia, la incitación a la revuelta y, en una palabra, contra todos los abusos que puedan resultar de la manifestación de opiniones. Estas leyes no perjudican en absoluto a la libertad, por el contrario, la garantizan. Sin ellas no podría existir libertad alguna»⁴⁶. Si tratta, in Constant, di limiti *successivi* alla libertà d’espressione o, meglio, di *sanzioni* imposte successivamente al libero esercizio di tale libertà, giacché non si giustifica, secondo l’autore, la censura preventiva⁴⁷.

Il filosofo che porta maggiormente all’estremo la riflessione sulla libertà d’espressione e sui suoi limiti è John Stuart Mill⁴⁸. La sua attenzione al tema della libertà d’espressione è il risultato di un processo che tiene insieme fasi distinte del suo pensiero, oltre che continui ripensamenti e tentativi di miglioramento⁴⁹, in vista della messa a punto di una teoria della libertà d’espressione completa nella fase della maturità, rinvenibile in *On Liberty*:

«If the arguments of the present chapter are of any validity, there ought to exist the fullest liberty of professing and discussing, as a matter of ethical conviction, any doctrine, however immoral it may be considered»⁵⁰.

Nel sostenere la necessità della più grande libertà di professare *qualsiasi* dottrina, per quanto immorale, Mill dà adito a quelle correnti di pensiero che sostengono l’assolutezza della libertà d’espressione. Mill ritiene che tale libertà spetti a chiunque: essa, infatti, è necessaria a

⁴⁴ B. CONSTANT [1819], *La libertà degli antichi, paragonata a quella dei moderni*, a cura di G. PAOLETTI, Einaudi, Torino, 2005.

⁴⁵ Per un’analisi di questi passaggi, si veda F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, “Libertad de expresión y liberalismo en el siglo XIX”, cit., pp. 8-16; cfr. anche ID., “Libertà di espressione, discorsi d’odio, soggetti vulnerabili: paradigmi e nuove frontiere”, cit., pp. 3-4.

⁴⁶ B. CONSTANT, “De la libertad de folletos, panfletos y periódicos considerada en relación con el interés del gobierno” [1814], in *Escritos políticos*, estudio preliminar, traducción y notas de María Luisa Sánchez Mejía, C.E.C., Madrid, 1989 (del testo di Constant non si è rinvenuta la traduzione italiana).

⁴⁷ Cfr. J.M. RODRÍGUEZ URIBES, *Opinión pública. Concepto y modelos históricos*, cit., pp. 308-316.

⁴⁸ Si veda, a tal proposito, la ricognizione degli argomenti di Mill a favore della libertà d’espressione come uno dei quattro marco-argomenti a giustificazione di tale libertà in E. BARENDT, *Freedom of Speech*, cit., pp. 7-13. Per un riassunto degli argomenti di Mill sulla libertà d’espressione si veda F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, “Libertà di espressione, discorsi d’odio, soggetti vulnerabili: paradigmi e nuova frontiere”, cit., p. 4. Cfr. anche Cfr. M. BISBAL TORRES, “La libertad de expresión en la filosofía de John Stuart Mill”, in *Anuario de Filosofía del Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 23, 2006, pp. 13-36; A. LEVIN, *The Cost of Free Speech. Pornography, Hate Speech, and their Challenge to Liberalism*, Palgrave MacMillan, New York, 2010, pp. 50-61.

⁴⁹ Per un breve excursus sul suo pensiero sulla libertà d’espressione in tre fasi distinte (della gioventù, della “crisi” e della maturità), cfr. J. GARCÍA AÑÓN, *John Stuart Mill: Justicia y Derecho*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, rispettivamente pp. 2-13 (in particolare pp. 12-13), pp. 14-32 (in particolare pp. 30-31) e pp. 32-47.

⁵⁰ J.S. MILL, *On Liberty*, cit., p. 86 (corsivi nostri)

garantire il rispetto della dignità umana⁵¹, che, come si vedrà in seguito (cfr. *infra*, CAP. 6), è uno dei principi a partire dai quali si svilupperà il dibattito contemporaneo sull'*hate speech*. E ciò indipendentemente dalla veridicità delle opinioni espresse:

«[T]he peculiar evil of silencing the expression [...] is, that it is robbing the human race; posterity as well as the existing generation; those who dissent from the opinion, still more than those who hold it. If the opinion is right, they are deprived of the opportunity of exchanging error for truth: if wrong, they lose, what is almost as great a benefit, the clearer perception and livelier impression of truth, produced by its collision with error»⁵².

La libertà d'espressione, inoltre, attiene in Mill a due dimensioni fondamentali. Da un lato, in quanto *libertà*, essa riguarda la sfera individuale, di privatezza del soggetto che deve goderne, nel senso della necessità dell'astensione dell'intervento del potere pubblico. Dall'altro, tuttavia, essa esige il riconoscimento «esterno» in un *diritto*, che riguarda le relazioni tra gli individui e la conseguente necessità di protezione da parte del potere pubblico. La libertà d'espressione, in sostanza, è strettamente collegata al necessario *diritto* alla libera espressione⁵³. Dal momento che tale diritto alla libera espressione serve al riconoscimento della libertà nella sfera individuale, esso deve conseguentemente proteggerne l'ampiezza⁵⁴.

⁵¹ Cfr. G. KATEB, "A Reading of *On Liberty*", in J.S. MILL, *On Liberty*, cit., pp. 28-66; D. VAN MILL, "Freedom of Speech", in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, winter 2017 edition, ed. by E.N. ZALTA, disponibile al link: <https://plato.stanford.edu/archives/win2017/entries/freedom-speech/> (ultima consultazione: settembre 2019).

⁵² J.S. MILL, *On Liberty*, cit., p. 87. Questo passaggio testimonia l'importanza che Mill assegna al confronto tra opinioni differenti nel raggiungimento della verità; più avanti, infatti, afferma: «Wrong opinions and practices gradually yield to fact and argument: but facts and arguments, to produce any effect on the mind, must be brought before it. Very few facts are able to tell their own story, without comments to bring out their meaning. The whole strength and value, then, of human judgment, depending on the one property, that it can be set right when it is wrong, reliance can be placed on it only when the means of setting it right are kept constantly at hand. In the case of any person whose judgment is really deserving of confidence, how has it become so? Because he has kept his mind open to criticism of his opinions and conduct. Because it has been his practice to listen to all that could be said against him; to profit by as much of it as was just, and expound to himself, and upon occasion to others, the fallacy of what was fallacious», *ivi*, p. 90.

⁵³ J. GARCÍA AÑÓN, *John Stuart Mill: Justicia y Derecho*, cit., pp. 160-162. Sulla concezione dei diritti in Mill, oltre che sulla loro distinzione in *diritti morali*, che, in quanto «aspettative legittime e autorizzate», sono indipendenti dal riconoscimento da parte dell'ordinamento giuridico in una legge (secondo il criterio della validità), e *diritti legali*, i quali, invece, sono inclusi nella legge, cfr. *ivi*, pp. 328-338. Questa teorizzazione distingue Mill dai suoi predecessori, Jeremy Bentham e John Austin, i quali, invece, facevano dipendere l'esistenza del diritto dalla sua validità nei termini di un riconoscimento giuridico (*ivi*, pp. 260-287).

⁵⁴ Per una critica dell'argomento milliano della ricerca della verità si vedano, tra tutti, E. BARENDT, *Freedom of Speech*, cit., pp. 8-10; F. SCHAUER, *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, cit., pp. 19-30. Si veda anche ID., "Social Epistemology, Holocaust Denial, and the Post-Millian Calculus", in M. HERZ e P. MOLNAR (eds.), *The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses*, cit., pp. 129-143, che sostiene che gli argomenti del *marketplace of ideas* e del *more speech against hate speech* derivino direttamente (e in maniera evidente) da Mill (p. 131). Schauer, tuttavia, attraverso il «post-millian calculus», utilizza l'argomento contro Mill stesso, sostenendo che egli non abbia considerato gli effetti negativi dell'autorizzazione alla diffusione di idee false e facendo derivare da questa conclusione un'ipotesi interpretativa dell'emersione di altri argomenti a favore della libertà d'espressione, sottolineando, tuttavia, l'importanza della riflessione di Mill come base del modello del *free speech* che, se non in tutti i settori, continua ad esercitare la propria influenza in taluni ambiti, come ad esempio quello accademico, che si nutre della libera discussione di idee, prescindendo dalla loro "verità" o "falsità". Per una breve ricognizione delle critiche all'argomento della verità in Mill, cfr. A. KOLTAY, *Freedom of Speech. The Unreachable Mirage*, cit., pp. 4-6, il quale analizza la riflessione milliana in tema di libertà d'espressione in un unico paragrafo, relativo agli argomenti sulla verità («Searching for the truth»), insieme a Milton e a

La libertà d'espressione, a partire da queste premesse, non può essere limitata⁵⁵. Non vi è in Mill, in sostanza, accettazione di un principio di infallibilità di qualsivoglia opinione – e ciò deriva dal rifiuto dell'esistenza di una verità assoluta⁵⁶. La verità, al contrario, è il prodotto della libera discussione: proprio per questo motivo è necessaria la libera espressione.

Inoltre, anche Mill condivide con Spinoza e Milton la separazione concettuale tra *libertà di coscienza* e *libertà di espressione*⁵⁷: tuttavia, egli ritiene che esse, a livello pratico, debbano essere inscindibili, coerentemente con la sua “teoria generale”, che vede la libertà di coscienza come il «fondamento delle altre libertà»⁵⁸.

Tuttavia, l'impostazione di Mill non è andata esente da critiche, soprattutto per ciò che concerne la sua teoria della libera discussione come prodromica al raggiungimento della verità.

Innanzitutto, vi è chi ha messo in dubbio che la verità stessa debba costituire il fine ultimo dello Stato in ogni caso⁵⁹. Infatti, il fatto che a livello filosofico la ricerca della verità costituisca un bene rilevante non può condurre a sostenere che tale sia il bene maggiore anche in termini politici, al livello dell'organizzazione statale. In certi casi, infatti, è possibile che altri beni, come ad esempio l'ordine pubblico, prevalgano sulla ricerca della verità⁶⁰: si pensi al caso dell'*hate speech* (che costituirà oggetto di analisi del presente lavoro), ove la finalità pubblica dell'impedimento di un danno immediato⁶¹ potrebbe portare a considerazioni circa la prevalenza della restrizione del discorso sulla ricerca della verità.

Inoltre, non necessariamente la libertà di discussione garantisce il raggiungimento della verità oppure decisioni migliori. Ciò può essere vero nei contesti in cui lo scopo primario è

Holmes. Inoltre, per una critica della posizione milliana a partire dalla sua idea di libertà, cfr. L. FULLER, “Freedom: A Suggested Analysis”, in *Harvard Law Review*, 68, 1955, pp. 1305-1325, p. 1312.

⁵⁵ K. Greenawalt espone la correlazione tra premesse di questo tipo e l'inaccettabilità della limitazione come segue: «Thus, it might be claimed that because an aspect of the autonomy of human beings is that people should discover for themselves what is true, suppressing speech to prevent contamination by false ideas is impermissible», K. GREENAWALT, “Free Speech Justifications”, cit., p. 122.

⁵⁶ F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, “Libertad de expresión y liberalismo en el siglo XIX”, cit., p. 33.

⁵⁷ Ne è testimonianza un passaggio di *On Liberty* (cap. 1), in cui, dopo aver enucleato il principio del danno, Mill asserisce: «This, then, is the appropriate region of human liberty. It comprises, first, the inward domain of consciousness, demanding *liberty of conscience* in the most comprehensive sense, liberty of thought and feeling, absolute freedom of opinion and sentiment on all subjects, practical or speculative, scientific, moral, or theological. The *liberty of expression* and publishing opinions may seem to fall under a different principle, since it belongs to that part of the conduct of an individual which concerns other people, but, being almost of as much importance as the liberty of thought itself and resting in great part on the same reasons, is *practically inseparable from it*», cit., pp. 82-83. E, poco, più avanti, ribadisce: «This one branch is the Liberty of Thought, from which it is impossible to separate the cognate liberty of speaking and writing» (p. 84).

⁵⁸ J. GARCÍA AÑÓN, “John Stuart Mill y los derechos humanos”, in G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, EUSEBIO FERNÁNDEZ GARCÍA, R. DE ASÍS ROIG, F.J. ANSUÁTEGUI ROIG (dir.), *Historia de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 1998, tomo I, cap. VIII, pp. 843-903, p. 872, che a sua volta riprende H. GILDIN, “Mill’s On Liberty”, in AA.VV., *Ancient and Moderns: Essays on the Tradition of Political Philosophy in Honor of Leo Strauss*, Joseph Cropsey (ed.), Basic Books, New York, 1964, p. 291.

⁵⁹ E. BARENDT, *Freedom of Speech*, cit., p. 8.

⁶⁰ Ivi, p. 9. Cfr. anche A. KOLTAY, *Freedom of Speech. The Unreachable Mirage*, cit., p. 5.

⁶¹ F. SCHAUER ammonisce contro il luogo comune, frutto di una lettura eccessivamente dogmatica di Mill, per cui il discorso, rivolto alla ricerca della libertà, non può mai causare danno: egli, al contrario, sostiene l'esistenza di ambiti in cui il danno prodotto dal discorso risulta evidente, *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, cit., p. 8.

proprio quello della ricerca della verità stessa, come l'ambito accademico, ma non vale in altri contesti, come ad esempio in ambito sociale: alle volte, anzi, lo scopo dell'espressione, nella società, può essere proprio il contrario della ricerca della verità⁶². Inoltre, affermare che la libertà di discussione, nella sua forma *procedurale*, costituisce il mezzo migliore di approssimazione alla verità, non informa sulle ragioni profonde di tale assunto, che nulla garantisce sul contenuto effettivo della discussione; e a nulla vale modificare tale impostazione nella forma di una teoria consensualistica, poiché quest'ultima fa dipendere la verità solamente dall'opinione della maggioranza, senza provarne lo statuto epistemologico⁶³.

Per questo motivo, risulta importante sottolineare che «Mill's truth argument then applies most clearly to speech stating beliefs and theories about political, moral, aesthetic, and social matters»⁶⁴. Che dire, invece, dei casi in cui l'opinione espressa possiede uno scopo diverso, come ad esempio quello dell'offesa altrui? Inoltre, pare che la teoria di Mill sia idonea al funzionamento entro cerchie ristrette di individui («illuminati», «filosofi», «scienziati»⁶⁵), ma vi è chi sostiene che, al contrario, essa non funzionerebbe anche in ambito pubblico e collettivo: non solo per il fatto che esso si presenta come un ambito di gran lunga più esteso dei ristretti circoli dei *philosophes*, bensì anche per il fatto che l'argomento milliano pare accettare dogmaticamente che tutti i soggetti che partecipano al discorso si comportino in maniera razionale, cosa che non necessariamente avviene nella deliberazione pubblica⁶⁶.

Sulla base delle critiche avanzate a Mill, dunque, si rende necessaria un'indagine accurata di quello che, nel presente lavoro, si ritiene sia stato un possibile fraintendimento del suo argomento sulla libertà d'espressione. Una ricerca superficiale, che arrestasse l'indagine sulla libertà d'espressione in Mill a queste poche considerazioni, rischierebbe di essere viziata da incompletezza – ed è questo il rischio che si corre quando si evita di domandarsi *fino a che punto* il filosofo britannico sostenga l'esistenza di un diritto alla libertà d'espressione.

Non va infatti dimenticato che Mill enuclea un principio fondamentale a partire dal quale deve svolgersi l'analisi dei comportamenti che siano consentiti (o meno) in società: il *principio del danno*, che definisce la legittimità del potere stesso (il cui fine è proprio quello della prevenzione del danno):

«The object of this Essay is to assert one very simple principle, as entitled to govern absolutely the dealings of society with the individual in the way of compulsion and control, whether the means used be physical force in the form of legal penalties or the moral coercion of public opinion. That principle is that the sole end for which mankind are warranted, individually or collectively, in interfering with the liberty of action of any of their number is self-protection. That the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is *to prevent harm to others*»⁶⁷.

⁶² E. BARENDT, *Freedom of Speech*, cit., pp. 9-10.

⁶³ F. SCHAUER, *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, cit. pp. 19-22.

⁶⁴ E. BARENDT, *Freedom of Speech*, cit., p. 11. Analogamente, A. KOLTAY, *Freedom of Speech. The Unreachable Mirage*, cit., p. 6.

⁶⁵ Cfr., sul punto, Cfr. M. BISBAL TORRES, «La libertad de expresión en la filosofía de John Stuart Mill», cit.

⁶⁶ A. KOLTAY, *Freedom of Speech. The Unreachable Mirage*, cit., p. 5. Analogamente, si veda F. SCHAUER, *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, cit., pp. 26-28.

⁶⁷ J.S. MILL, *On Liberty*, cit., p. 80 (corsivi nostri). La formulazione completa del «principio del danno» si deve a J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. I, *Harm to Others*, Oxford University Press, Oxford-

Tale principio è, a prima vista, in tensione con la più completa libertà d'espressione⁶⁸, poiché un esercizio della stessa in senso assoluto, quantomeno astrattamente, potrebbe configurare un danno a soggetti terzi. Per rispondere a questa astratta tensione, l'interpretazione tradizionale ha sostenuto che il principio del danno in Mill costituisce il limite all'esercizio del diritto alla libera espressione, proibendo quelle azioni espressive che si concretizzano in un danno perpetrato nei confronti di altri soggetti⁶⁹.

Tuttavia, vi è anche chi ha sostenuto che la dottrina del nesso tra libertà e danno in Mill sia stata del tutto fraintesa e che, al contrario, sia il diritto alla libertà d'espressione a costituire un limite al principio del danno, oltre al fatto che Mill, in virtù di ciò, tratterebbe della protezione non soltanto del discorso non dannoso (che costituisce, quindi, una *self-regarding action*⁷⁰), bensì anche di quello capace di ledere altri soggetti⁷¹. In particolare, ciò sarebbe sostenibile a partire da una lettura del discorso come maggiormente aderente alla categoria del *pensiero*, piuttosto che a quella dell'*azione*⁷² – e, dunque, della punibilità del discorso solo quanto esso *diventa* azione (e si estrinseca in qualcosa che è altro dal proprio essere).

Ad ogni modo, anche chi ha sostenuto questa posizione rileva l'esistenza di limiti espliciti alla libertà d'espressione nell'impostazione di Mill⁷³. È noto, infatti, l'esempio dell'autore relativo ai venditori di mais:

«An opinion that corn-dealers are starvers of the poor, or that private property is robbery, ought to be unmolested when simply circulated through the press, but may justly incur punishment when delivered orally to an excited mob assembled before the house of a corn-dealer, or when handed about among the same mob in the form of a placard. Acts of whatever kind, which, without justifiable cause, do harm to others, may be, and in the more important cases absolutely require to be, controlled by the unfavourable sentiments, and, when needful, by the active interference of mankind»⁷⁴.

New York, 1984. Cfr., sul punto, J. GARCÍA ANÓN, *John Stuart Mill: Justicia y Derecho*, cit., pp. 208-225. Cfr., inoltre, *infra*, § 5.2.3.

⁶⁸ D. JACOBSON, "Mill on Liberty, Speech, and the Free Society", in *Philosophy and Public Affairs*, 29, 3, pp. 276-309, p. 277. Cfr., sul punto, M. BISBAL TORRES, "La libertad de expresión en la filosofía de John Stuart Mill", cit. pp. 26-31.

⁶⁹ J. GRAY, *Mill on Liberty: A Defence*, II ed., Routledge, London, 1996, il quale fonda la sua interpretazione di Mill a partire dalla dichiarazione, da parte del filosofo, circa la supremazia del principio di utilità su quello di libertà. Analogamente, M. BISBAL TORRES, "La libertad de expresión en la filosofía de John Stuart Mill", cit., pp. 16-17 e 26-31, ove si analizza la possibilità, in Mill, di limitare la libertà d'espressione a partire dal principio del danno, considerando le critiche avanzate a Mill. Il principio del danno come limite alla libertà d'espressione è ricordato anche da A. KOLTAY, *Freedom of Speech. The Unreachable Mirage*, cit., p. 5.

⁷⁰ Sulla classificazione, in Mill, del discorso come *self-regarding action* o, al contrario, come *other-regarding action*, si vedano: D. LEWIS, "Mill and Millquetoast," in G. DWORKIN (ed.), *Mill's On Liberty: Critical Essays*, Rowan & Littlefield, Lanham, 1997, pp. 152-171; J. RILEY, *Mill on Liberty*, Routledge, New York, 1998, F. SCHAUER, *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, cit.; J. GRAY, *Mill on Liberty: A Defence*, cit.

⁷¹ D. JACOBSON, "Mill on Liberty, Speech, and the Free Society", cit., pp. 277-278. Tale interpretazione risulta conforme, tra gli altri, al classico studio di J.B. BURY, *A History of Freedom of Thought*, Williams and Norgate, London, 1913, pp. 235-238. Cfr. anche F. SCHAUER, *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, cit., pp. 10-12.

⁷² D. JACOBSON, "Mill on Liberty, Speech, and the Free Society", cit., pp. 282-284.

⁷³ Che ciò, poi, costituisca una sorta di "eccezione che conferma la regola" dell'assolutismo della libertà del discorso (cfr. D. JACOBSON, "Mill on Liberty, Speech, and the Free Society", p. 280) o, al contrario, la regola stessa, non risulta di particolare rilevanza in questa sede: ciò che importa è l'esistenza di suddetti limiti.

⁷⁴ J.S. MILL, *On Liberty*, cit., p. 121.

A partire dall'esempio di Mill, risulta evidente la possibilità di distinguere tra *danno ingiustificato* e *danno giustificato*: solo il primo tipo di danno deve essere oggetto di restrizione da parte dello Stato. Inoltre – ciò che risulterà maggiormente rilevante in sede di trattazione del dibattito specifico sull'*hate speech* – si può notare come Mill, al di là del dibattito sulla collocazione del discorso *tout court* entro la sfera del pensiero o di quella dell'azione⁷⁵, concepisca la possibilità che particolari forme di discorso possano convertirsi in azione: si pensi all'istigazione, come quella praticata a danno dei *corn-dealer*, che ingiustificatamente arreca loro un danno⁷⁶. Egli, insomma, pare già prefigurare il discorso sugli *speech acts* e sulla possibilità di “fare cose con le parole” (cfr. *infra*, § 4.1) e, sulla base di ciò, configurare la legittimità dell'intervento statale nel punire condotte che danneggiano terzi. Non le mere opinioni, dunque, bensì le azioni che danneggino terzi «authorize the subjection of individual spontaneity to external control only in respect to those actions of each which concern the interest of other people. If anyone does an act hurtful to others, there is a *prima facie* case for punishing him by law or, where legal penalties are not safely applicable, by general disapprobation»⁷⁷.

3.2.2 – Tra *libertarianism* e liberalismo egualitario

L'analisi dei contributi fondamentali, di matrice liberale-classica, alla teoria della libertà d'espressione come libertà tendenzialmente assoluta, portata avanti sin qui, ha permesso di mettere in luce due aspetti importanti.

Per prima cosa, essa ha chiarito su quali basi filosofiche si fonda, *prima facie*, l'impossibilità di restrizione della libertà d'espressione in relazione al piano concettuale. Lo stretto vincolo che negli autori liberali fondamentali unisce la libertà di coscienza e di pensiero, da un lato, e la libertà d'espressione, dall'altro, fondato sul carattere individuale di tali diritti, permette di comprendere il rifiuto, quantomeno in prima istanza, di concepire limiti a quest'ultima, se non per ciò che concerne l'esercizio dei diritti individuali altrui⁷⁸.

In secondo luogo, tale analisi ha messo in luce come la giustificazione filosofica che costituisce il sostrato fondamentale della dottrina milliana del “libero mercato delle idee”, non

⁷⁵ Sulla distinzione, in Mill, tra *opinioni* e *azioni*: cfr. J. GARCÍA AÑÓN, “John Stuart Mill y los derechos humanos”, cit., p. 879.

⁷⁶ Concorda con tale visione, citandola tra le giustificazioni per la proibizione dell'*hate speech*, R. CUEVA FERNÁNDEZ, “El «discurso del odio» y su prohibición”, in *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 35, 2012, pp. 437-455, p. 453.

⁷⁷ J.S. MILL, *On Liberty*, cit., p. 81.

⁷⁸ «Será en el marco ideológico de los siglos XVII y XVIII, en donde se construirá la teoría democrática liberal de la libertad de prensa. De todos es conocido el claro matiz individualista del pensamiento liberal, para el que la democracia está al servicio de las necesidades e intereses del individuo. Los derechos liberales eran absolutos y su ejercicio encontraba como único límite el ejercicio simultáneo de los mismos derechos por parte de los demás ciudadanos (art. 4 de la Declaración de 1789)», F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, “Notas sobre la evolución de la teoría liberal de la libertad de expresión”, cit., p. 13. Inoltre, per la stretta relazione tra il carattere individualista del diritto alla libertà d'espressione, il ruolo astensionista dello Stato liberale e l'impossibilità di restrizione della libertà d'espressione, cfr. *ivi*, p. 14.

sia incompatibile con l'esistenza di *limiti* alla libertà d'espressione. Ovviamente, tali limiti devono essere circoscritti e devono riguardare casi eccezionali; eppure, risulta piuttosto rilevante evidenziare che alcuni limiti possono – e anzi, come si è visto, devono – esistere.

Nonostante ciò, soprattutto nel XX secolo, la libertà d'espressione è stata oggetto di interpretazioni tendenzialmente assolutistiche, di matrice *libertarian*⁷⁹, che recupera proprio l'argomento del libero mercato delle idee per utilizzarlo contro le restrizioni alla libertà d'espressione. Si ricordi, infatti, che nel modello liberale la società è organizzata come una «rete di interrelazioni tra privati con una *struttura di mercato*»⁸⁰. Ciò permette di comprendere il contesto concettuale entro il quale verrà elaborata la concezione contemporanea della libertà d'espressione di matrice liberale. Si tratta del modello che, negli Stati Uniti, è risultato prevalente nell'ambito del dibattito sul Primo Emendamento, quello si definisce «*marketplace of ideas*»⁸¹, il quale si fonda, come suggerisce la denominazione, su un principio di *laissez-faire* nell'ambito del problema della libertà d'espressione⁸².

Riprendendo la dottrina contemporanea del *free speech absolutism* nell'ambito del dibattito sul Primo Emendamento alla Costituzione degli Stati Uniti, infatti, è necessario ricordare che a baluardo di tale posizione, dalla fine del primo conflitto mondiale, è stata posta la figura del giudice Oliver Wendell Holmes Jr.⁸³ (cfr. *infra*, § 7.2). Egli, a partire dal caso *Chaplinsky v. New Hampshire*⁸⁴, è conosciuto come uno dei due fondatori della dottrina del *clear and present danger*, in virtù della quale la restrizione, da parte del governo, della libertà d'espressione risulta compatibile con il I Emendamento solamente per contrastare un pericolo attuale ed imminente. Sono passate alla storia le seguenti parole del giudice Holmes:

«Prosecution for the expression of opinions seems to me perfectly logical. If you have no doubt of your premises or your power and want a certain result with all your heart you naturally express your wishes in law and sweep away all opposition. To allow opposition by speech seems to indicate that you think the speech impotent, as when a man says that he has squared the circle, ...or that you doubt either your power or your premises. But when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by

⁷⁹ R. ABEL, *Speech and Respect*, The Hamlyn Lectures, Stevens & Sons/Sweet and Maxwell, London, 1994, definisce «libertarians» coloro che, sulla base dei classici argomenti di matrice liberale, argomentano contro la possibilità di limitazione della libertà d'espressione (p. 33).

⁸⁰ J. HABERMAS, «Derechos humanos y soberanía popular: las concepciones liberal y republicana», cit., p. 222 (corsivi nostri).

⁸¹ C.R. SUNSTEIN, *Democracy and the Problem of Free Speech*, The Free Press (Macmillan), New York, 1993, p. XVIII.

⁸² Questa logica di *laissez-faire* si giustifica proprio con l'attribuzione al diritto politico alla libera espressione della medesima qualità dei diritti civili, come nota Habermas: essi si caratterizzano come uno spazio «libero da pressioni esterne», J. HABERMAS, «Derechos humanos y soberanía popular: las concepciones liberal y republicana», cit., p. 223 (traduzione nostra).

⁸³ O.W. Holmes Jr. (1841-1935) fu giudice della Corte Suprema degli Stati Uniti dal 1902 al 1932, ed è passato alla storia, oltre che per il suo lungo servizio, anche e soprattutto per alcune *dissenting opinion* in alcune tra le più importanti sentenze della Corte, soprattutto in materia di libertà d'espressione. Cfr. M. BISBAL TORRES, «El «mercado libre de las ideas» de O.W. Holmes», in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 81, 2007, pp. 183-208. Per una raccolta delle famose opinioni dissenzienti di Holmes, cfr. O.W. HOLMES, *Los votos discrepantes del Juez O.W. Holmes*, estudio preliminar y traducción de C. ARJONA SEBASTIÀ, Iustel, Madrid, 2006.

⁸⁴ *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942).

free trade in ideas that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out»⁸⁵.

Questa idea del *free trade in ideas*, che ricorda il milliano *marketplace of ideas*⁸⁶, rappresenta dunque l'approccio liberale al problema dei limiti alla libertà d'espressione, che viene tradizionalmente fatto coincidere con quello del giudice Holmes⁸⁷ e che, nella giurisprudenza americana, è stato a lungo il parametro di riferimento per la soluzione di controversie circa i limiti della libertà d'espressione⁸⁸. È curioso, dunque, che l'idea del *free speech absolutism* includa, per quanto in via eccezionale (il caso del *clear and present danger*, appunto), la possibilità di stabilire limiti alla libertà d'espressione.

Nonostante storicamente l'applicazione del Primo Emendamento da parte della Corte Suprema degli Stati Uniti sia stato ben lungi dal caratterizzarsi in maniera assoluta, oggi pare questo il modello prevalente nel contesto americano⁸⁹. Eppure, si tratta di un modello di identificazione che sorge solamente nel XX secolo: fino almeno al 1919, infatti, l'interpretazione della Corte Suprema tendeva ad applicare l'idea dell'illegittimità delle restrizioni alla libertà

⁸⁵ Justice Holmes, *Dissenting opinion*, in *Abrams v. United States*, 249 U.S. 630 (1919).

⁸⁶ A. KOLTAY, *Freedom of Speech. The Unreachable Mirage*, cit., pp. 6-8, analizza l'argomento di Holmes come un esempio di «further developments of Mill's theory» (p. 6). Inoltre, egli aggiunge: «The 'marketplace of ideas' theorem, based on Mill's theory but emphasised mainly by Holmes (the expression itself does not even appear in Mill's work), had a great effect on the American development of the right to freedom of speech. Later, based on this theorem, the Supreme Court overturned a number of regulations and court decisions that allowed state infringement on freedom of speech, quoting the lack of restrictions in the 'market'» (p. 7). Analogamente, cfr. F. SCHAUER, *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, cit., pp. 15-34; K. GREENAWALT, "Free Speech Justifications", cit., p. 130; J. WEINSTEIN, *Hate Speech, Pornography, and the Radical Attack on Free Speech Doctrine*, Westview Press, Oxford, 1999, p. 13; S. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *La libertad de expresión*, cit., pp. 23-25.

⁸⁷ Ne dà testimonianza C.R. SUNSTEIN, *Democracy and the Problem of Free Speech*, cit., pp. 23-26. Per un'analisi (e alcune critiche) dell'argomento del giudice Holmes e di come esso sia divenuto la principale ragione della sfiducia verso l'intervento governativo a regolazione della libertà d'espressione si veda E. BARENDT, *Freedom of Speech*, cit., pp. 11-13.

⁸⁸ Si veda, ad esempio, il caso *Federal Communications Commission v. Pacifica*, 438 U.S. 726 (1978), ove la Corte Suprema afferma che: «[...] it is a central tenet of the First Amendment that the government must remain neutral in the marketplace of ideas».

⁸⁹ Tra i vari esempi adottati da Sunstein, particolare importanza assume quello relativo alla posizione del Presidente Bush, il quale, in tempi recenti, nei propri discorsi tendeva ad identificare totalmente i principi del *free speech* con quelli del libero mercato (C.R. SUNSTEIN, *Democracy and the Problem of Free Speech*, cit., p. XVIII). Analogamente, Weinstein afferma: «Current free speech doctrine is in some ways a traditional institution. Its intellectual origins trace back to the works of seventeenth-century John Milton and nineteenth-century philosopher John Stuart Mill; its legal roots are in the decisions of early-nineteenth-century jurist[...] Oliver Wendell Holmes», J. WEINSTEIN, *Hate Speech, Pornography, and the Radical Attack on Free Speech Doctrine*, cit., p. 4. Pare concordare con questa visione che tende a vincolare il modello del *marketplace of ideas* con il modello liberale *rights-based* (fondato, in ultima istanza, sull'autonomia individuale) R. POST, "Participatory Democracy and Free Speech", in *Virginia Law Review*, 97, 2011, pp. 477-490, p. 479, quando afferma: «the constitutional value of autonomy [...] is sometimes referred to as "self-fulfillment" or "self-expression". [...] From the perspective of this value, the First Amendment regards all ideas as equal because all ideas equally reflect the autonomy of their speakers, and because this autonomy deserves equal respect». Pare concordare anche A. DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, cit., pp. 76-77. Cfr., inoltre, S. SORIAL, "Free Speech, Autonomy and the Marketplace of Ideas", in *Journal of Value Inquiry*, 44, 2010, pp. 167-183.

d'espressione *ex* Primo Emendamento solamente per ciò che riguardava i *prior restraints*, identificati con i casi di censura preventiva⁹⁰ (cfr. *infra*, § 7.2): tale divieto, secondo la Corte, non riguardava in alcun modo le sanzioni eventualmente imposte successivamente alla messa in atto di comportamenti perpetrati a danno di terzi.

Ad ogni modo, questi elementi risultano utili alla comprensione del modello *libertarian* della libertà d'espressione. In sostanza, esso coincide, in larga parte, con la posizione assunta dai cosiddetti *free speech absolutists*, che emerge in ambito statunitense tra il 1925 e il 1970⁹¹. Riassumendo brevemente (secondo la linea di Sunstein) i postulati sui quali si fonda tale impostazione, si può dire che in seno a tale paradigma: 1) il governo è visto come il “nemico” della libera espressione, a partire da una concezione della libertà come *non-interferenza* (si potrebbe aggiungere: *formale*); 2) vi è una concezione forte della *neutralità*⁹² dell'azione del governo; 3) si ritiene che la logica del bilanciamento non possa essere applicata alla risoluzione delle controversie relative alla libera espressione, stante l'assolutezza della stessa e del relativo diritto; 4) non si concedono eccezioni (o, se vi sono, queste devono essere estremamente limitate) in virtù dello *slippery slope argument*⁹³. È per queste ragioni che il tale modello può, se portato all'estremo, essere definito «*libertarian*»⁹⁴.

Risulta evidente, rispetto al modello liberale-classico, uno slittamento da una concezione della libertà d'espressione come *libertà dei moderni* all'assimilazione della stessa con la *libertà negativa*⁹⁵. Quanto riportato permette di classificare l'approccio liberale nel dibattito sulla libertà d'espressione come un'impostazione che, fondandosi sulla centralità del discorso liberale sui diritti individuali (tra cui rientrano, dunque, la libertà di pensiero e di coscienza e la libertà d'espressione), sostiene l'impossibilità di limitazione di tale libertà se non in casi

⁹⁰ Cfr. D. RABBAN, “The First Amendment in Its Forgotten Years”, in *Yale Law Journal*, 514, 90, 1981, pp. 514-595, ora in ID., *Free Speech in Its Forgotten Years*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997.

⁹¹ C.R. SUNSTEIN, *Democracy and the Problem of Free Speech*, cit., p. 5.

⁹² Ricorda il vincolo tra neutralità, libertà d'espressione e pensiero *libertarian*, oltre a criticarlo, R. ABEL, *Speech and Respect*, cit., pp. 44-47. Si tratta della neutralità liberale classica, ove il governo è concepito come mero arbitro che garantisce solamente il rispetto delle regole. Sulle possibili diverse accezioni del significato della neutralità entro il paradigma liberale, cfr. C. DEL BÒ, *La neutralità necessaria. Liberalismo e religione nell'età del pluralismo*, ETS, Pisa, 2014, in particolare le pp. 59-94.

⁹³ L'argomento della “china scivolosa”, o *slippery slope*, in relazione alla questione della libertà d'espressione, è stato studiato da F. Schauer, il quale, descrivendo le posizioni dei *free speech absolutists*, sostenne che modificazioni anche minimali al regime (allora) attuale di libera espressione avrebbero portato, in futuro, a situazioni di danno concreto dalle quali sarebbe stato impossibile tornare allo *status quo* (cfr. F. SCHAUER, “Slippery Slopes”, in *Harvard Law Review*, 99, 2, 1985, 361-383). Cfr., inoltre, A. DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, cit., p. 81. Sull'argomento, in generale, cfr. B. WILLIAMS, “Which Slopes are Slippery?”, in ID., *Making Sense of Humanity and other Philosophical Papers, 1982-1993*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995; D. WALTON, *Slippery Slope Arguments*, Oxford University Press, New York, 1992 (riprendo i riferimenti bibliografici da M. LA TORRE, M. LALATTA COSTERBOSA, *Legalizzare la tortura? Ascesa e declino dello Stato di diritto*, Il Mulino, Bologna, 2013, pp. 131-132).

⁹⁴ O. FISS, *The Irony of Free Speech*, cit., p. 3.

⁹⁵ Cfr. I. BERLIN, *Two Concepts of Liberty* cit. Sulla non totale sovrapponibilità tra la libertà *negativa* e la libertà *dei moderni* si è già detto *supra*, CAP. 2.

eccezionali. Secondo tale visione, infatti, «the only possible way leading to the truth is through the creation of a free marketplace of ideas, whose potential prime enemy is the state»⁹⁶.

Gli argomenti dei *free speech absolutists* sono ripresi, oggi, nel dibattito contemporaneo sui limiti alla libertà d'espressione e, di conseguenza, sull'*hate speech*⁹⁷. È in seno ad esso che vengono elaborate le categorie di pensiero che trovano traduzione pratica entro la posizione alla regolazione del discorso d'odio (cfr. *infra*, § 6.6). È pur vero che, secondo alcuni autori, tale affermazione costituisce di un pregiudizio da sfatare⁹⁸. Tuttavia, ai fini della comprensione del dibattito sull'*hate speech*, essa costituisce il punto di partenza fondamentale, senza il quale le stesse concezioni critiche di tale impostazione non risulterebbero comprensibili. In sostanza, si può criticare l'approccio liberale alla libertà d'espressione⁹⁹ e, portando il ragionamento alle estreme conseguenze, si può addirittura dubitare che esso costituisca un vero e proprio modello seguito da coloro che si oppongono ai *ban* contro l'*hate speech*; tuttavia, quale che sia la strada che si intende intraprendere, essa non risulta in alcun modo percorribile senza essersi preventivamente posti la questione relativa a *che cosa* si intenda con 'modello liberale' della libertà d'espressione, ciò che ha costituito, sin qui, obiettivo privilegiato d'indagine.

La critica che potrebbe essere avanzata ad una simile ipostatizzazione di un modello liberale di libertà d'espressione è che esso, a ben vedere – e come è già stato sottolineato – sarebbe costruito esclusivamente a partire dalle riflessioni dei *libertarian*, le quali, come si è visto (cfr. *supra*, § 2.7.1), concepiscono la libertà come assenza di interferenza formale e adottano un modello di diritti preesistenti alla deliberazione politica che impone restrizioni allo Stato. Solo questo modello potrebbe essere descritto come *free speech absolutism*.

Ciò è vero solo in parte. In effetti, come si è sottolineato in precedenza, nemmeno i *free speech absolutists* sostengono che la libertà d'espressione sia completamente assoluta e non possa *mai* essere limitata. Tuttavia, tale impostazione, di matrice *libertarian*, tende a ridurre drasticamente le ipotesi di limitazione della libertà d'espressione. Ciò che risulta peculiare è che anche adottando un punto di vista diverso, spostandosi, cioè, da un modello *libertarian* ad un modello liberale-egalitario (cfr. *supra*, § 2.7.2), la risposta alla questione della possibilità di limitazione della libertà d'espressione – come poi verrà messo in luce nel caso particolare

⁹⁶ A. KOLTAY, *Freedom of Speech. The Unreachable Mirage*, cit., p. 7.

⁹⁷ Questi argomenti saranno ripresi in seguito (cfr. *infra*, § 6.6); cfr. R. DWORKIN, "Reply to Jeremy Waldron", in M. HERZ e P. MOLNAR (eds.), *The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 341-344; TH. SCANLON, "A Theory of Free Expression", in *Philosophy and Public Affairs*, 1, 1972, pp. 204-226; ID., "Freedom of Expression and Categories of Expression", in *University of Pittsburg Law Review*, 40, 1979, pp. 519-550.

⁹⁸ Cfr. *ivi*, pp. 4-7, ove Heinze dichiara: «My challenge to bans on democratic grounds aims to avoid some common misunderstandings. One would be the assumption that opposition to bans necessarily entails 'marketplace', 'libertarian', 'Americanized', 'neo-liberal', or indeed 'neo-conservative' values» (p. 6). Cfr., inoltre, F. SCHAUER, *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, cit., p. 60, che sostiene che sia l'argomento della ricerca della verità sia quello della democrazia non provengono dall'individualismo liberale, bensì da un'attenzione preponderante per l'utilità sociale e per la collettività. In maniera concorde a Schauer, J. WEINSTEIN, *Hate Speech, Pornography, and the Radical Attack on Free Speech Doctrine*, cit., pp. 13-14.

⁹⁹ Per le insufficienze dell'approccio liberale alla libertà d'espressione, cfr. L. ALEXANDER, "The Paradoxes of Liberalism and the Failure of Theories Justifying a Right of Freedom of Expression", in ID., *Is There a Right of Freedom of Expression?*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 147-181.

dell'*hate speech* – non si modifica sensibilmente. Si prendano ad esempio le riflessioni di Rawls e Dworkin (modello liberale-egaltario) sulla libertà d'espressione.

Nel sistema generale delineato da Rawls, la libertà d'espressione costituisce un bene primario – rientra, cioè, tra i *diritti* e, dunque, nel primo principio di libertà. Come si è visto, Rawls accetta che lo Stato intervenga a regolare la libertà (ciò che ha permesso di definire il suo modello di libertà come *libertà dall'interferenza in senso reale*). Tuttavia, nel caso della libertà d'espressione, trattandosi di un diritto, essa potrebbe essere limitata *solo* nel caso in cui essa ledesse un altro diritto fondamentale e che esso fosse talmente forte da “vincere” su quello alla libertà d'espressione. Laddove nei casi di *hate speech* non si riesca a trovare un altro diritto – oppure se ne rinvenga uno confliggente, che tuttavia non risulta “abbastanza forte” da reggere contro la libertà d'espressione –, Rawls sarebbe portato a sostenere che la libertà d'espressione dovrebbe logicamente includere anche il diritto ad offendere.

Rawls sottolinea che in determinati casi particolari alcuni tipi di discorso non risultano effettivamente protetti, a partire dalla giurisprudenza costituzionale, come nel caso delle *fighting words* (cfr. *infra*, § 7.2.6) o del discorso politico che incita all'uso illegale della forza. Tuttavia, egli sostiene che «among a reasonable people such incitements to violence will seldom occur and never be serious. So long as the advocacy of revolutionary and even seditious doctrines is fully protected, as it should be, there is no restriction on the content of political speech, but only regulations as to time and place, and the means used to express it»¹⁰⁰.

Invece, vi sono casi in cui – Rawls stesso lo riconosce – il discorso «becomes so closely connected with the use of force that it may be properly restricted»¹⁰¹: si tratta, evidentemente, dell'argomento del *discorso che diventa azione* [*speech which shades into action*]. Egli esplicitamente rigetta «the view, defended by no one, that all speech of whatever kind is protected, perhaps because it is thought that speech is not action and only action is punishable»¹⁰². In questi casi, Rawls accetta la limitazione della libertà d'espressione, rifacendosi peraltro alla dottrina del *clear and present danger* (cfr. *infra*, § 7.2.2) e tuttavia rifiuta espressamente che essa si applichi al *discorso politico*, poiché esso è, per sua stessa natura, sempre pericoloso¹⁰³.

«In justice as fairness this kind of [political] speech falls under the basic liberties, and while these liberties are not absolute, they can be restricted in their content [...] only if this is necessary to prevent a greater and more significant loss, either directly or indirectly, to these liberties. [...] If we insist on using the language of the clear and present danger rule, we must say, first, that the substantive evils which the legislature seeks to prevent must be of a highly special kind, namely, the loss of freedom of thought itself, or of other basic liberties, including here the fair value of the political liberties; and second, that there must be no alternative way to prevent these evils than the restriction of free speech»¹⁰⁴.

Rawls, sostanzialmente, rifiuta formalmente il modello del *free speech absolutism*, poiché la libertà d'espressione può essere limitata in alcuni casi: si tratta dei casi in cui, come si è detto, questa confligge con altre libertà (o con altri diritti). E tuttavia, ciò non si applica, per

¹⁰⁰ J. RAWLS, *Political Liberalism* [1993], Expanded edition, Columbia University Press, New York, 2005, p. 336.

¹⁰¹ *Ivi*, p. 344.

¹⁰² *Ivi*, p. 345.

¹⁰³ *Ivi*, p. 354.

¹⁰⁴ *Ivi*, p. 356.

Rawls, al discorso politico. In sostanza, si può dire che Rawls accetta l'assolutismo della libertà d'espressione nel discorso politico, mentre sostiene la possibilità di limitazione della stessa in tutte le altre forme di discorso non politico, a patto che esso confligga con un'altra libertà. Un caso evidente è, appunto, quello in cui il discorso *diviene azione*: si tratta di un uso *perlocutorio* della teoria della performatività (cfr. *infra*, §§ 4.2.2; 5.2.4; 6.6).

Le considerazioni di Rawls sono riprese anche da Dworkin. Nel trattare del Primo Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti, questi distingue l'approccio di coloro che trattano la libertà d'espressione come una *regola*, applicabile nella forma del «tutto o niente», tale per cui essa sarebbe una libertà assoluta, da quello di coloro che la considerano, piuttosto, un *principio*, bilanciabile con altri principi¹⁰⁵.

A partire da questa considerazione di Dworkin, si può sostenere che l'approccio di coloro che trattano la libertà d'espressione nei termini di una *regola* risulta coerente con l'approccio della *libertà come non-interferenza formale* tipica del pensiero *libertarian*. L'approccio di coloro che considerano che la libertà d'espressione sia un *principio*, al contrario, dovrebbe essere identificabile con la *libertà reale come non-interferenza* dei liberali-egalisti. Tuttavia, Dworkin finisce per sostenere un'impostazione della libertà d'espressione maggiormente coerente con la concezione della stessa nei termini di una *regola*, ovvero di un diritto assoluto (cfr. le posizioni di Dworkin nel dibattito sull'*hate speech*, *infra*, § 6.6.3).

Innanzitutto, egli distingue il proprio approccio alla libertà d'espressione da quello *strumentale*, il quale protegge tale libertà in virtù delle sue conseguenze, sostenendo che essa produce effetti positivi per la collettività in generale. Al contrario, egli condivide l'approccio *costitutivo* alla libertà d'espressione come valore in sé, in quanto caratteristica costitutiva di una società politica giusta che tratta i suoi membri come agenti morali responsabili¹⁰⁶. Dworkin precisa che nessuno dei due approcci concepisce la libertà d'espressione in senso assoluto. La differenza, però, sta nel fatto che l'approccio strumentale è, dal suo punto di vista, più limitato: esso si applica solamente alla protezione del discorso politico, mentre l'approccio costitutivo si estenderebbe a tutti i tipi di discorso¹⁰⁷.

Privilegiare l'attenzione per la responsabilità morale nel caso della libertà d'espressione, secondo Dworkin, significa lasciare agli individui la libertà di convincersi di ciò che è giusto e ciò che è sbagliato, vero o falso: lo Stato, cioè, insulta i cittadini, negando loro responsabilità morale, quando limita loro l'accesso a determinate opinioni: «We retain our dignity, as individuals, only by insisting that no one—no official and no majority—has the right to withhold an opinion from us on the ground that we are not fit to hear and consider it»¹⁰⁸. Si tratta

¹⁰⁵ R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1977, p. 27. Si noti che Dworkin riconosce espressamente che la seconda posizione è sostenuta da coloro che considerano la possibilità di limitare la libertà d'espressione nel caso in cui vi sia un *clear and present danger*.

¹⁰⁶ R. DWORKIN, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 1996, pp. 199-200.

¹⁰⁷ Ivi, p. 201.

¹⁰⁸ Ivi, p. 200.

della dimensione *negativa* della responsabilità morale nella libertà d'espressione. Essa possiede, in aggiunta, anche una dimensione *positiva*: la libertà degli individui di dire tutto ciò che desiderano, «no matter how hateful the opinions he wishes to consider or propagate»¹⁰⁹.

Si comprendono così le ragioni che portano Dworkin a sostenere che la libertà d'espressione sia, in coerenza con il Primo Emendamento, una *libertà negativa* (dall'interferenza):

«Freedom of speech, conceived and protected as a fundamental negative liberty, is the core of the choice modern democracies have made»¹¹⁰.

Le libertà negative, come la libertà d'espressione, sono espressione dei «diritti liberali»¹¹¹: Dworkin elenca espressamente alcuni diritti fondati sulla libertà negativa, tra i quali la libertà d'espressione, in contrapposizione alla dimensione positiva della libertà¹¹². Sulla base di ciò, egli rifiuta qualsiasi tipo di censura fondata sul contenuto, poiché il diritto alla libertà d'espressione indica il *diritto ad offendere*: «The essence of negative liberty is freedom to offend, and that applies to the tawdry as well as the heroic»¹¹³. Richiamando la tesi della compatibilità tra la libertà e l'eguaglianza, inoltre, Dworkin aggiunge: «First Amendment liberty is not equality's enemy, but the other side of equality's coin»¹¹⁴.

La concezione della libertà d'espressione in Dworkin finisce così per riaffermare quella priorità della libertà negativa, nonostante egli affermasse che, in assenza di una teoria generale della libertà, dovesse intendersi per libertà tanto la sua dimensione negativa quanto quella positiva (cfr. *supra*, 2.7.2b). Inoltre, la teoria della libertà d'espressione di Dworkin permette di comprendere la relazione tra l'assenza di una teoria generale della libertà e la teoria dei diritti. Quest'ultima, infatti, nell'assegnare priorità deontologica alle ragioni del giusto su quelle del bene, concede priorità assoluta ai *rights as trumps* contro qualsiasi altro scopo collettivo. In questo senso, sono i diritti a garantire la supremazia della dimensione negativa della libertà, in quanto permettono all'individuo di vedersi garantita una posizione privata intangibile in cui né lo Stato né gli altri possono entrare. Questa posizione può essere limitata solamente quando i diritti individuali confliggono con altri diritti individuali.

In questo senso, dunque, si comprende come il modello liberale della libertà d'espressione tenda naturalmente verso l'assolutismo, tanto nella sua versione *libertarian* quanto in quella liberale-egitaria. Per riassumere, si può sostenere quanto segue:

1) La libertà d'espressione, entro il modello liberale, si rifà ad un modello di *libertà negativa*, in cui si privilegia l'assenza di intervento statale.

¹⁰⁹ Ivi, p. 200.

¹¹⁰ Ivi, p. 221. Cfr. anche p. 218, citando il caso *American Booksellers Association, Inc. et al. v. William H. Hudnut, III, Mayor, City of Indianapolis, et al.*, 598 F. Supp. 1316 (S.D. Ind. 1984). A dire il vero, Dworkin pare mettere successivamente in dubbio questo assunto in un momento successivo: cfr. R. DWORKIN, *Justice for Hedgehogs*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2011, p. 372. Tuttavia, la dimensione positiva riconosciuta da Dworkin alla libertà d'espressione è la dimensione del poter fare, la dimensione della libertà positiva, non quella della libertà degli antichi.

¹¹¹ R. DWORKIN, *Justice for Hedgehogs*, cit., p. 371.

¹¹² R. DWORKIN, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, cit., pp. 214-215.

¹¹³ Ivi, p. 218.

¹¹⁴ Ivi, p. 238.

2) La libertà d'espressione è assoluta (modello delle *regole*) per quanto riguarda la mera *espressione di idee*, poiché essa è strettamente collegata con la libertà di coscienza.

3) La libertà d'espressione è un diritto. In quanto tale, essa non può essere limitata se non nel caso in cui tale diritto(-libertà) interferisca con un altro diritto(-libertà). In particolare, essa passa a non essere più assoluta (modello dei *principi*), quando non rimane esclusivamente entro l'alveo della mera espressione di idee, bensì sfocia nel mondo dell'*azione* (teoria perlocutoria della performatività; cfr. *infra*, §§ 4.2.2; 5.2.4; 6.6).

Se si adotta il modello liberale della libertà d'espressione e dei diritti, dunque, nel caso dell'*hate speech* sarà necessario trovare il corrispettivo diritto che viene leso dalla stessa nel caso in cui essa passi dal mondo del mero *speech* a quello dell'*action*. Inoltre, si dovrà trattare di una lesione grave e, soprattutto, nel giudizio di bilanciamento il secondo diritto dovrà prevalere sul primo, altrimenti l'espressione non potrà essere oggetto di restrizione.

Al contrario, un modello neo-repubblicano della libertà e dei diritti fondato sull'ideale della non-dominazione, capace di tenere in considerazione la dominazione discorsiva (cfr. *supra*, § 2.5) e la dimensione illocutoria dell'*hate speech* (cfr. *infra*, §§ 4.2.2; 5.3.1; 6.4; 6.5) potrebbe superare i limiti di questo modello liberale nella costruzione di una risposta proibizionista.

Tuttavia, nelle concezioni del repubblicanesimo *mainstream* (o il modello democratico-repubblicano), per così dire, tale possibilità fallisce nel trovare ragioni per le quali limitare la libertà d'espressione in questi casi. Come si accennava, infatti, la costruzione di un modello neo-repubblicano di libertà d'espressione è stata effettuata principalmente sulla base della dimensione democratica del *self-government*, che finisce per sostenere ragioni simili a quelle fatte proprie dal modello liberale.

3.3 – Le critiche al modello liberale e il modello democratico-repubblicano

Oltre al modello di libertà d'espressione basato sulla prospettiva liberale, è possibile individuare altri diversi approcci tradizionali alla libertà d'espressione: essi possono essere classificati come *critiche interne* allo stesso paradigma liberale (come, ad esempio, quella di Joseph Raz e, in parte, quella di Cass Sunstein) oppure come *critiche esterne* (come quella delle prospettive che, a partire dall'approccio comunitarista tipico del dibattito tra *liberal* e *communitarian*, rifiutano *in toto* il modello liberale).

Tuttavia, il modello liberale non sarà, in questa sede, oggetto di rifiuto integrale, poiché è quello che permette di qualificare la libertà d'espressione come un *diritto soggettivo e umano*¹¹⁵. Lo scopo di questa parte del lavoro non è tanto quella di proporre un modello completamente alternativo a quello liberale, quanto, piuttosto, quella di analizzarne alcune critiche (soprattutto entro una prospettiva che, come si diceva in apertura, si definisce *democratico-*

¹¹⁵ Cfr., ad esempio, M.C. BARRANCO AVILÉS, *Teoría del Derecho y derechos fundamentales*, Palestra, Lima, 2009, ove l'autrice afferma: «De ningún modo resulta compatible con la mentalidad de los derechos—al menos tal y como ésta se entiende tradicionalmente—la defensa de posiciones holistas y organicistas» (p. 147).

repubblicana) che ne permettono una “correzione” e giustificano, al contempo, una maggior propensione a concepire la necessità di limiti alla libertà d’espressione.

In questa analisi, si metterà in rilievo come, in realtà, nella teoria della libertà d’espressione non si rinvenivano riflessioni fondate sulla libertà come non-dominazione. Il modello *democratico-repubblicano*, infatti, come si vedrà, fa leva sulla giustificazione della libertà d’espressione a partire dal principio del *self-government*, in maniera coerente con l’anima del neo-repubblicanesimo che si è definita “istituzionale”, ovvero il modello democratico-repubblicano (cfr. *supra*, § 2.8.2), privilegiando l’attenzione alla componente democratica della libertà d’espressione e non, invece, ad una teoria della libertà nel senso della non-dominazione.

La riflessione sul modello democratico-repubblicano di libertà d’espressione costituisce un passaggio fondamentale del discorso che si intende sviluppare in questa sede: esso, infatti, permette di dare fondamento teorico alle affermazioni circa la necessità di intervento statale a tutela della libertà d’espressione. La libertà d’espressione, in sostanza, non possiede solamente una dimensione *negativa* (fondata sulla *libertà come non-interferenza* o *libertà da*), bensì, per essere resa effettiva, necessita anche di una dimensione *positiva* (fondata sulla *libertà di* e, in parte, sulla *libertà positiva* come partecipazione alla vita pubblica nella forma del *self-government*). Tuttavia, come si vedrà, tale percorso rischia di “dimenticare” la libertà come *non-dominazione*. L’assenza di una teoria della libertà d’espressione fondata sulla non-dominazione, infatti, genera, nel dibattito sulla limitazione della stessa nel caso dell’*hate speech*, una sorta di opposizione binaria tra coloro che interpretano suddetta libertà in senso negativo, coerentemente con il modello liberale, e coloro che ritengono invece che sia necessario aggiungere dimensioni positive, coerentemente con il modello democratico-repubblicano.

3.3.1 – Joseph Raz e il liberalismo perfezionista

In seno al paradigma liberale, famosa è la revisione dello stesso operata da Raz¹¹⁶. Egli propone una prospettiva liberale-perfezionista che utilizza anche nella giustificazione della libertà d’espressione¹¹⁷. Nella sua argomentazione, Raz coniuga la necessità di giustificazione del diritto alla libertà d’espressione, da un lato, con le ragioni per le quali la libertà d’espressione può essere identificata come un *valore*: il *diritto* alla libertà d’espressione, infatti, è una conseguenza della giustificazione del suo *valore intrinseco*¹¹⁸.

¹¹⁶ Cfr. J. RAZ, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986; ID., *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Clarendon Press, Oxford, 1994.

¹¹⁷ «The argument for a right of free expression I am defending is ‘perfectionist’ in the sense that it is based on the need to fashion legal institutions to promote people’s ability and prospects of having worthwhile, good lives», J. RAZ, “Free Expression and Personal Identification”, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 11, 3, 1991, pp. 303-324, p. 321, ora in ID., *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, cit., pp. 146-169.

¹¹⁸ Cfr. E. BARENDT, *Freedom of Speech*, cit., p. 30. Nell’analisi di Barendt, si tratta di una prospettiva distinta ed alternativa a quella liberale: «What, however, all these arguments share is the perception that freedom of speech should be justified by reference to other fundamental values or moral principles [...]. Freedom of speech, in short, is integrally connected with other values» (p. 31).

È importante segnalare che, nella costruzione di Raz della libertà d'espressione, egli tratta della comunicazione in senso ampio, includendo la comunicazione simbolica (dalle manifestazioni artistiche all'atto di indossare un'uniforme) e non soltanto l'informazione¹¹⁹. Inoltre, egli fa espresso riferimento alla comunicazione intesa in senso *pubblico*, affrontando il tema della libertà d'espressione (e del relativo diritto sottostante) come un *bene comune*. A partire da questa visione, Raz sostiene la libertà d'espressione come fondamentale in un regime democratico, a garanzia della responsività dei governi e dell'informazione dei cittadini. Dal punto di vista democratico, «whatever value the right to free expression has for an individual right-holder derives from his interest in being able to participate in the democratic process»¹²⁰.

La libertà d'espressione costituisce il valore fondativo dei sistemi democratici:

*«Freedom of expression is among the foundation-stones of all political democracies. The right of free expression serves to protect the interest of those who have it and who may wish to use it to express their views. It also serves the interest of all those who have an interest in acquiring information from others. But here again the right serves the interests of those who are neither speakers nor listeners. Everyone who lives in a democracy is affected by the fact that this is a society enjoying a free exchange of information. One may go one step further. If I were to choose between living in a society which enjoys freedom of expression, but not having the right myself, or enjoying the right in a society which does not have it, I would have no hesitation in judging that my own personal interest is better served by the first option»*¹²¹.

L'argomento decisivo, entro la prospettiva raziana, è quello della «*validation of ways of life*»¹²²: secondo Raz, la libera espressione da parte di cittadini e, soprattutto, di alcuni gruppi, i cui messaggi vengono diffusi nello spazio pubblico, conduce ad una situazione di implicita approvazione pubblica degli stili di vita di quelle stesse persone. Il fatto che compaiano in televisione, ad esempio, determinati tipi di famiglie che impostano la loro vita familiare in modi che possono essere condivisi da alcuni e rigettati da altri, non solo concede tolleranza a quella forma di espressione, ma, in qualche modo, la riconosce e la istituzionalizza. Sulla base del medesimo argomento, Raz rifiuta la «censura»¹²³ come una forma odiosa di disapprovazione dello stile di vita delle persone il cui messaggio viene censurato e ciò che gli

¹¹⁹ «'Communication' is to be understood broadly to include much more than the communication of propositional information. It includes any act of symbolic expression undertaken with the intention that it be understood to be that by the public or part of the public. Thus communication here covers not only all the forms of language-dependent communication but also pictorial musical communication, and a whole range of symbolic acts», J. RAZ, «Free Expression and Personal Identification», cit., p. 303.

¹²⁰ Ivi, p. 308.

¹²¹ J. RAZ, *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, cit., p. 54 (corsivi nostri).

¹²² Ivi, p. 312-313, ove Raz afferma che: «Freedom of expression touches on the *validation of ways of life* in two ways, yielding two distinct arguments for it. First, while it exists and in as much as it is exercised, ways of life which are portrayed and expressed are validated through their portrayal and expression. People get the reassurance that others know of their problems, experiences, attitudes, etc. and that they are acceptable in the society. Second, because of this significance of expression, censorship and criminalization acquire a wider negative significance. They express not merely disapproval of the particular act of expression which is censored. They express disapproval of the whole way of life (of all the ways of life) of which it is a part. In contemporary societies public portrayal validates ways of life, whereas censorship is authoritative public condemnation of the way of life» (corsivi dell'autore). Per un'analisi dell'argomento di Raz nel senso dell'utilizzo di basi non individualistiche e rispettose del pluralismo, cfr. E. BARENDT, *Freedom of Speech*, cit., pp. 30-35.

¹²³ Egli fa esplicito riferimento alla censura *content-based*, quella fondata sul contenuto e su ragioni di principio, di carattere *preventivo*; non estende il medesimo rifiuto, al contrario, alla censura motivata su basi consequenzialiste, ovvero alla *restrizione successiva*: cfr. ivi, p. 314.

permette di sostenere un rifiuto così esplicito della censura è proprio l'iscrizione alla categoria di valore della libertà d'espressione.

È importante sottolineare che Raz individua una sorta di *pedigree* che l'espressione deve rispettare per poter pretendere di essere libera: «[t]o be protected by these arguments it has to be an expression or portrayal of *something which is a part of a valuable way of life*»¹²⁴. Pur evitando la questione relativa a *cosa* possa rientrare o meno sotto la definizione di *valuable way of life* (che non risulta di interesse in questo lavoro), è necessario dunque evidenziare che tutto ciò che non vi rientra può essere oggetto di restrizione e, anzi, laddove metta in pericolo la libertà d'espressione come valore democratico ciò diviene addirittura necessario¹²⁵. In questo senso, con parole di Bellamy, «issues such as libel and slander make it implausible to see free speech as the right of each and every individual to say whatever he or she wants regardless of its more general effects on the rights of others»¹²⁶.

La costruzione di Raz, tuttavia, rimane, come anticipato, entro l'orizzonte liberale: egli stesso, infatti, afferma che la libertà d'espressione «is a liberal puzzle»¹²⁷. Tuttavia, essa permette di mettere in luce alcuni dei rischi dell'utilizzo di un modello esclusivamente liberale, eccessivamente basato sulla prospettiva dei diritti e degli interessi alla libertà d'espressione, oltre che sul modello del mercato, dove a tutti gli effetti solo poche persone hanno realmente accesso ai mezzi di comunicazione di massa¹²⁸ e, dunque, solamente alcuni modelli di vita divengono oggetto di *enforcement*. Inoltre, Raz ricollega direttamente la libertà d'espressione al principio giustificativo della partecipazione democratica, in questo rigettando l'approccio liberale della ricerca della verità e gli argomenti individualisti.

Entro questa prospettiva, si comprende la tradizionale tendenza alla sopravvalutazione dei rischi dell'intervento governativo nell'ambito della libera espressione, tipica del modello liberale classico. Un tentativo di superamento di questi limiti è, come si è visto, quello fornito

¹²⁴ Ivi, p. 319 (corsivi nostri).

¹²⁵ È il caso, ad esempio, delle *espressioni d'odio*, che secondo Raz non rientrano sotto la protezione della libertà d'espressione (ivi, p. 315).

¹²⁶ R. BELLAMY, "Rights, Republicanism and Democracy", in A. NIEDERBERGER, P. SCHINK, *Republican Democracy. Liberty, Law and Politics*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2013, pp. 253-275, p. 260.

¹²⁷ J. RAZ, "Free Expression and Personal Identification", cit., p. 303. Cfr F. SCHAUER, *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, cit., che afferma: «Freedom of speech is commonly thought of as a liberal doctrine» (p. 60).

¹²⁸ Questa critica pare essere fatta propria da E. BARENDT, *Freedom of Speech*, cit., il quale afferma: «On balance, I prefer the view that free speech not only contains a set of rights, but reflects values which may on occasion require promotion through the law. Those occasions may be rare. Commitment to free speech means that courts must scrutinize carefully any attempt by government to regulate its exercise, however well-intentioned that may appear. *But an exclusive rights-based approach, and a blind faith in the market, also poses dangers*, in particular that of a society in which only a few people can communicate their ideas effectively through the mass media. Moreover, the risks of government intervention may have been exaggerated by commentators, primarily in the United States, who would rule it out in all circumstances» (pp. 35-36; corsivi nostri).

dalla prospettiva liberale-perfezionista, che utilizza il valore dell'*autonomia* come punto di arrivo, contrariamente al pensiero liberale tradizionale, che rifiuta che lo Stato debba compromettersi a qualche valore specifico¹²⁹.

3.3.2 – Il modello democratico-repubblicano: Cass Sunstein

Tra gli approcci critici nei confronti del liberalismo, si ricordano le suggestioni provenienti dagli ambiti del repubblicanesimo civico¹³⁰ (cfr. *supra*, CAP. 2).

In questo senso, è necessario ricordare la distinzione accennata in partenza tra il modello *liberale* e quello *democratico* di opinione pubblica. Contrariamente al modello liberale, in quello democratico è decisamente più rilevante il *contenuto* dell'espressione¹³¹. Vi è, infatti, un senso distinto della parola 'pubblico': ciò che è pubblico, qui, lo è in virtù della sua attinenza ad un *interesse generale*, che trascende i singoli soggetti partecipanti alla formazione dell'opinione pubblica. Come si vedrà, la letteratura neo-repubblicana che si è occupata di libertà d'espressione si rifà evidentemente al modello *democratico* di opinione pubblica: ciò in quanto tale corrente del neo-repubblicanesimo – perlopiù rifacendosi alle riflessioni di Sunstein –, che coincide con il modello democratico-repubblicano (2*supra*, § 2.8.2), considera la libertà d'espressione in relazione al valore della partecipazione e del *self-government*. Ciò non significa che il neo-repubblicanesimo, applicato alla libertà d'espressione, debba necessariamente andare in quella direzione. E tuttavia, come si accennava in apertura, il modello della non-dominazione (l'anima "non-istituzionale" del neo-repubblicanesimo) non è ancora stato utilizzato per una costruzione della teoria della libertà d'espressione.

Se il punto di partenza per la costituzione di una collettività nel modello neo-repubblicano è l'esistenza di cittadini *virtuosi*, è possibile sostenere che anche l'*oggetto* della libera espressione dovrà, in maniera concorde e secondo il modello democratico, essere vagliato in termini di virtù: non rileva, qui, solo l'espressione, bensì la "buona" espressione.

Risulta dunque evidente l'inapplicabilità della relazione circolare tra la libertà e l'espressione del modello liberale. Se, infatti, in quel modello la libertà costituiva il punto di

¹²⁹ I. HONOHAN, *Civic Republicanism*, Routledge, London and New York, 2002, p. 11. Al più, il valore dell'*autonomia* nel pensiero liberale classico è dato per presupposto, come punto di partenza.

¹³⁰ È pur vero che il repubblicanesimo civico, come testimoniano M.H. REDISH e G. LIPPMAN, non si è occupato diffusamente di libertà d'espressione (salvo qualche eccezione, che si citerà in seguito), cfr. "Freedom of Expression and the Civic Republican Revival in Constitutional Theory: The Ominous Implications", in *California Law Review*, 79, 2, 1991, pp. 267-311, p. 268. Anche E. HEINZE, *Hate Speech and Democratic Citizenship*, cit., individua il paradigma del repubblicanesimo civico come alternativo alla visione liberale nel trattare la questione della libertà d'espressione, cfr. pp. 14-15. Risulta interessante, nella proposta di "classificazione" di Heinze, il collegamento tra il pensiero *communitarian* (che è brevemente riportato insieme a quello dei *civic republicans* nella sezione «Alternative Contexts», dove alternativo è riferito al paradigma liberale *rights-based*) e la proposta della *Critical Race Theory*, che sarà analizzata successivamente in questo lavoro (cfr. *infra*, §§ 6.5.1; 6.5.2).

¹³¹ J.M. RODRÍGUEZ URIBES, *Opinión pública. Concepto y modelos históricos*, cit., p. 84. Si parla, è bene precisarlo, di *contenuto* non in senso assoluto e oggettivo, bensì nel senso della condivisione di un'*attitudine* alla buona comunicazione tra soggetti razionali; l'autore, infatti, prende ad esempio (tra gli altri) J. ELSTER, "Arguing and Bargaining In Two Constituent Assemblies", in *Journal of Constitutional Law*, 2, 2, 2000, pp. 345-421, come un buon esempio di fondazione del discorso non competitivo tra soggetti che condividono premesse normative, capaci di tenere in considerazione non solamente i propri interessi particolari, bensì anche quelli altrui.

partenza e il punto d'arrivo, e l'espressione un mezzo per esercitare tale libertà, al contrario, entro il modello democratico, ciò che verrà maggiormente in rilievo sarà il *limite* dell'espressione, costituendo esso una garanzia della libertà. Ove non vi fossero limiti alla libera espressione, infatti, non vi sarebbe alcuna garanzia di espressione virtuosa nel contenuto. In seno al modello democratico-repubblicano, infatti, si rinviene un'attribuzione di importanza fondamentale al *bene comune* come contraltare della libertà.

Al di là delle distinzioni tra le due diverse anime del repubblicanesimo, occorre ricordarne le caratteristiche comuni, che permettono di distinguerne l'approccio in contrapposizione a quello del liberalismo classico sul tema della libertà d'espressione:

«Although each branch of modern republican theory has different implications for free speech theory, all share a *rejection* of the notion that the primary rationale for the protection of free speech is the *fostering of individual development for its own sake*. In its extreme form, republican theory *threatens the core free speech value prohibiting viewpoint regulation*»¹³².

In sostanza, ciò che condividono gli autori i cui contributi sono stati ascritti alla riflessione sulla libertà d'espressione nell'ambito del neo-repubblicanesimo è il rifiuto del principio individualistico del liberalismo (che giustifica una visione del diritto alla libertà d'espressione nel senso delineato *supra*, § 3.2.2) dal quale si fa tradizionalmente derivare quasi automaticamente la proibizione della regolazione del discorso. Al contrario, lo Stato può essere «amico» della libertà e «fonte» della libertà d'espressione, intervenendo nella sua regolazione per una sua reale garanzia¹³³. Va da sé, dunque, che entro il neo-repubblicanesimo si possa giustificare un rifiuto del modello della libertà d'espressione unicamente improntato al principio della libertà come non-interferenza:

«[T]here is the additional issue of how a right the exercise of which appears to simply involve forbearance can nonetheless clash with its similar exercise by others. We regard rights as important not simply for a single individual but for all individuals. If a right to free speech is to be collectively exercised we will need rules of order so we do not always all speak at once so that nobody can be heard above the cacophony, and there may be uses of that right that subvert other rights of individuals, as is the case with slander, hate speech or the leaking of official secrets. Finally, such conflicts also mean that *although many rights may appear simply to depend on an absence of interference, making them available to all will require intervention by public authorities to facilitate their use and guard against their abuse or subversion*. It might be argued that we should simply seek to interfere as little as possible with the right in question so as to maximize its availability to all. Yet, what counts as interference is normatively laden, as are the choices of what arrangements might maximally enhance a right in given circumstances»¹³⁴.

¹³² M.H. REDISH, G. LIPPMAN, "Freedom of Expression and the Civic Republican Revival in Constitutional Theory: The Ominous Implications", cit., p. 294 (corsivi nostri).

¹³³ O. FISS, *The Irony of Free Speech*, cit., p. 2.

¹³⁴ R. BELLAMY, "Rights, Republicanism and Democracy", cit., pp. 259-260 (corsivi nostri). Cfr. S. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, "Liberalismo, democracia y libertad de expresión", in ID., *La libertad de expresión*, cit., pp. 84-99, il quale, criticando un modello esclusivamente liberale di libertà d'espressione in senso negativo, sottolinea l'importanza, pur senza perdere la prima dimensione, dell'aggiunta di una dimensione maggiormente democratica, che tenga in considerazione anche le dimensioni positive della libertà, al fine di sviluppare una teoria completa della libertà d'espressione che sia capace di spiegare il suo funzionamento nelle società e nei sistemi giuridici costituzionali contemporanei, nonché i loro problemi e le questioni aperte.

M. Redish e G. Lippman hanno individuato due “sottomodelli” del repubblicanesimo civico che possono essere applicati alla libertà d’espressione¹³⁵: del primo («communitarian-determinative») si fa solamente menzione, poiché esso, a partire dalle riflessioni di autori come A. Meiklejohn¹³⁶, rifiuta di considerare la libertà d’espressione come un *diritto*, analizzandola solamente dal punto di vista di considerazioni generali di utilità sociale della sua garanzia¹³⁷. In questa sede, al contrario, si tenta di tenere insieme la possibilità di individuazione di limiti alla libertà d’espressione derivante dal recupero di alcune nozioni del neo-repubblicanesimo pur rimanendo ancorati ad una prospettiva che intende ricercare tali limiti a partire da una riflessione in tema di *diritti fondamentali e umani* (che necessita in qualche misura, dunque, della visione del liberalismo¹³⁸). Questa scelta di esclusione tratta, in sostanza, della necessità di non ridurre la libertà alla sola *libertà morale*, a danno totale della *libertà di scelta* dell’individuo, assegnando esclusivamente allo Stato la possibilità di predeterminare i contenuti possibili di libertà d’espressione. Piuttosto, si tenta di tenere insieme entrambe le dimensioni della libertà, a partire da un modello compatibile con i diritti fondamentali¹³⁹. Si tratta, a ben vedere, di un’applicazione alla questione della libertà d’espressione delle stesse ragioni che in precedenza hanno portato a trattare del *repubblicanesimo civico* e non della versione comunitaristico-aristotelica dello stesso (cfr. *supra*, § 2.1).

¹³⁵ M.H. REDISH, G. LIPPMAN, “Freedom of Expression and the Civic Republican Revival in Constitutional Theory: The Ominous Implications”, cit., rispettivamente pp. 290-294 e 284-290, ove gli autori identificano un modello «communitarian-determinative» e un modello «external-objective».

¹³⁶ A. MEIKLEJOHN, *Political Freedom: The Constitutional Powers of the People*, Oxford University Press, Oxford, 1965².

¹³⁷ Questo modello «places the highest value on the exchange of information and opinion related to public issues, to ensure that the populace exercises its collective governing function most effectively», M.H. REDISH, G. LIPPMAN, “Freedom of Expression and the Civic Republican Revival in Constitutional Theory: The Ominous Implications”, cit., p. 291. In questo senso, gli autori concordano con R. POST, “Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence”, cit., pp. 2367-2368. Cfr., inoltre, A. KOLTAY, *Freedom of Speech. The Unreachable Mirage*, cit., che alle pagine 8-14 analizza gli argomenti di Meiklejohn sulla libera espressione, affermando che «[t]his theory considers speech primarily as an instrument» e «[i]ndividual rights become secondary to public interest» (p. 9), a partire dalla famosa citazione dell’autore che recita: «The important thing is not that everybody is allowed to speak but that everything is said», A. MEIKLEJOHN, *Political Freedom: The Constitutional Powers of the People*, cit., p. 24. Per una ricognizione e una critica dell’argomento di Meiklejohn, cfr. F. SCHAUER, *Free speech: Philosophical Enquiry*, cit., pp. 37-46. Anche S. SÁNCHEZ GONZÁLEZ (nel suo *La libertad de expresión*, cit., pp. 25-28), sostiene che in Meiklejohn la libertà d’espressione «no es un derecho de los ciudadanos en el sentido de un derecho público subjetivo» (p. 25).

¹³⁸ Analogamente, in generale sui diritti fondamentali, cfr. M.C. CARMEN BARRANCO AVILÉS, *Teoría del Derecho y derechos fundamentales*, cit., pp. 41-42, che esclude il modello anarchico e il modello totalitario dalla definizione della grammatica dei diritti fondamentali, sostenendo la possibilità di una loro teorizzazione solo (alternativamente) a partire dalla proposta liberale (che subordina l’interesse generale a quello individuale) o dalla proposta repubblicana (che non vede differenza tra interesse individuale virtuoso e interesse generale).

¹³⁹ Un’analisi critica dei due riduzionismi, quello che fa prevalere la libertà di scelta sulla libertà morale (modello dello Stato minimo, dello scetticismo o del soggettivismo etico) e, al contrario, quello che assegna preponderanza esclusiva alla seconda (modello dello Stato totalitario, del dogmatismo e del perfezionismo), nonché l’esposizione delle ragioni a supporto della scelta per un modello democratico fondato sui diritti fondamentali, capace di tenere insieme entrambe le dimensioni, sono argomenti trattati da G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de Derechos Fundamentales*, cit., pp. 240-243.

È possibile, dunque, analizzare maggiormente nel dettaglio il modello «external objective»¹⁴⁰, sostenendo, come fa Sunstein, la possibilità di teorizzare un approccio diverso da quello del *marketplace of ideas*, capace di non smentire totalmente le radici liberali e tuttavia coniugarle con una concezione repubblicana: superare la «funzione mediatrice» del governo¹⁴¹, che, entro il panorama liberale, concepisce quest'ultimo come arbitro delle controversie.

Quello di Sunstein è un modello che si spinge più in là della proposta di Raz: il primo, infatti, al contrario del secondo, rifiuta il *pluralismo* come principio per mediare le controversie tra gruppi diversi¹⁴², oltre che il *relativismo etico*¹⁴³. La proposta di Sunstein, come si è visto in precedenza (cfr. *supra*, § 2.8.2), è quella di un «*system of democratic deliberation*»¹⁴⁴, fondato sul principio del *government by discussion*.

La concezione della libertà d'espressione in Sunstein, dunque, è diretta applicazione del principio della deliberazione:

«[T]he right to freedom of speech may be owned by individuals, but it is a precondition for a highly social process, that of democratic deliberation. That right keeps open the channels of communication; it is emphatically communal in character. It ensures a sine quo non of sociality, an opportunity for people to speak with one other. Indeed, everyone who owns a speech right does so partly so as to contribute to the collectivity»¹⁴⁵.

Prima facie, data la sua importanza in relazione alla deliberazione, la libertà d'espressione «is worth protecting even, or rather especially, in extreme circumstances, for free speech makes it much more likely that the violation of other rights will be reported. [...] This is why freedom of expression and communication is sometimes described as the liberty on which all other liberties depend»¹⁴⁶. Si giustifica, dunque, la *posizione preferente* della libertà d'espressione, che in Sunstein è indicata come la libertà dalla quale derivano le altre libertà. Essa, infatti, permette la «liberal sociality», l'opportunità per le persone di comunicare e dissentire nello spazio pubblico¹⁴⁷.

¹⁴⁰ M.H. REDISH, G. LIPPMAN, "Freedom of Expression and the Civic Republican Revival in Constitutional Theory: The Ominous Implications", cit., pp. 284-290.

¹⁴¹ J. HABERMAS, "Derechos humanos y soberanía popular: las concepciones liberal y republicana", cit., p. 222.

¹⁴² Cfr. C.R. SUNSTEIN, "Beyond the Republican Revival", in *Yale Law Journal*, 1988, 1539-1590, pp. 1542-43.

¹⁴³ Ivi, p. 1554. Questo rifiuto del relativismo etico porta Sunstein a sostenere l'esistenza di risposte «substantively right» (p. 1550) e preferenze «objectively bad» (p. 1543): se ne veda l'analisi in M.H. REDISH, G. LIPPMAN, "Freedom of Expression and the Civic Republican Revival in Constitutional Theory: The Ominous Implications", cit., p. 287.

¹⁴⁴ C.R. SUNSTEIN, *Democracy and the Problem of Free Speech*, cit., p. XVIII.

¹⁴⁵ C.R. SUNSTEIN, "Rights and Their Critics", in *Notre Dame Law Review*, 70, 1995, pp. 727-768, p. 745.

¹⁴⁶ S. HOLMES, C.R. SUNSTEIN, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, Norton & Company, New York-London, 1999, pp. 107-108.

¹⁴⁷ Ivi, p. 160. Cfr. anche C.R. SUNSTEIN, *Republic.com 2.0*, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2007, pp. 177-178.

È in questo senso, dunque, che Sunstein applica il modello “madisoniano”¹⁴⁸ della libertà (cfr. *supra*, § 2.8.2) alla libertà d’espressione, fondato, come si accennava, sul principio del «government by discussion, in which outcomes would be reached through broad public deliberation. It put a premium not on authority or privilege, but on the arguments set out in and resolved through general discussion»¹⁴⁹: la sovranità è cioè fondata proprio sulla capacità di discussione. Solo la discussione pubblica, infatti, può condurre alla verità politica.

Pertanto, Sunstein critica le visioni del Primo Emendamento come uno strumento giuridico di tutela di un *diritto negativo* (à la Dworkin, cfr. *supra*, 2.7.2b): la libera espressione, al contrario, possiede dimensioni positive, consistenti nel «command to government to take steps to ensure that the system of free expression is not violated by legal rules giving too much authority over speech to private people»¹⁵⁰. Si tratta, cioè, di un necessario intervento statale a tutela della *libertà di*, coniugato all’elemento della *libertà positiva* insito nel *self-government*.

Il modello disegnato dall’autore si fonda su riferimenti concreti alla storia della giurisprudenza statunitense in tema di limiti alla libertà d’espressione. Egli sostiene, infatti, che tale modalità di guardare alla libertà d’espressione, dopo l’epoca in cui era prevalso il modello holmesiano del *marketplace of ideas*, sia già *in nuce* a partire dagli anni ’60 e, in particolare, dal caso *New York Times v. Sullivan*¹⁵¹, il quale inaugura, negli Stati Uniti, la dottrina della c.d. *actual malice*, innovando quella precedente del *clear and present danger*. Nella modalità risolutiva del caso di specie adottata dalla Corte Suprema, secondo Sunstein, si rinviene un’apertura verso la concezione *madisoniana*, per il fatto che la Corte sostiene che l’esclusione dal dibattito pubblico delle opinioni di una persona o di un gruppo *non costituisce un affare privato*: essa è, al contrario, di interesse eminentemente pubblico, e ha a che fare con la garanzia effettiva della libertà d’espressione dal punto di vista statale¹⁵².

La figura attorno alla quale Sunstein disegna questo modello è quella del giudice Louis Brandeis¹⁵³, la cui *dissenting opinion* nel caso *Whitney v. California*¹⁵⁴ è analizzata dall’autore come fondamento di una «civic conception of free speech»¹⁵⁵. Secondo Sunstein, i giudici Holmes e Brandeis, pur tradizionalmente accomunati, condividono solamente la fama di essersi

¹⁴⁸ C.R. SUNSTEIN, *Democracy and the Problem of Free Speech*, cit., p. 35. In una prospettiva opposta, per una critica di Sunstein a partire proprio dall’utilizzo del termine ‘madisoniano’ in maniera non corretta, poiché secondo l’autore il modello di Madison risulta contrario alle limitazioni della libertà d’espressione, cfr. D.A.J. RICHARDS, *Free Speech and the Politics of Identity*, Oxford University Press, Oxford, 1999, pp. 26-27.

¹⁴⁹ C.R. SUNSTEIN, *Democracy and the Problem of Free Speech*, cit., p. XVI.

¹⁵⁰ Ivi, p. 47.

¹⁵¹ *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964). Cfr., sul punto, *infra*, § 7.2.10.

¹⁵² C.R. SUNSTEIN, *Democracy and the Problem of Free Speech*, cit., p. 40. Analogamente, e in maniera più generale (non limitata alla libertà d’espressione), in chiusura del libro Sunstein afferma che giova ricordare che il sistema costituzionale americano non è posto a protezione solamente di interessi e diritti privati (p. 241). Per un’analisi della proposta di Sunstein in tema di libertà d’espressione, si veda I. CRAM, *Contested Words. Legal Restrictions on Freedom of Speech in Liberal Democracies*, Ashgate, Aldershot (UK), 2006, pp. 1-9.

¹⁵³ Louis Brandeis (1856-1941) fu giudice della Corte Suprema dal 1916 al 1939. Gli anni che vanno dall’inizio del suo mandato al 1932 lo vedono al fianco del giudice Oliver Wendell Holmes Jr. in seno alla medesima Corte.

¹⁵⁴ *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927). Cfr., sul punto, *infra*, § 7.2.5.

¹⁵⁵ C.R. SUNSTEIN, *Democracy and the Problem of Free Speech*, cit., p. 28.

eretti a protettori della libertà del discorso e dell'espressione (in base alla quale si è coniato l'appellativo «jurisprudential twins»), divergendo largamente quanto alle basi filosofiche dalle quali partono per sostenere le proprie posizioni¹⁵⁶. Come si è visto in precedenza (cfr. *supra*, § 3.2.2), il giudice Holmes aveva fornito il modello interpretativo che ha condizionato per tutto il Novecento il modo liberale di argomentare sulla libertà d'espressione. Sunstein, invece, vede in Brandeis gli elementi che favoriscono un'interpretazione repubblicana.

Secondo Sunstein, infatti, mentre Holmes avrebbe utilizzato una visione strumentale del discorso collegata al *marketplace of ideas*, Brandeis sarebbe stato capace di adottare una visione al contempo strumentale e deontologica. Si consideri infatti l'opinione di Brandeis in *Whitney v. California*:

«Those who won our independence believed that the final end of the state was to make men free to develop their faculties; and that in its government the deliberative forces should prevail over the arbitrary. *They valued liberty both as an end and as a means*. They believed liberty to be the secret of happiness and courage to be the secret of liberty. They believed that freedom to think as you will and to speak as you think are means indispensable to the discovery and spread of political truth; that without free speech and assembly discussion would be futile; that with them, discussion affords ordinarily adequate protection against the dissemination of noxious doctrine; that the greatest menace to freedom is an inert people; that public discussion is a political duty; and that this should be a fundamental principle of the American government»¹⁵⁷.

Questo passaggio permette a Sunstein di connettere l'*account* della libertà d'espressione fatto proprio da Brandeis alla concezione madisoniana della libertà d'espressione come fondamento del *self-government*¹⁵⁸.

Le due concezioni – di Holmes e di Brandeis – sono state a lungo accomunate poiché entrambi i giudici hanno spesso adottato la medesima decisione finale, volta a non restringere la libertà d'espressione. Tuttavia, è importante sottolineare, come afferma Sunstein, che essi hanno argomentato in vista del medesimo risultato sulla base, appunto, di due concezioni diverse. E mentre quella del giudice Holmes può prestarsi maggiormente ad essere assimilata ad una visione della libertà d'espressione come libertà dall'interferenza statale, quella di Brandeis, al contrario, accetta che tale libertà possa essere *regolata* per essere *promossa*:

¹⁵⁶ Ivi, p. 24. Cfr., inoltre, il seguente passaggio: «For many years, the sharp differences between Holmes and Brandeis were basically irrelevant for purposes of constitutional law, and the differences could be safely ignored. When government tries to suppress political dissent, the two conceptions could march hand-in-hand. Holmes and Brandeis could be grouped together as free speech heroes. But this is only a contingent alliance. What if a marketplace of ideas allows for little in the way of political deliberation and discussion? What if the marketplace yields little attention to public issues and diversity of view? What if expenditures on speech reflect large disparities in wealth? What if the marketplace sometimes helps produce an “inert people”? What if government tries to regulate the marketplace in the interest of promoting attention to public issues and diversity of view? Here Holmes and Brandeis would be split apart. Here the marketplace conception of speech would compete with the civic conception. The two would be antagonists, not allies. I suggest that this is exactly what is happening to freedom of speech in the modern era» (ivi, p. 28).

¹⁵⁷ Justice Brandeis, *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927) (corsivi nostri).

¹⁵⁸ C.R. SUNSTEIN, *Democracy and the Problem of Free Speech*, cit., p. 28.

«Some *regulatory efforts*, superimposed on regulation through current legal rules, *may promote free speech*. [...] Some regulatory efforts might not be “abridgments” of freedom of speech; *they might increase free speech*. To know whether this is so, it is necessary to understand their purposes and consequences»¹⁵⁹.

La differenza sta nel fatto che la *regolazione* non costituisce una forma di *limitazione* della libertà d'espressione. Ci sono forme di regolazione, infatti, che non limitano la possibilità di esprimere le proprie idee, bensì la promuovono¹⁶⁰. Si pensi, per esempio, ad alcune forme di regolazione sulla modalità espressiva, sui tempi e sui luoghi dell'espressione. Anche i *free speech absolutists*, secondo Sunstein, devono necessariamente accettare qualche forma di regolazione che garantisca il reale esercizio della libertà d'espressione: «We would be less free if freedom of speech were treated as a pre-emptory claim immune to regulation, even when other important interests or rights are in jeopardy»¹⁶¹.

In questo senso, si può sostenere che, affinché i cittadini godano realmente di un diritto alla libera espressione, l'azione statale non debba limitarsi esclusivamente a non imporre una censura previa, di fatto astenendosi dall'intervento con un approccio *hands-off*: al contrario, è necessario anche concedere la possibilità reale di esprimersi, come ad esempio la fornitura di spazi adeguati, di programmi e canali aperti ai cittadini, i quali devono essere a spese dello Stato¹⁶². La regolazione statale, dunque, favorisce la reale possibilità di espressione dei cittadini, che si qualifica come una libertà materiale *di*, applicando la propria concezione della libertà post-*New Deal*¹⁶³ (cfr. *supra*, § 2.8.2). Nuovamente, Sunstein tiene insieme tanto la *libertà negativa di* (possibilità reale di esprimersi) quanto quella *positiva* (libertà d'espressione come partecipazione politica in senso deliberativo).

Quanto invece alla *limitazione* della libertà d'espressione, ad essa Sunstein applica considerazioni diverse. Ovviamente, vi sono casi estremi in cui tale libertà può realmente essere limitata, come quando il suo «misuse» arreca pericolo alla sicurezza pubblica¹⁶⁴. Tuttavia, secondo Sunstein l'*offesa* a terzi non costituisce un caso di possibile limitazione della libertà d'espressione, rientrando ancora entro i confini della sua protezione:

«Today, the government generally may not punish speech because people are offended by the ideas that it contains. [...] [E]ven if the moral injury is large—even if people become suicidally depressed from prolonged exposure to offensive ideas—offense ordinarily does not count as a legitimate basis for public action [...]. In the context of speech, outrage at the content of expressed ideas is flatly excluded as a ground for governmental regulation. Whatever the consequences, offense is usually an unacceptable reason for restricting speech»¹⁶⁵.

¹⁵⁹ Ivi p. 43 (corsivi nostri).

¹⁶⁰ Cfr. C.R. SUNSTEIN, “Beyond the Republican Revival”, cit., p. 1577. Cfr., sul punto, R. RUIZ RUIZ, “Pasado y presente del republicanismo cívico”, cit., p. 215.

¹⁶¹ S. HOLMES, C.R. SUNSTEIN, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, cit., pp. 108-109.

¹⁶² Ivi, p. 111.

¹⁶³ C.R. SUNSTEIN, *Democracy and the Problem of Free Speech*, cit., pp. 33-34. Cfr., sul punto, M.C. BARRANCO AVILÉS, “El concepto republicano de libertad y el modelo constitucional de derechos fundamentales”, cit., p. 212.

¹⁶⁴ Cfr. S. HOLMES, C.R. SUNSTEIN, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, cit., p. 17, ove gli autori citano il classico esempio dell'uomo che grida «Fire!» in un teatro affollato senza che vi sia realmente un incendio.

¹⁶⁵ Ivi, p. 110.

Se l'offesa non può costituire il criterio sulla base del quale delineare i limiti alla libertà d'espressione, occorre definire questo criterio sulla base di altri elementi. A tal fine, Sunstein suddivide il discorso in due categorie: «core» (o «high-value») e «low value»:

«Some speech lies at the free speech “core”. Such speech may be regulated, if at all, only on the strongest showing of harm. Other speech lies at the periphery or outside of the Constitution altogether. This “low value” speech may be regulated if the government can show a legitimate, plausible justification»¹⁶⁶.

Il discorso che rientra nel *core* della libertà d'espressione, dunque, può essere limitato, secondo Sunstein, solamente in casi eccezionali, quando vi sia prova di un *grave danno*. Il discorso «low value», invece, può essere regolato ogniqualvolta lo Stato sia capace di trovare una giustificazione per la sua violazione. Ed è importante sottolineare che, nella prospettiva di Sunstein, *ogni* discorso politico, dal momento che ha a che fare con il *self-government*, appartiene inevitabilmente al *core* della libertà d'espressione: esso non può assolutamente essere regolato, salvo il caso del *clear and present danger* o il caso in cui sia volto a *produrre una «imminent lawless action and is likely to incite or produce such action»*¹⁶⁷ (su questi criteri elaborati dalla giurisprudenza statunitense, cfr. *infra*, §§ 7.2; 7.3).

Qui Sunstein pare accettare la visione liberale che sostiene la limitazione del discorso quando esso si converta in azione. In realtà, egli critica apertamente la distinzione tra discorso e azione¹⁶⁸ come criterio per risolvere la questione. Eppure, dati i casi in cui ammette la restrizione del discorso, non se ne comprende la differenza con il modello liberale analizzato in precedenza (cfr. *supra*, § 3.2.2), che finisce per accettare un modello *perlocutorio* della performatività (cfr. *infra*, §§ 4.2; 5.2.4; 6.5; 6.6).

Ne deriva un'importante conseguenza, per diretta ammissione di Sunstein: «even that racist and sexist speech usually falls within the free speech “core”»¹⁶⁹. Ogniqualvolta il discorso razzista e sessista si qualifichi come politico, esso risulterà protetto¹⁷⁰.

Il criterio che Sunstein individua come guida per distinguere tra discorso «high value» e «low value» rimanda all'enfasi sul processo democratico e politico¹⁷¹. In sostanza, egli definisce il discorso politico come quello che «*is both intended and received as a contribution to public deliberation about some issue*. This is a broad standard. It categorizes all speech that

¹⁶⁶ C.R. SUNSTEIN, *Democracy and the Problem of Free Speech*, cit., p. 9.

¹⁶⁷ *Ibidem*.

¹⁶⁸ *Ivi*, p. 125.

¹⁶⁹ *Ivi*, p. 122. Cfr., sulla posizione «opposizionista» di Sunstein ai *ban* contro l'*hate speech*, cfr., in particolare, C.R. SUNSTEIN, “Words, Conduct, Caste”, in *The University of Chicago Law Review*, 60, 3-4, 1993, pp. 795-844.

¹⁷⁰ In realtà, si potrebbe pensare di avanzare una critica a Sunstein per il fatto che il suo approccio risulta contraddittorio con quanto invece affermava in *Rights and Their Critics*: «The right to be free from racial discrimination, protected against the states by the Fourteenth Amendment, is not antisocial. It ensures communal decency by protecting against the exclusion of subordinated groups. The right to be free from racial discrimination also guarantees a form of sociality» C.R. SUNSTEIN, “Rights and Their Critics”, cit., p. 746.

¹⁷¹ Cfr. M.C. BARRANCO AVILÉS, “El concepto republicano de libertad y el modelo constitucional de derechos fundamentales”, cit., pp. 213.

bears on potentially public issues as falling within the free speech core»¹⁷². È qui che si comprende il suo rifiuto di utilizzare la distinzione tra *speech* e *action* per risolvere la questione: vi sono comportamenti che, pur rientranti nella fattispecie delle azioni, veicolano un messaggio politico (come ad esempio dare fuoco ad una bandiera) e, dunque, rientrano nel *core*¹⁷³.

A partire da questo principio, Sunstein ricorda tre forme di regolazione del discorso utilizzate negli Stati Uniti¹⁷⁴:

1) Le restrizioni *viewpoint-based*, ovvero quelle che discriminano l'espressione in base non solo al contenuto, bensì al punto di vista adottato nell'espressione del contenuto (come ad esempio una particolare ideologia politica), le quali saranno sottoposte ad una forte presunzione di incostituzionalità;

2) Le restrizioni *content-based*, ovvero quelle basate esclusivamente sul contenuto, le quali potranno essere accettate solamente se volte a proibire forme di discorso «low value», oppure se sottoposte a giustificazioni sufficientemente neutrali;

3) Le restrizioni *content-neutral*, ovvero quelle regolazioni che non si basano sul contenuto, bensì tengono in considerazione altri elementi, come ad esempio le regolazioni sul tempo e sul luogo dell'espressione. Esse sono giuridicamente ammesse.

Dal suo punto di vista, in realtà, applicando il modello post-*New Deal* della libertà d'espressione, si può criticare l'assunto per il quale *qualsiasi* restrizione *viewpoint-based* sia necessariamente non neutrale e, al contrario, *qualsiasi* restrizione *content-neutral* sia assolutamente neutrale. Se si definisce la neutralità nel senso dell'inazione da parte dello Stato, infatti, non si comprende che lasciare la situazione al suo *status quo* non significa necessariamente promuovere la neutralità: al contrario, data la distribuzione di risorse nell'assetto attuale, è possibile che astenersi dalla regolazione possa in realtà significare promuovere determinate concezioni già diffuse¹⁷⁵. Tuttavia, ciò non porta Sunstein a sostenere una politica di *affirmative action* per la libertà d'espressione: anzi, data la pericolosità dell'intervento statale in materia, il mero fatto che determinate posizioni non siano adeguatamente rappresentate nel dibattito pubblico, di per sé, non dà fondamento alla necessità dell'intervento statale¹⁷⁶.

Il modello di libertà d'espressione disegnato da Sunstein, dunque, si articola a due livelli. Ad un livello inferiore stanno determinate categorie di espressione qualificate come «low value», per limitare le quali è sufficiente che lo Stato adduca ragioni minime, salva la necessità di regolazioni che risultino neutrali rispetto ai diversi punti di vista (non, invece, al contenuto). Ad un livello superiore, invece, sta l'espressione politica, la quale dovrà quasi sempre essere permessa; essa potrà essere limitata in caso di grave danno.

Ciò che emerge con evidenza da questo modello *democratico-repubblicano* della libertà d'espressione è che esso, pur rifiutando alcune premesse del modello liberale, finisce per fornire una risposta sulla limitazione dell'espressione ad esso piuttosto affine quando si tratta

¹⁷² C.R. SUNSTEIN, *Democracy and the Problem of Free Speech*, cit., p. 130 (corsivi nostri).

¹⁷³ Ivi, p. 181.

¹⁷⁴ Ivi, p. 173. Per questa distinzione, cfr. in particolare, sul punto, *supra*, § 1.6.6.

¹⁷⁵ Ivi, pp. 177-179.

¹⁷⁶ Ivi, p. 179.

del discorso politico. A ben vedere, il modello democratico-repubblicano è meno esigente nella restrizione di forme «low value» di espressione, cioè forme *non politiche*: in questi casi, infatti, nonostante la libertà d'espressione, esso non esige, come invece faceva il modello liberale (cfr. *supra*, § 3.2.2) il bilanciamento con un altro diritto “più forte”, essendo sufficiente trovare ragioni di *policy* considerate cogenti. Tuttavia, questo modello finisce per assegnare al *discorso politico* – come già faceva Rawls – un'importanza talmente prioritaria da poterne dedurre, seppur limitatamente a tale sfera, una tendenza all'assolutismo. E a nulla vale il tentativo di Sunstein di “limitare” tale tendenza con una sorta di necessità di *self-restraint* di tipo morale:

«We may have a right to say offensive things, even grotesquely offensive things, but most people do not and should not exercise that right very often. People may have a right to treat each other in many disrespectful ways, but disrespectful treatment is not for that reason acceptable»¹⁷⁷.

Qui Sunstein sostiene che, pur esistendo il *diritto ad offendere*, la mancanza di rispetto non sia accettabile. Ma l'accettabilità di cui parla, se permane il *diritto* ad offendere, rimane ancorata esclusivamente ad una dimensione morale, non giuridica.

Dall'analisi effettuata si evince come, tra gli approcci critici del liberalismo entro l'orizzonte neo-repubblicano, emerga in particolar modo il modello *democratico-repubblicano*. Esso, pur adottando giustificazioni filosoficamente distinte rispetto al modello liberale, privilegiando le dimensioni della *libertà di* e della *libertà positiva*, finisce in realtà per adottare una risposta simile a quella del liberalismo (egaltario) quanto alla restrizione della libertà d'espressione. Così come i *Justices* Holmes e Brandeis, infatti, sostenevano posizioni identiche a partire da orizzonti concettuali differenti, allo stesso modo la corrente democratico-repubblicana dell'orizzonte neo-repubblicano, pur sulla base di argomenti diversi, non modifica sensibilmente la risposta sulla possibilità di restrizione della libertà d'espressione.

3.3.3 – Le insufficienze del modello democratico-repubblicano

L'adozione di un modello democratico-repubblicano della libertà d'espressione, di per sé, non è evidentemente sufficiente a sostenere le ragioni della sua limitazione (ciò che verrà messo in luce in maniera più approfondita in sede di analisi del dibattito sull'*hate speech*). A tal fine, sarà necessario prendere sul serio l'ideale della non-dominazione in collegamento con la teoria della performatività (cfr. *infra*, § 5.3).

Tuttavia, ciò non significa che l'adozione di un modello neo-repubblicano della libertà d'espressione, di per sé, non risulti un passo importante. Il modello sin qui delineato, infatti, costituisce un tentativo di risposta alle insufficienze del liberalismo nel tenere in considerazione alcuni elementi che entrano in gioco nella valutazione dei casi di limitazione della libertà d'espressione. Ovviamente, non si tratta di un modello omogeneo ed uniforme in tutta la letteratura che lo compone; peraltro, esula dallo scopo di questo paragrafo una completa ricognizione della stessa. Piuttosto, come è stato fatto, è possibile richiamare alcune delle questioni

¹⁷⁷ C.R. SUNSTEIN, “Rights and Their Critics”, cit., p. 752. Cfr. anche S. HOLMES, C.R. SUNSTEIN, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, cit.: «We have a right to speak offensively, even abhorrently, but most people do not and should not exercise this right very often» (p. 162).

che, adottando un modello esclusivamente liberale, fondato sui diritti individuali come descritti *supra* (§ 2.7.2), che risponda alle problematiche della libera espressione, rischierebbero di andare perse: prima fra tutte, la concezione del governo non nel senso esclusivo della neutralità liberale intesa come non-intervento¹⁷⁸, bensì, al contrario, della necessità che avvenga in seno ad esso la discussione circa le diverse concezioni del bene e le rispettive implicazioni, positive o negative, per gli altri cittadini¹⁷⁹.

Contrariamente alla concezione del ruolo del diritto e della sua relazione con la libertà d'espressione in seno al paradigma liberale, entro il modello neo-repubblicano, come si è visto in precedenza (cfr. *supra*, § 2.8.3), interesse particolare e bene comune convergono per mezzo del diritto (e dei diritti). Ciò significa che il potere politico non si configura come *nemico* della libertà d'espressione: al contrario, l'intervento del diritto a regolazione della libertà d'espressione è auspicato¹⁸⁰, proprio perché ne costituisce garanzia: è ciò che permette di guardare il *free speech principle* attraverso le lenti della democrazia¹⁸¹.

«[T]he central question when developing speech policy undergoes a shift from consideration of *whether* government should intervene in the speech of citizens, to *under what conditions* and *in what form* government might intervene to assist the exercise of the speech liberty»¹⁸².

E questo intervento si giustifica, in ultima istanza, nella diversa concezione dei diritti sottesa a una tale impostazione: i diritti, entro il neo-repubblicanesimo, devono la loro esistenza «a un orden jurídico “objetivo” que permite y garantiza la integridad de una vida autónoma en común basada en el respeto mutuo»¹⁸³. Se l'obiettivo è quello del mutuo rispetto, in conclusione, si potrebbero giustificare le limitazioni alla libertà d'espressione volte ad impedire ai soggetti che ne godono di farne un uso discriminatorio o lesivo del rispetto che meritano gli altri. Come è stato affermato, infatti: «[i]n giving people's human rights equal consideration, attention must be given to whether there is domination in the relations that exist in society. When there is domination, it is legitimate to intervene to abolish it»¹⁸⁴. D'altra parte, come si è visto in precedenza (cfr. *supra*, § 2.5), le stesse pratiche discorsive, quando esercitate nella maniera che Pettit definiva «discursive unfriendly», possono divenire strumento di dominazione. Il discorso pubblico, pertanto, entro una prospettiva neo-repubblicana può costituire proprio il mezzo attraverso il quale viene perpetrata la dominazione dei gruppi vulnerabili. Ciò,

¹⁷⁸ Sul punto, cfr. C. DEL BÒ, *La neutralità necessaria. Liberalismo e religione nell'età del pluralismo*, cit., pp. 60-65.

¹⁷⁹ K. GREENAWALT, *Fighting Words. Individuals, Communities, and Liberties of Speech*, Princeton University Press, Princeton, 1995, p. 128.

¹⁸⁰ MC. BARRANCO AVILÉS, “El concepto republicano de libertad y el modelo constitucional de derechos fundamentales”, cit., p. 213.

¹⁸¹ C.R. SUNSTEIN, *Democracy and the Problem of Free Speech*, cit., p. 252.

¹⁸² K. GELBER, *Speaking Back. The free speech versus hate speech debate*, cit., p. 38, che fa derivare questa conclusione dall'azione di un modello positivo di libertà d'espressione (cfr. *infra*, § 6.6.8).

¹⁸³ J. HABERMAS, “Derechos humanos y soberanía popular: las concepciones liberal y republicana”, cit., p. 224.

¹⁸⁴ R. RESTREPO, “Democratic Freedom of Expression”, in *Open Journal of Philosophy*, 3, 2013, pp. 380-390.

coerentemente con lo stesso modello democratico-repubblicano, richiederebbe necessariamente un intervento statale a regolazione dell'esercizio della libertà d'espressione. La questione è che la frangia democratico-repubblicana, preoccupata dal prestare attenzione alle forme positive della libertà nella modalità del *self-government*, non mette a fuoco l'ideale della non-dominazione, che non costituisce, come si è visto in precedenza (cfr. *supra*, § 2.8.2), il principio fondamentale di tale corrente.

L'intervento giuridico si giustifica, entro una concezione di questo tipo, facendo ricorso ad un diverso concetto di *neutralità* rispetto a quello fatto proprio dal liberalismo: non la neutralità del non intervento nel libero mercato delle idee, bensì quella che si gioca nel «marketplace of communities»¹⁸⁵, in cui l'intervento può essere giustificato proprio da ragioni di neutralità, per garantire a tutti i gruppi eguale trattamento¹⁸⁶.

Come si è già sottolineato per il modello liberale, tuttavia, è importante sfatare il mito per cui il modello neo-repubblicano si collega automaticamente alla proibizione dell'*hate speech* e all'*enforcement* di atti normativi volti a tale scopo¹⁸⁷. Si è già citato, infatti, come controesempio, il contributo di Sunstein, il quale, partendo da un'argomentazione che utilizza concetti inquadrabili entro un orizzonte neo-repubblicano, finisce per giungere a conclusioni simili a quelle di Dworkin, il cui contributo in materia di libertà d'espressione condivide le premesse del modello liberale. Sunstein, pur contribuendo alla definizione del modello neo-repubblicano, giunge ad affermare il principio della non restrizione del *political speech*¹⁸⁸, principio che applica anche alla questione dell'*hate speech*.

Tuttavia, si ritiene che è a partire da un'impostazione che si è definita democratico-repubblicana che meglio si comprendono alcune delle posizioni che, nel dibattito contemporaneo sull'*hate speech*, hanno argomentato a favore della restrizione della libertà d'espressione e dell'introduzione dei *ban* contro il discorso d'odio¹⁸⁹. Ciò non significa, è bene precisarlo,

¹⁸⁵ R. POST, "The Constitutional Concept of Public Discourse: Outrageous Opinion, Democratic Deliberation, and *Hustler Magazine v. Falwell*", in *Harvard Law Review*, 103, 3, 1990, pp. 601-686, p. 632. Si noti, a onor del vero, che Post utilizza questa idea al fine di giungere ad una risposta giuridica analoga a quella di Dworkin, classificabile entro un orizzonte che si oppone alla regolazione. La posizione di Post sarà analizzata più avanti in questo capitolo, in sede di ricomposizione dei diversi approcci nel dibattito sull'*hate speech* (cfr. *infra*, § 6.6.4).

¹⁸⁶ Su questa nozione di neutralità «come intervento eguale», cfr. C. DEL BÒ, *La neutralità necessaria. Liberalismo e religione nell'età del pluralismo*, cit., pp. 66-70.

¹⁸⁷ «A related misunderstanding concerns the post-Second World War model of the European social-welfare state. That model, it has been assumed, justifies bans as means of balancing the supposedly conflicting values of liberty and equality, often portrayed as a standoff between 'American' and 'European' approaches. The democratic model I shall propose will serve to overcome that assumption», E. HEINZE, *Hate Speech and Democratic Citizenship*, cit., pp. 6-7. Evidentemente, qui Heinze non sta facendo esplicito riferimento al *modello democratico* della libertà d'espressione, poiché nella sua analisi egli si concentra sui modelli, in senso politico, di Stato che vengono tradizionalmente associati alla libertà d'espressione e alla sua limitazione. Tuttavia, è a partire da questo modello che viene in rilievo l'analisi di quello che si è definito come modello democratico della libertà d'espressione.

¹⁸⁸ C.R. SUNSTEIN, *Democracy and the Problem of Free Speech*, cit., p. 136.

¹⁸⁹ Sul punto, per l'adozione di un siffatto modello a giustificazione dell'intervento statale a proibizione dell'*hate speech*, pare concordare R. CUEVA FERNÁNDEZ, "El «discurso del odio» y su prohibición", cit., in particolare alle pp. 448-450, ove afferma che il diritto alla regolazione dell'*hate speech* proviene da esigenze collettive che tentano di rimediare alle insufficienze delle proposte individualistiche. Inoltre, Cueva Fernández fonda tale esigenza sul «bien participativo de la deliberación democrática» (p. 451) e sul «derecho al aseguramiento de las condiciones básicas de desenvolvimiento del grupo vulnerable» (p. 452).

che tutti gli autori che sostengono l'introduzione dei *ban* siano ascrivibili all'orizzonte democratico-repubblicano né, peraltro, che sarà questo il punto di vista privilegiato che si prenderà in considerazione nel presente lavoro. Piuttosto, tale modello costituisce una prima approssimazione di una modalità di pensare al problema della restrizione della libertà di pensiero che permette di comprendere alcune delle possibili critiche al tradizionale modello liberale.

A partire da queste critiche, poi, il dibattito si dirama e prende strade diverse che si concretizzano in approcci molto distinti e, alle volte, anche opposti tra loro. Uno di essi, in particolare, costituirà l'oggetto di analisi privilegiato della parte del lavoro successiva all'analisi del dibattito sull'*hate speech*: quello, cioè, della *teoria della performatività* e delle sue applicazioni al dibattito contemporaneo sul discorso d'odio. Tuttavia, si ritiene che le ragioni della limitazione della libertà d'espressione a favore dell'introduzione di *ban* contro l'*hate speech* possano essere compresi appieno, entro un approccio fondato sui diritti fondamentali, solamente tenendo a mente la proposta di rivisitazione della teoria liberale della libertà d'espressione fornita da quello che, sin qui, si è definito "modello democratico-repubblicano".

Esso, tuttavia, non risulta sufficiente, di per sé, a sostenere le ragioni del proibizionismo: nel "dialogo tra sordi" tra coloro che sostengono la libertà come *non-interferenza* e coloro che, invece, valorizzano l'attribuzione di *dimensioni positive* alla libertà, in realtà, si condividono alcune premesse fondamentali, che portano le risposte in caso di *hate speech* a non divergere sensibilmente in base ai due approcci. Laddove vi sia divergenza, questa si fonda quasi unicamente sulla necessità dell'intervento statale a garanzia della *libertà di* o della *libertà positiva* nelle forme del *self-government*. Come si vedrà nel dibattito filosofico-politico e giuridico sull'*hate speech*, infatti, non vi è traccia dell'utilizzo dell'argomento della *non-dominazione*. Pertanto, nel prosieguo si tenterà di sottolineare la necessità di un recupero di tale ideale, che costituirà il punto fondamentale a partire dal quale ripensare la necessità dell'intervento statale indipendentemente dalla distinzione tra *speech* e *action*.

A tal fine, si tenterà di constatare la tendenziale assenza dell'ideale della non-dominazione nel dibattito sull'*hate speech*, dopo aver sottolineato l'aderenza degli argomenti dei partecipanti al dibattito all'uno o l'altro modello di libertà (liberale e democratico-repubblicano; cfr. *infra*, CAP. 6). Tuttavia, dopo l'analisi della teoria della performatività (cfr. *infra*, CAP. 4) si potrà effettuare una valutazione dal punto di vista della libertà come non-dominazione (cfr. *infra*, § 5.3), ciò che permetterà definitivamente di sostenere una risposta proibizionista alle questioni dell'*hate speech*

CAPITOLO 4

Dalla teoria degli atti linguistici alla teoria della performatività

4.1 – Premessa: un’analisi «genealogica»¹ della teoria degli atti linguistici

La teoria degli atti linguistici, prodotto della filosofia del linguaggio della seconda metà del Novecento, viene inaugurata nel 1962 da John Langshaw Austin in *How to Do Things with Words*² e ha come oggetto d’analisi gli *speech acts*, quel particolare tipo di espressioni verbali che non rientrano esclusivamente né nel mondo della linguistica né nella teoria dell’azione³.

Essa si inserisce, dal punto di vista della filosofia del linguaggio, nel solco del passaggio dal ‘primo’ al ‘secondo’ Wittgenstein⁴. Il ‘secondo Wittgenstein’ e John Langshaw Austin, infatti, sono stati tradizionalmente associati con una teoria dell’uso del linguaggio, in antitesi alle teorie formaliste e logico-positiviste⁵, che pone l’attenzione non tanto sulla forma linguistica in sé, bensì sull’utilizzo del linguaggio come pratica sociale⁶.

La loro riflessione ha conseguito fortuna anche in ambito continentale, dove nella seconda metà del Novecento si assiste, in ambito filosofico, ad un vero e proprio «*linguistic*

¹ Si riprende questa espressione da E. LOIZIDOU, *Judith Butler. Ethics, Law, Politics*, Routledge-Cavendish, New York, 2007, pp. 26-43, ove l’autrice, analizzando la teoria della performatività in Butler, ne ripercorre la “genesi” attraverso Austin e Derrida («Gender performativity and its genealogy», p. 26).

² J.L. AUSTIN, *How to Do Things with Words. The William James Lectures delivered at Harvard University in 1955*, Clarendon Press, Oxford, 1962. Il libro costituisce una collezione postuma delle opere di Austin dopo la sua morte (nel 1960), a partire dai suoi appunti delle *William James Lectures* all’Università di Harvard nel suo soggiorno in qualità di *Visiting Professor* nel 1955. Tali appunti erano stati scritti da Austin come materiale per un corso all’Università di Oxford intitolato *Words and Deeds*, insieme ad altri articoli pubblicati sul tema: cfr. J. LOXLEY, *Performativity*, Routledge, London, 2007, p. 6.

³ Cfr. J. SADOCK, “Speech Acts”, in L.R. HORN, G. WARD (eds.), *The Handbook of Pragmatics*, Blackwell, Oxford, 2006, pp. 53-73, p. 53.

⁴ Cfr., *ex multis*, J. FENNELL, B. PLANT, “Ludwig Wittgenstein”, in A.D. SHRIFT (ed.) *The History of Continental Philosophy*, The University of Chicago Press, Chicago, 2010, vol. III: *The New Century: Bergsonism, Phenomenology, and Responses to Modern Science*, ed. by K. ANSELL-PEARSON, A.D. SCHRIFT, pp. 287-318. Il passaggio dal primo al secondo Wittgenstein risulta importante, nella misura in cui il filosofo austriaco aveva abbandonato l’analisi del linguaggio come sistema di rappresentazione della realtà per concentrarsi sulla sua funzione sociale, passando, cioè, da una teoria semantica ad una teoria pragmatica: cfr. K. BACH, “Speech Acts and Pragmatics”, in M. DEVITT E R. HENLEY (eds.) *The Blackwell Guide to the Philosophy of Language*, Blackwell, Oxford, 2008, p. 147-167. Cfr. inoltre ivi, pp. 158-160, sulla distinzione tra semantica e pragmatica. Sul pragmatismo in filosofia del linguaggio, con particolare attenzione agli *speech acts*, si veda M. SBISÀ, K. TURNER, *Pragmatics of Speech Actions*, De Gruyter Mouton, Berlin-Boston, 2013, in particolare pp. 1-5.

⁵ Cfr. N. FOTION, “From Speech Acts to Speech Activity”, in B. SMITH (ed.), *John Searle*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 34-51, p. 34.

⁶ A. AVRAMIDES, “Intention and Convention”, in B. HALE, C. WRIGHT (eds.), *A Companion to the Philosophy of Language*, Blackwell, Oxford, 2001, pp. 60-86, pp. 61-64. Sull’importanza della teoria degli atti linguistici per la teoria del diritto, cfr., tra tutti, F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *El positivismo jurídico neoinstitucionalista*, Dykinson, Madrid, 1996, pp. 121-139, ove se ne sottolineano le importanti intuizioni che fanno da sfondo alla teoria del positivismo giuridico neoinstituzionalista. Cfr. anche C. FARALLI, “Normative Institutionalism and Normative Realism. A Comparison”, in *Ratio Juris*, 2, 1993, pp. 181-189.

turn»⁷, il quale, sviluppandosi principalmente in ambiente anglosassone come prodotto della filosofia analitica, giunge poi ad essere protagonista anche della filosofia continentale grazie agli scambi intellettuali tra gli appartenenti ai due tradizionali ambiti di pensiero.

La teoria degli atti linguistici ha portato, nel corso del tempo, allo sviluppo della teoria della performatività come «uno dei concetti-chiave della disciplina chiamata “pragmatica”»⁸. Tuttavia, e forse proprio in quanto concetto-chiave, quello di performatività ha assunto una miriade di significati spesso incompatibili tra di loro, in relazione all'utilizzo che ne viene fatto in diversi campi filosofici da diversi autori⁹.

Lo scopo dei paragrafi che seguono, pertanto, è quello di fare luce sulle origini di tale teoria e su alcune delle sue principali interpretazioni, oltre che degli usi che in diversi ambiti filosofici ne sono stati fatti, per comprendere le “radici” di quella che, in seguito, si passerà a definire teoria della performatività, per distinguerne alcune caratteristiche ed interrogarsi sull'utilità di tale approccio teorico all'interno del dibattito contemporaneo sull'*hate speech*.

Prima di entrare nel vivo dell'analisi, si ricordi la distinzione di Amedeo G. Conte tra due tipi di 'performatività': 1) la performatività *tetica*, che fa derivare dalla nozione aristoteliana di *poiesis*, in virtù della quale, mediante il pronunciamento di un enunciato, si modifica uno *stato di cose*, si interviene sul mondo circostante; 2) la performatività *atetica*, che egli ricollega alla nozione aristoteliana di *praxis*, la quale non interviene su uno stato di cose, bensì consiste nella realizzazione concreta di un *atto* semplicemente pronunciando un enunciato¹⁰.

Nei paragrafi che seguono, si tenterà di mettere in luce le diverse risposte cui il privilegiare l'una o l'altra dimensione (*tetica* o *atetica*) della performatività potrebbe condurre, se applicata alla questione dell'*hate speech*. Si tratta infatti, a ben vedere, di due nozioni corrispondenti alle dimensioni *perlocutoria* e *illocutoria* (cfr. *infra*).

4.1.1 – John Langshaw Austin: «locutorio», «illocutorio» e «perlocutorio»

La filosofia del linguaggio di John Langshaw Austin è stata descritta da filosofi provenienti dall'Università di Oxford, per decenni in stretto contatto con Austin e con il suo lavoro,

⁷ Cfr. C. COLEBROOK, “The Linguistic Turn in Continental Philosophy”, in A.D. SHRIFT (ed.) *The History of Continental Philosophy*, The University of Chicago Press, Chicago, 2010, vol. VI: *Poststructuralism and Critical Theory's Second Generation*, ed. by A.D. SHRIFT, pp. 279-309. Sulla filosofia generale del linguaggio di Austin, cfr. le voci di J.O. URMSON, “J. L. Austin”; S. HAMPSHIRE, “J. L. Austin”, J. O. URMSON, G. WARNOCK, “J. L. Austin”; S. CAVELL, “Austin at Criticism”, contenute in R. RORTY (ed.), *The Linguistic Turn. Recent Essays in Philosophical Method*, The University of Chicago Press, Chicago and London, 1967, rispettivamente pp. 232-238, pp. 239-247, pp. 248-249, pp. 250-260. Cfr., inoltre, gli studi di Q. SKINNER, “Conventions and the Understandings of Speech Acts”, in *The Philosophical Quarterly*, 20, 1970, pp. 118-138; ID., “On Performing and Explaining Linguistic Actions”, in *The Philosophical Quarterly*, 21, 1971, pp. 1-21; ID., “An Interview with Quentin Skinner”, in *Cogito*, 11, 2, 1997, pp. 69-76.

⁸ A.G. CONTE, “Forma Performativa”, in *Anuario de Filosofía del Derecho*, 11, 1994, pp. 381-392, p. 382 (in nota).

⁹ F.C. DOERGE, “Performative utterances”, in M. SBISÀ, K. TURNER, *Pragmatics of Speech Actions*, cit., pp. 203-256, p. 230. Cfr. J. LOXLEY, *Performativity*, cit. Loxley, nel suo libro, intende ricostruire quella che definisce come «narrativa» della teoria della performatività, a partire da Austin, passando per Searle e Derrida, fino ad arrivare a Butler.

¹⁰ A.G. CONTE, “Forma performativa”, cit., p. 383 e pp. 387-390.

come non dottrinale, asistemica e aprogrammatica¹¹. Tale metodo non dogmatico viene applicato da Austin per condurre la propria ricerca sul tema dei diversi usi del linguaggio. Egli, infatti, desidera dimostrare come la filosofia del linguaggio tradizionale (quella che potrebbe essere identificata con il ‘primo Wittgenstein’) sia incapace di spiegare problemi attuali, tra i quali l’utilizzo della parola non solo in senso descrittivo, bensì in quanto capace di permettere ai soggetti parlanti di intervenire sullo stesso attraverso l’utilizzo della parola. Inoltre, Austin critica la tradizionale convinzione in virtù della quale qualsiasi enunciato costituisce un’affermazione, tipica dell’approccio «grammaticale» al discorso. Secondo la sua prospettiva esistono, infatti, anche enunciati involontari, o parzialmente volontari: essi costituiscono la prova che spesso si dicono cose il cui significato prescinde la regola grammaticale soggiacente.

Secondo Austin, inoltre, esistono enunciati che *non* possono essere descritti nei termini del *vero* o del *falso*, poiché «they do not ‘describe’ or ‘report’ or constate anything at all» ed enunciati in cui «the uttering of the sentence is, or is a part of, the doing of an action, which again would not *normally* be described as saying something»¹². Per esempio, è questo il caso del «lo voglio» pronunciato per dare compimento ad un atto matrimoniale, oppure il caso in cui si battezzi una barca, pronunciando le parole «I name this ship the *Queen Elizabeth*» nel rompere una bottiglia di vetro. In questi esempi, afferma l’autore, «it seems clear that to utter the sentence (in, of course, *the appropriate circumstances*) is not to *describe* my doing of what I should be said in so uttering to be doing or to state that I am doing it: *it is to do it*»¹³.

Ciò gli permette di distinguere tra enunciati «*constativi*», quelli in virtù dei quali si afferma qualcosa – che paiono essere oggetto di attenzione privilegiata nella prima filosofia del linguaggio che risente del positivismo logico¹⁴ –, ed enunciati «*performativi*» (*performatives*, da ‘to perform’), quelli attraverso i quali non solo si parla, si pronuncia un enunciato, bensì si compie un’azione: «[t]here is something which is *at the moment of uttering being done by the person uttering*»¹⁵. È bene precisare che l’azione cui fa riferimento Austin non pare essere di natura “esclusivamente linguistica”: quando afferma che con le parole *si fanno cose*, si possono compiere azioni, Austin pare alludere ad azioni “concrete”¹⁶.

Ovviamente, non è sufficiente che l’espressione sia considerata performativa nei termini dell’allusione all’azione: parallelamente, è necessario che il *contesto* risulti appropriato¹⁷.

¹¹ I. BERLIN, “Austin and the Early Beginnings of Oxford Philosophy”, in ID. (et al.), *Essays on J.L. Austin*, Clarendon Press, Oxford, 1973, pp. 1-16, p. 4. Un approccio critico al “metodo” austiniano è fornito da S. CAVELL, “Austin at Criticism”, in *The Philosophical Review*, 74, 2, 1965, pp. 204-219.

¹² Ivi, p. 5.

¹³ Ivi, p. 6 (corsivi nostri). Analogamente, cfr. ID., “Performative utterances”, in ID., *Philosophical Papers*, 2nd ed., ed. by J.O. URMSON, G.J. WARNOCK, Clarendon Press, Oxford, 1970, pp. 233-271, p. 235.

¹⁴ J. LOXLEY, *Performativity*, cit., p. 7. J.L. AUSTIN denomina questo approccio positivista-logico al linguaggio nei termini di una «descriptive fallacy», in *How to Do Things with Words*, cit., p. 3.

¹⁵ J.L. AUSTIN, *How to Do Things with Words*, cit., p. 60. Per una ricostruzione della nozione di performatività in Austin, cfr. F.C. DOERGE, “Performative utterances”, cit.

¹⁶ J. WARNOCK, “Some Types of Performative Utterance”, in I. BERLIN. (et al.), *Essays on J.L. Austin*, cit., pp. 67-89, p. 70.

¹⁷ J.L. AUSTIN, *How to Do Things with Words*, cit., p. 8.

Per esempio, nel caso della nave, se ne deve essere proprietari; oppure, nel caso del matrimonio, si deve essere in presenza dell'ufficiale giudiziario cui sia riconosciuto pubblicamente il potere di unire in matrimonio. Laddove gli enunciati siano pronunciati in un contesto che non permette di passare dal constativo al performativo, non se ne può predicare la *falsità*: un atto matrimoniale può essere al massimo nullo; di una scommessa, del pari, non si predica la falsità, bensì l'irrelevanza. Infatti, quando si pronuncia un enunciato che si intenderebbe performativo ma in circostanze non adeguate, tale enunciato risulta *infelice* («*unhappy*»)¹⁸. L'infelicità dei performativi, a causa della necessaria presenza di elementi che rendano quell'atto linguistico adeguato al contesto, pare dipendere, in ultima istanza, dal risultato dell'esistenza di istituzioni, convenzioni e regole non prettamente linguistiche¹⁹.

Quali sono i requisiti affinché un enunciato performativo possa dirsi *felice*, ovvero possa realizzarsi? Secondo Austin, essi sono tre e si tratta di requisiti convenzionali, in quanto derivanti, cioè, da *convenzioni sociali*²⁰: 1) l'esistenza di una procedura convenzionale accettata dalla quale si fanno derivare effetti convenzionali, entro cui rientra quel particolare enunciato performativo; 2) il corretto e completo compimento della procedura da parte dei partecipanti; 3) il possesso di «*certain thoughts or feelings*», ovvero la *sincerità* nel compiere quell'atto e la conseguente espressione della sincerità di quella volontà²¹ da parte dello *speaker*. Laddove un tentativo di performativo non presenti queste caratteristiche, sarà considerato *infelice* – e, dunque, non produrrà i propri effetti.

Austin sostiene che le conseguenze dell'infelicità del performativo siano diverse a seconda di quale requisito sia mancante. Così, se mancano le condizioni *sub* 1) e *sub* 2) (come, ad esempio, nel caso in cui la formula sia pronunciata in maniera scorretta, oppure perché le persone che la pronunciano non ne presentino i requisiti, ad esempio siano già sposate o se non siano i proprietari della barca), il performativo è oggetto di fallimento («*misfire*»²²). Ciò non

¹⁸ Ivi, p. 14. Inoltre, Austin aggiunge: «And for this reason we call the doctrine of *the things that can be and go wrong* on the occasion of such utterances, the doctrine of the *Infelicities*» (*ibidem*).

¹⁹ J. HORNSBY, «Speech Acts and Performatives», in E. LEPORE, B.C. SMITH (eds.), *The Oxford Handbook of Philosophy of Language*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 839-909, p. 904; Hornsby fa qui riferimento alla lettura di J.O. URMSON, «Performative Utterances», in *Midwest Studies in Philosophy*, 2, 1977, pp. 120-127.

²⁰ Cfr. A. AVRAMIDES, «Intention and Convention», cit., pp. 64-67, che tratta dell'approccio, per così dire, *convenzionalistico* di Austin per distinguerlo da quello *intenzionalistico* di Grice (su Grice, cfr. *infra*); analogamente (e utilizzando esplicitamente i termini «conventionalist» e «intenzionalist»), M. SBISÀ, «Locution, Illocution, Perlocution», in M. SBISÀ, K. TURNER, *Pragmatics of Speech Actions*, cit., pp. 25-75, p. 45, la quale, peraltro, ascrive anche Searle al medesimo paradigma convenzionalista di Austin (per Searle, cfr. *infra*, § 4.1.2). Per la natura *sociale* (e non esclusivamente *linguistica*) delle convenzioni che sottostanno al performativo, cfr. J. WARNOCK, «Some Types of Performative Utterance», cit. pp. 71-73.

²¹ J.L. AUSTIN, *How to Do Things with Words*, cit., pp. 14-15. Si pensi, ad esempio, come fa Austin, al caso di colui che accoglie l'ospite dicendo «I welcome you» e si comporta poi come se l'ospite non fosse realmente il benvenuto; cfr. ID., «Performative utterances», cit., p. 239.

²² A onor di precisione, Austin suddivide ulteriormente questa categoria in *misinvocations*, derivanti dal mancato rispetto delle condizioni *sub* 1) – la procedura in sé non viene compiuta – e *misexecutions*, derivanti dal mancato rispetto delle condizioni *sub* 2) – la procedura viene compiuta, ma essa risulta viziata (cfr. J.L. AUSTIN, *How to Do Things with Words*, cit., p. 17; cfr. inoltre, per un'analisi dettagliata dei casi in cui possono avvenire tali «violazioni» delle procedure linguistiche convenzionali, pp. 25-38). Tuttavia, tale ulteriore distinzione non risulta necessaria ai fini del presente lavoro.

significa che non si sia compiuta alcuna azione: ad esempio, nel caso del matrimonio si può aver commesso il reato di bigamia; ma l'azione perseguita, quella del matrimonio, in quanto infelice non presenta gli effetti sperati, risultando nulla o vuota, inefficace. Al contrario, quando manchi la condizione *sub* 3), l'atto viene sì performato, ovvero effettivamente compiuto, ma può risultare in un *abuso di procedura* («*abuse*»²³) (come nel caso in cui si dica «prometto» e si non abbia, invece, intenzione di promettere; oppure nel caso in cui si dica «mi congratulo con te» e si non desideri, invece, congratularsi realmente – magari perché si utilizza un tono sarcastico –). In questo caso, l'atto ha effetto, ma non viene consumato.

Proseguendo nella teorizzazione, Austin distingue i performativi *espliciti* (quelli citati sino ad ora) dai performativi *impliciti*. Un caso di performativo implicito è, ad esempio, quello in cui si utilizza un'espressione che, pur non essendo identica a quella che solitamente ci si aspetterebbe di sentire («I order you to go»), risulta analoga, poiché il contesto permette di comprenderne il riferimento e il carattere performativo («Go!»)²⁴.

In ogni caso, pur avendo separato il performativo dal constativo, affermando che solo al secondo, quantomeno *prima facie*, dovrebbero risultare applicabili i criteri di verità e falsità, Austin stesso riconosce che il performativo, per funzionare, implica un certo grado di *verità*. Ciò non significa che di esso possa essere predicata la verità o la falsità (come si è visto, al contrario, ciò che si può predicare dei performativi è la loro *felicità*); piuttosto, ciò comporta che alcuni elementi *soggiacenti* al performativo debbano essere descrivibili in termini di verità o falsità²⁵. Per esempio, nel caso dell'espressione che sigla un atto di compravendita, deve essere *vero* che il bene X è di proprietà del venditore, altrimenti il performativo risulterà infelice. Si può dire che in certi casi la verità o la falsità – o l'*opinione* sulla verità o la falsità – possono risultare condizione del performativo. Inoltre, vi sono altri casi in cui, al contrario, la verità o la falsità del performativo dipendono dalla sua felicità: la verità delle scuse di chi utilizza un tono sarcastico (il fatto che essa si stia veramente scusando) dipende dalla felicità del performativo: il tono sarcastico rende il performativo infelice e, quindi, l'enunciato descrivibile anche in termini di falsità (non si sta realmente scusando)²⁶.

In questo consiste, secondo Austin, una delle differenze principali tra performativo e constativo e, in ultima istanza, tra «*doing*» e «*saying*»²⁷. Un altro modo di guardare alla questione è quello di distinguere tra *speech acts* e *acts of speaking*: solo con i primi si farebbe riferimento agli atti portati a termine attraverso il mero parlare, che si distinguono dall'atto

²³ Sui concetti di *misfire* e *abuse*, cfr. M.S. GREEN, "Speech Acts", cit., pp. 62-63; J. LOXLEY, *Performativity*, cit., pp. 9-13.

²⁴ J.L. AUSTIN, *How to Do Things with Words*, cit., pp. 31-32.

²⁵ Ivi, pp. 45-46. Analogamente, cfr. ID., "Performative utterances", in *Philosophical Papers*, cit., ove Austin afferma: «However, although these utterances do not themselves report facts and are not themselves true or false, saying these things does very often *imply* that certain things are true and not false, in some sense at least of that rather woolly word 'imply'» (p. 237).

²⁶ J.L. AUSTIN., "Performative utterances", in *Philosophical Papers*, cit., p. 249.

²⁷ J.L. AUSTIN, *How to Do Things with Words*, cit., p. 47.

generico del parlare in sé²⁸: gli *speech acts*, che non costituiscono solamente un *saying* bensì anche (e soprattutto) un *doing*, necessitano di condizioni di felicità che, se a livello teorico sono separate dalle condizioni di verità, nella pratica sono ad esse strettamente connesse²⁹.

«[I]n order to explain what can go wrong with statements we cannot just concentrate on the proposition involved [...] as has been done traditionally. We must consider the total situation in which the utterance is issued—the total speech-act—if we are to see the parallel between statements and performative utterances [...]. Perhaps there is no great distinction between statement and performative utterances»³⁰.

L'autore, nel concludere in questo modo, da un lato informa sulla necessità di tenere in considerazione ogni *speech-act* nella sua totalità, non solo in relazione al singolo enunciato, mentre, dall'altro, avverte sulla possibilità che la distinzione tra *constativi* e *performativi* non sia poi così facile da disegnare³¹: ciò che richiama le categorie utilizzate poco sopra dallo stesso Austin nel caratterizzare le due circostanze, ovvero il discorso [*speech*] e l'azione [*action*]. Lo stesso Austin pare sostenere l'impossibilità, *prima facie*, di distinguere chiaramente tra *speech* e *action*³². Pare quasi potersi affermare, inoltre, che secondo la sua prospettiva ogni *speech act* consiste, in realtà, in un'*action*: «[w]hat we need to do for the case of stating, and by the same token describing and reporting, is [...] to realize that they are speech-acts no less than all these other speech-acts that we have been [...] talking about as performative»³³.

Ciò deriva, a ben vedere, dall'impossibilità di inquadrare la filosofia di Austin entro i classici schemi filosofici *cartesiani*, che fino a quel momento avevano contribuito alla distinzione tra le idee (la psiche), da un lato, e la materia, gli oggetti, dall'altro. Infatti, mentre sia i materialisti sia gli idealisti erano risultati partire da una concezione monista (tutto è riducibile a materia per i primi, ad idea per i secondi), la filosofia cartesiana, al contrario, aveva gettato le basi per un approccio dualista di separazione tra i due mondi, che inevitabilmente si riversava sulla distinzione tra *speech* e *action*³⁴. Per Austin, invece, i due mondi costituiscono un tutt'uno

²⁸ Sulla distinzione tra *speech acts* e *acts of speaking*, cfr. M.S. GREEN, "Speech Acts", in T. O'CONNOR, C. SANDIS (eds.), *A Companion to the Philosophy of Action*, Blackwell, Oxford, 2010, pp. 58-66, pp. 58-60.

²⁹ Cfr., inoltre, J. SADOCK, "Speech Acts", cit., pp. 56-57, per la distinzione primaria tra performativi e constativi in base alla dottrina della felicità dei primi, oltre che per la discussione sull'impossibilità di separazione netta solo in virtù del criterio della felicità.

³⁰ J.L. AUSTIN, *How to Do Things with Words*, cit., p. 52 (corsivi nostri).

³¹ Cfr. J. SADOCK, "Speech Acts", cit., p. 54, che sostiene che la distinzione tra performativi e constativi, spesso invocata nell'ambito del diritto a partire da Austin, in realtà fu disegnata dallo stesso Austin al fine di criticarla, argomentando per l'impossibilità di tracciare una linea di separazione tra le due categorie.

³² A. AVRAMIDES, "Intention and Convention", cit., sostiene che «Austin came to the conclusion that in the case of *all* (or almost all) utterances there is an element of saying and there is an element of doing» (p. 66). J. HORNSBY, "Illocution and its significance", in S. TSOHATZIDIS (ed.), *Foundations of Speech Act Theory: Philosophical and Linguistic Perspectives*, Routledge, London, 1994, pp. 187-207, afferma: «J.L. Austin thought that the study of language had been too much focused on words, and that the study of action had been too much focused on 'ordinary physical actions': he thought that *illocution* had been neglected» (p. 187). Cfr., inoltre, K. GELBER, *Speaking Back. The free speech versus hate speech debate*, John Benjamins Publishing Company, Philadelphia, 2002, pp. 51-55, che analizza l'impostazione di Austin per sostenere l'impossibilità delle attuali *policies* sul discorso di fondarsi su una distinzione tra *speech* e *action*.

³³ J.L. AUSTIN, "Performative utterances", cit., pp. 249-250.

³⁴ H. BRACKEN, *Freedom of Speech: Words Are Not Deeds*, Praeger, Westport (Con.), 1994, p. 3.

che non può essere differenziato e non risulta riconducibile né al mondo della “mera” materia né al mondo delle “mere” idee³⁵.

Tuttavia, è bene effettuare una precisazione. Se, infatti, da un lato esistono *speech acts* di natura performativa in virtù di particolari convenzioni extra-linguistiche (sociali) che consentono di portare taluni atti discorsivi entro la categoria delle azioni, l’affermazione, di portata più generale, per cui tutti gli atti discorsivi costituiscono in realtà azioni, estendendo il piano del discorso, non fa più riferimento esclusivamente alla forza delle convenzioni sociali che permettono che ciò avvenga³⁶. Ciò significa che mentre le convenzioni sociali permettono di parlare di *taluni* atti linguistici in termini di azione, l’insieme delle convenzioni sociali e delle convenzioni linguistiche permette di parlare di *qualsiasi* atto linguistico in termini di azione.

Appuntato che la distinzione tra *speech* e *action* non è poi così chiara, Austin sostiene che esistano tre modi in cui ciò che tradizionalmente consideriamo “mera espressione verbale” possa giungere costituire un’azione. Nel parlare, infatti, si compiono tre atti: 1) l’atto *fonetico*: il solo fatto di *pronunciare* un enunciato costituisce già, di per se stesso, un’azione, ovvero quella del parlare; 2) l’atto *fatico*: utilizzare determinati suoni per riferirsi a determinate parole, che non riguarda l’espressione verbale come mera veicolazione di suoni, bensì in termini di parole con significati; 3) l’atto *retico*: quando dietro l’atto del parlare si trova l’intento di veicolare un determinato messaggio, un riferimento con significato («*sense, reference, meaning*»³⁷), intendendo per significato qualcosa di più del mero senso della singola parola.

Si tratta di un processo di specificazione, tale per cui compiere un atto retico significa, al contempo, compiere un atto fatico e un atto fonetico (mentre il processo non vale necessariamente anche al contrario). Inoltre, l’atto fonetico contiene una serie di significati *determinabili*, mentre l’atto fatico fa riferimento ad un significato *determinato*. Ciò che consente il passaggio dall’atto fonetico all’atto fatico, nella costruzione di Austin, è l’*intenzione* del soggetto parlante di sottostare al significato che a quell’enunciato viene attribuito entro una *convenzione* – di natura, per il momento, esclusivamente linguistica³⁸.

Austin definisce dunque il mero atto del parlare come *atto locutorio* [*locutionary act*]³⁹, che si compie semplicemente pronunciando suoni cui tradizionalmente sono assegnati dei significati: si tratta dell’atto che veicola un determinato significato. Con esso, Austin fa

³⁵ Sul punto, M. SBISÀ, “Locution, Illocution, Perlocution”, cit., pp. 25-75, la quale afferma: «In his theory of perception [...] he explicitly refuses the dichotomy between material things and inner, psychological entities» (p. 76). Sulla derivazione anti-cartesiana della filosofia che concepisce le nozioni di *speech* e *action* come non costitutivamente separate si è già detto *supra* (§ 1.6.6). Cfr. H. BRACKEN, *Freedom of Speech: Words Are Not Deeds*, Praeger, Westport (Con.), 1994; E. HEINZE, *Hate Speech and Democratic Citizenship*, Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 137; K. GELBER, *Speaking Back. The free speech versus hate speech debate*, cit., p. 50.

³⁶ J. WARNOCK, “Some Types of Performative Utterance”, cit. pp. 74-77: in questo senso, secondo l’autore, «not all speech acts are ‘conventional’» (p. 87).

³⁷ J.L. AUSTIN, *How to Do Things with Words*, cit., pp. 92-93. Cfr. M. SBISÀ, “Locution, Illocution, Perlocution”, cit., pp. 26-29.

³⁸ L.W. FORGUSON, “Locutionary and Illocutionary Acts”, in I. BERLIN. (et al.), *Essays on J.L. Austin*, cit., pp. 160-185, pp. 161-164.

³⁹ J.L. AUSTIN, *How to Do Things with Words*, cit., pp. 144-145.

riferimento a ciò che inizialmente aveva definito *constativo*, che pare assommare in sé le caratteristiche degli atti fonetici, fatici e retici, questa volta, però, in un significato più generale⁴⁰.

Tuttavia, compiere un atto locutorio significa compiere parallelamente un «atto *illocutorio*», ovvero fare qualcosa di più del semplice riferirsi ad uno dei possibili significati del proprio atto del parlare: l'atto illocutorio, infatti, è un atto che, al di là del suo *significato* (che può rimanere invariato) presenta una certa *forza* (la quale, invece, a contenuto invariato, può risultare diversa a seconda dei casi), permettendo di passare dall'atto fatico all'atto retico⁴¹. Con esso, infatti, Austin fa riferimento a ciò che aveva inizialmente definito *performativo*⁴².

Secondo Austin, la differenza tra l'atto *locutorio* e l'atto *illocutorio* è quella che sussiste tra compiere un'azione che consiste «*of saying something*» e compiere un'azione «*in saying something*»⁴³. Ad esempio, nel pronunciare la frase «Sta per cadere», ci si può riferire alla mera descrizione del fatto che un oggetto è sul punto di cadere, o piuttosto al consiglio di allontanarsi rivolto a chi vi si trovi in prossimità, oppure all'intenzione di veicolare una sensazione di paura riferita alle conseguenze della caduta. Ad ogni modo, la forza dell'atto illocutorio pare dipendere, in Austin, dall'*intenzione* del soggetto parlante non tanto (come nel passaggio dall'atto fonetico all'atto fatico) di riferirsi ad un determinato *significato*, bensì di effettuare un determinato utilizzo di quell'atto linguistico per produrre un determinato tipo di risultato: ad esempio, l'ammonimento dell'interlocutore⁴⁴.

Vi sono, inoltre, casi in cui compiere un atto locutorio (e dunque illocutorio al tempo stesso) significa anche, parallelamente, compiere un atto «*perlocutorio*»:

«Saying something will often [...], normally, produce certain consequential effects upon the feelings, thoughts, or actions of the audience, or of the speaker, or of other persons [...]. We shall call the performance of an act of this kind the performance of a *perlocutionary* act or *perlocution*»⁴⁵.

L'esempio addotto da Austin è quello di chi pronuncia le parole «Shoot her!»: si tratta di un atto *locutorio* (pronunciare le parole «shoot» e «her»), un atto *illocutorio* (dare l'ordine di sparare) e ad un atto *perlocutorio* (il soggetto cui è diretto l'atto locutorio ed illocutorio è

⁴⁰ Ciò a partire dal fatto che «[t]he doctrine of the performative/constative distinction stands to the doctrine of locutionary and illocutionary acts in the total speech act as the *special* theory to the *general* theory. And the need for the general theory arises simply because the traditional 'statement' is an abstraction, an ideal, and so is its traditional truth or falsity», ivi, p. 147.

⁴¹ J. HORNSBY, "Speech Acts and Performatives", cit., p. 894. Per la distinzione tra la *forza* e il *contenuto* degli *speech acts*, cfr. M.S. GREEN, "Speech Acts", cit., p. 60-61; L.W. FORGUSON, "Locutionary and Illocutionary Acts", cit., pp. 167-168. Per un'analisi approfondita degli atti illocutori a partire da Austin, cfr. M. SBISÀ, "Locution, Illocution, Perlocution", cit., pp. 29-34.

⁴² J.L. AUSTIN, *How to Do Things with Words*, cit., p. 145. Analogamente, cfr. J. SADOCK, "Speech Acts", cit., pp. 54-55.

⁴³ J.L. AUSTIN, *How to Do Things with Words*, cit., p. 99; cfr. J. LOXLEY, *Performativity*, cit., pp. 18-19; E.A. RABOSI, "Locuciones e illocuciones: Searle y Austin", in *Revista Hispanoamericana de Filosofía*, 6, 18, 1972, pp. 3-41, in part. pp. 3-14.

⁴⁴ Cfr. L.W. FORGUSON, "Locutionary and Illocutionary Acts", cit., p. 168.

⁴⁵ J.L. AUSTIN, *How to Do Things with Words*, cit., p. 101.

persuasivo a sparare, oppure è impaurito, e via dicendo). L'atto perlocutorio, dunque, si contraddistingue per le *conseguenze* che esso ingenera: si tratta di compiere un'azione «*by saying something*»⁴⁶, dunque è anch'esso un atto performativo.

Per quanto riguarda le differenze tra l'atto *illocutorio* e l'atto *perlocutorio*, Austin sostiene che il primo ha conseguenze di natura *convenzionale*, mentre il secondo produce conseguenze *materiali*. Ciò non significa, tuttavia, che la distinzione tra conseguenze convenzionali e conseguenze materiali costituisca un mezzo efficiente, di per sé, a distinguere concretamente, caso per caso, tra gli uni e gli altri: le conseguenze materiali, infatti, risultano utili alla definizione di ciò che sicuramente *non* costituisce un atto illocutorio, ma non sono l'unica caratteristica in base alla quale si può distinguere tra l'illocutorio e il perlocutorio⁴⁷. Esistono, d'altra parte, anche illocutori che sono volti ad ottenere un effetto perlocutorio (che hanno, cioè, un «perlocutionary goal») e, senza tale tensione, non risultano effettivamente sensati (dunque nemmeno concretamente illocutori), come nel caso di chi dica: «Non farlo»⁴⁸. Il senso dell'ammonimento si esplica nell'esistenza di un reale desiderio di produrre la conseguenza tale per cui il soggetto ammonito si asterrà dal compiere l'atto. Se, al contrario, si ammonisce senza realmente intendere esortare il soggetto interlocutore ad astenersi dal compiere quell'atto, l'atto illocutorio di esortazione o di ammonimento non risulta sensato.

Parlare di conseguenze, inoltre, significa chiamare in causa anche l'attenzione alla questione dell'*intenzionalità*:

«[W]e must always remember the distinction between producing effects or consequences which are intended or unintended; and (i) when the speaker intends to produce an effect it may nevertheless not occur, and (ii) when he does not intend to produce it or intends not to produce it it may nevertheless occur»⁴⁹.

In questo passaggio, l'autore chiarisce che la distinzione tra illocutorio e perlocutorio *non grava sull'intenzionalità* della condotta. Infatti, una condotta illocutoria (la cui forza, lo si è visto, dipende dall'*intenzione*) può essere intenzionale eppure performativamente infelice (come nel caso di chi tenta intenzionalmente di avvertire ma fallisce nel farlo), oppure una condotta perlocutoria può essere non intenzionale eppure performativamente felice⁵⁰ (come nel caso di chi, pur non desiderando ingenerare preoccupazione nel soggetto cui si rivolge, finisce per farlo involontariamente). Dunque, secondo Austin, *le conseguenze del perlocutorio non dipendono dall'intenzionalità* – ciò che ha causato la critica da parte di coloro che, al contrario, trattano solo delle conseguenze *intenzionali* dell'atto perlocutorio⁵¹.

⁴⁶ Ivi, p. 108. Cfr. K. BACH, "Speech Acts and Pragmatics", cit., p. 150. Per un'analisi delle distinzioni tra atti locutori, illocutori e perlocutori in Austin, cfr. R. SELDEN, "Speech Acts Theory and Literary Studies", in ID. (ed.) *The Cambridge History of Literary Criticism*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995, pp. 347-374, pp. 348-349.

⁴⁷ Lo ricorda J. SADOCK, "Speech Acts", cit., p. 56.

⁴⁸ M. SBISÀ, "Locution, Illocution, Perlocution", cit., pp. 34-35.

⁴⁹ J.L. AUSTIN, *How to Do Things with Words*, cit., p. 105 (corsivi nostri).

⁵⁰ Cfr. J. SADOCK, "Speech Acts", cit., p. 55, che sostiene che l'atto perlocutorio costituisce una conseguenza dello *speech act* «whether intended or not».

⁵¹ Cfr., per esempio, K. BACH, R. HARNISH, *Linguistic Communication and Speech Acts*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1979, p. 81.

Secondo Austin, generalmente si pensa all'azione in qualità di «a fixed physical thing that we do», distinta sia dalle convenzioni sia dalle sue conseguenze. Tuttavia, egli sottolinea che l'atto illocutorio, pur essendo un atto, non può essere distinto dalle convenzioni che vi soggiacciono, così come l'atto perlocutorio è inscindibile dalle sue conseguenze. Nel fare ciò, egli pare sostenere una *teoria generale dell'azione* diversa da quella comune (che, si potrebbe dire, è tradizionalmente fatta propria dagli ordinamenti giuridici, soprattutto dal diritto penale): «[t]hat we can import an indefinitely long stretch of what might also be called the 'consequences' of our act into the act itself is, or should be, a fundamental commonplace of the theory of our language about all 'action' in general»⁵². Egli, in sostanza, pare teorizzare l'atto performativo come un atto che tiene insieme la convenzionalità (il significato convenzionale dell'atto stesso) e le sue conseguenze (che sono interne all'atto medesimo).

A livello teorico, tuttavia, Austin distingue analiticamente tra l'azione illocutoria e le sue conseguenze (dunque tra *illocutorio* e *perlocutorio*). Ciò che generalmente si definisce azione fisica, pur tentando di distinguerla dalle sue conseguenze, giace, secondo Austin, sullo stesso piano (fisico, materiale) delle conseguenze stesse. L'atto illocutorio, invece, benché possa avere conseguenze, prescinde da esse, nel senso che giace su un piano diverso: di esso, infatti, non si parla in termini di *conseguenze*, bensì in termini di *effetti*. L'atto illocutorio può essere associato a determinati effetti che derivano dalla sua felicità o infelicità: gli effetti riguardano, in particolare, la diffusione del messaggio, la sua efficacia (cioè la sua percezione corrispondente al significato da parte di chi ascolta) e l'invito ad una reazione⁵³.

Nonostante la distinzione analitica, Austin pare disegnare una linea che va dalle conseguenze dell'atto perlocutorio fino all'atto locutorio originario, sostenendo che, se l'atto perlocutorio è direttamente collegato all'atto illocutorio, questo a sua volta dipende dall'esistenza di un atto locutorio, che consiste in un'azione, «[s]o that the divorce between '*physical*' actions and *acts of saying something* is not in all ways complete—there is some connexion»⁵⁴.

Per comprendere come l'atto perlocutorio produce i suoi effetti, è possibile pensare allo stesso come un secondo atto che si origina a partire da un atto primario, che è costituito dall'atto illocutorio⁵⁵. Proprio a partire da questa interpretazione, vi è chi ha sostenuto che l'effetto dell'atto perlocutorio non possa essere ricollegato in termini causali diretti all'atto illocutorio, poiché la modalità di ricezione del messaggio (e così le sue conseguenze, la reazione) da parte dell'ascoltatore dipende, in realtà, dall'ascoltatore stesso⁵⁶. Tuttavia, pensare a due eventi causalmente collegati come ad un unico evento può permettere di risolvere il dilemma: un'azione

⁵² J.L. AUSTIN, *How to Do Things with Words*, cit., pp. 106-107.

⁵³ Sugli effetti dell'atto illocutorio, cfr. M. SBISÀ, "Locution, Illocution, Perlocution", cit., pp. 31-33.

⁵⁴ J.L. AUSTIN, *How to Do Things with Words*, cit., pp. 112-113.

⁵⁵ Questa è l'analisi effettuata da M. KISSINE, *From Utterances to Speech Acts*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, p. 12, il quale utilizza la teoria dell'azione e della causalità di D. DAVIDSON, *Essays on Actions and Events*, Oxford University Press, Oxford, 2001.

⁵⁶ Y. GU, "The Impasse of Perlocution", in *Journal of Pragmatics*, 20, 1993, pp. 405-432.

può costituire la causa di un'altra azione, indipendentemente dal fatto che quest'ultima, proprio in quanto azione, sia agita da un soggetto agente che coincide con quello che riceve la prima⁵⁷.

La lettura di Austin testimonia la possibilità dell'analisi degli *speech acts* come fenomeni rientranti nel regno della pragmatica⁵⁸, che accoglie al suo interno anche gli atti illocutori, come esempio di ciò che chi parla può compiere in termini di azione già "solamente parlando". Inoltre, gli effetti si producono non solo nei casi più evidenti di atti illocutori veicolanti effetti perlocutori, bensì anche semplicemente nel pronunciare affermazioni⁵⁹.

È pur vero, tuttavia, che Austin pare prestare decisamente più attenzione al significato degli enunciati effettivamente pronunciati dai singoli parlanti, piuttosto che al significato che essi, invece, laddove i loro performativi risultassero infelici, intendevano dare⁶⁰. Tra i sostenitori di questa critica si trova Paul Grice, il quale, studiando le cosiddette «*conversational implicatures*»⁶¹, si concentra sulle possibili inferenze della comunicazione linguistica. Per Grice, infatti, i soggetti parlanti si riferiscono sempre a significati che sono molto più ampi rispetto a ciò che dicono da un punto di vista strettamente letterale⁶². Le inferenze della conversazione dimostrano che l'intenzione dei soggetti parlanti integra il significato⁶³, cosicché, per esempio, si può compiere un atto illocutorio pronunciando una frase che ha un significato che diverge da quello che tradizionalmente verrebbe associato a quel particolare atto illocutorio, e questo può comunque risultare felice in virtù dell'effettiva e corretta percezione da parte dell'interlocutore, come per esempio nel caso dell'utilizzo del sarcasmo⁶⁴. Come afferma J. Sadock, infatti, «much of the speech act theory is [...] devoted to striking the proper balance between convention and intention»⁶⁵.

Secondo Grice, peraltro, il carattere delle intenzioni comunicative è riflessivo, nel senso che, indipendentemente dalla convenzione o dalla procedura, esse presenteranno la propria forza illocutoria in relazione alla percezione e al riconoscimento del soggetto che ascolta: esso

⁵⁷ M. KISSINE, *From Utterances to Speech Acts*, cit., p. 13.

⁵⁸ J. HORNSBY, "Speech Acts and Performatives", cit., p. 896.

⁵⁹ «Once we realize that what we have to study is not the sentence but the issuing of an utterance in a speech-situation, there can hardly be any longer a possibility of not seeing that stating is performing an act», J.L. AUSTIN, *How to Do Things with Words*, cit., p. 139; cfr. J. LOXLEY, *Performativity*, cit., pp. 19-21.

⁶⁰ J. HORNSBY, "Speech Acts and Performatives", cit., p. 898.

⁶¹ Cfr. P. GRICE, "Meaning", in *The Philosophical Review*, 66, 1957, pp. 377-388; ID., *Studies in the Way of Words*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1989. Grice utilizza il concetto di *conversational implicature* a partire dallo studio sull'inferenza di G. FREGE, *On Sense and Reference* [1892], trad. by M. Black, in P. GEACH E M. BLACK (eds.), *Translations from the Philosophical Writings of Gottlob Frege*, Blackwell, Oxford, 3A ed, 1980. Per un'analisi generale del concetto di *implicatures* in Grice, cfr. C. BIANCHI, "Implicating", in M. SBISÀ, K. TURNER, *Pragmatics of Speech Actions*, cit., pp. 107-142.

⁶² Cfr. J. SADOCK, "Speech Acts", cit., pp. 58-59; M.S. GREEN, "Speech Acts", cit., pp. 63-65; M. DASCAL, "Speech act theory and Gricean pragmatics: some differences of detail that make a difference", in S. TSOHATZIDIS (ed.), *Foundations of Speech Act Theory: Philosophical and Linguistic Perspectives*, cit., pp. 323-334. Per un'analisi del ruolo del significato in Grice, cfr. A. KEMMERLING, "Speaker's meaning", in M. SBISÀ, K. TURNER, *Pragmatics of Speech Actions*, cit., pp. 77-106.

⁶³ J. HORNSBY, "Speech Acts and Performatives", cit., p. 898.

⁶⁴ Cfr. K. BACH, "Speech Acts and Pragmatics", cit., pp. 155-157; M.S. GREEN, "Speech Acts", cit., pp. 61-62.

⁶⁵ J. SADOCK, "Speech Acts", cit., p. 53.

dipende, cioè, dal *riconoscimento* da parte del destinatario⁶⁶. Ciò gli permette di sostenere una teoria del significato non naturalistica (in virtù della quale il significato delle parole è contenuto nelle parole stesse), bensì convenzionale (per cui il significato viene a costituire, piuttosto, una vera e propria pratica sociale che risente delle interazioni tra i soggetti che vi partecipano)⁶⁷.

Inoltre, ai fini del presente lavoro, risultano importanti due critiche avanzate ad Austin rispettivamente da W. P. Alston e P. F. Strawson.

Alston sostiene che l'effettivo atto illocutorio portato a termine attraverso l'utilizzo di un'espressione piuttosto che un'altra non dipende solamente dal tipo di enunciato pronunciato; questo, al contrario, abilita nella situazione concreta una *serie* di atti illocutori collegati con quell'atto. Entro quella serie, gli atti illocutori concretamente portati a termine dipenderanno strettamente dalle circostanze, cosicché lo stesso atto locutorio con le stesse intenzioni del soggetto parlante può portare a diversi atti illocutori in relazione alle circostanze concrete in cui esso viene pronunciato: ciò che ha portato l'autore a parlare nei termini di un «illocutionary act *potential*»⁶⁸. Pertanto, secondo Alston, più che soddisfare preesistenti requisiti convenzionali, il soggetto che intenda porre in essere un atto illocutorio *si assumerà la responsabilità* dell'esistenza di circostanze che giustifichino il proprio atto; le circostanze non sono date *a priori*, bensì, al contrario, anch'esse sono definite dall'intento del soggetto parlante⁶⁹.

Per quanto concerne la critica di Strawson, invece, è opportuno ricordare che gli esempi di Austin si riferiscono spesso, nella trattazione dei performativi, a contesti più o meno “istituzionali”, in cui il requisito della convenzionalità del particolare uso del linguaggio risulta soddisfatto proprio in virtù della forza della convenzione istituzionale che soggiace alla pratica descritta. Dal punto di vista di Strawson, invece, la forza illocutoria dev'essere vagliata anche in contesti in cui non si rinviene alcuna convenzione istituzionale: gli enunciati illocutori, in questi casi, non saranno classificabili in quanto si richiamano all'istituzione, bensì, piuttosto, in quanto intendono veicolare un certo tipo di contenuto da parte di un certo tipo di soggetto parlante verso un certo tipo di *audience*⁷⁰. Nei casi descritti da Austin, dunque, la forza illocutoria parrebbe derivare più dal vincolo con una procedura formalizzata ed istituzionale che dall'effettiva “performatività” dell'atto linguistico specifico⁷¹.

⁶⁶ K. BACH, “Speech Acts and Pragmatics”, cit., p. 153.

⁶⁷ A. AVRAMIDES, “Intention and Convention”, cit., pp. 70-71.

⁶⁸ Cfr. W.P. ALSTON, *Illocutionary Acts and Sentence Meaning*, Cornell University Press, Ithaca (NY), 2000. Cfr., inoltre: C. PLUNZE, R.M. HARNISH, “Normativity and Speech Acts: On Alston on Illocutionary Rules”, in J.C. MAREK AND M.E. REICHER (eds.), *Contribution of the Austrian Wittgenstein Society. Proceedings of the 27th International Wittgenstein Symposium: Experience and Analysis*, Vienna, 2004, pp. 1-11; J. SADDOCK, “Speech Acts”, cit., 62-63.

⁶⁹ M. SBISÀ, “Locution, Illocution, Perlocution”, cit. p. 49-50.

⁷⁰ Cfr. P.F. STRAWSON, “Intention and Convention in Speech Acts”, in *The Philosophical Review*, 73, 4, 1964, pp. 439-460; ID., *Logico-linguistic Papers*, Methuen, London, 1971. Cfr., inoltre, K. BACH, “Speech Acts and Pragmatics”, cit., p. 149; M.S. GREEN, “Speech Acts”, cit., p. 63; A. AVRAMIDES, “Intention and Convention”, cit., p. 64.

⁷¹ Così J. SADDOCK, “Speech Acts”, cit., p. 59.

Jennifer Hornsby, invece, critica il requisito della convenzionalità degli atti illocutori, asserendo che la loro felicità non dipende in assoluto dall'esistenza di una convenzione⁷². Secondo l'autrice, il requisito di felicità degli atti illocutori è fornito dalla *ricettività* («receptiveness») dell'*audience* che ascolta e dalla *reciprocità* («reciprocity») dell'impegno nella conversazione da parte dello *speaker* e del *listener*: non è necessario, infatti, ricorrere ad una convenzione sociale per asserire che un'espressione veicoli un uso illocutorio. Inoltre, Hornsby critica Austin quando afferma che le conseguenze appartengono all'ambito del perlocutorio, mentre l'illocutorio avrebbe solamente effetti sociali. L'autrice, infatti, sostiene che si producono conseguenze già nel solo momento in cui un atto illocutorio felice viene portato a compimento, in virtù di uno sguardo alla causalità da un punto di vista relazionale e interattivo⁷³. Sulla base di ciò, la distinzione tra l'illocutorio e il perlocutorio, in Hornsby, si evincerebbe nel fatto che il primo necessita solo della condizione di reciprocità per produrre le proprie conseguenze, mentre il secondo necessita di qualcosa di più.

La riflessione di Austin sarà ripresa da John Rogers Searle, il cui contributo alla teoria degli atti linguistici risulta fondamentale nel comprendere il ruolo delle convenzioni sociali nell'attribuzione di significato alle pratiche linguistiche.

4.1.2 – John Rogers Searle: la teoria degli atti linguistici

John Rogers Searle, Professore di Filosofia alla *University of California* (Berkeley), si forma all'Università di Oxford, ove, attraverso l'influenza di Austin, matura il proprio pensiero e giunge a formulare la propria teoria degli *speech acts*⁷⁴. Searle, infatti, percepisce il proprio lavoro come il proseguimento di una discussione che Austin aveva lasciato aperta a causa dell'intervenuta scomparsa⁷⁵.

Nel proprio proposito di costruire una vera e propria *teoria degli atti linguistici*⁷⁶, Searle distingue tra la filosofia linguistica e la filosofia del linguaggio: mentre la prima, in quanto metodo, costituisce il tentativo di risoluzione di problemi filosofici attingendo all'uso ordinario di determinate parole o espressioni linguistiche, la seconda, in quanto vera e propria disciplina, tenta di dare risposte filosofiche a talune caratteristiche del linguaggio in sé⁷⁷. Secondo il filosofo, mentre i pochi lavori pubblicati da Austin in vita lo resero famoso per la sua filosofia

⁷² J. HORNSBY, "Illocution and its significance", cit., pp. 192-193.

⁷³ Ivi, p. 194, ove l'autrice afferma: «We need a view about causation which [...] allows for phenomena that partake of reciprocity, and which can accommodate communication in a causal world, which is, in part, a world of interacting persons. Illocutionary acts are constituents of social practices, and they are sustained by the practices of which they are themselves a part. Actions which are of illocutionary acts work (causally) by virtue of that».

⁷⁴ B. SMITH, "John Searle: From Speech Acts to Social Reality", in ID. (ed.), *John Searle*, cit., pp. 1-33, p. 1.

⁷⁵ J.R. SEARLE, "J.L. Austin", in A.P. MARTINICH, D. SOSA (eds.), *A Companion to Analytic Philosophy*, Blackwell, London, 2001, pp. 218-230, p. 221.

⁷⁶ J.R. SEARLE, "J.L. Austin", cit., p. 229. Cfr. J. LOXLEY, *Performativity*, cit., p. 48.

⁷⁷ J.R. SEARLE, *Speech Acts*, Cambridge University Press, Cambridge, 1969, pp. 3-4. Per la distinzione tra i due tipi di filosofia del linguaggio, cfr. *supra*, § 4.1 Questa scelta di Searle è alla radice della maggior parte delle critiche che all'autore sono state rivolte; tuttavia, dal momento che esse trattano argomenti non particolarmente rilevanti in questa sede, non verranno analizzate. Per i riferimenti essenziali a tale letteratura e al dibattito, si vedano: N. LOVE, "Searle on Language", in *Language & Communication*, 19, 1999, pp. 9-25 (e letteratura ivi

linguistica, i lavori postumi – soprattutto *How to Do Things with Words* – costituiscono il punto di partenza per lo sviluppo di una vera e propria filosofia del linguaggio e, appunto, una teoria degli atti linguistici, che egli tenta di sviluppare attraverso l'analisi del mondo della coscienza, della mente, della realtà sociale e istituzionale e della razionalità⁷⁸.

Searle comincia la sua indagine riconoscendo l'importanza della distinzione austiniana tra *atti illocutori* e *atti perlocutori*, affermando tuttavia che una teoria degli atti linguistici deve prestare attenzione ai primi e non ai secondi, poiché questi ultimi dipendono da conseguenze che non sono contenute direttamente negli atti illocutori. Si verifica, così, quantomeno nel passaggio da Austin a Searle, un reindirizzamento dell'attenzione della teoria degli atti linguistici al mondo dell'*illocutorio*, che pone tra parentesi l'analisi del perlocutorio. Come si vedrà più avanti, invece, l'analisi perlocutoria costituirà uno degli approcci utilizzati da alcuni autori nella teoria della performatività (cfr. §§ 4.2; 5.2.4; 6.5; 6.6).

Parallelamente, Searle critica la distinzione di Austin tra *atti locutori* e *illocutori*, sostenendo che il significato di qualsiasi frase, che dovrebbe di per sé essere sufficiente a descrivere l'atto locutorio, in realtà presenta già le caratteristiche proprie di un atto anche illocutorio: «[y]ou cannot distinguish between meaning and force, because force is already part of the meaning of the sentence»⁷⁹. Il significato di una frase determina, *ex se*, una forza illocutoria, proprio perché la forza illocutoria è parte dello stesso significato della frase pronunciata⁸⁰. Ciò non significa, secondo Searle, che non sia possibile distinguere analiticamente il *concetto* del significato da quello della sua forza (come fa Austin); e tuttavia, in tutti i casi, essi si trovano congiuntamente. Ciò permette, nel “passaggio” della teoria degli atti linguistici che si verifica da Austin a Searle, di parlare di *speech acts* in generale e non già solo di atti illocutori, proprio perché tutti gli atti linguistici sono atti illocutori⁸¹.

Searle collega direttamente la propria teoria degli atti linguistici con una generale *teoria dell'azione*, sostenendo che gli atti linguistici non sono tanto «the point of intersection of a theory of language and a theory of action», bensì, al contrario, che «a theory of language is part of a theory of action, simply because speaking is a rule-governed form of behavior»⁸².

Questa conclusione esplicita le radici non-cartesiane (cfr. *supra*, §§ 1.6.6; 4.1.1) anche dell'impostazione searliana, che rigetta la tradizione che da Cartesio in poi ritiene quantomeno

citata); K. RAJAGOPALAN, “On Searle [on Austin] on language”, in *Language & Communication*, 20, 2000, pp. 347-391 (e letteratura ivi citata).

⁷⁸ B. SMITH, “John Searle: From Speech Acts to Social Reality”, cit., p. 1.

⁷⁹ J.R. SEARLE, “J.L. Austin”, cit., ove Searle afferma anche: «There is no distinction between the locutionary and the illocutionary, because the locutionary is *eo ipso* illocutionary» (p. 221). Cfr. anche ID., “What is a Speech Act?”, in M. BLACK (ed.) *Philosophy in America*, Cornell University Press, London, 1965, pp. 221-239. Per un'analisi sul punto, cfr. M. SBISÀ, “Locution, Illocution, Perlocution”, cit., pp. 39-40; E.A. RABOSI, “Locuciones e illocuciones: Searle y Austin”, cit., pp. 14-36.

⁸⁰ J.R. SEARLE, “Austin on Locutionary and Illocutionary Acts”, in I. BERLIN. (*et al.*), *Essays on J.L. Austin*, cit., pp. 141-160, p. 143. Peraltro, Searle fa derivare dall'impossibilità di distinzione tra atti locutori e atti illocutori l'ulteriore impossibilità di distinzione tra atti retici e atti illocutori (cfr. *ivi*, pp. 147-148). Cfr. R. SELDEN, “Speech Acts Theory and Literary Studies”, cit., pp. 350-353.

⁸¹ M. SBISÀ, “Locution, Illocution, Perlocution”, cit., p. 45.

⁸² J.R. SEARLE, *Speech Acts*, cit., p. 16.

problematica la possibilità di definire l'esistenza della "conoscenza in forma materiale"⁸³, così come separa i due distinti mondi della mente e del corpo. Secondo Searle, invece, non vi è distinzione tra mente e corpo:

«I [...] abandoned the traditional dualistic conception of the relation of mind and body in favor of the view that the mind is just a set of higher-level features of the brain, [...] that are at once "mental" and "physical"»⁸⁴.

Searle introduce una nuova classificazione rispetto a quella di Austin, distinguendo tra: 1) «*utterance acts*», gli atti linguistici compiuti pronunciando determinate parole, 2) «*propositional acts*», consistenti nel contenuto di ciò che si dice, 3) e gli «*illocutionary acts*»⁸⁵. Come in Austin, tuttavia, si mantiene la struttura "a cascata" per cui compiere atti illocutori significa, al contempo, compiere atti proposizionali e atti enunciativi. Gli atti enunciativi (*utterance acts*) sono, in Searle, il «veicolo» che permette di compiere atti proposizionali e atti illocutori⁸⁶. In virtù dell'impossibilità di distinzione tra atti locutori e atti illocutori, Searle sostiene che questi ultimi costituiscono una *funzione* della proposizione impiegata (nei termini matematici di $F(p)$), cosicché l'atto proposizionale acquisirà tanti significati diversi quante sono le diverse funzioni che possono essere performatate a partire da quella singola frase⁸⁷.

Inoltre, Searle tenta di rispondere a quella che ritiene costituire una confusione concettuale sul termine 'performativo' a partire da Austin, il quale, nel suo tentativo iniziale di distinguere tra constativo e performativo, e nel passaggio all'adozione della categoria dell'illocutorio, non avrebbe chiarito "che fine fa" il performativo. Secondo Searle, tra l'atto illocutorio e l'atto performativo vi è una relazione di genere a specie: solamente l'atto illocutorio inteso nei termini austiniani di performativo *esplicito* acquisisce la dignità della definizione di performativo, mentre quello implicito è un atto non performativo⁸⁸, pur rimanendo illocutorio. Risulta tuttavia utile precisare che con ciò Searle non intende sostenere che gli atti illocutori non costituiscano azioni. Semplicemente, egli definisce come performativi solo quelli che venivano da Austin definiti in termini di performativi espliciti. Questa possibile "confusione" deriva dall'utilizzo, come accennato in apertura (cfr. *supra*, § 4.1), del termine 'performativo' con numerosi significati, spesso non chiaramente distinti e confliggenti tra loro. In questo senso, se si intende l'atto linguistico come azione, non si potrà, secondo Searle, descriverlo nei termini di "atto performativo", laddove invece, come si vedrà nel prosieguo (nell'elaborazione delle

⁸³ B. SMITH, "John Searle: From Speech Acts to Social Reality", cit., p. 2.

⁸⁴ J.R. SEARLE, *The Construction of Social Reality*, The Free Press, New York, 1995, p. 9.

⁸⁵ J.R. SEARLE, *Speech Acts*, cit., p. 24. Cfr. J. SADOCK, "Speech Acts", cit., pp. 59-60. Per una critica della scelta di Searle di adottare questa distinzione invece di quella di Austin, cfr. J. HORNSBY, "Things done with words", in J. DANCY, J.M.E. MORAVCSIK, C.C.W. TAYLOR (eds.), *Human Agency. Language, duty and value*, Stanford University Press, Stanford, 1988, pp. 27-46; K. BACH, "Semantic slack: What is said and more", in S. TSOHATZIDIS (ed.), *Foundations of Speech Act Theory: Philosophical and Linguistic Perspectives*, cit., pp. 267-291.

⁸⁶ M. SBISÀ, "Locution, Illocution, Perlocution", cit., pp. 25-75, p. 39.

⁸⁷ J.R. SEARLE, "Austin on Locutionary and Illocutionary Acts", cit., pp. 155-159.

⁸⁸ J.R. SEARLE, "How Performatives Work", in *Linguistics and Philosophy*, 12, 1989, pp. 535-558, pp. 536-538. Sui performativi impliciti, cfr. ID., "Indirect Speech Acts", in ID., *Expression and Meaning*, Cambridge University Press, Cambridge, 1979, pp. 30-57; cfr. M. SBISÀ, "Locution, Illocution, Perlocution", cit., pp. 53-55 e J. SADOCK, "Speech Acts", cit., p. 62 e pp. 68-73.

line teoriche della teoria della performatività; cfr. *infra*, § 4.2), ‘performativo’ sarà quell’atto linguistico che rifiuta la tradizionale distinzione tra *speech* e *action*.

Searle analizza inoltre le condizioni affinché un atto illocutorio non sia *defective*, sostenendo che la propria concezione sia simile a quella dell’infelicità di Austin. Tali condizioni sono⁸⁹: 1) la «condizione preparatoria», che individua il particolare tipo di relazione tra gli interlocutori: ad esempio, nel comando la condizione preparatoria è che il soggetto parlante abbia autorità sull’ascoltatore⁹⁰; 2) la «condizione essenziale»: il parlante percepisce il proprio atto illocutorio come un impegno a rendere effettivo quanto statuito dalla proposizione che regge quell’atto⁹¹; 3) la condizione di «sincerità»: l’atto dev’essere *intenzionale* (dunque il requisito dell’intenzionalità di Grice diviene parte delle condizioni dello *speech act*).

L’intenzionalità, tuttavia, non è intesa nel senso dell’effettiva aderenza interiore del soggetto all’atto illocutorio perpetrato (sincerità emotiva): il parlante, piuttosto, si assume la *responsabilità dell’intenzionalità*, ovvero assume che il soggetto cui è diretto l’atto illocutorio percepirà tale atto come intenzionale⁹². Inoltre, «l’intenzionalità è costitutiva dell’azione» – ciò che informa sul perché gli atti illocutori sono esternamente percepiti come diversi dagli atti materiali. Mentre, infatti, nei secondi non è sufficiente l’intenzione di compiere quell’atto, bensì occorre anche un movimento fisico, negli atti illocutori l’intenzione costituisce l’atto⁹³: una volta performata (e riconosciuta), essa si intende già compiuta. È in questo che sta, secondo Searle, il carattere “magico” degli atti performativi⁹⁴.

Inoltre, Searle distingue tra *speech acts* linguistici ed extra-linguistici, non in relazione al mezzo (entrambi, in realtà, sono “linguistici”), bensì in relazione ai loro effetti: 1) sono *linguistici* quelli che producono un fatto di natura linguistica, come le promesse; 2) sono *extra-*

⁸⁹ J.R. SEARLE, *Speech Acts*, cit., pp. 62-64. In questa analisi dei passaggi argomentativi in Searle, si sono intenzionalmente omesse le condizioni fondamentali, che non risultano qui di particolare importanza: che i due soggetti parlino la stessa lingua, non siano sordi, abbiano abilità comunicative, ecc. Sulle condizioni, cfr. B. SMITH, “John Searle: From Speech Acts to Social Reality”, cit., p. 9; J. LOXLEY, *Performativity*, cit., pp. 48-49; R. SELDEN, “Speech Acts Theory and Literary Studies”, cit., pp. 50-53. Sul paragone tra le condizioni proposte da Austin e quelle proposte da Searle, cfr. M. SBISÀ, “Locution, Illocution, Perlocution”, cit., p. 47. Al contrario, J. SADOCK, “Speech Acts”, cit., p. 61, identifica una relazione di quasi-identità tra la violazione delle condizioni preparatorie (Searle) e le *misinvocations* (Austin), la violazione delle condizioni di sincerità (Searle) e gli *abuses* (Austin), mentre non rileva alcuna corrispondenza tra la condizione essenziale e le altre condizioni proposte da Austin.

⁹⁰ Sul punto, cfr. J.R. SEARLE, “A taxonomy of illocutionary acts”, in K. GUNDERSON (ed.), *Language, Mind and Knowledge*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1975, pp. 344-369, p. 348, ove Searle, tra le caratteristiche che permettono di distinguere diverse forze illocutorie in diversi atti illocutori, annovera le «[d]ifferences in the status or position of the speaker and hearer as these bear on the illocutionary force of the utterance». Analogamente, ID., “A Classification of Illocutionary Acts”, in *Language in Society*, 5, 1976, pp. 1-23, ora in ID., *Expression and Meaning*, cit., pp. 1-29. Cfr. J. LOXLEY, *Performativity*, cit., pp. 49-51.

⁹¹ Ciò trova conferma, in termini generali, in J.R. SEARLE, “How Performatives Work”, cit., ove l’autore afferma: «An essential constitutive feature of any illocutionary act is the intention to perform that act» (p. 544).

⁹² «Such an assertion does indeed *commit* the speaker to the existence of the intention, but the commitment to having the intention doesn’t guarantee the *actual presence* of the intention», J.R. SEARLE, “How Performatives Work”, in *Linguistics and Philosophy*, cit., p. 546 (corsivi nostri).

⁹³ J.R. SEARLE, “How Performatives Work”, cit., p. 548.

⁹⁴ «We ordinary humans do not have the ability to perform supernatural declarations, but *we do have a quasi-magical power nonetheless of bringing about changes in the world through our utterances*; and we are given this power by a kind of human agreement», J.R. SEARLE, “How Performatives Work”, cit., p. 549 (corsivi nostri).

linguistici quelli che, invece, producono fatti di natura non linguistica, come ad esempio le parole con cui si aggiorna una seduta, si dichiarano unite in matrimonio due persone, ecc. Ebbene, i fatti del primo tipo non necessitano di alcuna convenzione *esterna* al linguaggio: l'unica "istituzione" di cui essi necessitano per essere perpetrati è l'istituzione del linguaggio stesso. Al contrario, l'esistenza di fatti non linguistici perpetrati attraverso l'utilizzo del linguaggio informa sulla necessità dell'esistenza di una «extra-linguistic institution»⁹⁵ (che risulta estranea anche alla stessa natura convenzionale del linguaggio) che permetta di stabilire quel tipo di relazione tra il soggetto parlante e il soggetto ascoltatore. Essa, in determinati casi, pare proprio *conferire* al soggetto parlante il *potere* di compiere quell'atto performativo, in virtù di una regola che Searle concepisce come «a conventional association between a certain kind of act and its socially determined consequences»⁹⁶.

Per ciò che concerne gli atti linguistici che producono fatti non linguistici, Searle informa sulla loro limitazione derivante dalle strutture esistenti esternamente al linguaggio: le leggi della natura, il mondo, le regole della fisica, ecc. Ovviamente, non si può pretendere di possedere un potere magico di influenza sulle cose fisiche semplicemente tentando di performare atti linguistici: dire «Con la presente pongo fine a tutte le guerre!» o «Nel pronunciare questa frase prosciugo tutti i mari!» non otterrà l'effetto fisico di porre fine alle guerre e prosciugare i mari. Questo perché l'istituzione extra-linguistica che conferisce potere performativo a particolari usi del linguaggio è essa stessa sottoposta alle leggi della natura: essa può, in sostanza, portare a conseguenze che siano ricomprese nella nozione della convenzione sociale, ma sempre entro il limite delle leggi naturali⁹⁷.

Occorre sottolineare, tuttavia, che ciò non significa che non si possano produrre *conseguenze fisiche* attraverso atti linguistici: si pensi, ad esempio, al caso del soggetto parlante che, minacciando (atto linguistico) il soggetto ascoltatore, produce in lui un senso di paura che ne fa aumentare la pressione sanguigna. Piuttosto, saranno producibili solo effetti fisici possibili (che non contraddicono, cioè, le leggi della natura) e, in particolare, solo quegli effetti fisicamente possibili cui la natura convenzionale della pratica può effettivamente condurre: il fatto che determinate espressioni linguistiche di minaccia siano associate con la reazione di paura è puramente convenzionale, in quanto esse potrebbero avere anche il significato opposto.

Nel suo libro *The Construction of Social Reality*, Searle porta a maturazione la definizione teorica di elementi ulteriori – i quali trascendono la teoria degli atti linguistici – che in questa sede risulteranno di particolare interesse per dare risposta al problema delle convenzioni sociali che rendono possibile performare atti illocutori.

«[T]here are portions of the real world, objective facts in the world, that are only facts by human agreement. In a sense *there are things that exist only because we believe them to exist*. I am thinking of things like money,

⁹⁵ J.R. SEARLE, "How Performatives Work", in *Linguistics and Philosophy*, cit., p. 548.

⁹⁶ M. SBISÀ, "Locution, Illocution, Perlocution", cit., p. 60.

⁹⁷ J.R. SEARLE, "How Performatives Work", in *Linguistics and Philosophy*, cit., pp. 553-555.

property, governments, and marriages. Yet many facts regarding these things are “objective” facts in the sense that they are not a matter of your or my preferences, evaluations, or moral attitudes»⁹⁸.

I fatti a cui si riferisce Searle sono i «*fatti istituzionali*»⁹⁹. Essi, secondo Searle, sono immersi in una struttura sociale invisibile, «take[n] for granted». Per spiegare la realtà sociale, Searle analizza tre momenti che conducono alla creazione di fatti istituzionali¹⁰⁰: 1) l’assegnazione di una funzione; 2) l’intenzionalità collettiva; 3) le regole costitutive e i fatti istituzionali veri e propri. La relazione che lega i tre elementi è la seguente: l’intenzionalità collettiva crea gli oggetti sociali attribuendo ad essi una funzione (si pensi al denaro) di natura simbolica, dunque uno status. Ciò consente la creazione dei fatti istituzionali¹⁰¹.

1) Il primo elemento riguarda processo sociale per cui, convenzionalmente, si stabilisce che un particolare oggetto avrà una particolare funzione. Fuori dalla relazione società-oggetto, la funzione non è comprensibile. Tra i diversi tipi di funzioni, Searle ne individua una che chiama «*agentive function*»¹⁰², sostenendo che al suo interno esiste una categoria di funzioni utilizzate per simboleggiare, rappresentare o significare qualcosa. Ne è un esempio il denaro, cui si associa la funzione relativa allo scambio, all’acquisto, alla vendita, ecc.

2) Per ciò che concerne l’*intenzionalità collettiva*, Searle adotta una visione *oggettivista*, che sottolinea il ruolo delle istituzioni sociali, delle convenzioni e delle regole, nonché dei diversi contesti, nella formazione degli atti linguistici. Per questo motivo, il significato è il risultato di *pratiche sociali*¹⁰³. Nella sua spiegazione, Searle rigetta le interpretazioni che riducono l’intenzione collettiva alla somma di intenzioni individuali: egli ritiene, infatti, che la nozione di intenzione collettiva implichi necessariamente un elemento di *cooperazione*¹⁰⁴.

⁹⁸ J.R. SEARLE, *The Construction of Social Reality*, cit., p. 1 (corsivi nostri). Joshua Rust dedica un’intera monografia alla critica dei postulati di fondo della costruzione di Searle, in particolare alla sua metodologia e alla sua metafisica: J. RUST, *John Searle and The Construction of Social Reality*, Continuum, London-New York, 2006.

⁹⁹ La categoria dei fatti istituzionali ha dato vita alle riflessioni di coloro che hanno contribuito all’emersione di quella che viene etichettata entro la definizione di ‘teoria neoistituzionalista del diritto’: cfr. O. WEINBERGER, *Law, Institution and Legal Politics: Fundamental Problems of Legal Theory and Social Philosophy*, Springer Netherlands, Heidelberg, 1991; N. MACCORMICK, O. WEINBERGER, *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*, D. Reidel Publishing, Dordrecht, 1992; M. LA TORRE, *Norme, istituzioni, valori: per una teoria istituzionalistica del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1999. Sul neoistituzionalismo come filosofia giuridica, si vedano F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *El positivismo jurídico neoinstitucionalista*, cit.; C. FARALLI, “Normative Institutionalism and Normative Realism. A Comparison”, in *Ratio Juris*, 2, 1993, pp. 181-189; M. LA TORRE, “Ota Weinberger, Neil MacCormick e il neoistituzionalismo giuridico”, in Gf. ZANETTI (a cura di), *Filosofi del diritto contemporanei*, Raffaello Cortina, Milano, 1999, cit., pp. 1-31.

¹⁰⁰ J.R. SEARLE, *The Construction of Social Reality*, cit., p. 13. Cfr. B. SMITH, “John Searle: From Speech Acts to Social Reality”, cit., pp. 15-18.

¹⁰¹ J.R. SEARLE, *The Construction of Social Reality*, cit., pp. 31-57.

¹⁰² Ivi, p. 22.

¹⁰³ J.R. SEARLE, “Individual Intentionality and Social Phenomena in the Theory of Speech Acts”, ID., *Consciousness and Language*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp. 90-105 e 142-155.

¹⁰⁴ J.R. SEARLE, “Collective Intentions and Actions”, in P.R. COHEN, M. POLLACK (eds.), *Intentions in Communication*, MIT Press, Cambridge (Mass.), 1990, pp. 401-415. Un esempio di riduzione dell’intenzionalità collettiva alla somma delle intenzioni individuali, secondo Searle, è quello per cui ciascun individuo agisce per il proprio personale interesse nella convenzione che l’interesse della collettività corrisponda con il perseguimento, da parte di ciascuno, dei propri interessi personali. In letteratura ne è un esempio, secondo Searle, da R. TUOMELA, K. MILLER, “We-intentions”, in *Philosophical Studies*, 53, 1988, pp. 367-389.

Nonostante ciò, egli non elabora una nozione di *coscienza collettiva* astratta come qualcosa di esterno alle singole menti individuali: al contrario, egli rimane sull'assunto per cui la coscienza esiste solo in forma individuale¹⁰⁵. L'azione collettiva, in sostanza, non causa l'atto individuale; al contrario, l'atto individuale è parte dell'azione collettiva¹⁰⁶, la quale è resa possibile solo in relazione all'esistenza del linguaggio¹⁰⁷.

La modalità in cui l'azione collettiva, senza riferirsi ad una "supercoscienza" collettiva, bensì radicandosi nelle singole intenzioni individuali dei soggetti che ne formano parte, è comprensibile in relazione al concetto searleano di «*Background*»:

«The Background is a set of nonrepresentational mental capacities that enable all representing to take place. Intentional states only have the conditions of satisfaction that they do, and thus only are the states that they are, against a Background of abilities that are not themselves Intentional states. In order that I can now have the Intentional states that I do I must have certain kinds of know-how: I must know how things are and I must know how to do things»¹⁰⁸.

L'esistenza di un *Background*, un insieme di capacità mentali astratte che permettono la rappresentazione soggettiva, è ciò su cui si fondano sia l'intenzionalità soggettiva sia quella collettiva. In tal modo, «if we alter the preintentional Background, the same sentence with the same literal meaning will determine different truth conditions, different conditions of satisfaction, even though there is no change in the literal meaning of the sentence. This has the consequence that the notion of the literal meaning of a sentence is not a context-free notion; it only has application relative to a set of preintentional Background assumptions and practices»¹⁰⁹.

Ciò consente di giungere ad una conclusione fondamentale in tema di atti linguistici: le azioni collettive (ma si può dire: gli atti linguistici collettivi) acquistano senso solo in relazione al *Background* e, laddove vi sia una piena comprensione di esso da parte di tutti i soggetti che vi partecipano, azioni che da un punto di vista esterno possono risultare indipendenti e completamente individuali acquisiscono, da un punto di vista interno, un senso collettivo. Gli atti

¹⁰⁵ Per una critica a tale impostazione, sostenendo che, invece, la teoria di Searle risulterebbe maggiormente coerente se giungesse ad elaborare non solo una nozione di azione collettiva, bensì una teoria dell'*intenzione* (e della coscienza) collettiva, cfr. L.A. ZAIBERT, "Collective Intentions and Collective Intentionality", in *American Journal of Economics and Sociology*, 62, 1, 2003, pp. 209-232. Per una critica sull'apparente incoerenza mostrata da Searle nel fondare la nozione di intenzione collettiva sull'intenzione individuale, cfr. D. FITZPATRICK, "Searle and Collective Intentionality. The Self-Defeating Nature of Internalism with Respect to Social Facts", in *American Journal of Economics and Sociology*, 62, 1, 2003, pp. 45-66. Per le critiche più famose alla questione dell'intenzione collettiva in Searle si vedano: J. HORNSBY, "Collectives and Intentionality", in *Philosophy and Phenomenological Research*, 57, 2, 1997, pp. 429-434; R. TUOMELA, "Searle on Social Institutions", in *Philosophy and Phenomenological Research*, 57, 2, 1997, pp. 435-441; D-H. RUBEN, "John Searle's The Construction of Social Reality", in *Philosophy and Phenomenological Research*, 57, 2, 1997, pp. 443-447. Ad esse Searle risponde in J.R. SEARLE, "Responses to Critics of The Construction of Social Reality", in *Philosophy and Phenomenological Research*, 57, 2, 1997, pp. 449-458.

¹⁰⁶ Cfr. J.R. SEARLE, "Collective Intentions and Actions", cit. Cfr. anche ID., *The Construction of Social Reality*, cit., pp. 22-26.

¹⁰⁷ B. SMITH, "John Searle: From Speech Acts to Social Reality", cit., p. 14.

¹⁰⁸ J.R. SEARLE, "The Background", in ID., *Intentionality. An Essay in the Philosophy of Mind*, Cambridge University Press, Cambridge, 1983, pp. 141-159, p. 143.

¹⁰⁹ J.R. SEARLE, "The Background", cit., p. 145.

linguistici, pertanto, sono fortemente dipendenti dal *Background*. Non solo, tuttavia, dal singolo contesto concreto in cui ci si trova (si pensi, ad esempio, alle differenze relative al parlare in una piazza pubblica o in una stanza privata), bensì anche dal *Background* preintenzionale (si pensi, ad esempio, a quello culturale o sociale, tale per cui le relazioni sociali sono percepite in maniera distinta in forma preintuitiva, ovvero non totalmente cosciente in tutte le occasioni). È per questo che Searle afferma che «what one understands goes beyond meaning», proprio perché la comprensione avviene entro un *Background* che Searle definisce «of capacities and social practices» e «cultural and biological know-how»¹¹⁰.

3) Le regole che sottostanno all'utilizzo del linguaggio e, dunque, al compimento di atti linguistici, sono per Searle «*regole costitutive*»¹¹¹: lo scopo della sua teoria degli atti linguistici consiste, pertanto, nel descrivere le regole costitutive che permettono di compiere *speech acts*. Ciò che importa, di questa definizione degli atti linguistici come atti sottoposti a regole costitutive, è che essi dipendono, in ultima istanza, da *convenzioni*. Queste convenzioni, inoltre, regolano il significato stesso degli enunciati pronunciati dai soggetti parlanti¹¹². Ciò non significa che, per Searle, l'*intenzione* non sia rilevante; tuttavia, far dipendere il significato degli enunciati solo in base all'intenzione può risultare, secondo Searle, fuorviante¹¹³, ciò che lo conduce a sostenere una teoria del significato del linguaggio che tiene insieme sia gli aspetti *convenzionali* sia gli aspetti *intenzionali*.

Inoltre, in quanto convenzionali, gli *speech acts* searliani si distinguono dai fatti che egli denomina “bruti” («*brute facts*»), i fatti la cui definizione non dipende da accordi convenzionali), presentando, piuttosto, le caratteristiche dei fatti “istituzionali” (*institutional facts*, i

¹¹⁰ Ivi, pp. 146-148. In seguito, Searle spiega il concetto di *Background* come segue: «The Background, therefore, is not a set of things nor a set of mysterious relations between ourselves and things, rather it is simply a set of skills, stances, preintentional assumptions and presuppositions, practices, and habits. And all of these, as far as we know, are realized in human brains and bodies. There is nothing whatever that is “transcendental” or “meta-physical” about the Background, as I am using the term» (*ibidem*).

¹¹¹ J.R. SEARLE, *Speech Acts*, cit., pp. 33-37. Cfr. B. SMITH, “John Searle: From Speech Acts to Social Reality”, cit., pp. 6-7. Sulla differenza tra *regole regolative*, che definiscono le regole assegnate a comportamenti preesistenti, e *regole costitutive*, che rendono invece possibili comportamenti altrimenti inesistenti senza l'intervento di quelle regole, oltre che sulla loro importanza entro il pensiero giuridico, si vedano: GF. ZANETTI, *Introduzione al pensiero normativo*, Diabasis, Reggio Emilia, 2004, pp. 11-33; ID., *Eguaglianza come prassi. Teoria dell'argomentazione normativa*, Il Mulino, Bologna, 2015, pp. 45-68; F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *El positivismo jurídico neoinstitucionalista*, cit., pp. 133-139.

¹¹² Ciò permette di comprendere ulteriormente il rigetto, da parte di Searle, della dicotomia atti locutori (significato) v. atti illocutori (forza): «Austin sometimes talks as if in addition to the meaning of sentences there were a further set of conventions of illocutionary force; but in precisely those cases where there is a distinction between force and meaning, the force is not carried by a convention but by other features of the context, including the intentions of the speaker; and as soon as force is tied down by an explicit convention it becomes, or in general tends to become, part of meaning», J.R. SEARLE, “Austin on Locutionary and Illocutionary Acts”, cit., p. 149.

¹¹³ Cfr. J.R. SEARLE, *Speech Acts*, cit., pp. 44-50, ove Searle critica la concezione del linguaggio “non-naturale” di Grice, sostenendo che egli fa dipendere, in ultima istanza, il significato delle espressioni da criteri perlocutori, legati cioè agli effetti che queste causano su chi ascolta. Al contrario, secondo Searle, riconoscere il ruolo convenzionale degli atti linguistici significa non poter prescindere eccessivamente dal *significato convenzionale* a questi associati, (in parte) indipendentemente dal significato compreso nell'*intenzione* soggettiva individuale: cfr. J. LOXLEY, *Performativity*, cit., pp. 56-58.

fatti la cui definizione, al contrario, dipende da accordi convenzionali e che solo entro il contesto convenzionale acquistano esistenza e significato)¹¹⁴.

Performare atti linguistici, dunque, significa contribuire alla creazione di determinati fatti istituzionali¹¹⁵. Questi, infatti, sono direttamente ricollegati da Searle all'uso linguistico: esistono, cioè, grazie alla relazione linguistica sottostante, una relazione comunicativa tra soggetti che decidono di assegnare un determinato significato sociale ad una particolare pratica.

Gli oggetti sociali che sono così prodotti sottostanno, secondo Searle, al principio della priorità degli *atti sociali* sugli *oggetti sociali*¹¹⁶: le costruzioni sociali, cioè, esistono in quanto esiste una pratica sociale preesistente che ne consente la creazione.

Una volta creato il fatto istituzionale, Searle chiarisce che esso può continuare senza che i partecipanti siano consapevoli della sua continuazione nei termini di un fatto istituzionale¹¹⁷. La sua mera continuazione potrà trasformarsi in relazione di tipo normativo, giungendo a configurare una vera e propria regola costitutiva. Lo stesso si può dire degli *speech acts*:

«Because the constitutive rule enables the function to be imposed on a speech act, then just performing that speech act in appropriate circumstances can constitute the imposition of that function, and thus will constitute a new institutional fact. [...] *[P]erformatives play a special role in the creation of institutional facts, because the status-function [...] can [...] be imposed simply by declaring it to be imposed*»¹¹⁸.

Pertanto, la relazione tra questo procedimento di creazione dei fatti istituzionali – e delle regole costitutive – con gli *speech acts* è duplice: da un lato, esso spiega la stessa istituzione convenzionale in virtù della quale gli atti linguistici possono essere compiuti, risultare sensati e produrre un'azione; dall'altro, sono gli stessi atti linguistici che possono giocare un ruolo particolare in questo processo, proprio per la loro capacità di presentare effetti valutabili solo in termini convenzionali (o istituzionali).

«[O]nce you have the capacity to represent, then you already have the capacity to create a reality that consists in part of representations. [...] You have the capacity to create states of affairs with a new deontology; you have the capacity to create rights, duties, and obligations by performing and getting other people to accept certain sorts of speech acts. [...] But notice the functioning of the language that we use to describe these phenomena. It creates them. The language constitutes them in an important way. Why? Because the phenomena in question only are what they are in virtue of being represented as what they are. The representations which are partly constitutive of institutional reality [...] is essentially linguistic. *The language does not just describe; it creates, and partly constitutes what it describes*»¹¹⁹.

¹¹⁴ J.R. SEARLE, *Speech Acts*, cit., pp. 50-53. Sulla distinzione, a partire da Searle, tra *fatti bruti* e *fatti istituzionali*, cfr. GF. ZANETTI, *Eguaglianza come prassi. Teoria dell'argomentazione normativa*, cit., pp. 89-107. Cfr. anche J. LOXLEY, *Performativity*, cit., pp. 53-54.

¹¹⁵ J.R. SEARLE, *The Construction of Social Reality*, cit., p. 34; B. SMITH, "John Searle: From Speech Acts to Social Reality", cit., p. 8.

¹¹⁶ J.R. SEARLE, *The Construction of Social Reality*, cit., p. 36.

¹¹⁷ Ivi, p. 47.

¹¹⁸ Ivi, p. 54 (corsivi nostri).

¹¹⁹ J.R. SEARLE, "What is language: some preliminary remarks", in S. TSOHATZIDIS (ed.), *John Searle's Philosophy of Language. Force, meaning and mind*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, pp. 15-45, p. 40 (corsivi nostri).

Da ciò Searle fa derivare la conclusione per cui *il linguaggio costruisce la realtà sociale*. Ciò non significa, tuttavia, che secondo Searle la realtà sociale non esista di per sé, ovvero non esista materialmente: la realtà sociale si forma su una realtà bruta a cui si è imposta una funzione sociale, ciò che gli consente di affermare l'esistenza di un mondo al di là delle percezioni soggettive. Ciò risulta importante perché, come si vedrà, in ottica postmoderna la relazione verrà, al contrario, ribaltata (cfr. *infra*, § 4.1.4).

La costruzione della realtà sociale attraverso il linguaggio costituisce un potere performativo che non può essere ignorato nell'analisi delle questioni sottese alla libertà d'espressione e all'*hate speech*. Come si vedrà in seguito (cfr. *infra*, §§ 4.1.4; 4.2.4; 4.2.5), la riflessione di Searle risulta utile proprio a comprendere come il discorso d'odio possa costituire determinati soggetti come prodotto dell'utilizzo performativo di *speech acts* contro gruppi vulnerabili.

4.1.3 – Jacques Derrida: «citazionalità» e «iterabilità» del performativo

In questo paragrafo, lungi da pretese di esaustività, ci si occuperà di delineare alcune delle linee fondamentali che hanno caratterizzato la lettura, da parte di Jacques Derrida, delle tesi di Austin, così come di ripercorrere alcuni passaggi della critica a Derrida da parte di Searle, che ha scatenato uno dei più famosi dibattiti del Novecento che vedono scontrarsi un filosofo della tradizione continentale e un filosofo della tradizione anglosassone¹²⁰.

È bene precisare, da un lato, che con l'interpretazione di Derrida si giunge all'applicazione della teoria degli atti linguistici ad un contesto più ampio, che non riguarda più esclusivamente il linguaggio ordinario austiniano o la costruzione searleana della realtà sociale: il filosofo francese, infatti, pur esplicitando alcune riserve critiche, vede le potenzialità dell'applicazione della teoria degli atti linguistici al linguaggio letterario e di finzione (*fictional*)¹²¹. Lo scopo dell'applicazione a questo contesto, dunque, informa in parte sulla diversità di obiettivi, cosicché, *prima facie*, lo studio della teoria della performatività sotto la luce dell'interpretazione derridiana potrebbe essere ritenuto esulare dall'ambito di applicazione del presente lavoro. Tuttavia, si ritiene che alcune categorie della costruzione di Derrida risultino utili per definire gli approcci contemporanei alla teoria della performatività – soprattutto in quanto in larga parte influenti, come si vedrà, sulla costruzione e l'utilizzo della stessa da parte di Judith Butler (cfr. *infra*, § 4.2.5) –: approcci che, a ben vedere, spiegano i propri effetti anche in una dimensione etico-politica dell'uso del linguaggio¹²².

Nella teoria di Searle e di Austin, è bene ricordarlo, l'analisi del *literary and fictional language* pare non trovare una collocazione sistematica e un'importanza preminente¹²³, ciò costituisce il punto di partenza della riflessione del filosofo franco-algerino.

¹²⁰ J. LOXLEY, *Performativity*, cit., pp. 72-73.

¹²¹ Ivi, pp. 62-63.

¹²² S. RICHMOND, "Derrida and Analytical Philosophy: Speech Acts and their Force", in *European Journal of Philosophy*, 4, 1, 1996, pp. 38-64, pp. 47-51.

¹²³ J. CULLER, "Convention and Meaning: Derrida and Austin", in *New Literary History*, 13, 1, 1981, pp. 15-30, pp. 19-20. Cfr. J.R. SEARLE, "The Logical Status of Fictional Discourse", in *Expression and Meaning*, cit., pp. 58-75. Per un breve *excursus* sul ruolo di tale linguaggio in senso marginale rispetto alla teoria degli atti linguistici

Derrida, nella sua lettura di Austin (in *Signature, Event, Context*¹²⁴) definisce il performativo come una categoria che acquista senso solo in un'analisi capace di andare oltre il singolo *contesto* (che, nella sua prospettiva decostruzionista¹²⁵, individua una nozione filosofica non rilevante¹²⁶): se così non fosse, si tratterebbe di una mera classificazione incapace di individuare la forza degli enunciati performativi. Questa forza, per Derrida, sta proprio nella capacità performativa di ripetizione del linguaggio¹²⁷ anche oltre il singolo specifico contesto, che gli permette di ottenere significati più profondi di quelli che avrebbe in relazione al singolo evento comunicativo. Ciò sta alla base dell'elaborazione della categoria della «citazionalità»:

«Isn't it true that what Austin excludes as anomaly, exception, 'nonserious', *citation* (on stage, in a poem, or a soliloquy) is the determined modification of a *general citationality* [...] without which there would not even be a 'successful' performative? [...] Could a performative utterance succeed if its formulation did not repeat a 'coded' or iterable utterance, or in other words, if the formula I pronounce in order to open a meeting, launch a ship or a marriage were not identifiable as *conforming* with an iterable model, if it were not then identifiable in some way as a 'citation'?»¹²⁸.

Secondo Derrida, è necessario paragonare i performativi esperiti nel mondo reale a quelli esperiti, per esempio, sul palcoscenico. Entrambi, dal suo punto di vista, condividono la caratteristica della *citazionalità*: essi non sono altro che citazioni di altri performativi. Nel caso del palcoscenico, infatti, essi costituiscono citazioni dei performativi che si compiono normalmente nella realtà quotidiana, in contesti “seri”; nel caso dei “performativi reali”, invece, essi non sarebbero altro che “citazioni di se stessi”. Cosa significa ciò?

Il tentativo di Derrida è quello di sostenere l'inesistenza di un “performativo originario”. Quando, per esempio, attraverso una domanda quale “Non hai freddo?” si cerca di invitare una persona a coprirsi, si utilizza un modo convenzionale e performativo per ingenerare nell'altra persona la convinzione che la si stia invitando a coprirsi. In questo senso, non sarà la prima

sia in Austin sia in Searle, cfr. K. HALION, “Parasitic Speech Acts: Austin, Searle, Derrida”, in *Philosophy Today*, 36, 2, 1992, pp. 161-172. Per un'analisi del linguaggio triviale in Austin, cfr. J.T. NEALON, “Jokes and the Performative in Austin And Derrida; or, The Truth is a Joke?”, in *Cultural Critique*, 95, 2017, p. 1-24, pp. 6-16.

¹²⁴ J. DERRIDA, *Signature, Event, Context* [1972], in ID., *Limited Inc.*, ed. by G. GRAFF, Northwestern University Press, Evanston (Ill.), 1988, pp. 1-24.

¹²⁵ Su Derrida e il decostruzionismo, cfr., *ex multis*, S. HADDAD, “Jacques Derrida”, in A.D. SHRIFT (ed.) *The History of Continental Philosophy*, cit., vol. VI: *Poststructuralism and Critical Theory's Second Generation*, cit., pp. 111-131; C. NORRIS, *Deconstruction: Theory and Practice*, Methuen, London, 1982; J. CULLER, *On Deconstruction: Theory and Criticism after Structuralism*, Cornell University Press, Ithaca (NY), 1982.

¹²⁶ «[A]re the conditions [...] of a context ever absolutely determinable? [...] Is there a rigorous and scientific concept of *context*? Or does the notion of context not conceal, behind a certain confusion, philosophical presuppositions of a very determinate nature? Stating it in the most summary manner possible, I shall try to demonstrate why a context is never absolutely determinable, or rather, why its determination can never be entirely certain or saturated», J. DERRIDA, *Signature, Event, Context*, cit., pp. 1-24, pp. 2-3. Cfr. K. HALION, “Parasitic Speech Acts: Austin, Searle, Derrida”, cit., pp. 163-166.

¹²⁷ A onor del vero, Derrida comincia attribuendo questa forza innanzitutto al linguaggio scritto (a partire dal quale, infatti, si pone il problema dell'assenza e della rottura). Tuttavia, riflettendo sulle sue caratteristiche, egli stesso giunge alla conclusione che quelle che evidenzierà come categorie della citazionalità e dell'iterabilità sono caratteristiche comuni a tutte le forme di linguaggio: cfr. J. DERRIDA, *Signature, Event, Context*, cit., pp. 6-12.

¹²⁸ J. DERRIDA, *Signature, Event, Context*, cit., pp. 17-18 (corsivi nostri). Per un'analisi dettagliata dell'argomento, cfr. S. RICHMOND, “Derrida and Analytical Philosophy: Speech Acts and their Force”, cit., pp. 43-47.

volta che qualcuno, magari con le stesse parole e con un tono simile, utilizzerà un performativo di questo tipo per ottenere lo stesso effetto. La *citazionalità* cui pare riferirsi Derrida, infatti, consiste nell'esperire un comportamento performativo come *citazione* di altri comportamenti performativi passati che, a livello sociale, hanno permesso di comprendere quel comportamento proprio in senso performativo. «If successful performatives are necessarily citations of a sort, then the derivative is already at work in the original», e «[i]f valid or original speech acts themselves involve an essential element of citation, this citationality cannot be marked off as that which invalidates fictional performatives as non-serious»¹²⁹.

La definizione della 'comunicazione' nei termini dell'utilizzo del linguaggio come veicolo di significato – sottesa, secondo Derrida, alle riflessioni di Austin e Searle –, presuppone l'idea di un significato preesistente, presente nella mente dello *speaker* e, attraverso la comunicazione stessa, reso presente in quella dell'ascoltatore: ciò farebbe della comunicazione un'attività *intersoggettiva* di rappresentazione tra soggetti coscienti¹³⁰. Siffatta intersoggettività richiede una *presenza* (dei soggetti della conversazione) e una *continuità* (dell'attività comunicativa come scambio tra quei soggetti). Dal punto di vista di Derrida, invece, la comunicazione non necessariamente costituisce un'attività attraverso la quale si veicola un significato: in questo senso, egli rifiuta una concezione classica della comunicazione in senso esclusivamente semantico o semiotico¹³¹. Secondo la sua prospettiva, infatti, non si può non pensare alla comunicazione anche nel senso di un'*assenza* e una *rottura*, a partire dal concetto di «*iterability of the linguistic elements necessary for the communication of meaning*»¹³². La nozione di *iterabilità*, secondo un'analisi piuttosto chiara svolta da James Loxley, si riferisce a una

«necessary feature of linguistic elements as such [...] if they are indeed to be considered linguistic. Specifically, it refers to the repeatability of which linguistic units must be capable: a sign or a mark that was not repeatable would not be a sign or a mark, and could not be an element in a language or a code. This goes for all marks, for marks as such, even if one could be found that had actually occurred only once: when it was uttered or written, as a mark it was constituted by the fact that it was repeatable, by its iterability»¹³³.

¹²⁹ J. DERRIDA, *Signature, Event, Context*, cit., rispettivamente pp. 75 e 74.

¹³⁰ Cfr. J. LOXLEY, *Performativity*, cit., p. 76. Questo passaggio è reso evidente nella lettura di Austin effettuata da Derrida in J. DERRIDA, *Signature, Event, Context*, cit., pp. 14-15, il quale individua nelle condizioni di felicità del performativo austiniiano una struttura riferita alla necessaria intenzionalità.

¹³¹ J. DERRIDA, *Signature, Event, Context*, cit.: «I have been constrained to predetermine communication as a vehicle, a means of transport or transitional medium of a *meaning*, and moreover a *unified meaning*. If *communication* possessed several meanings and if this plurality should prove to be irreducible, it would not be justifiable to define communication a priori as the transmission of a *meaning*, even supposing that we could agree on what each of these words [...] involved» (p. 1; corsivi dell'autore).

¹³² J. LOXLEY, *Performativity*, cit., p. 77.

¹³³ *Ibidem*. Sulla nozione di iterabilità in Derrida, cfr. D. MORAN, "Analytic Philosophy and Continental Philosophy: Four Confrontations", in A.D. SHRIFT (ed.) *The History of Continental Philosophy*, The University of Chicago Press, Chicago, 2010, vol. IV, *Phenomenology: Responses and Developments*, ed. by L. LAWLOR, The University of Chicago Press, Chicago, 2010, pp. 235-265, p. 262. Cfr., inoltre, M. ALFINO, "Another Look at the Derrida-Searle Debate", in *Philosophy and Rhetoric*, 24, 2, 1991, pp. 143-154, che descrive l'iterabilità in Derrida come «the necessary possibility that any meaningful item of language will remain meaningful (though not necessarily possess the same meaning) through its repetition across contexts» (p. 146).

Per quanto “oscuro” possa risultare agli occhi di chi diffida da suggestioni decostruzioniste, il discorso di Derrida pare in realtà piuttosto chiaro e possiede una dose di pertinenza con il discorso che si sta affrontando in questa sede. Ogni elemento linguistico, secondo il filosofo franco-algerino, è necessariamente plurale e trascende il singolo contesto, e proprio in quanto tale deve necessariamente possedere il carattere dell’*iterabilità*, della *ripetibilità*¹³⁴. Ciò implica che gli atti linguistici non possono essere analizzati unicamente in relazione al singolo momento in cui essi vengono compiuti¹³⁵.

Parallelamente a come Searle sosteneva la necessità di estendere la prospettiva di Austin, focalizzata sul singolo (e astratto) atto linguistico in sé in senso “proposizionale” (cioè, la singola frase), concentrando l’attenzione su una materia più ampia, costituita dall’*insieme* degli atti linguistici compiuti da un soggetto in una situazione, Derrida sostiene la necessità dell’ampliamento dello sguardo in modo da comprendere il “contesto di iterabilità”, ovvero il contesto che permette di collegare quei particolari atti linguistici agli altri – potenzialmente infiniti – atti linguistici della stessa specie, proprio perché essi, in quanto reiterabili, costituiscono un’eterna citazione di altri atti linguistici simili¹³⁶. È proprio la possibilità di citazione degli atti linguistici – che secondo Derrida era stata ignorata da Austin come «parassitica»¹³⁷ – che costituisce la loro intrinseca struttura. E questa possibilità definisce una caratteristica peculiare degli atti linguistici in quanto reiterabili, cioè la loro intrinseca «*différance*»: la capacità, cioè, di non essere mai uguali a se stessi e dunque di modificare il proprio significato in relazione agli infiniti usi che di essi possono essere fatti in ogni contesto¹³⁸.

«[A] sign is never an event, if by event we mean an irreplaceable and irreversible empirical particular. A sign which would take place but ‘once’ would not be a sign»¹³⁹.

Da qui Derrida trae alcune conclusioni¹⁴⁰: prima fra tutte, la necessità di tenere in considerazione la «radical absence»¹⁴¹ dei soggetti della comunicazione, poiché essi parrebbero scomparire di fronte all’immensità e all’infinità della possibilità di reiterazione citazionale. Ciò

¹³⁴ «My communication must be repeatable—iterable—in the absolute absence of the receiver or of any empirically determinable collectivity of receivers», J. DERRIDA, *Signature, Event, Context*, cit., p. 7. Inoltre, poco dopo egli aggiunge: «[T]here is no such thing as a code—organon of iterability—which could be structurally secret. The possibility of repeating and thus of identifying the marks is implicit in every code» (p. 8).

¹³⁵ M. ALFINO, “Another Look at the Derrida-Searle Debate”, cit., pp. 147-148.

¹³⁶ J. HILLIS MILLER, “Performativity as Performance, Performativity as Speech Act: Derrida’s Special Theory of Performativity”, in *South Atlantic Quarterly*, 106, 2, 2007, pp. 219-235, pp. 229-230.

¹³⁷ J. DERRIDA, *Signature, Event, Context*, cit., p. 16.

¹³⁸ J. DERRIDA, “Différance”, in ID., *Margins of Philosophy*, translated by Alan Bass, University of Chicago Press, Chicago and London, 1982, pp. 3-27. S. RICHMOND, “Derrida and Analytical Philosophy: Speech Acts and their Force”, cit., analizzando l’argomento di Derrida, afferma: «Repetition *changes* the term. The fact that expressions have established meanings makes it possible to use them in unforeseen ways: they bring their meaning with them, into the new context. And this new use may change their meaning: meaning is dynamic» (p. 42).

¹³⁹ J. DERRIDA, *Speech and Phenomena and Other Essays on Husserl’s Theory of Signs*, translated by David Allison, Northwestern University Press, Evanston (Ill.), 1973, p. 50.

¹⁴⁰ Cfr. J. LOXLEY, *Performativity*, cit., pp. 77-79.

¹⁴¹ J. DERRIDA, *Signature, Event, Context*, cit., p. 8. Cfr. M. ALFINO, “Another Look at the Derrida-Searle Debate”, cit., pp. 143-154, p. 146.

che di utile – ai fini del presente lavoro – può essere estratto da una simile conclusione non è tanto, come pare fare Derrida, la necessaria critica dell'effettiva presenza soggettiva di coloro che partecipano alla comunicazione, bensì, piuttosto, la necessaria considerazione dell'importanza di trascendere dal singolo significato particolare di un atto linguistico pronunciato in una determinata e specifica sede per ricollegarsi ai potenziali significati che sono conferiti dall'eterna possibilità citazionale di quell'atto. “Prendere sul serio” l'*iterabilità* e la *citazionalità* derridiane significa non isolare gli atti linguistici nella loro prospettiva intersoggettiva statica – *quel* fatto, *quella* situazione, *quelle* parole, *quella* conversazione –, bensì aprirsi alla possibilità di cogliere il loro significato in relazione alle mille possibili conversazioni identiche o simili che potrebbero essere avvenute, stare avvenendo o avvenire in futuro. D'altra parte, secondo Derrida, il significato di una parola o di un'espressione non è un contenuto oggettivo naturalmente e indefettibilmente collegato a quella parola o a quell'espressione¹⁴².

Ulteriore conseguenza che Derrida trae da questo discorso, sempre a partire dal carattere di iterabilità, ha a che vedere con le “tracce” della ripetibilità stessa in ogni contesto in cui l'atto linguistico viene ripetuto:

«If it is essentially repeatable, it can be extracted from any set of linguistic or social circumstances and grafted into another, remaining in some way the same as it is repeated. It can, in other words, be redeployed, quoted, or cited, in principle *ad infinitum*. And this capability also ensures that *its use in any particular context carries the trace of the other contexts in which it features*»¹⁴³.

La ripetibilità *ad infinitum* genera, dunque, la conseguenza per cui il contesto particolare, proprio in relazione al suo necessario collegamento con tutti gli altri contesti potenziali o effettivi in cui è stato utilizzato un atto linguistico, “porta con sé le tracce” dell'utilizzo dello stesso atto linguistico in altri contesti. Derrida autorizza cioè a sostenere che il *significato* di un atto linguistico ingloba evidentemente la citazione di potenzialmente infiniti altri atti linguistici avvenuti in situazioni simili con significati simili, caricando ulteriormente il significato particolare utilizzato in quello specifico contesto. Ciò non significa, tuttavia, che Derrida sostenga l'assoluta non intenzionalità degli atti linguistici come caratteristica costitutiva degli stessi: piuttosto, essi devono essere letti nel senso di una necessaria commistione tra il significato intenzionale e il significato citazionale¹⁴⁴.

Ciò autorizza a trattare del problema delle conseguenze sociali della particolare lettura della teoria degli atti linguistici di Derrida, che diviene una vera e propria *teoria della performatività* dei significati¹⁴⁵. Nella prospettiva di Derrida, infatti, pare mettersi in questione l'as-

¹⁴² Cfr. S. GLENDINNING, “Inheriting ‘Philosophy’: The Case of Austin and Derrida Revisited”, in *Ratio*, 13, 2000, pp. 307-331, p. 317. Glendinning, nella sua analisi della trascendenza dei significati rispetto ai simboli in Derrida, si rifà a J. DERRIDA, *Margins of Philosophy*, cit., p. 247.

¹⁴³ J. LOXLEY, *Performativity*, cit., p. 78 (il secondo blocco di corsivi è nostro).

¹⁴⁴ Ivi, p. 89, il quale riprende il passaggio in cui Derrida afferma: «[T]he category of intention will not disappear; it will have its place, but from that place it will no longer be able to govern the entire scene and system of utterance», J. DERRIDA, *Signature, Event, Context*, cit., p. 18.

¹⁴⁵ Cfr. J. LOXLEY, *Performativity*, cit., pp. 88-89.

sunto per cui gli *speech acts*, immersi nella loro struttura convenzionale, derivano la loro validità dalle condizioni di felicità¹⁴⁶: egli rifiuta l'articolazione searleana della preesistenza delle convenzioni sociali che avvalorano le interpretazioni dei performativi secondo significati più o meno già prestabiliti da quelle stesse convenzioni¹⁴⁷. Un eccessivo rigore analitico nella definizione delle condizioni essenziali degli atti illocutori giunge in realtà, secondo Derrida, a trasformarsi in un'aporia, derivandosene la necessaria "flessibilità" e "indeterminabilità" *a priori* delle condizioni di felicità del performativo. A volte, infatti, affinché l'illocutorio possa dirsi tale, quelle che normalmente si definiscono *condizioni* di felicità giungono ad essere, piuttosto, il *risultato* dell'atto performativo felice. Ai fini della ricostruzione del contributo alla teoria degli atti linguistici nella lettura di Derrida, si può dunque sostenere che egli pone l'accento sulla possibilità di percepire, in determinate situazioni, il carattere delle condizioni di felicità non solo come *di input*, bensì anche *di output*: a volte, infatti, la felicità del performativo pare costituire una caratteristica successiva alla sua stessa costituzione.

Se si confronta questa scelta con la teoria della costruzione sociale della realtà di Searle, passando per le condizioni di felicità degli atti performativi, ci si rende conto del significato "rivoluzionario" per la teoria degli atti linguistici. Infatti, se si accetta la visione di Derrida, può ben darsi la situazione di un soggetto (o un gruppo di soggetti) che *non* presenta un effettivo potere predeterminato convenzionalmente di performare la costruzione di un oggetto sociale, eppure, attraverso il proprio atto performativo, *giunge* a possedere quello stesso potere, per esempio relegando in una posizione di inferiorità un soggetto che non si trova realmente in una posizione di soggezione in quella peculiare relazione di potere. La relazione di soggezione, piuttosto, costituisce la *conseguenza* dell'atto performativo. Si tratta di quella che vi è chi ha definito «originary performativity»¹⁴⁸.

Dopo la pubblicazione di *Signature, Event, Context*, Derrida intrattiene, negli anni '70, una *querelle* con Searle¹⁴⁹ che esemplifica uno dei più famosi incontri-scontro tra la filosofia

¹⁴⁶ Cfr., sul punto, S. GLENDINNING, "Inheriting 'Philosophy': The Case of Austin and Derrida Revisited", cit., pp. 326-331.

¹⁴⁷ A tale scopo, Derrida pone l'esempio della Dichiarazione americana d'indipendenza del 1776 come effettivo esempio di atto linguistico illocutorio attraverso il quale il popolo delle colonie si costituisce come popolo indipendente dalla madrepatria inglese. In quest'atto, identificabile come un effettivo atto linguistico illocutorio attraverso il quale una mera dichiarazione verbale, linguistica, dà vita ad un'azione, un corso di eventi storico che non è necessario richiamare, si rinviene una contraddizione se lo si analizza secondo le caratteristiche della teoria della performatività che hanno informato le costruzioni di Austin e Searle. Per poter parlare di un "noi" (*We, the People*) dietro al testo, il popolo dovrebbe esistere prioritariamente come condizione di felicità affinché l'atto illocutorio possa essere prodotto in maniera felice. Tuttavia, è noto che il popolo americano *non* era un popolo indipendente prima di quella Dichiarazione e che, anzi, esso *diviene* indipendente per mezzo di quello stesso atto, che lo costituisce in qualità di popolo separato e distinto dal popolo inglese. In sostanza, in quest'atto, che pure secondo Derrida rimane un atto illocutorio efficace, la condizione necessaria affinché se ne produca la felicità è assente, ma non per questo l'atto non è felice e, dunque, effettivamente illocutorio: J. DERRIDA, *Negotiations*, translated by E. Rottenberg, Stanford University Press, Stanford, 2002, p. 51. Per un'analisi dell'argomento di Derrida, cfr. J. LOXLEY, *Performativity*, cit., pp. 101-105.

¹⁴⁸ J. LOXLEY, *Performativity*, cit., p. 105.

¹⁴⁹ *Signature, Event, Context* è il titolo di un articolo che fu presentato da Derrida inizialmente come paper ad una conferenza nel 1971, poi pubblicato e successivamente ripubblicato sulla rivista *Glyph*. Di quest'ultima versione a Searle fu chiesto di scrivere una recensione (che apparve sempre sulla rivista *Glyph* nel 1977; cfr. *infra*), che lo stesso Derrida, nella medesima rivista, commentò con un saggio intitolato "Limited Inc abc...", il quale riprende

analitica e la filosofia continentale¹⁵⁰. Essa è incentrata, soprattutto, sul ruolo di intenzione e coscienza (e quindi sulla necessità della preesistenza del soggetto del discorso), sull'iterabilità e la citazionalità del linguaggio e sul tema del contesto. In questa sede non si intendono ripercorrere tutte le linee del dibattito, perché esso si fonda in larga parte su *misunderstandings* intervenuti tra i due autori, si caratterizza per i toni accesi (talvolta finanche caricaturali¹⁵¹), per l'assenza di chiarezza condivisa su determinate categorie¹⁵² (tant'è vero che vi è chi ha sostenuto che non si può nemmeno parlare di un vero e proprio 'dibattito' tra i due filosofi¹⁵³) e, soprattutto, per il fatto che gran parte dei temi trattati¹⁵⁴ non risultano effettivamente oggetto fecondo di analisi per la prospettiva adottata in questa sede. Inoltre, salvo il saggio iniziale di Derrida e la rispettiva risposta di Searle, quelli successivi non paiono aggiungere nuovi concetti, bensì arroccarsi su difese di posizioni già sostenute in precedenza¹⁵⁵. In questa sede, dunque, si richiameranno soltanto alcuni punti del dibattito che risultano utili ai fini della costruzione del discorso oggetto del presente lavoro.

In una prospettiva post-strutturalista, Derrida critica la possibilità di utilizzazione della categoria searleana dell'intenzionalità ai fini della riconducibilità alla volontà di un soggetto parlante. L'intenzionalità non governa, secondo Derrida, tutta la sfera della comunicazione,

“dalla a alla z” parole utilizzate da Searle per ricomporre il proprio ragionamento e rispondere al filosofo americano: cfr. J.T. NEALON, “Jokes and the Performative in Austin And Derrida; or, The Truth is a Joke?”, cit., pp. 1-5; M. ALFINO, “Another Look at the Derrida-Searle Debate”, cit., pp. 143-152, p. 144; M. PAYNE, “Introduction”, in S. CAVELL, *Philosophical Passages: Wittgenstein, Emerson, Austin, Derrida*, Blackwell, Cambridge (Mass.), 1995, pp. 5-6; C. NORRIS, *Deconstruction: Theory and Practice*, cit. Gli articoli del dibattito tra Searle e Derrida possono essere consultati in J. DERRIDA, *Limited Inc.*, cit. Da ultimo, J.R. SEARLE, “Literary Theory and Its Discontents”, in *New Literary History*, 25, 1994, pp. 637-667, afferma l'ignoranza, da parte di Derrida, di tutta la filosofia del linguaggio dopo Wittgenstein. A tale attacco Derrida non ha mai risposto.

¹⁵⁰ Cfr. D. MORAN, “Analytic Philosophy and Continental Philosophy: Four Confrontations”, cit., in part. le pp. 259-263, ove Moran analizza il dibattito tra Searle e Derrida. Per un primo inquadramento delle differenze generali tra la filosofia analitica e la filosofia continentale, che informano i distinti approcci di Searle e di Derrida, cfr. B. WILLIAMS, “Contemporary Philosophy: A Second Look”, in N. BUNNIN, E.P. TSUI-JAMES, *The Blackwell Companion to Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 2nd ed., 2003, pp. 23-34; F. D'AGOSTINI, *Analíticos y continentales*, Ediciones Cátedra, Madrid, 2009. Per un approfondimento dei due diversi approcci che permettono di comprendere le divergenze tra i due filosofi, cfr. K. MULLIGAN, “Searle, Derrida, and the Ends of Phenomenology”, in B. SMITH (ed.), *John Searle*, cit., pp. 261-286. Un fatto storico che esemplifica la tradizionale opposizione tra la filosofia analitica e la filosofia continentale è rappresentato dal *non placet* elevato da alcuni membri dell'Università di Oxford, nel 1992, in sede della proposta di conferimento della laurea *ad honorem* a Derrida: S. RICHMOND, “Derrida and Analytical Philosophy: Speech Acts and their Force”, cit., p. 38.

¹⁵¹ Famosa è la descrizione di Cavell, che definisce lo scontro tra la filosofia analitica e la filosofia continentale come un dibattito in cui entrambe le parti «have become ludicrous to one another», S. CAVELL, *A Pitch of Philosophy*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1994, p. 64.

¹⁵² Cfr. S. RAFFEL, “Understanding Each Other: The Case of the Derrida-Searle Debate”, in *Human Studies*, 34, 3, 2011, pp. 277-292, in part. pp. 277-278.

¹⁵³ M. ALFINO, “Another Look at the Derrida-Searle Debate”, cit., p. 143.

¹⁵⁴ Per una panoramica generale delle critiche che ad entrambi sono state rivolte, si vedano in particolare, *ex multis*: tra i detrattori di Searle, G. SPIVAK, “Revolutions that as yet have no model”, in *Diacritics*, 10, 1980, pp. 29-49; J. COULTER, “A logic for context”, in *Journal of Pragmatics*, 25, 1996, pp. 441-445; tra i detrattori di Derrida, C. NORRIS, *Deconstruction: Theory and practice*, cit.; C. ALTIERI, *Act and Quality. A Theory of Literary Meaning and Humanistic Understanding*, University of Massachusetts Press, Cambridge (Mass.), 1981.

¹⁵⁵ D. FREUNDLIEB, “Has Derrida Deconstructed Speech Act Theory? The Derrida-Searle Debate Revisited”, in *Idealistic Studies*, 31, 2, 2001, pp. 81-103, pp. 92-93.

poiché spesso si riproducono messaggi che trascendono i significati intenzionalmente espressi. Il dibattito tra Derrida e Searle, che ruota attorno all'esempio proposto da Derrida dell'illocuzione nel caso dello scherzo o della finzione, fa emergere dunque il problema della possibilità (o meno) di fondare la teoria degli *speech acts* sull'assunto dell'esistenza di soggetti predeterminati e preesistenti al discorso¹⁵⁶ (cfr. *infra*, § 4.1.4).

Searle, nella sua risposta a *Signature, Event, Context* di Derrida, sostiene che la sua lettura di Austin contiene numerosi fraintendimenti¹⁵⁷. In particolare, Searle sostiene che il filosofo franco-algerino sia caduto vittima di una supposizione relativa alla filosofia del performativo di Austin, «which is that intentions must all be conscious»: in realtà, secondo Searle, le attività di utilizzo della parola o di espressione attraverso la scrittura sono sicuramente intenzionali, ma ciò non significa che esse necessariamente implicino un'intenzionalità o una coscienza preesistenti al messaggio comunicato attraverso il linguaggio¹⁵⁸.

Inoltre, secondo Searle, Austin non esclude completamente i performativi “non seri” (quelli perpetrati, ad esempio, in condizioni “non normali”, come sul palcoscenico o nel linguaggio di finzione): in realtà, Austin li esclude solamente in via temporanea, in senso metodologico, per concentrarsi sull'*ordinary language* ed estrarre da esso una teoria applicabile a tutti gli *speech acts*¹⁵⁹. In sostanza, lo scopo di Austin sarebbe stato quello di “accantonare” temporaneamente il linguaggio di finzione poiché, per la sua analisi, esso richiede la preventiva elaborazione di una teoria generale degli atti linguistici, obiettivo che Austin stesso non visse sufficientemente a lungo per portare a termine¹⁶⁰. Nonostante ciò, Searle afferma che tali caratteristiche siano perfettamente compatibili con la costruzione austiniana¹⁶¹.

Da ultimo, Searle sostiene che in Derrida il carattere di iterabilità del linguaggio costituisce uno strumento per argomentare l'impossibilità di predicare il carattere intenzionale dell'attività comunicativa. Al contrario, secondo Searle, «[t]he iterability of linguistic forms facilitates and is a necessary condition of the particular forms of intentionality that are characteristic of speech acts»¹⁶². Egli, dunque, indica l'intenzionalità dell'atto linguistico come perfettamente compatibile con la sua iterabilità¹⁶³.

¹⁵⁶ M. ALFINO, “Another Look at the Derrida-Searle Debate”, cit., pp. 146-147.

¹⁵⁷ J.R. SEARLE, “Reiterating the Differences: A Reply to Derrida”, in *Glyph*, 1, 1977, pp. 198-208.

¹⁵⁸ Ivi, p. 202.

¹⁵⁹ Pare concordare S. CAVELL, “What Did Derrida Want of Austin?”, in ID., *Philosophical Passages: Wittgenstein, Emerson, Austin, Derrida*, cit., pp. 42-66, pp. 52-53. M. Sbisà, inoltre, appoggia questa visione basandosi su un'interpretazione della posizione di Austin come un tentativo di risposta agli «infiniti usi del linguaggio» di Wittgenstein: M. SBISÀ, “Locution, Illocution, Perlocution”, cit., pp. 29-30.

¹⁶⁰ J.R. SEARLE, “Reiterating the Differences: A Reply to Derrida”, cit., pp. 204-205. Su questa critica di Searle a Derrida, a partire dall'erronea interpretazione di Austin, cfr. H. KENAAN, “Language, philosophy and the risk of failure: rereading the debate between Searle and Derrida”, in *Continental Philosophy Review*, 35, 2002, pp. 117-133, pp. 118-123.

¹⁶¹ J.R. SEARLE, “Reiterating the Differences: A Reply to Derrida”, cit., p. 207.

¹⁶² Ivi, p. 208.

¹⁶³ M. ALFINO, “Another Look at the Derrida-Searle Debate”, cit., p. 151. Cfr. H. KENAAN, “Language, philosophy and the risk of failure: rereading the debate between Searle and Derrida”, cit., p. 122.

Ai fini della riflessione che si intende portare a termine in questa sede, questo scambio, come si è accennato, contribuisce in particolar modo a delineare due diverse impostazioni circa la preesistenza del soggetto al compimento di atti linguistici, che risulteranno particolarmente importanti in seguito (cfr. *infra*, § 4.2; CAP. 5), nell'applicazione della teoria della performatività al caso dell'*hate speech*.

4.1.4 – Austin, Searle, Derrida e la questione della preesistenza del soggetto

La riflessione di Derrida su Austin, unitamente alle critiche avanzate da Searle, segna una “svolta” nella teoria degli atti linguistici, che costituisce il passaggio necessario per giungere ad una vera e propria teoria della performatività (cfr. *infra*, § 4.2).

Derrida non intende, in realtà, sostenere l'impossibilità assoluta della comunicazione a causa dell'indeterminatezza delle convenzioni sottostanti; piuttosto, il suo scopo, attraverso un'analisi certamente iperbolica, è quello di opporsi ad una teoria del linguaggio capace di funzionare in tutti i contesti pratici¹⁶⁴. Egli sostiene che l'iterabilità limita il ruolo dell'intenzionalità, nel senso che l'infinita possibilità di riutilizzo del medesimo atto linguistico si ricollega ad un'infinita potenzialità di significati ulteriori che lo stesso atto può assumere, dunque estendendosi al di là della singola intenzione comunicativa dello *speaker*¹⁶⁵. Ciò non significa che l'atto linguistico non sia di per sé intenzionale, ma che di esso non si possa mai affermare la completa coscienza, da interpretarsi nel senso della piena coscienza del suo *significato*¹⁶⁶.

Il filosofo franco-algerino, inoltre, rigetta la concezione tradizionale che ritiene il soggetto come la fonte del significato del messaggio: «a model in which the subject—the consciousness of the speaker—is made the source of meaning»¹⁶⁷. Nella sua lettura di *How to Do Things with Words*, anche Austin rigettava questa tradizionale concezione, sostenendo, piuttosto, che il significato degli atti linguistici fosse determinato dalle convenzioni che li regolano, a prescindere dall'intenzione soggettiva.

Tuttavia, è bene ricordare (cfr. *supra*, § 4.1.1) che Austin assegnava all'intenzionalità soggettiva¹⁶⁸ il ruolo di requisito della sincerità degli *speech acts*. Al contempo, tuttavia, si ricordi che in Austin non è l'intenzionalità ciò che permette di distinguere l'illocutorio dal perlocutorio, bensì il tipo di effetti. Anche in Searle l'intenzionalità costituisce requisito della sincerità degli *speech acts* e, tuttavia, in forma diversa da Austin: essa è da intendersi, infatti, come la *responsabilità dell'intenzionalità* dell'atto comunicativo, che troverà il suo significato nelle pratiche sociali soggiacenti, a partire dai fatti istituzionali, dalle regole costitutive e dalla

¹⁶⁴ C. NORRIS, “Home Thoughts from Abroad: Derrida, Austin, and the Oxford Connection”, in *Philosophy and Literature*, 10, 1, 1986, pp. 1-25, pp. 7-8.

¹⁶⁵ M. ALFINO, “Another Look at the Derrida-Searle Debate”, cit., p. 151.

¹⁶⁶ «What is limited by iterability is not intentionality but its character of being conscious or present to itself», J. DERRIDA, *Limited Inc. a, b, c...*, cit., p. 249. Ciò pare gettare maggior luce su ciò che Derrida definisce «structural unconscious» (p. 213).

¹⁶⁷ J. CULLER, “Convention and Meaning: Derrida and Austin”, cit., p. 15.

¹⁶⁸ Per una critica del requisito dell'intenzionalità soggettiva in Austin, in quanto non chiaro rispetto al performativo, cfr. S. GLENDINNING, “Inheriting ‘Philosophy’: The Case of Austin and Derrida Revisited”, cit., pp. 321-322; J.T. NEALON, “Jokes and the Performative in Austin And Derrida; or, The Truth is a Joke?”, cit., pp. 8-9.

nozione di intenzionalità collettiva (cfr. *supra*, § 4.1.2). Questo tipo di intenzionalità, se non è sufficiente per performare un atto *perlocutorio*, è invece *ex se* costitutivo dell'atto *illocutorio*.

Nell'impostazione di Derrida, invece, «the meaning of anything is never fully available in whatever is said or written. Meaning is never *present*. [...] Nor is the meaning available merely by identifying, as Searle assumes, either the intentions of even a sincere speaker or writer or any context dictating a proper occasion when a trace was instituted»¹⁶⁹. In realtà, per Derrida il *significato* non costituisce nemmeno il concetto primario della comunicazione linguistica: nella sua lettura di Austin, egli sottolinea come già il filosofo inglese avesse riflettuto sulla necessità, in certi casi (soprattutto per ciò che concerne il performativo), di guardare alla *forza* del linguaggio più che al suo significato¹⁷⁰. A partire da ciò, pare che uno degli elementi che permettono di comprendere il dibattito tra Searle e Derrida sia costituito da quella che Derrida vede nei termini di una “idealizzazione” della teoria degli atti linguistici, incapace di tenere in considerazione le situazioni concrete di fallibilità¹⁷¹.

Per riasumere, mentre Searle riconduce la possibilità di individuazione del significato di un atto linguistico alle intenzioni particolari dello *speaker* e alle particolari condizioni in cui questi lo pronuncia, sulla base di una teoria naturalista del linguaggio come un fenomeno biologico («autonomy of linguistic meaning»¹⁷²), unitamente alle condizioni convenzionali e sociali, al contrario, secondo Derrida – che rifiuta qualsiasi teoria sostantiva della soggettività – il carattere citazionale del linguaggio non permette di giungere ad una statuizione certa circa il significato di un atto linguistico a meno che non si tenti di ricavarlo prescindendo dalla singola situazione ed analizzandone la potenzialità citazionale¹⁷³.

Derrida sviluppa dunque una propria peculiare *teoria della performatività*¹⁷⁴, che parte da Austin e Searle per distanziarsene. L'importanza di questa “svolta” si comprende in relazione alla questione della *preesistenza del soggetto* (*speaker* o *listener*). Derrida, infatti, passa da una teoria degli atti linguistici ad una teoria della performatività, intendendo l'atto performativo come quell'atto iterabile e citazionale in cui si veicolano determinati significati prescindendo dalla materialità del soggetto parlante e dalla particolarità del contesto concreto: secondo il filosofo francese, come si è visto, l'atto linguistico performativo acquista significato solo transcendendo il singolo individuo che lo pronuncia. Esso è, infatti, «constituted in its identity as mark by its iterability, in the absence of such and such a person, and hence ultimately of every empirically determined “subject”»¹⁷⁵.

¹⁶⁹ S. RAFFEL, “Understanding Each Other: The Case of the Derrida-Searle Debate”, cit., p. 280.

¹⁷⁰ M. PAYNE, “Introduction”, cit., pp. 8-10.

¹⁷¹ D. FREUNDLIEB, “Has Derrida Deconstructed Speech Act Theory? The Derrida-Searle Debate Revisited”, cit.

¹⁷² S. RICHMOND, “Derrida and Analytical Philosophy: Speech Acts and their Force”, cit., p. 41.

¹⁷³ Cfr. D. FREUNDLIEB, “Has Derrida Deconstructed Speech Act Theory? The Derrida-Searle Debate Revisited”, cit., p. 82.

¹⁷⁴ J. HILLIS MILLER, “Performativity as Performance, Performativity as Speech Act: Derrida's Special Theory of Performativity”, cit., pp. 229-235.

¹⁷⁵ J. DERRIDA, *Signature Event Context*, cit., p. 7 (corsivi nostri).

Nonostante si sia messo in rilievo in precedenza (cfr. *supra*, §§ 4.1.1; 4.1.2) come sia Austin sia Searle, spezzando la linea divisoria tra *speech* e *action*, rifiutassero una teoria cartesiana della separazione cartesiana tra corpo e mente, essi sosterebbero, tuttavia, una teoria cartesiana della comunicazione, nella misura in cui il soggetto *preesiste* alla comunicazione (*prima* viene l'esistenza dello *speaker* e del *listener* e *poi* il messaggio comunicativo). Al contrario, secondo Derrida, la comunicazione performativa prescinde dal requisito della preesistenza dei soggetti¹⁷⁶. In particolare, per quanto riguarda lo *speaker*, Derrida è esplicito nel sostenere che il significato performativo trascende colui che parla. Per ciò che concerne il soggetto *listener*, invece, il passaggio dalla teoria degli atti linguistici ad una vera e propria *teoria della performatività* (cfr. *infra*, § 4.2) permetterà di chiarire come, alle radici di tale teoria, giaccia l'assunto per cui l'interlocutore di un processo comunicativo possa essere *performativamente creato* nel discorso, senza preesistere ad esso.

4.2 – La teoria della performatività e l'*hate speech*

Nella trattazione “genealogica” sin qui effettuata, dopo l'analisi di quello che è stato descritto nei termini di un «*linguistic turn*», che ha dato origine alla teoria degli atti linguistici, è ora il momento di prendere in considerazione un'altra “svolta”, quella che è stata descritta nei termini di un «*performative turn*»¹⁷⁷: si tratta del passo successivo che permette di dare nuova linfa alla teoria degli atti linguistici entro un contesto filosofico di attenzione alla questione dell'azione, intesa soprattutto in senso politico, normativo e sociale. Infatti, il passaggio da una teoria analitica del linguaggio – nella quale, pur di derivazione non analitica, si è inclusa la critica decostruzionista di Derrida, ai fini della comprensione della genesi delle questioni problematiche che verranno riprese nell'ambito del «*performative turn*» – ad una teoria post-analitica dell'azione performativa consente, in taluni casi, di evidenziare le implicazioni della teoria degli atti linguistici nel campo della normatività sociale.

L'analisi della teoria degli atti linguistici ha permesso di evidenziare l'importanza dell'attenzione al linguaggio come forma non totalmente svincolata dall'azione, ciò che ha consentito di mettere in evidenza una critica alla concezione cartesiana della totale separazione tra il pensiero e l'espressione verbale, da un lato, e l'azione intesa in senso materiale, dall'altro. L'effetto che scaturisce da questa analisi rivela il suo potenziale *performativo*, nella misura in cui permette di evidenziare la natura del linguaggio come mezzo di costruzione della realtà sociale in cui i soggetti del discorso non costituiscono necessariamente un *prius* rispetto alla comunicazione performativa. È in ciò, come si è visto, che si rivela il “potere magico” del

¹⁷⁶ La diversa impostazione di Searle e Derrida è analizzata da Norris come il conflitto tra un'aderenza (nel caso di Searle) al paradigma della coscienza in senso cartesiano e il suo rifiuto (nel caso di Derrida), C. NORRIS, “Home Thoughts from Abroad: Derrida, Austin, and the Oxford Connection”, cit., ove l'autore afferma: «It is Searle who effectively translates the Cartesian requirement of clear and distinct ideas into a speech-act theory founded on the notion of privileged access to self-present meanings and intentions» (p. 9).

¹⁷⁷ J. MEDINA, “The Performative Turn and the Emergence of Post-Analytic Philosophy”, in A.D. SHRIFT (ed.) *The History of Continental Philosophy*, cit., vol. VII, *After Poststructuralism: Transitions and Transformations*, ed. by R. BRAIDOTTI, The University of Chicago Press, Chicago, 2010, pp. 275-305, pp. 286-287.

linguaggio e dell'espressione linguistica. Tuttavia, proprio nella misura in cui si è "scoperto" che il linguaggio contribuisce alla creazione della realtà sociale, la *teoria della performatività* consente di sottolineare anche il ruolo potenzialmente distruttivo, dannoso, offensivo. Così come il linguaggio è dotato di forza costruttrice, al contempo un utilizzo dello stesso in maniera non regolata può rappresentare un pericolo¹⁷⁸.

La teoria della performatività, dunque, non esaurendo la sua prorompente forza innovatrice in ambito filosofico, costituisce una delle risposte che, nella misura di una «tradizione recente ma ormai consolidata», permette di affrontare il problema dell'*hate speech* a partire «dalla prospettiva della teoria degli atti linguistici, che concepisce le istanze ordinarie di linguaggio d'odio in termini di *atti linguistici di subordinazione*»¹⁷⁹. Si comprende, così, la stretta connessione tra la teoria degli atti linguistici e la teoria della performatività: quest'ultima costituisce, infatti, un'applicazione della prima a questioni concrete di utilizzo *performativo* (che rientra, cioè, nel campo dell'azione linguistica sia costruttiva sia distruttiva) del linguaggio, come, ad esempio, nel caso dell'*hate speech*¹⁸⁰.

4.2.1 – Potere, violenza, linguaggio

Al fine di agevolare una scansione di quelli che sono i distinti approcci, entro le applicazioni contemporanee della teoria della performatività, ci si servirà in questa sede, pur senza pretesa alcuna di esaustività e con un approccio meramente introduttivo, di due studi relativi, rispettivamente, a tre distinte nozioni di *potere* e a due distinte concezioni della relazione tra *violenza e linguaggio*.

Nel suo *Power in speech actions*¹⁸¹, Michiel Leezenberg, a partire dalla teoria degli atti linguistici, ne analizza le diverse interpretazioni e i diversi usi a seconda della concezione del potere soggiacente alle distinte correnti contemporanee, secondo l'adagio per cui «[l]anguage use is a form of social action and, as such, is saturated with power relations as is social practice more generally»: ciò gli consente di studiare tale relazione a partire dalle concezioni del potere

¹⁷⁸ Cfr., ad esempio, la riflessione di J. Martínez García nel mettere sul tavolo alcune domande relative all'interrelazione tra il potere del linguaggio e i diritti umani: «No se trata sólo de palabras constructivas, que permiten ocupar posiciones y vivir cómodamente. Son también palabras irritantes y ofensivas, que dejan heridas. Palabras resistentes que hacen indagar y empujan, que se nos ponen delante como de improviso. Palabras terribles que golpean y asustan. Palabras imperantes e imperiosas, irrefrenables, que no se cansan de encontrar ocasiones para intervenir. Endeudados constantemente por esas palabras agotadoras e insaciables no podemos considerarlas cosa poseída. El lenguaje no sólo va construyendo el mundo sino que a la vez lo desestabiliza. Arrastra palabras que germinan y se abren en signos de interrogación. Palabras hostiles e irrecusables que comparecen cargadas de razones», J.I. MARTÍNEZ GARCÍA, "Los derechos humanos y el poder del lenguaje", in *Derechos y Libertades*, 4, 7, 1999, pp. 335-357, p. 338.

¹⁷⁹ C. BIANCHI, "Linguaggio d'odio, autorità e ingiustizia discorsiva", in *Rivista di estetica* (online), 64, 2017 (disponibile al link: <http://journals.openedition.org/estetica/2059>; ultima consultazione: settembre 2019) (corsivi dell'autrice).

¹⁸⁰ Della "multidirezionalità" della teoria della performatività è un ottimo esempio M.R. GLASS, R. ROSE-REDWOOD (eds.), *Performativity, Politics, and the Production of Social Space*, Routledge, New York, 2014, in particolare le pp. 1-34, ove gli autori indagano la "genealogia" della teoria della performatività per poi dimostrare come essa è stata applicata criticamente a diverse discipline.

¹⁸¹ M. LEEZENBERG, "Power in speech actions", in M. SBISÀ, K. TURNER, *Pragmatics of Speech Actions*, cit., pp. 287-312.

di Maw Weber, Karl Marx e Michel Foucault. Studiando le possibili applicazioni delle teorie del potere a taluni ambiti della filosofia del linguaggio, Leezenberg rileva la questione della connessione tra «Power and performativity»: [I]n linguistically relevant is the question of whether ritual may involve the performative *creation* of social facts, and if so, what kinds of power are involved in this creation»¹⁸². Egli sostiene che, mentre in Austin la questione del potere è totalmente assente – come si è visto, infatti, Austin si concentra sull’atto linguistico in sé, più che sulle sue implicazioni sociali o politiche –, in Searle inizia a prestarsi attenzione alla costruzione della realtà sociale. Tuttavia, in Searle il potere è «legitimate by definition», poiché si fonda sul consenso collettivo, ciò che lo porta a non analizzare la questione del potere «*in speech actions*», bensì del potere «*as a kind of speech action*»¹⁸³.

Ovviamente, lungi dal presente lavoro indagare a fondo queste tre nozioni di potere nel pensiero dei tre autori, ciò che ne eccederebbe lo scopo, ci si servirà delle definizioni fornite dalla lettura svolta da Leezenberg unicamente per strutturare la trattazione successiva e per comprendere, a grandi linee, le differenze di approcci che informano ciascun autore contemporaneo nell’utilizzare, in diverse direzioni, la teoria degli atti linguistici.

A sua volta, Beatrice Hanssen, in *Critique of Violence*¹⁸⁴, analizza la critica al liberalismo partendo dal problema della questione della “violenza del linguaggio”, sostenendo che le correnti poststrutturaliste critiche nei confronti dell’universalismo liberale ne contestano la corrispondente concezione del linguaggio. Così, Hanssen giunge alla definizione di due distinte concezioni della relazione tra la *violenza* e il *linguaggio*, liberale e poststrutturalista¹⁸⁵.

Congiuntamente, l’intersezione delle nozioni di *potere*, *violenza* e *linguaggio* permette di strutturare (pur in maniera approssimativa) la trattazione delle applicazioni contemporanee della teoria degli atti linguistici in senso performativo.

1) La nozione *weberiana*¹⁸⁶ del potere è caratterizzata in termini razionali da attività individuali orientate ad uno scopo: essa è sottesa al liberalismo¹⁸⁷ ed informa anche la distinzione habermasiana tra azione comunicativa e azione strategica¹⁸⁸ (cfr. *infra*, § 4.2.3).

¹⁸² Ivi, p. 294.

¹⁸³ Ivi, p. 295.

¹⁸⁴ B. HANSSEN, *Critique of Violence. Between Poststructuralism and Critical Theory*, Routledge, London, 2000.

¹⁸⁵ «[I]t is around the intricate relations between *power*, *language*, *speech*, and *violence* that critical opinions and camps diverge. To put it succinctly, at stake is what we prosaically, in common parlance, call “the power of words”. [...] The main discrepancies between the two positions under scrutiny [...] relate to whether power, language, and violence are seen to be either mutually exclusive, or, quite to the contrary, intrinsically entwined. And, second, whether language is invested with foundationalist, rationalist claims, [...] or, quite to the contrary, seen to be inhabited by an originary violence, an agonistic moment, which compromises such an innate rationalism no less than the anticipated future arrival of universal agreement, let alone consent», ivi, p. 162.

¹⁸⁶ A partire da M. WEBER, *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology* [1922], translated by E. Fischhoff, University of California Press, Berkeley, 1978.

¹⁸⁷ M. LEEZENBERG, “Power in speech actions”, cit., p. 288. Per un inquadramento, cfr., *ex multis*, A. SICA, “The emergence of sociology and its theories: from Comte to Weber”, in A.D. SHRIFT (ed.), *The History of Continental Philosophy*, The University of Chicago Press, Chicago, 2010, vol. II, *Nineteenth-Century Philosophy: Revolutionary Responses to the Existing Order*, ed. by ALAN D. SCHRIFT, D. CONWAY (eds.), pp. 177-192.

¹⁸⁸ Cfr. B. HANSSEN, *Critique of Violence. Between Poststructuralism and Critical Theory*, cit., p. 170; M. LEEZENBERG, “Power in speech actions”, cit., pp. 299-300.

Una tale concezione del potere può essere messa in relazione con quella che Hanssen definisce come *concezione liberale della relazione tra violenza e linguaggio*. Si tratta, secondo l'autrice, della concezione del linguaggio rinvenibile in Arendt¹⁸⁹ e Habermas, in cui il linguaggio è visto come un mezzo di espressione della razionalità volto al raggiungimento della volontà comune e dell'accordo. Il liberalismo, nel concepire il linguaggio come funzionale alla comprensione reciproca secondo un paradigma razionale, tende ad *escludere* la violenza come un fattore ad esso esterno¹⁹⁰. Pertanto, si comprende la grande importanza, entro il modello liberale della libertà d'espressione, dell'argomento fondato sull'idea milliana del dialogo e del *marketplace of ideas* (cfr. § 3.2): concependo il discorso come avulso dalla violenza, infatti, questo diviene mezzo di esercizio della libertà.

Nella concezione del linguaggio del liberalismo vi è un'implicita assunzione dei postulati cartesiani della separazione tra corpo e mente e dell'esistenza previa dell'individuo di fronte alla realtà e al linguaggio. L'individuo prima esiste e poi, attraverso il linguaggio, definisce il proprio esistere. In questa concezione, il linguaggio costituisce un *mezzo*¹⁹¹.

2) Seguendo quella che Leezenberg definisce nozione *marxista* del potere, che concepisce quest'ultimo in senso dialettico, nei termini della lotta di classe, in cui è noto il ruolo dell'ideologia della classe dominante nella giustificazione delle strutture economiche e politiche prevalenti, è possibile definire il potere in forma strutturale¹⁹².

Alla nozione marxiana di potere non corrisponde alcuna definizione specifica di linguaggio, probabilmente a causa dello scarso interesse di Marx per le questioni linguistiche. Tuttavia, in termini sicuramente generici, è possibile avanzare temporaneamente l'idea, compatibile con l'analisi performativa, di un linguaggio definibile marxianamente come espressione ideologica della classe dominante, che permette di svelare le relazioni di potere attraverso determinate pratiche linguistiche. Tale nozione di linguaggio può essere un utile strumento di classificazione di una delle tendenze della teoria della performatività che verrà analizzata in sede di discussione delle tesi di Rae Langton (cfr. *infra*, § 4.2.4). Inoltre, la medesima nozione, per quanto generica, risulta coerente con l'approccio della *Critical Race Theory*, con la quale Langton presenta numerose affinità (cfr. *infra*, §§ 6.4.3; 6.5.1; 6.5.2). Se si adotta una simile nozione, è necessario sottolineare, tuttavia, che in essa il linguaggio è sicuramente potenziale veicolo di violenza, eppure esso costituisce un elemento *esterno* al soggetto linguistico: il soggetto, in sostanza, è influenzato dal linguaggio, eppure è altro dal linguaggio stesso¹⁹³.

¹⁸⁹ H. ARENDT, *The Human Condition*, University of Chicago Press, Chicago, 1958.

¹⁹⁰ B. HANSEN, *Critique of Violence. Between Poststructuralism and Critical Theory*, cit., p. 165.

¹⁹¹ Ivi, pp. 161-162.

¹⁹² M. LEEZENBERG, "Power in speech actions", cit., p. 289. Per un inquadramento, cfr., *ex multis*, T. CARVER, "Marx and Marxism", in A.D. SHRIFT (ed.), *The History of Continental Philosophy*, cit., vol. II, *Nineteenth-Century Philosophy: Revolutionary Responses to the Existing Order*, cit., pp. 35-63. Tra le opere di Marx, cfr., in particolare, K. MARX, *Capital* [1867; 1885; 1894], 3. voll., Progress Publishers, Moscow, 1965.

¹⁹³ M. LLOYD, *Judith Butler: From Norms to Politics*, Polity Press, Cambridge, 2007, p. 118.

3) Infine, si trova la nozione *foucaultiana*¹⁹⁴, di natura «genealogica», che concepisce il potere «as productive, or constitutive, of social realities, truths and subjectivities»¹⁹⁵, in forme biopolitiche, in cui il soggetto autonomo e razionale risulta un costrutto sociale, vittima, in realtà, della disciplina del potere¹⁹⁶: il potere, infatti, è da intendersi in Foucault non in senso esclusivamente giuridico¹⁹⁷. Secondo Leexenberg, la nozione foucaultiana di potere:

«ha[s] proved very effective in unmasking the power relations involved in practices normally seen as working for the betterment of mankind. [It] may be, and [has] been, operationalized for studies of language or discourse by systematically calling attention to the power effects implied in language use. [It] also call attention to non-institutionalized forms of power, and to power as a practice to which resistance is internal»¹⁹⁸.

Congiungendo questa definizione foucaultiana del potere con la concezione poststrutturalista della relazione tra violenza e linguaggio, si ottiene quella che Hanssen definisce nei termini di una violenza *interna* al linguaggio¹⁹⁹. Lungi dal fornire una definizione e un'indagine generale del poststrutturalismo in questa sede²⁰⁰, ciò che rileva è il fatto che esso permette anche di criticare la concezione tradizionale del linguaggio di matrice liberale. «[I]t [...] assumes an a priori violence that inheres in language *as such* (not just in “speech” or situated, culturally, and historically defined discourse), and that, insofar as it determines the (negative) conditions of possibility governing all individual speech acts, sovereignty, and autonomous subjecthood»²⁰¹. Violenza e linguaggio, secondo questa concezione, non sono analizzabili in termini antitetici, bensì il secondo termine comprende sempre il primo in maniera strutturale.

Secondo Hanssen, alcuni teorici critici (come la *Critical Race Theory*, CRT) analizzano l'indiretto appoggio dello Stato, attraverso la libertà d'espressione, a certi gruppi razzisti: in

¹⁹⁴ Cfr. M. FOUCAULT, *Discipline and Punish: The Birth of the Prison* [1975], translated by A. Sheridan, Penguin, Harmondsworth, 1977; ID., “The Subject and Power”, in H.L. DREAYFUS, P. RAINBOW (eds.), *Foucault: Beyond Structuralism and Hermeneutics*, University of California Press, Berkeley, 1983.

¹⁹⁵ M. LEEZENBERG, “Power in speech actions”, cit., p. 290. Cfr. A. LEVIN, *The Cost of Free Speech. Pornography, Hate Speech, and their Challenge to Liberalism*, Palgrave MacMillan, New York, 2010, pp. 119-138.

¹⁹⁶ Per un inquadramento, cfr., *ex multis*, T. O'LEARY, “Michel Foucault”, in A.D. SCHRIFT (ed.), *The History of Continental Philosophy*, cit., vol. VI, *Poststructuralism and Critical Theory's Second Generation*, cit., pp. 67-89; P. DIGESER, *Our Politics, Our Selves? Liberalism, Identity, and Harm*, Princeton University Press, Princeton (NJ), 1995, pp. 40-43. Per un collegamento tra le nozioni di potere, violenza, forza e linguaggio in Foucault, cfr. B. HANSEN, *Critique of Violence. Between Poststructuralism and Critical Theory*, cit., pp. 168-169.

¹⁹⁷ Sulla concezione del potere in Foucault come nozione non esclusivamente giuridica – e sui conseguenti risvolti in tema di *hate speech* – cfr. A. ZANGHELLINI, “Jurisprudential Foundations for Anti-Vilification Laws: The relevance of speech act and foucauldian theory”, in *Melbourne University Law Review*, 27, 2003, pp. 458-487, p. 471.

¹⁹⁸ M. LEEZENBERG, “Power in speech actions”, cit., p. 291.

¹⁹⁹ B. HANSEN, *Critique of Violence. Between Poststructuralism and Critical Theory*, cit., pp. 165-169.

²⁰⁰ Il poststrutturalismo si presenta come una critica alla centralità del *logos* della filosofia occidentale. Cfr., sul punto, M. LLOYD, *Judith Butler: From Norms to Politics*, cit., pp. 10-13, che si concentra sull'influenza della corrente poststrutturalista in Judith Butler, sottolineando la distinzione tra ‘poststrutturalismo’ e ‘postmodernismo’: mentre il secondo è da riferirsi a concetti maggiormente attinenti all'ambito dell'estetica, il poststrutturalismo costituirebbe una reazione allo strutturalismo in termini antiessenzialisti ed antifondazionisti (p. 11). Inoltre, il poststrutturalismo porrebbe l'enfasi sul *soggetto*, criticando la nozione liberale di *individuo* come «rational, self-conscious, coherent and stable actor» (p. 12). Sull'approccio antiessenzialista di Butler, cfr. P. DIGESER, *Our Politics, Our Selves? Liberalism, Identity, and Harm*, cit., pp. 162-165.

²⁰¹ B. HANSEN, *Critique of Violence. Between Poststructuralism and Critical Theory*, cit., p. 165.

ciò si rinviene un'agevolazione della violenza intrinseca al linguaggio stesso. Inoltre, una nozione *foucaultiana* del potere e della relazione tra violenza e linguaggio è rinvenibile in Judith Butler²⁰². È appena il caso di sottolineare come la presenza, anche entro in questo *account*, della *Critical Race Theory* renda evidente che l'utilizzo di talune categorie marxiste a livello sociale (nel modello precedente) non pare, in talune correnti, totalmente incompatibile con l'utilizzo di categorie foucaultiane relative all'analisi linguistica²⁰³. Inoltre, ciò rispecchia perfettamente la suddivisione (cfr. *infra*, §§ 6.4.3; 6.5.1; 6.5.2) dei contributi dei teorici critici della CRT in due diversi filoni, che coincidono, come si vedrà, con due diversi utilizzi della teoria della causazione (materiale o immateriale) nell'*hate speech*.

Per quanto riguarda la relazione tra i soggetti del discorso e il linguaggio stesso, essa, nel modello poststrutturalista, appare capovolta rispetto a quello liberale: le identità e le soggettività giungono ad essere costituite linguisticamente. È dunque l'individuo ad essere un *prodotto* del linguaggio e non viceversa²⁰⁴.

4.2.2 – Illocutorio o perlocutorio?

Queste tre diverse concezioni delle relazioni tra potere, violenza e linguaggio, inoltre, possono essere messe in relazione con due generali approcci all'utilizzo della teoria degli atti linguistici nella teoria della performatività: il primo di natura *illocutoria* e il secondo di natura *perlocutoria*, a testimonianza del continuo ritorno delle riflessioni di Austin (prima) e di Searle (poi) nel dibattito contemporaneo.

«Habermas's and Butler's diverse appropriations of Austin reveal that *the performative aspect of injurious language is either illocutionary or perlocutionary*. Habermas evokes Austin's illocutionary speech acts to develop language as communicative action, whereas Butler proposes a performative account that heeds the semantic excess in perlocutionary speech»²⁰⁵.

Habermas e Butler stanno ai due estremi della linea che separa diverse impostazioni nell'utilizzo contemporaneo della teoria degli atti linguistici. Da un lato, Habermas sostiene la forza *illocutoria* come costitutiva degli atti linguistici, cosicché questi possono essere univer-

²⁰² M. LEEZENBERG, "Power in speech actions", cit., p. 297.

²⁰³ Cfr. I. WITCZAK-PLISIECKA, "Speech Actions in legal contexts", in M. SBISÀ, K. TURNER, *Pragmatics of Speech Actions*, cit., pp. 613-657, il quale sostiene: «A performative perspective on language has further acquired a strong link with Critical Legal Studies (CLS), Critical Race Theory (CRT) and feminist theory, all of which have experienced a strong impact from the notion of deconstruction and Jacques Derrida's model of critical dismantling. In all these fields, law and legal reasoning are perceived in terms of active force fields in the construction of the social sphere, active fields which allow people to construct, maintain, and further justify lasting social relations, often illegitimate relations of inequality persisting within what is seen as a coercive state» (p. 638).

²⁰⁴ B. HANSEN, *Critique of Violence. Between Poststructuralism and Critical Theory*, cit., pp. 161-162. Cfr. B.C. KANOUE, "The Post-Structural Effect on the Life-World: Re-Thinking Critical Subjectivity and Ethics Through Existential Performance and the Constitutive Power of Performativity", in A.T. SYMIENIECKA (ed.), *Analecta Husserliana. The Yearbook of Phenomenological Research*, Springer, London, 2009, pp. 315-334, pp. 320-328.

²⁰⁵ K. MAHADEVAN, "Wounding Words and Speech Acts: Between Habermas and Butler", in *Atenea. Revista bilingüe de las humanidades y las ciencias sociales*, 27, 2, 2007, pp. 9-32 (corsivi nostri).

salmente classificati secondo significati stabili. Dall'altro, invece, Butler argomenta l'impossibilità di definizione aprioristica e il continuo cambiamento di significato degli atti linguistici in relazione a caratteristiche a loro esterne, di derivazione sociale²⁰⁶, aprendo dunque al fallimento *perlocutorio* degli atti linguistici nel caso dell'*hate speech*. I loro approcci costituiscono, in realtà, gli estremi di un'opposizione *polare*, non *dicotomica*²⁰⁷: essi contribuiscono, in sostanza, a definire l'ampiezza dello spazio entro il quale si sviluppa la riflessione.

L'approccio illocutorio è stato oggetto, da parte di Habermas, di un'idealizzazione che, a partire dall'universalizzazione delle condizioni degli *speech acts*, ha portato la teoria degli atti linguistici verso un approccio centrifugo rispetto alle questioni, come l'*hate speech*, che maggiormente interessano in questa sede. È per questo – oltre che per ragioni cronologiche – che nella trattazione successiva si inizierà dall'analisi dell'utilizzo contemporaneo della teoria degli atti linguistici da parte di Habermas, per poi affermare l'esigenza di “rientrare nei binari” costituiti da altri approcci che risultano maggiormente fecondi per rispondere alle domande concernenti l'*hate speech*. In seguito alla lettura di Habermas, si approfondiranno le due principali correnti invalse a partire dall'utilizzo teoria della performatività al discorso d'odio, che permettono, appunto, di suddividere gli approcci in *illocutorio* e *perlocutorio*.

Nel prosieguito, dunque, si analizzeranno:

- 1) la possibile deriva idealizzatrice ed universalistica della ripresa della teoria degli atti linguistici di Habermas, ciò che tuttavia, al contempo, consentirà di mettere in luce l'importanza della dimensione illocutoria del linguaggio (cfr. *infra*, § 4.2.3);
- 2) la riflessione di carattere *illocutorio* di Rae Langton (cfr. *infra*, § 4.2.4);
- 3) la lettura *perlocutoria* di Judith Butler (cfr. *infra*, § 4.2.5).

4.2.3 – Habermas e l'esclusione idealistica del perlocutorio

Habermas sviluppa una teoria dell'azione comunicativa in cui il linguaggio è utilizzato per raggiungere un accordo e una comprensione reciproca tra soggetti indipendenti. Infatti, sulla base di alcuni concetti fondamentali emersi dal dibattito analitico sul performativo a partire da Austin, come la distinzione tra *illocutorio* e *perlocutorio*, egli, in ampio disaccordo con il modello utilitaristico, definisce i concetti della ragione comunicativa e dell'azione (strategica e comunicativa), sostenendo che la teoria degli *speech acts* consente di teorizzare una *intersoggettività linguisticamente generata* che possa essere astrattamente assunta ad ideale di conversazione per fondare la razionalità politica e le istituzioni.

Oggetto privilegiato dell'analisi di Habermas è la «ideal speech situation», che rispecchia la sua impostazione *pragmatica formale*²⁰⁸: il suo scopo, infatti, è quello di indagare le condizioni generali e formali per l'impiego degli atti linguistici orientato alla comprensione.

²⁰⁶ J. MEDINA, “The Performative Turn and the Emergence of Post-Analytic Philosophy”, cit., pp. 286-287.

²⁰⁷ Per una trattazione su questa distinzione, di Enzo Melandri, cfr. GF. ZANETTI, *Eguaglianza come prassi. Teoria dell'argomentazione normativa*, cit., pp. 11-19. Zanetti rinvia a E. MELANDRI, *La linea e il circolo. Saggio sull'analogia*, Il Mulino, Bologna, 1986.

²⁰⁸ Cfr. C.F. ZURN, “Jürgen Habermas”, A.D. SHRIFT (ed.) *The History of Continental Philosophy*, The University of Chicago Press, Chicago, 2010, vol. VI: *Poststructuralism and Critical Theory's Second Generation*, ed. by

Habermas legge Austin come una fonte dalla quale trarre la teorizzazione della possibilità di una «rational, non-dominative morality and politics»²⁰⁹. Egli, tuttavia, prende il lavoro di Austin solo come punto di partenza, poiché questo, entro la sua prospettiva, non generalizzava a sufficienza per giungere ad una teoria dell'azione comunicativa²¹⁰: «[t]he theory of speech acts marks the first step toward a formal pragmatics that extends to noncognitive modes of employment»²¹¹. A partire dalla teoria degli atti linguistici di Austin e Searle, in sostanza, Habermas tenta di ricostruire il *know-how* utilizzato da chi è impegnato nell'atto di una comunicazione linguistica²¹². Tuttavia – è bene sottolinearlo – Habermas tratta quasi esclusivamente della comunicazione linguistica di tipo *istituzionale* ²¹³.

Lo sforzo di generalizzazione habermasiano è evidente fin dalla statuizione delle condizioni di validità sottostanti – esplicitamente o implicitamente – a qualsiasi affermazione o, più in generale, a qualsiasi atto linguistico compiuto da qualsiasi soggetto. Il discorso, in questo senso, è definibile nei termini di «a communicative interchange in which, *in an ideal speech situation*, speakers make claims that what they are saying is valid»²¹⁴.

Le *validity conditions* di Habermas costituiscono le regole attraverso le quali si raggiunge un accordo sul significato della comunicazione²¹⁵. Quando un soggetto pronuncia una frase, compie implicitamente tre affermazioni²¹⁶ riguardanti: 1) la verità di un mondo esistente, sulla base di presupposti di esistenza corretti («*claim to truth*»), 2) la correttezza dell'enunciazione in relazione al contesto normativo in cui si trova («*claim to right*»); 3) la propria sincerità, ovvero la buona fede in relazione alla propria affermazione («*claim to sincerity*»). Il rispetto di queste condizioni si fonda sulla possibilità degli interlocutori di ancorare il proprio discorso

A.D. SHRIFT, The University of Chicago Press, Chicago, 2010, pp. 197-226, che afferma: «Formal pragmatics articulates the various idealizing pragmatic presuppositions competent social actors inevitably make when they engage in linguistic interaction» (p. 208). Cfr., inoltre, C. NUSSBAUM, «Habermas on Speech Acts. A Naturalistic Critique», in *Philosophy Today*, 42, 2, 1998, pp. 126-145, pp. 128-132.

²⁰⁹ J. LOXLEY, *Performativity*, pp. 45-46.

²¹⁰ J.B. THOMPSON, «Universal Pragmatics», in J.B. THOMPSON, D. HELD (eds.), *Habermas. Critical Debates*, The Macmillan Press, London, 1982, pp. 116-133, pp. 119-120.

²¹¹ J. HABERMAS, *The Theory of Communicative Action*, vol. I, *Reason and the Rationalization of Society*, translated by Thomas McCarthy, Beacon Press, Boston, 1984, p. 277.

²¹² C.F. ZURN, «Jürgen Habermas», cit., p. 206.

²¹³ Cfr., sul punto, A. ZANGHELLINI, «Jurisprudential Foundations for Anti-Vilification Laws: The relevance of speech act and foucauldian theory», cit., pp. 458-487, pp. 468-470. L'autore sottolinea come Habermas tratti degli atti linguistici con background *istituzionale*, mentre esistono anche atti linguistici che non sono supportati da quel *background* (ad es. da nessuna norma formale): cfr. *ivi*, pp. 468-470.

²¹⁴ K. GELBER, «Freedom of Political Speech, Hate Speech and the Argument from Democracy: The Transformative Contribution of Capabilities Theory», in *Contemporary Political Theory*, 9, 2010, pp. 304-324, p. 310 (corrispondenti nostri), con riferimento a J. HABERMAS, *The Theory of Communicative Action*, cit., pp. 38-42, 279-337.

²¹⁵ J. HABERMAS, *The Theory of Communicative Action*, cit., pp. 305-308.

²¹⁶ In realtà, ad esse è da aggiungersi la *validity claim* relativa alla *comprensibilità* dell'atto linguistico (che dev'essere semanticamente e grammaticalmente valido): cfr. C.F. ZURN, «Jürgen Habermas», cit., p. 207; E. SKJEL, «A comment on performative, subject, and proposition in Habermas's theory of communication», in *Inquiry*, 28, 2008, pp. 87-10., p. 88; J.B. THOMPSON, «Universal Pragmatics», cit., p. 121. Tuttavia, ai fini del presente lavoro, l'analisi tale condizione non risulta rilevante.

agli universali costitutivi del dialogo, elementi linguistici *a priori*, tra i quali Habermas annovera l'utilizzo dei pronomi, l'idea dello spazio-tempo e anche i performativi²¹⁷.

Habermas tenta dunque di dimostrare che le strutture comunicative razionali, fondate sulle *necessary conditions* dell'azione comunicativa, costituiscono la base di qualsiasi *linguistic action*: esse, cioè, forniscono il fondamento dell'utilizzo del linguaggio nella situazione ideale, *escludendo gli usi strategici e strumentali*²¹⁸. Va precisato che lo sforzo di astrazione consistente nell'individuazione delle pretese di validità è da considerarsi uno strumento che, pur essendo applicabile a tutti gli atti linguistici, risulta inevitabilmente modellato su un particolare tipo di atto linguistico. Habermas, infatti, suddivide l'uso del linguaggio in due tipi:

1) l'uso *strategico*: esso costituisce una modalità di utilizzo del linguaggio volta ad influenzare il comportamento altrui, prescindendo dalla comprensione reciproca. Si tratta, cioè, di un uso sociale del linguaggio verso il conseguimento di uno scopo;

2) l'uso *comunicativo*: esso, al contrario, è volto al raggiungimento di un *mutual understanding*²¹⁹. Si tratta, cioè, dell'azione non egoistica: i soggetti si impegnano alla comprensione reciproca piuttosto che all'esercizio dell'influenza sugli altri²²⁰. L'azione comunicativa, in particolare, è sostenuta da Habermas come la forma fondamentale di azione sociale²²¹ e, proprio per questo, è a partire dall'azione comunicativa che egli modella le pretese di validità.

Che cosa permette di distinguere i due usi del linguaggio? L'uso strategico, secondo Habermas, costituisce un'imposizione, perpetrata influenzando le decisioni degli altri attraverso l'esercizio di una forza comunicativa. Al contrario, l'uso comunicativo, volto, cioè, alla comprensione e all'accordo reciproco, deve necessariamente essere libero, ovvero esente da imposizione, e soggetto ad una potenziale accettazione o ad un rifiuto da parte dell'altro.

La distinzione habermasiana tra l'uso comunicativo e l'uso strategico del linguaggio²²² si riflette anche nelle qualificazioni che egli assegna all'*illocutorio* e al *perlocutorio* austiniiani, modificando il progetto di Austin con lo scopo di riadattare la distinzione tra i due tipi di atti

²¹⁷ Cfr. J.B. THOMPSON, "Universal Pragmatics", cit., p. 122.

²¹⁸ J. LOXLEY, *Performativity*, p. 46.

²¹⁹ C.F. ZURN, "Jürgen Habermas", cit., p. 206; E. SKJEL, "A comment on performative, subject, and proposition in Habermas's theory of communication", cit., p. 87. Cfr. J. HABERMAS, *The Theory of Communicative Action*, cit. pp. 285-289: la ragione strategica è rigettata da Habermas come il prodotto di una teoria analitica dell'azione, mentre una teoria sociologica deve partire da una concezione dell'azione in senso comunicativo (ivi, pp. 273-274). Cfr., inoltre, ID., "Actions, Speech Acts, Linguistically Mediated Interactions and the Lifeworld [1988]", in ID., *On the Pragmatics of Communication*, ed. by M. COOKE, MIT Press, Cambridge (Mass.), 1998, pp. 215-255.

²²⁰ «[One can] distinguish situations in which they are [...] exerting an influence upon others from those in which they are coming to an understanding with them», J. HABERMAS, *The Theory of Communicative Action*, cit., p. 286.

²²¹ J.B. THOMPSON, "Universal Pragmatics", cit., p. 120.

²²² Cfr., sul punto, il seguente passaggio: «[S]o as not to blur the differences that are important for my argument, I shall choose from the outset two different descriptive models. First, I shall describe actions in the narrower sense—simple nonlinguistic activities [...]—as purposive activities (*Zwecktätigkeiten*); with these, the actor intervenes in the world in order to achieve his intended goals through the choice and implementation of appropriate means. Second, I shall describe linguistic utterances as acts by means of which a speaker wishes to reach understanding (*sich verständigen*) with another person about something in the world», J. HABERMAS, "Actions, Speech Acts, Linguistically Mediated Interactions and the Lifeworld [1988]", cit., p. 215.

linguistici alla distinzione generale relativa ai due tipi di uso del linguaggio²²³. Per Habermas l'*illocutorio* è uno *speech act* che rende possibile a chi parla motivare l'ascoltatore a raggiungere un accordo sulla validità delle affermazioni: il soggetto parlante invita chi ascolta ad accettare l'*offerta* contenuta nel proprio atto linguistico, accedendo ad una «*rationally motivated binding force*»²²⁴. Secondo Habermas, questo è il modo di utilizzo del linguaggio originario: gli altri utilizzi sono qualificati da lui come «parasitic»²²⁵, come ad esempio il linguaggio strategico. Gli effetti *perlocutori*, in particolare, sono da lui analizzati come particolare estrinsecazione di una forma di interazione strategica²²⁶. Egli, peraltro, nega che gli atti illocutori possano avere qualsivoglia effetto causale, a differenza dei perlocutori²²⁷.

Habermas, inoltre, sostiene che la distinzione di Austin tra *illocutorio* e *perlocutorio* sia in realtà da indagarsi nella forma della relazione del primo con il *significato* dell'espressione e del secondo con l'*intenzione* dell'espressione²²⁸. In relazione alla questione dell'intenzione, egli esclude dalla propria analisi gli *speech acts* perlocutori in cui lo *speaker* non aveva previsto gli effetti della propria condotta linguistica, analizzando esclusivamente quelli intenzionali.

«Perlocutionary acts are an indication of the integration of speech acts into contexts of strategic interaction. They belong to the intended consequences or results of a teleological action which an actor undertakes with the intention of influencing a hearer in a certain way by means of illocutionary success»²²⁹.

Una simile caratterizzazione permette di rispondere alla domanda circa il collegamento tra gli atti illocutori e gli atti perlocutori, da un lato, e la ragione comunicativa e quella strategica, dall'altro: la ragione *strategica* è indagata da Habermas in termini *perlocutori*, mentre la ragione *comunicativa* in termini *illocutori*²³⁰.

Nella sua lettura di Austin, Habermas accetta il modello di Searle, «as if it implied a subjective, mentalistic or intentional standpoint»²³¹: nel dibattito tra Derrida e Searle (cfr. *supra*, § 4.1.3), in sostanza, Habermas prenderebbe le parti di Searle nell'affermazione della necessaria preesistenza dei soggetti discorsivi e della loro soggettività, che trovano espressione

²²³ Cfr. K. GELBER, "Freedom of Political Speech, Hate Speech and the Argument from Democracy: The Transformative Contribution of Capabilities Theory", cit., pp. 60-64.

²²⁴ J. HABERMAS, *The Theory of Communicative Action*, cit., p. 278.

²²⁵ Ivi, pp. 288-289. Sul punto, cfr. C.F. ZURN, "Jürgen Habermas", cit., p. 206.

²²⁶ J. HABERMAS, *The Theory of Communicative Action*, cit., p. 292.

²²⁷ Cfr. C. NUSSBAUM, "Habermas on Speech Acts. A Naturalistic Critique", cit., p. 130.

²²⁸ E. SKJEI, "A comment on performative, subject, and proposition in Habermas's theory of communication", cit., p. 88.

²²⁹ J. HABERMAS, *The Theory of Communicative Action*, cit., p. 289, pp. 292-293 (corsivi nostri).

²³⁰ «Perlocutionary effects, like the results of teleological actions generally, are intended under the description of states of affairs brought about through intervention in the world. By contrast, illocutionary results are achieved at the level of interpersonal relations on which participants in communication come to an understanding with one another about something in the world», ivi, p. 293. Cfr., sul punto, M. SOLER, R. FLECHA, "Desde los actos de habla de Austin a los actos comunicativos. Perspectivas desde Searle, Habermas y CREA", in *Signos*, 43, 2, 2010, pp. 363-375, pp. 366-367.

²³¹ N. KUJUNDZIC, W. BUSCHERT, "Staging The Life-World: Habermas and The Recuperation of Austin's Speech Act Theory", in *Journal for the Theory of Social Behaviour*, 23, 1, 1993, pp. 105-116.

nel linguaggio. Egli, infatti, elabora un modello *intersoggettivo*, «in the sense that each individual is assumed to be a competent actor who can assess the inherent *validity claims* made by others, and action in coordination is achieved only when all involved come to a mutual agreement accepting the speech act offer»²³². Tuttavia, mentre il lavoro di Searle consisteva nel tentativo di elaborare una teoria generale degli *speech acts* di matrice analitica, le intenzioni di Habermas spiegano maggiormente i propri effetti sulla valutazione delle pratiche discorsive come meccanismi di interazione sociale. Proprio in virtù di tale interazione, i soggetti del discorso di Habermas, pur preesistendo al discorso stesso come entità individuali, vedono la loro *soggettività* definita dal discorso stesso. È cioè possibile sostenere che nella teoria dell'azione comunicativa di Habermas coloro che partecipano all'attività comunicativa, pur esistendo individualmente, possiedono una soggettività come *prodotto* dell'azione comunicativa stessa²³³.

Ciò permette di comprendere una delle differenze principali tra Habermas, Searle e Austin. Rispetto a quest'ultimo, infatti, Habermas aggiunge alla comprensione dell'atto illocutorio da parte dell'ascoltatore una nozione di *consenso*: l'azione comunicativa, cioè, deve essere consensuale, così come il processo di comunicazione, proprio perché esso è volto all'accordo dei partecipanti, mentre invece, secondo Searle, l'atto linguistico è esclusivamente rivolto alla sua comprensione, non all'accordo, e il consenso sarebbe un effetto perlocutorio²³⁴. Inoltre, la differenza tra gli *atti comunicativi* di Habermas e gli *atti linguistici* di Austin e Searle è che i primi coinvolgono un campo di comportamenti molto più ampio, non solo verbale: si tratta di atti che tengono in considerazione anche espressioni corporee, non perpetrate solamente attraverso l'utilizzo del linguaggio nella forma della parola²³⁵.

Per quanto riguarda, invece, le problematicità della proposta di Habermas, è bene sottolineare che queste coinvolgono principalmente – anche se non esclusivamente – la questione dell'evidente astrazione teorica circa i soggetti delle azioni comunicative. Essi, infatti, non paiono essere individuati in soggetti *situati*, collocati in contesti specifici: come si è visto, il tentativo di Habermas è quello dell'idealizzazione delle condizioni dell'azione comunicativa e della conseguente universalizzazione delle stesse²³⁶. Non solo: questa idealizzazione si produce, nella teoria di Habermas, anche nella forma di un'idealizzazione dei soggetti del discorso. La sua proposta, infatti, è stata criticata in quanto potenzialmente perpetratrice, ad esempio, di

²³² C.F. ZURN, "Jürgen Habermas", cit., p. 206.

²³³ I.M. YOUNG, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton University Press, Princeton, 1990, p. 45 e p. 106. Young fonda la sua interpretazione sulla lettura di S. EPSTEIN, "Gay Politics, Ethnic Identity: The Limits of Social Constructionism", in *Socialist Review*, 17, 1987, pp. 9-54, e J.C. TURNER, M.A. HOGG, P.V. OAKES, S.D. RUCHER, M.S. WETHRELL, *Rediscovering the Social Group: A Self-Categorization Theory*, Blackwell, Oxford, 1987.

²³⁴ M. SOLER, R. FLECHA, "Desde los actos de habla de Austin a los actos comunicativos. Perspectivas desde Searle, Habermas y CREA", cit., p. 366.

²³⁵ J. HABERMAS, *The Theory of Communicative Action*, cit., pp. 98-101. Cfr. M. SOLER, R. FLECHA, "Desde los actos de habla de Austin a los actos comunicativos. Perspectivas desde Searle, Habermas y CREA", cit., p. 367.

²³⁶ Sul punto, è imprescindibile il riferimento alla critica di Sheila Benhabib a Habermas in relazione alla distinzione tra «concrete Other» e «generalized Other»: SH. BENHABIB, *Critique, Norm, and Utopia. A Study of the Foundations of Critical Theory*, Columbia University Press, New York, 1986, pp. 340-342. La questione verrà ripresa in seguito (cfr. *infra*, § 5.3).

una «gender blindness»: essa non sarebbe capace di tenere in considerazione le differenze basate sul genere²³⁷ (con riferimento sia a chi parla sia a chi ascolta, nella pratica comunicativa). Ciò deriva dall'eccessiva idealizzazione come postulato della sua teoria dell'azione comunicativa, incapace di tenere in considerazione fenomeni concreti non sussumibili entro quelle categorie generali²³⁸. Ciò riversa evidentemente effetti anche sull'eventuale applicazione della teoria habermasiana alla questione dell'*hate speech*, in cui le condizioni concrete (ad esempio l'appartenenza a gruppi vulnerabili) dei soggetti sono imprescindibili:

«[I]f the Habermasian framework [is] blind to the prior effects of gender, then it seems a logical extension of the argument that it could be blind to other prior manifestations of inequality or prejudice. As hate speech is here defined as the discursive enactment of prejudice or discrimination against identifiably marginalised groups, it is not inconceivable that such manifestations could include the injurious effects of hate speech on the marginalised. But, these kinds of prior conditions are not recognised in Habermas' work»²³⁹.

L'idealizzazione della teoria di Habermas risulta evidente anche per il fatto che egli sostiene come condizione necessaria una distribuzione simmetrica delle possibilità di utilizzo degli atti linguistici, fondata su una sorta di *presunzione di eguaglianza di opportunità*²⁴⁰.

Ciò che emerge dalla proposta di Habermas è evidentemente un resoconto della comunicazione ideale tra soggetti eguali, incapace di tenere in considerazione le differenze strutturali – in particolare, le differenze *sociali* – tra coloro che parlano. Ovviamente, Habermas stesso riconosce la natura di finzione di tale impostazione: i soggetti che partecipano all'attività comunicativa devono *presupporre* tali condizioni come esistenti anche qualora non lo fossero realmente. Tuttavia, proprio per questa necessaria presupposizione, la teoria degli atti linguistici di Habermas viene classificata come idealistica. Essa, infatti, non risulta in grado di spiegare nemmeno le situazioni reali di sottoposizione al potere altrui, partendo dal postulato della *libertà ed eguaglianza*²⁴¹ dei soggetti della comunicazione, che rimangono individuali e non sono descritti a partire dalle *concrete* relazioni sociali in cui sono immersi²⁴².

Per quanto riguarda, poi, le implicazioni della teoria dell'agire comunicativo di Habermas in tema di libertà d'espressione, è bene effettuare alcune rilevazioni.

In primis, il suo inquadramento teorico delle azioni comunicative parrebbe giustificare una teoria democratico-repubblicana della libertà d'espressione (cfr. *supra*, § 3.3.2) volta

²³⁷ Cfr. J. MEEHAN (ed.), *Feminists Read Habermas: Gendering the Subject of Discourse*, Routledge, New York, 1995, in particolare i saggi di N. FRASER, "What's critical about critical theory?" (pp. 21-56) e di J. MEEHAN, "Introduction" (pp. 1-20). Cfr. inoltre, K. GELBER, "Freedom of Political Speech, Hate Speech and the Argument from Democracy: The Transformative Contribution of Capabilities Theory", cit., p. 313.

²³⁸ C. NUSSBAUM, "Habermas on Speech Acts. A Naturalistic Critique", cit., pp. 138-140.

²³⁹ K. GELBER, "Freedom of Political Speech, Hate Speech and the Argument from Democracy: The Transformative Contribution of Capabilities Theory", cit., p. 313.

²⁴⁰ Lo sostiene, in particolare, J.B. THOMPSON, "Universal Pragmatics", cit., pp. 123-124.

²⁴¹ K. MAHADEVAN, "Wounding Words and Speech Acts: Between Habermas and Butler", cit., p. 18.

²⁴² C.F. ZURN, "Jürgen Habermas", cit., p. 207. Si noti, peraltro, che questa critica è rivolta a Habermas anche da Butler (sulla quale si veda *infra*, § 4.2.5), la quale, in *Excitable Speech*, domanda: «What constitutes the community that might qualify as a legitimate community that debates and agrees upon this universality? If that very community is constituted through racist exclusions, how shall we trust it to deliberate on the question of racist speech?» (J. BUTLER, *Excitable Speech*, cit., p. 90).

all'assorbimento di qualsivoglia categoria entro il discorso politico, dunque nella sfera del discorso protetto²⁴³.

Il modello habermasiano, infatti, è stato utilizzato da alcuni autori proprio come modello democratico di giustificazione della libertà d'espressione: è, questo, il caso di Post e Sunstein, che a partire da quel modello sostengono l'impossibilità di restrizione del *political speech* (cfr. *supra*, §§ 3.3.2; e *infra*, 6.6.4). Proprio in questi autori, l'utilizzo di categorie habermasiane conduce all'elaborazione di una nozione di *political speech* piuttosto ampia, dai confini non sempre definibili, postulato che non farebbe altro che corroborare il tentativo di restringere il meno possibile la libertà d'espressione.

In secondo luogo, come fa notare Katharine Gelber²⁴⁴, gran parte dei comportamenti che rientrerebbero sotto la definizione di *hate speech* risulterebbero protetti sotto le norme a tutela della libertà d'espressione. Ciò deriva, evidentemente, da due ordini di ragioni.

Da un lato, l'eccessiva idealizzazione della situazione discorsiva habermasiana risulta un evidente mezzo di esclusione del "discorso non ideale", il discorso, cioè, non rispettoso dei principi dell'azione comunicativa²⁴⁵. Se si tiene in considerazione, ad esempio, il discorso violento, di incitamento all'odio, denigratorio, ecc., tale discorso non pare poter rientrare in alcun modo entro la definizione di discorso razionale, volto alla comprensione e all'accordo reciproco tra i partecipanti alla conversazione. Ciò significa che l'oggetto di attenzione privilegiata della teoria di Habermas è l'analisi di una condizione irrealistica, "depurata", di discorso, ciò che costituisce precisamente le basi che gli consentono di elaborare una teoria del tipo analizzato. Se si tentasse di categorizzare l'*hate speech* entro la concezione habermasiana, questo rimarrebbe fuori dall'ambito pubblico proprio perché il discorso pubblico e politico presenta condizioni sotto le quali non può essere fatto rientrare il discorso d'odio. L'idealizzazione habermasiana, così, funge da mezzo teorico di espulsione dell'*hate speech* dal campo pubblico e politico. Ciò, peraltro, risulta evidente anche nella distinzione tra *speech* e *action* fornita da Habermas: gli atti linguistici, infatti, sono analizzati dal filosofo come «atti autoreferenziali», i quali, cioè, si interpretano da soli ed esplicano sempre il proprio scopo, mentre l'azione non possiede questa caratteristica, nella misura in cui essa non esplicita necessariamente le sue intenzioni. In questo senso, se si seguisse Habermas, ci si vedrebbe costretti a distinguere tra le *azioni*, generalmente orientate ad uno scopo ed analizzabili in senso causale, da un lato, e il *discorso*, generalmente orientato alla comprensione, quindi non teorizzabile in senso causale, poiché esso dipende sempre dalla comprensione e dall'accettazione dell'altro²⁴⁶.

Dall'altro lato, il resoconto di Habermas dell'uso strategico del linguaggio in senso *perlocutorio* può condurre ad un'analisi dell'*hate speech* anch'essa in senso esclusivamente *perlocutorio*. Conseguentemente ad un impiego della teoria habermasiana per comprendere il

²⁴³ K. GELBER, "Freedom of Political Speech, Hate Speech and the Argument from Democracy: The Transformative Contribution of Capabilities Theory", cit., p. 306.

²⁴⁴ Ivi, p. 312.

²⁴⁵ Cfr. B. HANSEN, *Critique of Violence. Between Poststructuralism and Critical Theory*, cit., pp. 174-175.

²⁴⁶ Si veda la sezione "Speech versus Action" contenuta in J. HABERMAS, "Actions, Speech Acts, Linguistically Mediated Interactions and the Lifeworld", cit., pp. 215-220.

discorso d'odio, dunque, al fine di sostenere la necessaria punibilità dell'*hate speech* occorrerebbe anche dimostrarne gli effetti concreti e la relazione di causalità tra le parole pronunciate (locutorio), il messaggio performativo veicolato (illocutorio) e l'effetto ottenuto (perlocutorio).

In questo senso, si ritiene che l'approccio "habermasiano" all'*hate speech* sia da tenere in considerazione tra i contributi che permettono di comprendere come l'utilizzo della teoria degli atti linguistici entro un orizzonte comunicativo possa dare fondamento all'affermazione per cui le soggettività individuali possono essere *costruite* come il *prodotto* del discorso e dell'azione comunicativa. Tuttavia, se applicata al discorso d'odio, la teoria habermasiana può portare ad esiti negativi, in breve:

1) all'esclusione di gran parte dei contenuti del discorso dalla restrizione, a causa del fatto che, entro un approccio di questo tipo, la maggior parte dei messaggi e dei contenuti troverebbe la protezione del discorso pubblico e politico;

2) ad un approccio di natura esclusivamente *penalistica*, laddove si trovassero effettivamente ragioni a favore dell'intervento: la relazione di causalità e il requisito dell'intenzionalità nell'analisi del perlocutorio parrebbero giustificare al più l'introduzione di reati di *hate speech* di natura dolosa, nel senso della punizione di comportamenti volti apertamente alla discriminazione e/o all'incitamento alla violenza.

4.2.4 – Rae Langton e la teoria della subordinazione

«Pornography is speech. So the courts declared in judging it protected by the First Amendment. Pornography is a kind of act. So Catharine MacKinnon declared in arguing for laws against it. Put these together and we have: pornography is a kind of speech act»²⁴⁷.

Così inizia un articolo con il quale Rae Langton, partendo dalle suggestioni di Catharine MacKinnon, indaga le ragioni a sostegno della posizione per la quale la pornografia non rientra solamente nella categoria dello *speech* (meritando, secondo la giurisprudenza statunitense, protezione entro il Primo Emendamento²⁴⁸), bensì costituisce, al contempo, anche un'*action*.

La questione inizia con l'attività di MacKinnon, che aveva contribuito, insieme ad Andrea Dworkin, alla stesura di un'ordinanza (successivamente dichiarata incostituzionale in quanto violava il Primo Emendamento) emanata nella città di Indianapolis nel 1984 contro la pornografia²⁴⁹, la quale consentiva l'azione civile di risarcimento alle donne che in giudizio avessero dimostrato di essere state vittime di coercizione in episodi di partecipazione alla produzione di materiale pornografico, oltre ad abilitare qualsiasi donna alla medesima azione civile nel caso in cui dimostrassero la relazione causale tra le aggressioni ricevute in altri contesti e il messaggio di sottomissione derivante dal materiale pornografico²⁵⁰.

²⁴⁷ R. LANGTON, "Speech Acts and Unspeakable Acts", in *Philosophy & Public Affairs*, 22, 4, 1993, pp. 293-330.

²⁴⁸ Cfr., ad esempio, *American Booksellers, Inc. v. Hudnut*, 771 F.2d 329, 7th Cir. (1985).

²⁴⁹ Cfr., in particolare, A. DWORKIN, C.A. MACKINNON, *Pornography and Civil Rights: A New Day for Women's Equality*, Organizing Against Pornography, Minneapolis, 1988.

²⁵⁰ Cfr. J.F. MALEM SEÑA, "Pornografía y feminismo radical", in *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 12, 1992, pp. 177-211, pp. 181-182.

Sempre nel 1993, MacKinnon pubblica *Only Words*²⁵¹, mettendo in evidenza come le immagini pornografiche venissero percepite dall'opinione pubblica solamente come una libera forma di espressione protetta dal Primo Emendamento²⁵², divenendo una posizione influente nel dibattito sulla pornografia ed influenzando il lavoro di altri pensatori di spicco, tra i quali Cass Sunstein²⁵³. In questo lavoro, MacKinnon afferma che la pornografia costituisce un vero e proprio caso di *hate speech* contro le donne²⁵⁴.

L'approccio di Langton, nella lettura che l'autrice svolge di MacKinnon, è peculiare: «MacKinnon wants to say something more: she wants to attend not simply to the content of pornographic speech, nor simply to its effects, *but to the actions constituted by it*»²⁵⁵. Nella riflessione di Langton, infatti, il tentativo di MacKinnon non è quello di costruire un'argomentazione fondata esclusivamente sul *contenuto* e sugli *effetti* della pornografia, bensì sul fatto che il «discorso» pornografico costituisce effettivamente una forma d'azione. Nel fare ciò, Langton riparte da Austin²⁵⁶, ricordando come in *How to Do Things with Words* il filosofo inglese lamentava «a tendency to consider the content of a linguistic utterance, and its effects on hearers, but to overlook the action constituted by it»²⁵⁷.

Ciò che manca nella riflessione sulla pornografia, secondo Langton, non è tanto l'analisi della dimensione *locutoria* (il tipo di linguaggio analizzato, che spesso non è costituito dallo *speech* propriamente detto) o della dimensione *perlocutoria* (gli effetti della pornografia), bensì l'attenzione alla dimensione *illocutoria* della pornografia stessa (oltre che del discorso²⁵⁸). E nella sua analisi, «MacKinnon supplies such a description when she says that pornography is an act of subordination»²⁵⁹.

²⁵¹ C.A. MACKINNON, *Only Words*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1993.

²⁵² Ivi, ove MacKinnon afferma, ovviamente in maniera sarcastica: «The pictures *themselves* do nothing. They are an expression of ideas, a discussion, a debate, a discourse. How repressed and repressive can you be? They are constitutionally protected speech» (pp. 5-6).

²⁵³ Il dibattito sulla pornografia non costituisce oggetto del presente lavoro, nel quale si riprende solamente ciò che concerne la teoria degli atti linguistici nella lettura fattane da Langton. Tuttavia, è bene segnalare che l'approccio femminista alla pornografia ha influenzato parte dei sostenitori del repubblicanesimo, come ad esempio Sunstein: cfr. C.R. SUNSTEIN, «Pornography and the First Amendment», in *Duke Law Journal*, 4, 1986, pp. 589-627; M.H. REDISH, G. LIPPMAN, «Freedom of Expression and the Civic Republican Revival in Constitutional Theory: The Ominous Implications», in *California Law Review*, 79, 2, 1991, pp. 267-311, pp. 304-310. Sul dibattito, cfr., A. VERZA, *Il dominio pornografico. Femminismo e liberalismo alla prova*, Liguori, Napoli, 2006.

²⁵⁴ C.A. MACKINNON, *Only Words*, cit.: «This definition includes the harm of what pornography says—its *function* as defamation or *hate speech*—but defines it and it alone in terms of what it does—its role as subordination, as sex discrimination, including what it does through what it says» (p. 22; corsivi nostri).

²⁵⁵ R. LANGTON, «Speech Acts and Unspeakable Acts», cit., p. 295 (corsivi nostri). Questo passaggio, infatti, si ritrova in C.A. MACKINNON, *Only Words*, cit.: «In this approach, the approach of current law, pornography is essentially treated as *defamation* rather than as *discrimination*. That is, it is conceived in terms of what it *says*, which is imagined more or less effective or harmful as someone then acts on it, rather than in terms of what it *does*. Fundamentally, in this view, a form of communication cannot, as such, *do* anything bad except offend. Offense is all in the head» (p. 11; corsivi nostri, eccetto «*do*»).

²⁵⁶ Cfr., sul punto, A. LEVIN, *The Cost of Free Speech. Pornography, Hate Speech, and their Challenge to Liberalism*, cit., pp. 110-119.

²⁵⁷ R. LANGTON, «Speech Acts and Unspeakable Acts», cit., p. 295.

²⁵⁸ Cfr. J. HORNSBY, R. LANGTON, «Free Speech and Illocution», *Legal Theory*, 4, 1998, pp. 21-37, p. 21.

²⁵⁹ R. LANGTON, «Speech Acts and Unspeakable Acts», cit., p. 296.

Tuttavia, la strategia di MacKinnon, contrariamente all'interpretazione che, secondo Langton, ne è stata fatta, *non* è quella di sostenere che la pornografia non rientri nella categoria di *speech*, bensì in quella di *action*, così da argomentare a favore della mancata protezione del Primo Emendamento²⁶⁰. Al contrario, invece, non è a partire da tali categorie che si trova la soluzione del problema:

«Austin's approach would give it no support, for it does not help us to distinguish conduct from speech. If there is a line that divides speech from conduct in the law, it does not divide speech from action in Austin's philosophy. On his view, all speech acts are actions. [...] The important point is that actions, whether speech or conduct, can be protected or unprotected by law. Whether they are protected should depend, in general, on the effects they have, and the actions they are. On MacKinnon's view pornography is speech, not conduct, but it is speech that should be left unprotected for the same kinds of reasons that other actions are sometimes left unprotected: because of the effects they have, and because of the actions they are»²⁶¹.

Analogamente, MacKinnon afferma:

«It is not new to observe that while the doctrinal distinction between speech and action is on one level obvious, on another level it makes little sense. In social inequality, it makes almost none. Discrimination does not divide into acts on one side and speech on the other. *Speech acts*. It makes no sense from the action side either. *Acts speak*. In the context of social inequality, so-called speech can be an exercise of power which constructs the social reality in which people live»²⁶².

Ciò che Langton e MacKinnon permettono di sostenere, pertanto, è quanto segue. Austin non permette di distinguere tra discorso e azione, poiché ogni discorso è, per Austin, al contempo azione. Ciò che rileva non è tanto la classificazione della pornografia come discorso o azione, poiché sia il discorso sia l'azione rientrano nella categoria generale della condotta, *ergo* possono risultare protetti o meno da parte del diritto. La ragione per la protezione o la non protezione, quindi, è da ricercarsi negli *effetti* e nel *tipo di azione*.

Coerentemente con queste premesse, MacKinnon e Langton sostengono che la pornografia costituisca un *atto di subordinazione* delle donne. Langton, in particolare, evidenzia due tipi di approcci al problema. Il primo è quello utilizzato dalle corti statunitensi, che considerano la questione della pornografia (e la richiesta circa la sua restrizione) come un conflitto tra *libertà* (degli uomini, di produrre e consumare pornografia) e *uguaglianza* (delle donne, cioè l'uguale *civil status*)²⁶³. Un conflitto, dunque, tra il Primo Emendamento e il Quattordicesimo

²⁶⁰ La stessa MacKinnon, in realtà, lo dice esplicitamente: «I am not saying that pornography is conduct and therefore not speech, or that it does things and therefore says nothing and is without meaning, or that all its harms are noncontent harms», C.A. MACKINNON, *Only Words*, cit., p. 29.

²⁶¹ R. LANGTON, "Speech Acts and Unspeakable Acts", cit., pp. 296-297 (corsivi nostri). In precedenza (cfr. *supra*, § 1.6.3) si è già messo in rilievo perché, in questa sede, si preferisce utilizzare la distinzione tra *speech* e *action*, piuttosto che tra «speech» e «conduct». Sulla base della spiegazione di Langton, cfr. la lettura fattane da D. JACOBSON, "Freedom of Speech Acts? A Response to Langton", in *Philosophy & Public Affairs*, 24, 1, 1995, pp. 64-79, il quale sottolinea come MacKinnon raccolga le sfide sia dei *civil libertarians* sia degli approcci deontologici e consequenzialisti "classici", disegnando una strategia per la quale «in order to promote free expression, we ought to censor pornography» (p. 65; corsivi nostri); tuttavia, Jacobson evidenzia le incoerenze dell'approccio con le reali premesse dei *civil libertarians*, come si avrà modo di vedere nel prosieguo.

²⁶² C.A. MACKINNON, *Only Words*, cit., pp. 29-30 (corsivi nostri).

²⁶³ R. LANGTON, "Speech Acts and Unspeakable Acts", cit., pp. 297-298.

Emendamento, come, ad esempio, nell'analisi di MacKinnon²⁶⁴. Il secondo, invece, è quanto Langton cerca di aggiungere alla dimostrazione. In base al suo ragionamento, reinterpretando l'argomento del *silencing effect*²⁶⁵, si tratterebbe di un conflitto interno alla *libertà* medesima: da un lato la *libertà* (degli uomini, di produrre e consumare pornografia) e, dall'altro, la *libertà* (delle donne, il diritto al *free speech*). Nel tentativo di dimostrare tale tesi, la riflessione di Langton si concentra su due distinte dimensioni: 1) una *illocutoria*, 2) l'altra *perlocutoria*.

Langton, distingue tra la strategia tradizionale invalsa nella dottrina e nella giurisprudenza statunitensi e quella di MacKinnon, sostenendo che la prima si concentra sugli effetti della subordinazione – adottando, dunque, un approccio *perlocutorio* –, mentre la seconda sulla subordinazione in sé – adottando un approccio *illocutorio*²⁶⁶.

«When MacKinnon says that speech can subordinate, she means something more: that pornography can have the illocutionary force of subordination, and not simply have subordination as its locutionary content, or as its perlocutionary effect: *in depicting subordination, pornographers subordinate*»²⁶⁷.

Tuttavia, è bene effettuare una precisazione. La suddivisione in due approcci possibili (*illocutorio* e *perlocutorio*) alla questione dell'*hate speech* si fonda, in ultima istanza, su una particolare lettura di Austin e Searle: quella, cioè, che mette in rilievo che *ogni* atto locutorio sia automaticamente anche un atto illocutorio. Ciò che tuttavia alcuni autori sostengono, seguendo un *account* liberale della performatività, è che sia possibile separare la dimensione locutoria dell'espressione di determinate idee dalla dimensione illocutoria, autorizzando l'*hate speech* finché rimane a livello esclusivamente locutorio (cfr. *infra*, § 5.1). Se non si accetta questa visione, facendo leva proprio sul fatto che l'espressione di qualsivoglia idea (atto locutorio) costituisce di per sé anche automaticamente il compimento di un atto illocutorio (coerentemente con Austin), si comprende la suddivisione in due approcci qui adottata.

a) *La tesi illocutoria*. — Secondo la tesi *illocutoria*, in particolare:

«[S]ubordination is not merely a downstream causal consequence of the speech in question. Rather, [...] to say that speech (of a given kind) can constitute subordination is to say that, under certain circumstances, the very act of producing speech of that kind just *is* a subordinating (speech) act. [...] [S]peech can subordinate illocutionarily—and thus, constitute subordination—by constituting norms that help to construct social reality for the subordinated group»²⁶⁸.

²⁶⁴ Cfr. C.A. MACKINNON, *Only Words*, cit., pp. 69-110.

²⁶⁵ Il *silencing effect* dell'*hate speech* riguarda l'effetto del discorso d'odio sulle sue vittime, che esperiscono una situazione di mancanza di possibilità di risposta dovuta al senso di paura, alla mancanza di prontezza e, più in generale, alla struttura di subordinazione sociale. Sulla posizione che vede l'*hate speech* come un problema di conflitto tra due libertà, piuttosto che tra libertà ed eguaglianza, così come per un'espressa dichiarazione a favore della prima, cfr. J. HORNSBY, R. LANGTON, "Free Speech and Illocution", cit., pp. 35-37.

²⁶⁶ In un lavoro successivo, Langton chiarisce che affrontare il problema in termini austiniani permette di distinguere tra atti linguistici «that are of proprietary concern to an account of language», che coincidono con gli atti illocutori, e atti linguistici che «introduce the idea of *extra-linguistic* or *incidental* consequences of speaking—of, as it were, *further* things that are done for which the conventions attaching to forms of speech do not by themselves provide», ovvero gli atti perlocutori: ivi, p. 24 (corsivi dell'autrice).

²⁶⁷ R. LANGTON, "Speech Acts and Unspeakable Acts", cit., p. 302.

²⁶⁸ I. MAITRA, "Subordinating Speech", cit., pp. 98-99.

È in questo senso che si comprende la qualificazione della pornografia in senso *performativo*²⁶⁹-illocutorio. Come ha sostenuto MacKinnon: «Men treat women as who they see women as being. Pornography constructs who that is. Men's power over women means that the way men see women defines who women can be»²⁷⁰. La dimensione illocutoria della pornografia – ma lo stesso discorso vale per l'*hate speech* –, cioè, pone l'accento sulla costruzione sociale del soggetto cui l'espressione è rivolta o che costituisce l'oggetto dell'espressione stessa. In particolare, senza fare riferimento agli effetti, bensì pensando esclusivamente entro una prospettiva deontologica, vi è un'ingiustizia morale (*moral wrong*) dietro queste affermazioni illocutorie di subordinazione:

«What exactly does this speech-act wrong amount to? [I]t is the wrong of treating a person as having inferior moral standing. In other words, hate speech involves the performance of a certain kind of illocutionary act, namely, the act of treating someone as a moral subordinate. Treating persons as moral subordinates means treating them in a way that takes their interests to be intrinsically less important, and their lives [...] less valuable, than the interests and lives of those who belong to some reference group»²⁷¹.

Per dimostrare la propria tesi, cioè che la pornografia può, secondo un approccio illocutorio, costituire un atto di subordinazione, Langton pone un esempio: si immagini, in un contesto di *apartheid*, la frase «i neri non possono votare». Secondo Langton, vi sono tre caratteristiche che permettono di statuire la natura illocutoria della subordinazione perpetrata dagli «speech acts of apartheid». Essi, infatti: 1) attribuiscono uno *status sociale* inferiore al proprio oggetto, dunque ai neri; 2) *legittimano* comportamenti discriminatori da parte dei bianchi; 3) *privano* i neri di taluni poteri, come quello di votare²⁷².

Per ciò che concerne la *legittimazione*, Langton chiarisce che è bene distinguere i suoi *effetti perlocutori* dalla sua *natura illocutoria*: il fatto che le persone credano di essere legittimate nei propri comportamenti discriminatori (effetto perlocutorio della legittimazione) è successivo (a livello teorico) alla pratica della legittimazione in sé, la statuizione dell'inferiorità di taluni gruppi categoriali (effetto illocutorio). Partendo dalla teoria di Austin dell'esistenza di due particolari classi di performativi, i *verdittivi* (i quali permettono di effettuare statuizioni), e gli *esercitivi* (i quali conferiscono poteri e diritti alle persone)²⁷³, Langton applica tali categorie agli «speech acts of apartheid», sostenendo che queste dimensioni (verdittiva ed esercitiva) permettono di spiegare come funziona l'atto di subordinazione, poiché entrambe appar-

²⁶⁹ È la stessa MacKinnon ad utilizzare il termine, con esplicito riferimento ad Austin: «Pornography contains ideas, like any other social practice. But the way it works is not as a thought or through its ideas as such, at least not in the way thoughts and ideas are protected as speech. Its place in abuse requires understanding it more in active than in passive terms, as constructing and *performative* rather than as merely referential or connotative», C.A. MACKINNON, *Only Words*, cit., p. 21 (corsivi nostri).

²⁷⁰ C.A. MACKINNON, «Not a Moral Issue», in *Yale Law and Policy Review*, 2, 2, 1984, pp. p. 321-345, p. 326.

²⁷¹ A. ALTMAN, «Liberalism and Campus Hate Speech: A Philosophical Examination», in *Ethics*, 103, 1993, pp. 302-317, pp. 309-310.

²⁷² R. LANGTON, «Speech Acts and Unspeakable Acts», cit., p. 303.

²⁷³ J.L. AUSTIN, *How to Do Things with Words*, cit., pp. 152-156.

tengono alla categoria generale degli *speech acts* di natura *autoritativa*: essi, in sostanza, richiedono come condizione di felicità la posizione di autorità di una persona (o un gruppo di persone) nei confronti del proprio obiettivo. La posizione di autorità, ovviamente, può talvolta essere socialmente riconosciuta (come, ad esempio, nel caso del legislatore, del pubblico ufficiale, ecc.), oppure essere risultante da strutture di *dominazione sociale*. È evidente, dunque, la coerenza di tale approccio con quello neo-repubblicano della non-dominazione e il rifiuto della teoria liberale della libertà come non-interferenza (cfr. *supra*, CAP. 2).

Secondo Langton, pertanto, la pornografia in quanto atto illocutorio dipinge le donne come socialmente inferiori (atto di *ranking*), in quanto oggetti di desiderio (pornografia come *verditivo*). Inoltre, essa legittima comportamenti discriminatori (atto di *discrimination*) contro le donne, in quanto il messaggio di subordinazione in essa contenuto costituisce una rappresentazione di come dovrebbe funzionare la realtà (pornografia come *esercitivo*)²⁷⁴. Tuttavia, per essere un atto illocutorio *felice*, la pornografia deve rispettare anche la generale condizione di felicità degli atti autoritativi: la *posizione di autorità* di colui che pone in essere l'atto. Langton riporta come il pensiero liberale tenda ad impostare la questione in maniera diversa da quello tipico della critica femminista: il primo, infatti, sostiene il gruppo dei commercianti di pornografia come la “minoranza oppressa” dal moralismo²⁷⁵; quella femminista, al contrario, vede in esso un esponente del sesso dominante²⁷⁶.

Questo ragionamento, come si accennava, è stato applicato da Langton anche all'*hate speech*²⁷⁷. La questione della necessaria condizione di autorità può portare a domandarsi se, in casi in cui essa non sia formalmente precostituita, siano ugualmente rispettate le condizioni affinché possa verificarsi la subordinazione come atto intrinseco all'*hate speech*: si pensi, in particolare, ai casi di discorso d'odio “ordinario”, non pronunciato, cioè, da soggetti che detengono particolari poteri o che si trovano in particolari posizioni di autorità (come lo Stato).

In risposta a questa questione, vi è chi, come Ishani Maitra, ha sostenuto che l'autorità non costituisce un requisito da possedere necessariamente *prima* del compimento dell'atto linguistico di *hate speech*²⁷⁸: in certi casi, infatti, l'autorità si acquisisce in virtù delle particolari condizioni della situazione, potendosi trattare di un'autorità derivata (per concessione o per omissione), o per mera autorizzazione fattuale. Come ha efficacemente sostenuto Mary Kate McGowan (che riporta l'esempio del cartello ‘Whites Only’ in un esercizio commerciale aperto

²⁷⁴ R. LANGTON, “Speech Acts and Unspeakable Acts”, cit., p. 307. Sugli atti discriminatori come esercitivi, cfr. M.K. MCGOWAN, “On ‘Whites Only’ Signs and Racist Hate Speech: Verbal Acts of Racial Discrimination”, I. MAITRA, M.K. GOWAN (eds.), *Speech and Harm: Controversies over Free Speech*, cit., pp. 121-145, p. 126.

²⁷⁵ E ciò anche a partire dal rigetto dell'approccio illocutorio: «Within the confines of this approach, to say that pornography is an act against women is seen as metaphorical or magical, rhetorical or unreal, a literary hyperbole or propaganda device», C.A. MACKINNON, *Only Words*, cit., p. 11.

²⁷⁶ R. LANGTON, “Speech Acts and Unspeakable Acts”, cit., p. 311.

²⁷⁷ R. LANGTON “Beyond Belief: Pragmatics in Hate Speech and Pornography”, in I. MAITRA, M. MCGOWAN (eds.), *Speech and Harm: Controversies over Free Speech*, cit., pp. 72-93. Cfr. anche A. BROWN, *Hate Speech Law. A Philosophical Examination*, Routledge, New York, 2015, pp. 76-78.

²⁷⁸ I. MAITRA, “Subordinating Speech”, cit., p. 96, la quale afferma: «[A] speaker can come to have authority even when they *lack* it prior to speaking». Cfr. anche le pp. 104-117. Cfr., sul punto, A. BROWN, *Hate Speech Law. A Philosophical Examination*, cit., pp. 78-79.

al pubblico), a partire da questa struttura vi sono pratiche che costituiscono un atto discriminatorio a tutti gli effetti, non rientranti sotto la protezione del Primo Emendamento, anche se sono percepite dal proprietario come un messaggio politico: il solo fatto che un messaggio possieda contenuto politico non è sufficiente a garantirgli la protezione della libertà d'espressione²⁷⁹. Sulla base dell'esempio del cartello, McGowan concentra la propria riflessione sugli atti linguistici illocutori di natura *esercitiva*, ovvero quelli che fissano determinate regole: tali atti cambiano le regole del contesto in cui si inseriscono le azioni al punto tale da modificarlo, permettendo o non permettendo comportamenti successivi²⁸⁰.

Anche Langton, in un lavoro più recente e dopo le precisazioni di Maitra, giunge a riconoscere l'esistenza di una «accommodation as a source of authority»: in determinati contesti, taluni soggetti riescono felicemente (in senso austiniano) ad arrogarsi un ruolo di autorità su altri soggetti dipendendo dal contesto particolare, se non vengono fermati²⁸¹. Ciò che conta, quindi, non è tanto detenere un'autorità formale, previa al compimento dell'atto linguistico di subordinazione: l'autorità, infatti, può essere acquisita attraverso pratiche discorsive. È in questo senso che si comprende la riflessione di Langton sul carattere *performativo* dell'*hate speech*²⁸². Il discorso d'odio, secondo l'autrice, *genera* una sorta di autorità – la quale, tuttavia, come si è visto, necessita comunque di una qualche pratica sociale in qualche modo in parte già consolidata, pur non in maniera formale – nell'affermare l'accettabilità di determinati comportamenti, “auto-abilitandosi” e “normalizzandosi”²⁸³. L'autorità dell'*hate speech*, dunque, è l'autorità informale di una pratica sociale²⁸⁴.

Tuttavia, è necessario sottolineare come nelle riflessioni delle autrici si tralasci una questione fondamentale. Si pensi, infatti, al caso dell'uomo anziano che, su un vagone metro di New York, attacca una donna che porta il velo dicendole «Torna a casa, terrorista!». In questo caso, è pur vero che si verifica una situazione di autorizzazione fattuale da parte degli

²⁷⁹ M.K. MCGOWAN, “On ‘Whites Only’ Signs and Racist Hate Speech: Verbal Acts of Racial Discrimination”, cit., pp. 125-126.

²⁸⁰ Ivi, pp. 131-132. Si noti che l'autrice tenta di risolvere il problema dell'autorità facendo leva sulla propria nozione di «*conversational exercitives*», sostenendo che l'autorità non è un requisito necessario, tesi che tuttavia non verrà discussa in questa sede, poiché si ritiene che diverga parzialmente dal nucleo della questione. Per un approfondimento, cfr. M.K. MCGOWAN, “Conversational Exercitives and the Force of Pornography”, in *Philosophy and Public Affairs*, 31, 2003, pp. 155-189; ID., “Conversational Exercitives: Something Else We Do with Our Words”, in *Linguistics and Philosophy*, 27, 2004, pp. 93-111. Sugli esercitivi in McGowan, cfr. A. BROWN, *Hate Speech Law. A Philosophical Examination*, cit.: «McGowan believes that racism is a ‘norm-governed’ activity and that some contributions to this activity [...] can ‘enact’ facts about what is subsequently permissible or impermissible within the activity. This means that participants in a social practice of racism can, by their utterances, enact facts about the permissibility of certain sorts of behavior within that activity», (pp. 86-87).

²⁸¹ Si veda R. LANGTON, “The Authority of Hate Speech”, in J. GARDNER, L. GREEN, B. LEITER, *Oxford Studies in Philosophy of Law*, vol. III, Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 123-152.

²⁸² Ivi, pp. 123-124, ove l'autrice afferma che l'*hate speech* «is in large part ‘performative’ [...]. Certain authoritative sayings can subordinate social groups, placing people in hierarchies, depriving them of powers and rights, and legitimating certain treatment of them. Such harms are achieved, in part, through the authority of the saying».

²⁸³ «The ability to perform illocutionary acts can be viewed as a measure of authority, a measure of political power», R. LANGTON, “Speech Acts and Unspeakable Acts”, cit., p. 316.

²⁸⁴ R. LANGTON, “The Authority of Hate Speech”, cit., p. 128. Sul punto, cfr. L. TIRRELL, “Genocidal Language Games”, in I. MAITRA, M.K. GOWAN (eds.), *Speech and Harm: Controversies over Free Speech*, cit., pp. 174-221.

altri passeggeri del vagone, i quali rimangono in silenzio. Eppure, se gli astanti invece intervenissero per sventare la pratica odiosa, non si potrebbe definire quell'atto come un atto di *hate speech* poiché essi avrebbero impedito all'uomo anziano di esercitare un'autorità fattuale? Ciò che le autrici tralasciano, in questo esempio, è il fatto che l'uomo anziano è un *uomo bianco americano*: è questa sua condizione a collocarlo in una posizione di dominazione sociale (come peraltro aveva già riconosciuto Langton), che ricollega la propria posizione ad una condizione privilegiata rispetto a quella della donna. Talune posizioni di subordinazione sono implicite per coloro che esperiscono la discriminazione derivante dall'appartenere ad una società fondata su rapporti di dominazione (cfr. *infra*, § 5.3). L'*hate speech*, pertanto, nella prospettiva adottata in questa sede non genera l'autorità del soggetto dominante, bensì contribuisce a rafforzarla in maniera illocutoria. Esso può anche creare una situazione di autorità laddove prima non esisteva; e tuttavia, affinché si tratti di *hate speech*, tale esercizio di autorità deve essere effettuato nei confronti di un gruppo vulnerabile discriminato o che si intende discriminare.

b) *La tesi perlocutorio-illocutoria*. — Così come presenta una dimensione illocutoria, l'*hate speech* è costituito, secondo Langton, anche da una dimensione *perlocutoria*. L'analisi di Langton, da questo punto di vista, sostiene che il *silencing effect* della pornografia impedisce alle donne di 'fare cose con le parole' [*do things with words*]²⁸⁵, richiamandosi a Austin. «If speech is action, then silence is failure to act»²⁸⁶. In questo senso, l'assenza di potere come *silencing effect* derivante dall'essere vittima di pratiche discorsive odiose si manifesta nei termini di un'impossibilità di compiere atti linguistici performativi. Seguendo la tripartizione di Austin, Langton analizza i tre possibili modi in cui si può essere "zittiti" attraverso l'utilizzo, o l'impossibilità di utilizzo, di *speech acts*²⁸⁷:

a) silenzio *locutorio*: si tratta del silenzio che si ottiene quando i membri di un gruppo senza potere non parlano, non protestano affatto, poiché pensano che sia inutile;

b) silenzio *perlocutorio*: si tratta del silenzio delle persone che, al contrario, protestano, ma falliscono nell'ottenere effetti perlocutori. È il caso, ad esempio, della protesta che non convince. L'impossibilità dell'effetto, in questo caso, dipende dall'appartenenza ad una particolare classe sociale non dominante;

c) silenzio *illocutorio* («*illocutionary disablement*»): si tratta di quel particolare tipo di silenzio che si verifica quando le persone parlano, ma falliscono non solo nell'ottenere gli effetti a cui aspirano, ma nel porre in essere la vera e propria azione discorsiva. Si pensi al mancato rispetto delle condizioni di felicità austiniane: l'atto illocutorio è infelice. In questo caso, è necessario che si presenti la "condizione di infelicità": se la condizione di felicità dell'atto che zittisce perché subordina è la condizione di autorità, la condizione di infelicità per cui talune persone tentano di porre in essere un atto illocutorio ma non vi riescono è l'*assenza di autorità*. La presenza di determinate convenzioni e pratiche sociali di subordinazione, come ad

²⁸⁵ Cfr. J. HORNSBY, R. LANGTON, "Free Speech and Illocution", cit., p. 21.

²⁸⁶ R. LANGTON, "Speech Acts and Unspeakable Acts", cit., p. 314.

²⁸⁷ Ivi, p. 315. Sull'*illocutionary disablement* come lettura di MacKinnon, cfr. anche J. HORNSBY, R. LANGTON, "Free Speech and Illocution", cit., pp. 26-27.

esempio quella relativa alla dominazione del maschile sul femminile, rende determinati atti linguistici «unspeakable»²⁸⁸.

Ciò significa che, per quanto la persona possa effettivamente (“fisicamente”) parlare – non le sia, cioè, imposto un silenzio locutorio –, il suo tentativo di *speak up against*, di *counterspeech* (cfr. *infra*, § 4.2.5; 6.5.1; 6.5.7; 6.5.8) risulta vacuo, illocutoriamente non felice, poiché non presenta la forza giusta, che sussisterebbe se quella persona possedesse in ruolo di autorità – sostenuto dalle pratiche sociali – che invece non possiede. È in questo senso che si comprende l’affermazione di MacKinnon per cui «[t]he free speech of men silences the free speech of women. It is the same goal, just other *people*»²⁸⁹.

In relazione alla pornografia, Langton sostiene che in taluni contesti il «No!» pronunciato da una donna come forma di manifestazione dell’insussistenza del consenso al rapporto sessuale fallisca dal punto di vista *perlocutorio*, poiché non ottiene l’effetto di persuadere l’uomo a non continuare. Tuttavia, è possibile riportare l’analisi anche al livello *illocutorio*: in certi casi, sostiene Langton, il «No!» fallisce dal punto di vista illocutorio non già solo in relazione alle sue conseguenze, ma proprio in quanto esso *non viene percepito come un no*.

«She says “no”. She performs the appropriate locutionary act. She means what she says. She intends to refuse. She tries to refuse. But what she says *misfires*. Something about her, something about the role she occupies, prevents her from voicing refusal. Refusal—in that context—has become unspeakable for her. In this case refusal is not simply frustrated but *disabled*»²⁹⁰.

A partire da MacKinnon, dunque, Langton sostiene come la pornografia consista in costanti tentativi di legittimazione dello stupro, in contesti in cui dire «No!» viene in realtà percepito come un invito a continuare. Nella riflessione di MacKinnon, infatti, talune pratiche discorsive generano un clima comunicativo in cui vengono poste nuove condizioni di felicità (o infelicità)²⁹¹: le parole pronunciate nelle pratiche pornografiche rimodulano le condizioni di felicità così da rendere impossibile alla donna il rispetto di esse per compiere atti illocutori.

²⁸⁸ R. LANGTON, “Speech Acts and Unspeakable Acts”, cit., p. 319. Sul punto pare concordare R. Kukla, che sostiene che gli status normativi prodotti dagli atti linguistici hanno natura materiale e sociale: ciò significa che, da un lato, essi intervengono su una realtà già di per sé determinata da convenzioni sociali, dunque nell’ambito di comportamenti già normati e, dall’altro, influiscono materialmente su quella realtà creando altrettante pretese normative di carattere sociale. La normatività degli *speech acts*, dunque, è sia di «input» sia di «output»: Cfr. R. KUKLA, M. LANCE, ‘Yo!’ and ‘Lo!’. *The Pragmatic Topography of the Space of Reasons*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2008, pp. 14-18.

²⁸⁹ C.A. MACKINNON, *Feminism Unmodified*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1987, p. 156.

²⁹⁰ R. LANGTON, “Speech Acts and Unspeakable Acts”, cit., p. 321 (corsivi nostri). Cfr. anche J. HORNSBY, R. LANGTON, “Free Speech and Illocution”, cit., p. 28.

²⁹¹ «This is only to say the obvious: just as language shapes social reality, the social reality of language in use determines what it conveys and means and does, such that to say that these words do not have this meaning or do these things is to say that this social reality does not exist», C.A. MACKINNON, *Only Words*, cit., pp. 59-60. Ciò pare, in parte, concordare con la teoria della «discursive injustice» di R. Kukla: «Discursive injustice occurs when our loss of control over our speech comes from our inability to mobilize conventions in the standard way, resulting in a failure of agency that tracks and enhances social disadvantage», R. KUKLA, “Performative Force, Convention, and Discursive Injustice”, in *Hypatia. A Journal of Feminist Philosophy*, 29, 2, 2014, pp. 440-457, p. 455. Secondo l’autrice, in taluni casi l’appartenenza a gruppi sociali svantaggiati impedisce di “prendere sul serio” gli atti linguistici che le persone che vi appartengono compiono, verificandosi uno “spostamento di significato” rispetto a ciò che esse intendevano porre in essere. Kukla, in particolare, tra gli altri esempi avanza quello della

La pornografia, dunque, viene analizzata nei termini di una pratica che “zittisce” le donne a livello *illocutorio*: tale *silencing-effect*, tuttavia, pur agendo sul livello illocutorio della pratica discorsiva, è presentato come un effetto *perlocutorio* del discorso d’odio.

In questo caso, si ha una questione di conflitto tra *libertà* e *libertà*: la libertà dei produttori e consumatori di materiale pornografico di produrre e consumare tale materiale e la libertà delle donne di esercitare la propria capacità illocutoria, messa in pericolo proprio da quel materiale. Da ciò Langton fa derivare la propria critica all’argomento liberale del *marketplace of ideas*: per prima cosa, poiché tale modello concentra la propria attenzione sulle idee, senza tenere in considerazione le azioni; in secondo luogo, poiché esso non tiene in considerazione la reale possibilità – e dunque *libertà di* – di talune persone di esprimersi²⁹².

Proprio la critica al modello del *marketplace of ideas*, così come l’idea del silenzio illocutorio, ha aperto Langton ad una critica da parte di Daniel Jacobson, che esemplifica l’obiezione liberale alla sua impostazione. Jacobson, infatti, sostiene che in Mill il *free speech* ha per oggetto gli atti *locutori*²⁹³. Dunque, secondo la sua interpretazione di Mill, «we can prohibit certain illocutionary acts (such as incitement to riot) without prohibiting the expression of any idea»²⁹⁴. La giustificazione per la proibizione degli atti illocutori, infatti, è data in Mill (secondo Jacobson) dall’esempio dei *corn dealer* (cfr. *supra*, § 3.2.1).

Egli afferma che il concetto di «illocutionary disablement» è interessante, nella misura in cui dà un nuovo significato al *silencing effect* che, prima di Langton, era sempre stato dipinto in maniera retorica e confusa. Tuttavia, egli individua alcuni problemi nell’applicazione dell’argomento da parte di Langton. Innanzitutto, pur riconoscendo lo “svantaggio” delle donne «illocutionary disabled» dalla pornografia, egli ricorda che «freedom of expression is not the freedom of illocutionary acts»²⁹⁵: la libertà d’espressione non andrebbe misurata nella capacità di pronunciare atti illocutori. Il secondo luogo, Jacobson porta il suo argomento all’estremo, sostenendo che, dal punto di vista di Langton, una donna non potrebbe realmente dirsi vittima di stupro, se fallisce nell’atto illocutorio del rifiuto: dove non ci sarebbe rifiuto, dunque, non ci sarebbe stupro, ciò che porterebbe ovviamente a conseguenze aberranti²⁹⁶. Il *disablement*, dunque, va valutato solo in termini perlocutori – l’incapacità di ottenere le conseguenze desiderate, ovvero che l’uomo cessi la propria azione – e non in termini illocutori.

Tale critica è stata oggetto di risposta, da parte di Langton e Hornsby: entrambe hanno sostenuto, infatti, che «Jacobson conflates a condition necessary for refusal with a condition

donna manager di un gruppo di uomini in un’impresa, i cui ordini vengono presi dagli uomini non come ordini ma come richieste, ponendo in essere pratiche che si rivoltano contro il significato che gli atti linguistici illocutori della donna dovrebbero avere: cfr. R. KUKLA, “Performative Force, Convention, and Discursive Injustice”, cit., pp. 445-448. La riflessione di Kukla porta alle estreme conseguenze la nozione di «ingiustizia epistemica» di M. FRICKER, *Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

²⁹² R. LANGTON, “Speech Acts and Unspeakable Acts”, cit., pp. 327-328.

²⁹³ «Free speech, as glossed by Mill, is roughly the freedom of locutionary acts: any opinion, however repugnant, may permissibly be expressed, though not in any possible context, D. JACOBSON, “Freedom of Speech Acts? A Response to Langton”, cit., p. 71.

²⁹⁴ *Ibidem*.

²⁹⁵ *Ivi*, pp. 75-76 (corsivi nostri).

²⁹⁶ *Ivi*, p. 77.

sufficient for consent»²⁹⁷. Secondo le autrici, il problema nel caso dello stupro è che il fallimento di un atto illocutorio non significa assolutamente il successo del suo atto illocutorio contrario. Per quanto riguarda, poi, la questione della libertà d'espressione, Hornsby sottolinea come la posizione di Langton non possa essere qualificata come la difesa di una libertà d'espressione *illocutoria tout court*: se così fosse, infatti, il suo argomento avrebbe finito per difendere la pornografia, che costituisce un atto illocutorio (di subordinazione). Tuttavia, Langton (e Hornsby) sostengono una diversa interpretazione di Mill: nella loro lettura, non è possibile sostenere che il filosofo inglese circoscrivesse la libertà d'espressione al solo campo locutorio. Secondo Mill, infatti, la diffusione della verità richiedeva un'*audience*, qualcuno disposto ad ascoltarla. Pertanto, concepire la libertà d'espressione significa riconoscerne una fondamentale dimensione *illocutoria*²⁹⁸. Inoltre, esse evidenziano come l'esempio milliano dei *corn dealers* non costituisca un esempio illocutorio, bensì, al contrario, perlocutorio²⁹⁹.

Il *free speech* possiede dunque un'irriducibile dimensione *illocutoria*:

«A locutionary conception of speech is not what one needs unless one thinks that all of the value of free speech resides in people's ability to make noises that are recognizable as speech. The value of free speech surely resides in fact in people's ability to be recognized as doing what they mean to be doing in making noises—to be communicating. *Caring about free speech is a matter of caring about people's powers of doing things with words, including illocutionary, communicative things.* [...] There is a distinctively human capacity that one has as a member of a speech community: one is able to do things with words [...]. Possession of this capacity [...] is necessary for any individual to flourish as a knowledgeable being»³⁰⁰.

Peraltro, nell'applicazione delle sue teorie all'*hate speech*, Langton svolge una lettura "austiniana" della Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale (ICERD):

«What is going on, in hate speech, as described by the UN [...]? According to the UN description, racial hate speech disseminates ideas based on racial superiority; it promotes racial hatred and discrimination—'promotes' in a causal sense. It also incites racial discrimination and hatred, and promotes racial hatred and discrimination—'promotes' in an advocacy sense. *In terms that J. L. Austin made famous, there appear to be both illocutionary and perlocutionary dimensions to hate speech*»³⁰¹.

Langton analizza l'*incitamento* all'odio come una forma di atto linguistico illocutorio e perlocutorio insieme, sostenendo che i verbi *incite*, *promote*, *advocate* contengono sia la prima dimensione, poiché costituiscono l'azione dell'incitamento, della promozione e della giustificazione dell'odio semplicemente quando vengono pronunciati, ma al contempo si richiamano a conseguenze perlocutorie.

²⁹⁷ J. HORNSBY, R. LANGTON, "Free Speech and Illocution", cit., p. 31. Sul silenzio illocutorio in Hornsby, cfr. J. HORNSBY, "Illocution and its significance", cit., p. 200.

²⁹⁸ J. HORNSBY, R. LANGTON, "Free Speech and Illocution", cit., p. 34.

²⁹⁹ «As Mill conceived his example they are perlocutionary acts. A riot is in an obvious sense an extralinguistic consequence of a piece of speech. [...] In drawing the line at instigating riots, Mill did not draw the line at locution. Mill never denies anyone a right (for instance) to say *and be taken as saying*, that the corn dealers are starves of the poor: he never denies a right to illocution», ivi, p. 34.

³⁰⁰ Ivi, p. 37 (corsivi nostri).

³⁰¹ R. LANGTON, "Beyond Belief: Pragmatics in Hate Speech and Pornography", cit., p. 75 (corsivi nostri).

Vi è, inoltre, una considerazione avanzata da Langton piuttosto utile: mentre l'ICERD descrive come interlocutore dell'*hate speech* un soggetto costituito, a ben vedere, da *altri soggetti razzisti*, occorrerebbe che la Convenzione stessa riflettesse anche sul caso dell'*hate speech* che, invece, ha come interlocutore le vittime stesse. L'ICERD, dunque, non tiene in considerazione l'«assaultive hate speech»³⁰².

Inoltre, portando a maturazione le proprie idee sulla pornografia, Langton si è unita a quelle voci che sostengono la necessità di includere il sesso tra le categorie la cui appartenenza può risultare nell'essere vittima di *hate speech*³⁰³. La pornografia, infatti, veicola messaggi d'odio nella misura in cui esprime messaggi di subordinazione delle donne nei confronti degli uomini, le dipinge come esseri deboli, oggetti sessuali e via dicendo. Si tratta, pertanto, di una pratica che contribuisce a modificare non solamente le credenze sociali, bensì anche il desiderio sessuale. Analogamente alla pornografia, secondo Langton, anche l'*hate speech* modifica, attraverso le credenze sociali, anche i “desideri sociali”, ovvero le attitudini – in questo caso negative – nei confronti delle vittime, diffondendo l'odio³⁰⁴.

Langton applica la propria teoria anche alla questione dell'*hate speech* razziale, concentrandosi, in particolar modo, sul discorso d'odio perpetrato attraverso l'utilizzo di offese ed epiteti denigratori di matrice razzista, fondati su una relazione di superiorità performativa dei bianchi rispetto ai neri. Questi, secondo Langton, non devono essere analizzati per il loro contenuto, bensì per ciò che *fanno*, ovvero nel senso di *speech acts* che, in virtù del loro potenziale illocutorio e perlocutorio insieme, consentono di perseguire ed offendere.

«In Austin's terms, hate speech can be an illocution that *persecutes* and *degrades*; or *incites* or *promotes* hatred, discrimination, violence. It is typically a more ordinary illocution as well: perhaps it *asserts* that there is a Jewish conspiracy, that hate will bring victory, that whites are superior; *orders* blacks to keep away. And it is typically a *perlocutionary* act that achieves effects, including changes in hearers' beliefs, emotions, and actions. But its illocutionary aspect is distinct from its locutionary content, and from its perlocutionary effects. Austin's distinction between illocutionary and perlocutionary acts offers a way to distinguish speech that *constitutes* racial oppression, and speech that *causes* racial oppression»³⁰⁵.

Anche per l'*hate speech*, quindi, Langton analizza la possibilità di distinguere tra l'approccio illocutorio e l'approccio perlocutorio. In particolare, l'approccio illocutorio permette di guardare all'azione in sé, piuttosto che alle sue conseguenze. Si lascino da parte i casi di *hate speech propaganda* e si pensi, come fa Langton, al caso di un cartello in un ristorante che esibisce la scritta “Whites only”:

«Speech like this is not, or not solely, assault-like or propaganda-like, nor does the label “hate speech” capture the core of what is done. Its point is to enact, or help enact, a system of racial oppression: it authoritatively *ranks* a certain group as inferior, *deprives* them of powers and rights, *legitimizes* discrimination against them. Speech that does these things has, perhaps, the illocutionary force of *subordination*»³⁰⁶.

³⁰² Ivi, p. 77.

³⁰³ Cfr., ad esempio, C. ITZIN (ed.), *Women, Violence and Civil Liberties*, Oxford University Press, Oxford, 1993; S. EASTON, “Pornography as Incitement to Sexual Hatred”, in *Feminist Legal Studies*, 3, 1995, pp. 89-104.

³⁰⁴ R. LANGTON, “Beyond Belief: Pragmatics in Hate Speech and Pornography”, cit., pp. 86-90.

³⁰⁵ R. LANGTON, S. HASLANGER, L. ANDERSON, “Language and Race”, in G. RUSSELL, D. GRAFF FARA (eds.), *The Routledge Companion to Philosophy of Language*, Routledge, London, 2012, pp. 753-767, p. 758.

³⁰⁶ Ivi, p. 758.

L'argomento della subordinazione e il relativo approccio illocutorio, dunque, così come si è visto per la pornografia, vengono da Langton applicati anche all'*hate speech*.

A partire da questo argomento, Langton distingue tre tipi di *hate speech*: 1) «assault-like», che fa riferimento ai casi in cui il discorso d'odio è utilizzato per offendere e insultare, direttamente la vittima; 2) «propaganda-like», categoria su cui è incentrata l'ICERD, che mira a punire i casi di incitamento all'odio e si rivolge agli altri *haters*; 3) «authoritative subordinating», che mira alla subordinazione del soggetto a cui è rivolto attraverso l'utilizzo di una posizione di autorità³⁰⁷. Inoltre, anche al caso della razza Langton pare suggerire la possibilità di applicare la propria riflessione in tema di *silencing effect*: «If someone is unable to perform certain illocutions because of their race, might that be a kind of illocutionary disablement?»³⁰⁸.

c) *La preminenza dell'approccio illocutorio*. — Per concludere brevemente, l'analisi di Langton risulta piuttosto fertile per il tema oggetto del presente lavoro.

Essa, innanzitutto, ha permesso di spiegare nel dettaglio gli approcci *illocutorio* e *perlocutorio-illocutorio*, sottolineando come il primo generi una nozione di subordinazione, mentre il secondo possa condurre all'analisi di un *illocutionary disablement*. Proprio quest'ultima nozione, tuttavia, permette di comprendere come in Langton la dimensione illocutoria rimanga prioritaria: anche nell'analizzare le conseguenze perlocutorie, infatti, ella si sofferma sul carattere illocutorio del silenzio come conseguenza della subordinazione.

In questo senso, Langton contribuisce alla definizione dei due approcci al problema dell'*hate speech*: da un lato, quello che concepisce la questione in termini di conflitto tra *libertà* e *uguaglianza*; dall'altro, al contrario, quello che la dipinge nei termini di un conflitto tra *libertà* e *libertà*. Essi non risultano totalmente antitetici, bensì rappresentino due facce della stessa medaglia e, anzi, due strumenti, parimenti utili, per riflettere sulla possibilità di regolazione del fenomeno a livello giuridico.

Proprio in relazione a tale regolazione, la posizione proibizionista di Langton permette di evidenziare l'esistenza di forme molto diverse tra loro di *hate speech*, così come il fatto che, a livello internazionale, pare che si privilegi un tipo particolare di definizione di discorso d'odio, sotto una luce *perlocutoria*, mancando, probabilmente, una trasposizione normativa delle riflessioni – provenienti soprattutto da ambienti critici del liberalismo – che tengono in considerazione le dimensioni di subordinazione del fenomeno, secondo un approccio *illocutorio* (cfr. *supra*, § 4.2.2; e *infra*, § 5.3).

Langton, infatti, pare riuscire a “superare” la tradizionale distinzione tra approcci illocutori e approcci perlocutori, proponendo una visione capace di tenere insieme le due dimensioni. Inoltre, ella pare informare il proprio *account* ad una concezione maggiormente neo-repubblicana della libertà d'espressione, poiché richiede che lo Stato intervenga a proibire l'*hate speech* al fine di *agevolare* la libertà d'espressione e permettere ai soggetti una libertà illocutoria («freedom of illocutionary acts»). Ella, infatti propone di risolvere la questione nei

³⁰⁷ Ivi, p. 759.

³⁰⁸ Ivi, p. 760.

termini di un conflitto tra due libertà, come visto: ciò pare coerente con l'*account* della libertà dalla dominazione, che, come si è visto in precedenza (cfr. *supra*, § 2.6), percepisce le questioni di uguaglianza come *interne* alle questioni della libertà stessa. L'*hate speech*, in particolare quello che consiste in un atto linguistico di subordinazione illocutoria, contribuire a creare una situazione sociale in cui alle vittime viene assegnato un *social standing* inferiore. In questo senso, il discorso d'odio contribuisce alla dominazione delle vittime dell'*hate speech*.

4.2.5 – Judith Butler e la performatività duale

«When we claim to have been injured by language, what kind of claim do we make? We ascribe an agency to language, a power to injure, and position ourselves as the objects of its injurious trajectory. We claim that language acts, and acts against us, and the claim we make is a further instance of language, one which seeks to arrest the force of the prior instance. Thus, we exercise the force of language even as we seek to counter its force, caught up in a bind that no act of censorship can undo»³⁰⁹.

Numerosi approcci contemporanei che utilizzano la teoria della performatività sono in parte debitori della *queer theory*, emergente dall'intersezione tra le teorie femministe, poststrutturaliste e psicoanalitiche³¹⁰. Inevitabilmente, entro quest'ambito, ci si scontra con le riflessioni di Judith Butler: l'autrice, in alcuni testi-chiave – *Gender Trouble*³¹¹, *Bodies that Matter*³¹² e, poi, *Excitable Speech*³¹³, che possono essere attribuiti alla «prima» Butler³¹⁴ – tenta di dare nuova forma agli approcci performativi in direzioni che comprendono una vasta gamma di temi³¹⁵, in opposizione all'approccio politico dell'identità (*identity politics*³¹⁶).

³⁰⁹ J. BUTLER, *Excitable Speech. A Politics of the Performative*, Routledge, New York, 1997, p. 1.

³¹⁰ S. SALIH, *Judith Butler*, Routledge, London, 2002, p. 8. Cfr. S.A. CHAMBERS, T. CARVER, *Judith Butler and Political Theory. Troubling Politics*, Routledge, New York, 2008, p. 4. La concezione del *queer* in Butler è stata definita come «la constatación de un hecho vital en contraste con la normalización de la representación», M.L. FEMENÍAS, R. CASALE, «Butler: ¿Método para una ontología política?», in *Isegoría*, numero speciale su *Judith Butler: política y performatividad*, 56, 2017, pp. 39-60, p. 49.

³¹¹ J. BUTLER, *Gender Trouble. Feminism and the Subversion of Identity* [1990], Routledge, New York & London, 1999. La pubblicazione di *Gender Trouble* collocò Judith Butler tra gli accademici il cui lavoro aveva avuto più influenza nella cultura popolare negli anni '90 secondo *The Face*: M. LLOYD, *Judith Butler: From Norms to Politics*, cit., pp. 1-2. Cfr., inoltre, E. LOIZIDOU, *Judith Butler. Ethics, Law, Politics*, cit., pp. 1-5; B. SCHIPPERS, *The Political Philosophy of Judith Butler*, Routledge, New York, 2014, pp. 1-2; S.A. CHAMBERS, T. CARVER, *Judith Butler and Political Theory. Troubling Politics*, cit., pp. 2-3; V. KIRBY, *Judith Butler. Live Theory*, Continuum, London, 2006, pp. 19-20.

³¹² J. BUTLER, *Bodies that Matter. On the Discursive Limits of Sex*, Routledge, New York & London, 1993.

³¹³ J. BUTLER, *Excitable Speech. A Politics of the Performative*, cit.

³¹⁴ B. MANN, *Women's liberation and the sublime: Feminism, postmodernism, environment*, Oxford University Press, New York, 2006, p. 7. Analogamente, B. SCHIPPERS, *The Political Philosophy of Judith Butler*, cit., pp. 2-3, parla in termini di «early Butler» riferendosi agli scritti di Butler prima del 2001: dopo il 2001, secondo l'autrice, si percepisce in Butler un cambio nei temi trattati. Nelle opere successive, infatti, Butler si preoccuperà maggiormente di questioni etiche e politiche: cfr. L. NELSON, «Engaging Butler. Subjects, Cernment, and the Ongoing Limits of Performativity» in M.R. GLASS, R. ROSE-REDWOOD (eds.), *Performativity, Politics, and the Production of Social Space*, cit., pp. 61-94.

³¹⁵ J. LOXLEY, *Performativity*, cit., pp. 112-113. La vastità dei temi affrontati ha dato origine ad un utilizzo delle teorie di Butler in vari campi scientifici: cfr. E. LOIZIDOU, *Judith Butler. Ethics, Law, Politics*, cit., p. 157.

³¹⁶ «*Identity politics*», nel linguaggio accademico anglofono, è il termine che si utilizza per descrivere quei movimenti di riconoscimento dei diritti fondati sull'identità dei soggetti volti ad orientare le politiche collettive, M. LLOYD, *Judith Butler: From Norms to Politics*, cit., p. 2.

Lo scopo di Butler è quello di «*outline a more general theory of the performativity of political discourse*»³¹⁷. Al centro del lavoro di Butler, infatti, sta la domanda se gli esseri umani siano «*linguistic beings [...] who require language in order to be*»³¹⁸. A partire da questa premessa per assurdo, Butler tenta di dimostrare che, se fosse così, l'essere umano sarebbe costantemente vittima del potere performativo, che condizionerebbe ogni sua decisione.

Sonia Reverter-Bañón ha recentemente analizzato la teoria della performatività in Butler nel senso della sua possibile suddivisione in una «*teoria speciale*», ovvero la teoria dalla quale l'autrice parte nell'elaborazione del concetto di performatività del genere (a partire da *Gender Trouble*), cronologicamente antecedente, e una «*teoria generale*». Quest'ultima consisterebbe nell'astrazione degli elementi della performatività per l'applicazione all'azione democratica, che sfocia, di recente, in *Notes Toward a Performative Theory of Assembly*³¹⁹, ove l'autrice applicherebbe concetti particolari al fine di rendere conto anche della dimensione etica e politica: «*Es lo que aquí llamamos la ampliación de la performatividad, del caso especial del género al caso general de cualquier constreñimiento normativo que posibilita o impide una vida vivible*», in cui risultano centrali i concetti di vulnerabilità e precarietà³²⁰: si tratta, in sostanza, di una «*performatividad de la agencia política*»³²¹ (*performativity come performance*).

In realtà, come si vedrà, la *teoria generale* delineata da Reverter-Bañón a partire da Butler non risulta, all'esito dell'analisi, di particolare rilevanza in questa sede, poiché essa utilizza la generalizzazione di alcuni argomenti già adottati nella *teoria speciale* nel senso della possibile estensione non ad altri casi particolari di performatività, bensì ad un concetto più ampio, che giunge a delineare una nuova teoria della performatività che non fornisce – nella prospettiva adottata in questa sede – elementi utili in vista di una loro potenziale applicazione a casi di *hate speech*.

a) *La «teoria speciale»*. — La «teoria speciale»³²² della performatività riguarda una rielaborazione del performativo maggiormente impegnata, in campo femminista, verso la decostruzione di categorie sulle quali, secondo Butler, la stessa riflessione femminista era stata sino a quel momento fondata, che nascondono una costruzione non descrittiva, bensì *normativa* del sesso femminile³²³. È bene precisare che in questa sede la teoria speciale della performatività verrà ripercorsa brevemente solamente per comprendere l'approccio di Butler che, in seguito, verrà dalla stessa autrice «esteso» al caso più generale della performatività dell'azione politica. Non si intende, dunque, effettuarne una trattazione ampia e analitica, discutendo delle

³¹⁷ J. BUTLER, *Excitable Speech. A Politics of the Performative*, cit., p. 40.

³¹⁸ Ivi, p. 1.

³¹⁹ J. BUTLER, *Notes Toward a Performative Theory of Assembly*, Harvard University Press, Harvard (Mass.), 2015.

³²⁰ S. REVERTER-BAÑÓN, «Performatividad: la teoría especial y la general», in *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*, 56, 2017, pp. 61-87.

³²¹ Ivi, p. 81.

³²² Ivi, pp. 64-70.

³²³ Cfr. M. LLOYD, *Judith Butler: From Norms to Politics*, cit., pp. 25-26.

questioni relative al sesso e al genere: piuttosto, a partire da esse, si tenterà di estrarre gli elementi ricorrenti che informano l'approccio dell'autrice, così da rendere possibile una loro comprensione in vista di un lavoro di "depurazione" della teoria della performatività butleriana dagli elementi di esclusiva applicazione alla questione del sesso per vagliare la possibile applicazione degli stessi ad altre categorie.

Secondo la teoria speciale, l'assunto per cui il genere non costituisce una caratteristica fissa, bensì una costruzione sociale³²⁴, è da applicarsi anche al sesso. A partire da un punto di vista relazionale, «what the person "is", and, indeed, what gender "is", is always relative to the constructed relations in which it is determined»³²⁵. Il genere e il sesso, dunque, sono prodotto della creazione performativa³²⁶, che permette, in un certo senso, di percepire il sesso come *prioritario* rispetto al genere³²⁷.

Nel criticare la distinzione tra sesso e genere nel senso dell'impossibilità di riferire il sesso al dato naturale, Butler critica quella che definisce, in Simone de Beauvoir, un'accettazione implicita della distinzione cartesiana tra corpo e mente, nonostante ella intendesse proporre una sintesi³²⁸. Al contrario, in Butler vi è un evidente rifiuto della teoria cartesiana³²⁹, ciò che situa Butler in una posizione complessa entro il pensiero femminista contemporaneo³³⁰.

³²⁴ Si veda, nella riflessione femminista, il percorso aperto dal noto lavoro di S. DE BEAUVOIR, *Le Deuxième Sexe*, Gallimard, Paris, 1949.

³²⁵ J. BUTLER, *Gender Trouble. Feminism and the Subversion of Identity*, cit., p. 15.

³²⁶ Butler associa la propria conclusione all'affermazione di NIETZSCHE in *On the Genealogy of Morals*: «[T]here is no 'being' behind doing, effecting, becoming; 'the doer' is merely a fiction added to the deed—the deed is everything» (translated by Walter Kaufmann, Vintage, New York, 1969, p. 45). A partire da questa affermazione, infatti, Butler sostiene analogicamente che «[t]here is no gender identity behind the expressions of gender; that identity is *performatively* constituted by the very "expressions" that are said to be its results» (J. BUTLER, *Gender Trouble. Feminism and the Subversion of Identity*, cit., p. 33; corsivi nostri).

³²⁷ Cfr. M. LLOYD, *Judith Butler: From Norms to Politics*, cit., pp. 25-32, la quale afferma che l'approccio di Butler, in questo senso, non è "nuovo": esso deriva dalle letture foucaultiane, in particolare da *The History of Sexuality* (M. FOUCAULT, "Right of Death and Power over Life", in ID., *The History of Sexuality*, vol. I, Vintage, New York, 1980). Ciò che di "nuovo" c'è in Butler è l'indagine su come il sesso interagisce con il genere (categoria, quest'ultima, cui Foucault non presta particolare attenzione) e con ciò che ella (J. BUTLER, *Gender Trouble*, cit., p. 9) definisce «heterosexual matrix», sostenendo che la relazione tra il sesso e il genere sia eteronormativa, cioè impone l'eterosessualità come norma (pp. 32-35). Cfr. anche D. COOLE, "Butler's phenomenological existentialism", in T. CARVER, S.A. CHAMBERS (eds.), *Judith Butler's Precarious Politics. Critical Encounters*, Routledge, New York, 2008, pp. 11-27, pp. 17-18.

³²⁸ J. BUTLER, *Gender Trouble. Feminism and the Subversion of Identity*, cit., p. 17.

³²⁹ M. LLOYD, *Judith Butler: From Norms to Politics*, cit., p. 68; S. SALIH, *Judith Butler*, cit., pp. 64-65; D. COOLE, "Butler's phenomenological existentialism", cit., p. 19; E. LOIZIDOU, *Judith Butler. Ethics, Law, Politics*, cit., p. 25 e pp. 142-149; S.A. CHAMBERS, T. CARVER, *Judith Butler and Political Theory. Troubling Politics*, cit., p. 38; G. BOUCHER, "The Politics of Performativity: A Critique of Judith Butler", in *Parrhesia*, 1, 2006, pp. 112-141, pp. 115-116. Anche la «seconda» Butler (ovvero la Butler degli scritti dal 2001 in poi, che non è oggetto di indagine in questa sede) si richiama a tale rifiuto della filosofia cartesiana, ponendo in discussione la separazione tra corpo e mente, in J. BUTLER, *Senses of the Subject*, Fordham University Press, New York, 2015, pp. 17-35. Per un'analisi di tale critica, cfr. I.G. GAMERO CABRERA, "Los cuerpos que somos y pensamos. Críticas de Judith Butler al escepticismo cartesiano y al constructivismo contemporáneo y aclaraciones sobre su comprensión de la existencia humana", in *Isegoría*, numero speciale su *Judith Butler: política y performatividad*, cit., pp. 145-168, pp. 146-157; E. LOIZIDOU, "The Body Figural and Material in the Work of Judith Butler", in *The Australian Feminist Law Journal*, 28, 2008, pp. 29-51.

³³⁰ Per un approfondimento circa le criticità dell'approccio di Butler entro il paradigma femminista contemporaneo, cfr. L.M.G. ZERILLI, "Feminists know not what they do: Judith Butler's gender trouble and the limits of

La teoria speciale della performatività viene quindi inaugurata dall'autrice come un metodo critico di indagine della relazione tra il sesso e il genere. In questa relazione, secondo Butler, se il genere consiste nel significato sociale (o nei significati sociali) assunto dal sesso, quest'ultimo non costituisce un dato preesistente al genere al quale i significati di genere si sommano, bensì esso viene *sostituito* da quegli stessi significati sociali che esso assume. Il genere, cioè, non costituisce un termine oppositivo rispetto al sesso: al contrario, il sesso è "assorbito" dal genere. Il significato sociale del sesso (cioè il genere) entro l'approccio discorsivo di Butler, acquista un potere performativo circa il sesso, che smaschera il suo carattere di postulato non dimostrato, risultando anch'esso in una costruzione discorsiva³³¹. Butler non accetta che il sesso sia una categoria "naturale" data³³².

Nell'analisi di questa costruzione discorsiva e performativa, Butler intende spiegare il ruolo della teoria degli atti linguistici, che si converte in una vera e propria «performative theory of gender»³³³. Ella ripercorre la catena di atti performativi che conseguono alla nascita di un essere umano: in primo luogo, quelli compiuti dal personale medico che dichiarano il/la neonato/a essere maschio o femmina. Quest'atto è analizzato nel senso della performatività nei termini di una costruzione della realtà sociale poiché, secondo l'autrice, imprime un segno sulla stessa realtà, affermando performativamente che essa sarà da quel momento in poi concepibile solo entro termini binari, in cui il sesso può prendere le forme esclusivamente e alternativamente maschili o femminili³³⁴. Si tratta, tuttavia, di una finzione: si pensi, infatti, ai casi di intersessualità, ove il neonato presenta caratteristiche genitali teoricamente appartenenti ad ambo i sessi, per citare un esempio³³⁵.

Il potere performativo applicato alla questione del sesso costituisce quindi, secondo Butler, uno strumento per mettere in discussione le tre classiche caratteristiche (ciascuna secondo un'opposizione binaria) a partire dalle quali si è sempre delineata l'identità umana: 1)

epistemology", e L.J. DISCH, "'French Theory' goes to France: trouble *dans le genre* and 'materialist' feminism – a conversation *manqué*", entrambi in T. CARVER, S.A. CHAMBERS (eds.), *Judith Butler's Precarious Politics. Critical Encounters*, cit., rispettivamente pp. 28-44 e 47-61.

³³¹ Cfr. J. BUTLER, *Bodies that Matter. On the Discursive Limits of Sex*, cit.: «[S]ex not only functions as a norm, but is part of a regulatory practice that produces the bodies it governs, that is, whose regulatory force is made clear as a kind of productive power, the power to produce [...] the bodies it controls» (p. 1).

³³² Cfr. J. LOXLEY, *Performativity*, cit., pp. 115-117; S. SALIH, *Judith Butler*, cit., pp. 49-50; P. DIGESER, *Our Politics, Our Selves? Liberalism, Identity, and Harm*, cit., pp. 48-52; D. COOLE, "Butler's phenomenological existentialism", cit., pp. 21-23; S.A. CHAMBERS, T. CARVER, *Judith Butler and Political Theory. Troubling Politics*, pp. 3-4, 28-29 e 56-61; E. STRAEHLE, "Acción, performatividad y autoridad: reflexiones desde Arendt y Butler", *Isegoría*, numero speciale su *Judith Butler: política y performatividad*, cit., pp. 223-240, pp. 226-227; M. LLOYD, "Performativity, Parody, Politics", in *Theory, Culture & Society*, 16, 2, 1999, pp. 195-213, pp. 195-198.

³³³ J. BUTLER, *Notes Toward a Performative Theory of Assembly*, cit., p. 28. Per un'analisi della «gender performativity», cioè dell'applicazione della teoria della performatività alla questione del genere, si veda M. LLOYD, *Judith Butler: From Norms to Politics*, cit., pp. 36-42.

³³⁴ Cfr. S. SALIH, *Judith Butler*, cit., pp. 77-78 e 88-90.

³³⁵ J. BUTLER, *Notes Toward a Performative Theory of Assembly*, cit., p. 28. La lettura sull'intersessualità è ormai piuttosto vasta; tuttavia, non si possono non citare: G.N. CALLAHAN, *Between XX and XY: Intersexuality and the Myth of Two Sexes*, Chicago Review Press, Chicago, 2009; J.A. GREENBERG, *Intersexuality and the Law: Why Sex Matters*, New York University Press, New York, 2012.

in primo luogo, vi è il sesso, che ha a che vedere con i cromosomi e l'anatomia, in cui l'opposizione binaria è costituita dalla possibilità che questi si conformino con l'identità alternativamente maschile o femminile (*male or female*); 2) in secondo luogo, si trova il livello dell'identità sociale o culturale, cioè del genere, ove l'opposizione binaria permette l'assegnazione di ruoli concepibili dicotomicamente entro il binario maschile-femminile (*masculine or feminine*); 3) da ultimo, si trova il livello del desiderio sessuale, anch'esso configurato entro termini binari che concepiscono solamente l'eterosessualità, ovvero l'uomo che prova attrazione sessuale verso la donna e la donna che prova attrazione sessuale verso l'uomo³³⁶. Il potere performativo del linguaggio, capace di schematizzare la realtà entro binari che non colgono la pienezza delle sfaccettature del reale, è infatti vagliato da Butler anche in relazione alla questione della sessualità, argomentando che, al pari del sesso, essa non costituisce un dato previo del soggetto e, inoltre, non se ne possa descrivere la realtà in termini di fissità³³⁷.

Inoltre, la performatività, secondo Butler, è ciò che permette la costruzione sociale dei soggetti, che secondo l'autrice *non* sono preesistenti al discorso, bensì solo attraverso il discorso giungono ad esistere: in questo senso, foucaultianamente, «juridical systems of power produce the subjects they subsequently come to represent»³³⁸. Ma in che modo avviene la produzione performativo-discorsiva dei soggetti?

«The rules that govern [...] identity, i.e., that enable and restrict the intelligible assertion of an “I”, [...] partially structured along matrices of gender hierarchy and compulsory heterosexuality, operate through *repetition*»³³⁹.

Secondo l'autrice, il potere performativo non è costituito unicamente dalla capacità di imposizione dall'esterno, attraverso l'utilizzo del linguaggio, di un significato attribuito alla realtà: quest'ultima, infatti, giunge ad acquisire quel significato performativo attraverso la *ripetizione*³⁴⁰. Si tratta della ripetizione di comportamenti che sono considerati appartenere alla categoria alla quale si è stati performativamente assegnati, processo al quale prendono parte sia i soggetti stessi, agendo secondo modalità socialmente imposte, sia gli altri soggetti da cui essi sono circondati, attribuendo a quella ripetizione un senso deontologico. Così, si assiste ad un compimento di atti performativi (di natura soprattutto discorsiva) i quali, attraverso il loro potere simbolico, impongono un contenuto normativo alla realtà consentendo la costruzione di soggetti sessuati³⁴¹.

³³⁶ I tre livelli sono oggetto di analisi in J. LOXLEY, *Performativity*, cit., p. 114.

³³⁷ J. BUTLER, *Bodies that Matter. On the Discursive Limits of Sex*, cit., pp. 93-120.

³³⁸ J. BUTLER, *Gender Trouble. Feminism and the Subversion of Identity*, cit., p. 4, con riferimento a M. FOUCAULT, “Right of Death and Power over Life”, cit. Cfr. L. NELSON, “Engaging Butler. Subjects, Cernment, and the Ongoing Limits of Performativity”, cit., pp. 61-94, p. 64. Cfr. S. SALIH, *Judith Butler*, cit., pp. 62-64.

³³⁹ J. BUTLER, *Gender Trouble. Feminism and the Subversion of Identity*, cit., p. 185.

³⁴⁰ Infatti, l'*agency* in Butler è stata descritta nei termini di una «signification, [...] [which] refers to the process that establishes the terms of intelligibility or meaning. Signification is thus a practice. Moreover, it is a practice based on repetition. It is precisely the repetition of acts, gestures and discourses that produces the effect of an identity at the moment of action», M. LLOYD, *Judith Butler: From Norms to Politics*, cit., p. 54.

³⁴¹ J. BUTLER, *Bodies that Matter. On the Discursive Limits of Sex*, cit., p. 106. M. LLOYD, *Judith Butler: From Norms to Politics*, cit., p. 48, analizza la differenza tra la teoria della performatività in senso butleriano e la «socialization theory»: mentre quest'ultima sostiene che le pratiche di genere siano frutto dell'apprendimento da parte

In questo senso, Butler impone un ripensamento della concezione del corpo e della corporeità: questi elementi, tradizionalmente (e “cartesianamente”) descritti nel senso di una materialità previa e data, vengono concepiti entro le linee della critica di Butler non più come postulati, bensì, anch’essi, come veicolanti un significato che è anch’esso di natura *culturale*. Al contempo, ciò non significa che i corpi siano, in Butler, da intendersi come mere “forme”, fogli bianchi riempiti di significati culturali, ciò che ribalterebbe la concezione precedente nel senso di una preesistenza totale della cultura e del linguaggio alla materialità stessa³⁴². Piuttosto, il significato dell’approccio di Butler sta nel tentare di *polarizzare* le distinzioni dicotomiche sottese alle tradizionali interpretazioni della relazione tra la materia e il pensiero: ella, infatti, concepisce i corpi e la cultura come elementi reciprocamente influenzantisi, nei quali non può essere individuato né un *prius* né un *posterius*.

La teoria butleriana della performatività del genere, inoltre, postula l’esistenza di due tipi di convenzioni: le convenzioni *egemoniche* o *dominanti*, da un lato, e le convenzioni *minori* o *subordinate*³⁴³, dall’altro. In questa distinzione, prendendo come riferimento le prime, Butler sostiene che i soggetti «*object*»³⁴⁴ siano quei soggetti che si sottraggono alle convenzioni egemoniche, non reiterandole. In questo senso, è evidente come la performatività del genere (e del sesso) non costituisca un’esclusiva vittoria del culturale sul materiale, sul corporeo: anche i corpi, infatti, possono “ribellarsi” (come si vedrà più avanti), proprio perché partecipi di una relazione in cui né la cultura né la materia hanno pieno predominio. Tuttavia, proprio per il carattere performativo del linguaggio e delle convenzioni sociali, coloro che si sottraggono alle convenzioni denominate *egemoniche* saranno percepiti come “devianti” rispetto alla norma, in quanto deviazione dalle *categorie* socialmente accettate.

Questa teoria ha dato adito a due interpretazioni distinte e, più precisamente, tra loro contrarie³⁴⁵, che hanno a loro volta dato adito a critiche anche efferate all’approccio dell’autrice. Dal momento che il presente lavoro non costituisce uno studio monografico sulle tesi di Judith Butler, a tali critiche si rimanderà in nota, consentendo l’approfondimento. Lo scopo di questa parte del lavoro, più che quello di analizzare tali critiche, è quello di comprendere come la stessa autrice, a partire dalle stesse, abbia tentato di sviluppare un approccio “su due livelli”.

dei soggetti (dunque sostenendo l’esistenza di un soggetto *doer* prima del *doing*), Butler sostiene una teoria capace di dare conto della performatività dell’azione (del *doing*).

³⁴² Si vedano: J. LOXLEY, *Performativity*, cit., p. 117; P. DIGESER, *Our Politics, Our Selves? Liberalism, Identity, and Harm*, cit., p. 152; V. KIRBY, *Judith Butler. Live Theory*, cit., pp. 21-28 e 48-49; S.A. CHAMBERS, T. CARVER, *Judith Butler and Political Theory. Troubling Politics*, cit., pp. 51-55.

³⁴³ S. REVERTER-BAÑÓN, “Performatividad: la teoría especial y la general”, cit., p. 67.

³⁴⁴ J. BUTLER, *Bodies that Matter. On the Discursive Limits of Sex*, cit., p. 96.

³⁴⁵ M. LLOYD, *Judith Butler: From Norms To Politics*, cit., p. 49, sostiene che le critiche a Butler si fondino proprio sull’incoerenza tra le due prospettive: «I [would like to] focus on a particular paradox: that Butler is read by her critics as supporting *both* a voluntarist politics where the subject is fully autonomous *and* a form of determinism in which the subject as the product of power/discourse has no scope for autonomous action». Dal canto suo, J. WALKER, “Why Performance? Why Now? Textuality and the Rearticulation of Human Presence”, in *Yale Journal of Criticism*, 16, 1, 2003, pp. 149-175, p. 162, ha affermato che la teoria di Butler «appears to be premised upon a contradictory model of agency», che si fonderebbe su premesse sia deterministiche sia volontaristiche.

Le due interpretazioni summenzionate sono state definite *determinismo* e *volontarismo*³⁴⁶. 1) Secondo la prima interpretazione, se il sesso e il genere sono prodotti di natura performativa, i soggetti sarebbero concepibili esclusivamente nei termini di “vittime” del sistema performativo del sesso/genere, venendone completamente determinati. 2) Quanto alla seconda interpretazione, se il senso della performatività consiste anche nella ripetizione (performatività nel senso di *performance*), i soggetti possono avviare una continua rinegoziazione del sesso e del genere, possono continuamente (e liberamente) “scegliere” il proprio genere³⁴⁷.

Tali critiche hanno consentito a Butler, in seguito (in particolare, in *Notes Toward a Performative Theory of Assembly*), di chiarire che né l’una né l’altra permettono di cogliere il senso della teoria della performatività del genere, dando adito ad una possibile *interpretazione comprensiva della performatività* del genere secondo due livelli³⁴⁸:

1) il primo livello è quello che corrisponde alla critica *deterministica*: in un certo modo, i soggetti sono vittime performative dell’assegnazione di un genere, performativamente costruiti dall’esterno, in un significato previo alla capacità del soggetto di reiterare i comportamenti performativamente assegnati;

2) il secondo livello, invece, è quello che corrisponde alla critica *volontaristica*: proprio in quanto la performatività si costituisce anche in un’eterna ripetizione dei ruoli assegnati, in essa entra in gioco il soggetto, il quale può ripetere o non ripetere tali ruoli, a seconda che si conformi o meno alle convenzioni egemoniche.

«So let us assume, then, that performativity describes both the processes of being acted on and the conditions and possibilities for acting, and that we cannot understand its operation without both of these dimensions. That norms act upon us implies that we are susceptible to their action, vulnerable to a certain name-calling from the start. And this registers at a level that is prior to any possibility of volition. [...] And yet, this very domain of susceptibility, this condition of being affected, is also where something queer can happen, where the norm is refused or revised, or where new formulations of gender begin. Precisely because something inadvertent and unexpected can happen in this realm of “being affected”, gender can emerge in ways that break with, or deviate

³⁴⁶ L. McNAY, “Subject, Psyche and Agency: the work of Judith Butler”, in *Theory, Culture & Society*, 16, 2, 1999, pp. 175-193, p. 182; S. REVERTER-BANÓN, “Performatividad: la teoría especial y la general”, cit., pp. 68 (in nota) e 74. Cfr. SH. BENHABIB, “Feminism and Postmodernism: An Uneasy Alliance”, in EAD., J. BUTLER, D. CORNELL, N. FRASER (eds.), *Feminist Contentions: A Philosophical Exchange*, Routledge, London, 1995, pp. 17-35, pp. 20-25; A. WEIR, *Sacrificial Logics: Feminist Theory and the Critique of Identity*, Routledge, London, 1996, p. 113; M. NUSSBAUM, “The Professor of Parody: The Hip, Defeatist Feminism of Judith Butler”, in *New Republic*, 22 February 1999, pp. 37-45; G. BOUCHER, “The Politics of Performativity: A Critique of Judith Butler”, cit., in part. p. 137. Per una sintesi di queste posizioni, cfr. M. LLOYD, *Judith Butler: From Norms to Politics*, cit., pp. 57-61; EAD., “Performativity, Parody, Politics”, cit., pp. 195-213; V. KIRBY, *Judith Butler. Live Theory*, cit., pp. 131-143; E. PROBYN, “Lesbians in Space: Gender, Sex and the Structure of Missing”, in *Gender, Place and Culture: A Journal of Feminist Geography*, 2, 1, 1995, pp. 77-84.

³⁴⁷ Si ricordi, in particolare, l’affermazione di Butler per cui «we radically choose our genders»: J. BUTLER, *Notes Toward a Performative Theory of Assembly*, cit., pp. 63-64.

³⁴⁸ M. LLOYD, *Judith Butler: From Norms to Politics*, cit., p. 60 descrive questa strategia di Butler come una dissoluzione del binario «free will-determinism», entro una concezione che tenta di comprendere entrambe le dimensioni. Inoltre, Lloyd sostiene che ciò che permette a Butler di “sfuggire” alle critiche di determinismo e volontarismo (coniugandole) è l’utilizzo della nozione di struttura citazionale della performatività, che prende in prestito da Derrida (come si vedrà in seguito). Cfr., inoltre, S.A. CHAMBERS, T. CARVER, *Judith Butler and Political Theory. Troubling Politics*, cit., pp. 29-30.

from, mechanical patterns of repetition, resignifying and sometimes quite emphatically breaking those citational chains of gender normativity, making room for new forms of gendered life»³⁴⁹.

In questo senso, «la performatividad es dual»: essa descrive, al contempo, sia il processo di attuazione a partire dal genere assegnato, sia quello relativo alle condizioni dell'azione stessa, «y por ello, ni podemos rehacerlo a voluntad ni estamos negadas en nuestra capacidad de acción por el mismo»³⁵⁰. Il sesso, ancora una volta, si percepisce in termini dicotomici: non si può pensare che esso sia completamente *determinato*, così come non si può pensare che essa sia totalmente (e volontariamente, liberamente) *costruito*³⁵¹. Ciò risulta comprensibile a partire dall'importanza che Butler assegna alla *ripetizione*: il soggetto è costretto (*determinismo*) attraverso l'attribuzione di un sesso e di un genere, ma tale costrizione è concepita nei termini di una continua ripetizione che acquista effetti sostanziali solo nella sua reiterazione, alla quale il soggetto può costantemente sottrarsi (*voluntarismo*)³⁵². La performatività, cioè, consiste nella *costituzione* di un'attività in parte determinata, in parte aperta a nuovi significati³⁵³.

Tale concezione permette di gettare ulteriore luce sulla natura della performatività in Butler. Essa, infatti, è ancora una volta binaria: questa volta, nel senso che essa presenta sia caratteri *linguistico-discorsivi* sia caratteri *materiali, corporei*. I primi saranno da rinvenirsi maggiormente nella fase deterministica, i secondi nella fase volontaristica. La performatività in senso linguistico-discorsivo si unisce ad una performatività corporea, capace di tenere in considerazione la riproduzione materiale di comportamenti che, non analizzabili esclusivamente in termini discorsivi, permette di comprendere come questa porti alla “produzione” dei corpi stessi e, dunque, delle azioni performative dei soggetti³⁵⁴.

Proprio in relazione a tale questione, Butler analizza la tendenza del femminismo contemporaneo alla riqualificazione del corpo, all'attenzione verso l'importanza della materialità dei corpi dei soggetti, rispetto a «what is often characterized as the *linguistic idealism of poststructuralism*»³⁵⁵, interpretato nel senso di una dissoluzione del corpo e della materialità per mezzo del linguaggio. In questo senso, l'autrice sostiene che la categoria delle ‘donne’, all'esito dell'analisi, non diviene inutile, non scompare come prodotto della performatività, non si diluisce solamente nel linguaggio: al contrario, l'analisi poststrutturalista della performatività permette di non concepire le ‘donne’ come qualcosa di esclusivamente previo, bensì come un dato continuamente e necessariamente sottoposto a negoziazione e a modificazione.

In relazione alla questione della materialità, dunque, Butler è chiamata a dare una risposta circa la sua collocazione entro il suo paradigma filosofico:

³⁴⁹ J. BUTLER, *Notes Toward a Performative Theory of Assembly*, cit., pp. 63-64.

³⁵⁰ S. REVERTER-BAÑÓN, “Performatividad: la teoría especial y la general”, cit., p. 73.

³⁵¹ J. BUTLER, *Bodies that Matter. On the Discursive Limits of Sex*, cit., pp. 94-95.

³⁵² J. BUTLER, *Gender Trouble. Feminism and the Subversion of Identity*, cit., p. 185.

³⁵³ Cfr. M. LLOYD, *Judith Butler: From Norms to Politics*, cit., p. 61. Cfr. K. ZIVI, “Rights and the Politics of Performativity”, in T. CARVER, S.A. CHAMBERS (eds.), *Judith Butler's Precarious Politics. Critical Encounters*, cit., pp. 157-169, pp. 163-164.

³⁵⁴ J. BUTLER, *Notes Toward a Performative Theory of Assembly*, cit., p. 29.

³⁵⁵ J. BUTLER, *Bodies that Matter. On the Discursive Limits of Sex*, cit., p. 27 (corsivi nostri).

«[I]t is of course necessary to state quite plainly that the options for theory are not exhausted by *presuming* materiality, on the one hand, and *negating* materiality, on the other. It is my purpose to do precisely neither of these. To call a presupposition into question is not the same as doing away with it; rather, it is to free it from its metaphysical lodgings in order to understand what political interests were secured in and by that metaphysical placing, and thereby to permit the term to occupy and to serve very different political aims»³⁵⁶.

Ancora una volta, all'esito dell'applicazione di una metodologia decostruzionista, Butler sostiene l'impossibilità della concezione della materialità entro binari oppositivi: essa non può essere né presunta (nel senso di *posita*, previa al discorso, alla cultura, ecc., come nelle concezioni *realiste*), né negata (nei termini di una completa diluizione entro il discorso, come nelle concezioni *costruttiviste*)³⁵⁷. Ne consegue che metterne in dubbio la tradizionale concezione come un *prius* rispetto al linguaggio non significa liberarsene: al contrario, significa comprendere quali sono gli interessi (politici, filosofici, culturali) sottesi ad una tale concezione.

In Butler, dunque, si assiste ad una "svolta" entro i binari della teoria della performatività: questa, infatti, non descrive solamente l'atto linguistico, bensì tiene in considerazione anche la produzione corporea, la centralità materiale del corpo, capace di evocare una «politics of performative gender acts»³⁵⁸. Il concetto di performatività, in Butler, assume dunque direzioni del tutto nuove: esso è indagato nel senso di una «performance of a sect of *acts*»³⁵⁹, da un lato, e dell'esito di una costruzione sociale di natura discorsiva, dall'altro: ciò che Butler ha descritto nei termini di una «important chiasmic relation between forms of *linguistic performativity* and forms of *bodily performativity*. They overlap; they are not altogether distinct; they are not, however, identical with one another»³⁶⁰.

b) *La «teoria generale»*. — Reverter-Bañón, nella sua analisi della «teoria generale» della performatività in Butler, si ispira alla distinzione dell'autrice tra «*precarity*» e «*precariousness*»³⁶¹: mentre la *precarity* indicherebbe una categoria politica che fa riferimento alle

³⁵⁶ Ivi, p. 30.

³⁵⁷ Così J. BUTLER, *Senses of the Subject*, cit., pp. 34-35. Cfr., sul punto, V. KIRBY, *Judith Butler. Live Theory*, cit., pp. 65-74; I.G. GAMERO CABRERA, "Los cuerpos que somos y pensamos. Críticas de Judith Butler al escepticismo cartesiano y al constructivismo contemporáneo y aclaraciones sobre su comprensión de la existencia humana", cit., pp. 154-157; M. CANO ABADÍA, "Agencia crítica y desposesión. La actualidad de la pregunta por la libertad en Judith Butler", in *Isegoría*, numero speciale su *Judith Butler: política y performatividad*, cit., pp. 263-277, pp. 269-273; M.V. DAHBAR, "Ontología socio-corporal en la filosofía de Judith Butler. Para volver a pensar la acción política", in *Isegoría*, numero speciale su *Judith Butler: política y performatividad*, cit., pp. 297-318; B.C. KANOUSE, "The Post-Structural Effect on the Life-World: Re-Thinking Critical Subjectivity and Ethics Through Existential Performance and the Constitutive Power of Performativity", cit., pp. 220-228.

³⁵⁸ J. BUTLER, "Performative Acts and Gender Constitution: An Essay in Phenomenology and Feminist Theory", in *Theatre Journal*, 40, 4, 1988, pp. 519-531, p. 530. Per un'analisi approfondita su tale politica performativa, cfr. M. LLOYD, *Judith Butler: From Norms to Politics*, cit., pp. 49-77.

³⁵⁹ J. LOXLEY, *Performativity*, cit., p. 118.

³⁶⁰ J. BUTLER, *Notes Toward a Performative Theory of Assembly*, cit., p. 9 (corsivi nostri).

³⁶¹ Cfr. J. BUTLER, *Precarious Life. The Powers of Mourning*, Verso, New York, 2004; EAD., *Frames of War. When Is Life Grievable?*, Verso, New York, 2009, in part. le pp. 1-32 («Introduction: Precarious Life, Grievable Life»). Per una nozione di *vulnerabilità* a partire dai concetti di *precarity* e *precariousness* in Butler, si veda E.C. GILSON, "Thinking Vulnerability with Butler", in EAD., *The Ethics of Vulnerability. A Feminist Analysis of Social Life and Practice*, Routledge, London and New York, 2014, pp. 40-71.

condizioni specifiche di vulnerabilità di un determinato soggetto, la *precariousness* indicherebbe, invece, una vulnerabilità in senso generalizzato, come caratteristica estesa a tutti gli esseri umani³⁶². Secondo Butler, da ciò possono dedursi chiare conseguenze politiche, poiché la vulnerabilità dei soggetti può, e anzi deve, diventare contemporaneamente il punto di partenza e l'obiettivo di politiche di alleanza tra soggetti capaci di dar forma all'azione collettiva dei corpi: la vulnerabilità costituisce infatti la condizione per l'*agency*, ciò che le permette di ideare una politica performativa democratica³⁶³.

Così, con *Notes Toward a Performative Theory of Assembly*, Butler dà avvio a questo progetto: esso, al contempo, costituisce anche l'occasione per rispondere alle sollecitazioni che da varie parti le erano giunte circa la necessità di una traduzione pratica in senso etico e politico³⁶⁴ della sua "astratta" teoria della performatività. In quest'opera, in particolare, Butler lascia da parte le questioni linguistiche e discorsive: più che la performatività del discorso, qui Butler indaga la performatività dell'azione collettiva dei corpi³⁶⁵. Si tratta, dunque, non tanto di una «teoria generale» della performatività nel senso dell'estensione delle categorie della performatività riportate sin qui a casi generali, bensì di una delinazione di una teoria capace di dare risposte etico-politiche a partire da quelle stesse categorie.

Piuttosto, la formulazione nei termini di una «teoria generale» dovrebbe richiamare implicitamente l'estensione della teoria della performatività *a casi diversi da quello del genere*: come suggerisce il termine 'generale', infatti, se la performatività «speciale» è quella della relazione sesso/genere, la performatività «generale» deve essere capace di rispondere alla domanda circa la possibilità di analisi in termini performativi di *altre* categorie sociali. La stessa Reverter-Bañón, infatti, a partire da Butler, sostiene che «[a]unque todo ser humano es vulnerable y está expuesto a precariedad, [...] hay una situación de distribución diferencial de esa precariedad en relación a las estructuras sociales y económicas»³⁶⁶. L'analisi delle strutture sociali ed economiche dovrebbe allora portare la teoria della performatività a rispondere alla questione della costruzione performativa di altri soggetti e identità, non solo delle donne.

³⁶² Cfr., sul punto, A.J. PERONA, "La política como resistencia, la vulnerabilidad y algunos cabos sueltos", in *Isegoría*, numero speciale su *Judith Butler: política y performatividad*, cit., pp. 89-108; M.L. FEMENÍAS, R. CASALE, "Butler: ¿Método para una ontología política?", cit., pp. 312-313; M. LLOYD, "The Ethics and Politics of Vulnerable Bodies", in EAD. (ed.), *Butler and Ethics*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2015, pp. 167-192, pp. 173-176. Si noti che tale caratteristica consente a Butler di criticare la nozione di soggetto tipica del liberalismo, compito che l'autrice tenta di portare a termine in J. BUTLER, *Senses of the Subject*, cit. Cfr., sul punto, M. CANO ABADÍA, "Agencia crítica y desposesión. La actualidad de la pregunta por la libertad en Judith Butler", in *Isegoría*, numero speciale su *Judith Butler: política y performatividad*, cit., pp. 263-277.

³⁶³ S. REVERTER-BAÑÓN, "Performatividad: la teoría especial y la general", cit., p. 77. Cfr. M.R. GLASS, R. ROSE-REDWOOD (eds.), *Performativity, Politics, and the Production of Social Space*, pp. 9-10.

³⁶⁴ L'espressione «ethical turn», che in Butler segna il passaggio a temi più prettamente etici e politici, si deve a T. CARVER, S.A. CHAMBERS (eds.), *Judith Butler's Precarious Politics. Critical Encounters*, cit., p. 4.

³⁶⁵ «If performativity has often been associated with individual performance, it may prove important to reconsider those forms of performativity that only operate through forms of coordinated action, whose condition and aim is the reconstitution of plural forms of agency and social practices of resistances», J. BUTLER, *Notes Toward a Performative Theory of Assembly*, cit., p. 9.

³⁶⁶ S. REVERTER-BAÑÓN, "Performatividad: la teoría especial y la general", cit., p. 71.

«La precariedad (*precarity*) es la situación que congrega las condiciones de vida no vivibles por cuestión de género, sexualidad, sexo, etnia, raza, religión, estado, nación, situación económica... Esta es la idea que permite una ampliación de la teoría de la performatividad de género a toda situación de vida precaria»³⁶⁷.

Se, dunque, la *precariousness* costituisce la caratteristica generale che accomuna tutti gli esseri umani in termini di vulnerabilità, la *precarity* è stata la strategia che Butler ha utilizzato per l'analisi della condizione particolare della vulnerabilizzazione (*precarity* indotta, specifica, situazionale) di una determinata categoria sociale individuata sulla base della relazione sesso/genere. Ciò che manca, in vista dell'elaborazione di una «teoria generale» della performatività butleriana, è domandarsi circa l'applicazione della stessa alle altre categorie di precarietà, come ad esempio la razza, l'etnia, la sessualità, la religione, la disabilità, ecc.

Inoltre, è necessario effettuare un'ulteriore precisazione. Mentre il primo livello (quello discorsivo) della performatività in Butler mirava a comprendere come le pratiche discorsive possano risultare in pratiche materiali (*speech that shades into action*), il secondo livello (quello della ripetizione corporea), così come la più generale teoria dell'azione politica delineata in quest'ultimo libro, tenta di dimostrare una performatività “al contrario”: come, cioè, le condotte materiali si costituiscano performativamente in condotte discorsive (*action that shades into speech*). Infatti, la preoccupazione di Butler è quella di dare conto del «performative right to appear»³⁶⁸: si tratta, cioè, dell'analisi della performatività nel senso dell'attenzione alle pratiche discorsive sottese alle pratiche materiali, corporee, dell'azione collettiva attraverso la riunione di esseri umani che lottano, protestano, manifestano nelle piazze e si riuniscono nelle assemblee per il miglioramento delle proprie condizioni³⁶⁹. Il potere performativo non è più esclusivamente vincolato alla parola³⁷⁰, bensì al *discorso* agito attraverso il corpo.

Questo “secondo round” della relazione tra *speech* e *action* è sicuramente interessante in ordine all'analisi performativa dell'azione politica; tuttavia, dal momento che essa non co-

³⁶⁷ Ivi, p. 73 (corsivi nostri).

³⁶⁸ J. BUTLER, *Notes Toward a Performative Theory of Assembly*, cit., p. 11.

³⁶⁹ «How would we understand public assembly as a political enactment that is distinct from speech?», e «[L]et us assume from the start that it is not by way of a particular and punctual speech act that a group comes together as a “people”. Although we often think that the declarative speech act by which “we the people” consolidates its popular sovereignty is one that issues from such an assembly, it is perhaps more appropriate to say that *the assembly is already speaking before it utters any words*, that by coming together it is *already* an enactment of a popular will», J. BUTLER, *Notes Toward a Performative Theory of Assembly*, cit., pp. 155 e 156 (corsivi nostri).

³⁷⁰ «[T]he performative power of the people does not first rely on words. Assembly only makes sense if bodies can and do gather or connect in some way, and then speech acts that unfold from there articulate something that is already happening at the level of the plural body», e «In democratic theory, “we the people” is nevertheless first and foremost a speech act. [...] The speech act, however punctual, is nevertheless inserted in a citational chain, and that means that the temporal conditions for making the speech act precede and exceed the momentary occasion of its enunciation. And for yet another reason the speech act, however illocutionary, is not fully tethered to the moment of its enunciation: the social plurality designated and produced by the utterance cannot all assemble in the same place to speak at the same time, so it is both a spatially and temporally extended phenomenon. When and where popular sovereignty—the self-legislative power of the people—is “declared” or, rather, “declares itself”, it is not exactly a single instance, but instead in a series of speech acts or what I would suggest are *performative enactments* that are not restrictively verbal», J. BUTLER, *Notes Toward a Performative Theory of Assembly*, cit., rispettivamente pp. 174 e 175-176.

stituisce l'obiettivo del presente lavoro – che si concentrerà, invece, si concentra sull'applicazione della teoria della performatività all'*hate speech* –, è necessario “ritornare” alla relazione che permette di comprendere come e in quale misura *dal* discorso si giunge *all'*azione.

La *teoria generale* (questa volta, è bene specificarlo, non nel senso attribuito alla locuzione da Reverter-Bañón) che si tenterà di delineare a partire dall'analisi delle riflessioni di Butler dovrà possedere due caratteristiche: 1) la possibilità di estensione del discorso anche ad altre categorie diverse da sesso e genere; 2) l'attenzione alla relazione tra *speech* e *action*, che permetterà di vagliare in che misura il contributo di Butler risulti utile ad una generalizzazione della teoria contemporanea della performatività a tali altre categorie.

c) *Verso un'altra teoria generale della performatività: Butler e l'hate speech*. — L'opera di Judith Butler che può essere presa come punto di riferimento per estrapolare gli elementi teorici utili ad una possibile definizione di un'altra teoria generale della performatività è *Excitable Speech*. Si tratta di una serie di saggi che l'autrice pubblica nel 1997 con l'obiettivo di inserirsi nel dibattito sull'*hate speech*, facendo un uso di talune categorie austiniiane in vista di una riformulazione – e una maggiore possibilità di concrezione e di estensione – della propria teoria della performatività. In sostanza, in questo lavoro Butler “mette a frutto” in linea più generale alcune delle proprie intuizioni che in precedenza aveva utilizzato in maniera circoscritta al genere e all'identità, affrontando le «theories of performativity *per se*», finendo per offrire una modalità alternativa di riflessione sull'utilizzo delle categorie austiniiane da parte della giurisprudenza statunitense nei casi di discorso d'odio³⁷¹.

In *Excitable Speech*, dunque, Butler rende maggiormente esplicito il proprio “debito” nei confronti di Austin – autore che, a dire il vero, confessa poi successivamente di aver sempre e solo letto attraverso Derrida prima di quel momento³⁷². La distinzione austiniiana tra *constativo* e *performativo* costituisce uno dei presupposti teorici dell'opera, che le consentono di decostruire alcuni utilizzi del linguaggio concepiti tradizionalmente in senso constativo-descrittivo e che l'autrice, al contrario, tenta di rileggere in senso performativo³⁷³. Inoltre, Butler prende sul serio l'affermazione di Austin per cui gli atti performativi non devono essere pensati solo ed esclusivamente in termini linguistici, bensì anche nella forma dell'azione discorsiva più concretamente intesa: si pensi, ad esempio, ai gesti, ai riti e ad altre forme di interazione, ciò che aveva costituito la base per l'estensione, da parte di Searle, degli atti linguistici al fine di annoverarvi anche, più in generale, le pratiche sociali (cfr. *supra*, § 4.1.2)³⁷⁴. In ciò, Butler

³⁷¹ J. LOXLEY, *Performativity*, cit., p. 128. Cfr. V. KIRBY, *Judith Butler. Live Theory*, cit., pp. 86-107. E. LOIZIDOU, *Judith Butler. Ethics, Law, Politics*, cit., p. 25, sostiene che la teoria della *gender performativity* butleriana può essere utilizzata anche per analizzare questioni diverse da quella del genere, dal momento che «it relates to the more general idea of the subject and its formation», coincidendo con l'obiettivo che ci si ripropone in questa sede. A p. 35, inoltre, l'autrice sostiene di Butler: «In later work, her concept of gender performativity mutates into a more general concept whereby it is used to explain how subjects are formed in and by language».

³⁷² V. BELL, “On Speech, Race and Melancholia: An Interview with Judith Butler”, in *Theory, Culture and Society*, 16, 1999, pp. 163-174, pp. 164-165.

³⁷³ Butler, infatti, afferma: «In philosophical terms, the constative claim is always to some degree performative», J. BUTLER, *Bodies that Matter. On the Discursive Limits of Sex*, cit., p. 11.

³⁷⁴ J. LOXLEY, *Performativity*, cit., p. 120.

va “oltre” Austin poiché, mentre quest’ultimo concentrava la propria attenzione sul performativo inteso in relazione agli atti linguistici volontari, Butler applica la riflessione sul performativo alle categorie dell’identità dei soggetti³⁷⁵.

Tuttavia, pur richiamandosi alla «total speech situation» di Austin³⁷⁶, l’*account* di Butler è mediato (come si vedrà meglio *infra*, § 4.2.5d) – da influenze esplicitamente derridiane, che consentono all’autrice di tenere in considerazione la capacità degli atti linguistici di eccedere e trascendere il singolo contesto³⁷⁷. Proprio in relazione a ciò, la massima differenza tra Butler e Austin sta nel fatto che Butler non assegna tanta importanza alle condizioni di felicità: anzi, al contrario, secondo l’autrice è necessario tenere in considerazione il fatto che il performativo è sempre e comunque sottoposto ad una possibilità intrinseca di fallimento (come in Derrida): «Not all utterances that have the form of the performative, whether illocutionary or perlocutionary, actually work»³⁷⁸. Da ciò Butler trae importanti conseguenze in tema di *hate speech*. Inoltre, la “massima” condizione di felicità austiniana era, come si è visto, quella dell’autorità, ciò che rendeva la sua nozione di performatività inquadrabile entro i termini di una «sovereign performativity»³⁷⁹; per Butler, invece, l’autorità degli *speech acts* deriva dalla loro ripetizione, non, invece, dalla posizione sociale del parlante.

In sostanza, secondo Butler, non si può ritenere che un atto linguistico debba necessariamente essere felice: anche i performativi che “falliscono”, infatti, continuano ad essere tali, pur senza produrre conseguenze. Agire a livello linguistico non significa sempre e necessariamente produrre conseguenze; pertanto, un atto linguistico non costituisce sempre un’azione. Si può quindi sostenere che non esista una distinzione eccessivamente rigida tra *speech* e *action*, ma non si può affermare che tutti gli atti linguistici costituiscano azioni efficaci³⁸⁰.

Questa riflessione sulle condizioni generali degli atti linguistici porta l’autrice alla definizione del suo modo di vedere i performativi: «*Within speech act theory, a performative is that discursive practice that enacts or produces that which it names*»³⁸¹. I performativi, inoltre, sono *pratiche discorsive* costantemente oggetto di *ripetizione*³⁸². Come avveniva nella sua

³⁷⁵ P. DIGESER, *Our Politics, Our Selves? Liberalism, Identity, and Harm*, cit., p. 151.

³⁷⁶ «We do things with language, produce effects with language, and we do things to language, but language is also the thing that we do. Language is a name for our doing: both “what” we do (the name for the action that we characteristically perform) and that which we effect, the act and its consequences», J. BUTLER, *Excitable Speech. A Politics of the Performative*, cit., p. 8.

³⁷⁷ Ivi, p. 3. Cfr. M. LLOYD, *Judith Butler: From Norms to Politics*, cit., pp. 110-113.

³⁷⁸ J. BUTLER, *Excitable Speech. A Politics of the Performative*, cit., p. 16.

³⁷⁹ M.R. GLASS, R. ROSE-REDWOOD (eds.), *Performativity, Politics, and the Production of Social Space*, cit., p. 7. Si noti, peraltro, che gli autori definiscono la concezione “sovrana” austiniana in termini conservatori, poiché essa presuppone la legittimazione degli ambiti sociali, culturali e politici che mantengono lo *status quo*. Cfr. S. SALIH, *Judith Butler*, cit., pp. 101-102; V. KIRBY, *Judith Butler. Live Theory*, cit., pp. 91-92.

³⁸⁰ J. BUTLER, *Excitable Speech. A Politics of the Performative*, cit., pp. 16-17. A partire da ciò, Lloyd sostiene che questo passaggio, in Butler, costituisca l’elemento decisivo a partire dal quale l’autrice giunge a sostenere una diversa risposta (opposizionista) rispetto, per esempio, a quella della *Critical Race Theory*: M. LLOYD, *Judith Butler: From Norms to Politics*, cit., p. 113.

³⁸¹ J. BUTLER, *Bodies that Matter. On the Discursive Limits of Sex*, cit., p. 13; Cfr. ID., *Notes Toward a Performative Theory of Assembly*, cit., p. 28 (corsivi nostri).

³⁸² J. BUTLER, *Bodies that Matter. On the Discursive Limits of Sex*, cit., p. 107.

«teoria speciale» della performatività, si tratta di pratiche caratterizzate da una particolare *forza normalizzatrice*: una forza performativa che al contempo genera inclusione ed esclusione, producendo ciò che è normale e definendo per esclusione ciò che invece non lo è³⁸³. Tale forza è stata definita «political performativity», in quanto essa «views sovereignty as a material-discursive effect of reiterative and citational practices that attempt to call forth the very political “realities” that they claim to merely describe or represent»³⁸⁴. La performatività butleriana, dunque, descrive quegli atti che «constitute the natural [...] through discursively constrained, but nonetheless signifying, gestures and speech»³⁸⁵. In questo senso, risulta chiaro come il *turn* nella teoria butleriana della performatività consista nell’attenzione alla produzione discorsiva, che ha come effetto la produzione performativa materiale, cioè dei corpi e delle loro azioni materiali. In questa attività, né alle pratiche discorsive né ai fenomeni materiali si assegna priorità ontologica³⁸⁶: dal punto di vista della teoria butleriana della performatività, pertanto, «todos los rasgos de identidad humana son fruto de una construcción social y discursiva [...]. [N]o hay rasgos de identidad previos a los contextos y los marcos»³⁸⁷.

A partire da questa definizione del performativo in termini butleriani, è ora utile domandarsi più nel dettaglio come Butler concepisca la relazione tra *speech* e *action*. Secondo l’autrice, il “potere delle parole di ferire” tende a paragonare l’ingiuria verbale con l’inflizione di dolore fisico; tuttavia, esso al contempo marca una distinzione, sostenendo che le due cose non siano identiche, ponendole al contrario in relazione in termini di paragone.

«[T]he metaphorical connection between physical and linguistic vulnerability is essential to the description of linguistic vulnerability itself. On the one hand, that there appears to be no description that is “proper” to linguistic injury makes it more difficult to identify the specificity of linguistic vulnerability over and against physical vulnerability. On the other hand, that physical metaphors seize upon nearly every occasion to describe linguistic injury suggests that this somatic dimension may be important to the understanding of linguistic pain. Certain words or certain forms of address not only operate as threats to one’s physical well-being, but there is a strong sense in which the body is alternately sustained and threatened through modes of address»³⁸⁸.

La relazione di identità metaforica tra le due situazioni, l’ingiuria verbale e il danno fisico, è da un lato necessaria a comprendere la violenza del linguaggio e la sua capacità di offendere, e dall’altro, tuttavia, non permette di descrivere completamente la prima secondo le

³⁸³ J. LOXLEY, *Performativity*, cit., p. 123. Cfr. P. DIGESER, *Our Politics, Our Selves? Liberalism, Identity, and Harm*, cit., pp. 48-52.

³⁸⁴ M.R. GLASS, R. ROSE-REDWOOD (eds.), *Performativity, Politics, and the Production of Social Space*, cit., p. 7.

³⁸⁵ S.A. CHAMBERS, T. CARVER, *Judith Butler and Political Theory. Troubling Politics*, cit., p. 36.

³⁸⁶ Lo ricorda K. BARAD, “Posthumanist Performativity: Toward an Understanding of How Matter Comes to Matter”, in *Signs: Journal of Women and Culture in Society*, 28, 3, 2003, pp. 801-831: «In other words, materiality is discursive (i.e., material phenomena are inseparable from the apparatuses of bodily production): [...] just as discursive practices are always already material (i.e., they are ongoing material (re)configurings of the world). Discursive practices and material phenomena do not stand in a relationship of externality to one another; rather, the material and the discursive are mutually implicated in the dynamics of intra-activity. But nor are they reducible to one another. The relationship between the material and the discursive is one of mutual entailment. [...] Neither discursive practice nor material phenomena are ontologically or epistemologically prior» (p. 822).

³⁸⁷ A.J. PERONA, “La política como resistencia, la vulnerabilidad y algunos cabos sueltos», cit., p. 90.

³⁸⁸ J. BUTLER, *Excitable Speech. A Politics of the Performative*, cit., pp. 5-6.

caratteristiche della seconda. In particolare, si può essere “fisicamente danneggiati” dalle parole, non solo in senso psichico: così come il danno fisico porta con sé anche danni psichici, il danno psichico ha effetti anche sul corpo materiale³⁸⁹. Nonostante ciò, non se ne può dedurre che il discorso sia totalmente sovrapponibile all’azione. Ogni atto linguistico, infatti, è un’azione, ma esso non condivide con le azioni fisiche la relazione di causalità sussistente tra queste e il danno conseguente. Ciò non significa che *non* esista alcuna relazione di causalità tra l’ingiuria verbale e il danno fisico, ma essa non è facilmente indagabile al pari di quella sussistente tra l’ingiuria fisica e il danno fisico³⁹⁰. Vi è, quindi, una stretta relazione tra *body* e *speech*, e tuttavia questa relazione è diversa da quella intercorrente tra *body* e *body*³⁹¹.

Ciò che Butler propone è di pensare al contempo alla possibilità che il linguaggio costituisca un’azione, che può anche danneggiare, e che, tuttavia, non lo fa in senso direttamente causale³⁹²: si tratta, infatti, del punto nevralgico che, una volta sviluppato, consentirà a Butler di “schierarsi” contro i *ban* del discorso d’odio. Secondo l’autrice, «speech is conduct» è un’affermazione seguita nel caso della regolazione giuridica conservatrice che mira a statuire l’analogia tra il discorso e l’azione (ad esempio in campo sessuale); al contrario, vi è una tendenza (della giurisprudenza) a sostenere l’esatto contrario, cioè la necessaria separazione tra *speech* e *action*, quando si tratta di punire l’utilizzo del linguaggio razzista³⁹³. Inoltre, ella segnala la tendenza dei sostenitori del *First Amendment absolutism* a distinguere tra *speech* e *action*, concedendo la possibilità di regolazione (e dunque di restrizione dell’altrimenti assoluta libertà d’espressione) solo nei casi lampanti in cui il discorso costituisce una vera e propria azione materiale³⁹⁴. Infatti, secondo Butler, sostenere l’impossibilità della distinzione tra *speech* e *action* porta generalmente la prima categoria a “collassare” nella seconda, facendone derivare la necessità di intervento statale; al contrario, sostenere che gli atti linguistici appartengono alla categoria dello *speech* piuttosto che dell’*action* genera le posizioni di coloro che ritengono che gran parte dell’*hate speech* trovi protezione sotto il Primo Emendamento³⁹⁵.

Tuttavia, l’evidenza del fatto che *speech* e *action* non possono essere così nettamente separati sta nel fatto che l’atto linguistico richiede l’utilizzo della voce, la quale, a sua volta, richiede l’esistenza di un corpo; lo stesso avviene nel caso del pensiero, senza l’espressione verbale. «So just as there is no purely linguistic speech act separated from bodily acts, there is no purely conceptual moment of thought that does away with its own organic condition»³⁹⁶.

³⁸⁹ Ivi, p. 159.

³⁹⁰ Ivi, p. 113.

³⁹¹ Ivi, pp. 12-13.

³⁹² Ivi p. 72. Cfr. R. BIRLA, “Performativity between Logos and Nomos: Law, Temporality and the Non-Economic Analysis of Power”, in *Columbia Journal of Gender & Law*, 90, 21, 2012, pp. 90-113, pp. 96-97; C. MILLS, “Efficacy and Vulnerability: Judith Butler on Reiteration and Resistance”, in *Australian Feminist Studies*, 15, 32, 2000, pp. 265-279, p. 267-268.

³⁹³ J. BUTLER, *Excitable Speech. A Politics of the Performative*, cit., p. 40.

³⁹⁴ Ivi, p. 72.

³⁹⁵ Ivi, p. 20.

³⁹⁶ J. BUTLER, *Notes Toward a Performative Theory of Assembly*, cit., pp. 178-179. Cfr., inoltre, il passaggio di *Bodies That Matter* in cui Butler tratta della relazione tra il linguaggio e la materialità: «[L]anguage and materiality are not opposed, for language both is and refers to that which is material, and what is material never fully

Per riassumere la posizione di Butler in tema di *speech* e *action*, si può affermare che l'autrice sostiene la non completa possibilità di separazione delle due categorie, così come, al contempo, la loro non totale sovrapponibilità. Questa affermazione è intrinsecamente collegata con l'analisi di Butler degli approcci *illocutorio* e *perlocutorio*.

Come si è visto nella lettura di Austin svolta da Searle (cfr. *supra*, § 4.1.2), requisito essenziale degli atti linguistici è l'*intenzione* dell'agente, il che implica la necessaria presenza di un soggetto *speaker* nel senso della sua *preesistenza* all'atto linguistico pronunciato (cfr. *supra*, § 4.1.4). Al contrario, Butler pare suggerire che la forza dell'atto linguistico possa essere interpretata secondo una direzione opposta, che capovolge lo schema della preesistenza: l'atto linguistico di *hate speech*, infatti, può non essere visto come l'atto prodotto dal soggetto cosciente, bensì come l'atto *che produce* il soggetto che ne è vittima³⁹⁷. In sostanza, l'*hate speech*, in quanto pratica discorsiva, in qualche modo viene prima dei soggetti a cui si rivolge, ed essi sono prodotti di quella medesima pratica discorsiva³⁹⁸.

Se, dunque, prima di Butler parlare di *illocutorio* e *perlocutorio* significava postulare la preesistenza di un soggetto *speaker*, il quale, attraverso il suo atto linguistico, poneva in essere una pratica discriminatoria di *hate speech* (illocutorio), dalla quale potevano scaturire determinate conseguenze (perlocutorio), dopo Butler i termini illocutorio e perlocutorio assumono un nuovo significato. L'*illocutorio*, in particolare, ha a che fare con la *produzione illocutoria* del soggetto-oggetto dell'*hate speech*, che è costituito e costruito entro la pratica discriminatoria stessa, a prescindere dai suoi effetti. Il *perlocutorio*, invece, analizza gli effetti di tale tentativo di produzione, i quali, dal momento che il soggetto è "successivo" all'atto linguistico, possono verificarsi *in toto*, o non verificarsi affatto, o verificarsi secondo modalità imprevedibili e distinte da quelle relative alle intenzioni dell'autore.

A questo punto, la distinzione tra *speech* e *action* acquista un nuovo significato³⁹⁹:

1) meno si ritiene che *speech* e *action* siano distinguibili, più si ritiene che gli atti linguistici tendano ad essere sempre felici, finendo per adottare un approccio *illocutorio* che sostiene la proibizione giuridica dell'*hate speech*;

2) più si ritiene che *speech* e *action* siano distinguibili, meno si ritiene che gli atti linguistici tendano ad essere sempre felici, adottando dunque un approccio *perlocutorio* che si oppone alla proibizione giuridica dell'*hate speech*, in quanto concede spazio agli atti linguistici

escapes from the process by which it is signified», J. BUTLER, *Bodies That Matter*, cit., p. 68. Cfr., sul punto, S. SALIH, *Judith Butler*, cit., pp. 80-81.

³⁹⁷ E. LOIZIDOU, "Butler and Life. Law, sovereignty, power", in T. CARVER, S.A. CHAMBERS (eds.), *Judith Butler's Precarious Politics. Critical Encounters*, Routledge, New York, 2008, pp. 145-156, pp. 148-149; EAD., *Judith Butler. Ethics, Law, Politics*, cit., pp. 87-128; K. ZIVI, "Rights and the Politics of Performativity", cit., pp. 161-162. È interessante notare come Butler, nell'Introduzione a *Gender Trouble*, colleghi quella che definisce la «foundationalist fiction» della preesistenza dei soggetti alle teorie liberali dello stato di natura, che concepiscono gli individui proprio in termini di preesistenza discorsiva (J. BUTLER, *Gender Trouble*, cit., pp. 5-6). Per un approfondimento sul punto, cfr. S.A. CHAMBERS, T. CARVER, *Judith Butler and Political Theory. Troubling Politics*, cit., pp. 20-21.

³⁹⁸ J. LOXLEY, *Performativity*, cit., pp. 128-130.

³⁹⁹ J. BUTLER, *Excitable Speech. A Politics of the Performative*, cit., pp. 23-24.

per loro possibili “malfunzionamenti” e reinterpretazioni⁴⁰⁰. In particolare, Butler è esplicita nello schierarsi a favore del secondo approccio, ovvero *perlocutorio-opposizionista*, opponendosi strenuamente all’approccio *illocutorio-proibizionista*.

Sviluppando questa strategia, Butler prende ad esempio la riflessione di MacKinnon e Langton (cfr. *supra*, § 4.2.4). Nell’*account* illocutorio di Langton, secondo Butler, è necessaria la preesistenza di un soggetto e di una intenzione in ordine al compimento di un atto linguistico configurabile in termini di *hate speech*, ciò che contraddirebbe l’impostazione che, come si è visto, capovolge la relazione tra i soggetti, considerando prima il discorso e poi il soggetto-oggetto⁴⁰¹. In realtà, tale *account* di Butler è perfettamente compatibile con l’approccio illocutorio di Rae Langton: ciò che distingue le due impostazioni è la considerazione della ragione perlocutoria come maggiormente necessaria alla valutazione dell’*hate speech* per Butler, non la preesistenza o meno del soggetto del discorso. Inoltre, occorre domandarsi a *quale* soggetto le due autrici stiano facendo riferimento: mentre, infatti, Langton si concentra sull’analisi della forza illocutorio-subordinante dei messaggi del soggetto *speaker*, Butler pare prestare maggiore attenzione alla figura del *listener* (e, dunque, alla sua produzione discorsiva).

Da ultimo, è necessario effettuare una precisazione: l’esplicita adesione dell’autrice alle ragioni dell’opposizione ai *ban* dell’*hate speech* non la porta, tuttavia, ad un’affermazione di tale postura “a tutti i costi”. La stessa Butler, infatti, afferma che in taluni casi, come ad esempio nei campus universitari, è possibile pensare di emanare norme contro l’*hate speech*, a patto di rimanere, tuttavia, entro una «perlocutionary scene»⁴⁰², ovvero di analizzare gli effetti negativi del discorso d’odio e gli eventuali effetti positivi delle norme che intendono contrastarlo.

Come si è visto, l’impostazione generale di Butler è volta all’argomentazione a favore di una strategia di *counterspeech*, che intende dare risposta alle due critiche (volontarismo e determinismo) che le erano state avanzate a partire da *Gender Trouble* e *Bodies That Matter*. Questa teoria, in particolare, pare descrivibile come un *account* della performatività che parte dalla questione problematica della performatività della censura per “riabilitare” le vittime dell’*hate speech*, argomentando a favore di una risignificazione dell’*hate speech* stesso, in modo da sviluppare una teoria dell’*agency* come reazione al discorso d’odio⁴⁰³:

⁴⁰⁰ «If the subject who is named in derogation refuses that identification and returns the name to its initial speaker in a transmogrified form, the illocutionary and interpellative force of the original performative is destabilised», C. MILLS, “Efficacy and Vulnerability: Judith Butler on Reiteration and Resistance”, cit., pp. 265-279. Cfr. M. LEEZENBERG, “Power in speech actions”, cit., p. 297; G. BOUCHER, “The Politics of Performativity: A Critique of Judith Butler”, cit., pp. 129-130.

⁴⁰¹ J. BUTLER, *Excitable Speech. A Politics of the Performative*, cit., pp. 84-85.

⁴⁰² Ivi, p. 101.

⁴⁰³ Cfr., sul punto, M. LLOYD, *Judith Butler: From Norms to Politics*, cit., pp. 120-126; P. DIGESER, *Our Politics, Our Selves? Liberalism, Identity, and Harm*, cit., pp. 52-55; E. LOIZIDOU, *Judith Butler. Ethics, Law, Politics*, cit., pp. 41-42; D. KYUMAN KIM, “The Agency That Difference Makes. Judith Butler’s Theory of Performativity and the Irony of the Political” in ID. (ed.), *Melancholic Freedom: Agency and the Spirit of Politics*, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 84-106; T. LOVELL, “Resisting with Authority: Historical Specificity, Agency and the Performative Self”, in *Theory, Culture & Society*, 20, 1, 2003, pp. 1-17.

«[B]y being called a name, one is also [...] given a certain possibility for social existence, initiated into a temporal life of language that exceeds the prior purposes that animate that call. Thus the injurious address may appear to fix or paralyze the one it hails, but it may also produce an unexpected and enabling response»⁴⁰⁴.

Lo spazio di *agency* individuale, secondo Butler, consiste nella sempre aperta possibilità, da parte dei soggetti, di ribellarsi alle norme performative e di rimetterle in discussione, opponendosi alla loro riproduzione⁴⁰⁵. Il *calling a name*, pertanto, costituisce al contempo la pratica che dà avvio alla catena di comportamenti discorsivi e corporei di natura performativa e alla possibilità stessa di opposizione a quel tipo di pratica.

In questo senso, l'autrice si oppone all'immediata e necessaria associazione – in senso causale – tra l'atto linguistico odioso e gli effetti negativi dello stesso. Gli atti linguistici di *hate speech*, infatti, sono suscettibili di una possibilità di riappropriazione da parte delle sue stesse vittime che ne consente una pratica di «resignification»⁴⁰⁶: il discorso, cioè, può essere reindirizzato contro il suo stesso artefice, per attribuirgli un nuovo significato di segno contrario che contribuisca alla ridefinizione, anch'essa performativa, dei suoi effetti. La riappropriazione delle espressioni odiose consentirebbe una nuova attribuzione di significato che dà spazio all'*agency* individuale o di gruppo: si pensi al termine '*queer*', che tradizionalmente era stato utilizzato per definire il diverso, l'abietto, ciò che non si uniformava alle regole sociali dominanti, che è stato oggetto di riappropriazione da parte del *queer movement* in vista di un'attribuzione di un significato positivo per riconoscersi performativamente in forma d'orgoglio⁴⁰⁷.

Sostenere una *resignification politics* o *counterspeech agency*, in Butler, costituisce il diretto risultato della sua concezione della relazione tra *speech* e *action*, alla quale si è fatto riferimento in precedenza. L'impossibilità di distinguere completamente tra le due categorie, da un lato, e, al contempo, di permettere che la prima collassi totalmente nella seconda o viceversa, è ciò che consente all'autrice di argomentare a favore di uno spazio di possibilità politiche che si annida proprio là dove *speech* e *action* non possono essere completamente sovrapposti: è, questo, lo spazio della «*linguistic agency*»⁴⁰⁸, che non necessita dell'intervento legislativo in quanto esso finirebbe per limitarla o finanche sopprimerla a livello individuale, per assumere un'*agency* di livello statale che, indipendentemente dalle sue possibilità concrete di ridimensionare (o meno) l'*hate speech*, impedirebbe ai soggetti di divenire parte del processo di risignificazione del linguaggio attraverso il linguaggio stesso. Secondo Butler, dunque, «agency is derived from injury»⁴⁰⁹.

Inoltre, sempre a partire dalla sua particolare concezione della relazione tra *speech* e *action*, Butler esplicita la propria posizione sull'*hate speech* in termini di funzionamento: esso,

⁴⁰⁴ J. BUTLER, *Excitable Speech. A Politics of the Performative*, cit., p. 2.

⁴⁰⁵ Cfr. S. SALIH, *Judith Butler*, cit., pp. 102-103.

⁴⁰⁶ J. BUTLER, *Excitable Speech. A Politics of the Performative*, cit., pp. 13-14.

⁴⁰⁷ Ivi, p. 14; EAD., *Bodies that Matter. On the Discursive Limits of Sex*, cit., p. 122. Cfr. S. SALIH, *Judith Butler*, cit., pp. 7-9; J. MEDINA, *Speaking from Elsewhere. A Nex Contextualist Perspective on Meaning, Identity, and Discursive Agency*, State University of New York Press, Albany, 2006, p. 93.

⁴⁰⁸ J. BUTLER, *Excitable Speech. A Politics of the Performative*, cit., p. 15.

⁴⁰⁹ Ivi, pp. 40-41. Cfr. R. BIRLA, "Performativity between Logos and Nomos: Law, Temporality and the Non-Economic Analysis of Power", cit., pp. 98-99.

infatti, proprio in virtù di quel legame di somiglianza metaforica ma non totale sovrapponibilità, *non sempre* funziona, e proprio questo mancato funzionamento, nei casi in cui l'*hate speech* non risulta felice o non raggiunge il proprio scopo, rende possibile pensare ad una risposta critica ed attiva da parte delle sue vittime⁴¹⁰.

A partire da ciò, Butler adotta un approccio *perlocutorio* al discorso d'odio:

«If the performativity of injurious speech is considered perlocutionary (speech leads to effects, but is not itself the effect), then such speech works its injurious effect only to the extent that it produces a set of non-necessary effects. Only if other effects may follow from the utterance does appropriating, reversing, and recontextualizing such utterances become possible. To the extent that some legal approaches assume the illocutionary status of hate speech (speech is the immediate and necessary exercise of injurious effects), the possibility of defusing the force of that speech through counter-speech is ruled out»⁴¹¹.

Tuttavia, l'approccio perlocutorio di Butler è da interpretarsi in senso parzialmente distinto rispetto all'approccio perlocutorio di altri autori, come ad esempio gran parte dei pensatori critici afferenti alla *Critical Race Theory* (cfr. *infra*, §§ 6.4.3; 6.5.1; 6.5.2). *In primis*, poiché questi ultimi fondano un'argomentazione proibizionista a partire dall'analisi degli effetti dannosi dell'*hate speech*, mentre Butler sostiene la posizione contraria, proprio in relazione alla non sempre effettiva possibilità di funzionamento dell'*hate speech* e alla necessità di garanzia dell'*agency* linguistica individuale o di gruppo. In secondo luogo, anche per il fatto che lo stesso termine '*perlocutorio*' assume, in Butler, un significato distinto. Se, come si è visto, Butler critica il postulato della necessaria preesistenza del soggetto al discorso, argomentando sia come il discorso "chiami in causa" soggetti non precedentemente esistenti, bensì costituiti attraverso il linguaggio, sia come questi, a loro volta, partecipino all'elaborazione – o controelaborazione – performativa che li costituisce come soggetti, la sua analisi perlocutoria non può, al pari di quella della *Critical Race Theory*, approcciarsi ad una scena in cui i soggetti e i corpi sono dati e si analizzano semplicemente gli effetti del linguaggio su di essi.

Il perlocutorio, dunque, non è in Butler da associarsi agli effetti dell'*hate speech* sulle sue vittime, bensì alla loro reazione partecipativa al discorso d'odio in senso performativo, cioè alla loro possibilità di partecipare performativamente alla propria creazione come *oggetti* del discorso altrui o, viceversa, alla possibilità di ribellarsi attraverso la rivendicazione del ruolo di *soggetti*: in ogni caso, tuttavia, mai nel senso della preesistenza discorsiva.

Come diretta conseguenza del suo approccio perlocutorio all'*hate speech*, peraltro, Butler sostiene che l'intervento statale a regolazione dello stesso *produce* discorso d'odio: non nel senso che quest'ultimo sia da ritenere responsabile per gli atti linguistici d'odio che circolano nella società, bensì nel senso che, nel momento della statuizione di un *divieto* di *hate speech*, è lo Stato stesso a conferirgli "dignità". L'*hate speech*, secondo Butler, non esiste a livello istituzionale finché lo Stato non ne ratifica l'esistenza; nel fare ciò, esso traccia una linea tra ciò

⁴¹⁰ J. BUTLER, *Excitable Speech. A Politics of the Performative*, cit., p. 19. Come afferma Lloyd: «She aims to show that structurally speech and conduct are always dissociable because they are always temporally distinct, and it is this temporal distinction that reveals the need for a different form of political engagement», M. LLOYD, *Judith Butler: From Norms to Politics*, cit., p. 110.

⁴¹¹ J. BUTLER, *Excitable Speech. A Politics of the Performative*, cit., p. 39.

che si può dire e ciò che non si può dire⁴¹². Inoltre, l'autrice sostiene l'impossibilità di distinguere tra il discorso performativo che costituisce l'esercizio del diritto di parlare dei cittadini (si pensi all'*illocutionary free speech* di Langton) e il discorso performativo che costituisce *hate speech*, oltre al potere performativo di regolazione del discorso da parte dello Stato⁴¹³.

Ciò porta l'autrice a rigettare la possibilità della «*censura*»⁴¹⁴, distinguendo tra *censura successiva* e *censura preventiva*. La prima interviene quando la parola è già divenuta offensiva, per vietarne l'uso; la seconda inverte la relazione: è la censura stessa, nello stabilire cosa si possa e cosa non si possa dire, a creare il potere offensivo della parola. Inoltre, secondo l'autrice, la censura deve essere distinta in *censura esplicita* e *censura implicita*: mentre la prima è dichiarata come tale, la seconda si riferisce a «implicit operations of power that rule out in unspoken ways what will remain unspeakable»⁴¹⁵.

In sostanza, nonostante la relazione di somiglianza metaforica tra *speech* e *action*, Butler è orientata verso l'attribuzione dell'*hate speech* alla categoria del discorso: statuire che tali pratiche costituiscono pratiche discorsive, cioè, rivela la natura censoria delle norme volte a vietare tali pratiche. In quanto censura, l'intervento statale volto a vietare l'*hate speech* «redoubles the term it seeks to constrain, and can only effect this constraint through this paradoxical redoubling»⁴¹⁶. La censura, infatti, non è solo volta ad impedire a taluni soggetti di esercitare la propria libertà d'espressione in modi lesivi dei diritti altrui: essa è anche uno strumento di formazione e strutturazione dei soggetti, oltre che dei confini del discorso. La censura non solamente *proibisce* e *priva*, bensì anche *produce*, poiché la regolazione del discorso è strettamente e intimamente collegata con la produzione dei soggetti: «[t]he subject's production takes place not only through the regulation of that subject's speech, but through the regulation of the social domain of speakable discourse»⁴¹⁷. Ciò permette a Butler di opporsi a coloro che, secondo la sua prospettiva, sostengono che la censura non costituisca una regolazione del discorso e non abbia ad oggetto il discorso in sé, bensì sia orientata a fini sociali diversi, come ad esempio la censura esercitata «by marginalized groups who seek to achieve cultural control over their own representation and narrativization»⁴¹⁸. Entro la prospettiva di Butler, si finisce per disabilitare le battaglie giuridiche di riconoscimento dei diritti – in questo caso, il diritto alla libertà dalla discriminazione – in eco ad una politica emancipatoria che, al contrario, secondo l'autrice deve essere esercitata nei termini del *counterspeech*⁴¹⁹.

⁴¹² J. BUTLER, *Excitable Speech. A Politics of the Performative*, cit., p. 77.

⁴¹³ Ivi, p. 81.

⁴¹⁴ Cfr., sul punto, M. LLOYD, *Judith Butler: From Norms to Politics*, cit., pp. 126-133; S. SALIH, *Judith Butler*, cit., pp. 112-115.

⁴¹⁵ J. BUTLER, *Excitable Speech. A Politics of the Performative*, cit., pp. 129-130.

⁴¹⁶ Ivi, p. 131.

⁴¹⁷ Ivi, p. 133.

⁴¹⁸ Ivi, p. 132.

⁴¹⁹ M. NUSSBAUM, "The Professor of Parody: The Hip, Defeatist Feminism of Judith Butler", cit.; *contra*: K. ZIVI, "Rights and the Politics of Performativity", cit., pp. 157-169, pp. 165-168, che ripercorre alcuni passaggi delle opere di Butler per affermare la possibilità di una lettura «rights claiming» della politica del performativo. Si veda anche S.A. CHAMBERS, "Giving Up (on) Rights? The Future of Rights and the Project of Radical Democracy", in

In questa analisi del ruolo della censura possono essere rilevate due aporie.

La prima ha a che vedere con l'utilizzo, da parte di Butler, della parola stessa '*censura*'. Essa, infatti, entro riflessioni filosofico-giuridiche e filosofico-politiche richiama immediatamente la questione della censura *preventiva*, che le norme sull'*hate speech* non paiono prendere in considerazione: si tratta, piuttosto, del punire *successivamente* comportamenti in cui il soggetto persecutore si è reso colpevole di discorso d'odio. Tuttavia, come visto, Butler è pronta a distinguere tra censura preventiva e censura successiva; eppure, ella non specifica quando si riferisca solo all'una o all'altra: al contrario, pare proprio che nella sua teoria della formazione dei soggetti per mano del potere statale ella prenda in considerazione in maniera prioritaria la censura *preventiva* (sostenendo che sia essa a conferire alle parole il loro potere, proprio marcandole con un divieto). Inoltre, questa equiparazione tra le norme contro l'*hate speech* e la censura svela che, entro la prospettiva di Butler, l'intervento statale acquisisce le medesime caratteristiche già viste nell'analisi della libertà come non-interferenza (cfr. *supra*, CAP. 2): l'autrice, cioè, non tiene in considerazione il fatto che talvolta è lo stesso intervento statale a protezione delle persone vulnerabili a costituire un'azione a garanzia della libertà⁴²⁰, coerentemente con un ideale della libertà come non-dominazione. Il suo approccio all'*hate speech* può essere infatti visto come fondato su un'idealizzazione degli atti linguistici e, parallelamente, su una precisa raffigurazione neo-liberale del potere statale⁴²¹.

La seconda aporia è relativa al fatto che, come la stessa Butler riconosce, esiste un altro tipo di censura, che non ha a che fare con le relazioni tra il potere statale e l'individuo, bensì solamente con le relazioni tra individui. In un passaggio di *Excitable Speech*, infatti, Butler riconosce l'esistenza di un tipo di censura direttamente ricollegato al *silencing effect* dell'*hate speech* (cfr. *supra*, § 4.2.4): si tratta, cioè, della "censura" perpetrata dal soggetto che, attraverso l'espressione di contenuti offensivi nei confronti di un altro soggetto, opera come potere che zittisce le proprie vittime, privandole della possibilità effettiva di rispondere:

«Silence is the performative effect of a certain kind of speech, where that speech is an address that has as its object the deauthorization of the speech of the one to whom the speech act is addressed. [...] Power is exerted by a subject on a subject; its exertion culminates in a deprivation of speech»⁴²².

In questo senso, la strategia opposizionista di Butler non risulta compatibile con il sincero riconoscimento dell'esistenza di un *silencing effect* di natura performativa come "potere censorio" esercitato da un soggetto nei confronti di altri soggetti. Se è vero, infatti, che a taluni

American Journal of Political Science, 48, 2004, pp. 185-200. J. GONZÁLEZ FISAC, N. SÁNCHEZ MADRID, "Presentación: Judith Butler: política y performatividad", in *Isegoría*, numero speciale su *Judith Butler: política y performatividad*, cit., pp. 13-19, mettono in luce la diffidenza di Butler nei confronti delle dichiarazioni dei diritti in quanto tendono a sostenere concezioni del soggetto predeterminate e non aperte al cambiamento (pp. 14-15).

⁴²⁰ Cfr. M. LLOYD, *Judith Butler: From Norms to Politics*, cit., pp. 130-132. Per approfondire le critiche che sono state avanzate a Butler sul punto, cfr.: F. JENKINS, "The Heeding of Differences: On Foreclosure and Openness in a Politics of the Performative", in *Constellations: An International Journal of Critical and Democratic Theory*, 8, 3, 2001, pp. 364-375; V. KIRBY, "When All That Is Solid Melts Into Language: Judith Butler and the Question of Matter", in *International Journal of Sexuality and Gender Studies*, 7, 4, 2002, pp. 265-280.

⁴²¹ J. DEAN, "Change of Address. Butler's ethics at sovereignty's deadlock", in T. CARVER, S.A. CHAMBERS (eds.), *Judith Butler's Precarious Politics. Critical Encounters*, cit., pp. 109-126, pp. 110-111.

⁴²² J. BUTLER, *Excitable Speech. A Politics of the Performative*, cit., p. 137.

sarà possibile opporsi attraverso un'attività di *counterspeech* in vista di una risignificazione dell'*hate speech*, è pur vero che vi saranno altri – coloro che risultano maggiormente vulnerabili, esposti a rischio, che hanno minore accesso alle possibilità di risposta – cui realisticamente non sarà possibile esercitare tale attività.

Per questi motivi, è opportuno esplicitare che, pur condividendo alcuni elementi dell'impostazione post-strutturalista della concezione di Butler, i quali, anzi, risultano fondamentali in ordine alla comprensione di una teoria della performatività, pare che le sue conclusioni risultino in qualche modo incoerenti, non centrando il vero nocciolo della questione. Pertanto, nei paragrafi che seguono si tenterà di operare una rilettura della teoria di Butler, volta ad analizzare le radici teoriche (condivise dalla stessa Butler) di una “diversa teoria generale” della performatività, domandandosi se questa non risulti più coerente con ragioni volte a sostenere l'intervento statale contro l'*hate speech*.

d) Verso un'altra teoria generale della performatività: le radici filosofiche. — L'obiettivo di questa parte del lavoro, come anticipato, è quello di una rilettura della teoria butleriana della performatività che ripercorra brevemente alcune riflessioni dell'autrice, derivanti dalla sua riutilizzazione di alcune idee di filosofi come Foucault, Derrida, Bourdieu e Althusser, al fine di una proposta che, pur condividendo questa metodologia, giunga a delineare una diversa teoria generale della performatività, con il sospetto che essa possa portare con più facilità a sostenere le ragioni dell'intervento statale contro il discorso d'odio. In questo senso, si tenterà di andare “*con Butler contro Butler*” (cfr. *infra*, § 4.2.5e): di utilizzare, cioè, il metodo e le riflessioni di Butler per sostenere una posizione politica finale opposta a quella di Butler stessa.

Come anticipato (cfr. *supra*, § § 4.2.1), la concezione del potere dalla quale parte Butler per sviluppare la propria teoria, che influenza alcuni aspetti della sua riflessione, è di matrice foucaultiana⁴²³. In questo senso, si è già trattato in precedenza (cfr. *supra*, § 4.1.4) del riflesso di tale utilizzo di Foucault in relazione alla concezione del soggetto e alla questione della sua preesistenza (o meno) rispetto al discorso.

Pertanto, Butler riprende Foucault nel sostenere che la nozione di *sovranità*, come modalità di pensare al potere, permette di ancorarsi solamente alle concezioni prevalenti del soggetto, impedendo di porre l'attenzione sulla questione della dominazione. Tuttavia, ella sottolinea come la nozione foucaultiana di dominazione non corrisponda all'utilizzo della stessa categoria da parte della riflessione di alcuni teorici critici (cfr. *infra*, § 6.5): mentre, infatti, questi utilizzano una teoria della dominazione capace di individuare relazioni concrete tra soggetti o gruppi perpetratori e soggetti o gruppi vittime, Foucault percepisce la dominazione come «the manifold forms of domination that can be exercised within society»⁴²⁴. Ciò fa sì che in Butler il problema concreto della supremazia sociale di taluni gruppi su altri appaia più sfocato,

⁴²³ Cfr. J. BUTLER, *The Psychic Life of Power*, Stanford University Press, Stanford, 1997, ove Butler tenta di coniugare la concezione foucaultiana del potere con l'approccio psicanalitico di Freud e Lacan. Cfr., sul punto, J. LOXLEY, *Performativity*, cit., pp. 123-125.

⁴²⁴ M. FOUCAULT, *Power/Knowledge. Selected interviews and other writings, 1972-1977*, translated by Colin Gordon, Harvester Press, Brighton, 1980, p. 96.

si diluisca, cioè, entro la questione più generale e strutturale della “dominazione ovunque” di matrice foucaultiana (cfr. *supra*, § 2.5), la quale risulta in realtà miope rispetto ai soggetti specifici: infatti, ella stessa riconosce che «[t]he subject, for Foucault, is precisely *not* the extreme of power’s exercise»⁴²⁵.

Butler rilegge *Discipline and Punish* di Foucault⁴²⁶, ricordando come, secondo il filosofo franco-algerino, il potere dà forma ai corpi, rimodellandoli: il corpo, cioè, è *prodotto* delle relazioni di potere, che hanno natura discorsiva⁴²⁷. Il problema, secondo Butler, sta nel fatto che accettare i corpi come enti materiali che costituiscono il *prius*, il presupposto di talune argomentazioni politiche, genera un fondazionalismo empirico che impedisce di vedere la «genealogia delle relazioni di potere» ad essi soggiacente⁴²⁸.

In questo, la riflessione di Butler sul carattere normativo della performatività è impregnata di una visione della forza e del potere nelle relazioni sociali e comunicative: è questo ciò che, come si è visto, permette di comprendere il rifiuto di Butler di concepire la forza (illocutoria) del performativo in termini di mera validità. Essa, piuttosto, deriva direttamente dalla percezione del potere in Foucault come una caratteristica strutturale non tanto (o non solo) del governo o dello Stato, bensì di tutte quelle istituzioni sociali che attuano in forma repressiva generando poteri configurabili nei termini di «instances of a productive or positive mode of power»⁴²⁹. Forme di potere di questo tipo risultano, secondo l’approccio «genealogico» cui Butler e Foucault sono stati ascritti⁴³⁰, costitutive delle identità dei soggetti, nella forma di una *naturalizzazione* o *normalizzazione* delle stesse⁴³¹.

Si può affermare che concepire in questo modo le relazioni sociali di potere può portare a due diverse interpretazioni, dalle quali nascono conseguenze politiche di carattere opposto, soprattutto in relazione all’*hate speech*.

1) La prima, che risulta essere quella di Butler, è proprio ciò a cui si faceva riferimento poc’anzi: nella fotografia che ella realizza delle relazioni sociali, i soggetti appaiono talmente sfumati da risultare quasi indistinguibili gli uni dagli altri. Se la diffusione strutturale delle relazioni di potere non si interpreta nel senso di concepire la possibilità che ciascun soggetto o gruppo concreto sia costantemente potenziale vittima di subordinazione linguistica e culturale da parte di altri soggetti o gruppi concreti, bensì nel senso della sua intrinseca inscindibilità da

⁴²⁵ J. BUTLER, *Excitable Speech. A Politics of the Performative*, cit., p. 79.

⁴²⁶ M. FOUCAULT, *Discipline and Punish: The Birth of the Prison* [1975], translated by A. Sheridan, Penguin, Harmondsworth, 1977. Sull’influenza della concezione foucaultiana del potere in Butler, cfr. E. LOIZIDOU, “Butler and Life. Law, sovereignty, power”, cit., a partire da J. BUTLER, *Precarious Life: The Powers of Mourning and Violence*, cit.

⁴²⁷ M. LLOYD, *Judith Butler: From Norms to Politics*, cit., p. 115; L. NELSON, “Engaging Butler. Subjects, Cernment, and the Ongoing Limits of Performativity”, cit., p. 65; V. KIRBY, *Judith Butler. Live Theory*, cit., pp. 39-42.

⁴²⁸ J. BUTLER, *Bodies that Matter. On the Discursive Limits of Sex*, cit., p. 35.

⁴²⁹ J. LOXLEY, *Performativity*, cit., p. 121.

⁴³⁰ P. DIGESER, *Our Politics, Our Selves? Liberalism, Identity, and Harm*, cit., p. 38.

⁴³¹ Su questo punto, «estrapolano» (utilizzando le loro stesse parole) da Butler una teoria politica che collega la nozione di potere a quella di naturalizzazione S.A. CHAMBERS, T. CARVER, *Judith Butler and Political Theory. Troubling Politics*, cit., pp. 21-26.

ciò che effettivamente i soggetti sono e dalla loro modalità di relazione, non risulterà possibile concentrarsi sulla determinazione sociale delle vittime di *hate speech* in quanto *oggetto* di dominazione e, al contempo, *soggetto* di azioni *rights-claiming*⁴³². Tutti i soggetti, infatti, entro questa interpretazione sono concepiti al contempo come soggetti e come oggetti di dominazione. Il rischio di una siffatta interpretazione è quello di sfociare in una determinazione di natura idealistica, che, quanto all'*hate speech*, impedisce di visibilizzare le sue vittime come oggetto di produzione sociale e, dunque, apre le porte alla proposta, sostenuta da Butler, di matrice perlocutoria.

2) Una seconda interpretazione, che riprende l'ideale della non-dominazione in senso strutturale (cfr. *supra*, § 2.5) ma rigetta il modello della "dominazione ovunque", rendendosi capace di individuare concretamente gli individui e i gruppi che godono di una relazione di dominazione, pare maggiormente compatibile con una visione marxista delle relazioni sociali⁴³³. Se, infatti, si tenterà di capire di volta in volta quale tipo di relazioni sociali di dominazione venga smascherato attraverso l'individuazione del messaggio sotteso ad un atto linguistico odioso, sarà possibile individuare concretamente i soggetti o i gruppi perpetratori di quel messaggio di subordinazione in quanto appartenenti alla classe di soggetti dominanti che, proprio in virtù di quella appartenenza, possiede la forza illocutoria per diffondere il messaggio di inferiorità dei soggetti o dei gruppi a cui si rivolge⁴³⁴. Si tratta, dunque, di dare maggior rilevanza, entro questa interpretazione, alla questione dell'*identità performativa*⁴³⁵, nella cui prospettiva «subjects are constituted through exclusion, that is, through the creation of a domain of deauthorized subjects, presubjects, figures of abjection, populations erased from view»⁴³⁶. È in questo senso, dunque, che si comprenderebbe la proposta di Butler come un

⁴³² Pare concordare la critica che Digeser effettua dell'approccio totalmente anti-essenzialista di Butler in P. DIGESER, *Our Politics, Our Selves? Liberalism, Identity, and Harm*, cit., pp. 162-165.

⁴³³ In ciò, si intende dare risposta a M. LLOYD, *Judith Butler: From Norms To Politics*, cit.: «Butler is clearly not a materialist in this Marxian sense: she is not concerned with class relations, with economics or with structural inequality, though the role of practices is critical to her understanding of gender performativity» (p. 47). Prendendo spunto da questa constatazione, dunque, si propone di elaborare una visione di Butler maggiormente incline ad una sensibilità materialista-marxista. S.A. CHAMBERS, T. CARVER, *Judith Butler and Political Theory. Troubling Politics*, cit., hanno sottolineato come in Butler vi sia, effettivamente, "qualcosa di Marx": «After all, it was Marx who pungently pointed to 'social relations independent of our will', who exposed the falsely historical but potentially mythical naturalisation of commodity-relations» (pp. 31-33), collocando le origini della concezione butleriana del potere non solo in Foucault, ma anche in Marx, nel tentativo di disegnare la teoria politica di Butler.

⁴³⁴ Pare concordare con questa visione del performativo V. BELL, "Performativity and Belonging. An Introduction", in EAD. (ed.), *Performativity and Belonging*, SAGE Publications, London, 1999, pp. 1-10, la quale afferma: «An emphasis on performativity, however, does not mean an assumption of fluid, forever changing identities. Indeed, taking the temporal performative nature of identities as a theoretical premise means that more than ever, one needs to question how identities continue to be produced, embodied and performed, effectively, passionately and with social and political consequence» (p. 19).

⁴³⁵ P. DIGESER, *Our Politics, Our Selves? Liberalism, Identity, and Harm*, cit., descrivendo l'approccio di Butler alla questione dell'identità, sostiene che «[h]er preferred view of identity appears to be that of a complex performative self. Its performative character is derived from the claim that our identities are largely the effect of practices whose conventions and norms we are repeatedly forced to enact» (p. 132).

⁴³⁶ J. BUTLER, "Contingent Foundations: Feminism and the Question of 'Postmodernism'", in EAD., J.W. SCOTT (eds.), *Feminists Theorize the Political*, Routledge, New York, 1992, pp. 3-21, p. 13.

possibile progetto di “apertura” del materialismo marxista all’attenzione alle modalità di costruzione delle identità che non partano esclusivamente dalle relazioni socio-economiche⁴³⁷.

In questo senso, come si è evidenziato in precedenza a partire dall’analisi di Lovett della teoria della non-dominazione come teoria della giustizia (cfr. *supra*, § 2.4), un conto è affermare il modello che qui si è definito della “dominazione ovunque”, per cui essa risulterebbe nei termini di una attività impersonale di dominazione *delle strutture*; altro è, invece, concentrarsi sulla *dominazione strutturale*, nel senso dell’attività non impersonale di dominazione di soggetti concreti, individui e gruppi, nei confronti di altri soggetti concreti, a loro volta individui e gruppi, nel contesto della relazione sociale strutturale di dominazione.

Una lettura di questo tipo, inoltre, permette di aggiungere alla “semplice” lettura marxista – che porterebbe ad una visione solo ed esclusivamente illocutoria della pratica dell’*hate speech* – la necessità di considerare al contempo le dimensioni illocutorie e quelle perlocutorie (cfr. *supra*, § 4.2.2). Se le prime risultano evidente conseguenza di un approccio marxista, sommare ad esse un’attenzione al perlocutorio permetterebbe di considerare, al contempo, gli effetti negativi di una determinata pratica odiosa, ciò che porrebbe l’accento sulle situazioni concrete e sugli effettivi danni di quella particolare pratica, piuttosto che “diluire” i soggetti entro una concezione strutturale di relazioni di potere che porta alla loro invisibilizzazione.

Questo doppio livello di lettura, che informa, da un lato, sulla strategia seguita da Butler per sostenere la propria posizione opposizionista e, dall’altro, sulla possibile rilettura della stessa Butler verso una nuova teoria generale della performatività, che risulti applicabile anche ad altri gruppi vulnerabili e permetta di vagliare le ragioni del proibizionismo, può quindi essere utilizzato anche nell’analisi di altri strumenti utilizzati dall’autrice. Con l’accezione ‘strumenti’ si intende fare riferimento ad alcuni concetti che ella prende in prestito dagli altri filosofi summenzionati, cioè Derrida, Bourdieu e Althusser. Sono questi, infatti, gli autori le cui riflessioni, se “prese sul serio”, permettono di andare *con* Butler, *contro* Butler.

Butler, Derrida e la «social iterability» dell’hate speech. — Si è già accennato al fatto che Butler, prendendo in considerazione la teoria degli atti linguistici in *Excitable Speech* a partire da Austin e Searle, condivide l’approccio metodologico di Derrida⁴³⁸.

In primo luogo, è da sottolineare l’importanza che Derrida, e di conseguenza Butler, attribuisce alla *natura ‘eccessiva’* del performativo. L’atto illocutorio, infatti, si costituisce come un’offesa intrinseca nel momento dell’enunciazione stessa; eppure, come si è visto in precedenza (cfr. *supra*, 4.1.3), Derrida aveva attribuito importanza alla trascendenza dell’atto linguistico rispetto alle condizioni particolari e specifiche in cui questo veniva emesso: «to the extent that the moment is ritualized, it is never merely a single moment. The “moment” in ritual is a condensed historicity: it exceeds itself in past and future directions, an effect of prior and future invocations that constitute and escape the instance of utterance»⁴³⁹. Il significato di un

⁴³⁷ Sulla possibile distinzione di approcci del materialismo “tradizionale” (marxista) e quello butleriano, cfr. A.J. PERONA, “La política como resistencia, la vulnerabilidad y algunos cabos sueltos”, cit., p. 92.

⁴³⁸ Sul punto, cfr. M. LLOYD, *Judith Butler: From Norms to Politics*, cit., pp. 61-66; S. SALIH, *Judith Butler*, cit., pp. 90-92; E. LOIZIDOU, *Judith Butler. Ethics, Law, Politics*, cit., pp. 26-43.

⁴³⁹ J. BUTLER, *Excitable Speech. A Politics of the Performative*, cit., p. 3.

atto linguistico, e del pari di un atto linguistico di *hate speech*, pertanto, non è mai da vagliare solo ed esclusivamente in relazione all'atto singolo: esso, al contrario, acquisisce significato proprio in quanto veicola una *storia* di atti linguistici simili. La potenza del discorso d'odio, cioè, è una potenza plurale, "eccessiva" in quanto eccede costantemente il contesto concreto, per ricollegarsi ai vari significati che quell'atto ha veicolato in altri infiniti utilizzi passati e a quelli che esso, proprio in virtù della sua forza di propagazione, porterà con sé in altri infiniti utilizzi futuri: si tratta, come si è visto, della natura citazionale ed iterativa, che permette di concepire in termini diversi rispetto ad Austin e a Searle *in che modo* il carattere di «iterability» consenta di sostenere che la categoria di *speech* possa confluire in quella di *action*⁴⁴⁰.

È per questo che utilizzare Derrida permette a Butler di concepire la performatività «not as a singular or deliberate "act", but, rather, as the reiterative and citational practice by which discourse produces the effects that it names»⁴⁴¹. Il performativo, inoltre, viene qui a costituire un atto discorsivo il cui successo è dovuto all'eco delle azioni passate (e a quello delle possibili azioni future)⁴⁴², ciò che ne genera la forza in termini di ripetizione citazionale⁴⁴³: esso trae la sua forza dall'«autorità della ripetizione»⁴⁴⁴. Nel suo *account* derridiano, Butler riprende la caratteristica di strutturale iterabilità degli atti linguistici per affermare la loro conseguente possibilità di fallimento come condizione necessaria⁴⁴⁵. È in questo senso, quindi, che ella propone una teoria perlocutoria che abilita sempre la vittima all'atto di *speaking back*.

Il performativo, al netto della critica di Derrida e dell'utilizzo che ne fa Butler, risulta nei termini di una pratica che fa riferimento alla possibilità di costruzione dell'identità di un soggetto che, attraverso l'utilizzo della forza e dell'autorità del discorso, si costituisce in quanto «io»⁴⁴⁶. Tuttavia, dal momento che il discorso stesso è costituito da ripetizioni citazionali di discorsi già effettuati da altri e di potenziali discorsi futuri, i soggetti come risultato della costruzione discorsiva non sono mai singoli, non sono mai solo degli «io», bensì dei «noi». Infatti, l'autorità citata da chi pone in essere pratiche discorsive che si costituiscono in atti linguistici performativi è un'autorità sempre plurale, che porta con sé un riferimento implicito alla categoria di cui il singolo soggetto che compie l'atto linguistico fa parte⁴⁴⁷.

⁴⁴⁰ Sul punto, cfr. M. SBISÀ, "Locution, Illocution, Perlocution", cit., p. 69.

⁴⁴¹ J. BUTLER, *Bodies that Matter. On the Discursive Limits of Sex*, cit., p. 2. Cfr. P. DIGESER, *Our Politics, Our Selves? Liberalism, Identity, and Harm*, cit., pp. 151-152.

⁴⁴² E. LOIZIDOU, *Judith Butler. Ethics, Law, Politics*, cit., p. 20, sottolinea come il concetto di performatività in Butler (date le ascendenze foucaultiane e, si può aggiungere, derridiane) sia aperto ad una dimensione storica non esclusivamente presente. Cfr. R. BIRLA, "Performativity between Logos and Nomos: Law, Temporality and the Non-Economic Analysis of Power", cit., pp. 97-98.

⁴⁴³ J. BUTLER, *Excitable Speech. A Politics of the Performative*, cit., p. 51.

⁴⁴⁴ M. LLOYD, *Judith Butler: From Norms to Politics*, cit., p. 63; EAD., "Performativity, Parody, Politics", cit., pp. 195-213, p. 197. Cfr. K. ZIVI, "Rights and the Politics of Performativity", cit., pp. 164-165; E. STRAEHLE, "Acción, performatividad y autoridad: reflexiones desde Arendt y Butler", cit., pp. 231-235.

⁴⁴⁵ Cfr. J. MEDINA, *Speaking from Elsewhere. A Nex Contextualist Perspective on Meaning, Identity, and Discursive Agency*, cit., pp. 144-145; M. LEEZENBERG, "Power in speech actions", cit., p. 297.

⁴⁴⁶ J. BUTLER, *Bodies that Matter. On the Discursive Limits of Sex*, cit., p. 15.

⁴⁴⁷ J. BUTLER, *Notes Toward a Performative Theory of Assembly*, cit., pp. 51-52. Cfr., sul punto, J. MEDINA, *Speaking from Elsewhere. A Nex Contextualist Perspective on Meaning, Identity, and Discursive Agency*, cit., pp. 136-137.

In questo senso, è bene effettuare una precisazione. Secondo Butler, tenere in considerazione la natura citazionale ed iterativa del performativo significa fare i conti con un processo di «metalessi» per il quale, proprio in virtù di quanto riportato sinora, il soggetto che compie un atto linguistico performativo, allo stesso tempo in cui si riferisce ad un «noi» implicito, si rende creatore di un «io» che è fittiziamente utilizzato come l'origine dello stesso performativo⁴⁴⁸. In sostanza, la forza del performativo, pur essendo in atto, è “mascherata” dal fatto che esso è posto in essere da un soggetto fisicamente presente, in quel particolare momento. È quanto avviene, secondo Butler, anche con l'*hate speech*, in cui l'iterabilità del discorso d'odio è dissimulata dal soggetto che parla. Si tratta, cioè, di una forza subdola e difficilmente riconoscibile, che tuttavia informa il contenuto e il significato di ciò che viene detto: mentre, infatti, si tenderebbe ad attribuire il significato soltanto a colui che pronuncia il discorso, esso porta con sé tutto il significato storico (e potenzialmente futuro) degli utilizzi fatti non solo dall'«io» ma anche e soprattutto dal «noi» cui quel soggetto appartiene.

A questo punto, tuttavia, nel caso dell'*hate speech* si potrebbe sostenere che tale natura eccessiva del performativo, l'irreprimibile collegamento con l'*hate speech* altrui, l'indissolubile e continuo rimando dell'azione dell'«io» all'azione del «noi», possano condurre ad esentare da responsabilità l'«io» che compie l'atto linguistico, proprio perché esso acquista quel particolare significato – un significato d'odio, nel caso dell'*hate speech* – solo in relazione ad atti linguistici che sono stati compiuti da altri, dei quali quell'«io» non può essere responsabile. Al contrario, Butler chiarisce che la responsabilità continua a gravare in capo all'«io»: non perché egli costituisca l'origine – che è meramente fittizia⁴⁴⁹ – dell'atto linguistico (e quindi del discorso d'odio), bensì perché contribuisce alla *ripetizione* del significato dell'atto stesso. Chi si rende colpevole di condotte di *hate speech*, dunque, è responsabile «for reinvigorating such speech, for reestablishing contexts of hate and injury»⁴⁵⁰. Si tratta di quella che José Medina ha definito «echoing responsibility»⁴⁵¹.

Butler, cioè, è interessata non tanto all'«iterability» formale dei segni linguistici (come Derrida), bensì alla «social iterability»⁴⁵², l'iterabilità che caratterizza la ripetizione rituale di comportamenti performativi in seno alla società⁴⁵³.

⁴⁴⁸ J. BUTLER, *Excitable Speech. A Politics of the Performative*, cit., p. 49. Cfr. S. SALIH, *Judith Butler*, cit., pp. 104-105.

⁴⁴⁹ In tal senso, infatti, Butler condivide l'assunto derridiano per cui la performatività linguistica non costituirebbe l'azione di un soggetto autonomo e “padrone” del suo atto linguistico: cfr. M. LLOYD, *Judith Butler: From Norms to Politics*, cit., p. 62.

⁴⁵⁰ J. BUTLER, *Excitable Speech. A Politics of the Performative*, cit., p. 27. Cfr. S. SALIH, *Judith Butler*, cit., p. 102; J. MEDINA, *Speaking from Elsewhere. A Nex Contextualist Perspective on Meaning, Identity, and Discursive Agency*, cit., p. 116.

⁴⁵¹ J. MEDINA, *Speaking from Elsewhere. A Nex Contextualist Perspective on Meaning, Identity, and Discursive Agency*, cit., p. 140, ove l'autore sostiene, a partire da Butler, una responsabilità nella riproduzione della forza discorsiva degli atti linguistici (e dell'*hate speech*).

⁴⁵² Cfr. J. BUTLER, *Excitable Speech. A Politics of the Performative*, cit., pp. 150-152.

⁴⁵³ J. LOXLEY, *Performativity*, cit., p. 134. E. LOIZIDOU, *Judith Butler. Ethics, Law, Politics*, cit., p. 19, sottolinea come in Butler vi sia attenzione per i soggetti parlanti, i loro contesti e le norme culturali che essi interiorizzano.

Butler, Bordieu e l'«habitus». — Per comprendere come si verifichi la *social iterability* dell'*hate speech*, è utile sottolineare l'utilizzo che Butler fa della nozione di «*habitus*»⁴⁵⁴, presa in prestito da Pierre Bourdieu.

Bourdieu concorda con Austin nell'affermare che la forza del performativo deriva dalla convenzione; tuttavia, egli prova a “colmare” le lacune di Austin, il quale non spiega che cosa intenda realmente per ‘convenzione’, così tentando di definire a livello sociale la forza della convenzione che dà origine al performativo⁴⁵⁵. Questa forza, secondo Bourdieu, deriva appunto dall'«habitus», che egli definisce «the system of structured, structuring dispositions»: si tratta di un sistema che «produces individual and collective practices [...] in accordance with the schemes generated by history. It ensures the active presence of past experiences, which, deposited in each organism in the form of schemes of perception, thought and action, tend to guarantee the ‘correctness’ of practices and their constancy over time»⁴⁵⁶.

La nozione di *habitus*, quindi, descrive i comportamenti sociali abitudinari che i soggetti pongono in essere automaticamente come riflesso di ciò che le norme sociali “depositano” in essi a causa dell'influenza dell'ambiente circostante e, spesso, attraverso la forza del potere simbolico del linguaggio⁴⁵⁷. Quest'ultimo, secondo Bourdieu, deriva dal potere di rappresentazione insito nel linguaggio stesso, unitamente alla capacità degli individui, attraverso l'interazione sociale, di imporre le proprie rappresentazioni simboliche come prevalenti⁴⁵⁸. Tale capacità di rappresentazione, inculcata negli individui, permette loro, attraverso la «performative magic of the social»⁴⁵⁹, di interiorizzare non solo concetti, bensì anche «istituzioni»: essi vedono il re, il banchiere e il prete, interiorizzando la monarchia ereditaria, il capitalismo finanziario e la Chiesa (negli esempi di Bourdieu). Questo processo di significazione simbolica che si esplica attraverso l'*habitus* permette, sempre secondo Bourdieu, di trasformare le differenze istituite in distinzioni (che sono credute essere) di origine naturale. E ciò perché l'*habitus* è strutturato: esso costituisce, cioè, il riflesso delle condizioni sociali in cui esso si impone⁴⁶⁰,

⁴⁵⁴ P. BOURDIEU, *The Logic of Practice* [1980], translated by Richard Nice, Stanford University Press, Stanford (Cal.), 1992, pp. 52-65.

⁴⁵⁵ Cfr. P. BOURDIEU, *Language and Symbolic Power*, Polity Press, Cambridge (Mass.), 1991, pp. 71-72.; J.B. THOMPSON, “Editor’s Introduction”, in P. BOURDIEU, *Language and Symbolic Power*, cit., pp. 1-34, pp. 9-10; M. LLOYD, *Judith Butler: From Norms to Politics*, cit., p. 124.

⁴⁵⁶ P. BOURDIEU, *The Logic of Practice*, cit., p. 52 e p. 54.

⁴⁵⁷ P. BOURDIEU, *Language and Symbolic Power*, cit., 1991. Cfr., sul punto, J. MEDINA, *Speaking from Elsewhere. A Nex Contextualist Perspective on Meaning, Identity, and Discursive Agency*, cit., pp. 101-102; M. LEEZENBERG, “Power in speech actions”, cit., p. 298. La forza del linguaggio in Bourdieu, tra le altre caratteristiche, è descritta come «ideologica» in S. SUSEN, “Bourdieuian Reflections on Language: Unavoidable Conditions of the Real Speech Situation”, in *Social Epistemology*, 27, 3-4, 2013, pp. 199-246, p. 211: ella, collegando Bourdieu a Marx, sostiene che nel primo l'imposizione della posizione dominante è possibile solo attraverso la diffusione dell'ideologia dominante, che avviene grazie alla disseminazione del linguaggio dominante. Sul potere simbolico del linguaggio in Bourdieu, peraltro, si veda ivi, pp. 215-218.

⁴⁵⁸ Cfr. J. MEDINA, *Speaking from Elsewhere. A Nex Contextualist Perspective on Meaning, Identity, and Discursive Agency*, cit., p. 104.

⁴⁵⁹ P. BOURDIEU, *The Logic of Practice*, cit., p. 57.

⁴⁶⁰ J.B. THOMPSON, “Editor’s Introduction”, cit., p. 12.

riflettendosi in pratiche sociali dominanti (riproducenti la struttura di dominazione) compartecipate in maniera né totalmente conscia né totalmente inconscia da ciascun individuo⁴⁶¹.

Bourdieu, inoltre, presta attenzione alla questione della forza sociale dello *speaker*, il quale, da una posizione di autorità, definisce il soggetto ascoltatore⁴⁶². In questo senso, Bourdieu sottolinea come la forza degli atti linguistici non sia da ricercarsi tanto nel linguaggio stesso, bensì nelle condizioni sociali e istituzionali che consentono a tali atti di assumere carattere performativo⁴⁶³. Infatti, le condizioni sociali danno forza agli atti linguistici, nella misura in cui gli attori linguistici, attraverso l'interazione sociale e la partecipazione a pratiche simboliche, sviluppano abilità definitorie e discriminatorie⁴⁶⁴, che informano il contenuto dell'*habitus*. È per questo, dunque, che si può sostenere che l'analisi di Bourdieu costituisca una sorta di "rivisitazione" dell'*illocutorio*: egli, infatti, sostiene che la forza dell'atto linguistico giace non tanto nelle parole in sé, bensì nel significato che le parole acquistano a causa della forza sociale di determinati soggetti *speakers*⁴⁶⁵. Per questo motivo, la prospettiva illocutoria rivisitata di Bourdieu può essere descritta in termini marxisti⁴⁶⁶, nonché in opposizione alle teorie "idealistiche" del linguaggio (come, ad esempio, quella di Habermas; cfr. *supra*, § 4.2.3).

La lettura di Bourdieu da parte di Butler permette di comprendere ciò che si accennava in precedenza, ovvero la duplice dimensione della performatività. Ella, infatti, tiene in considerazione una performatività che potrebbe definirsi *di input*, che deriva dal potere del linguaggio di costruire i soggetti e la realtà sociale, tale per cui gli individui sono il risultato delle pratiche discorsive performative e spesso inconscie⁴⁶⁷ poste in essere nella società, e una performatività che potrebbe definirsi *di output*, che presta attenzione alla dimensione della partecipazione dei corpi alle pratiche performative e la loro capacità di mettere in discussione le costruzioni imposte, divenendo essi stessi performativi⁴⁶⁸. Secondo Butler, Bourdieu metterebbe in risalto solo la prima dimensione, senza tenere in considerazione «the potential of

⁴⁶¹ Cfr. M. LEEZENBERG, "Power in speech actions", cit., pp. 297-298: «Bourdieu [...] develops the idea that social action is neither determined by structure nor freely decided by the individual actor's conscious intentions, but driven by a *habitus*, i.e., a structured set of dispositions that internalize structural factors and generate semi-conscious practices. By thus semi-consciously reproducing structural factors in their practices, [...] social actors [...] tend to unwittingly reproduce existing patterns of domination and inequality».

⁴⁶² Cfr. M. LLOYD, *Judith Butler: From Norms to Politics*, cit., p. 124.

⁴⁶³ P. BOURDIEU, *Language and Symbolic Power*, cit., pp. 107-109.

⁴⁶⁴ J. MEDINA, *Speaking from Elsewhere. A Nex Contextualist Perspective on Meaning, Identity, and Discursive Agency*, cit., p. 102.

⁴⁶⁵ M. LEEZENBERG, "Power in speech actions", cit., p. 298.

⁴⁶⁶ Ivi, p. 298, ove, tuttavia, l'autore associa il carattere marxista del pensiero di Bourdieu alla sua opinione circa la derivazione del potere simbolico, che troverebbe la sua origine nel potere economico. Secondo l'uso del termine 'marxista' che si è fatto in questa sede, è possibile "diluire" tale visione, sostenendo come marxista una prospettiva che individui nell'appartenenza alla classe sociale dominante il requisito della forza sociale dello *speaker*.

⁴⁶⁷ La natura inconscia dell'*habitus* è sottolineata da Bourdieu in questo passaggio: «The 'unconscious', which enables one to dispense with this interrelating, is never anything other than the forgetting of history which history itself produces by realizing the objective structures that it generates in the quasi-natures of *habitus*», P. BOURDIEU, *The Logic of Practice*, cit., p. 56.

⁴⁶⁸ Cfr. C. MILLS, "Efficacy and Vulnerability: Judith Butler on Reiteration and Resistance", cit., p. 268, la quale ricollega entrambe le dimensioni al concetto di «linguistic vulnerability» di Butler (cfr. J. BUTLER, *Excitable Speech. A Politics of the Performative*, cit., pp. 1-42).

performativity for social transformation»⁴⁶⁹. In sostanza, se l'*habitus* costituisce il prodotto della performatività delle pratiche sociali e del linguaggio simbolico sugli individui, costruendoli a tal punto da relegarli in una sorta di attività di ripetizione di comportamenti abituali che hanno origini performative, Bourdieu, secondo Butler, non sarebbe capace di vedere la dimensione performativa (*di output*) dell'*habitus* stesso, la sia capacità di rendersi performativo e contribuire ad un rifiuto delle imposizioni volto ad una risignificazione dei medesimi. Bourdieu ridurrebbe il linguaggio esclusivamente all'ambito sociale, come sovrastruttura incapace di dare conto del potere che essa stessa, in quanto linguaggio, in realtà detiene⁴⁷⁰.

Ciò premesso, è ora possibile comprendere poiché Butler, pur utilizzando la nozione bourdieusiana di *habitus*, ne critichi l'appiattimento soltanto sulla prima dimensione (*di input*): Bourdieu, infatti, darebbe conto dell'importanza del carattere felice dei performativi solo in termini di «social power of the one who speaks»⁴⁷¹, in questo modo contribuendo a quel filone di pensiero che vede nell'autorità di natura sociale una condizione necessaria del performativo. Butler, al contrario, agendo su basi maggiormente derridiane, sostiene l'impossibilità di definire caso per caso la distinzione tra l'autorità effettiva e l'autorità non effettiva. Inoltre, secondo l'autrice, l'*account* di Bourdieu contribuirebbe ad un'analisi meramente statica delle istituzioni sociali, dunque non tenendo in considerazione la logica dell'iterabilità (di matrice derridiana) che, come visto, è stata utilizzata dall'autrice per aprire la strada alla trasformazione sociale attraverso l'*agency* del *counterspeech*. Nel fare ciò, l'autrice effettua una lettura bourdieusiana che permette di «correggere» la mancanza di attenzione del filosofo francese per la seconda dimensione del performativo: entro la sua prospettiva, infatti, l'*habitus* non solo è *formato*, in quanto risultato delle convenzioni sociali e delle pratiche discorsive imposte che rendono conto del comportamento individuale, bensì esso può anche essere *formativo*: «it is in this sense that the bodily *habitus* constitutes a tacit form of performativity, a citational chain lived and believed at the level of the body»⁴⁷².

Inoltre, sempre in riferimento alla rilettura di Bourdieu da parte di Butler, è bene precisare che ella ricorda come Bourdieu criticasse Austin per non aver riconosciuto che la forza degli atti linguistici fosse il derivato di forme di dominazione sociale di natura extra-linguistica, già presenti in società, che attraverso il linguaggio vengono riprodotte e dunque acquisiscono maggior forza: esse, tuttavia, non nascono *con* il linguaggio stesso. In questo senso, il linguaggio, secondo Bourdieu, costituirebbe un mero *strumento* nelle mani delle forze sociali che lo utilizzano⁴⁷³. Al contrario, secondo Butler, «[l]anguage is not an *exterior medium or instrument* into which I pour a self and from which I glean a reflection of that self»⁴⁷⁴. Il performativo stesso, dunque, dev'essere ripensato, secondo Butler, non in termini di uno strumento volto al

⁴⁶⁹ M. LLOYD, *Judith Butler: From Norms to Politics*, cit., p. 125.

⁴⁷⁰ M. LEEZENBERG, «Power in speech actions», cit., p. 298.

⁴⁷¹ J. BUTLER, *Excitable Speech. A Politics of the Performative*, cit., p. 146.

⁴⁷² Ivi, p. 155.

⁴⁷³ Ivi, pp. 146-147, con riferimento a P. BOURDIEU, *Language and Symbolic Power*, cit., pp. 107-116.

⁴⁷⁴ J. BUTLER, *Gender Trouble. Feminism and the Subversion of Identity*, cit., p. 183.

raggiungimento di effetti che derivano la propria autorità dalle relazioni extra-linguistiche (quindi sociali), bensì, al contrario «as [a] social ritual»⁴⁷⁵.

Il concetto di *habitus* in Bourdieu è quindi utilizzato da Butler per criticare la distinzione teorica tra ciò che è *sociale* e ciò che è *linguistico*: se, infatti, l'*habitus* funziona in accordo ad un principio di performatività, ciò significa che le pratiche sociali che i soggetti pongono in essere, le loro azioni corporee, derivano dal linguaggio, ed entro il linguaggio assumono significato, divenendo pratiche discorsive. Bourdieu, pertanto, permetterebbe di “diluire” insieme l’ambito sociale e l’ambito linguistico in un unico insieme comprensibile solo a partire dal concetto di performatività, che potrà essere inteso ora nel senso della «performative and unconscious formation of identity»⁴⁷⁶.

Tuttavia, Butler pare trovare nel concetto bourdieusiano di «mimesis»⁴⁷⁷ l’ulteriore passaggio per sviluppare la propria teoria della performatività di *output*: la «mimesis», secondo Bourdieu, costituisce quel riflesso inconscio di adeguamento del proprio comportamento alle norme tacite di natura sociale⁴⁷⁸. A partire da tale adeguamento, Butler sviluppa la propria teoria della performatività nel senso dell’azione corporea performativa, dalla quale può scaturire anche un rigetto delle norme sociali dominanti.

Butler, Althusser, e l’«interpellazione». — La ricerca della relazione tra l’ambito sociale e l’ambito linguistico è perseguita da Butler attraverso l’impiego del concetto di «interpellazione»⁴⁷⁹ di Althusser. In esso, infatti, l’autrice vede un esempio di costituzione dei soggetti attraverso il linguaggio⁴⁸⁰.

Althusser, filosofo strutturalista, parte da un’impostazione marxista⁴⁸¹ secondo la quale «every social formation arises from a dominant mode of production»⁴⁸².

⁴⁷⁵ J. BUTLER, *Excitable Speech. A Politics of the Performative*, cit., p. 159.

⁴⁷⁶ J. MEDINA, *Speaking from Elsewhere. A Nex Contextualist Perspective on Meaning, Identity, and Discursive Agency*, cit., p. 110.

⁴⁷⁷ P. BOURDIEU, *The Logic of Practice*, cit., p. 61.

⁴⁷⁸ J. MEDINA, *Speaking from Elsewhere. A Nex Contextualist Perspective on Meaning, Identity, and Discursive Agency*, cit., pp. 106-107: l’*habitus* è in Bourdieu, secondo Medina, «the performative reenactment of the normative structures cemented by the repeated behavior of practitioners» (p. 108).

⁴⁷⁹ L. ALTHUSSER, “Ideology and the State” [1971], in ID., *Lenin and Philosophy and Other Essays*, translated by B. Brewster, Monthly Review Press, New York, 2001, pp. 170-186, ora in “Ideology and Ideological State Apparatuses. Notes towards and Investigation” [1971], in ID., *On the Reproduction of Capitalism. Ideology and Ideological States Apparatuses*, Preface by Etienne Balibar, Introduction by Jacques Bidet, translated by G.M. Goshgarian, Verso, London-New York, 2014, pp. 232-272.

⁴⁸⁰ J. BUTLER, *Excitable Speech. A Politics of the Performative*, cit., p. 2; EAD., *The Psychic Life of Power*, cit., pp. 106-131. Cfr. M. LLOYD, *Judith Butler: From Norms to Politics*, cit., pp. 116-117; J. MEDINA, *Speaking from Elsewhere. A Nex Contextualist Perspective on Meaning, Identity, and Discursive Agency*, cit., pp. 110-111; K. ZIVI, “Rights and the Politics of Performativity”, cit., p. 162; R. BIRLA, “Performativity between Logos and Nomos: Law, Temporality and the Non-Economic Analysis of Power”, cit., pp. 99-100; N. DAVIS, “Subjected Subjects? On Judith Butler’s Paradox of Interpellation”, in *Hypatia*, 27, 4, 2012, pp. 881-897.

⁴⁸¹ Per una panoramica generale sul rapporto tra Althusser e il marxismo e sui conseguenti dibattiti emersi in campo post-strutturalista a partire dalla sua teorizzazione, cfr. S. HALL, “Signification, Representation, Ideology: Althusser and the Post-Structuralist Debates”, in *Critical Studies in Mass Communication*, 2, 2, 1985, pp. 91-114.

⁴⁸² L. ALTHUSSER, “Ideology and Ideological State Apparatuses. Notes towards and Investigation”, cit., p. 233.

In virtù di ciò, Althusser sviluppa la propria teoria degli «*Ideological State Apparatuses*», che descrive come le istituzioni religiose, educative, familiari, giuridiche, politiche e culturali, funzionando attraverso il potere dell'ideologia, possiedono il potere di dispensare convinzioni e credenze, contribuendo alla riproduzione delle relazioni di sfruttamento e di dominazione sociale di una classe sulle altre. L'ideologia, tuttavia, non è da ascriversi solamente alla categoria delle idee, secondo Althusser, bensì anche a quella dei comportamenti materiali: «the existence of the ideas of [a] belief is material in that *his ideas are his material actions inserted into material practices governed by material rituals which are themselves defined by the material ideological apparatus from which derive the ideas of that subject*»⁴⁸³.

Nel suo account sul concetto di «*interpellation*», Althusser descrive la scena di un poliziotto che, esercitando il suo potere coercitivo riconosciuto dallo Stato, si rivolge ad una persona che cammina per strada con un «Hey, you there!»⁴⁸⁴. Nel girarsi per rispondere alla chiamata, la persona *viene costituita come soggetto*, poiché riconosce che la chiamata era a lei indirizzata. Inoltre, l'interpellazione presuppone una chiamata ad un individuo *con determinate caratteristiche*, ciò che consente ad Althusser di sostenere che la chiamata interpellativa sia automaticamente *attributiva di un'identità*: i soggetti, infatti, «are inserted into practices governed by the rituals of the ISAs [Ideological State Apparatuses]»⁴⁸⁵. In questo senso, l'autore descrive come l'*ideologia* produce gli individui, interpellandoli come soggetti.

Secondo la lettura operata da Butler, le persone che rispondono a quell'appello «do[...] not, strictly speaking, preexist the call»: il passante, infatti, si volta proprio «to acquire a certain identity», ciò che dà avvio ad un atto di «recognition»⁴⁸⁶ che costituisce il soggetto nella sua identità, «animat[ing] the subject into existence»⁴⁸⁷. La tesi generale di Althusser, infatti, è che «[i]deology interpellates individuals as subjects»⁴⁸⁸. Tale scena viene utilizzata da Althusser, inoltre, in analogia alla relazione tra l'*ideologia sociale* e la costituzione delle identità individuali per mano della società stessa, attraverso una «social interpellation» che, oltre a costituire i soggetti in identità, li costituisce anche in una relazione di subordinazione la cui autorità deriva dalla forza della convenzione⁴⁸⁹.

A partire da ciò, quindi, Butler sostiene che l'offesa linguistica (come l'*hate speech*) funzioni in maniera simile, «interpellando» e costituendo i soggetti a cui essa è rivolta⁴⁹⁰. Essi,

⁴⁸³ Ivi, p. 260 (corsivi dell'autore). Sottolinea questo aspetto N. DAVIS, «Subjected Subjects? On Judith Butler's Paradox of Interpellation», cit., pp. 887-888.

⁴⁸⁴ L. ALTHUSSER, «Ideology and Ideological State Apparatuses. Notes towards an Investigation», cit., p. 264.

⁴⁸⁵ Ivi, p. 269.

⁴⁸⁶ Per un'analisi dell'utilizzo della «recognition» in Butler a partire da Hegel, cfr. E. LOIZIDOU, *Judith Butler. Ethics, Law, Politics*, cit., pp. 45-86; B. SCHIPPERS, *The Political Philosophy of Judith Butler*, cit., pp. 22-29.

⁴⁸⁷ J. BUTLER, *Excitable Speech. A Politics of the Performative*, cit., p. 25.

⁴⁸⁸ L. ALTHUSSER, «Ideology and Ideological State Apparatuses. Notes towards an Investigation», cit., p. 261.

⁴⁸⁹ J. BUTLER, *Excitable Speech. A Politics of the Performative*, cit., pp. 31-33. Sull'esempio del poliziotto in Althusser, cfr. anche J. BUTLER, *Bodies that Matter. On the Discursive Limits of Sex*, cit., pp. 121-122.

⁴⁹⁰ J. BUTLER, *Excitable Speech. A Politics of the Performative*, cit., p. 2.

dunque, non esistono precedentemente all'interpellazione offensiva. Ciò non significa che realmente essi non esistano in carne ed ossa prima di essere offesi⁴⁹¹: «[l]anguage sustains the body not by bringing it into being or feeding it in a literal way; rather, it is by being interpellated within the terms of language that a certain social existence of the body first becomes possible»⁴⁹². La costituzione in termini di soggetto e di identità è di tipo linguistico e discorsivo, “marchia” i soggetti, chiamandoli ad esistere *nelle modalità in cui il discorso d'odio li descrive*. Il soggetto viene cioè ad esistenza come oggetto di *hate speech*. Si tratta, quindi, della valorizzazione della teoria della performatività non solo *di output*, cioè quella che parte dal soggetto parlante, bensì *di input*, cioè quella che descrive il processo performativo attraverso il quale un soggetto viene performativamente creato dal discorso di altri⁴⁹³.

In questo senso, essere althusserianamente interpellati attraverso l'utilizzo del linguaggio significa non essere riconosciuti per ciò che si è, bensì vedersi ascrivere a categorie descritte in termini linguistici che assegnano quell'identità a quel corpo. È, questo, il significato della lettura dell'*hate speech* attraverso la nozione althusseriana di interpellazione⁴⁹⁴:

«The utterances of hate speech are part of the continuous and uninterrupted process through which we are subjected, an on-going subjection [...] that is the very operation of interpellation, that continually repeated action of discourse by which subjects are formed in subjugation»⁴⁹⁵.

Un siffatto *account* della performatività, tuttavia, in Althusser possiede una dimensione esclusivamente unilaterale, diretta, cioè, dal soggetto interpellatore al soggetto interpellato⁴⁹⁶: una visione, per così dire, «marxista»⁴⁹⁷ o *di input*. Proprio in virtù di tale caratteristica, così come in Bourdieu, Butler vede in Althusser una mancanza di attenzione per la possibilità di concepire la seconda dimensione della performatività (*di output*). Ebbene, entro la sua prospettiva, l'apertura al *counterspeech* deriva dall'atto stesso di interpellazione: «[i]f to be addressed is to be interpellated, then the offensive call runs the risk of inaugurating a subject in speech

⁴⁹¹ In questo senso, risulta utile M. LLOYD, *Judith Butler: From Norms to Politics*, cit., pp. 70-74, che sottolinea come la concezione di Butler del corpo sia compatibile, al contempo, con una concezione materiale e con una concezione linguistica: il corpo *esiste* materialmente, eppure è comprensibile solo attraverso il linguaggio. Pertanto, Lloyd *rigetta* la tradizionale interpretazione di Butler come sostenitrice di una mera concezione *idealistica* del corpo (come esclusivamente prodotto dal linguaggio), ricordando come Butler stessa tenti di decostruire la dialettica tra idealismo e materialismo in relazione al corpo (non collocandosi, in questo senso, entro nessuna delle due prospettive). Cfr., sul punto, J. BUTLER, *Bodies That Matter*, pp. 6-8. Sulla problematica tra materialismo e idealismo a partire da Butler, cfr. M.R. GLASS, R. ROSE-REDWOOD (eds.), *Performativity, Politics, and the Production of Social Space*, cit., pp. 9-10. Al contrario, Althusser chiarisce che entro il suo *account* i soggetti preesistono al discorso, anche se il discorso interpellativo è ciò che serve loro per riconoscersi: L. ALTHUSSER, “Ideology and Ideological State Apparatuses. Notes towards and Investigation”, cit., p. 263.

⁴⁹² J. BUTLER, *Excitable Speech. A Politics of the Performative*, cit., p. 5.

⁴⁹³ E. STRAEHLE, “Acción, performatividad y autoridad: reflexiones desde Arendt y Butler”, cit., pp. 229-230.

⁴⁹⁴ Cfr. J. LOXLEY, *Performativity*, cit., pp. 130-131.

⁴⁹⁵ J. BUTLER, *Excitable Speech. A Politics of the Performative*, cit., p. 27.

⁴⁹⁶ J. BUTLER, *Bodies that Matter. On the Discursive Limits of Sex*, cit., p. 121. Cfr. S. SALIH, *Judith Butler*, cit., p. 79.

⁴⁹⁷ È in questi termini, infatti, che Loxley ripercorre la lettura di Althusser da parte di Butler: J. LOXLEY, *Performativity*, cit., p. 30. Analogamente, J. MEDINA, *Speaking from Elsewhere. A Nex Contextualist Perspective on Meaning, Identity, and Discursive Agency*, cit., p. 106.

who comes to use language to counter the offensive call»⁴⁹⁸. Il mero fatto di essere interpellati e costituiti in esistenza come oggetti discorsivi di costruzione sociale porta con sé la possibilità, per tali “oggetti”, di divenire *soggetti* nella misura in cui questi possono rispondere alla “chiamata offensiva”. Butler, infatti, si concentra anche sulla possibilità di «*misrecognition*»⁴⁹⁹, la quale le consente di articolare una possibilità di “riscatto” da parte del soggetto-oggetto di interpellazione. È possibile, infatti, che il soggetto-oggetto *non si riconosca* nella “chiamata” offensiva, aprendosi la strada per una risposta capace di controbattere discorsivamente a tale atto di interpellazione⁵⁰⁰. Ciò è dovuto, secondo Butler, alla sempre aperta possibilità di fallimento del performativo, la quale, come si è già visto, è *strutturale e costitutiva* (come in Derrida): è così che il performativo consente la possibilità di *agency*, negli interstizi del suo fallimento. Butler descrive tale possibilità nei termini di una «consequential disobedience»⁵⁰¹, ciò che, ponendo l’accento sulle *conseguenze* dell’atto linguistico, piuttosto che sul suo fallimento in senso illocutorio, ne tradisce nuovamente l’impostazione *perlocutoria*⁵⁰².

Un altro elemento della riflessione di Butler sull’interpellazione althusseriana che può risultare utile a comprenderne più approfonditamente la lettura e che, peraltro, risulta parallelo alla sua già analizzata comprensione di Derrida, è quello che riguarda ora non già il soggetto-oggetto dell’interpellazione, bensì il soggetto interpellatore, cioè colui che compie l’atto di interpellazione. Per comprendere questa dimensione, Butler effettua un’analogia con il funzionamento della burocrazia:

«The interpellative name may arrive without a speaker—on bureaucratic forms, the census, adoption papers, employment applications. Who utters such words? The bureaucratic and disciplinary diffusion of sovereign power produces a terrain of discursive power that operates without a subject, but that constitutes the subject in the course of its operation. This does not mean that there are no individuals who write and distribute the forms. It means only that they are not the originators of the discourse they convey and that their intentions, however strong, are not finally what control the meaning of that discourse»⁵⁰³.

Negli atti burocratici sono insite pratiche discorsive che vengono ripetute e perpetrate dai soggetti che fanno parte del corpo burocratico. Eppure, come Butler chiarisce in questo passaggio, tali pratiche non sono *originate* da quei medesimi soggetti: ciò non significa che essi non ne siano co-autori, in quanto partecipanti alla diffusione e al rinforzamento di tali pratiche. Tuttavia, essi non ne costituiscono l’origine, ciò che richiama l’attenzione sul fatto

⁴⁹⁸ J. BUTLER, *Excitable Speech. A Politics of the Performative*, cit., p. 2. Cfr. S. SALIH, *Judith Butler*, cit., pp. 79-80; J. MEDINA, *Speaking from Elsewhere. A Nex Contextualist Perspective on Meaning, Identity, and Discursive Agency*, cit., pp. 111-113.

⁴⁹⁹ L. ALTHUSSER, “Ideology and Ideological State Apparatuses. Notes towards and Investigation”, cit., p. 263. Cfr, sul punto, J. MEDINA, *Speaking from Elsewhere. A Nex Contextualist Perspective on Meaning, Identity, and Discursive Agency*, p. 114; N. DAVIS, “Subjected Subjects? On Judith Butler’s Paradox of Interpellation”, cit., pp. 884-885.

⁵⁰⁰ Cfr. J.R. MARTEL, “When the Call Is Not Meant for You: Misinterpellation, Subjectivity, and the Law”, in *Philosophy and Rhetoric*, 48, 4, 2015, pp. 494-515.

⁵⁰¹ J. BUTLER, *Bodies that Matter. On the Discursive Limits of Sex*, cit., p. 122.

⁵⁰² Cfr. M. LLOYD, *Judith Butler: From Norms to Politics*, cit., p. 110.

⁵⁰³ Ivi, p. 34. S. SALIH, *Judith Butler*, cit., p. 107, legge questa interpretazione della scena interpellativa del potere “diffuso” della burocrazia come direttamente derivante dalla sua concezione foucaultiana del potere.

che, per ciò che concerne l'*hate speech*, esso non si origina mai attraverso quel singolo atto linguistico che presenta un contenuto d'odio, bensì costituisce un'eterna "interpellazione impersonale" in cui i soggetti interpellatori non sono mai solamente coloro che concretamente interpellano nel caso particolare, bensì tutti coloro che, ripetendo quegli atti in passato e in futuro, contribuiscono alla disseminazione dell'odio. Nell'*account* di Butler, pertanto, non è nemmeno necessaria la presenza di un soggetto *speaker*⁵⁰⁴.

Ad ogni modo, questa riflessione, da parte di Butler, permette di comprendere le differenze della sua impostazione con quella degli autori che, nel dibattito sull'*hate speech*, vengono ascritti al paradigma della causazione materiale diretta (cfr. *infra*, § 6.5): essi, pur consapevoli delle problematiche di natura *sociale* sottese all'utilizzo del linguaggio in senso offensivo, falliscono nel rendere conto delle stesse dal punto di vista del linguaggio, poiché la scena che prevale nelle riflessioni degli autori che afferiscono a quell'area di pensiero è quella dell'offesa *face-to-face*, di un individuo nei confronti di un altro individuo. Al contrario, la riflessione di Butler permette di evidenziare una sorta di "impersonalità" dell'*hate speech*, non nel senso – come si è visto – che chi lo pratica non sia da considerarsi colpevole, bensì nel senso che esso è il risultato di pratiche discorsive impersonali proprio in quanto connesse alla struttura della società, ciò che il linguaggio che essa utilizza rivela chiaramente⁵⁰⁵.

e) Con *Butler*, contro *Butler*. — Ripercorrere, seppur brevemente, l'utilizzo di alcuni concetti che Butler prende in prestito da Foucault, Derrida, Bourdieu e Althusser ha permesso di comprendere le radici filosofiche dell'approccio dell'autrice che le consentono di affrontare la questione dell'*hate speech* in termini performativi. In un passaggio di *Excitable Speech*, l'autrice condensa tutte queste nozioni, applicandole all'*hate speech*:

«Interpellations that "hail" a subject into being, that is, social performatives that are ritualized and sedimented through time, are central to the very process of subject-formation as well as the embodied, participatory *habitus*. To be hailed or addressed by a social interpellation is to be constituted discursively and socially at once. [...] Considered in this way, the interpellation as performative establishes the discursive constitution of the subject as inextricably bound to the social constitution of the subject»⁵⁰⁶.

Peraltro, è utile ricordare che, seppur in maniera non esaustiva, Butler fa qualche riferimento esplicito all'*hate speech* di matrice *razzista* nel corso dello sviluppo della sua teoria della performatività in diverse sue opere. Ciò permette di comprendere che, sebbene l'autrice non si sia dedicata esclusivamente e in maniera monografica alla questione della razza, vi è la possibilità che la sua teoria della performatività sia applicata a tale categoria, ciò che, d'altra parte, costituisce un esempio di come sia possibile raggiungere l'obiettivo di delineare un'altra teoria generale della performatività butleriana (rispetto a quella prospettata da Reverter-Bañón), cioè una teoria applicabile a tutte le situazioni di vulnerabilità che costituiscono la base su cui si innestano oggi le pratiche di *hate speech*. Una tra queste, appunto, è la questione della

⁵⁰⁴ M. LLOYD, *Judith Butler: From Norms to Politics*, cit., p. 117; S. SALIH, *Judith Butler*, cit., pp. 105-107.

⁵⁰⁵ M. LLOYD, *Judith Butler: From Norms to Politics*, cit., p. 119.

⁵⁰⁶ J. BUTLER, *Excitable Speech. A Politics of the Performative*, cit., p. 153.

razza, della quale, in termini butleriani, si può parlare ora nel senso dell'utilizzo categoriale della stessa in vista dell'ascrizione a determinati soggetti di un'identità performativa.

Come afferma Butler, esiste una «social regulation of race»:

«The symbolic—that register of regulatory ideality—is also and always a racial industry, indeed, the reiterated practice of *racializing* interpellations. Rather than accept a model which understands racism as discrimination on the basis of a pre-given race, I follow those recent theories which have made the argument that the “race” is partially produced as an effect of the history of racism [...]»⁵⁰⁷.

Così come la categoria del sesso – ricorda Butler – è lo strumento e l'effetto del sessismo, la razza è lo strumento e l'effetto del razzismo, o il suo «momento interpellativo»⁵⁰⁸. L'ascrizione identitaria fondata sull'interpellazione risulta, secondo Butler, analoga alla descrizione operata da Kendall Thomas, quando afferma che il soggetto è sempre «raced»⁵⁰⁹, «transitively racialized by regulatory agencies from its inception»⁵¹⁰.

Proprio questa caratteristica permette di dare conto delle forme di razzismo che, storicamente, si sono fondate sulla «bestial constructions of blackness»⁵¹¹. La razza, dunque, è il risultato di un'ascrizione identitaria nei termini dell'attribuzione di un'identità performativa pretesa “naturale”⁵¹². L'identità performativa della razza, attraverso la sua ripetizione nel tempo – e, soprattutto, attraverso la storia delle relazioni di subordinazione che essa ha permesso di creare –, giunge a descrivere la realtà in termini naturali. Proprio la sua natura di pratica reiterata permette di dar conto della necessità della responsabilizzazione dei soggetti che compiono atti linguistici di natura razzista: questi, secondo Butler, non possono addurre la scusa che il razzismo è un mero «state of mind» e che chi lo pratica a livello linguistico non intende porre in essere un'azione razzista: al contrario, «their identity as racist would be constituted through their reiteration of hate speech»⁵¹³. E ciò pur non essendo tale soggetto l'*origine* dell'*hate speech* razzista, poiché il razzismo funziona nella reiterazione della convenzione: esso né inizia né finisce con il singolo atto linguistico razzista⁵¹⁴.

Tuttavia, l'attenzione di Butler alla questione della razza non è decisamente prioritaria: ella, come si è visto, parte da un *account* della performatività della dicotomia sesso/genere, per poi gettare le basi per un'estensione della teoria della performatività all'*hate speech* in sé, senza tuttavia, salvo qualche rara eccezione, concentrarsi sulle questioni della razza. Tuttavia, ella concepisce le relazioni tra sesso/genere e razza in termini complessi: criticando, cioè, una parte della letteratura femminista che non solo sostiene che la questione di genere sia più importante della questione razziale, bensì addirittura tratta di quest'ultima come un prodotto derivato della

⁵⁰⁷ J. BUTLER, *Bodies that Matter. On the Discursive Limits of Sex*, cit., p. 123.

⁵⁰⁸ *Ibidem*.

⁵⁰⁹ Cfr. K. THOMAS, “The Eclipse of Reason: A Rhetorical Reading of ‘Bowers v. Hardwick’”, in *Virginia Law Review*, 79, 1993, pp. 1805-1832.

⁵¹⁰ J. BUTLER, *Excitable Speech. A Politics of the Performative*, cit., p. 49.

⁵¹¹ J. BUTLER, *Notes Toward a Performative Theory of Assembly*, cit., p. 36.

⁵¹² J. BUTLER, *Excitable Speech. A Politics of the Performative*, cit., p. 159.

⁵¹³ J. LOXLEY, *Performativity*, cit., pp. 128-130.

⁵¹⁴ J. BUTLER, *Excitable Speech. A Politics of the Performative*, cit., p. 34.

differenza sessista (dunque finendo per tralasciare la razza, in quanto “inglobata” nella questione di genere)⁵¹⁵, Butler sostiene la necessità di un approccio integrato, capace di tenere in considerazione *sia* questioni razziali *sia* questioni di genere, sostenendo che non sia possibile analizzare separatamente la sessualità e la razza⁵¹⁶.

Tralasciando il fatto che, rileggendo l’opera di Butler, un simile approccio, per quanto ritenuto necessario dalla stessa autrice, non pare rinvenibile, è utile ricordare che, in termini maggiormente concreti, relativi all’applicazione della teoria della performatività alla questione della razza e delle altre categorie che individuano i gruppi vulnerabili, a partire dalla distinzione tra *speech* e *action*, l’autrice sostiene che la diluizione del discorso nell’azione sia una strategia rigettata dalle corti quando si tratta dell’utilizzo razzista del linguaggio⁵¹⁷.

Che cosa significa, a questo punto, in concreto, andare *con* Butler, *contro* Butler?

Come si è visto, la teoria butleriana della performatività, che influenza molti degli approcci contemporanei alla questione dell’*hate speech*, soprattutto in ambito post-strutturalista, è di natura piuttosto complessa.

In primo luogo, si è evidenziato (a partire da un’analisi di S. Reverter-Bañón) come in Butler sia possibile individuare “due teorie della performatività”: una di carattere *speciale*, l’altra di carattere *generale*. Per ciò che concerne quest’ultima, si è messa in evidenza la possibilità di dare alla parola ‘generale’ un altro senso, così da estrapolare gli elementi della riflessione di Butler utili all’applicazione della teoria della performatività anche a questioni diverse dalla relazione tra sesso e genere: dare conto, cioè, della performatività dell’*hate speech* in generale, applicabile a tutte le categorie vulnerabili che attraverso le norme sul discorso d’odio si intendono tutelare. Proprio una riflessione su tale “altra” teoria generale permette, di conseguenza, di accettare le riflessioni di Butler e, tuttavia, non condividerne le conclusioni.

Per ciò che concerne la teoria *speciale* della performatività, essa ha permesso di evidenziare fin da subito le due “anime” della teoria della performatività: quella *deterministica* e quella *volontaristica*, che rispecchiano proprio i due lati delle critiche avanzate all’autrice. Mentre la prima anima (performatività *deterministica* o *di input*) consente di concentrarsi su come *speech shades into action* (come, cioè, dal discorso si passa all’azione), la seconda anima (performatività *volontaristica* o *di output*), al contrario, mette in rilievo il modo in cui *action shades into speech* (come, cioè, dall’azione si passa al discorso). In questo senso, sin dalla teoria *speciale* della performatività si ritrova in Butler un rifiuto dei dualismi circa la questione della materialità: essa, come afferma l’autrice, non può essere né presunta né negata. Presumerla significherebbe aderire ad una posizione *realista*, che percepisce la materia come preesistente al discorso, mentre negarla significherebbe, in qualche modo, aderire maggiormente ad una prospettiva *costruttivista*, che fa precedere il linguaggio alla materia. Le due dimensioni, secondo Butler, vanno tenute insieme: linguaggio e materia esistono allo stesso tempo e si

⁵¹⁵ J. BUTLER, *Bodies that Matter. On the Discursive Limits of Sex*, cit., p. 167. Cfr. S. SALIH, *Judith Butler*, cit., pp. 92-93.

⁵¹⁶ Ivi, pp. 181-182.

⁵¹⁷ J. BUTLER, *Excitable Speech. A Politics of the Performative*, cit., p. 40.

influenzano reciprocamente. Tuttavia, la dimensione *deterministica* della performatività presuppone, in qualche modo, “fare un passo indietro” e prendere in considerazione il momento in cui il linguaggio preesiste alle identità, spiegando come queste possano essere formate in maniera discorsiva; al contempo, la dimensione *volontaristica* permette di analizzare anche il processo contrario, cioè quello della materia che dà forma a pratiche discorsive. Queste due dimensioni, secondo Butler, devono essere percepite non in termini temporali, bensì, lo si ripete, come esistenti allo stesso tempo: ciò le permette di rifiutare i dualismi e le posizioni che privilegiano l’una o l’altra anima della performatività. In questo senso, si comprende la critica di Butler all’approccio cartesiano della distinzione tra linguaggio e materia.

Tralasciando l’analisi della teoria *generale* secondo le linee indicate da Reverter-Bañón – per i motivi spiegati in precedenza –, è opportuno concentrarsi ora sul tentativo, che ha costituito l’oggetto del lavoro in questa sede, di delineare “un’altra” teoria *generale* della performatività. Questa teoria generale si nutre, in particolare, delle riflessioni di Butler in *Excitable Speech*, ove l’autrice, come si è indicato, porta la propria elaborazione ad un livello di astrazione più elevato, il quale, al contempo, apre alle possibili specificazioni, ovvero all’applicazione a categorie diverse come vittime di *hate speech*.

Poiché Butler sviluppa la sua riflessione sul discorso d’odio anche (ma non solo) a partire dalla teoria degli atti linguistici, è opportuno ricordare brevemente le sue “riletture” di Austin, Searle e Derrida. Da un lato, ella riprende la generalizzazione austiniana dell’impossibilità della distinzione tra constativo e performativo, quasi adeguandosi all’adagio per cui “tutto è performativo”. Searlianamente, tuttavia, Butler “allarga” la riflessione non solo agli atti linguistici, ma alle pratiche sociali in generale. Al contrario di Austin, tuttavia, il quale, come evidenzia Searle, tratta degli atti *linguistici volontari*, Butler tratta delle pratiche discorsive (non solo degli atti linguistici) sottese alla produzione performativa delle identità soggettive (a prescindere dalla questione della volontà). Nel suo *account*, peraltro, Butler non prende in considerazione solo le pratiche discorsive immateriali, bensì anche quelle di natura materiale. A partire dall’accento posto sulle pratiche discorsive, l’autrice analizza la questione derridiana della ripetizione e della citazionalità, che consentono di rendere conto della dimensione “eccessiva” del performativo, che trascende il singolo contesto specifico. Quest’ultima concorre a rendere possibile la comprensione della forza normalizzatrice insita nelle pratiche discorsive, che fa apparire come naturali costruzioni discorsive e materiali che naturali non sono.

Pertanto, come si è già visto, è giocoforza domandarsi circa la relazione tra *speech* e *action* in Butler. In un reiterato sforzo di rifiuto delle dicotomie, e dei tentativi di scegliere quale tra i due termini prevalga, ella sostiene una relazione di similitudine, di identità in senso metaforico tra il discorso e l’azione (si può essere fisicamente danneggiati dal linguaggio) e, al contempo, una non totale sovrapponibilità delle due categorie (non sempre si viene danneggiati, quantomeno non automaticamente). Da un lato, dunque, esiste una possibile relazione di causalità tra *speech* e *action*; dall’altro, tuttavia, tale relazione di causalità non è identica a quella sussistente tra *action* e *action*: l’ingiuria verbale non sta al danno fisico esattamente come quella materiale sta al danno fisico, perché ingiuria verbale e materiale, pur assomigliandosi, non coincidono completamente.

Occorre poi ricordare che se, come si è ricordato, non è possibile, secondo l'autrice, postulare una previa preesistenza del soggetto al discorso – ciò che, secondo lei, informerebbe invece la teoria della subordinazione di Langton. Rifiutando la preesistenza del soggetto, le dimensioni *illocutoria* e *perlocutoria* dell'*hate speech* acquisteranno un altro significato: non più, cioè, l'offesa in se stessa (illocutorio) pronunciata consapevolmente (o meno) da un soggetto preesistente, e i relativi danni consequenziali (perlocutorio): al contrario, l'illocutorio descriverà la possibile *produzione illocutoria* del soggetto (*speech that shades into action*), mentre il perlocutorio descriverà gli effetti di tale produzione, interpretati da Butler nel senso di un possibile riorientamento che, a partire dall'azione materiale, attribuisca nuovi significati discorsivi alle pratiche sociali (*action that shades into speech*).

È proprio in questo punto che si trova il nocciolo della problematica della relazione tra le premesse e le conclusioni di Butler. Ella, infatti, adotta dichiaratamente un approccio perlocutorio che si oppone all'intervento statale. In questo senso, l'autrice conferisce un'attenzione privilegiata alle dimensioni del *counterspeech* e della *resignification*, che appartengono alla performatività *di output*, dimenticando totalmente di tenere in considerazione, nell'elaborazione della risposta politica, la dimensione della performatività *di input*. Butler, in sostanza, privilegia la dimensione *individuale* della possibilità di reazione del singolo (o del gruppo) nel momento della decisione su quale *policy* adottare, lasciando da parte la dimensione *sociale* della performatività⁵¹⁸ *di input*, cioè della produzione discorsiva delle identità. Si comprende così perché la sua politica che privilegia l'*agency* sia stata criticata in quanto eccessivamente individualista⁵¹⁹, nelle forme di un individualismo liberale o neo-liberale⁵²⁰, quando non un quietismo libertario⁵²¹, riecheggiando l'adagio «more speech against hate speech» che riprende la sopravvalutazione della libertà d'espressione dei *free speech absolutists*, con l'unica differenza che lo fa a partire da basi post-strutturaliste che indagano le dimensioni discorsive⁵²².

Inoltre, vi è chi ha esplicitato l'incoerenza dell'approccio di Butler proprio a partire dalle sue premesse: la possibilità di sovversione, infatti, dal momento che viene lasciata al singolo individuo, non è necessariamente diretta verso l'affermazione dei diritti, bensì può essere utilizzata anche in senso esattamente contrario⁵²³. Questa incoerenza, peraltro, è rinveni-

⁵¹⁸ G. BOUCHER, "The Politics of Performativity: A Critique of Judith Butler", cit., p. 133; M. LLOYD, *Judith Butler: From Norms to Politics*, cit., p. 125. In maniera analoga, ponendo l'accento sulla differenza tra Butler e Bourdieu in relazione alla considerazione della struttura sociale, cfr. L. McNAY, "Subject, Psyche and Agency: the work of Judith Butler", cit., pp. 181-183.

⁵¹⁹ L. McNAY, "Subject, Psyche and Agency: the work of Judith Butler", cit., p. 187.

⁵²⁰ S. REVERTER-BAÑÓN, "Performatividad: la teoría especial y la general", cit., p. 63; G. BOUCHER, "The Politics of Performativity: A Critique of Judith Butler", cit.; S.A. CHAMBERS, "Subjectivation, the Social and a (Missing) Account of the Social Formation: Judith Butler's 'Turn'", in M. LLOYD (ed.), *Butler and Ethics*, cit., pp. 193-218.

⁵²¹ M. NUSSBAUM, "The Professor of Parody: The Hip, Defeatist Feminism of Judith Butler", cit., p. 44.

⁵²² Cfr. M. LLOYD, *Judith Butler: From Norms to Politics*, cit., p. 133; C. MILLS, "Contesting the Political: Butler and Foucault on Power and Resistance", in *Journal of Political Philosophy*, 11, 3, 2003, pp. 253-272, p. 267.

⁵²³ M. NUSSBAUM, "The Professor of Parody: The Hip, Defeatist Feminism of Judith Butler", cit., la quale afferma: «[F]or Butler, [...] subversion is subversion, and it can in principle go in any direction. Indeed, Butler's naïvely empty politics is especially dangerous for the very causes she holds dear. For every friend of Butler, eager to

bile proprio a partire dal tentativo di coniugazione, a livello teorico, degli approcci *deterministico* e *volontaristico*, di *input* e di *output* al contempo, in vista, poi, dell'adozione di un approccio esclusivamente di *output* in relazione alla sua scelta proibizionista-opposizionista. L'incoerenza sta nel fatto che il suo *account* della possibilità di resistenza attraverso l'*agency* non pare esattamente compatibile con la determinazione discorsiva del soggetto⁵²⁴. Infatti, vi è chi ha affermato che la fine del “soggetto cartesiano” dovrebbe necessariamente condurre ad una risposta *deterministica* (contraria a quella di Butler)⁵²⁵: infatti, in Butler la dimensione della performatività di *input* è evidentemente influenzata da teorie di matrice *costruttivista*⁵²⁶.

Da ultimo, e a partire da un'analisi della teoria degli atti linguistici, Butler, nella sua enfasi sulla performatività di *output*, non coglierebbe realmente il significato della dimensione *illocutoria* del discorso d'odio (critica che, ancora una volta, non fa che riaffermare l'assenza di analisi approfondita delle cause sociali dell'*hate speech*), poiché, nel tentare di risignificarlo, il soggetto dovrebbe agire riaffermando illocutoriamente la non negatività del termine (si pensi alla parola *queer*). Ma se a livello illocutorio il termine possiede un determinato significato sociale, l'attività di *counterspeech* non risulterebbe effettivamente efficace, quantomeno nel breve periodo: Butler, in sostanza, starebbe trattando della performatività di *output*, del *counterspeech*, in termini, a ben vedere, meramente *locutori*, non *illocutori*⁵²⁷. Peraltro, Butler fa derivare la propria opposizione alle norme contro l'*hate speech* riferendosi più volte all'intrinseca possibilità di fallimento degli *speech acts*. Che dire, tuttavia, del caso in cui l'atto linguistico d'odio vada effettivamente in porto – risulti, cioè, effettivamente felice? In tal caso, dovrebbe coerentemente applicarsi la possibilità di *ban* dell'*hate speech*, che, come si diceva, la stessa Butler ammette in taluni casi (senza spiegare effettivamente come e quando).

Pertanto, tutte le critiche esposte permettono di definire la direzione del progetto di Butler nel senso di un idealismo linguistico⁵²⁸.

Per tutte le ragioni addotte sin qui, quella che si è definita “altra” teoria generale della performatività può dunque essere interpretata in senso più marcatamente *materialista-marxista*. La stessa metodologia⁵²⁹ butleriana può essere utilizzata per andare *con* Butler, *contro* Butler: utilizzando lo stesso approccio di Butler, capace di tenere in considerazione le esigenze di indagine sia discorsiva sia materiale della produzione, attraverso l'*hate speech*, di un'ideologia dominante d'odio contro i gruppi vulnerabili, per sostenere l'intervento statale.

Come si è visto, Butler utilizza una nozione di potere di matrice foucaultiana, che si è definita della “dominazione ovunque”, capace di dar conto delle relazioni di natura discorsiva

engage in subversive performances that proclaim the repressiveness of heterosexual gender norms, there are dozens who would like to engage in subversive performances that flout the norms of tax compliance, of non-discrimination, of decent treatment of one's fellow students» (p. 43).

⁵²⁴ C. MILLS, “Efficacy and Vulnerability: Judith Butler on Reiteration and Resistance”, cit., pp. 268-269.

⁵²⁵ G. BOUCHER, “The Politics of Performativity: A Critique of Judith Butler”, cit., p. 115. Analogamente, L. McNAY, “Subject, Psyche and Agency: the work of Judith Butler”, cit.

⁵²⁶ G. BOUCHER, “The Politics of Performativity: A Critique of Judith Butler”, cit., p. 118 e pp. 122-123.

⁵²⁷ *Ivi*, p. 128.

⁵²⁸ S. REVERTER-BAÑÓN, “Performatividad: la teoría especial y la general”, cit., p. 66.

⁵²⁹ Per metodologia si intendono, qui, gli “strumenti teorici” di cui si serve Butler per sviluppare il suo discorso, ovvero l'analisi di autori quali Foucault, Derrida, Bourdieu e Althusser; cfr. *supra*.

che producono le identità, i soggetti e i corpi. Per evitare di cadere nella prima delle due interpretazioni possibili, che sfumava i soggetti fin quasi a renderli invisibili (interpretazione che si è definita *idealista*), si è sottolineata la coerenza dello stesso approccio con un'analisi che tiene in considerazione la materialità dei soggetti concreti (interpretazione che si è definita *marxista*). Questa interpretazione, dunque, dovrà soggiacere anche all'utilizzo dell'armamentario concettuale fornito dagli autori che influenzano l'approccio di Butler.

In primo luogo, si ricordi Derrida e la natura "eccessiva" del performativo, che permette di porre l'accento sulla possibilità, nella riflessione sull'*hate speech*, di trascendere il singolo contesto specifico in cui questo viene praticato. Questa trascendenza permette di tenere in considerazione una dimensione *storica* del discorso d'odio, la quale, a sua volta, consentirebbe di prestare attenzione alla storia delle discriminazioni di cui sono stati vittime determinati gruppi vulnerabili: si tratta, cioè, della storia delle relazioni discorsive che la classe dominante ha posto in essere nei loro confronti, relegandole in una posizione di subordinazione. Inoltre, sempre a partire da Derrida, è possibile sostenere una nozione di responsabilità che faccia leva sull'elemento di *propagazione* del messaggio d'odio: ciò pare poter spiegare l'insistenza, in determinati strumenti giuridici internazionali (cfr. *supra*, §§ 1.2.4; 1.3), sugli elementi della *diffusione di messaggi d'odio* e di *stereotipizzazione negativa*. Si tratta, in sostanza, di quella che, come si è detto in precedenza, è stata da José Medina definita «echoing responsibility». Da ultimo, la critica di Derrida a Austin permette di tenere in considerazione l'elemento della *social iterability*, ciò che impedirebbe un approccio individualista nell'elaborazione della risposta giuridica al problema dell'*hate speech*: al contrario, l'iterabilità del discorso d'odio, a livello sociale, non fa che sostenere le ragioni della «echoing responsibility».

Per quanto concerne gli elementi che alla riflessione di Butler derivano da Bourdieu, si è visto come egli consenta di descrivere la forza dell'*hate speech* in termini di «*habitus*» e di *potere simbolico* del linguaggio. In questo senso, pare che la riflessione di Bourdieu metta in luce la possibilità di analisi nel senso dell'acquisizione, da parte del discorso d'odio, di una forza ideologico-sociale (in ciò sta la dimensione *marxista*) che, diffondendosi attraverso l'utilizzo quotidiano di espressioni odiose, finisce per relegare in una posizione di inferiorità le vittime dell'*hate speech*, attraverso la *naturalizzazione*. Prendere sul serio Bourdieu, inoltre, significa ricordare, nel trattare della questione della forza sociale dello *speaker*, di fare leva sulle condizioni sociali e istituzionali che gli consentono di perpetrare un messaggio di *hate speech* con un determinato significato sociale.

Infine, si ricordino gli elementi che Butler trae da Althusser. Come si è visto, nel trattare degli *Ideological State Apparatuses*, egli esplicita la propria ascendenza marxista e, dunque, l'enfasi sulle questioni ideologiche, permettendo, al contempo, di comprendere la compatibilità tra queste e l'approccio che tiene insieme l'elemento della materialità (la *res extensa* cartesiana) e l'elemento delle idee (la *res cogitans*). Inoltre, il concetto di «*interpellation*» è risultato utile alla comprensione delle pratiche che costituiscono i soggetti come tali, i quali, come sottolinea Butler, non preesistono al discorso d'odio, nel senso che da esso sono determinati e scolpiti. Si tratta, cioè, di fare leva, come già visto, su una «*social interpellation*», la quale apre alle dimensioni della subordinazione che risultano coerenti con la teoria della subordinazione di Langton e, va da sé, con una teoria illocutoria della performatività *di input*.

Questi elementi teorici, che costituiscono ciò che si potrebbe definire il fondamento filosofico della teoria generale della performatività, se colti nelle loro relazioni impediscono di giungere – a meno di peccare di incoerenza – ad un approccio individualista e perlocutorio che finisca per sostenere le stesse *policies* fatte proprie dai *free speech absolutists*. Al contrario, essi paiono poter richiedere l'intervento statale contro l'*hate speech*, su basi materialiste e, *lato sensu*, marxiste, evitando di dimenticare la dimensione *illocutoria* e le suggestioni provenienti da un modello neo-repubblicano di libertà come non-dominazione.

CAPITOLO 5

Hate speech e performatività: i modelli della non-interferenza e della non-dominazione

5.1 – Premessa: *speech v. action*, due modelli di performatività dell'*hate speech*

Lo scopo di questo capitolo è quello di illustrare come la teoria della performatività, in quelle che si sono definite “applicazioni contemporanee della teoria degli atti linguistici”, nell’ampio spazio teorico che va da Habermas a Butler, passando per Langton, possa trovare spazio sia entro un paradigma *liberale* del diritto umano alla libertà d’espressione sia entro un paradigma *neo-repubblicano*, a partire dal significato dell’adozione dell’una o dell’altra prospettiva entro la teoria dei diritti umani (cfr. *supra*, CAP. 2; CAP. 3), che conducono ad un trattamento rispettivamente *perlocutorio* e *illocutorio* dell'*hate speech*¹. Inoltre, attraverso il tentativo di un possibile collegamento tra la teoria della performatività e la teoria neo-repubblicana della libertà, si tenterà di sostenere una teoria *neo-repubblicana* della libertà d’espressione e dell'*hate speech*.

La teoria degli atti linguistici, come si è visto nel dibattito contemporaneo sulla performatività, non assume solamente importanza dal punto di vista della discussione politica. Al contrario, essa è stata oggetto di tentativi di riutilizzazione anche in campo più strettamente giuridico, con particolare riferimento alla libertà d’espressione e all'*hate speech*, in relazione all’analisi delle possibili conseguenze della tendenza a rifiutare (o meno) la distinzione tra *speech* e *action* proprio a partire dalla teoria degli *speech acts*².

Più nel dettaglio, la teoria degli atti linguistici ha costituito lo strumento teorico sul quale si sono fondate due diverse strategie interpretative opposte. Da un lato, vi è chi ha statuito la necessità di classificazione di determinati comportamenti tradizionalmente fatti rientrare sotto la categoria dello *speech* come potenziali veicoli di danno, dunque possibili oggetto di restrizione senza violare il Primo Emendamento³. Dall’altro lato, vi è chi ha proposto di classificare la *freedom of speech* come *freedom of expression*, proprio per sostenere la necessità opposta, cioè quella di includere taluni comportamenti entro la categoria dello *speech*⁴ ed evitare, dunque, la restrizione da parte dello Stato di talune forme espressive. A ben vedere, le due strategie informano gli approcci di coloro che sono rispettivamente a favore e contro la regolazione dell'*hate speech*: è infatti possibile sostenere che gli strumenti della teoria degli atti

¹ Sulla distinzione tra l’approccio *perlocutorio* e quello *illocutorio* alla questione dell'*hate speech* nel diritto internazionale dei diritti umani, sia consentito rimandare a A. DI ROSA, “Performative Hate Speech Acts. Perlocutionary and Illocutionary Understandings in International Human Rights Law”, in *The Age of Human Rights Journal*, 12, 2019, pp. 105-132.

² Cfr., ad esempio, I. WITCZAK-PLISIECKA, “Speech Actions in legal contexts”, in M. SBISÀ, K. TURNER, *Pragmatics of Speech Actions*, De Gruyter Mouton, Berlin-Boston, 2013, pp. 613-657, p. 637.

³ Cfr. F. SCHAUER, *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, Cambridge University Press, Cambridge, 1982.

⁴ Cfr. TH.I. EMERSON, *The System of Freedom of Expression*, Random House, New York, 1970.

linguistici e della performatività informino, consapevolmente o meno, tutte le posizioni in tema di *free speech* e discorso d'odio, prescindendo dall'utilizzo consapevole di tali teorie da parte degli autori di riferimento.

In questo dibattito, Kent Greenawalt è stato il primo ad utilizzare la teoria degli atti linguistici per trattare delle sue conseguenze sul Primo Emendamento e sulla questione del *free speech*⁵. Greenawalt, analizzando alcuni casi della legislazione statunitense che puniscono “comportamenti comunicativi”, si domanda «what counts as speech», cioè che cosa possa essere classificato come *speech* e che cosa, invece, non possa esserlo. Egli sostiene che un generale *free speech principle* debba ritenersi applicabile ad asserzioni sia generali sia particolari circa fatti e valori, di carattere politico e non politico, pubblico e privato⁶. Tuttavia, vi sono altre caratteristiche che possono limitare l'altrimenti necessaria applicazione di un principio di *free speech*, come lo scopo della comunicazione (ad esempio, invitare altri a commettere reati) e, in taluni casi, la falsità delle affermazioni. Inoltre, egli sottolinea come sotto l'espressione *freedom of speech* vengano generalmente fatti rientrare taluni atti che non sono esclusivamente discorsivi (espressioni orali o scritte) ma che, per il messaggio che veicolano (ad esempio: le azioni simboliche), devono considerarsi forme di *espressione* che, in quanto tali, godono della stessa tutela dello *speech* – da qui, dunque, la tradizionale tendenza della *freedom of speech* ad allargarsi nei termini della *freedom of expression*⁷.

Allo stesso modo, Greenawalt analizza l'ipotesi opposta, «what may be viewed as the other side of the coin: verbal and written utterances whose aim is something other than expression»⁸. In questa fattispecie egli evidenzia l'esistenza delle «*situation-altering utterances*», sulla base dell'assunto per cui «[u]tterances are often a means for changing the social context in which we live»⁹. Questo tipo di enunciati, secondo Greenawalt, non rientra nello scopo del principio del *free speech*, proprio perché essi costituiscono modi di *fare cose*, piuttosto che di *dire cose*¹⁰, conclusione cui l'autore giunge sulla base del lavoro di Austin¹¹.

Scendendo nel dettaglio, egli analizza specificamente vari tipi di «*situation-altering utterances*» che, in quanto tali, in taluni casi possono non rientrare entro il principio di *free speech*: 1) le promesse e gli accordi (si pensi al caso in cui ci si accordi per compiere un crimine); 2) le offerte, i permessi, gli ordini e gli esercizi di autorità (qualora abbiano ad oggetto attività illecite); 4) le minacce e gli incitamenti a compiere reati¹². Queste categorie generali di

⁵ K. GREENAWALT, *Speech, Crime and the Uses of Language*, Oxford University Press, Oxford, 1989.

⁶ Ivi, pp. 40-46.

⁷ Ivi, pp. 51-57.

⁸ Ivi, p. 57.

⁹ Ivi, p. 57 (corsivi nostri). Cfr. anche ID., *Fighting Words. Individuals, Communities, and Liberties of Speech*, Princeton University Press, Princeton, 1995, pp. 48-50.

¹⁰ Al contrario, invece, i discorsi che possono essere qualificati come mere espressioni “constative”, secondo Greenawalt, sono quelli che costituiscono mere «assertions of fact and value», ivi, p. 43. Cfr. I. WITCZAK-PLISIECKA, “Speech Actions in legal contexts”, cit., p. 638.

¹¹ Tuttavia, è bene precisare che Greenawalt sottolinea che il proprio utilizzo di «*situation-altering utterances*» è più ristretto dell'ambito generale di applicazione del performativo austiniano, il quale, come si è visto, giungeva alla conclusione che tutti gli enunciati sono contemporaneamente locutori ed illocutori (ivi, p. 58).

¹² K. GREENAWALT, *Speech, Crime and the Uses of Language*, cit., pp. 57-68.

atti linguistici sono poi indagate da Greenawalt in relazione alle specifiche forme di reato sotto le quali sono punite. Infine, giungendo a trattare dei «Personal Insults and Group Epithets and Slurs», ciò che può essere identificato come una definizione generale di *hate speech*, Greenawalt elenca le ragioni che possono essere addotte a sostegno della punizione di tali comportamenti: 1) il pericolo immediato di violenza; 2) l'effetto offensivo; 3) il danno psicologico; 4) gli effetti a lungo termine a livello sociale, come il *reinforcement* della discriminazione¹³. Si tratta, cioè, di una riflessione sul *danno da hate speech*¹⁴, che evidentemente adotta un modello *perlocutorio* di discorso d'odio.

In questo senso, Greenawalt è stato il primo a proporre una riflessione giuridica concreta in termini *perlocutori* e *proibizionisti* con un approccio che parte dalla teoria degli atti linguistici e tiene in considerazione il *performative turn*.

Avversario di Greenawalt – su posizioni *opposizioniste* –, con il medesimo approccio giuridico-concreto, è Franklyn Haiman, il quale critica la proposta di utilizzo della categoria *speech acts*, poiché sostiene che in tal modo anche determinate azioni, come ad esempio uccidere qualcuno, potrebbero essere giustificate in quanto estrema conseguenza della manifestazione di un'idea: una linea di distinzione tra *speech* e *action*, pertanto, deve esistere¹⁵. Inoltre, egli sostiene la possibilità di distinguere tra azioni *simboliche* (come il discorso) e azioni *fisiche*: le conseguenze e i danni delle prime, a differenza che nelle seconde, sono sempre mediate dalla comprensione di un altro soggetto¹⁶.

In una diretta critica a Greenawalt, Haiman sostiene che le «situation-altering utterances» di cui parla il costituzionalista americano, in realtà, non cambino il mondo in senso *fisico*, bensì in senso *psicologico*: esse contribuiscono a creare obbligazioni, stati mentali, ecc., nel campo della psiche. Le reali conseguenze di tali espressioni verbali sono da vagliare nel *comportamento (fisico)* dei partecipanti successivamente all'espressione o all'ascolto di tali messaggi¹⁷. È per questo che la categoria dello *speech*, secondo Haiman, non costituisce, *ex se*, un'offesa o un danno: «[i]t commonly *precedes* deeds, it often confirms their existence and facilitates their enactment [...]. But it is not *per se* a deed»¹⁸. Evidentemente, tale separazione

¹³ Ivi, pp. 145-146.

¹⁴ In particolare, sui «danni di lungo periodo» dell'*hate speech*, si veda K. GREENAWALT, *Fighting Words. Individuals, Communities, and Liberties of Speech*, cit.

¹⁵ F. HAIMAN, «*Speech Acts*» and the First Amendment, Southern Illinois University Press, Chicago, 1993, pp. 1-9.

¹⁶ Ivi, pp. 4-6. La mediazione del soggetto ricevente, evidentemente, «interrompe» il nesso causale, per cui tali tipi di *speech-acts* non possono essere indagati entro la normale relazione di causa-effetto in senso materiale.

¹⁷ Ivi, p. 11: «One probably must grant his premise that the expression of these words creates obligations *in the participants' minds* that did not exist before and that in a psychological and even legal sense the situation has therefore been altered. But whether that alteration will ever mean anything depends on how the parties actually behave *after* the words have been uttered» (corsivi nostri).

¹⁸ Ivi, cit., p. 12 (corsivi nostri). Si consideri, inoltre, il seguente passaggio di Haiman: «If one assumes that speech is like a match or a spark or a small fire that can burst into a bigger one, one commits the same mistake that is made when one presumes that speech is like the trigger of a gun. Fires come into being through a physical chain reaction, without mediation by a human mind or intervention by a human will. The problem with a speech-act perspective, whether explicitly based on contemporary linguistic theories or unconsciously employing metaphors like triggers and fire, is that human beings get left out of the equation», ivi, p. 24.

si fonda sulla distinzione tra la *materialità* delle *azioni* e l'*immaterialità* del *discorso*. Si tratta di un assunto che rimane alla base – questa la tesi che si intenderà dimostrare nel prosieguo – delle argomentazioni liberali riguardanti gli *speech acts* fondate sulla libertà come non-interferenza, che la libertà come non-dominazione permette invece di criticare.

Così, nel caso particolare dell'*hate speech*, Haiman distingue tra i danni da *speech* e i danni da *action*, sostenendo che essi appartengono a categorie diverse. I primi, infatti, appartengono al mondo psicologico, mentre i secondi al mondo fisico; inoltre, i primi sono danni *eventuali* e *non istantanei*, mentre i secondi sono sempre danni *certi* ed *istantanei*; infine, i primi causano un danno in senso *metaforico*, i secondi, invece, un danno *reale*¹⁹. Ciò lo porta a sostenere una posizione *perlocutoria* e *opposizionista* ai *ban* contro il discorso d'odio.

L'*account* di Haiman, dunque, pare volto ad escludere la violenza del linguaggio (cfr. *supra*, § 4.2.1), come se i due termini fossero inconciliabili e il linguaggio non potesse veicolare o addirittura, in taluni casi, *costituire* violenza²⁰. Al contrario, la riflessione di Greenawalt pare maggiormente sensibile all'inclusione della violenza all'interno del linguaggio come caratteristica peculiare di determinati usi del discorso (come, ad esempio, le «situation-altering utterances»), pur secondo un approccio casistico.

Pur partendo da una riflessione fondata sulla filosofia del linguaggio di Austin e Searle, con esempi relativi al fallimento delle condizioni di felicità per la produzione di performativi, Haiman fallisce nel rendere conto della dimensione *illocutoria* del linguaggio, che invece costituiva il perno della teoria sia di Austin sia di Searle: egli, infatti, finisce per ridurre l'analisi dei performativi alla loro dimensione *potenzialmente perlocutoria*, sostenendo, peraltro, una teoria che collega il perlocutorio alla *reazione fisica* di chi riceve le conseguenze dell'atto linguistico e che, dunque, giunge a trattare dell'*hate speech* solamente in termini locutori. Come si è anticipato in precedenza (cfr. *supra*, § 4.2.4), se si sostiene la possibilità di separare la dimensione locutoria della mera espressione di un'idea dalle sue dimensioni illocutoria e perlocutoria, si avrà un approccio meramente *locutorio* al discorso d'odio: fintanto che l'espressione di un'idea non raggiunge una dimensione illocutoria (e, dunque, nemmeno perlocutoria), tale espressione è da ritenersi rientrante nell'ambito della libertà d'espressione²¹.

Al contrario, la riflessione di Greenawalt risulta maggiormente coerente con la stratificazione delle dimensioni *illocutorie* e *perlocutorie* del linguaggio che si sono analizzate in

¹⁹ Ivi, pp. 27-28. Si noti, inoltre, che la caratterizzazione del danno in senso *metaforico* è utilizzata da Haiman come critica alle tesi di Charles Lawrence III (cfr. *infra*, § 6.4.3).

²⁰ Ciò pare evidente nell'affermazione di Haiman: «The phrase *violence by speech* has a superficially plausible ring to it, but is in fact a contradiction in terms», F. HAIMAN, «*Speech Acts*» and the First Amendment, cit., p. 29.

²¹ È il caso delle tesi sostenute da A. ALTMAN, «Liberalism and Campus Hate Speech: A Philosophical Examination», in *Ethics*, 103, 1993, pp. 302-317, il quale afferma: «I have argued that regulations should target those forms of hate speech that inflict the speech-act wrong of subordination on their victims» – approccio *illocutorio*. «This wrong is distinct from the psychological harm that hate speech causes» – approccio *perlocutorio*. «Under the sort of regulation I endorse, people would be perfectly free to make racist, sexist, and homophobic assertions and arguments and to learn of the deficiencies of their views from the counterassertions and counterarguments of others. And the equally important Millian point that public dialogue gains even through the expression of false ideas is accommodated in a similar way. Whatever contribution a racist viewpoint can bring to public discussion can be made under regulations that only target speech-act subordination» (p. 315), – approccio *locutorio*.

precedenza a partire da Austin e Searle. Greenawalt, infatti, dà conto della dimensione *perlocutoria* dell'*hate speech* come possibile veicolo di ragioni *proibizioniste*, sulla base del fatto che esso può causare danni e ha effetti negativi sulle sue vittime; non solo: egli pare accettarne anche la dimensione *illocutoria*, nella misura in cui tra le possibili ragioni proibizioniste annovera il *reinforcement* delle idee sottese alla discriminazione.

È proprio a partire da queste dimensioni che occorre analizzare l'*hate speech* nei termini forniti dalla teoria contemporanea della performatività. In particolare, sempre tenendo presente l'ambito teorico di riferimento, ovvero le due riflessioni sulla libertà (come non-interferenza e non-dominazione; cfr. *supra*, CAP. 2) e la loro applicazione alla libertà d'espressione (cfr. *supra*, CAP. 3), si mostrerà come la questione della distinzione tra *speech* e *action* possa essere analizzata entro due possibili approcci alla teoria degli atti linguistici e della performatività:

- 1) quello della *libertà come non-interferenza*, che dà origine a due sotto-approcci:
 - a) *libertarian*, tendenzialmente assolutista, *perlocutorio-opposizionista*;
 - b) *liberale* (nelle versioni *rights-based* o *harm-based*), che può dar vita ad approcci sia *perlocutorio-opposizionisti* sia *perlocutorio-proibizionisti*;
- 2) quello della *libertà come non-dominazione*, *illocutorio-proibizionista*.

Nel prosieguo, si analizzeranno i vari modelli. Si tratta, a ben vedere, di categorie individuate unicamente ai fini della schematizzazione semplificatoria: ovviamente, ciò non significa che gli autori cui sarà attribuito l'uno o l'altro approccio possano essere necessariamente identificati *in toto* con il tipo di modello assegnato. Piuttosto, si tratta – come già visto nell'ambito dell'analisi delle varie teorie della libertà in generale e della libertà d'espressione in particolare – di aderenze tendenziali, che non escludono eccezioni.

Ciò che risulta maggiormente interessante, in questa sede, è mostrare come il modello liberale presenti un'inevitabile connessione con l'approccio *perlocutorio*, mentre quello *illocutorio* sia maggiormente comprensibile entro l'orizzonte della non-dominazione. In seguito (cfr. *infra*, CAP. 6) si mostrerà come questa chiave di lettura possa essere utilizzata per portare alla luce le ragioni realmente sottese alle posizioni emerse nel dibattito sull'*hate speech*: gli autori che vi hanno partecipato, infatti, condividono (chi esplicitamente, chi implicitamente) l'una o l'altra tesi derivante dall'applicazione della teoria della performatività.

5.2 – *Hate speech* e libertà come non-interferenza

Le diverse posizioni liberali in tema di limitazione della libertà d'espressione e *hate speech* possono essere classificate entro due macro-categorie²²:

²² In questa suddivisione, si rielaborano le categorie fatte proprie da TH.I. EMERSON, "Toward a General Theory of the First Amendment", in *Yale Law Journal*, 72, 1963, pp. 877-956, p. 877 e S.J. HEYMAN, "Righting the Balance: An Inquiry into the Foundations and Limits of Freedom of Expression", in *Boston University Law Review*, 78, 1998, pp. 1275-1392, p. 1307. In realtà, Emerson suddivide il dibattito in «absolutists», posizioni «intermedie» (come il *clear and present danger*) e sostenitori del «balancing-test»; Heyman, invece, suddivide le posizioni in «civil libertarian», «balancing» e «stataliste». Le categorie individuate in questa sede, dunque, non corrispondono con quelle degli autori, bensì ne costituiscono una rielaborazione. Le posizioni «intermedie» e il «balancing-test» di Emerson, infatti, coincidono in larga parte con gli approcci liberali *harm-based* e *rights-based* (cfr. *infra*) mentre la posizione «statalista» di Heyman non è oggetto di analisi in questa sede.

1) *libertarian*, che concepisce la libertà come non-interferenza formale (cfr. *supra*, § 2.7.1) e la libertà d'espressione in senso tendenzialmente assoluto (cfr. *supra*, § 3.2.2). Essa, come si tenterà di dimostrare, esclude la proibizione dell'*hate speech* sulla base di una netta distinzione tra *speech* e *action*, adottando un approccio *perlocutorio-opposizionista*.

2) liberale, o del bilanciamento, che concepisce la libertà reale come non-interferenza (cfr. *supra*, § 2.7.2) e la libertà d'espressione (cfr. *supra*, § 3.2.2) come un valore da bilanciare o con altri diritti (approccio *rights-based*) o con il danno che essa può causare ad altri interessi (approccio *harm-based*). Anche l'approccio liberale, come si tenterà di dimostrare, si fonda su una distinzione tra *speech* e *action* (tendenzialmente *perlocutorio-opposizionista*). Entrambi gli approcci (*rights-based* e *harm-based*), tuttavia, autorizzano la limitazione della libertà d'espressione quando *speech shades into action*: quando, cioè, dal discorso si passa all'azione (modello *perlocutorio-proibizionista*).

5.2.1 – L'*hate speech* nel modello *libertarian*

Come si è visto in precedenza (cfr. *supra*, § 2.7.1), il *libertarianism* si rifà ad un'ideale della libertà come non-interferenza formale. Nel caso della libertà d'espressione, qualsiasi interferenza statale, soprattutto nel caso dell'*hate speech*, è considerata in termini negativi come indebita restrizione della libertà d'espressione (cfr. *supra*, § 3.2.2).

Nel dibattito contemporaneo sull'*hate speech*, come si è già ricordato, non tutte le posizioni che argomentano a favore della libertà d'espressione possono essere qualificate come *libertarian*; tuttavia, vi è, nella riflessione di coloro che privilegiano la libertà d'espressione all'intervento contro l'*hate speech*, una generale *tendenza* verso l'assolutismo²³.

A ben vedere, questa posizione si caratterizza per una generale distinzione tra *speech* e *action* coerente con quella, presentata poc'anzi, adottata da Haiman: solo le condotte che si estrinsecano in azioni materiali possono essere oggetto di intervento da parte dello Stato; non, invece, le condotte espressive, cui deve essere garantita una protezione tendenzialmente assoluta. Alcuni *libertarian*, come nel caso di C. E. Baker (cfr. *infra*, § 6.6.2), prescindono dal danno causato dallo *speech*: tuttavia, ciò deriva proprio dalla separazione tra *speech* e *action* e, dunque, da un *account* di tipo ugualmente *perlocutorio*. In realtà, altri *libertarian* accettano il criterio del *danno grave* [*harm*] come presupposto dell'intervento statale²⁴, che viene concepito come un possibile limite all'espressione, e tuttavia solo nel caso in cui la condotta risulti nei termini di un'azione e non di una "mera" espressione di idee, prestando dunque attenzione alle conseguenze materiali dell'azione (approccio *perlocutorio-opposizionista*).

²³ Lo riconosce espressamente S.J. HEYMAN, "Righting the Balance: An Inquiry into the Foundations and Limits of Freedom of Expression", cit., p. 1307. L'autore, tuttavia, sostiene che spesso la posizione dei *libertarian* sfocia in un approccio *balancing* che, tuttavia, conferisce grande peso alla libertà d'espressione (ivi, pp. 1310-1311). Per tale approccio, cfr. Z. CHAFEE JR., *Free Speech in the United States*, Harvard University Press, Harvard, 1941.

²⁴ Cfr. J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. I, *Harm to Others*, Oxford University Press, Oxford-New York, 1984: «In the beginning I will try to placate the unreconstructed "extreme liberals" who are unwilling to acknowledge any ground for legitimate interference with liberty beyond the harm principle» (p. 15).

In entrambi i casi, ciò che distingue tale modello è un utilizzo della teoria degli atti linguistici in senso *perlocutorio*. Si definisce *perlocutorio* tale modello nella misura in cui privilegia l'attenzione per gli effetti materiali dell'*hate speech* – o sostenendo che esso manca degli effetti suddetti, prestando un'attenzione deontologica ad una libertà come non-interferenza più ampia possibile, oppure analizzando taluni casi in cui gli effetti possono realmente essere intesi in senso materiale (o simil-materiale). Come si è visto in precedenza, infatti (cfr. *supra*, § 4.2.2), le analisi *perlocutorie* dell'*hate speech*, a partire da Austin, si concentrano sugli effetti materiali degli atti linguistici nel “mondo reale”, tralasciando gli effetti convenzionali di tipo linguistico e sociale.

In maniera icastica, si può ritenere che la posizione dell'assolutismo *libertarian* sia quella fondata sull'adagio fatto proprio dal giudice statunitense Black, il quale «famously thought that the Constitution protected “speech” absolutely and “conduct” not at all»²⁵. In realtà, spesso si conseguono posizioni tendenzialmente assolutiste anche adottando distinzioni apparentemente non così nette tra *speech* e *action*, le quali tuttavia hanno l'effetto di concedere maggiore protezione agli atti espressivi.

Un esempio di posizione tendenzialmente assolutista, di matrice *libertarian*, fondata sulla libertà come non-interferenza formale e su una distinzione piuttosto netta tra *speech* e *action* (adottata proprio a partire da un approccio *perlocutorio*) è costituito dal classico saggio di Thomas Emerson, *Toward a General Theory of the First Amendment*²⁶.

«The role of law here is to mark and guard the line between the sphere of social power, organized in the form of the state, and the area of private right. The legal problems involved in maintaining a system of free expression fall largely into this realm. In essence, legal support for such a system involves the protection of individual rights against interference or unwarranted control by the government. More specifically the legal structure must provide: (1) Protection of the individual's right to freedom of expression against interference by the government in its efforts to achieve other social objectives or to advance its own interests. [...] (2) [...] [P]rotection of individuals or groups from non-governmental interference in the exercise of their rights [...]. All these requirements involve control over the state. The use of law to achieve this kind of control has been one of the central concerns of freedom-seeking societies over the ages. Legal recognition of individual rights, enforced through the legal process, has become the core of free society»²⁷.

Nella teoria di Emerson, la libertà d'espressione, che si fonda su quattro valori principali²⁸, è concepita come uno spazio individuale privato entro il quale lo Stato deve astenersi dall'intervenire (libertà come non-interferenza formale). Lo scopo di Emerson, infatti, è quello di disegnare una linea oltre la quale lo Stato non può interferire con la libertà d'espressione senza violare l'adagio del Primo Emendamento «*Congress shall make no law [...] abridging the freedom of speech*». In particolare, egli si chiede che cosa debba considerarsi *speech* ai fini

²⁵ C.R. SUNSTEIN, “Words, Conduct, Caste”, in *University of Chicago Law Review*, 60, 1993, pp. 795-844, p. 833, con riferimento a *Cohen v. California*, 403 US 15, 27 (1971).

²⁶ TH.I. EMERSON, “Toward a General Theory of the First Amendment”, cit.

²⁷ Ivi, p. 895 (corsivi nostri).

²⁸ Ivi, pp. 878-879, in cui l'autore assegna alla libertà d'espressione il ruolo di tutela dei valori di: 1) «*individual self-fulfillment*»; 2) mezzo per il raggiungimento della verità; 3) mezzo per assicurare la partecipazione; 4) bilanciamento tra stabilità e cambiamento sociale. Cfr. *supra*, § 3.1

della libertà d'espressione. In ciò, Emerson sostiene che la teoria del primo emendamento riposi su una distinzione fondamentale «between belief, opinion and communication of ideas on the one hand, and different forms of conduct on the other», ovvero tra «expression» e «action»²⁹. Mentre lo Stato può intervenire a limitare la seconda, l'azione statale non è quasi mai giustificata se entra nella sfera della prima.

Tale distinzione deriva da molteplici ragioni. In primo luogo, «thought and communication are the fountainhead of all expression of the individual personality. To cut off the flow at the source is to dry up the whole stream»: la libertà d'espressione è fondamentale per tutte le altre libertà. In secondo luogo, l'espressione «is normally conceived as doing less injury to other social goals than action», in quanto ha «less immediate consequences» ed è «less irremediable in its impact» (è evidente, fin dall'inizio, la distinzione *perlocutoria* in termini di effetti di *speech* e *action*). In terzo luogo, il potere coercitivo dello Stato è talmente pervasivo, sostiene Emerson, che «only by drawing such a protective line between expression and action is it possible to strike a safe balance between authority and freedom»³⁰. Inoltre, l'espressione secondo Emerson è «normally harmful»: ciò che si desidera limitare attraverso l'intervento statale sono in genere le *conseguenze*, gli *effetti* dell'espressione quando questi costituiscono la causa o l'elemento che influenza la condotta altrui³¹. Evidentemente, Emerson *separa* il linguaggio dai suoi effetti (come se fosse sempre possibile tracciare una linea divisoria tra l'uso constativo e l'uso performativo degli atti linguistici).

Svolgendo uno studio della giurisprudenza statunitense sul tema, Emerson sostiene che la dottrina del *clear and present danger* (cfr. *infra*, § 7.2.2) si sia fondata proprio sull'obiettivo di separare l'espressione dall'azione: «by drawing a line of allowable expression closer to the point of action, it opened up a wider area of protection»³². Il problema di disegnare una linea tra *expression* e *action* sta nel fatto che l'espressione spesso avviene anche attraverso condotte materiali o simil-materiali: è dunque necessario individuare un criterio capace di distinguere l'una dall'altra anche nei casi più dubbi. Così Emerson individua i criteri per decidere se una condotta sia da qualificarsi nei termini dell'*espressione* o, piuttosto, dell'*azione*.

1) Il *danno*. Se il danno è *immediato* o *istantaneo* e non è controllabile dall'intervento con un'azione successiva, la condotta sarà considerata un'*azione*³³. Si tratta della condotta che causa danni materiali esattamente individuabili e percepibili, oltre che diretti. Inoltre, ciò deriva dal fatto che si ritiene che la relazione di causalità tra il discorso e la susseguente azione debba essere, se non identica, quantomeno paragonabile a quella di tipo *materiale*.

2) L'*interesse individuale*. Se il danno è perpetrato nei confronti di un *interesse individuale* circoscritto – non pubblico, sociale, “esteso” –, la condotta potrà essere più facilmente

²⁹ Ivi, pp. 880-881.

³⁰ Ivi, p. 881 (corsivi nostri).

³¹ Ivi, p. 889. In questo senso, si può ritenere che Emerson escluda la violenza dal linguaggio non in quanto non riconosce che il linguaggio non possa essere *veicolo* di violenza, bensì nel senso che dal carattere «normally harmful» del linguaggio stesso se ne fa derivare un generale obbligo di tolleranza, poiché la “vera” violenza sta negli effetti materiali dell'espressione, che vengono separati dall'espressione stessa.

³² TH.I. EMERSON, “Toward a General Theory of the First Amendment”, cit., p. 910.

³³ Ivi, p. 917.

considerata come un'azione³⁴. Si pensi al caso delle offese *face to face* che causano un danno alla reputazione del soggetto, oppure danni psicologici consistenti. In questi casi, l'ascrizione alla categoria dell'azione risulta semplice, anche solo per metafora, proprio dato il carattere diretto di determinate espressioni³⁵.

3) Le *conseguenze*. Se le conseguenze della condotta sono di tipo materiale, Emerson accetta la proibizione qualora sia compatibile con gli altri principi. Ma si pensi al caso in cui la condotta espressiva si configura nei termini dell'*incitamento verso* «*unlawful conduct*»: in questo caso, il sistema dovrà punire l'*azione susseguente*, in quanto illegale, risultante dalla condotta di incitamento³⁶. Le conseguenze vengono evidentemente indagate da Emerson in senso materiale e, dunque, si può dire che egli adotta un approccio *perlocutorio*.

Ciò permette di sostenere che la distinzione tra *expression* e *action* in Emerson si fonda sul carattere *materiale* della seconda: solo quando l'espressione si traduce in una condotta materiale che può essere punita separatamente, oppure quando possiede caratteristiche molto simili alla condotta materiale, che ne richiamino ad esempio il carattere diretto ed immediato o siano analizzabili secondo l'elemento della causalità materiale, essa potrà essere proibita.

«In short, the line between “expression” and “action” can be drawn to accommodate the main situations in which it has been urged that “absolute” protection cannot be extended to freedom of expression at the expense of maintaining internal order. *The crucial principle is that the issue be conceived and its resolution sought in terms of permitting “expression” and punishing “action”*»³⁷.

In sostanza, per Emerson sono da qualificarsi nei termini di *action* tutte quelle condotte comunicative in cui la comunicazione risulta in se stessa «coercive»³⁸.

Un'altra strategia argomentativa che può essere presa come esempio di assolutismo *libertarian* è quella fatta propria da Thomas Scanlon³⁹. Scanlon, in maniera simile ad Emerson, sostiene l'esistenza di una categoria di atti che definisce «acts of expression», i quali includono «any act that is intended by its agent to communicate to one or more persons some proposition or attitude», che devono includere simboli, dimostrazioni, performance musicali, ecc.: è sufficiente, sostiene Scanlon, che l'atto d'espressione sia connesso «with some proposition or attitude which it is intended to convey»⁴⁰. La peculiarità di tali atti, sostiene Scanlon, non è tanto

³⁴ Ivi, pp. 921-922.

³⁵ Evidentemente, la distinzione di Emerson tra interessi *individuali* e interessi *sociali* o *collettivi* riposa su assunti tutt'altro che pacifici e, a ben vedere, coerenti esclusivamente con un orizzonte liberale: si è visto, in precedenza, come entro una concezione neo-repubblicana della libertà e dei diritti fondata sulla libertà dalla dominazione, al contrario, *non* vi sia distinzione tra l'interesse individuale e il bene comune, a partire dall'assunto per cui i diritti costituiscono proprio il punto di convergenza tra le due figure. Probabilmente la distinzione di Emerson si riferisce, più che alla categoria dell'interesse, a quella della posizione soggettiva tutelata.

³⁶ TH.I. EMERSON, “Toward a General Theory of the First Amendment”, cit., p. 931.

³⁷ Ivi, p. 932 (corsivi nostri).

³⁸ Ivi, p. 939.

³⁹ TH. SCANLON, “A Theory of Freedom of Expression”, in *Philosophy and Public Affairs*, 1, 2, 1972, pp. 204-226.

⁴⁰ Ivi, p. 206.

il fatto che essi debbano rientrare entro la categoria dello *speech* o dell'*action*: indipendentemente da ciò, essi possono possedere conseguenze negative e causare danni gravi in svariati casi. Si prendano in considerazione, ad esempio, ai seguenti casi:

1) l'atto d'espressione causa un danno come «direct physical consequence [...]: the sound of my voice can break glass, wake the sleeping, trigger an avalanche, or keep you from paying attention to something else you would rather hear»⁴¹. Qui, evidentemente, il danno arrecato è indipendente dal contenuto dell'espressione che si intende comunicare;

2) gli atti di aggressione volti a comunicare un'idea, «when one person intentionally places another in apprehension of imminent bodily harm»⁴². Qui, invece, il danno arrecato dipende anche dal contenuto dell'espressione. Nonostante ciò, esso può essere oggetto di intervento sanzionatorio, proprio perché si tratta di una minaccia di danno materiale;

3) l'atto di diffamazione può causare un danno ad un individuo modificando le opinioni di altre persone su di lui. Vi è, qui, il carattere immediato e diretto che consente il paragone con il danno fisico, come visto in precedenza;

4) l'atto di espressione «contribute[s] to the production of a harmful act by someone else», ove in taluni casi le conseguenze dannose del secondo possono giustificare la restrizione anche del primo. Analogamente, si pensi anche all'atto di espressione con cui si forniscono a terzi ragioni per agire che possono causare pericoli gravi, come quando, ad esempio, si comunica al mondo il risultato di una scoperta scientifica *home-made* pericolosissima, che gli altri possono utilizzare per produrre gravi danni di natura pubblica.

In questi casi, l'espressione “diventa” azione, oppure ne costituisce la causa: *prima facie*, dunque, suddette espressioni potrebbero essere oggetto di restrizione. Nonostante ciò, Scanlon conclude che la distinzione tra *espressione* e *azione* sia meno rilevante della distinzione tra «*expression which moves others to act by pointing out what they take to be good reasons for action and expression which gives rise to action by others in other ways, e.g., by providing them with the means to do what they wanted to do anyway*»⁴³. L'espressione del primo tipo deve godere della protezione della libertà d'espressione, poiché il fornire buone ragioni per agire è sempre “mediato” dall'accettazione psicologica altrui, che converte le ragioni fornite in azione materiale; al contrario, l'espressione del secondo tipo può essere ristretta, in casi piuttosto limitati, quando contribuisce allo svolgersi dell'azione materiale⁴⁴.

Ciò che Scanlon sostiene, in sostanza, è che vi siano casi in cui l'espressione “sfocia” nel campo dell'azione, eppure essa dev'essere ugualmente protetta, poiché vi è una mediazione del soggetto agente che, si potrebbe dire, “interrompe il nesso causale”. Si tratta, evidentemente, di un argomento *libertarian*, volto ad attribuire all'espressione la più vasta protezione possibile, che accetta una qualche distinzione tra *speech* e *action* ma, nonostante ciò, sostiene

⁴¹ Ivi, p. 211.

⁴² Ivi, p. 211.

⁴³ Ivi, p. 212 (corsivi nostri).

⁴⁴ Ivi, p. 212.

che solo in particolari casi quando si passa dalla prima alla seconda lo Stato è autorizzato a restringere l'espressione. È così che Scanlon giunge a formulare il seguente principio:

«There are certain harms which, although they would not occur but for certain acts of expression, nonetheless cannot be taken as part of a justification for legal restrictions on these acts. These harms are: (a) harms to certain individuals which consist in their coming to have false beliefs as a result of those acts of expression; (b) harmful consequences of acts performed as a result of those acts of expression, where the connection between the acts of expression and the subsequent harmful acts consists merely in the fact that the act of expression led the agents to believe (or increased their tendency to believe) these acts to be worth performing»⁴⁵.

Evidentemente, nel modello disegnato da Scanlon, lo Stato *non* può proibire le condotte di *diffusione di idee* (come, ad esempio, la diffusione di idee razziste) né quelle di *advocacy* di determinate azioni (si pensi, ad esempio, all'*advocacy* dell'*hate speech* razziale): ciò sulla base del fatto che diffondere determinate idee e sostenerle, anche in pubblico, non significa contribuire alla realizzazione materiale di atti susseguenti, basati su tali idee, da parte di coloro che ascoltano, i quali avranno agito in virtù del proprio libero arbitrio e non come diretta conseguenza dell'espressione (in senso deterministico).

Le due proposte teoriche sin qui analizzate permettono di comprendere, entro l'orizzonte *libertarian*, la separazione tra *speech* (ad esempio, le idee ingiuriose) e *action* (ad esempio, gli atti di violenza): si tratta di un argomento che, come si vedrà (cfr. *infra*, CAP. 6), sarà ripreso da vari autori liberali che adottano approcci *perlocutori* e *opposizionisti*.

Analogamente, pur fuori da un modello liberale, si comprende l'esito *individualista* della riflessione di Butler, che sosteneva l'insensatezza della distinzione tra *speech* e *action* eppure, al contempo, l'impossibilità di completa sovrapposizione, tale per cui la relazione di causalità tra le due è talmente latente da non poter essere individuata⁴⁶ (cfr. *supra*, § 4.2.5).

Come si è accennato in apertura, il modello *libertarian* coniuga una concezione della libertà come non-interferenza nell'attività individuale, che parimenti applica alla libertà d'espressione, giustificando il non intervento a partire da una lettura *perlocutoria* degli atti linguistici. Esso sposta l'asse verso le posizioni *opposizioniste*, sostenendo le ragioni *proibizioniste* (analogamente al modello liberale) solo in casi limitati in cui *speech shades into action*.

5.2.2 – L'*hate speech* nel modello liberale (o del bilanciamento)

La posizione del *balancing test*⁴⁷ informa le ragioni di coloro che ritengono l'*hate speech* una questione di bilanciamento tra la libertà d'espressione, da un lato, e altri tipi di considerazioni. In particolare, il bilanciamento può essere effettuato a partire dai *diritti* (*rights*-

⁴⁵ Ivi, p. 213. È interessante sottolineare che Scanlon fa dipendere tale principio dall'esigenza kantiana per cui tutti gli esseri umani devono essere trattati come *autonomi e razionali*: dunque non si può sostenere che fornire le motivazioni per l'agire ad un individuo significhi *contribuire causalmente* all'azione che verrà portata a termine da questi. Ogni individuo, infatti, dev'essere ritenuto capace (e trattato come tale) di vagliare autonomamente le ragioni per la propria azione (ivi, p. 215).

⁴⁶ Peraltro, si ricordi che era proprio Butler a sostenere che meno si ritiene che *speech* e *action* siano distinguibili, più si è portati a ritenere che gli atti linguistici siano sempre felici e, dunque, ad adottare un approccio *illocutorio*; al contrario, più si sostiene la possibilità di distinzione, più si è portati all'adozione di un approccio *perlocutorio*.

⁴⁷ Sul modello del bilanciamento, cfr. *supra*, § 2.7.2b, i riferimenti ai lavori di Robert Alexy.

balancing)⁴⁸ oppure a partire da altri *interessi*⁴⁹. La radice comune sottesa ad entrambi gli approcci è il *principio del danno* [*harm principle*] (individuale o pubblico⁵⁰): entrambe le versioni, infatti, possono essere lette entro l'approccio del principio del danno, qualificando l'intervento statale come legittimo qualora sia volto a prevenire o porre rimedio al danno ai *diritti altrui* o agli *interessi altrui* (o *diffusi*).

Anche in questo caso, l'approccio è compatibile sia con categorie *deontologiche*, che non prendono in considerazione gli effetti materiali bensì i conflitti tra diritti (approcci *rights-based*) o, quando lo fanno, trattano degli effetti negativi in termini di danno ai diritti altrui, sia con categorie direttamente *perlocutorie*, ove il principio del danno gioca un ruolo fondamentale nella determinazione degli effetti negativi dell'*hate speech*. In realtà, come si vedrà in sede di analisi del dibattito sull'*hate speech*, anche gli approcci deontologici adottano una posizione in tema di performatività del discorso d'odio, finendo per richiamarsi agli approcci perlocutori.

Al pari dell'approccio *libertarian*, quello liberale privilegia quindi un *account* di tipo *perlocutorio* all'*hate speech*: esso, infatti, non viene preso in considerazione come veicolo di effetti linguistici e sociali, bensì solamente – e solo eventualmente – in virtù dei suoi effetti materiali, la cui esistenza viene in taluni casi accettata e in talaltri rifiutata. Anch'esso può essere qualificato in senso *opposizionista*, quando utilizza suddette categorie per rifiutare la proibizione dell'*hate speech*, oppure in senso *proibizionista*, quando ritiene che le ragioni di cui sopra siano sufficienti a sostenere l'intervento statale a limitazione della libertà d'espressione (cfr. *infra*, §§ 6.5; 6.6).

a) *Gli approcci rights-based*. — Secondo gli approcci *rights-based* alla questione del discorso d'odio, occorre bilanciare il diritto alla libertà d'espressione con altri diritti in competizione con esso nel caso concreto. Il diritto alla libertà d'espressione, proprio in virtù della logica del bilanciamento, *non* può essere visto come un *diritto assoluto*: secondo l'approccio della libertà reale come non-interferenza, la libertà può infatti essere limitata in nome della libertà stessa (cfr. *supra*, § 2.7).

Nonostante ciò, come si è più volte ribadito, la libertà d'espressione, in taluni casi, finisce per diventare assoluta con riferimento all'*hate speech*.

Una distinzione fondamentale, ricordata, *ex multis*, da Schauer (per l'importanza che essa svolge in relazione alla libertà d'espressione), è quella tra *forza di un diritto* e *scopo di un diritto*. Lo *scopo*, in particolare, è costituito dal tipo di attività alla cui protezione si rivolge quel tipo di diritto; la *forza*, invece, è descritta dalla capacità di quel diritto di “vincere” su altri

⁴⁸ Cfr. A. BROWN, *Hate Speech Law. A Philosophical Examination*, Routledge, New York, 2015, pp. 218-222, sezione intitolata “Rights-Based Balancing”.

⁴⁹ Cfr. *ivi*, pp. 222-235, sezione intitolata “Interest-Based Balancing”. Si sottolinea che l'*account* fornito in questa sede, in realtà, è parzialmente diverso da quello fornito da Brown, il quale analizza a livello teorico il caso di conflitto tra più interessi, ovvero i possibili interessi sottesi alla libertà d'espressione e altri tipi di interessi. In questa sede non si effettuerà un'analisi di questo tipo (per la quale si rimanda, appunto, al testo di Brown), bensì si prenderà in considerazione la possibilità di restrizione del *diritto* alla libertà d'espressione in caso di *danno* ad interessi altrui di natura diversa dai diritti.

⁵⁰ Cfr. F. SCHAUER, *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, cit., pp. 132-148.

diritti. Più ristretto sarà lo scopo del diritto, maggiore sarà la sua forza⁵¹. Si pensi al caso dell'espressione politica: come si è visto in precedenza, se si qualifica il diritto alla libertà d'espressione in termini democratico-repubblicani come volto a tutelare l'espressione politica, se ne restringe talmente tanto lo scopo che esso diviene tendenzialmente assoluto: qualsiasi espressione politica, infatti, risulterà coperta dal diritto alla libertà d'espressione (è questo il caso dell'impostazione di Sunstein; cfr. *supra*, § 3.3.2).

Possono inoltre esistere casi di *diritti politici (o morali)* non assoluti ma molto forti (come appunto la libertà d'espressione) i quali, quando questi vengono tradotti in *diritti giuridici*, diventano assoluti⁵². Evidentemente, questo è il caso di Dworkin, che inizialmente qualifica il diritto alla libertà d'espressione – in senso *politico* – non in termini assoluti, poiché soggetto anch'esso al principio della possibilità di restrizione per garantire altre libertà in quanto beni primari (cfr. *supra*, § 3.2.2). Tuttavia, in Dworkin il *diritto giuridico* alla libertà d'espressione finisce per essere assoluto, nel caso dell'*hate speech*, poiché include sempre anche il diritto dello *speaker* di offendere (cfr. *infra*, § 6.6.3).

Si ritiene, dunque, che gli argomenti di coloro che utilizzano la retorica del conflitto tra diritti per sostenere una libertà d'espressione assoluta finiscano, nel caso dell'*hate speech*, per ricadere nel modello *libertarian*. In questa sede, dunque, occorrerà concentrarsi solamente sugli approcci *rights-based* non assolutisti.

Un esempio di approccio teorico *rights-based* non assolutista nel caso della libertà d'espressione è quello di Steven J. Heyman: esso può essere individuato come la forma più pura di approccio *rights-balancing* per la libertà d'espressione, in quanto non assegna alcuna priorità formale ad alcuno dei due diritti sui due piatti della bilancia. I principi sottesi alla libertà d'espressione⁵³, infatti, sono per Heyman sottesi anche ad altri diritti individuali, quindi essi devono essere bilanciati con la libertà d'espressione stessa, in quanto si tratta di diritti che godono dello stesso valore. Esempi di tali diritti sono gli «external rights against violence» (come il diritto alla sicurezza personale), gli «internal rights» e i «rights of personality» (come il «right against infliction of emotional distress», «invasion of privacy», «defamation»). Non si può sapere in anticipo, a livello teorico, quale diritto debba prevalere sull'altro: occorrerà effettuare un'analisi in concreto. Non vi è, cioè, alcuna presunzione a favore della libertà d'espressione⁵⁴. Quest'ultima, nell'approccio di Heyman, dev'essere bilanciata in quanto può causare un *danno* agli altri diritti individuati: occorre, cioè, una «ragione forte» per limitare un diritto, che in questo caso viene fatta coincidere con il danno.

Quella di Heyman, dunque, costituisce una versione particolare del *principio del danno* che verrà analizzato a breve (cfr. *infra*, § 5.2.3), in questo caso applicato ai diritti. In ciò, invece,

⁵¹ È, questa, la tesi che Schauer applica, in particolare, alla libertà d'espressione: cfr. F. SCHAUER, *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, cit., pp. 134-135.

⁵² Ivi, p. 135.

⁵³ Tali principi sono costituiti, secondo Heyman, dalla *libertà esterna in generale*, l'«individual self-realization», il «democratic self-government», l'«attainment of truth»: S.J. HEYMAN, «Righting the Balance: An Inquiry into the Foundations and Limits of Freedom of Expression», cit., p. 1315 (cfr. *supra*, § 3.1).

⁵⁴ Sul punto, cfr. F. SCHAUER, *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, cit., p. 134.

si esclude il *principio dell'offesa* (cfr. *ibidem*): lo Stato non può intervenire a limitare i diritti nel caso di un utilizzo del diritto alla libertà d'espressione sulla base del fatto che essa costituisce “*offesa ai diritti altrui*”⁵⁵.

La questione problematica del liberalismo *rights-based*, per ciò che concerne l'*hate speech*, è che, data la particolarità di certe forme d'espressione, non è sempre così facile ricondurre l'*hate speech* alla violazione di un qualche diritto individuale⁵⁶: vi sarebbero casi, cioè, in cui contro il discorso d'odio non può essere fornita un'adeguata protezione a partire da tale modello, che riconduce la questione alla violazione (o meno) di diritti individuali. Inoltre, proprio nel fatto che il secondo termine del bilanciamento dev'essere costituito da un diritto *individuale* (cfr. *supra*, § 2.7), l'approccio *rights-based* non può essere utilizzato per dare conto delle eventuali violazioni di *diritti dei gruppi* nel caso dell'*hate speech*. Nei casi in cui invece si può individuare un diritto individuale concreto in competizione con la libertà d'espressione, rimane il fatto che «*causation should be limited to cases in which an act of expression has a concrete and substantial impact on other rights*»⁵⁷: in realtà, l'idea di danno sottesa al liberalismo è anch'essa costituita da un paragone con il *danno materiale*, che nel caso della libertà d'espressione può essere descritto come una generale separazione tra *speech* e *action*. Ciò è evidente, ad esempio, nei diritti proposti da Heyman come possibili “contraltari” della libertà d'espressione: la loro violazione può essere ricondotta a relazioni di causalità materiale simili a quella già vagliata in seno all'assolutismo *libertarian*.

Inoltre, l'approccio di Heyman, fondato sull'autonomia e sulla *self-determination*, finisce per sostenere un ideale della libertà come non-interferenza («*a sphere of autonomy that is generally entitled to protection against governmental interference*»⁵⁸), in cui allo Stato è proibito interferire con la libera espressione individuale, concependosi tale possibilità solamente quando, appunto, essa interferisce con i diritti altrui. Si è già visto in precedenza, infatti, che l'approccio *rights-based* sostiene un tipo particolare di libertà come non-interferenza, ovvero la *libertà come non-interferenza nei diritti* (cfr. *supra*, § 2.7)⁵⁹. Si tratta, in particolare, di una libertà reale come non-interferenza, che accetta, cioè, l'interferenza quando essa è volta a garantire una maggiore libertà, ciò che accade anche con la libertà d'espressione.

⁵⁵ Cfr. D.O. BRINK, “Millian Principles, Freedom of Expression, and Hate Speech”, in *Legal Theory*, 7, 2001, pp. 119-157, pp. 119-157, p. 136.

⁵⁶ Lo riconosce, ad esempio, F. FIGUEROA ZIMMERMANN, “Bajo sospecha: El liberalismo y la regulación del Hate Speech”, in *Libertades Públicas. Colección breviaros*, 6, 2016, pp. 1-17, pp. 4-5. Un'interessante previsione, in tal senso, è quella della Costituzione della Repubblica di Fiji (*Fiji Islands*), che all'art. 17.3(b)(i) sancisce, nell'elenco delle esigenze da rispettare per tutelare i diritti e la reputazione altrui, un vero e proprio «*right to be free from hate speech, whether directed against individuals or groups*». Si ringrazia Eduardo Arroyo Lima per la segnalazione.

⁵⁷ S.J. HEYMAN, “Righting the Balance: An Inquiry into the Foundations and Limits of Freedom of Expression”, cit., p. 1315.

⁵⁸ S.J. HEYMAN, *Free Speech and Human Dignity*, Yale University Press, New Haven (CT), 2008, p. 84.

⁵⁹ Cfr. *ivi*, p. 1318: «*To say that individuals have a general liberty to direct their own actions does not, of course, mean that those actions are always permissible. Individuals may use their freedom in such a way as to unjustifiably infringe the rights of other persons to their own life, liberty and property. Such actions are wrongful and may be restricted by law*».

«[W]hen a particular act of speech comes into conflict with another right, balancing seeks to determine whether a restriction of speech is warranted by weighing (1) the value of the speech and (2) the extent of the restriction, against (3) the value of the other right and (4) the impact of unregulated speech on that right. The aim of this approach is to harmonize the competing rights by protecting both insofar as possible and, to the extent that they conflict, by protecting the right that (at the margin) constitutes the most important aspect of liberty»⁶⁰.

In particolare, l'*impatto* del diritto alla libertà d'espressione sull'altro diritto contrattante deve essere concreto ed attuale: nei sistemi in cui si può agire per vedere rispettato un proprio diritto, infatti, le corti sogliono utilizzare il criterio della violazione concreta di un altro diritto individuale lamentata dal titolare di quel diritto. A tale violazione, dunque, potrà essere applicato un ragionamento simile a quello che verrà effettuato per il criterio del danno (cfr. *infra*, § 5.2.3): come si vedrà, questo tipo di approccio liberale riesce a dar conto della restrizione della libertà d'espressione solamente nei casi in cui *speech shades into action* (o ad essi assimilabili). Negli altri casi, infatti, si faticherebbe a considerare l'atto come un'interferenza concreta nei diritti altrui, a meno che i sistemi giuridici non consentissero la tutela dei *conflitti potenziali* tra diritti (ciò che, ad ogni modo, non sarebbe giustificabile entro un sistema liberale di libertà come assenza di interferenza, proprio perché l'interferenza sarebbe solo potenziale e non attuale)⁶¹. D'altra parte, nei diritti elencati da Heyman come possibili controparti della libertà d'espressione, è evidente la *materialità* oppure la assimilazione della *causalità materiale* nei termini descritti poc'anzi nell'analisi dell'approccio di Emerson.

Il modello liberale, inoltre, si caratterizza anche per una critica alla nozione di *abuso di diritto*⁶², piuttosto importante se ricondotta al caso della libertà d'espressione. Come ricorda Schauer, l'abuso del diritto significa, al contempo, un esercizio del diritto. Quando si sostiene che un determinato soggetto parlante ha abusato del proprio diritto alla libertà d'espressione, ciò significa che al contempo quel soggetto godeva del diritto di dire ciò che ha detto. Se si punisce qualcuno per l'abuso di un suo diritto, significa che quella persona *non* possiede quel determinato diritto. Piuttosto, si dovrà dire che quella persona «did not abuse his right to free speech at all, but merely went outside it»⁶³. Secondo Schauer, dunque, non si può sostenere che si può avere diritto ad una cosa ma che determinati esercizi di quel diritto costituiscono un abuso e dunque possono essere proibiti. L'abuso di un diritto, piuttosto, dovrebbe avere unicamente conseguenze *morali*, non giuridiche. Se abusare significa "esagerare" in un comportamento che tuttavia è in sé permesso, non se ne può che concludere la necessaria non rimproverabilità in senso giuridico, bensì in senso solo morale. In caso di abuso, dunque, si potrà essere soggetti a «criticism», *non* a «punishment» (sanzione)⁶⁴.

⁶⁰ Ivi, p. 1356.

⁶¹ Come si vedrà, invece, questo è un assunto rilevante nell'ambito della lettura neo-repubblicana del sistema dei diritti: cfr. *infra*, § 5.3.

⁶² Sull'abuso di diritto, con particolare riguardo all'*hate speech*, cfr. *supra*, CAP. 1?, per i riferimenti agli strumenti internazionali contro l'*hate speech* che regolano l'abuso della libertà d'espressione, e *infra*, CAP. 7, per la giurisprudenza della Corte EDU sull'abuso di diritto nei casi di discorso d'odio.

⁶³ F. SCHAUER, *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, cit., pp. 145-146 (la citazione è a p. 145).

⁶⁴ Ivi, p. 146. In ciò, Schauer riprende la distinzione tra «criticism» e «punishment» di R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1977, p. 33.

Il problema, in questa concezione, sta nel fatto che il modello liberale, nel ricondurre la rimproverabilità nel caso dell'abuso del diritto solamente all'ambito morale, ingenera una situazione in realtà comprensibile solo entro il paradigma della non-dominazione:

«But won't interference in a person's life be made more likely by the fact of domination and won't the ideal of non-interference give us reason on that account to complain about it? Not necessarily. So far as domination by others leads a person to censor and inhibit what they do, it may be very unlikely indeed that those others will ever practice interference. Self-censorship and self-inhibition is not itself a form of interference and if it actually serves to make interference less likely, then adherents of the ideal of non-interference can find no grounds for complaining about it»⁶⁵.

La *self-inhibition* – che richiama il *self-restraint* morale di Sunstein (cfr. *supra*, § 3.3.2) – in sostanza, non costituisce un'interferenza: essa, piuttosto, è un'astensione dal produrre un'interferenza. Se si ritiene che determinati comportamenti di *hate speech* siano legali, ma rimproverabili moralmente, si assegna al potenziale parlante un potere che egli può esercitare a sua discrezione, azionandolo (interferenza) o meno (non-interferenza) a suo piacimento: giuridicamente parlando, è come se il soggetto godesse di un “diritto all'abuso del diritto”. Pertanto, tale situazione può essere compresa solo a partire dall'ideale della non-dominazione, entro il quale la categoria dell'abuso del diritto acquisterebbe un significato più coerente nei termini di un divieto *sanzionato giuridicamente*.

La nozione di abuso del diritto, utilizzata nel caso della libertà d'espressione, è molto importante, poiché, come si vedrà (cfr. *infra*, §§ 7.4; 7.5), è a partire da essa che la giurisprudenza della Corte EDU ha ristretto la libertà d'espressione in determinati casi di *hate speech*. Come si vedrà (cfr. *infra*, § 5.3), inoltre, si può criticare la nozione liberale di abuso di diritto entro un modello neo-repubblicano di *hate speech*.

b) Gli approcci interest-based. — Gli approcci *interest-based* non prevedono il bilanciamento di un diritto con un altro diritto, bensì con interessi di altro tipo. Si può trattare di interessi *privati* o *pubblici*. Anche questo tipo di approccio può essere associato ad un'idea di libertà d'espressione come non-interferenza⁶⁶, in cui lo Stato può intervenire a limitare la libertà d'espressione solamente poiché si ritiene che essa risulti soccombente nel caso del bilanciamento con altri interessi.

⁶⁵ PH. PETTIT, *A Theory of Freedom: From the Psychology to the Politics of Agency*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, p. 138.

⁶⁶ Cfr. F. SCHAUER, *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, cit., p. 129: «The result is that the Free Speech Principle, or freedom of speech, is a 'liberty' in the narrow sense of that word. There are, I admit, almost as many senses of the word 'liberty' as there are of the words 'freedom' and 'right'. But there seems to be a developing consensus, at least in academic political philosophy, that a 'liberty' is the absence of 'interference, censorship, control, regulation, restriction, constraint etc.'. It is closest to what Isaiah Berlin calls a 'negative liberty' and what Joel Feinberg calls the absence of 'external positive constraint'. [...] [F]reedom of speech is best characterized as the absence of governmental interference. It is liberty to communicate, unencumbered by governmental control». Cfr. anche E. HEINZE, *Hate Speech and Democratic Citizenship*, Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 97, il quale, nel descrivere la libertà d'espressione liberale, sostiene: «To the extent that a liberal 'right' to free speech is construed in the classically liberal terms of a sheer 'negative liberty', i.e., a duty upon the state to refrain from interference where the speech causes insufficient 'harm', it becomes indistinguishable from any other individual

Se si guarda al caso del bilanciamento della libertà d'espressione con *interessi pubblici*, esso, entro un orizzonte liberale, deve ovviamente essere limitato al massimo, in virtù di quello che si è descritto in precedenza come la rawlsiana "priorità della libertà"⁶⁷ (cfr. *supra*, § 2.7.2a). Infatti, l'onere della prova dovrà essere posto sull'interesse pubblico, che dovrà giustificare la restrizione della libertà d'espressione poiché altrimenti essa finirebbe per arrecarvi un *danno*⁶⁸: nel caso di bilanciamento tra la libertà d'espressione e altri interessi pubblici, dunque, entro un orizzonte liberale deve necessariamente esservi una presunzione a favore della prima⁶⁹.

Anche per quanto riguarda gli *interessi privati* occorrerà ugualmente analizzare il principio del *danno*: evitare un danno, infatti, può essere visto come il «countervailing interest»⁷⁰ rispetto alla libertà d'espressione. Come si vedrà, infatti, quest'ultima, entro un approccio *interest-based*, potrà essere limitata solamente in caso di danno grave⁷¹.

Mentre vi è chi sostiene la necessità di "fermarsi" al principio del danno, vi sono liberali che accettano che in casi meno gravi, cioè nei casi di offesa, lo Stato possa intervenire. Ad ogni modo, i principi del *danno* e, in alcuni casi, dell'*offesa*, risultano fondamentali perché definiscono una posizione comune a tutti i liberali⁷². Ciò che risulta importante, in questa sede, è che si tenterà di dimostrare come tali principi siano modellati sulla scorta di un'implicita distinzione tra *speech* e *action*, la quale pare dunque sottesa a tutti gli *account* liberali della libertà d'espressione. In particolare, anche chi utilizza argomenti *illocutorio-opposizionisti*, in realtà, tradisce la sua adesione al principio della distinzione tra *speech* e *action*, che può essere analizzata proprio a partire dal principio del danno. Pertanto, si può ritenere che pressoché a tutte

liberty». Si noti, però, che mentre Schauer sostiene la libertà d'espressione liberale come non-interferenza, Heinze finisce al contrario per criticarla, sostenendo anche dimensioni necessariamente positive.

⁶⁷ Cfr. S.J. HEYMAN, "Righting the Balance: An Inquiry into the Foundations and Limits of Freedom of Expression", cit., p. 1356.

⁶⁸ F. SCHAUER, *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, cit., p. 133.

⁶⁹ «If we acknowledge the existence of a Free Speech Principle, of a right to free speech in a strong sense, then freedom of speech occupies the same place in the equation as does personal liberty in the criminal process. When weighed against the general public interest, freedom of speech is taken to be the superior value. To take account of this, the system must treat a wrongful infringement of freedom of speech as a harm more serious than a wrongful damage to the public interest», ivi, p. 139.

⁷⁰ Cfr. ivi, p. 148.

⁷¹ Questa posizione, che in Feinberg verrà analizzata a breve, rispecchia quella di Schauer: «[A] simple demonstration that in a particular case speech causes harm is sufficient to justify restricting the speech. But this capacity for harm exists in almost all speech. Recognition of the Free Speech Principle entails protecting some speech despite its harmful effect. Therefore a showing that certain utterances or certain categories of utterance cause harm does not *eo ipso* compel the result that the utterance should be restricted. [...] The mere observation that some speech causes unpleasant consequences is an insufficient solution to a free speech problem», F. SCHAUER, *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, cit., p. 132.

⁷² «[N]o reasonable theorist denies the validity of the harm principle, but the liberal would prefer if possible to draw the line there, and deny validity to any other proposed ground for state interference. Most liberals, however, have been forced to give a little more ground, and acknowledge the offense principle (duly refined and qualified) as well. [...] [W]e can define liberalism [...] as the view that the harm and offense principles, duly clarified and qualified, between them exhaust the class of morally relevant reasons for criminal prohibitions. Paternalistic and moralistic considerations, when introduced as support for penal legislation, have no weight at all», J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. I, *Harm to Others*, cit., pp. 14-15.

le posizioni liberali-opposizioniste in tema di *hate speech*, in realtà, soggiaccia un'impostazione *perlocutoria*, fondata cioè sul principio della materialità del danno da *action* e della sua distinzione rispetto all'immaterialità del danno da *speech*.

5.2.3 – Le radici comuni: il principio del danno e *speech v. action*

John Stuart Mill, come si è visto in precedenza (cfr. *supra*, § 3.2.1), getta le basi per un diritto alla libera espressione che può essere limitato solamente in caso di *danno* ad altri⁷³. La nozione di danno in Mill è stata oggetto di dibattito, poiché egli non chiarisce che cosa debba intendersi per 'danno'; tuttavia, dato l'utilizzo del termine «rights», vi è chi ha sostenuto di trattare la proposta di Mill come una giustificazione della limitazione da parte dello Stato della libertà d'espressione solo quando questa arrechi *danno ai diritti altrui*⁷⁴. Se si riprende il caso dei *corn-dealers*, infatti, ci si rende conto che in Mill *non qualsiasi tipo di danno* è suscettibile di utilizzo come argomento per sostenere l'intervento statale a limitazione della libera espressione, bensì un *danno illegittimo ai diritti individuali altrui*⁷⁵. In ciò, dunque, Mill esclude il *principio dell'offesa*⁷⁶.

Ciò che è interessante notare è che, in realtà, entro le ipotesi di danno illegittimo che possono restringere la libertà d'espressione nel caso dell'*hate speech*, a partire dai principi milliani, paiono ritrovarsi solo gli «attack[s] on dignity [...] equivalent to threats of physical abuse»⁷⁷: partire dal generico principio del danno di Mill, in sostanza, sembra autorizzare le restrizioni dell'*hate speech* solo quando *speech shades into action*. Il principio del danno di Mill, cioè, pare escludere il mondo della psiche (si pensi ai danni psicologici) e gli eventuali danni sociali⁷⁸ come ragioni sufficienti alla restrizione della libertà d'espressione.

A partire da principi milliani, vi è chi ha proposto di distinguere tra *hate speech* e *discriminatory speech*: solo il primo, in quanto maggiormente riconducibile alla categoria dell'azione e dunque ai conseguenti possibili effetti negativi, dovrebbe essere oggetto di restrizione da parte dello Stato.

⁷³ Cfr., *ex multis*, D.O. BRINK, "Millian Principles, Freedom of Expression, and Hate Speech", cit., p. 136; D. VAN MILL, "Freedom of Speech", in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, winter 2017 edition, ed. by E.N. ZALTA, disponibile al link: <https://plato.stanford.edu/archives/win2017/entries/freedom-speech/> (ultima consultazione: settembre 2019). Sull'utilizzo del principio del danno come strumento per parametrare la possibilità di intervento statale contro l'*hate speech* entro un paradigma liberale, si veda, in particolare, N. RIVA, "Il principio del danno e le espressioni d'avversione o d'odio", in *Biblioteca della libertà*, 54, 224, 2019, pp. 19-38. Si noti che Riva distingue tra principio del danno *in senso debole*, che sostiene che il danno costituisca uno dei principi che giustificano l'intervento statale, e *in senso forte*, che sostiene invece il danno come unico principio che giustifica l'intervento statale.

⁷⁴ D. VAN MILL, "Freedom of Speech", cit.

⁷⁵ Cfr. D. JACOBSON, "Mill on Liberty, Speech, and the Free Society", in *Philosophy and Public Affairs*, 29, 3, 2000, pp. 276-309; D. VAN MILL, "Freedom of Speech", cit.

⁷⁶ D.O. BRINK, "Millian Principles, Freedom of Expression, and Hate Speech", cit., p. 136.

⁷⁷ D. VAN MILL, "Freedom of Speech", cit.

⁷⁸ J. MACLURE, "The Regulation of Hateful and Hurtful Speech: Liberalism's Uncomfortable Predicament", in *McGill Law Journal*, 63, 1, 2017, pp. 133-154, p. 137; analogamente, D.O. BRINK, "Millian Principles, Freedom of Expression, and Hate Speech", cit., p. 144.

«There is much speech that is discriminatory but does not count as hate speech. It reflects and encourages bias and harmful stereotyping, but it does not employ epithets in order to stigmatize and insult. Though pernicious, this broader class of discriminatory speech would often be part of an open debate about matters of political access and opportunity, distributive justice, and other matters of public and private concern. [...]. By contrast, it does not seem difficult to imagine an open and vigorous discussion of affirmative action that did not permit the use of racial epithets to vilify and wound. Moreover, it seems plausible that, all else being equal, hate speech is worse than discriminatory speech. In contrast with merely discriminatory speech, hate speech's use of traditional epithets or symbols of derision to vilify on the basis of group membership expresses contempt for its targets and seems more likely to cause emotional distress and to provoke visceral [...] response»⁷⁹.

L'*hate speech*, in particolare, può essere riletto in termini milliani non come fenomeno che costituisce una mera *offesa*, bensì che veicola un vero e proprio *danno*⁸⁰.

Ad ogni modo, qualificare l'*hate speech* come *danno* o come *offesa* è un'operazione che nel dibattito contemporaneo non può essere svolta se non a partire dall'analisi approfondita delle due categorie effettuata da Joel Feinberg, ciò che ne giustifica la trattazione in questa sede. In particolare, come si tenterà di mostrare, nell'effettuare la distinzione tra *danno* e *offesa*, Feinberg getta le basi di una teoria della separazione (cartesiana) tra mondo materiale e mondo della psiche, tra *action* e *speech*, che rimane sottesa – in alcuni casi esplicitamente, in altri implicitamente – al modello liberale e che, se applicata al discorso d'odio, può portare unicamente alla separazione *perlocutoria* tra la condotta e i suoi effetti. Questi ultimi, in particolare, si dividono in effetti *materiali*, “concreti”, “tangibili”, “diretti”, ed effetti *psichici*, “non concreti”, “intangibili”, “indiretti”.

Feinberg utilizza il principio del danno di J.S. Mill per costruire una vera e propria teoria liberale *harm-based*. Egli, infatti, in un'opera monumentale divisa in quattro libri⁸¹, affronta la questione dell'intervento statale a limitazione della libertà individuale, domandandosi quali siano le situazioni in cui lo Stato è legittimato a tale intervento attraverso l'utilizzo della sanzione penale. Come si tenterà di dimostrare, Feinberg “eredita” da Mill questa modalità di pensare al danno in termini *fisici*, *materiali*, separando corpo e mente ed escludendo dunque il mondo della psiche. Inoltre, è proprio a partire da tale teoria che il modello liberale di *hate speech* pare ereditare il ragionamento circa la proibizione dell'*hate speech* unicamente a partire da strumenti penalistici. Come si vedrà, invece (cfr. *infra*, § 5.3), un modello neo-repubblicano di *hate speech* concepisce il possibile intervento statale non unicamente nei termini dell'irrogazione della sanzione penale.

⁷⁹ D.O. BRINK, “Millian Principles, Freedom of Expression, and Hate Speech”, cit., pp. 138-139.

⁸⁰ «Mere offense typically involves non-traumatic psychological disturbance that is both mild and ephemeral and does not ramify strongly to other psychological states or to behavior. But the effects of hate speech on targets are often traumatic. For one thing, one would expect targets of hate speech to experience many of the same sort of short-term and long-term psychological effects common to victims of various kinds of crimes. [...] These findings suggest that the psychic costs that targets of hate speech bear often are significant and non-ephemeral and have important psychological ramifications. These psychic costs go beyond mere offense; they are no less harmful, for being psychic», ivi, pp. 144-145.

⁸¹ J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. I, *Harm to Others*, Oxford University Press, Oxford-New York, 1984; vol. II, *Offense to Others*, Oxford University Press, Oxford-New York, 1985; vol. III, *Harm to Self*, Oxford University Press, Oxford-New York, 1986; vol. IV, *Harmless Wrongdoing*, Oxford University Press, Oxford-New York, 1990.

Il criterio principale individuato da Feinberg per sostenere l'intervento statale è quello del danno agli altri, «*harm to others*», a partire dalla distinzione milliana tra azioni «*self-regarding*» e «*other-regarding*»⁸², per cui lo Stato liberale può intervenire solamente nel secondo dei due casi, ovvero quando un'azione arrechi un danno a terzi e non al soggetto che la compie («*private harm*») – oppure, in casi limitati, un danno allo Stato, alla collettività («*public harm*»).

Tra gli altri principi indagati da Feinberg⁸³ si trova il criterio dell'offesa, «*offense to others*», in cui lo Stato, in casi limitati, come si vedrà, interviene non per evitare o riparare un danno, bensì una situazione meno grave, ovvero l'offesa a terzi⁸⁴. Il principio dell'offesa integra quello del danno in situazioni limitate, a patto che sussistano determinati requisiti (che si vedranno in seguito). Invece, Feinberg rifiuta espressamente l'intervento dello Stato per impedire o riparare: un danno allo stesso agente («*legal paternalism*»), condotte immorali che non causano danno o offesa («*legal moralism*»), condotte immorali nei confronti dello stesso soggetto agente («*moralistic paternalism*»).

Adottando una visione tipicamente liberale della libertà, Feinberg, per ciò che concerne la relazione verticale Stato-individuo, adotta una concezione della *libertà come non-interferenza formale* (cfr. *supra*, § 2.7.1), giacché intervento coercitivo statale, nella sua definizione, limita sempre la libertà individuale:

«We can [...] formulate the basic question of these volumes as one about the moral limits of individual liberty, understanding “liberty” simply as the absence of legal coercion. When the state creates a legal statute prohibiting its citizens from doing *X* on pain of punishment, then the citizens are no longer “at liberty” to do *X*. The credible threat of punishment working directly on the citizens’ motives makes *X* seem substantially less eligible than before for their deliberate doing. We can think of every possible act as so related to a penal code that it must either be (1) required (a duty), (2) merely permitted (one we are “at liberty” to do or forbear doing), or (3) prohibited (a crime). Where coercive law stops, there liberty begins. The citizen’s zone of liberty, therefore, corresponds to the second class, since (1) and (3) are alike in directing coercive threats at him. [...]»⁸⁵.

Quanto, invece, alla relazione orizzontale individuo-individuo, egli sostiene che l'obbligo di astensione dall'interferenza degli altri consociati sussiste qualora si goda di un «*claim-right*» verso qualcosa che si possiede: ciò significa che dalla generale situazione di libertà non deriva un obbligo di astensione degli altri da tutti gli atti di interferenza in tale sfera. Tale obbligo sussiste solo quando il soggetto possiede qualcosa verso cui ha un diritto-pretesa. Il

⁸² J.S. MILL, *On Liberty* [1859], ed. by D. BROMWICH and G. KATEB, with essays by J.B. ELSHTAIN, O. FISS, R.A. POSNER, J. WALDRON, Yale University Press, New Haven and London, 2003, p. 145. Cfr., sul punto, G. KATEB, “A Reading of *On Liberty*”, in J.S. MILL, *On Liberty* [1859], cit., pp. 28-66; R. POSNER, “*On Liberty*. A Reevaluation”, in J.S. MILL, *On Liberty* [1859], cit., pp. 197-207.

⁸³ Cfr. J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. I, *Harm to Others*, cit., pp. 12-13, ove, nell'introduzione, Feinberg ricorda i vari criteri teorici disponibili, che saranno oggetto della sua trattazione.

⁸⁴ Ciò permette di sottolineare una distinzione piuttosto rilevante tra l'impostazione di J.S. Mill e quella di Feinberg: come quest'ultimo riconosce, Mill accettava l'intervento statale *solo* a partire dal principio del danno, mentre Feinberg accetta, in casi determinati, anche il principio dell'offesa: J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. I, *Harm to Others*, cit., p. 11.

⁸⁵ J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. I, *Harm to Others*, cit., p. 7.

diritto penale, infatti, non solo regola la libertà imponendo doveri e concedendo libertà agli individui, bensì conferisce diritti agli individui, garantendoli dall'interferenza altrui⁸⁶.

«Liberty is not the absence of just *any* kind of constraint or any kind of thing that can prevent me from doing something, but rather the absence of constraints of one particular kind, namely those imposed by enforced rules or commands»⁸⁷.

L'intervento statale, dunque, è limitativo della libertà (in quanto interferisce con l'*interesse* alla libertà, arrecandovi un danno): ciò significa che lo Stato, ogniqualvolta interviene a limitare le opzioni disponibili alla libera scelta dell'individuo, gli arreca un danno che dev'essere tenuto in considerazione nel calcolo del legislatore, il quale potrà impedire quella condotta solo se dalla proibizione risulti evitare un danno maggiore a quello alla libertà individuale⁸⁸.

Come si accennava, Feinberg sostiene che il danno possa essere tanto privato quanto pubblico; tuttavia, egli evidentemente privilegia il primo criterio rispetto al secondo. Il danno ad interessi pubblici, infatti, è strettamente collegato alla sua *frequenza*, per cui un singolo avvenimento a detrimento dell'interesse pubblico, proprio in virtù del criterio del calcolo tra la lesione all'interesse alla libertà individuale e quello del danno arrecato, non giustifica l'intervento statale attraverso il diritto penale⁸⁹.

Feinberg, dunque, privilegia la situazione del *danno privato*, o dell'*irragionevole rischio del danno privato*, su quello pubblico. In particolare, affinché il calcolo del legislatore venga effettivamente svolto secondo quanto indicato in precedenza, lo Stato non potrà intervenire per evitare o riparare tutti i tipi di danno privato, bensì solo l'«avoidable and substantial harm»⁹⁰. Il danno dev'essere *evitabile* e *grave*: si tratta, cioè, di un'applicazione della massima *de minimis non curat lex*⁹¹. Secondo Feinberg, inoltre, il criterio della gravità del danno è da valutarsi in maniera inversamente proporzionale alla sua probabilità: «The important concept for the legislator, then, is neither magnitude of harm nor probability of harm alone, but rather the compound of the two, which is called *risk*»⁹².

Si consideri ora la definizione generale dell'*harm principle* di Feinberg:

⁸⁶ Ivi, p. 8.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ Ivi, p. 217.

⁸⁹ Ivi, p. 225. Si consideri, inoltre, il seguente passaggio: «[T]he legislator must acquire the best empirical information he can get about the readiness of persons generally (and also their opportunities and abilities) to act in the way whose prohibition he is considering. If, as a matter of fact, not enough persons will act in the way in question to affect adversely any public interest, then there can be no harm in permitting those actions, even if their general or widespread performance would be disastrous» (ivi, p. 226).

⁹⁰ Ivi, p. 12.

⁹¹ «One rationale for the *De minimis* maxim is suggested by the harm principle itself: interference with trivia will cause more harm than it prevents. This at least is a rationale that accords with the spirit of the harm principle, and insofar as the harm principle derives from a more general utilitarian moral philosophy enjoying everyone [...] to maximize benefits and minimize harms, the *De minimis* maxim finds clear support in it»: ivi, p. 189.

⁹² Ivi, p. 191 (corsivi dell'autore).

«*The Harm Principle*: It is always a good reason in support of penal legislation that it would probably be effective in preventing (eliminating, reducing) harm to persons other than the actor (the one prohibited from acting) and there is probably no other means that is equally effective at no greater cost to other values»⁹³.

In particolare, come si tenterà di mostrare, ciò che costituisce *harm* sono gli *atti* (non gli *stati*) che limitano *ingiustamente* un *interesse altrui*. Nel privilegiare l'attenzione agli *atti* dannosi, Feinberg rimane coerente con la propria concezione della libertà come non interferenza: non sono gli «states of harm as such»⁹⁴ a poter essere oggetto di intervento statale, bensì, appunto, gli *atti di interferenza* che causano danno. La differenza sta nel fatto che l'«harmful state» è la conseguenza dell'«harmful act»⁹⁵: ogniqualvolta, cioè, vi sia una situazione dannosa che non sia conseguenza di un *atto di interferenza dannoso*, allo Stato sarà precluso l'intervento⁹⁶. Si tratta, a ben vedere, di un'impostazione coerente con una teoria della libertà come non-interferenza, che tuttavia getta luce sul perché, in seguito, si giunge ad applicare il principio del danno a partire dal criterio della materialità: gli *atti* di interferenza, infatti, sono più facilmente indagabili quando la condotta ha *effetti materiali*, piuttosto che *psichici*.

Secondo Feinberg, solo gli atti dannosi che ledono *interessi altrui* sono coercibili⁹⁷. L'interesse, in Feinberg, deve essere di tipo *individuale*. Egli riconosce che esistono interessi pubblici che possono essere lesi attraverso atti dannosi, e tuttavia tale danno deve ripercuotersi direttamente sull'*individuo* o deve costituire una minaccia ai suoi interessi⁹⁸. La definizione di *interessi* fornita da Feinberg coincide con la nozione di «welfare interests», ovvero i «basic requisites of a man's well-being»⁹⁹. La lesione agli interessi altrui, inoltre, dev'essere *ingiusta* (deve costituire un «wrong»): deve, cioè, violare i diritti altrui (nozione che in Feinberg è utilizzata in senso morale, nei termini di una pretesa giustificata)¹⁰⁰. Esistono, infatti, anche lesioni

⁹³ Ivi, p. 26.

⁹⁴ Ivi, p. 31.

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ «Harm [...] is produced by *acts* of setting back, thwarting, impairing, defeating, and so on, when those acts are wrongful. Hence our full paradigm of (wrongful) harm will include a person who acts on a victim, and the *act of harming* that produces the setback to the victim's interest», ivi, p. 105 (corsivi dell'autore).

⁹⁷ Ivi, p. 34.

⁹⁸ Ivi, p. 63. Si noti che L'individuo cui fa riferimento Feinberg è il soggetto astratto, individuato secondo un criterio di «normalcy» (ivi, p. 50). Non è necessario sottolineare le ragioni che conducono a sostenere che Feinberg utilizzi un'immagine del soggetto di diritto evidentemente esclusiva rispetto ai gruppi vulnerabili.

⁹⁹ Ivi, p. 37. Tali interessi, che *non* dipendono dai «wants», ovvero dai desideri individuali, secondo Feinberg devono essere distinti dagli *interessi ulteriori*, che invece dipendono da essi: i «welfare interests», dunque, sono interessi minimi, di base, necessari al raggiungimento di qualsiasi altro interesse volitivo (cfr. ivi, pp. 42-45).

¹⁰⁰ Ivi, p. 34. Cfr. ivi, pp. 109-110: «Speaking generally, a right is a valid claim which an individual can make in either or both of two directions. On the one hand, some of a person's rights are claims he can make against specific individual for assistance, repayment of debts, compensation for losses, and so on, or against *all* other individuals—the “world at large”—to noninterference in his private affairs. On the other hand, an individual citizen also can make claims against the state, not only for specific services and promised repayments, and noninterference in his private affairs (claims analogous to those he has against other individuals), but also claims to the legal *enforcement* of the valid claims he has against other private citizens. [...]. All such double-barreled claims are *legal rights*. Reason-backed claims against other individuals, for example not to be treated rudely, or against the state, for example not to be victimized by the passage into law of invidious legislation, that are *not* at the same time legally valid claims against the state for enforcement, are often called *moral rights merely*».

di interessi altrui che non sono ingiuste, poiché scusabili o giustificabili, oppure perché invadono interessi nei cui confronti gli individui non hanno alcuna pretesa morale («right»).

Occorre dunque sottolineare l'esistenza di «rare nonharmful wrongs», cioè ingiustizie non dannose, azioni ingiuste che tuttavia non ledono alcun interesse, e «common nonwrongful harms», ovvero danni non ingiusti¹⁰¹. *Harm*, dunque, è una nozione comprensiva della lesione dell'*interesse altrui* quanto della *violazione del diritto altrui* (in senso morale).

I requisiti sin qui analizzati devono sussistere, secondo Feinberg, congiuntamente ai principi di *causalità* e *intenzionalità*.

In primo luogo, l'azione dannosa e non giustificata deve porsi nei confronti della lesione degli interessi altrui in *relazione di causalità*¹⁰². Feinberg pone l'accento sulle *conseguenze* dell'azione dannosa, sostenendo che esse devono conseguire da una relazione causale:

«There is no longer any linguistic strain in describing people as making things happen by dropping chemicals into boiling water [...] or by pressing buttons [...] to connect electrical circuits, or even by merely speaking certain words conveying threats, incentives, reminders, or commands to other persons. But usage still draws the line short of causing things to happen by doing nothing except letting events take their course without intervention. The action required by the active verb may be minimal and even involve no impact of matter in motion, *but it must involve some kind of bodily doing, if only speaking a word*»¹⁰³.

L'azione deve implicare un movimento fisico, seppur minimo, come ad esempio pronunciare determinate parole. Inizialmente, dunque, l'autore non pare escludere dall'azione l'elemento dello *speaking*. Il problema con gli *speech acts*, tuttavia, sorge nel momento in cui ci si rende conto che le *conseguenze* cui si riferisce Feinberg sono conseguenze di tipo materiale, da provare secondo una relazione di causalità di tipo materiale. La relazione di causalità materiale, va da sé, è più facile da spiegare per le «azioni materiali» che per gli *speech acts*.

In secondo luogo, vi dev'essere l'*intenzione* di produrre determinate conseguenze come risultato dell'azione che si compie. L'intenzionalità, secondo le categorie penali contemporanee, può sussistere sia in caso di *dolo* sia in caso di *colpa*¹⁰⁴.

Ciò che si intende dimostrare, dunque, è che l'obiettivo di Feinberg sia il seguente: pur accettando che il *discorso* (nella tradizionale separazione tra *speech* e *action*) possa costituire la causa di un danno, il principio del danno da lui formulato, in realtà, finisce per basarsi su una netta distinzione tra *speech* e *action*. Solo l'azione materiale sarà realmente capace di dar conto dell'interferenza ingiustificata nella sfera di libertà altrui; al contrario, alla parola, al discorso, Feinberg assegna caratteristiche talmente distinte, come se appartenessero ad un mondo differente, che per il mondo dello *speech* sarà impossibile rientrare entro la sfera in cui è legittimo che lo Stato intervenga. Dunque, solamente quando gli effetti della parola sono capaci di sfociare nel mondo delle azioni materiali, essi potranno essere oggetto di restrizione.

¹⁰¹ Ivi, p. 36. Si tenga inoltre in considerazione che, secondo Feinberg, pochi «wrong» non costituiranno anche un «harm», poiché in un'azione ingiusta «the wrong will usually be an invasion of the interest in liberty» (ivi, p. 35).

¹⁰² Ivi, p. 118.

¹⁰³ Ivi, p. 180 (corsivi nostri).

¹⁰⁴ Requisito essenziale, infatti, è «the intention of producing the consequences for B that follow, or similarly adverse ones, or with negligence or recklessness in respect to those consequences», ivi, p. 105.

Pertanto, la questione fondamentale, se si adotta un approccio *harm-based*, diventa quella della necessaria dimostrazione del danno materiale¹⁰⁵. Si tratta, evidentemente, di una questione delicata e difficile, che tende ad essere risolta attraverso la separazione tra il mondo materiale e il mondo della psiche, poiché nel primo è evidentemente più semplice dimostrare l'esistenza di un danno a partire dalla relazione di causalità.

Quanto anticipato risulta evidente se si analizza l'altro grande principio, il principio dell'«*offense to others*»¹⁰⁶. Feinberg, infatti, distingue nettamente tra le azioni *harmful* e quelle *hurtful* e *offensive*. In particolare, saranno *hurtful* o *offensive* (si tratta di due categorie distinte) quelle azioni che mancano di uno dei requisiti descritti per il principio del danno: la lesione *ingiusta* di un *interesse altrui*, la relazione di *causalità* e l'*intenzionalità* della condotta.

Le «unhappy but not necessarily harmful experiences», secondo Feinberg, possono essere suddivise in «those that *hurt*» e «those that *offend*». Le prime tra quelle che *fanno male* [*hurt*] sono, ovviamente, i «physical pains», distinti dai «mental pains», anch'essi *hurtful*. Saranno *hurtful* sia quelle azioni che causano dolore fisico sia quelle che causano dolore mentale. Al contrario, gli «offended mental states» sono da Feinberg relegati all'ambito dei «nonpainful physical discomforts»¹⁰⁷. Ciò significa che secondo Feinberg l'azione *fisica* può essere *dolorosa* oppure può causare stati *non-painful*. Quando l'azione fisica ha come conseguenza un dolore che tuttavia non lede ingiustamente gli interessi di altri soggetti, essa rimarrà un *hurt*; viceversa, quando causerà un danno grave, potrà convertirsi in *harm*¹⁰⁸. Al contrario, l'azione non fisica è relegata esclusivamente all'ambito delle *offenses*. L'offesa, dunque, comprende sia *azioni fisiche che non fanno male*, sia *stati mentali*. Per questi ultimi («*offenses proper*»), non vi è la possibilità di divenire *harm* se essi, al contrario, non sono *hurtful*, cioè se non causano dolore intenso: è questo il caso, secondo Feinberg, dei «racial slurs»¹⁰⁹. Le *offese pure*, dunque, non possono essere oggetto di intervento statale, a meno che esse non siano «symptoms or consequences of prior or concurrent harms, and more often, the causes of subsequent harms, as for example, when provoked ill will lead to violence or riot»¹¹⁰.

¹⁰⁵ G. PINO, «Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero», in *Politica del Diritto*, 39, 2, 2008, pp. 287-305, p. 292.

¹⁰⁶ Per il principio dell'offesa, in Feinberg, come necessario proprio per dar conto delle eventuali limitazioni alla libertà d'espressione, cfr. D. VAN MILL, «Freedom of Speech», cit.

¹⁰⁷ J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. I, *Harm to Others*, cit., p. 46.

¹⁰⁸ Ivi, p. 48: «The distinction between hurt and harm raises one especially interesting question for public policy, and suggests how it is to be answered. We must include in the category of "hurts" not only physical pains but also, as we have seen, forms of mental distress. Our question is whether, in applying the harm principle, we should permit coercion designed to prevent mental distress merely, when the distress is not likely to be followed by hurt or harm of any other kind. Some forms of mental distress (e.g. "hurt feelings") can be ruled out simply on the grounds that they are too minor or trivial a matter to warrant interference. Others, of course, are so severe that they can lead to mental breakdowns. In that case, however, it is the consequential harm to mental health and not the mere fact of distress that clearly warrants interference. Thus a convenient criterion for determining whether a hurt is sufficiently serious to qualify as a harm suggests itself: the hurt is serious enough if and only if it is either a symptom of a prior or concurrent harm of another order (as a pain in an arm may be the result and sign of a broken bone) or else it is in itself the cause of a consequential harm (e.g. mental breakdown) of another order».

¹⁰⁹ Ivi, p. 48.

¹¹⁰ Ivi, p. 49.

Questa suddivisione pare rimarcare la distinzione tra *speech* e *action*: non, tuttavia, nel senso che le azioni non fisiche sono di per sé insuscettibili di coercizione statale, bensì nel senso che il criterio adottato per l'intervento statale è un criterio *materiale* (come quello del dolore). Risulta evidente, dunque, che il danno tutelato dell'*harm principle* è un danno *materiale*, mentre il danno tutelato dall'*offense principle* è, in realtà, un danno *non materiale*, che può essere paragonato al *danno morale*:

«The *offense principle*, for example, could provide reason for creating such “moral offenses” as open lewdness, solicitation, and indecent exposure, and for criminalizing the distribution or sale of pornography, activities and materials offensive to religious or patriotic sensibilities, and racial and ethnic slurs»¹¹¹.

In particolare, Feinberg rifiuta la possibilità di istituire reati a tutela di un danno morale (confermando la propria asserita impostazione antimoralista). Tuttavia, nel fare ciò, egli esplicita il fatto che l'*hate speech*, nel suo *account*, potrebbe trovare accoglienza solo se si accetta un principio di intervento morale, uscendo, cioè, dal principio del danno¹¹².

È in questo che sta, dunque, l'accettazione della separazione tra il mondo *materiale* e il mondo *mentale*, tra la *materia* e la *psiche*: si tratta, cioè, di un'evidente separazione cartesiana tra *corpo* e *mente* e, in definitiva, tra *action* e *speech*. In questa suddivisione, non potrebbe essere giustificato l'asserito danno del *silencing effect* (cfr. *supra*, §§ 4.2.4; 4.2.5): non trattandosi di un effetto fondato sulla causalità materiale, la relazione tra la conseguenza negativa nei termini del *silencing effect* e la causa (il discorso) non sarebbe di facile dimostrazione¹¹³.

Si consideri, dunque, la formulazione generale del *principio dell'offesa*:

«The *Offense Principle*: It is always a good reason in support of a proposed criminal prohibition that it is probably necessary to prevent serious offense to persons other than the actor and would probably be an effective means to that end if enacted»¹¹⁴.

Ovviamente, anche per il principio dell'offesa si segue il criterio dell'ingiustizia («wrongful offense»¹¹⁵). Lo scopo dell'autore, infatti, è quello di trattare degli stati di offesa in senso *oggettivo*, non, al contrario, di quelli intesi in senso *sogettivo*: appartengono a quest'ul-

¹¹¹ Ivi, p. 13. Cfr., sul punto, G. PINO, “Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero”, cit., il quale afferma: «La distinzione tra danno e offesa non è sempre chiara. Tenzialmente, un “danno” è definito come la lesione di un interesse, mentre un’“offesa” è definita in virtù della sua attitudine ad indurre alcuni stati mentali differenti tra loro, ma accomunati dall’essere solitamente percepiti come sgradevoli [...]. 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 [...]; 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 dell’interesse compromesso [...], 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» (p. 297, in nota).

¹¹² Come rileva D. VAN MILL, “Freedom of Speech”, cit., infatti: «It seems Feinberg thinks that hate speech does not, in and of itself, cause direct harm to the rights of the targeted group».

¹¹³ G. PINO, “Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero”, cit., pp. 300-304.

¹¹⁴ J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. I, *Harm to Others*, cit., p. 26. Cfr. anche vol. II, *Offense to Others*, cit., p. 1.

¹¹⁵ Ivi, p. 2.

tima categoria, cioè, quelli che posseggono un «sense of resentment» derivante dallo stato soggettivo individuale. Un conto, dunque, è la situazione in cui un individuo *si sente soggettivamente offeso*; altra cosa, invece, è lo stato *oggettivo* di offesa¹¹⁶, che viene analizzato da Feinberg come quell'offesa in cui vi è una violazione di un diritto (morale) altrui.

Le offese, pertanto, sono relegate da Feinberg ad un mondo completamente distinto da quello del danno – proprio perché, come si è visto, esse appartengono agli stati mentali, al mondo della psiche e, di conseguenza, sono considerate meno gravi degli stati di danno:

«To begin with, offense is surely a less serious thing than harm. That comparative value judgment seems to me self-evident, yet not simply true by definition. It is possible to deny it without contradiction if only because offense is not strictly commensurable with harm. It is a misconception to think of offenses as occupying the lower part of the same scale as harms; rather offenses are a different sort of thing altogether, with a scale all of their own. Yet most people after reflection will probably acknowledge that a person is not treated as badly, other things being equal, when he is merely offended as when he is harmed. We may (at most) be inclined to rank extreme offenses as greater wrongs to their victims than trifling harms, but perhaps that is because they may become so offensive as to be actually harmful, in a minor sort of way»¹¹⁷.

Le condotte offensive sono quelle che producono esperienze spiacevoli, come ad esempio disgusto, shock, vergogna, imbarazzo, fastidio, noia, rabbia, umiliazione o altre sensazioni negative. Appartenendo ad un mondo diverso da quello delle condotte materiali, le offese non saranno oggetto di attenzione privilegiata del diritto penale: quest'ultimo dovrà essere dunque solamente l'*extrema ratio* e, anche qualora lo Stato decida di intervenire in tale ambito, le eventuali pene dovranno essere irrisorie.

Per comprendere meglio il mondo delle *offenses* descritto da Feinberg, è utile ricordare che esse, nel corso dell'opera, vengono distinte in tre macro-categorie: 1) le «*nuisances*» (molestie); 2) le «*profound offenses*»; 3) l'«*obscenity*». L'analisi delle tre categorie risulta importante, in questa sede, poiché in ognuna delle tre Feinberg tratta dell'*hate speech*, descrivendo tre distinti modelli di approccio alla questione.

1) «*Nuisances*». La prima categoria è spiegata da Feinberg attraverso il famoso esempio della *Ride on the Bus*¹¹⁸: si immagina un passeggero di un autobus che, nel corso del suo viaggio, è obbligato ad assistere a scene riprovevoli, disgustose, imbarazzanti o fastidiose le quali, tuttavia, non gli arrecano un vero e proprio danno¹¹⁹. Tra queste, vi sono descrizioni di quello

¹¹⁶ Ciò significa che non è necessario che la persona si senta soggettivamente offesa: «The offense principle requires that the disliked state of mind (offense in the broad sense) be produced wrongfully by another party, but not that it be an offense in the strict sense of ordinary language. The victim may not know, or may not care, that another has wrongfully caused his unease, and therefore his unpleasant state of mind will not contain the element of resentment, and thus will not be offense in the strict sense. The offense principle as we shall interpret it then applies to offended states in either the broad or the strict sense—that is either with or without resentment—when these states are in fact wrongfully produced in violation of the offended party's rights. It is necessary that there be a wrong, but not that the victim feel wronged», *ivi*, p. 2.

¹¹⁷ *Ivi*, pp. 2-3 (corsivi nostri).

¹¹⁸ *Ivi*, p. 10.

¹¹⁹ Tra gli esempi citati da Feinberg vi sono le esperienze che causano: «affront to senses» (come il passeggero che non pratica igiene ed emana cattivo odore); «disgust and revulsion» (il passeggero che mangia cibi disgustosi e rimette); «shock to moral, religious or patriotic sensibilities» (il passeggero che indossa una maglietta che ritrae

che potrebbe essere definito *hate speech* (ad esempio scene che ritraggono individui appartenenti a gruppi vulnerabili in situazioni di subordinazione), considerate fastidiose, offensive, ma non dannose¹²⁰.

Tutte queste situazioni rientrano nella categoria delle *nuisances* in quanto impediscono alla persona di continuare a fare ciò che sta facendo in un luogo in cui non può evitare tali situazioni senza che le sia richiesta un'ingiusta compressione dei propri interessi, come ad esempio scendere dall'autobus e aspettare il successivo alla fermata: si tratta, cioè, di una situazione difficilmente *evitabile*. Tale categoria include solamente i comportamenti perpetrati in *pubblico*, non anche in *privato*¹²¹. Inoltre, le offese, come il danno, devono essere perpetrate nei confronti di un *individuo specifico*. Si possono proteggere gli individui da espressioni che non risulterebbero offensive a tutti, bensì solo a determinate *minoranze*¹²², ma solamente se si rispetta il requisito dell'offesa all'individuo in quanto appartenente a tali minoranze.

Ai fini dell'intervento statale in tali situazioni, è necessario *bilanciare*, come indica Feinberg, la *serietà dell'offesa* contro la *ragionevolezza della condotta* dell'offensore¹²³.

La serietà dell'offesa sarà data da: 1) intensità, durata e diffusione (in relazione alla sopportabilità da parte della "persona media"); 2) lo standard della *ragionevole evitabilità* da parte dell'ascoltatore; 3) l'assenza di consenso.

La ragionevolezza della condotta sarà valutata in relazione a: 1) l'importanza della stessa e il suo valore sociale; 2) la *modalità di espressione*, piuttosto che il contenuto, dunque l'*evitabilità da parte dell'autore*; 3) la *malizia*, ovvero i motivi della condotta.

In particolare, il criterio della *modalità espressiva* permette di mettere in luce l'accettazione, da parte di Feinberg, del principio milliano del contributo di tutte le idee alla ricerca della verità, dal quale egli ricava che l'offensività di una condotta espressiva è da ricercarsi *non nel contenuto* dell'espressione, bensì nella *modalità* espressiva¹²⁴.

Inoltre, il criterio della *malizia* risulta importante, poiché esso ha un peso specifico più elevato da tenere in considerazione nel bilanciamento: si pensi ai casi in cui l'espressione è utilizzata unicamente «to offend, incite, or insult, without any other form of expressiveness» cioè quando essa «lack[s] the redeeming social importance of genuine communications of opinion, or of attempts, no matter how crude, at art or wit»¹²⁵. In questo caso, non vi è alcun intento comunicativo e, dunque, si può facilmente giustificare la proibizione.

il Cristo in maniera offensiva); «shame, embarrassment and anxiety» (due passeggeri che praticano attività sessuali); «annoyance, boredom, frustration» (il passeggero che legge ad alta voce impedendo agli altri di concentrarsi); «fear, resentment, humiliation, anger» (il passeggero che indossa una maglietta con una swastika o che ritrae un uomo nero etichettato con espressioni offensive).

¹²⁰ Ivi, p. 21.

¹²¹ Ivi, p. 10.

¹²² Ivi, pp. 25-29.

¹²³ Cfr., sul punto, D. VAN MILL, "Freedom of Speech", cit.

¹²⁴ Cfr. J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. II, *Offense to Others*, cit., pp. 38-39.

¹²⁵ Ivi, pp. 29-30, p. 41.

Evidentemente, trattare dell'*hate speech* come una mera forma di *nuisance*, come Feinberg parrebbe legittimare a fare, entro l'orizzonte liberale della non-interferenza, significa adottare un approccio esclusivamente *perlocutorio*, fondato sulla distinzione tra *speech* e *action*. Al contrario, entro l'orizzonte neo-repubblicano della non-dominazione (cfr. *infra*, § 5.3), si vedrà come il discorso d'odio non possa essere trattato esclusivamente a partire dalla relazione di causalità materiale, dovendosi necessariamente adottare un approccio *illocutorio*.

2) «*Profound offenses*». A differenza delle *nuisances*, si tratta delle offese che «would continue to rankle even when unwitnessed»¹²⁶, le quali prescindono, cioè, dal giudizio sull'evitabilità da parte del *listener*: un caso indicato da Feinberg è proprio quello degli insulti razziali o delle manifestazioni antisemite¹²⁷. Nelle offese profonde pare esservi un senso di moralità che prescinde dal fatto che si venga *personalmente* lesi: esse sono vissute «at least partly impersonal, and in most cases as entirely impersonal. The offended party does not think of himself as the victim [...], and he does not therefore feel aggrieved (wronged) on his own behalf»¹²⁸. Feinberg, dunque, sottolinea che l'offesa viene soggettivamente percepita in maniera indipendente dagli effetti della stessa sull'individuo, giacché essa viene percepita anche da soggetti che non sono materialmente presenti all'atto. Tuttavia, egli qualifica questo tipo di offese in *abstentia* come offese “meramente” *morali*¹²⁹.

Questo tipo di offese potrebbe essere giustificato solo entro il principio del *legalismo morale*, non, dunque, entro i principi cardine dello Stato liberale¹³⁰. Affinché le offese profonde possano trovare protezione nello Stato liberale, invece, è necessario che esse siano rivolte ad un individuo specifico, al pari delle *nuisances*: e, sempre al pari di queste ultime, lo Stato dovrà effettuare un bilanciamento tra la serietà dell'offesa e la ragionevolezza della condotta.

Tra i vari requisiti, si ricordi, vi è quello dell'*evitabilità*: Feinberg relega dunque l'offesa profonda al sentimento morale, trattando degli effetti negativi della stessa solo in termini concreti, individuali e, in questo caso, *spaziali*. Se la condotta è evitabile, significa che il male che essa veicola può essere individuato concretamente nello spazio: evitando quello spazio, se ne eviterà il male risultante. Ciò deriva dalla distinzione tra l'elemento psichico e l'elemento materiale: se il primo non può essere un criterio per l'intervento statale, salvo il caso in cui esso individui un male tanto grave da tradursi in dolore fisico, il secondo, al contrario, permette di

¹²⁶ Ivi, p. 51.

¹²⁷ Si consideri la descrizione di Feinberg del secondo caso: «First, the feelings cannot be wholly escaped merely by withdrawing one's attention, by locking one's door, pulling the window blinds, and putting plugs in one's ears. The offended state of mind is at least to some degree independent of what is directly perceived. Second, there is an element of direct personal danger and threat to others whom one holds dear. The demonstrators, after all, are affiliated by their own design with the very groups that have murdered millions of Jews and tormented and lynched countless blacks in the past. Third, and more importantly, the hated symbols of the demonstrators are affronts to something the offended parties hold dear and, like the memory of their dead kinsmen, even sacred», ivi, p. 52. Cfr., inoltre, ivi, p. 86, ove Feinberg analizza il caso *Skokie (National Socialist Party of America et al. v. Village of Skokie)*, 432 U.S. 43 (1977); cfr. *infra*, § 7.2.13) proprio a partire dalle *profound offenses*.

¹²⁸ J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. II, *Offense to Others*, cit., pp. 58-59.

¹²⁹ Ivi, p. 87.

¹³⁰ Ivi, pp. 93-94.

analizzare la condotta nei termini di un'azione, un'azione *materiale*, collocata, appunto, nel tempo e nello spazio (proprio in virtù della sua materialità) e pertanto evitabile.

Classificando le «profound offenses» come offese meramente morali, dunque, l'approccio di Feinberg è evidentemente soggiacente agli *account* liberali della non-interferenza nel caso dell'*hate speech*. Al contrario, il principio della libertà dalla dominazione (cfr. *infra*, § 5.3) permette di smascherare l'implicita inferenza ideologica sottostante a questa impostazione, che sostanzialmente si rifà alla distinzione tra *speech* e *action*.

3) «*Obscenity*». Delle tre categorie di offese, l'*obscenity* è quella che meglio “tradisce” la separazione tra *speech* e *action* sottesa al ragionamento di Feinberg, anche per il fatto che ne tratta espressamente nel corso dell'analisi. La regolazione delle espressioni oscene, infatti, «applies explicitly to forms of expression [...] that are normally protected by the free speech guarantee of the first amendment, and the due process clause of the fourteenth amendment»¹³¹. Feinberg non tratta solo delle oscenità definite dal *Model Penal Code* statunitense come relative all'ambito della sessualità, della nudità, o delle escrezioni, bensì ne estende l'ambito di applicazione anche ad espressioni di altro tipo, tra le quali rientra l'*hate speech*¹³²: espressioni utilizzate in maniera offensiva come «nigger», ad esempio, rientrano per Feinberg nella categoria dell'*oscenità morale*¹³³.

La peculiarità di certe espressioni oscene, secondo Feinberg, sta nel fatto che esse sono percepite come offensive *ex se*, per il loro contenuto:

«By virtue of certain linguistic conventions, well understood by all users of the language, these words, simply as words, have an inherent capacity to offend and shock, and in some cases even to fill with dread and horror. Indeed one might even go so far as to say that shocking others is what these words are for, how they are understood to function in a language. They are able to do this job because of word-taboos that have a powerful inhibiting force in the community, but not so powerful that they are never defied. By virtue of an almost paradoxical tension between powerful taboo and universal readiness to disobey, the words acquire their strong expressive power. The utterance of one of these words for any purpose in an inappropriate social context is sure to produce, as if by magic, an extraordinary emotional response in one's listeners, most of whom treat the word with a kind of exaggerated respect anxiety, and even fear. The magic in obscene words, and its social effects, is what this [...] is primarily about»¹³⁴.

¹³¹ Ivi, pp. 98-99.

¹³² Cfr. ivi, p. 191, che vi include, ad esempio, gli insulti omofobi e razzisti: «A miscellany of other terms are also recognized to be usable only for impolite purposes—[...] “fairy”, “faggot”, and other terms for homosexuals; [...] “Nigger”, “Kike”, “Dago” and similarly contemptuous labels for ethnic groups, and still others». È interessante notare, tuttavia, come Feinberg distingua l'*hate speech* da un altro tipo di categoria: «A fourth class of insults aims at *establishing and exploiting the inferior status of the addressee relative to that of the speaker*. These can be called “symbolic dominance claims” for their purpose is to cite or to help establish a relationship between the insulter and his foe in which the former is dominant and the latter is subordinate» (ivi, p. 224, corsivi nostri). Egli, tuttavia, assegna a questa categoria espressioni come «Fuck you!» e non, ad esempio, gli insulti razzisti. Inoltre, nonostante paia riconoscere l'esistenza di comportamenti che costituiscono espressione delle relazioni sociali di dominazione, trattandone nell'ambito delle oscenità ne esclude l'intervento statale sanzionatorio.

¹³³ Ivi, p. 120.

¹³⁴ Ivi, pp. 190-191.

Feinberg, tuttavia, privilegia non le espressioni offensive *ex se* (che ben potrebbero confarsi ad un approccio *illocutorio*), bensì quelle che sono ritenute tali in virtù degli *effetti* che esse producono (adottando dunque un approccio *perlocutorio*). Queste ultime, infatti,

«can be relied upon to elicit an attitude in the insulted party similar to the one expressed by the insulter. For that reason they lend themselves to manipulative purposes. The anger expressed by the insult may be only feigned anger. Even a cold-blooded deliberate use of an insulting epithet might predictably bring forth an angry response from the person insulted. For that reason the vocabulary of insulting expressions, obscene and non-obscene, are handy instruments for manipulating passions and provoking violence. One party can use them to taunt another (as he might also flaunt insulting symbols and gestures) for the purpose of goading him into an unpromising attack or a humiliating withdrawal. Pure insults, in short, are dangerous weapons»¹³⁵.

Feinberg si concentra quindi sulle parole che causano risposte insultanti o violente, sulle espressioni, cioè, che *provocano una reazione* nell'ascoltatore. Ciò che di importante vi è nell'*account* di Feinberg è che egli ne riconosce il carattere di meccanismi causali: esse, infatti, sfruttano il loro significato per evocare risposte emotive.

«Your words alone, uttered in an appropriately menacing fashion, will produce these psychological and physiological effects in him. *Such effects are not invariant and certain. The propensity of human beings to react passionately to insults is not like the tendency of sugar to dissolve in water. Typical human responses to insults are sufficiently predictable, however, to permit us to speak of "causal tendencies"*, "verbal instruments", "manipulation", and "goading". Even that ideal legal construction, "the reasonable man", will sometimes boil up with anger that overwhelms his usual self-control when confronted with causally potent insulting language. In such a case the insult "provokes" him into violent language or action in return»¹³⁶.

In questo passaggio, è evidente che si tratta di un tipo di causalità *diversa* da quella *materiale* («like the tendency of sugar to dissolve in water»). Tuttavia, quando queste espressioni sono comunemente accettate come scatenanti una reazione emotiva negativa, la causalità viene *assimilata* da Feinberg a quella materiale. La causalità materiale, ancora una volta, è evidentemente il metro di paragone utilizzato dall'autore per fornire una spiegazione della possibile reazione che talune espressioni odiose possono suscitare. Si tratta, evidentemente, del caso in cui *speech shades into action*.

Feinberg, infatti, cita espressamente J. L. Austin come spiegazione del fatto che determinati atti linguistici possano apportare cambiamenti nel mondo "reale":

«In virtue of its recognized symbolism, *it is a way of doing something directly in the world, a way of acting and bringing about changes in the relations between people, simply by speaking words. A challenge, in short, is a kind of linguistic performance, an instance of what J. L. Austin called a "performative utterance"*. [...] The mere utterance of certain words in certain circumstances, as if by magic, brings new facts into the world. The "verbal magic", of course, is not magic at all. We all understand that in virtue of certain linguistic conventions, certain utterances have certain consequences»¹³⁷.

Tuttavia, pur utilizzando le categorie austiniane, Feinberg riduce le *performative utterances* al *perlocutorio*. Egli, infatti, cita l'esempio delle *fighting words* come possibili «first

¹³⁵ Ivi, p. 226.

¹³⁶ Ivi, pp. 226-227 (corsivi nostri).

¹³⁷ Ivi, p. 227 (corsivi nostri).

steps in a violent episode, as properly prohibitible themselves as initial punches or personal “declarations of war”»¹³⁸. Pare cioè, ancora una volta, che Feinberg si concentri sul caso degli *speech acts* che producono *effetti materiali* (*perlocutori*), nel “mondo reale”, diversi, cioè, dai meri effetti *convenzionali* (*illocutori*). Mentre l’offesa alla moralità è da considerarsi un effetto illocutorio, l’invito alla reazione alla parte offesa è evidentemente un effetto perlocutorio.

Feinberg, peraltro, si riferisce alla distinzione di Emerson tra *condotte espressive* e *condotte che consistono in un’azione*¹³⁹: solo le seconde possono essere effettivamente oggetto di limitazione attraverso l’intervento statale, mentre le prime devono sempre essere autorizzate. Egli, infatti, riconosce espressamente che «[t]here is no doubt an element of truth in all this»¹⁴⁰. Tuttavia, Feinberg non sostiene che tutto ciò che deve intendersi come *espressione* debba automaticamente intendersi protetto dalla libertà d’espressione: vi sono atti espressivi che possono causare reazioni materiali, che hanno effetti negativi, ad esempio *incitare alla violenza*, e dunque possono essere proibiti in determinati casi¹⁴¹.

Al contrario di Emerson, Feinberg rifiuta di utilizzare il caso delle *fighting words* come dirimente per stabilire una differenza tra le azioni meramente espressive e le azioni propriamente dette. Secondo Feinberg, da un lato, le *fighting words* sono una categoria troppo *ampia*, poiché qualsiasi espressione che inviti alla violenza può essere proibita, anche qualora non si risponda ad essa con un’azione effettivamente violenta¹⁴². In questo sta, evidentemente, l’analisi *perlocutoria*: egli considera la proibizione di un’espressione capace di portare alla violenza come eccessivamente ampia quando non causi effettivamente violenza. Dall’altro lato, l’autore sostiene che le *fighting words* siano una categoria troppo *ristretta*, poiché si riferiscono solamente agli insulti personali, tralasciando gli insulti a credenze, idee o altre cose che una persona può avere a cuore, che sono evidentemente capaci di stimolare una sensazione di rabbia o una reazione sufficientemente negativa da invitare all’azione¹⁴³. Anche in questo senso, dunque, egli utilizza un approccio *perlocutorio*: occorre includere non solo gli insulti personali, bensì tutte quelle espressioni capaci di causare una reazione psicologica nella vittima, utilizzando ancora una volta un paragone con le reazioni di causalità materiale.

Inoltre, egli critica il requisito delle *fighting words* per cui esse devono essere indirizzate direttamente alla vittima, non, ad esempio, ad un gruppo. Al contrario, secondo Feinberg, possono esistere casi di *hate speech* contro i gruppi (quando, cioè, l’entità offesa sia diversa dalla persona a cui si rivolge, distinguendo tra «*target*» e «*addressee*»¹⁴⁴). Tuttavia, egli, ancora una volta, analizza la situazione in termini degli effetti negativi cui, ad esempio, l’offesa ad un

¹³⁸ Ivi, p. 229.

¹³⁹ Ivi, pp. 229-230.

¹⁴⁰ Ivi, p. 231.

¹⁴¹ Ivi, p. 230.

¹⁴² Ivi, p. 231.

¹⁴³ Ivi, p. 232.

¹⁴⁴ Ivi, pp. 235-236.

gruppo può apportare ad un singolo individuo poiché parte di quel gruppo. Vi è, cioè, un ampliamento del possibile novero di entità cui l'*hate speech* può essere diretto, e tuttavia sempre solo con riferimento alle reazioni negative che esso può scatenare in individui concreti.

«Fighting words [...] are fit objects of state prohibitions since they are not verbal expressions of opinion, belief, emotion, or attitude, so much as verbal doings in the world, and as actions they can be prohibited without interfering with freedom of expression. Moreover, as violent actions [...] their prohibition would be supported by sound public policy, at least where the quarrel they initiate is likely to become a public disturbance»¹⁴⁵.

Si conferma, dunque, la visione *perlocutoria* dell'*hate speech* in Feinberg, basata a sua volta su un'evidente distinzione tra *speech* e *action*: tra l'immaterialità del discorso, che non può essere sanzionato senza ledere ingiustamente la libertà dall'interferenza, e la materialità dell'azione, che invece può costituire un atto illegittimo di interferenza nella sfera altrui e, dunque, può divenire oggetto di sanzione. Le offese possono essere oggetto di intervento da parte dello Stato anche quando non vi sia danno [*harm*] o pericolo/minaccia di danno [*threat of harm*]. Tuttavia, Feinberg accetta questa conclusione solo a patto che tali offese siano la causa materiale di una reazione negativa nella/e vittima/e¹⁴⁶ (approccio *perlocutorio*). Tali effetti negativi sono evidentemente basati su una distinzione tra *mondo materiale* e *mondo della psiche*, tale per cui le parole [*speech*] possono costituire un'offesa solo quando esse agiscono come un'azione [*action*]. Da qui si ricava l'attitudine tendenzialmente antiproibizionista nei confronti delle questioni della limitazione della libertà d'espressione in Feinberg¹⁴⁷.

La categoria dell'oscenità, secondo l'analisi svolta, risulta importante per due ordini di motivi. Innanzitutto, perché testimonia la tendenza dell'approccio liberale a ridurre la questione dell'*hate speech* alla sfera “meramente morale”, facendosene derivare un approccio *perlocutorio-opposizionista* fondato sul rifiuto dell'*offense principle* come criterio per sostenere l'intervento statale nello Stato liberale. Inoltre, essa costituisce il termine di paragone anche per coloro che, sulla base di argomenti *perlocutorio-proibizionisti*, sostengono tale tipo di intervento, poiché fornisce gli elementi fondamentali che permettono di assimilare il discorso d'odio alla causalità materiale.

5.2.4 – La performatività liberale: un approccio *perlocutorio* all'*hate speech*

I modelli sin qui analizzati permettono di concludere che l'analisi dell'*hate speech* compatibile con i presupposti del modello liberale (sia nelle sue forme *libertarian* che liberale *tout-court*) si fonda su un approccio *perlocutorio* all'*hate speech*, a sua volta ancorato alla distinzione tra *speech* e *action* sottesa al principio del danno. Per comprendere questo passaggio, si

¹⁴⁵ Ivi, pp. 234-235 (corsivi nostri).

¹⁴⁶ Ivi, pp. 277-278.

¹⁴⁷ Cfr. D. VAN MILL, “Freedom of Speech”, cit.: «We have found that the harm principle provides reasons for limiting free speech when doing so prevents direct harm to rights. This means that very few speech acts should be prohibited. [...]. Feinberg's version of the offense principle has a wider reach than the harm principle, but it still recommends very limited intervention in the realm of free speech. All forms of speech that are found to be offensive but easily avoidable should go unpunished. This means that much [...] hate speech will escape censure».

riprendano brevemente le linee del ragionamento (che risalgono fino alla distinzione tra i due concetti di libertà presentati in apertura al presente lavoro; cfr. *supra*, CAP. 2).

In primo luogo, si è tentato di dimostrare come la libertà come non-interferenza (*formale* o *reale*) costituisca l'approccio alla libertà sotteso al liberalismo (cfr. *supra*, § 2.7). In secondo luogo, si è visto come tale concezione della libertà informi il modello di libertà d'espressione adottato entro l'orizzonte liberale (cfr. *supra*, § 3.2). Essa, infatti, è intesa come una *libertà negativa*, uno spazio entro il quale non è dato entrare se non in condizioni eccezionali: in particolare, il principio del danno (teoria *harm-based*) fornisce le ragioni per l'intervento statale in caso di lesione di un altrui diritto nelle teorie *rights-based* e di un interesse particolarmente importante nelle teorie *interest-based*. Per comprendere meglio tali risposte si sono ripercorse le basi della teoria degli atti linguistici e della performatività (cfr. *supra*, CAP. 4). In quella sede, infatti, si è analizzata la distinzione tra *speech* e *action*, mente e corpo, psiche e materia, che rimane sottesa al modello liberale, del quale l'esempio più importante è costituito dalla distinzione tra il principio del *danno* e il principio dell'*offesa* (cfr. *supra*, § 5.2.3).

È a partire da ciò, dunque, che si comprende l'insistenza del modello liberale sull'argomento del *marketplace of ideas*: il libero mercato delle idee, come spazio in cui le idee, in quanto diverse dalle azioni, deve caratterizzarsi per un divieto di *viewpoint-based regulations*, affinché tutti i punti di vista possano essere espressi. L'espressione di un punto di vista, infatti, giace su un piano completamente distinto da quello degli effetti materiali delle azioni.

Allo stesso modo, come si è visto in precedenza (cfr. *supra*, § 4.2.1), adottando una concezione liberale del potere, fondata su agenti individuali e su azioni intenzionali, si comprende la concezione del linguaggio sottostante al liberalismo come espressione della razionalità volta al raggiungimento dell'accordo, ciò che ha permesso di individuare la violenza come esterna al linguaggio e che, dunque, porta all'esclusione del perlocutorio dai normali intenti comunicativi. L'approccio *perlocutorio*, in particolare, deriva dall'utilizzazione "patologica" del linguaggio, da cui si comprende la possibilità dello Stato di intervenire a punire condotte espressive solo quando esse non siano volte all'espressione di idee bensì possiedano conseguenze che permettono di equipararle al compimento di vere e proprie azioni.

In questo senso, si comprende perché si sia associato il modello liberale al modello *cartesiano*: oltre alla separazione tra corpo e mente, vi è un'accettazione della preesistenza dell'individuo alla società e alle strutture sociali, nonché al discorso; l'identità individuale è un *prius* e il discorso è un mezzo di espressione della medesima. Come si vedrà (cfr. *infra*, § 5.3), il modello neo-repubblicano della non-dominazione permette di rifiutare tale assunto.

Da ultimo, si è visto, sulla base di tale distinzione, che le risposte liberali alla questione dell'*hate speech* si concentrano sugli *effetti materiali* del discorso odioso, indagano la possibile *relazione di causalità materiale* (o simil-materiale) tra il discorso, da un lato, e il danno e l'*offesa*, dall'altro – adottando, cioè, una nozione liberale di *danno*. Quando tali strumenti sono utilizzati per negare che il discorso possa convertirsi in azione, assumendo una teoria della separazione rigida tra *speech* e *action*, tutto ciò che rientra nel mondo dell'*espressione* riceve protezione *assoluta*. In particolare, l'attenzione ai possibili effetti materiali dell'*hate speech* come punto privilegiato dell'attenzione (sia che essi siano accettati, sia che vengano, al contra-

rio, respinti), permette di sostenere che il modello liberale dà una lettura *perlocutoria* del discorso d'odio (o sostenendo che non vi siano effetti negativi, oppure che essi siano indimostrabili: approccio *opposizionista*; oppure sostenendo che in taluni casi, laddove gli effetti negativi siano comprovati, lo Stato debba proibire l'*hate speech*: approccio *proibizionista*).

Entro questo modello, dunque, solo particolari forme di discorso, in cui risulta più evidente una relazione di *causalità materiale* tra la condotta e il danno, sono suscettibili di restrizione, come ad esempio l'*incitamento*: punire l'incitamento, infatti, assicura la protezione al discorso, poiché *non* si punisce il *contenuto* dell'espressione, bensì i suoi effetti, che sono ritenuti dannosi¹⁴⁸. Sempre entro il modello della causalità materiale, e tuttavia "allargando" il criterio dell'intervento statale dal *danno* all'*offesa*, si possono ritenere punibili determinate espressioni quando queste causano sensazioni negative intense nelle *vittime*, oppure quando esse portano ad una modificazione del comportamento di *terzi* nei confronti delle vittime¹⁴⁹.

Inoltre, adottando un punto di vista *rights-based*, è possibile sostenere che il diritto alla libertà d'espressione goda di uno "status privilegiato" nei confronti degli altri diritti, cosicché l'onere della prova per l'eventuale limitazione del diritto gravi sulle ragioni opposte, in particolare sul peso di altri diritti da bilanciare con quello alla libera espressione. Pensando concretamente a quali diritti la libera espressione potrebbe effettivamente ledere, ci si rende conto che si finisce per adottare nuovamente un modello di causazione materiale in cui l'eventuale lesione del diritto altrui si fonda proprio su un'analisi *perlocutoria* dell'*hate speech*.

Sulla base di queste considerazioni, si comprende inoltre che il tipo di risposta statale a cui pensa il modello liberale è quello della *sanzione penale*. Ciò pare causare una "restrizione" del dibattito, poiché pare appiattire le stesse posizioni proibizioniste sulla necessità della tipizzazione di una *figura di reato* apposita per l'*hate speech*. In realtà, come si vedrà a breve (cfr. *infra*, § 5.3), entro un modello neo-repubblicano è possibile argomentare per la soluzione della questione attraverso altre strategie di intervento.

Le caratteristiche sin qui analizzate possono essere descritte come gli elementi che fondano il modello di proibizione dell'*hate speech* adottato, tra vari strumenti di diritto internazionale dei diritti umani, dal Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici (ICCPR).

L'art. 20, comma 2, dell'ICCPR (cfr. *supra*, § 1.2.3), recita come segue:

Any advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence shall be prohibited by law.

In particolare, l'ICCPR richiede agli Stati di intervenire con risposte di natura non solo civile e amministrativa, bensì anche penale, istituendo apposite figure di reato o facendo rientrare l'*hate speech* nella definizione di condotte già tipificate.

¹⁴⁸ S. SORIAL, "Free Speech, Hate Speech, and the Problem of (Manufactured) Authority", in *Canadian Journal of Law and Society*, 29, 1, 2013, pp. 59-75, p. 60.

¹⁴⁹ A. ZANGHELLINI, "Jurisprudential Foundations for Anti-Vilification Laws: The relevance of speech act and foucauldian theory", in *Melbourne University Law Review*, 27, 2003, pp. 458-487, pp. 480-481.

Come si è visto in sede di definizione dell'*hate speech* (cfr. *supra*, § 1.2.3), tre sono gli elementi necessari ai fini della qualificazione di una condotta nei termini del discorso d'odio¹⁵⁰:

- 1) *intenzionalità* della condotta;
- 2) *effettività* dell'incitamento;
- 3) *verificazione* o *verificabilità* degli atti.

In primo luogo, è necessario che l'*hate speech* si estrinsechi nella forma di un particolare tipo di *speech act* che costituisce una vera e propria azione, cessando di ricadere nella categoria di *speech* protetta dalla libertà d'espressione e sfociando, piuttosto, in quella di *action*. Si tratta, cioè, di un atto linguistico performativo, capace di "fare cose con le parole". Se così non fosse, invece, si dovrebbe finire per accettare l'assolutezza della libertà d'espressione.

In secondo luogo, tale condotta deve essere *intenzionale*: deve essere, cioè, volta ad ottenere l'effetto dell'incitamento alla discriminazione, all'ostilità o alla violenza (se così non fosse, non si giustificerebbe l'intervento con strumenti penali).

Da ultimo, la condotta performativa deve essere la causa di *effetti materiali*: o sulle sue vittime (l'essere soggetti a discriminazione, ostilità o violenza – *verificazione* – o l'elevata probabilità che tali effetti si verifichino – *verificabilità*) o su terzi soggetti all'atto di incitamento (*effettività* dell'incitamento).

La distinzione tra *speech* e *action* e l'approccio *perlocutorio* sottesi a tale definizione di *hate speech* risultano evidenti se si prende in considerazione un esempio concreto come quello che si fornisce a continuazione. Si pensi al caso di un'esortazione, rivolta da un uomo bianco ad una folla di uomini bianchi, del tipo «*Let's do away with niggers!*», nei confronti di un gruppo di uomini neri. In questo caso, coloro che ascoltano (la folla di uomini bianchi) devono effettivamente essere persuasi ad agire (*verificazione*), o vi dev'essere un pericolo concreto che essi siano persuasi ad agire (*verificabilità*).

Dal punto di vista della teoria della performatività, questo tipo di *hate speech* si comprende solamente nei termini degli *effetti perlocutori* dell'atto linguistico: è cioè necessario non solo che la folla percepisca il suo significato illocutorio (le parole costituiscono un'esortazione), bensì anche che essi siano effettivamente persuasi ad agire: che essi vengano, cioè, incitati. Ciò non significa che essi debbano concretamente agire: si può essere effettivamente persuasi a compiere un'azione e poi decidere ugualmente di non compierla o fallire nel compierla; si può essere effettivamente persuasi a sparare, ad esempio, ma poi evitare di farlo, o fallire nel farlo. Dal punto di vista giuridico, ciò implica una differenza di grande importanza.

Inoltre, i modelli *harm-based*, *interest-based* e *rights-based* trovano riflesso nell'art. 19, comma 3, dell'ICCPR, che disciplina la possibilità di restrizione del diritto alla libertà d'espressione sancito dall'art. 19, comma 1:

The exercise of the rights provided for in paragraph 2 of this article carries with it special duties and responsibilities. It may therefore be subject to certain restrictions, but these shall only be such as are provided by law and are necessary:

- (a) For *respect of the rights or reputations of others*;
- (b) For *the protection of national security or of public order* (ordre public), or of public health or morals.

¹⁵⁰ A partire dall'analisi di G. ZICCARDI, *L'odio online*, Raffaello Cortina, Milano, 2016, p. 21.

La lettera (a) sancisce la possibilità di limitazione della libertà d'espressione per tutelare il danno ai diritti o alla reputazione altrui (il classico caso del conflitto fra diritti). La lettera (b), invece, facendo riferimento alla protezione della sicurezza nazionale, dell'ordine pubblico, della pubblica salute e della morale, può essere interpretato a partire dal principio del danno ad interessi: stante l'importanza della libertà d'espressione, solo il danno a tali situazioni può portare ad una sua eventuale restrizione.

Come si tenterà di dimostrare nel prosieguo, è possibile sommare all'approccio *perlocutorio* un approccio *illocutorio* alla questione dell'*hate speech*. A tal fine, si ritiene utile disegnare questa strategia entro un orizzonte teorico che trova le sue radici in un approccio neo-repubblicano alla libertà, in particolare alla libertà d'espressione, ai diritti e al discorso d'odio.

5.3 – *Hate speech* e libertà come non-dominazione

La concezione neo-repubblicana della libertà come non-dominazione (cfr. *supra*, § 2.3), applicata alla libertà d'espressione, può costituire un orizzonte teorico fecondo entro il quale utilizzare la teoria degli atti linguistici e della performatività per rifiutare la distinzione tra *speech* e *action* e sostenere una teoria *illocutoria* dell'*hate speech*.

Tuttavia, come si è visto in precedenza, negli autori neo-repubblicani si è registrata una mancanza di attenzione alla questione della libertà d'espressione a partire dall'ideale della non-dominazione (cfr. *supra*, § 3.3.2). Piuttosto, essa è stata interpretata come elemento che garantisce la partecipazione politica, il *self-government* e la democrazia deliberativa (come in Sunstein), dimenticando l'ideale della non-dominazione e finendo per sostenere una libertà d'espressione tendenzialmente assoluta (quantomeno in senso politico). Si tratta, in questo caso, del modello descritto in precedenza come modello *democratico-repubblicano*.

Al contrario, in questa sede si tenterà di dimostrare come il modello neo-repubblicano possa essere utilizzato per concepire la libertà d'espressione in maniera che l'intervento statale contro l'*hate speech* non solo risulti coerente, bensì anche necessario proprio per garantire la libertà dalla dominazione. Inoltre, suddette concezioni della libertà d'espressione e dell'*hate speech* permettono di rifiutare la classica distinzione liberale tra *speech* e *action*, valorizzando, appunto, la dimensione *illocutoria* dell'*hate speech*.

Entro il modello democratico-repubblicano, come si è visto (cfr. *supra*, § 3.3.2) Sunstein si è occupato di criticare la tradizionale distinzione tra *speech* e *action* [«conduct»¹⁵¹] che, nella sua lettura, pare essere sottesa all'impostazione dei *free speech absolutists*. Secondo Sunstein, l'argomento della distinzione è fuorviante: alcune azioni, infatti, devono essere trattate come discorso, mentre alcune parole non possono essere assimilate al discorso e devono, invece, subire la disciplina delle azioni. Per '*speech*', infatti, occorre intendere i comportamenti

¹⁵¹ Come molti autori anglofoni, Sunstein utilizza i termini '*speech*' e '*conduct*': come si è sostenuto in precedenza (cfr. *supra*, § 1.6.3), utilizzare in italiano il termine *condotta* pare fuorviante, poiché una condotta giuridicamente rilevante può essere costituita sia dal discorso e dalle parole sia da azioni "concrete". Per questo motivo, si preferisce utilizzare qui il termine '*action*'.

intesi dallo *speaker* e ricevuti dal *listener* come veicolanti un messaggio: in questo senso, esistono condotte espressive permesse e condotte espressive vietate¹⁵². Il termine *speech*, infatti, include alcune parole e alcune azioni, ma non tutte¹⁵³.

Così, Sunstein giunge a formulare il suo criterio di distinzione come segue:

«I suggest that we might distinguish among (a) speech that amounts to the commission of an independently illegal act or that is evidence that the act has been committed; (b) speech that creates or constitutes conditions that can constitutionally be made illegal; (c) speech that leads immediately to illegality; (d) speech that is produced as a result of illegality; and (e) speech that leads proximately, but not immediately, to illegality or otherwise to constitutionally cognizable harm. My hypothesis is that speech falling in category (a) is properly treated as action, even if it consists solely of words. Words and conduct that fall within categories (b), (c), (d), and (e) all qualify as speech, and they may be regulable only under [certain conditions]»¹⁵⁴.

Qualificare determinate condotte espressive come *speech* o come *action*, in sostanza, non chiude la questione: talune condotte espressive che vengono definite *speech* possono infatti essere regolate. In realtà, in tale proposta Sunstein, pur criticando la tradizionale distinzione tra *speech* e *action*, finisce per riproporla nella misura in cui pare autorizzare, ad esempio, la proibizione di determinate espressioni poiché esse, piuttosto che *causare* un'azione illegale, *costituiscono* un'azione illegale¹⁵⁵. Pertanto, il modello democratico-repubblicano, in questo, non differisce sensibilmente dal modello liberale.

Nonostante ciò, è importante sottolineare che Sunstein pare riconoscere la dimensione *illocutoria* del discorso nella misura in cui determinate condotte espressive vengono da lui ricondotte alla categoria dell'azione non in virtù delle loro conseguenze, bensì a partire dal fatto che esse costituiscono l'azione di cui parlano in se stesse. La dimensione *illocutoria*, in particolare, costituisce uno strumento utile per la critica al modello della libertà d'espressione e dell'*hate speech* fatto proprio dal liberalismo (tanto nella sua versione *libertarian* quanto in quella *liberale*, giacché, nonostante il fatto che il secondo approccio, in determinati casi, pare maggiormente incline alla restrizione di talune forme di discorso, come si è visto, esso si fonda sulle medesime premesse epistemologiche del *libertarianism*, ovvero sulla distinzione tra *speech* e *action*). Infatti, nella dimensione *illocutoria* non si separa la condotta espressiva dai suoi effetti, cosicché la distinzione tra *speech* e *action* finisce per collassare. La libertà dalla dominazione, in particolare, risulta utile per riflettere su tale conseguenza, al fine di dare conto delle situazioni di mancanza di libertà derivanti da particolari usi della capacità discorsiva.

¹⁵² C.R. SUNSTEIN, "Words, Conduct, Caste", cit., p. 833.

¹⁵³ «"Speech" consists of symbols that communicate messages. Words are simply one kind of symbol. The category of speech is not coextensive with the category of words. Flag-burning, insofar as it is a symbol that communicates a message, is speech», ivi, p. 833.

¹⁵⁴ Ivi, p. 836.

¹⁵⁵ Cfr. ivi, p. 837: «This much seems true; but I want to try a different argument. Perhaps some cases involve something that is properly characterized as conduct rather than speech. The written or oral statement, "You're fired", is an act, not merely speech, in the sense that the words are simply a way of committing an unlawful discharge. The statement, "I agree to fix prices with you", is a way of fixing prices, indeed the most efficient way of doing so. These words do not merely cause action; they constitute the relevant action. The same appears to be true of purely verbal sexual harassment. If someone says to an employee, "Sleep with me or lose your job", we say that he is committing an act of harassment. The words do not *cause* the act. The words *are* the act. The same is plausibly true of bribery, perjury, and threats».

Come è stato proposto da alcuni, si possono analizzare le dimensioni *perlocutoria* ed *illocutoria* come in certa misura indipendenti tra loro, per dare origine a due letture interpretative piuttosto diverse:

«If the conditions for the felicity of the performative are met, the *illocutionary result* will take place quite independently of whether I manage to produce the *perlocutionary effects* by which I may have wished to see my audience affected. For example, I may wish to change my audience's opinions: this would be my *perlocutionary aim*, and it could fail to come true even if all the conditions for the felicity of the performative were met. This is because the specific *perlocutionary effects* which are actually produced in any given case depend on the particular context in which my speech act is uttered. Thus, if my audience is very impressionable, it may be easier for my *perlocutionary aim* to be achieved. On the other hand, my *perlocutionary aim* may fail even if the utterance is an *illocutionary success*»¹⁵⁶.

Ciò significa che mentre la condizione di felicità sottostante all'*illocutorio* è necessaria per produrre effetti *perlocutori*, è possibile produrre *effetti convenzionali illocutori* pur fallendo nel tentativo di produrre *effetti materiali perlocutori*. Un conto, dunque, sarebbe l'effetto materiale-perlocutorio del *danno* insito nell'offesa diretta (ciò che costituisce l'oggetto di analisi del trattamento liberale dell'*hate speech*), altro, invece, sarebbe l'effetto convenzionale-illocutorio, che si concentra appunto sulla dimensione convenzionale, indipendentemente dal danno concreto¹⁵⁷: nella prospettiva adottata in questa sede, ciò costituisce l'oggetto di analisi del trattamento neo-repubblicano dell'*hate speech* fondato sulla libertà dalla dominazione.

5.3.1 – L'*hate speech* nel modello neo-repubblicano: dominazione e oppressione

In particolare, ciò che un modello neo-repubblicano di libertà d'espressione fondato sulla non-dominazione permette di comprendere è che il livello *illocutorio* di talune condotte espressive, proprio in virtù del loro *contenuto* (non solo del mezzo o della modalità), costituisce un atto di subordinazione linguistica, che contribuisce alla costruzione della situazione di subordinazione sociale in cui si trovano relegati taluni gruppi vulnerabili (cfr. *supra*, §§ 4.2.4). Oltre ad un atto di subordinazione linguistica, inoltre, l'*hate speech* costituisce un vero e proprio atto performativo di costituzione dell'identità dei soggetti, a partire dalle categorie althusseriane di «interpellation» e «social interpellation» (cfr. *supra*, § 4.2.5d). Attraverso la diffusione di messaggi di odio rivolti a determinati gruppi vulnerabili, da ultimo, i gruppi dominanti si rendono responsabili della propagazione (l'*iterabilità* derridiana; cfr. *supra*, § 4.1.3) dell'*hate speech* nella società, “normalizzando” le pratiche discriminatorie nei loro confronti nelle forme dell'*habitus* (cfr. *supra*, § 4.2.5d). Questo processo si rende incompatibile con il contenuto della libertà come non-dominazione, in quanto pratica «discursive unfriendly» (cfr. *supra*, § 2.5) fondata sulla dominazione discorsiva e strutturale dei gruppi vulnerabili.

¹⁵⁶ A. ZANGHELLINI, “Jurisprudential Foundations for Anti-Vilification Laws: The relevance of speech act and foucauldian theory”, cit., pp. 467-468 (corsivi nostri).

¹⁵⁷ Ivi, p. 481.

Da ciò deriva la necessaria accettazione, entro un modello teorico neo-repubblicano fondato sulla libertà dalla dominazione, delle restrizioni *content-based* (e *viewpoint-based*)¹⁵⁸: sono proprio determinati contenuti e determinati punti di vista, in virtù del messaggio di subordinazione che essi veicolano a livello illocutorio, a dover essere contrastati. In questo modello, si rifiuta l'argomento del *marketplace of ideas*, poichè esso porterebbe ad autorizzare l'espressione di qualsivoglia contenuto, fintanto che l'espressione non si converta in azione, ciò che risulta evidentemente contrario al rifiuto, in questa sede, della distinzione tra *speech* e *action*.

Si pensi, ad esempio, all'*hate speech* razzista volto non ad offendere direttamente un individuo (*face-to-face hate speech*), bensì a diffondere un messaggio d'odio razzista nei confronti di un gruppo *target* ad una folla di persone: un conto è che tali persone, sulla base della forza illocutoria del messaggio, vengano poi materialmente incitate ad agire contro il gruppo *target* (approccio *perlocutorio*); altra cosa, invece, è che queste comprendano – e interiorizzino – la forza del messaggio razzista sottostante, che relega il *target* in una condizione di inferiorità, derivante dalla forza illocutoria del messaggio stesso (approccio *illocutorio*)¹⁵⁹.

Risulta evidente, dunque, la differenza con un modello liberale di *hate speech*. Come è stato sottolineato, ad esempio, nel caso dell'incitamento, tale categoria giuridica pare punire solamente la *modalità* di espressione, in accordo ad un principio liberale di regolazione “neutrale” del discorso, e non anche il *contenuto*¹⁶⁰. La questione, però, è che entro un *account* della libertà diverso da quello della non-interferenza (in particolare, a partire dalla libertà come non-dominazione), tale limitazione dell'intervento giuridico non pare comprensibile. Entro un approccio coerente con la libertà dalla dominazione, infatti, è proprio il *contenuto* del messaggio a produrre la subordinazione sociale delle vittime di *hate speech*.

Il modello illocutorio, dunque, mira alla regolazione della forma espressiva non sulla base degli *effetti materiali* della stessa, bensì sulla base del *contenuto*, il quale veicola *effetti convenzionali e sociali*. In particolare, entro un modello illocutorio di protezione dell'*hate speech*, il contenuto dell'espressione trae la sua forza dal contesto sociale di subordinazione di determinati soggetti nei confronti di altri. Come è stato osservato nel caso dell'*hate speech* razzista, infatti:

«The speaker's authority to degrade the addressee derives from the de facto ('common sense' and irrational) social force of norms produced by discourses about racial minorities. The speaker implicitly invokes these norms which codify the appropriateness of hierarchical relationships between races considered to be of different worth. [...] In particular, the message of inferiority contained in the racist hate speech act fulfils itself owing to the congruence between this message and the 'truths' produced by social discourses about racial minorities. These construct a social subject of inferior worth on the basis of its racial group membership»¹⁶¹.

¹⁵⁸ Si tenga presente, in realtà, che la stessa distinzione tra *viewpoint-based* e *viewpoint-neutral regulations* è rifiutata dalla *Critical Race Theory*, sulla base del fatto che non esistono approcci neutrali rispetto ai punti di vista (ciò che, peraltro, derivava dal rifiuto dell'ideale della neutralità dello Stato liberale): cfr. *infra*, § 6.5.

¹⁵⁹ Cfr. l'esempio riportato da A. ZANGHELLINI, “Jurisprudential Foundations for Anti-Vilification Laws: The relevance of speech act and foucauldian theory”, cit., p. 475.

¹⁶⁰ S. SORIAL, “Free Speech, Hate Speech, and the Problem of (Manufactured) Authority”, cit., p. 63.

¹⁶¹ A. ZANGHELLINI, “Jurisprudential Foundations for Anti-Vilification Laws: The relevance of speech act and foucauldian theory”, cit., p. 474. Cfr. inoltre *ivi*, pp. 476-479, ove l'autore sostiene che una differenza tra l'*hate speech* razzista e quello omofobo sta nel fatto che il secondo, in realtà, non trae la sua forza solamente dal contesto

In sostanza, la teoria degli atti linguistici costituisce uno strumento fondamentale per sottolineare alcune delle mancanze della concezione liberale della relazione tra linguaggio e potere (cfr. *supra*, § 4.2.1). Proprio a partire dall'accettazione di un punto di vista diverso, che utilizza la categoria della subordinazione come evidenza del potere del linguaggio di creare relazioni discorsive e sociali di inferiorità di taluni soggetti nei confronti di altri, si può comprendere la necessità di aggiungere prospettive di intervento statale a tutela di situazioni diverse dalla mera protezione dei diritti altrui o dal danno diretto dell'*hate speech*¹⁶².

Sulla base di ciò, dunque, si può sostenere l'inconciliabilità della libertà d'espressione liberale come non-interferenza con la forma di rifiuto della dominazione discorsiva descritta da Pettit nei termini di «discursive control» (cfr. *supra*, § 2.5):

«To enjoy discursive control is to be proof against being silenced, or ignored, or refused a hearing, or denied the final say in one's own responses. It is, on the contrary, to be given recognition as a discursive subject with a voice and an ear of one's own»¹⁶³.

In questo senso, tutte le forme di *hate speech* volte a relegare intenzionalmente l'«Altro»¹⁶⁴ in uno stato di subordinazione derivante dalla sua appartenenza ad un gruppo vulnerabile costituiscono una violazione della libertà dalla dominazione, in particolare nella sua forma della dominazione discorsiva. Come si è visto in precedenza, infatti, la teoria della non-dominazione in senso discorsivo rifiuta il soggetto liberale «decision-theoretic» inteso come centro razionale di interessi, desideri e azioni, fondandosi su un soggetto «discourse-theoretic», la cui caratteristica distintiva è proprio la capacità intersoggettiva di instaurare relazioni di tipo discorsivo (cfr. *supra*, § 2.5). Da ciò deriva la necessità di garantire la libertà d'espressione di ciascuno nei termini delle concrete condizioni di possibilità affinché ognuno possa instaurare

sociale di subordinazione, bensì anche dal contesto giuridico-istituzionale, nella misura in cui alle persone omosessuali, nei moderni sistemi giuridici liberali occidentali, spesso non sono garantiti neanche formalmente gli stessi diritti (ad es. il matrimonio) che invece sono riconosciuti alle persone eterosessuali, ciò che nei sistemi giuridici occidentali non avviene (più) nel caso della razza, in virtù del principio di uguaglianza e del divieto di distinzioni arbitrarie sulla base della razza.

¹⁶² Cfr. E. DALY, «Freedom as Non-Domination in the Jurisprudence of Constitutional Rights», in *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 28, 2, 2015, pp. 289-316, p. 289.

¹⁶³ PH. PETTIT, *A Theory of Freedom: From the Psychology to the Politics of Agency*, cit., p. 140.

¹⁶⁴ Sul tema dell'«Altro» [*the Other*], anche se ciò esula dallo scopo del presente lavoro, si potrebbe aprire una riflessione a partire dalle categorie di «*generalized Other*» e «*concrete Other*» adottate da Sheila Benhabib. L'autrice sottolinea come la prima prospettiva possa essere interpretata entro l'ambito teorico liberale, come necessità di trattare gli altri a partire da una nozione generica, formale e idealistica di Altro «neutro» definita a partire dalle caratteristiche che informano la concezione del soggetto liberale (maschio, bianco, borghese, eterosessuale, «normodotato» ecc.). La seconda, al contrario, può essere il punto di riferimento di una politica radicale volta a contrastare proprio questa immagine liberale sulla base del fatto che si fonda su assunti non neutrali, facendone derivare una necessaria attenzione all'Altro a partire dalle condizioni concrete, materiali (e relazionali) della sua esistenza: cfr. SH. BENHABIB, *Critique, Norm, and Utopia. A Study of the Foundations of Critical Theory*, Columbia University Press, New York, 1986, pp. 340-342. Cfr., inoltre, C. GILLIGAN, *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1982, a partire dal quale Benhabib sviluppa la sua riflessione. Inoltre, le categorie del «*generalized Other*» e del «*concrete Other*» possono essere facilmente associate alla situazione di vulnerabilità generale definita dalla «*precariousness*» e alla situazione di vulnerabilità specifica nei termini di «*precarity*», secondo le categorie di Butler (cfr. *supra*, § 4.2.5b).

relazioni «discursive-friendly», volte al riconoscimento reciproco dello status discorsivo nei termini di un vero e proprio diritto di «recognition» (cfr. *supra*, § 4.2.5d; e *infra*, § 6.4.1). L'assenza di tali condizioni, evidentemente, lede la possibilità dell'esercizio di quella che Langton definisce libertà d'espressione in senso illocutorio (cfr. *supra*, § 4.2).

Essere cittadini, infatti, «is intimately tied up with enjoying a certain status in communion with others, and having your voice authorized by others»: in questo senso, il neo-repubblicanesimo «is sensitive to the subtle ways in which groups marked out as “different” are being dominated. Thus, they can be dominated if they are not allowed to speak for themselves, are subjected to demeaning images of their identity, and are made to feel vulnerable to the decisions and opinions of others»¹⁶⁵.

D'altra parte, lo stesso diritto alla libertà d'espressione, nella chiave della libertà come non-dominazione, può essere fondato sulla *capacità discorsiva* (cfr. *supra*, §§ 2.5; 3.3.3): le relazioni di subordinazione discorsiva, entro un approccio illocutorio, minano la capacità discorsiva dei soggetti *target* e, dunque, ne ledono la possibilità di effettiva espressione¹⁶⁶. Come riconosce lo stesso Pettit, il *controllo alieno* esercitato da un soggetto nei confronti di un altro soggetto può consistere nel *rimuovere determinate opzioni*¹⁶⁷ dal discorso: si pensi, ad esempio, alle *opzioni di significato*. Se si interpreta la libera espressione nella chiave neo-repubblicana della non-dominazione, si può sostenere che un atto di *hate speech* razzista, pur non causando alcun danno od offesa, né violando alcun diritto individuale, può rimuovere importanti opzioni di significato originariamente disponibili alle vittime. Contribuire alla subordinazione illocutoria di taluni soggetti appartenenti ad una determinata categoria vulnerabile, infatti, può significare impedire loro di utilizzare discorsivamente opzioni di significato: quando un gitano dice «I'm gipsy», in determinati contesti dove la subordinazione contro quel gruppo sociale è particolarmente forte, il significato identitario può essere sostituito con il significato sociale prevalente in quel contesto, cosicché l'affermazione di essere gitano, dati gli stereotipi associati a tale gruppo vulnerabile, può significare, pur contro la volontà del parlante, «Sono un ladro»: tant'è che spesso si tenta di omettere il dettaglio per evitare che quella opzione di significato venga coercitivamente imposta nel contesto del discorso.

Inoltre, l'*hate speech* mina la capacità discorsiva anche in un secondo senso. Le opzioni disponibili alla vittima di *hate speech*, infatti, sono o quella di rispondere alla provocazione per scansare l'offesa, magari con la possibilità di scatenare reazioni indesiderate, oppure non rispondere e sottoporsi allo scherno: *tertium non datur*. La capacità discorsiva, in questo senso,

¹⁶⁵ C. LABORDE, J. MAYNOR, “The Republican Contribution to Contemporary Political Theory”, in IID. (eds.), *Republicanism and Political Theory*, Blackwell Publishing, Oxford, 2008, pp. 1-28, p. 18.

¹⁶⁶ Cfr. M. BONOTTI, “Religion, Hate Speech, and Non-Domination”, in *Ethnicities*, 17, 2, 2017, pp. 259-274, p. 268: «Particular speech acts, including hate speech acts, may be limited in order to secure a republican framework in which everyone's free speech is robustly protected. Republicanism therefore offers a theoretical and normative framework that helps us both to fully understand the wrongness of hate speech and to avoid the usual tension between the rights of speakers and those of hearers, by appealing to the importance of guaranteeing a robust freedom of speech for all».

¹⁶⁷ PH. PETTIT, “Republican Freedom: Three Axioms, Four Theorems”, in C. LABORDE, J. MAYNOR (eds.), *Republicanism and Political Theory*, Blackwell Publishing, Oxford, 2008, pp. 102-130, pp. 106-107.

è evidentemente rimossa a causa dell'impossibilità di stabilire relazioni «discursive-friendly» (cfr. *supra*, § 2.5).

Parimenti, si può affermare che ciò che viene catturato dal modello della libertà come non-dominazione, rispetto al modello della libertà come non-interferenza, è che l'*hate speech* costituisce un detrimento al *social standing* delle vittime (la dignità come *status*; cfr. *supra*, § 2.6): se la libertà come non-dominazione guarda alla *libertà come status*, che considera tutti gli individui meritevoli di rispetto su un piano di eguaglianza, l'*hate speech* costituisce un fenomeno sociale che mina le basi di quel rispetto¹⁶⁸.

Ciò che è interessante notare, dunque, è che un modello neo-repubblicano di libertà dalla dominazione, se applicato all'*hate speech*, può permettere di scalzare il criterio del *danno* come criterio di intervento statale¹⁶⁹. Allo stesso tempo, come si è visto in precedenza (cfr. *supra*, § 2.8.3), entro un modello neo-repubblicano di libertà e diritti fondato sulla non-dominazione non è nemmeno necessario ricercare un *diritto individuale* che sia leso dall'esercizio della libertà d'espressione al fine della sua restrizione. Al contrario, il sistema dei diritti, interpretato secondo la chiave della non-dominazione, può costituire la base per stabilire che determinati esercizi della libertà d'espressione, anche quando si fallisca nell'individuare un diritto concreto effettivamente contrastante, non sono compatibili con il sistema stesso, nella misura in cui impediscono di godere di uno status di non-dominazione. Il modello della libertà d'espressione neo-repubblicano applicato all'*hate speech* a partire dall'utilizzo della teoria della performatività, quindi, fonda la necessità di intervento statale *non* sugli effetti materiali della condotta espressiva (danno o lesione di un diritto; modello *perlocutorio*), bensì sugli effetti convenzionali e sociali della stessa (subordinazione; modello *illocutorio*).

«To prevent domination, it may be argued, for example, that certain kinds of [...] hate speech should not be legally protected, if they discriminate against particular groups, undermine their equal status or subject them to other groups to the extent that their political equality as citizens is damaged. [...] This is not to override the right of free speech, but to interpret it differently»¹⁷⁰.

La libertà dalla dominazione, pertanto, permette di rifiutare come unico criterio di intervento statale quello dell'*atto di interferenza* nella sfera privata altrui nelle forme del *danno* o della lesione di un *diritto* o un altro *interesse* di particolare importanza: al contrario, essa permette di evidenziare le situazioni in cui l'*hate speech*, pur senza concretamente interferire con la libertà individuale di un soggetto specifico, contribuisce – in questo caso, consapevolmente – alla costruzione di un'inferiorità che è evidentemente estrinsecazione di una relazione di dominazione. Evidentemente, la correzione di una situazione di subordinazione va oltre le ragioni di intervento statale accettate dal liberalismo, sulla base del fatto che essa non è facilmente giustificabile, entro l'orizzonte liberale, nei termini della relazione di causalità materiale.

Come ha riconosciuto anche Sunstein, infatti: «Republican premises might eventually serve as the foundation of a theory of *social subordination* to undergird constitutional hostility

¹⁶⁸ Cfr. M. BONOTTI, «Religion, Hate Speech, and Non-Domination», cit., p. 266.

¹⁶⁹ Lo riconosce I. HONOHAN, *Civic Republicanism*, Routledge, London and New York, 2002, p. 195.

¹⁷⁰ Ivi, p. 196.

to discrimination against various social groups»¹⁷¹. D'altra parte, infatti, «[r]egulation of discrimination responds to the problem of preferences and beliefs that have adapted to an unjust status quo»¹⁷², contro i quali lo Stato deve intervenire per scongiurare la dominazione.

Ancora una volta, si conferma il carattere intrinsecamente egualitario dell'ideale della non-dominazione. Si consideri, infatti, il seguente passaggio di J.-F. Spitz:

«We have just seen that liberty requires equality of rights. Now we see that an additional condition is that these rights are publicly known to be equal. Every citizen in the commonwealth must appear, in the eyes of the others [...] as being endowed with the status of a free man. [...] If this is true, it means that every individual citizen must appear as one who is effectively able to have his rights defended by the law, as a man whose rights cannot be violated with impunity. Can such a condition be adequately satisfied where the material differences between men are so important that some of them are in a much better position to have their rights protected by law than others?»¹⁷³.

La questione può essere riformulata come segue: si immagini un contesto discorsivo in cui partecipano due soggetti, un uomo bianco e una donna nera. L'uomo bianco ha sempre a sua disposizione la possibilità di trattare discorsivamente la donna nera come una persona “con meno diritto” attraverso l'*hate speech*, non perché ciò sia giusto, ma perché il significato del suo discorso d'odio nei confronti della donna nera ha grande probabilità di riuscita a livello illocutorio, cioè di soddisfare la condizione di felicità descritta da Austin. Al contrario, la donna nera non gode della stessa possibilità: se, infatti, ella utilizzasse espressioni odiose nei confronti del bianco in virtù della sua appartenenza al genere maschile e alla “razza” bianca, il suo messaggio fallirebbe a livello illocutorio, poiché dipingerebbe una realtà discriminatoria che non è riflessa nelle strutture sociali¹⁷⁴. È per questo che si può sostenere che l'*hate speech* limita la

¹⁷¹ C.R. SUNSTEIN, “Beyond the Republican Revival”, in *The Yale Law Journal*, 97, 8, 1988, pp. 1539-1590, p. 1581 (corsivi nostri). Sul diritto antidiscriminatorio come intervento statale non leggibile entro le categorie della libertà dall'interferenza, cfr. ID., *After the Rights Revolution. Reconceiving the Regulatory State*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1990, p. 3.

¹⁷² C.R. SUNSTEIN, *After the Rights Revolution. Reconceiving the Regulatory State*, cit., p. 3. Cfr., inoltre, ID., “Beyond the Republican Revival”, cit., p. 1581: «Republican thought might also provide a basis for understanding that the role of constitutionalism is countering classifications in such areas as race, sex, sexual orientation, and poverty. A central concern here is that the values supporting such classifications are the product of social power, they might therefore be subject to scrutiny and review».

¹⁷³ J.-F. SPITZ, “The Concept of Liberty in ‘A Theory of Justice’ and Its Republican Version”, in *Ratio Juris*, 7, 3, 1994, pp. 331-347, p. 339.

¹⁷⁴ In realtà, l'esempio proposto evidentemente semplifica la questione: per comprenderlo ancora più a fondo, infatti, è necessario il riferimento alla categoria dell'*intesezionalità* come esempio dell'ulteriore stratificazione teorica dell'approccio ai diritti dei gruppi vulnerabili e alla discriminazione: la donna nera vittima di *hate speech* da parte di un uomo bianco sulla base della sua appartenenza al *genere femminile* e alla ‘razza nera’ non esaurisce la sua situazione di discriminazione (o potenziale discriminazione) né nell'una né nell'altra categoria, per quanto un approccio alla *discriminazione multipla* potrebbe fornire quantomeno da strumento teorico per il riconoscimento della somma delle due situazioni. Piuttosto, l'approccio necessario in questo caso è un approccio *intersezionale*, capace di dar conto della discriminazione della situazione particolare della *donna nera*: in quanto, cioè, al contempo *donna* e *nera*. Sull'*intersezionalità*, cfr. E. GRABHAM, D. COOPER, E. KRISHNADAS, D. HERMAN (eds.), *Intersectionality and Beyond: Law, Power and the Politics of Location*, Routledge, Oxon-New York, 2009; Y. TAYLOR, S. HINES, M.E. CASEY (eds.), *Theorizing Intersectionality and Sexuality*, Palgrave Macmillan, London-New York, 2010; H. LUTZ, M.T. HERRERA VIVAR, L. SUPIK (eds.), *Framing Intersectionality. Debates on a Multi-Faceted Concept in Gender Studies*, Ashgate, Farnham (UK), 2011; A.R. WILSON (ed.), *Situating Intersectionality. Politics, Policy and Power*, Palgrave Macmillan, London-New York, 2013; P.R. GRZANKA (ed.), *Intersectionality: A Foundation and Frontiers Reader*, Routledge, London-New York, 2014; V.M. MAY, *Pursuing*

libertà discorsiva dei soggetti, nella misura in cui assegna a taluni – coloro che non rientrano nella categoria discriminata e vulnerabile – il potere di rimuovere discorsivamente determinate opzioni teoricamente possibili ad altri – coloro che, al contrario, vi appartengono.

È entro queste categorie che si può comprendere il *silencing effect* (cfr. *supra*, § 4.2.4; 4.2.5; e *infra*, § 6.5) entro un approccio illocutorio al contempo fondato sulla libertà dalla dominazione: l'*hate speech* non costituirebbe (solo) un caso di conflitto tra la libertà d'espressione del parlante e la libertà dalla dominazione (in generale) dell'ascoltatore. Piuttosto,

«each individual should be seen as both a speaker and a hearer, and *freedom of speech as non-domination should be seen as the ability to speak without feeling vulnerable and insecure in one's enjoyment of basic rights and liberties*. Therefore those victims of hate speech who, due to the insecurity of they experience, feel silenced and unable to express their views, are not simply experiencing non-domination due to the freedom of speech of others. *They themselves are lacking freedom of speech as non-domination*»¹⁷⁵.

Il *silencing effect*, infatti, impedisce alle vittime di *hate speech* di godere di uno status esente da dominazione discorsiva, venendo a costituire un caso di vero e proprio conflitto tra la libertà d'espressione dello *speaker* e la libertà d'espressione come non-dominazione del *listener*. Ciò, a ben vedere, risulta coerente con l'argomento dell'«illocutionary disablement» proposto da Langton (cfr. *supra*, § 4.2.4b). La libertà d'espressione, dunque, deve tenere insieme sia il soggetto *speaker* sia il soggetto *listener*, cosicché un particolare esercizio della libertà d'espressione da parte del primo può influire sull'ampiezza della medesima libertà per il secondo (con parole di Langton, «freedom of illocutionary acts»).

È in questo senso che si comprende, entro un modello neo-repubblicano di libertà d'espressione, il necessario rifiuto della teoria liberale dell'abuso del diritto alla libertà d'espressione solamente in senso morale, proposta da Schauer. I diritti, entro la concezione neo-repubblicana (cfr. *supra*, §§ 2.8.3; 2.8.4), costituiscono uno spazio di interrelazione in cui un diritto acquista significato solamente nel contesto sociale del suo esercizio. 'Abusare' della libertà d'espressione, di conseguenza, non può richiedere una sanzione esclusivamente morale: il diritto deve necessariamente intervenire per evitare che l'utilizzo di un diritto da parte di un soggetto gli impedisca di esercitare una posizione dominante nei confronti degli altri. La rimproverabilità solo morale dell'abuso del diritto, infatti, concede un potere di decisione arbitraria (e dunque di dominazione) al titolare del diritto circa la possibilità di abusare o meno del proprio diritto (si ricordi la distinzione, interna alla libertà dalla dominazione, tra l'*interferenza arbitraria* in senso *attuale* e la *possibilità di interferenza arbitraria* in senso *potenziale*; cfr. *supra*, § 2.3).

Inoltre, come si è visto in precedenza, i diritti, nell'orizzonte neo-repubblicano, costituiscono il punto di convergenza tra *interesse individuale* e *bene comune*: in questo senso, non si può sostenere un “diritto all'abuso” dei propri diritti, in quanto essi non costituiscono figure

Intersectionality, Unsettling Dominant Imaginaries, Routledge, London-New York, 2015; A. CARASTATHIS, *Intersectionality. Origins, Contestations, Horizons*, University of Nebraska Press, Lincoln-London, 2016. Da ultimo, per una traduzione degli studi intersezionali in politiche pubbliche concrete, si veda O. HANKIVSKY, J.S. JORDAN-ZACHERY (eds.), *The Palgrave Handbook of Intersectionality in Public Policy*, Palgrave Macmillan, London-New York, 2019.

¹⁷⁵ M. BONOTTI, “Religion, Hate Speech, and Non-Domination”, cit., p. 267 (corsivi nostri).

deontiche esclusivamente individuali, bensì il loro esercizio giuridicamente (e moralmente) consentito è unicamente quello compatibile con il vantaggio “di tutti e ciascuno”.

D'altra parte, si è visto come la libertà dalla dominazione costituisce, nel sistema neo-repubblicano dei diritti, il fondamento sia dei diritti sia dei doveri, giustificando sia il *diritto a non essere dominati* sia il *dovere di non dominare*. Se l'*hate speech* configura una situazione di dominazione discorsiva, gli individui devono astenersi da tale condotta, in base al loro dovere di non porre in essere pratiche dominanti nei confronti di altri individui.

Inoltre, si ricordi anche che il modello della non-dominazione mira a richiedere l'intervento statale non solo a tutela dalla dominazione pubblica (*imperium*), bensì anche da quella privata (*dominium*)¹⁷⁶. Mentre dunque l'ideale liberale della libertà come non-interferenza, che guarda o soltanto alle relazioni Stato-individuo, o anche alle relazioni individuo-individuo nella forma, appunto, dell'interferenza, l'ideale della non-dominazione mira a richiedere l'intervento statale anche in situazioni di “dominazione privata”, che possono corrispondere con l'utilizzo di espressioni offensive da parte di un individuo nei confronti di un altro (o di un gruppo) che creino (o rinvigoriscano), appunto, situazioni di dominazione.

Concretizzare la riflessione a partire da una particolare forma di *hate speech*, in particolare, permette di comprendere la differenza tra l'approccio *liberale-perlocutorio* e l'approccio *neo-repubblicano-illocutorio*.

Si pensi, ad esempio, al caso dell'*hate speech* razzista. In questo caso, l'approccio *perlocutorio* pare fallire nel tentativo di risolvere il problema alla radice, concentrandosi solamente sugli effetti “materiali”. Vi sono infatti forme di razzismo che, proprio in quanto consapevoli delle restrizioni giuridiche alle condotte materiali (all'azione), sono riuscite a “migliorarsi”, a modificare il proprio linguaggio per evitare le sanzioni giuridiche¹⁷⁷. In questo senso, è stato sottolineato che la categoria dell'incitamento alla violenza razzista fallisce nel prendere in considerazione altre forme di razzismo “non materiali”, non identificabili con *azioni*.

Inoltre, l'approccio perlocutorio, come visto in precedenza, somma alla necessità di individuazione di conseguenze materiali l'elemento dell'*intenzionalità*, che entro un ideale della non-dominazione che guarda allo status sociale degli individui liberi fallisce nel tentativo di esaurire tutti i comportamenti dai quali può scaturire una forma di dominazione. Si può comprendere meglio la questione dell'*intenzionalità* prendendo in considerazione la distinzione tra «*coscienza discorsiva*» e «*coscienza pratica*» utilizzata da I. Marion Young:

«*Discursive consciousness* refers to those aspects of action and situation which are either verbalized, founded on explicit verbal formula, or easily verbalizable. *Practical consciousness*, on the other hand, refers to those aspects of action and situation which involve often complex reflexive monitoring of the relation of the subject's body to those of other subjects and the surrounding environment, but which are on the fringe of consciousness, rather than the focus of discursive attention [...]. *Practical consciousness is the habitual, routinized background awareness that enables persons to accomplish focused, immediately purposive actions*»¹⁷⁸.

¹⁷⁶ Cfr. PH. PETTIT, “Two Republican Traditions”, in A. NIEDERBERGER, P. SCHINK, *Republican Democracy. Liberty, Law and Politics*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2013, pp. 169-204, p. 171.

¹⁷⁷ Cfr. S. SORIAL, “Free Speech, Hate Speech, and the Problem of (Manufactured) Authority”, cit., p. 60.

¹⁷⁸ I.M. YOUNG, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton University Press, Princeton, 1990, p. 131 (corsivi nostri).

Riprendendo la nozione bordeausiana di *habitus* (cfr. *supra*, § 4.2.5d), si comprende come determinate idee vengano interiorizzate ad un livello inferiore della coscienza rispetto a quello discorsivo: se questo, infatti, riguarda ciò che viene consciamente verbalizzato, la coscienza pratica riguarda l'interiorizzazione di determinate pratiche in strati inferiori della coscienza. In particolare, come sostiene Young, il razzismo, il sessismo, l'omofobia, l'*ageism* e l'*ableism* «have receded from the [...] discursive consciousness. Most people in our society do not consciously believe that some groups are better than others and for this reason deserve different social benefits»¹⁷⁹, in conseguenza del fatto che le manifestazioni più evidenti della discriminazione sono state giuridicamente proibite. Ovviamente, ciò non significa che non esistano più forme di razzismo (tra le varie forme discriminatorie) evidente, che, ad esempio, viene intenzionalmente verbalizzato per offendere; tuttavia, esistono appunto forme più “subdole” di pratiche discriminatorie che «must often be careful about how they make their claims if they wish to be heard»¹⁸⁰. In particolare, tali forme di razzismo si comprendono non in virtù di un approccio *perlocutorio*, bensì *illocutorio* alla questione dell'*hate speech*.

Nel caso del razzismo, ciò permette di comprendere le differenze tra quelli che sono stati definiti «dominative racism», «aversive racism», e «metaracism»:

«In his study of white racism, Joel Kovel (1970) distinguishes three ideal types: dominative racism, aversive racism, and metaracism. Dominative racism involves direct mastery that has its most obvious manifestations in enslavement and other forms of forced labor, race status rules that privilege whites, and genocide. Whereas such domination usually entails frequent, often daily and intimate association between members of racial groups, aversive racism is a racism of avoidance and separation. From what Kovel calls metaracism, finally, almost all traces of a commitment to race superiority have been removed, and only the grinding processes of a white-dominated economy and technology account for the continued misery of many people of color»¹⁸¹.

Questi “tre stadi” costituiscono forme di razzismo che storicamente si sono susseguite l'una all'altra: allo stato attuale, il razzismo prenderebbe le forme dell'«aversive racism» e del «metaracism». Secondo Young, la differenza tra «dominative racism» e «aversive racism» corrisponde alla distinzione tra la «coscienza discorsiva» e la «coscienza pratica».

Nella prospettiva adottata in questa sede, si può sostenere che l'*hate speech* in senso *illocutorio* contribuisce alla formazione di una *coscienza discorsiva* discriminatoria, la quale, a sua volta, influisce sulla *coscienza pratica*¹⁸². Vi sono forme di *hate speech* che intenzionalmente intendono contribuire alla costruzione di subordinazione sociale delle vittime cui si rivolgono; tuttavia, esistono anche forme di *hate speech* che, seppure intenzionali (ciò che viene

¹⁷⁹ Ivi, p. 132.

¹⁸⁰ Ivi, pp. 132-133.

¹⁸¹ Ivi, pp. 141, utilizzando la terminologia proposta da J. KOVEL, *White Racism: A Psychohistory*, II ed., Columbia University Press, New York, 1984.

¹⁸² Cfr. I.M. YOUNG, *Justice and the Politics of Difference*, cit.: «When racism, sexism, heterosexism, ageism, and ableism, exist at the level of discursive consciousness, the despised groups are objectified. Scientific, medical, moral, and legal discourse construct these groups as objects, having their own specific nature and attributes, different from and over against the naming subject, who controls, manipulates, and dominates them. When these group-based claims of superiority and inferiority recede from discursive consciousness, however, these groups no longer face a dominant subject as clearly identifiable objects [...]. Women, Blacks, homosexuals, the mad, and the feeble-minded become more difficult to name as the Others, identifiable creatures with degenerate and inferior natures. In xenophobic subjectivity they recede to a murky affect without representation» (pp. 145-146).

detto viene detto intenzionalmente), non raggiungono la coscienza discorsiva dell'intento di costruzione dell'inferiorità sociale: esse si limitano a "contribuire inconsapevolmente" alla cultura discriminatoria dominante, oppure, sono il "riflesso inconsapevole" della cultura discriminatoria dominante (probabilmente entrambe le cose).

Entro la prospettiva adottata in questa sede, si può effettivamente dar conto di entrambe le forme di *hate speech* ad un livello illocutorio, entro i paradigmi della *dominazione* e dell'*oppressione* di Iris Marion Young (cfr. *infra*). Come si vedrà nel prosieguo, in realtà, quelli che qui vengono definiti paradigmi della dominazione e dell'oppressione (a partire da Young) possono entrambi essere visti come derivanti dalla più generale libertà come non-dominazione. L'elemento di unità è dato dalla concezione sottostante della libertà come non-dominazione; l'elemento specifico che permette di distinguere l'utilizzo dell'espressione nella forma *intenzionalmente subordinante* o *non-intenzionalmente contribuente all'oppressione* viene qui per comodità definito, a partire dalle categorie di Young, *dominante* o *oppressivo*.

Infatti, si è visto, sin qui, che un modello *illocutorio* per la trattazione dell'*hate speech* risulta utile a sopperire alle difficoltà del modello liberale-perlocutorio di dar conto delle situazioni in cui non vi è un danno materiale o una violazione di un diritto individuale: queste situazioni, infatti, sono state descritte come fondate su un assunto generale, ovvero quello della distinzione tra *speech* e *action* e della possibilità di restrizione, entro il paradigma liberale, solo quando le condotte assimilabili alla prima delle due categorie presentano caratteristiche peculiari a quelle della seconda. Da ciò, dunque, l'esigenza di trattare dell'*hate speech* entro un modello illocutorio capace di superare tale distinzione.

Entro questo modello, tuttavia, la teoria della libertà come non-dominazione, nell'*account* proposto da Pettit prima e da Lovett poi (cfr. *supra*, §§ 2.3-2.5), è capace di dare conto delle situazioni di restrizione della libertà dalla dominazione unicamente derivanti da condotte *intenzionali*. Come si è visto, infatti, Lovett accettava la dimensione *strutturale* della dominazione, in quanto il potere di dominare è un potere che si comprende sulla base della struttura delle relazioni sociali; tuttavia, l'arbitrarietà della dominazione era da Lovett assegnata in senso procedurale alla possibilità di un soggetto dominante di scegliere a proprio piacimento come esercitare tale potere sul soggetto dominato, ciò che pare richiedere un modello intenzionale.

L'orizzonte teorico della non-dominazione, in realtà, è suscettibile di applicazione anche a condotte che non possono essere definite completamente *intenzionali*: si pensi all'esempio proposto da I. Marion Young:

«The implicit assumption that only intentional actions should be subject to moral or political judgment perhaps underlies a response members of oppressed groups often encounter when they express anger or indignation at another person's ordinary unthinking behavior. A woman complains of a male colleague's guiding her by the elbow out of the board room, or a wheelchair-bound person expresses indignation about not being addressed directly, while matters relevant to him are referred to his able-bodied companion. The response frequently heard to such complaints is, "Oh, he didn't mean anything by it". Such a response implies that the anger and moral judgment of the woman or the wheelchair-bound person are misplaced, that they do not have the right to complain of or condemn another person's behavior if that person intends to be courteous and respectful»¹⁸³.

¹⁸³ Ivi, p. 150.

Vi sono casi in cui si può sostenere che un soggetto non goda dello *status* di *free standing subject* nei confronti di altri anche a partire da condotte discorsive poste in pratica da altri membri della società, che contribuiscono alla strutturazione dei rapporti sociali nel senso dell'inferiorità di taluni individui, appartenenti a categorie vulnerabili, nei confronti di altri. In questi casi, il parametro dell'*intenzionalità* non è sempre in grado di spiegare la situazione di mancanza di libertà dei soggetti vulnerabili. A rimedio di tale situazione, Young propone il modello dell'*oppressione* come modello di giustizia sociale.

«A conception of justice that starts from the concept of oppression must break with such a limitation of moral and political judgment to discursively conscious and intended action. If unconscious reactions, habits, and stereotypes reproduce the oppression of some groups, then they should be judged unjust, and therefore should be changed. [...] If social philosophy assumes that intended and deliberate action is the primary focus of moral judgment, it risks ignoring or even excusing some of the most important sources of oppression. Only moral judgment that extends to habitual interaction, bodily reactions, unthinking speech, feelings, and symbolic associations can capture much about such oppression»¹⁸⁴.

La giustizia sociale, cioè, non deve basarsi esclusivamente su modelli di comportamento intenzionale; ciò non solo in campo politico, bensì anche in campo giuridico¹⁸⁵. In ciò, Young non sostiene che i comportamenti inconsci debbano essere oggetto di *sanzione giuridica* nei termini comunemente intesi (inflizione di una pena detentiva, multa ecc.): il modello della sanzione giuridica, infatti, deriva dal «blaming people», cioè considerare le persone colpevoli per un'azione commessa. Al contrario, ella sostiene la necessità di un modello capace di «holding them responsible»: indipendentemente dall'irrogazione di una sanzione, che Young definisce «backward-looking» (che, cioè, guarda al passato), il modello della responsabilità è «forward-looking»¹⁸⁶ (guarda, cioè, al futuro), sostenendo la necessità che la persona si assuma la responsabilità dei propri comportamenti per comprendere in che misura essi possono andare a detrimento della situazione altrui – si potrebbe dire, limitando la loro libertà dalla dominazione.

La teoria della libertà dalla dominazione (e dall'oppressione), in sostanza, nel dibattito sull'*hate speech* può essere utilizzata:

1) per estendere l'ambito di intervento statale oltre le condotte di incitamento che sfociano in azioni materiali, fornendo una giustificazione alla necessità di punire, ad esempio, comportamenti *intenzionali* che contribuiscono alla dominazione sociale, come la diffusione di idee di superiorità razziale pur senza che vi sia un incitamento ad un'azione “materiale” (senza che, cioè, si passi dallo *speech* all'*action*);

2) per dare conto anche di situazioni *non intenzionali* in cui talune persone giungono ad essere dominate non a causa dell'*interferenza arbitraria (intenzionale)*, bensì dalla (*non intenzionale*) *subordinazione* «routinized into the systemic logics of social systems that are oriented toward forming a culture of legitimate authority around oligarchic or elite imperatives and interests. [...] In this sense, republicanism puts forth the basic idea that power, domination,

¹⁸⁴ *Ibidem* (corsivi nostri).

¹⁸⁵ Cfr. *ivi*, pp. 150-151. Qui Young si rifà al lavoro di CH.R. LAWRENCE III, “The Id, the Ego, and Equal Protection: Reckoning with Unconscious Racism”, in *Stanford Law Review*, 39, 1987, pp. 317-388, le cui tesi saranno analizzate in seguito (cfr. *infra*, § 6.4.3).

¹⁸⁶ I.M. YOUNG, *Justice and the Politics of Difference*, cit., p. 151.

the common good, etc., are all expressions of the architecture of social institutions. What is most significant in the republican tradition is the thesis that this architecture of society has the capacity to shape social relations and, therefore, individual agents themselves»¹⁸⁷. Ne costituisce un esempio il *negative stereotyping*, cui si contribuisce in modo non del tutto conscio, utilizzando termini dei quali non si conosce appieno il significato (come ad esempio “clandestino” come termine-ombrello per descrivere i rifugiati, i richiedenti asilo, i titolari di protezione umanitaria e sussidiaria, gli immigrati regolari e irregolari, ecc.).

Sulla scorta di ciò, la proposta di Pettit della dominazione discorsiva tra agenti individuali perpetrata attraverso comportamenti intenzionali non sarebbe capace di dare risposta a tutte queste situazioni. Per rimediare a tale mancanza, dunque, è possibile utilizzare la *teoria dell'oppressione* (cui si accennava poc'anzi) proposta da Young, che può essere letta come l'altra faccia della medaglia della teoria della dominazione: si tratterebbe, in questo caso, della teoria della *dominazione strutturale* nel senso di *impersonale*.

Come si è visto in precedenza (cfr. *supra*, § 2.5), trattare della dominazione in termini strutturali significa concepire le relazioni di dominazione a partire dalla *struttura delle relazioni sociali*, che trascende le singole condotte individuali e il singolo contesto particolare. Tuttavia, come appena ricordato, Lovett, entro la sua teoria generale della dominazione, aveva proposto di accantonare l'idea della dominazione strutturale in senso *impersonale*, sostenendo che non siano le strutture a dominare, bensì i soggetti. Tuttavia, ciò può risultare coerente con l'*account* di Young, in quanto ella analizza la dominazione strutturale come una relazione che va sempre a vantaggio di un determinato gruppo sociale: nonostante la struttura di oppressione non sia intenzionale, a dominare non sono “le strutture” – in senso foucaultiano, della “dominazione ovunque”; cfr. *supra*, § 4.2.1) –, bensì gruppi sociali determinati.

Vi sono, dunque, determinati individui o gruppi dominanti i quali possono godere della loro posizione dominante o attraverso *relazioni (intenzionali) di dominazione*, o attraverso *relazioni (non intenzionali) di oppressione*:

«Domination must be understood as structural precisely because the constraints that people experience are usually the *intended* or *unintended* product of the actions of many people [...]. In saying that power and domination have a structural basis, I do not deny that it is individuals who are powerful and who dominate. Within a system of domination some people can be identified as more powerful and others as relatively powerless»¹⁸⁸.

Secondo l'autrice, quindi, sono i concetti di *dominazione* e *oppressione* a dover essere oggetto di attenzione da parte di una teoria della giustizia sociale, non, invece, quello della “distribuzione delle risorse”¹⁸⁹ (come nel modello liberale-egaltario; cfr. *supra*, § 2.7.2). Il modello della distribuzione, infatti, guarda ai diritti come proprietà, mentre invece, nell'*account* di Young (coerente, lo si sottolinea, con quello della non-dominazione), «[r]ights are not

¹⁸⁷ M.J. THOMPSON, “Reconstructing republican freedom: A critique of the neo-republican concept of freedom as non-domination”, in *Philosophy & Social Criticism*, 39, 3, 2013, pp. 277-298, pp. 278-279.

¹⁸⁸ I.M. YOUNG, *Justice and the Politics of Difference*, cit., pp. 31-32 (corsivi nostri).

¹⁸⁹ Ivi, p. 3, p. 16. Si veda inoltre ivi, p. 20, ove l'autrice afferma: «A focus on the distribution of material goods and resources inappropriately restricts the scope of justice, because it fails to bring social structures and institutional contexts under evaluation».

fruitfully conceived as possessions. *Rights are relationships, not things*; they are institutionally defined rules specifying what people can do in relation to one another. Rights refer to doing more than having, to social relationships that enable or constrain action»¹⁹⁰. Young, inoltre, rifiuta il paradigma della distribuzione in quanto esso «tends to conceive of individuals as social atoms, logically prior to social relations and institutions»¹⁹¹. Conseguentemente, ella rifiuta la concezione liberale del potere (cfr. *supra*, § 4.2.1), in quanto attributo di agenti individuali, concependo il potere in termini *strutturali*, passando dunque all'analisi del fenomeno della *dominazione strutturale*.

Inoltre, Young rifiuta la descrizione del soggetto cartesiano¹⁹² sottesa al liberalismo *mainstream*: si tratta, a ben vedere, di una critica che ha le medesime radici di quella della teoria degli atti linguistici e della performatività (cfr. *supra*, CAP. 4), la quale, se interpretata come strumento critico dell'*account* liberale della libertà d'espressione e dell'*hate speech*, permette di rifiutare l'approccio esclusivamente *perlocutorio* al discorso d'odio fondato sulla distinzione tra *speech* e *action*.

Entro questa concezione, Young concepisce *oppressione* e *dominazione* come segue:

«*Oppression* consists in systematic institutional processes which prevent some people from learning and using satisfying and expansive skills in socially recognized settings, or institutionalized social processes which inhibit people's ability to play and communicate with others or to express their feelings and perspective on social life in contexts where others can listen. While the social conditions of oppression often include material deprivation or maldistribution, they also involve issues beyond distribution [...]. *Domination* consists in institutional conditions which inhibit or prevent people from participating in determining their actions or the conditions of their actions. Persons live within structures of domination if other persons or groups can determine without reciprocation the conditions of their action, either directly or by virtue of the structural consequences of their actions. Thorough social and political democracy is the opposite of domination»¹⁹³.

È importante sottolineare che in Young l'oppressione e la dominazione spesso si sovrappongono, eppure esse, ai fini del presente lavoro, devono rimanere concettualmente distinte. Come la stessa autrice afferma, infatti, *l'oppressione spesso include la dominazione, eppure a volte ne prescinde*; a loro volta, *non tutte le relazioni di dominazione possono essere intese entro un contesto strutturale di oppressione*.

¹⁹⁰ Ivi, p. 25.

¹⁹¹ Ivi, p. 27.

¹⁹² Cfr. ivi, p. 45: «*The social ontology underlying many contemporary theories of justice [...] is methodologically individualist or atomist. It presumes that the individual is ontologically prior to the social. This individualist social ontology usually goes together with a normative conception of the self as independent. The authentic self is autonomous, unified, free, and self-made, standing apart from history and affiliations, choosing its life plan entirely for itself. [...] One of the main contributions of poststructuralist philosophy has been to expose as illusory this metaphysic of a unified self-making subjectivity, which posits the subject as an autonomous origin or an underlying substance to which attributes of gender, nationality, family role, intellectual disposition, and so on might attach. Conceiving the subject in this fashion implies conceiving consciousness as outside of and prior to language and the context of social interaction, which the subject enters. Several currents of recent philosophy challenge this deeply held Cartesian assumption*» (corsivi nostri).

¹⁹³ Ivi, pp. 37-38 (corsivi nostri). Per una critica dell'equiparazione tra l'ideale della non-dominazione e quello della democrazia in Young (che tuttavia esula dallo scopo del presente lavoro), cfr. F. LOVETT, *A General Theory of Domination & Justice*, cit., pp. 211-212.

Per chiarezza, quindi, si può pensare di definire l'*oppressione* come il *contesto generale in cui determinati gruppi sociali soffrono determinati svantaggi rispetto ad altri, come conseguenza di relazioni strutturali e non-intenzionali di potere*.

In taluni casi, in tali situazioni si può esperire anche una situazione di *dominazione*, laddove una condotta *intenzionale*, fondata sull'inferiorità sociale di un individuo appartenente ad un gruppo svantaggiato, si estrinseca in una *relazione di dipendenza dal potere arbitrario* (cfr. *supra*, §§ 2.3-2.5) che si comprende solo a partire dallo squilibrio di potere sociale tra i due agenti *nel contesto oppressivo*. Tuttavia, la dominazione può anche avvenire in maniera totalmente indipendente dall'oppressione, come quando un soggetto domina un altro in virtù di un potere che non deriva dallo svantaggio sociale del soggetto dominato¹⁹⁴.

L'oggetto di attenzione di questa parte del lavoro è quindi costituito dall'intersezione tra le categorie dell'oppressione e della dominazione. In particolare, di tenterà di trattare dell'*hate speech* nei termini della *situazione di oppressione (non intenzionale) che rende possibile la dominazione (intenzionale) di determinati individui o gruppi socialmente vulnerabili* – o, anche al contrario, *la situazione di dominazione (intenzionale) che favorisce comportamenti che contribuiscono all'oppressione (non intenzionale)*¹⁹⁵.

La differenza tra l'oppressione e la dominazione, in particolare, dipenderà dal ruolo che si attribuisce all'*intenzionalità*. Ciò che è importante comprendere, infatti, è che il modello della dominazione può essere utilizzato sia per dare conto delle situazioni *intenzionali* di dominazione (come è stato fatto nel paragrafo precedente) sia di quelle *non intenzionali* che contribuiscono all'oppressione: in questo secondo caso, la dominazione necessita della categoria

¹⁹⁴ Pare concordare con questa visione R. BELLAMY, "The norms of political constitutionalism: non-domination and political equality", in ID., *Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007: «Typically, oppression and domination go hand in hand. Each can be the source of the other, with oppression both generating and being a product of domination. However, [...] they may also exist separately. An enlightened despot might strive to avoid oppressing his or her subjects but would still dominate them, while individuals may come unwittingly to be oppressed by rules or regulations they had been in a position to freely debate and decide upon, but the full implications of which were impossible, or very difficult, to foresee at the time» (p. 151; corsivi nostri). Analogamente, S. KRAUSE, "Beyond Non-Domination: Agency, Inequality and the Meaning of Freedom", in *Philosophy and Social Criticism*, 39, 2013, pp. 187-208: «Oppression is frequently conflated with domination. Yet in contrast to domination, which can be exercised at the individual level, as when one person dominates another, oppression is an intrinsically collective phenomenon. It applies to persons only in view of their membership in particular groups, and its exercise always involves complex, large-scale social dynamics. And whereas domination requires intentionality and involves control, oppression rests on impersonal, systematic patterns of privilege and prejudice that are often unintentional and that do not involve relations of control. Finally, rather than exploit some persons for the purposes of others (the paradigm case of domination is slavery), oppression works through social norms and internalized habits to devalue and confine the individual in ways that systematically undercut her or his ability to be in and affect the world in ways that manifest her or his distinctive subjective existence. Domination and oppression often coexist, but they are conceptually and experientially distinct» (p. 201; corsivi nostri).

¹⁹⁵ R. BELLAMY, "The norms of political constitutionalism: non-domination and political equality", cit., sottolinea il collegamento e la relazione di reciproca influenza tra l'*oppressione* e la *dominazione*: «There are also good reasons for thinking domination makes oppression more likely. The danger of oppression is increased not only because domination renders it easier to inflict and harder to rectify, but also, and most importantly, because in such circumstances oppression may simply go unacknowledged as such. If the dominant group define what counts as oppression, then they will be able to delegitimise all attempts to question prevailing definitions – especially if these have been taken outside the realm of politics» (p. 152).

dell'oppressione per essere compresa¹⁹⁶. La dominazione strutturale non intenzionale, cioè, costituisce un comportamento in cui si contribuisce alla situazione di oppressione di un gruppo sociale: ciò può avvenire attraverso forme “sottili” di *hate speech* che diffondono (pur intenzionalmente) messaggi di inferiorità e subordinazione dei quali non si è del tutto coscienti.

Peraltro, è importante sottolineare un altro elemento. Come la stessa Young riconosce, l'esistenza di un sistema di oppressione *non* significa che «individual persons do not intentionally harm others in oppressed groups»: si pensi alle donne vittime di stupro, ai neri vittime di lesioni, agli omosessuali vittime di aggressioni e via dicendo. In questi casi, evidentemente, esiste un soggetto individuale responsabile che ha agito attraverso una condotta intenzionale. Tuttavia, la sua condotta è comprensibile solo entro un *account* strutturale di oppressione: la sua condotta individuale, cioè, è analizzabile a partire dall'intenzionalità, ma il suo contribuire al (o dipendere dal) sistema di oppressione non dipende, invece, dall'intenzionalità.

Le distinzioni di Young permettono, inoltre, di avanzare una proposta in tema di *discriminazione*, ovvero quella di ridurre il concetto alle «intentional and explicitly formulated policies of exclusion or preference», e di sostenere che la discriminazione non sia l'unico male che le persone svantaggiate e vulnerabili soffrono: esso, piuttosto, sarebbe da individuarsi nell'oppressione¹⁹⁷. Come è stato sottolineato, infatti, il male non sarebbe soltanto l'*atto* di discriminazione (che può essere esaminato a partire da un ideale di libertà come non-interferenza), bensì il *potere* di discriminare, fondato proprio sulla strutturazione delle relazioni sociali (comprensibile solo entro una concezione della libertà come non-dominazione)¹⁹⁸. Ciò permette di comprendere, come si è visto in precedenza, perché in questa sede si è preferito trattare delle due diverse questioni dell'*hate speech* e della *discriminazione* come categorie separate: nonostante al discorso d'odio siano sottesi i *bias-motives* propri della discriminazione, si è infatti preferito non accogliere la definizione dell'*hate speech* nei termini di «discorso discriminatorio», proprio in quanto essa fallirebbe nel mettere in risalto la distinzione tra le condotte di dominazione e quelle di interferenza (cfr. *supra*, § 2.3).

Utilizzando le «cinque facce dell'oppressione» di Young, dunque, si possono identificare le situazioni di oppressione cui determinati gruppi sociali sono soggetti: «exploitation, marginalization, powerlessness, cultural imperialism, and violence»¹⁹⁹. Tra queste, oltre alla

¹⁹⁶ I.M. YOUNG, *Justice and the Politics of Difference*, cit., p. 41.

¹⁹⁷ Ivi, p. 196. Cfr. inoltre ivi, pp. 196-197: «In its focus on individual agents, the concept of discrimination obscures and even tends to deny the structural and institutional framework of oppression. If one focuses on discrimination as the primary wrong groups suffer, then the more profound wrongs of exploitation, marginalization, powerlessness, cultural imperialism, and violence that we still suffer go undiscussed and unaddressed. One misses how the weight of society's institutions and people's assumptions, habits, and behavior toward others are directed at reproducing the material and ideological conditions that make life easier for, provide greater real opportunities to, and establish the priority of the point of view of white heterosexual men».

¹⁹⁸ Cfr. E. DALY, “Freedom as Non-Domination in the Jurisprudence of Constitutional Rights”, cit.: «While discrimination constitutes “interference” in its broad sense (where used as a means to limit choice, or as a form of agenda-setting), a licence to discriminate is, quintessentially, an instance of arbitrary power. Those who lack resilient legal protection against discrimination may be forced to engage in strategies of fawning, self-ingratiation and self-censorship—which republicans understand as salient aspects of domination—even where no such discrimination is ever suffered» (p. 314).

¹⁹⁹ I.M. YOUNG, *Justice and the Politics of Difference*, cit., p. 40.

violenza, se la «*marginalization*»²⁰⁰, estrinsecantesi in atti discriminatori di esclusione, è maggiormente compatibile con un approccio *perlocutorio* alla teoria dell'*hate speech*, quella che risulta maggiormente utile ai fini di una teoria *illocutoria* del discorso d'odio è il «*cultural imperialism*»:

«To experience cultural imperialism means to experience how the dominant meanings of a society render the particular perspective of one's own group invisible at the same time as they stereotype one's group and mark it out as the Other. [...] Cultural imperialism involves the universalization of a dominant group's experience and culture, and its establishment as the norm. [...] The culturally dominated undergo a paradoxical oppression, in that they are both marked out by stereotypes and at the same time rendered invisible. As remarkable, deviant beings, the culturally imperialized are stamped with an essence. The stereotypes confine them to a nature which is often attached in some way to their bodies, and which thus cannot easily be denied. These stereotypes so permeate the society that they are not noticed as contestable. [...]. Those living under cultural imperialism find themselves defined from the outside, positioned, placed, by a network of dominant meanings they experience as arising from elsewhere, from those with whom they do not identify and who do not identify with them»²⁰¹.

È evidente come entro la concezione dell'*imperialismo culturale* come specifica faccia dell'espressione disegnata da Young trovi spazio la subordinazione illocutoria dei soggetti e dei gruppi vittime di *hate speech*. Le vittime dell'imperialismo culturale fatto proprio da chi pratica *hate speech*, infatti, «are rendered invisible as subjects, as persons with their own perspective», considerate «deviant in relation to the dominant norm», poiché il discorso dominante le costruisce come «ugly, dirty, defiled, impure, contaminated, or sick»²⁰².

Il modello *liberale-perlocutorio* sarebbe in grado di utilizzare solamente le facce dell'oppressione corrispondenti con la *violenza* e la *marginalizzazione* come specifiche figure di vulnerabilità situata di determinati soggetti che consentirebbe in determinati casi (quelli, appunto, in cui i soggetti diventano oggetto di violenza) di proibire l'*hate speech* (come ad esempio l'incitamento concreto all'odio e alla violenza fondati su un *bias-motive*), poiché esse sono le uniche che si confanno alla concezione della libertà come non-interferenza, consentendo allo Stato di intervenire quando *speech shades into action*.

Diversamente, il modello *neo-repubblicano-illocutorio* è capace di giustificare la proibizione dell'*hate speech* nei casi di produzione di un'immagine di subordinazione illocutoria di determinati soggetti e gruppi, in quanto situazione incompatibile con la loro libertà dalla dominazione. Il modello dell'oppressione, inoltre, è in grado di costituire l'ambito teorico entro cui è possibile comprendere alcuni elementi apportati alla riflessione sulla teoria degli atti linguistici e della performatività. Si pensi, ad esempio, alle «*conversational implicatures*» di Grice (cfr. *supra*, § 4.1.1) o alla natura eccessiva del performativo di Derrida (cfr. *supra*, § 4.1.4), che individuavano gli *speech acts* come veicolanti sempre un messaggio molto più esteso rispetto a quello che si è originariamente inteso dare; oppure alla nozione di «*Background*» di Searle, che permetteva di sostenere che il significato degli atti linguistici non dipende soltanto dall'intenzione, bensì è da attribuirsi alle pratiche sociali sottostanti che costruiscono la realtà

²⁰⁰ «Marginalization is perhaps the most dangerous form of oppression. A whole category of people is expelled from useful participation in social life and thus potentially subjected to severe material deprivation and even extermination», *ivi*, p. 53 (corsivi nostri).

²⁰¹ *Ivi*, pp. 58-60.

²⁰² *Ivi*, p. 123

sociale (cfr. *supra*, § 4.1.2). Si pensi, ancora, alla capacità di ripetizione del linguaggio e alla correlativa capacità di trascendere il singolo contesto, a partire dalle nozioni di *citazionalità* e *iterabilità* in Derrida (cfr. *supra*, § 4.1.4), per cui il significato degli atti linguistici porta con sé le tracce di tutti i significati di cui si è arricchito nel tempo con la diffusione e l'uso, cosicché il significato di un atto linguistico costituirà il risultato dell'interazione tra il significato intenzionale e il significato citazionale.

Tutti questi elementi, in sostanza, contribuiscono alla definizione di quella che, come si è accennato in precedenza, José Medina chiamava «echoing responsibility»²⁰³: la responsabilità derivante dal contribuire alla strutturazione dei rapporti sociali in maniera tale per cui determinati soggetti e gruppi risultano subordinati ad altri. Ciò permette di comprendere l'elemento di rimproverabilità sottostante anche alle condotte intenzionali di contribuzione non-intenzionale al sistema ineguale dei rapporti sociali.

5.3.2 – La performatività neo-repubblicana: un approccio *illocutorio* all'*hate speech*

In particolare, entro l'alveo dell'*hate speech illocutorio*, si può pensare di includere due tipi di condotte verbali espressive:

1) l'*hate speech illocutorio-dominante*, ovvero intenzionalmente volto a diffondere un messaggio di discriminazione nei confronti di gruppi vulnerabili. Esso comprende, ad esempio, il discorso di *incitamento all'odio e alla discriminazione* (oltre che alla violenza) in quanto intenzionalmente volti alla creazione e al rafforzamento di relazioni di dominazione nei confronti di determinati gruppi vulnerabili, così come la “mera” *diffusione di messaggi d'odio e discriminatori* che non si concretizza in atti di incitamento ma che, tuttavia, rimane condotta intenzionale che subordina le sue vittime a livello illocutorio;

2) l'*hate speech illocutorio-oppressivo*, ovvero quello indipendente dall'intenzionalità, che contribuisce al rafforzamento di relazioni sociali di oppressione strutturale²⁰⁴. Esso si estrinseca, ad esempio, nell'utilizzo di un linguaggio non *human rights-friendly*, di espressioni di *negative stereotyping* e di contribuzione inconscia alla relazione di oppressione nei confronti di particolari gruppi vulnerabili.

Si intende cioè sostenere che la libertà come non-dominazione permette di dare conto di entrambe le situazioni: nella forma della *dominazione intenzionale*, che costituisce il caso

²⁰³ J. MEDINA, *Speaking from Elsewhere. A Nex Contextualist Perspective on Meaning, Identity, and Discursive Agency*, State University of New York Press, Albany, 2006, p. 140.

²⁰⁴ Una simile classificazione è ritenuta coerente con le categorie delle quali ci si è serviti in questa sede. A ben vedere, anche altre proposte sono possibili: si veda, ad esempio, M. ROSENFELD, “Hate Speech in Constitutional Jurisprudence. A Comparative Analysis”, in M. HERZ, P. MOLNAR (eds.), *The Content and Context of Hate Speech. Rethinking Regulation and Responses*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 242-289, che distingue tra «hate speech in form» e «hate speech in substance»: «Obvious hate speech such as that involving crude racist insults or invectives can be characterized as “hate speech in form.” In contrast, utterances such as Holocaust denials or other coded messages that do not explicitly convey insults, but are nonetheless designed to convey hatred or contempt, may be referred to as “hate speech in substance.” At first glance, it may seem easy to justify banning hate speech in form but not hate speech in substance. Indeed, in the context of the latter, there appear to be potentially daunting line-drawing problems, as the boundary between genuine scholarly, scientific, or political debate and the veiled promotion of racial hatred may not always be easy to draw. Moreover, even hate speech in form may not be used in a demeaning way warranting suppression» (p. 246).

dell'*hate speech illocutorio-dominante* (indicando la categoria descritta sopra, ovvero quella che accetta intenzionalmente l'effetto di subordinazione del messaggio), giustificandone la proibizione attraverso sanzioni o misure giuridiche sia *penali* (nel rispetto del criterio dell'*extrema ratio*) sia, soprattutto, di natura *non penale* (ad esempio sanzioni civili e amministrative); nella forma della *dominazione strutturale*, ove il modello dell'oppressione, in forma residuale, consente di trattare dell'*hate speech illocutorio-oppressivo* come una forma che richiede l'intervento statale contro la diffusione di messaggi (non intenzionali) di subordinazione attraverso strumenti non sanzionatori, come ad esempio l'educazione, la regolazione dei *social network*, i codici di condotta dei media, ecc. Come è stato espressamente riconosciuto di recente dallo *UN Special Rapporteur on the promotion and protection of the freedom of opinion and expression*, infatti, «incitement is only one part of the problematic content that may constitute 'hate speech'»²⁰⁵.

Questa suddivisione deriva da un'accettazione, entro il modello neo-repubblicano della libertà come non-dominazione, di una “doppia dimensione” della nozione di potere: *strutturale* (in senso marxista), cioè derivante dalla struttura delle relazioni di potere tra gruppi sociali diversi, e *genealogico* (in senso foucaultiano), ovvero produttore della realtà sociale e delle soggettività. In particolare, come si è visto in precedenza (cfr. *supra*, § 4.2.1), l'associazione di tali concezioni del potere con il carattere intrinsecamente violento di determinati utilizzi del linguaggio permette un'analisi dell'utilizzo degli atti linguistici performativi in senso strutturale, come pratiche discorsive che creano l'identità soggettiva. Inoltre, da ciò derivava, come si è visto, l'impossibilità di teorizzazione di soggetti individuali preesistenti al discorso: al contrario, come proponeva Butler in quella che si è definita performatività *di input*, i soggetti sono costituiti dal discorso e dalla struttura delle relazioni di potere (cfr. *supra*, § 4.2.5c).

Utilizzando le categorie del diritto penale (anche se, lo si ribadisce, in questa sede *non* si intende proporre una risposta esclusivamente penale all'*hate speech* illocutorio), si potrebbe dire che l'*hate speech illocutorio-dominante* è perpetrato con “*dolo diretto*” (vi è tanto l'intenzionalità nel compimento dell'atto linguistico quanto quella dello scopo di subordinazione illocutoria), mentre l'*hate speech illocutorio-oppressivo* è perpetrato con “*dolo indiretto*” (vi è l'intenzionalità nel compimento dell'atto linguistico, però non quella dello scopo di subordinazione illocutoria, che viene prodotta come *side-effect* della struttura oppressiva cui si contribuisce attraverso le espressioni odiose). In questo senso, si può dire che il secondo dei due comportamenti adotta l'approccio di Searle alla questione dell'intenzionalità: essa, infatti, era vista dall'autore non come la “sincerità emotiva” o l’“intenzionalità diretta”, bensì nei termini dell'*assunzione della responsabilità* dell'intenzionalità: la condotta è intenzionale, dunque ci si assume la responsabilità del suo significato (il quale può anche non essere intenzionale; cfr. *supra*, § 4.1.2). Vi è, cioè, l'intenzionalità della condotta, ma l'inintenzionalità del suo effetto oppressivo, qualora il soggetto non sia conscio del fatto che la “mera espressione” di determinate idee può contribuire ad una strutturazione sociale dei rapporti in senso oppressivo.

²⁰⁵ Special Rapporteur on the promotion and protection of the freedom of opinion and expression, *Report on the regulation of online 'hate speech'*, 9 October 2019 (A/74/48050, Advanced United Report), § 47(c).

Si può dunque sostenere, come è stato fatto, che l'*hate speech* costituisca un fenomeno complicato, eterogeneo e stratificato che può essere descritto con un'immagine già citata in precedenza, quella dell'*iceberg*²⁰⁶ (cfr. *supra*, § 1.6.2). Applicando a tale immagine le categorie impiegate sino ad ora nella riflessione, si potrà dar conto delle diverse forme di *hate speech*.

1) La concezione *perlocutoria* si riferirà a ciò che dell'*iceberg* “si vede” perché sta sopra il livello dell'acqua: comportamenti di «violenza fisica» e «verbale»: violenza fisica contro le persone, omicidi, aggressioni, stupri, altre forme di violenza fisica e verbale come vandalismo, bullismo, minacce, intimidazioni, umiliazioni e insulti. Si tratta, evidentemente, nei casi più gravi di veri e propri *hate crimes* e, nei casi meno gravi, di quel tipo di violenza verbale in cui è possibile individuare una relazione di causalità materiale tra la condotta e il danno (o la violazione di diritti altrui), come effetto intenzionale della condotta stessa. A ben vedere, questi elementi coincidono con i comportamenti di «extermination», «physical attack» e «discrimination» descritti dalla *Allport's Scale*²⁰⁷. A livello di fattispecie giuridica, tra quelle indicate da Brown (cfr. *supra*, § 1.6.5), si tratterà ovviamente dell'«espressione diretta dell'odio», dell'incitamento alla violenza, della «minaccia all'ordine pubblico» e dell'«espressione che viola/interferisce con i diritti altrui», ovvero quei comportamenti definiti da Langton «assault-like» e «propaganda-like» (cfr. *supra*, § 4.2.4). Rispetto ai comportamenti individuati da Kaufman (cfr. *supra*, § 1.6.2), invece, si tratterà ovviamente dei casi più gravi, sanzionati penalmente, in cui è necessario l'elemento dell'*intenzionalità*.

2) La concezione *illocutoria*, invece, farà riferimento a ciò che dell'*iceberg* “non si vede” perché sta sotto il livello dell'acqua: incitamento al “mero” odio o alla discriminazione (esclusione, trattamento discriminatorio), in quei sistemi in cui è necessaria la concretizzazione di un atto di violenza perché vi sia incitamento, mentre l'incitamento all'odio o alla discriminazione non vengono puniti (e possono esserlo, invece, se si adotta una concezione della libertà dalla dominazione); pregiudizi (ridicolizzazione, stigmatizzazione, disumanizzazione, rifiuto sociale, ostilità), stereotipi (*negative stereotyping*, scherzi «*hirientes*», «*rumores*», linguaggio non inclusivo). In questo caso, si prescinde dalla relazione di causalità materiale, analizzando i comportamenti in virtù del loro contribuire alla subordinazione sociale delle vittime: o in maniera *intenzionale*, come nel caso delle espressioni intenzionalmente volte alla subordinazione illocutoria, ad esempio, di un determinato gruppo sociale, o in maniera *non intenzionale*, come nel caso dell'utilizzo di un linguaggio non inclusivo. Nella *Allport's Scale*, si tratterà dei comportamenti di «avoidance» e «antilocution», corrispondenti alle fattispecie giuridiche individuate da Brown della «group defamation» e dello «stereotyping and stigmatization», ovvero quei comportamenti definiti da Langton «authoritative subordinating» (cfr. *supra*, § 4.2.4). Per ciò che riguarda le categorie individuate da Kaufman (cfr. *supra*, § 1.6.2), invece,

²⁰⁶ E. BAZZACO, A. GARCÍA GUANATEY, J. LEJARDI, A. PALACIOS, L. TARRAGONA, *¿Es odio? Manual práctico para reconocer y actuar frente a discursos y delitos de odio*, Barcelona, Noviembre 2017, disponibile al link: <https://www.idhc.org/es/investigacion/publicaciones/otras-publicaciones/es-odio-manual-practico-para-reconocer-y-actuar-frente-a-discursos-y-delitos-de-odio.php> (ultima consultazione: settembre 2019).

²⁰⁷ G.W. ALLPORT, *The Nature of Prejudice*, Addison-Wesley, Boston (Mass.), 1954.

si tratterà invece dei casi intermedi, puniti con sanzioni civili e/o amministrative, e dei casi lievi, ove probabilmente l'intervento migliore è quello attraverso programmi educativi²⁰⁸.

In realtà, è bene precisare che la categoria della discriminazione può essere collocata a metà strada tra una concezione *perlocutoria* e una concezione *illocutoria*, a seconda che si interpreti la categoria nel senso della libertà dall'interferenza, e quindi la discriminazione sussistente solamente quando vi siano *azioni* effettivamente discriminatorie, oppure nel senso della libertà dalla dominazione, che consente anche al *discorso* discriminatorio di essere trattato come *hate speech*.

Questa stratificazione di livelli dell'*hate speech*, a ben vedere, è compatibile con un'interpretazione liberale e neo-repubblicana della distinzione tra *speech* e *action*.

1) Al modello *perlocutorio*, che fa capo alla parte emergente e visibile dell'iceberg, si applicherà un'accettazione della distinzione liberale tra *speech* e *action*, fondata su un modello *cartesiano* della realtà che separa corpo e mente e permette allo Stato di intervenire a reprimere le condotte dei consociati solamente quando sussista una relazione di causalità che può essere paragonata a quella materiale, sulla base di un modello di libertà come non-interferenza.

2) Il modello *illocutorio*, che invece costituisce la chiave di lettura per la parte dell'iceberg nascosta sotto la superficie dell'acqua, si caratterizzerà invece per un rifiuto della distinzione tra *speech* e *action*, a partire dalla critica al soggetto cartesiano sulla base di intuizioni costruttiviste: il discorso costruisce la realtà sociale, la quale a sua volta determina il significato delle pratiche sia linguistiche sia materiali dei consociati, sulla base di un modello di libertà come non-dominazione.

Queste categorie possono essere messe alla prova a partire da un esempio concreto, nel diritto internazionale dei diritti umani, di normativa internazionale contro l'*hate speech*.

La Convenzione Internazionale sull'Eliminazione di ogni forma di Discriminazione Razziale (ICERD), adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1965, infatti, adotta una definizione di *hate speech* più ampia di quella dell'ICCPR, tuttavia con esclusivo riferimento all'*hate speech* razziale (cfr. *supra*, § 1.2.4). Si ricordi la definizione data dall'art. 4, che richiede che gli Stati parte:

(a) Shall declare an offence punishable by law all dissemination of ideas based on racial superiority or hatred, incitement to racial discrimination, as well as all acts of violence or incitement to such acts against any race or group of persons of another colour or ethnic origin, and also the provision of any assistance to racist activities, including the financing thereof.

La definizione della Convenzione, evidentemente, separa le condotte corrispondenti alle dimensioni *perlocutoria* e *illocutoria* dell'*hate speech*: essa, infatti, non solo punisce le condotte dell'incitamento alla discriminazione razziale, di violenza o incitamento a tali atti nei confronti di gruppi razziali o individui, bensì anche le condotte di *diffusione di idee fondate sulla superiorità razziale o sull'odio*: essa, come si è visto in precedenza, non poteva trovare

²⁰⁸ Sulle proposte concrete di intervento statale *diverse* dalla tipizzazione di fattispecie penali volte alla criminalizzazione delle condotte di *hate speech*, che pare equiparare intervento statale e intervento *sanzionatorio*, si vedano gli esempi di Gelber, come ad esempio l'istituzione di programmi radiofonici e televisivi finanziati dallo Stato per permettere a determinati gruppi svantaggiati di esprimersi, il sostegno ad attività educative ecc. (cfr. *infra*, § 6.6.8).

giustificazione entro un modello liberale, poiché volta a restringere determinati contenuti, indipendentemente dagli effetti. Gli atti linguistici individuati secondo un approccio perlocutorio costituiscono dunque condotte diverse e separate da quelle illocutorie della “mera” *dissemination of ideas*. Quest’ultima, infatti, differisce dalla definizione di *hate speech* fornita dall’ICCPR, che richiede l’incitamento come requisito necessario²⁰⁹.

Dunque, un approccio neo-repubblicano alla teoria contemporanea della performatività fondato sulla libertà dalla dominazione può essere d’aiuto a comprendere la distinzione tra la condotta di *incitamento* e quella, evidentemente più estesa, di *diffusione di idee*: la seconda, infatti, ricade in una lettura illocutoria, cosicché l’*hate speech* giunge ad essere percepito come un *malum in se*, da individuarsi nel contenuto di subordinazione del messaggio odioso, indipendentemente dall’effetto negativo che tale diffusione potrebbe avere sulle vittime o su terzi.

D’altra parte, si ricordi, come aveva affermato Langton (cfr. *supra*, § 4.2.4), che le definizioni fornite dall’ICCPR possono essere interpretate come *al contempo* fondate sia su un approccio perlocutorio sia su un approccio *illocutorio*²¹⁰. Ella, infatti, analizzava l’*incitamento* all’odio come una forma di atto linguistico *illocutorio* e *perlocutorio* insieme, sostenendo che i verbi *incite*, *promote*, *advocate* contengono sia la prima dimensione, in quanto costituiscono l’azione dell’incitamento, della promozione e della giustificazione dell’odio semplicemente quando vengono pronunciati, ma al contempo si richiamano a conseguenze perlocutorie.

Tuttavia, nonostante la suggestione risulti interessante e, soprattutto, parzialmente coerente con l’analisi effettuata in questa sede, Langton pare “invertire” la relazione delle due condotte con i modelli perlocutorio ed illocutorio: nella sua lettura, infatti, la mera *diffusione di idee* era assegnata ad una relazione causale perlocutoria, mentre invece l’*incitamento* ad un’attività di *advocacy* solamente illocutoria. Al contrario, in questa sede, si preferisce ritenere che la mera espressione e diffusione di un’idea, non collegata ad elementi materiali nei termini dell’azione (come invece l’incitamento), risulti maggiormente comprensibile entro categorie illocutorie, mentre, al contrario, all’incitamento sia da assegnare natura perlocutoria. Come si vedrà in seguito (cfr. *supra*, §§ 7.1.2; 7.1.3), infatti, la giurisprudenza statunitense tende ad associare la figura dell’incitamento alle conseguenze materiali dell’azione.

Vi è, inoltre, una considerazione avanzata da Langton piuttosto utile: mentre l’ICERD descrive come interlocutore dell’*hate speech* un soggetto costituito, a ben vedere, da *altri soggetti razzisti*, occorrerebbe che la Convenzione stessa riflettesse anche sul caso dell’*hate speech* che, invece, ha come interlocutore le vittime stesse. L’ICERD, cioè, non tiene in considerazione l’«*assaultive hate speech*»²¹¹, figura che dovrebbe essere aggiunta alla definizione fornita dalle Nazioni Unite nella Convenzione.

²⁰⁹ Lo rileva, *inter alia*, I. SPIGNO, *Discorsi d’odio. Modelli costituzionali a confronto*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 288.

²¹⁰ R. LANGTON, “Beyond Belief: Pragmatics in Hate Speech and Pornography”, in I. MAITRA, M.K. GOWAN (eds.), *Speech and Harm: Controversies over Free Speech*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 72-93, p. 75.

²¹¹ Ivi, p. 77.

In maniera analoga, rispetto al trattamento illocutorio del discorso d'odio, come si è visto in precedenza (cfr. *supra*, § 1.3), anche la definizione di *hate speech* adottata dal Consiglio d'Europa (Raccomandazione n. 20 del 30 ottobre 1997) pare coerente con una lettura non solo perlocutoria, bensì anche *illocutoria* del discorso d'odio, allorché definisce quest'ultimo come «ogni forma d'espressione che *diffonda*, inciti, *promuova* o *giustifichi* l'odio razziale, la xenofobia, l'antisemitismo o *altre forme di odio* basate sull'intolleranza, incluse quelle veicolate da nazionalismo aggressivo ed etnocentrismo, discriminazione e ostilità contro minoranze, migranti e persone di origine immigrata». Non vi è, qui, un riferimento esclusivo alle condotte di incitamento, collegabili a condotte materiali di violenza, bensì soprattutto alle condotte di *diffusione, promozione e giustificazione* dell'odio.

Inoltre, l'ICERD, all'art. 7, richiede agli Stati parte un intervento che prescinde dalle forme sanzionatorie, sostenendo il necessario impegno statale alla promozione di vere e proprie *public policies* (misure educative, informative, di promozione culturale ecc.) orientate a combattere la diffusione di pregiudizi che portano alla discriminazione razziale:

States Parties undertake to adopt immediate and effective measures, particularly in the fields of teaching, education, culture and information, with a view to combating prejudices which lead to racial discrimination and to promoting understanding, tolerance and friendship among nations and racial or ethnical groups, as well as to propagating the purposes and principles of the Charter of the United Nations, the Universal Declaration of Human Rights, the United Nations Declaration on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, and this Convention.

Norme simili sono poi rinvenibili anche nell'ambito del Consiglio d'Europa, nelle forme di strumenti di *soft-law*, in particolare nelle *General Policy Recommendations* dell'ECRI (cfr. *supra*, § 1.3.1), oltre che nell'Unione Europea (cfr. *supra*, § 1.4).

Simili riflessioni paiono coerenti, nel diritto internazionale dei diritti umani (soprattutto nell'attività di monitoraggio ed interpretazione dei trattati svolta dai *Treaty-monitoring Bodies*, in particolare in quella dei Comitati come ad esempio il Comitato per l'Eliminazione della Discriminazione Razziale – CERD –, il Comitato per i diritti Economici, Sociali e Culturali – CESCR –, il Comitato per l'Eliminazione della Discriminazione contro le Donne – CEDAW – e il Comitato per i Diritti delle Persone con Disabilità – CRPD), con un'evoluzione del trattamento del principio di uguaglianza e non-discriminazione sempre più volto a tenere in considerazione non soltanto la discriminazione diretta o indiretta perpetrata attraverso il compimento di un particolare atto da parte di un soggetto concreto, bensì quella capace di cogliere le «structural disparities»²¹² tra individui o gruppi.

Si tratta, a ben vedere, di un'evoluzione del concetto di discriminazione verso l'inclusione di quella che si definisce *discriminazione strutturale*, ovvero la discriminazione «deeply entrenched in social behaviour and organization, often involving unchallenged or indirect discrimination», che giunge a comprendere le «practices or predominant cultural attitudes in either the public or private sector which create relative disadvantages for some groups, and

²¹² CERD, General Recommendation n. 32, 24 September 2009 (CERD/C/GC/32), § 22.

privileges for other groups»²¹³. Il rischio, cioè, è quello di «exacerbate existing inequalities owing to a failure to recognize structural and historical patterns of discrimination and unequal power relationships»²¹⁴ tra individui o gruppi. Al contrario, un maggiore impegno degli Stati verso l'eguaglianza sostanziale si sostanzia necessariamente nel contrasto alla discriminazione indiretta e strutturale come strumento volto a «tak[ing] into account power relations»²¹⁵.

Ciò permette di comprendere che, se nel modello liberale l'elemento discriminatorio dell'*hate speech* può essere compreso entro la definizione di 'molestie' (discriminazione come *harassment*; cfr. *supra*, § 1.4), che richiedono un comportamento, un'azione, direttamente lesiva dei diritti altrui, nel modello neo-repubblicano della performatività trova invece spazio, appunto, il concetto di discriminazione strutturale, ove, per comprendere il fenomeno dell'*hate speech*, occorre adottare una visione prospettica più ampia, non focalizzata solamente sull'unico *atto* discriminatorio, bensì sulla struttura del sistema di relazioni sociali che il discorso d'odio contribuire a rinvigorire.

Concepire la *discriminazione* in senso *strutturale* permette inoltre, come ha fatto di recente il Comitato per i Diritti delle Persone con Disabilità (CRPD), di volgere l'attenzione ad una nuova dimensione del principio di uguaglianza, quella dell'*uguaglianza inclusiva*, che estende l'uguaglianza sostanziale in relazione all'obbligo statale di impegnarsi nella «recognition dimension to combat stigma, stereotyping, prejudice and violence»²¹⁶.

Questi riferimenti paiono testimoniare una progressiva apertura della comunità internazionale a definizioni dell'*hate speech* che non possono essere comprese solamente entro un paradigma liberale della non-interferenza, che adotta un modello perlocutorio di performatività. Esse, al contrario, risultano meglio comprensibili entro un paradigma neo-repubblicano dei diritti e della libertà (e della libertà d'espressione) come non-dominazione, un rifiuto della distinzione cartesiana tra *speech* e *action* e una lettura della teoria degli atti linguistici e della performatività volta ad assegnare un punto di vista di attenzione privilegiata non al livello perlocutorio, bensì a quello *illocutorio*, come possibile veicolo di messaggi di subordinazione che causano una strutturazione dei rapporti sociali in senso lesivo della libertà dalla dominazione e dall'oppressione.

²¹³ CESCR, General Comment n. 20, *on non-discrimination in economic, social and cultural rights*, 2 July 2009 (E/C.12/GC/20), § 12.

²¹⁴ CEDAW, General Recommendation n. 28, 16 December 2010 (CEDAW/C/GC/28), § 16.

²¹⁵ CRPD, General Comment n. 6, *on equality and non-discrimination*, 26 April 2018 (CRPD/C/GC/6), § 10. Si noti, peraltro, che il Comitato per i Diritti delle Persone con Disabilità (CRPD) adotta una specifica definizione di discriminazione strutturale, che evidenzia la connessione tra il *negative stereotyping* e tale tipo di discriminazione (ponendo l'esempio della condizione delle donne con disabilità): «Structural, or systemic, discrimination is reflected in hidden or overt patterns of discriminatory institutional behaviour, discriminatory cultural traditions and discriminatory social norms and/or rules. Harmful gender and disability stereotyping, which can lead to such discrimination, is inextricably linked to a lack of policies, regulations and services specifically for women with disabilities», CRPD, General Comment n. 3, *on women and girls with disabilities*, 25 November 2016 (CRPD/C/GC/3), § 17(e).

²¹⁶ CRPD, General Comment n. 6, *on equality and non-discrimination*, 26 April 2018 (CRPD/C/GC/6), § 11.

CAPITOLO 6

Il dibattito filosofico

6.1 – Premessa: l'analisi del fondamento

I due diversi usi della teoria degli atti linguistici e della performatività (secondo i modelli della non-interferenza e della non-dominazione) possono essere utilizzati come strumenti teorici per un'analisi critica del dibattito sull'*hate speech*, che ha visto protagonisti importanti accademici (e non) di levatura internazionale scontrarsi su posizioni e terreni apparentemente opposti ed inconciliabili.

In particolare, nella struttura che si è data al presente lavoro, il momento del *concetto* e del *fondamento* della libertà d'espressione e del discorso d'odio permettono di rileggere le posizioni emerse in seno al dibattito attraverso il prisma della performatività. Come si vedrà nel prosieguo, infatti, si può affermare che una determinata concezione della relazione tra *speech* e *action*, fondata sull'una o l'altra teoria della libertà, soggiaccia, consapevolmente o meno, pressoché a tutte le impostazioni utilizzate dai partecipanti al dibattito.

In un recente lavoro classificatorio rispetto al dibattito sull'*hate speech*, Eric Heinze effettua una suddivisione in quattro macro-posizioni, combinando due classi di definizioni che trovano le loro radici nella filosofia morale: si tratta delle nozioni di *deontologia* e *conseguenzialismo*, da un lato, che giustificano il *perché* delle posizioni degli autori che possono essere etichettati sotto l'una o l'altra posizione (o entrambe), così come di «*proibizionismo*» e «*opposizionismo*» (nozioni già richiamate *supra*, § 3.1), dall'altro, che rispondono al *che cosa* della scelta dell'autore, ovvero alla concreta possibilità di proibire o meno il discorso d'odio¹.

Dopo un breve cenno alle definizioni, che risulterà utile per capire a che cosa si fa riferimento quando si utilizzano i termini sopracitati, si procederà alla vera e propria analisi del dibattito, della quale le quattro posizioni generali (e, lo si ripete, a volte approssimative) risulteranno una guida utile alla comprensione, una sorta di “legenda” che permetterà di orientare il lettore nella definizione di quale lato del dibattito si procederà di volta in volta ad analizzare. Tuttavia, all'esito della riflessione effettuata in precedenza, in questa sede si intenderà effettuare una critica di tale suddivisione del dibattito proprio a partire dalla teoria della performatività. Come si vedrà, se si intende utilizzare la teoria degli atti linguistici e della performatività come “metro” per valutare l'approccio di ciascun autore, mentre le nozioni di «*proibizionismo*» e «*opposizionismo*» continueranno a detenere capacità definitoria, le nozioni di *deontologia* e *conseguenzialismo*, in realtà, si riveleranno incapaci di informare realmente sull'impostazione teorica dei partecipanti al dibattito. Esse, piuttosto, dovranno essere sostituite con gli approcci *illocutorio* e *perlocutorio* (cfr. *supra*, § 4.2.2), che permetteranno di domandarsi se l'analisi si fondi sulle conseguenze *convenzionali* e *sociali* o, piuttosto, *materiali* del discorso d'odio.

¹ E. HEINZE, *Hate Speech and Democratic Citizenship*, Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 32-35.

6.2 – Approcci illocutori e perlocutori

La suddivisione (in realtà classica) utilizzata nel dibattito sull'*'hate speech'* tra argomenti *deontologici* e argomenti *conseguenzialisti* (ma si potrebbe dire: *teleologici*) con riferimento all'*'hate speech'* e alla libertà d'espressione rispecchia categorie che sono già state utilizzate in precedenza in questo lavoro (cfr. *supra*, § 2.4). Tuttavia, è opportuno sottolineare che tale suddivisione è solo una tra le tante possibili: esisterebbero anche altre distinzioni che si potrebbero apportare, per esempio tra argomenti che pongono il loro focus sull'individuo piuttosto che sulla comunità, argomenti che riguardano lo *speaker* e argomenti che riguardano l'*audience*, argomenti fondati su una determinata forma di governo, oppure che riflettono un'idea ottimistica o pessimistica delle capacità umane, o ancora, argomenti che enfatizzano il valore positivo del discorso o quelli, al contrario, che si focalizzano su quelli negativi². Eppure, in base all'analisi svolta *supra*, che ha permesso di distinguere due approcci alla libertà d'espressione (liberale e neo-repubblicano; cfr. *supra*, §§ 3.2; 3.3), si ritiene che alcune delle classificazioni relative, ad esempio, al rapporto individuo-comunità o alla forma di governo siano già assorbite in quella distinzione (e possano risultare di facile comprensione durante l'analisi)³.

I due termini '*deontologia*' e '*conseguenzialismo*' fanno riferimento a nozioni di filosofia morale⁴. Alcuni autori⁵, ai fini di una sistemazione ordinata delle distinte posizioni emerse nel dibattito sulla limitazione della libertà d'espressione, hanno ripreso questi concetti e li hanno applicati alle argomentazioni dei diversi autori, domandandosi su quali basi poggiassero i loro ragionamenti e, in alcuni casi, le loro inferenze retoriche. Si tratta di due posizioni che, per la loro diversità (*outcome-based* la posizione consequenzialista, ovvero basata sul *risultato*, e *duty-based* quella *deontologica*, basata invece sull'obbligo, sul *dovere*), sono spesso state poste agli antipodi e indicate come auto-escludentisi. Tuttavia, ciò induce in errore, poiché confondere argomenti fondati sul carattere dei *ban* contro l'*'hate speech'* con argomenti fondati sui suoi effetti costituisce una pratica argomentativa che delinea l'approccio di quasi tutti gli

² Lo ricorda K. GREENAWALT, "Free Speech Justifications", in *Columbia Law Review*, 89, 1, 1989, pp. 119-155, p. 127, ora in ID., *Speech, Crime, and the Uses of Language*, Oxford University Press, Oxford, 1989, p. 14.

³ In questo modo, peraltro, si intende dare una possibile risposta al limite individuato nella suddetta distinzione dallo stesso Greenawalt, che, in maniera autocritica, afferma che essa impedisce di distinguere tra argomenti fondati sull'autonomia individuale e argomenti fondati sulla democrazia (*ibidem*). Tuttavia, si ritiene che l'impostazione qui adottata non impedisca suddetta ulteriore distinzione, che rimane sempre possibile all'interno della distinzione generale tra argomenti deontologici e argomenti consequenzialisti.

⁴ Cfr. *ex multis*: P. SINGER (ed.), *A Companion To Ethics*, Blackwell, Oxford, 1993, in part. le pp. 205-218 e 230-240; SH. KAGAN, *Normative Ethics*, Westview Press, Boulder (Colorado), 1998, in part. le pp. 189-238 e 240-303; S. DARWALL, *Deontology*, Wiley-BBlackwell, Oxford, 2002; J. DRIVER, *Consequentialism*, Routledge, London-New York, 2012; W.D. HUDSON, *La filosofia moral contemporánea* [1970], Alianza Universidad, Madrid, 1974, in part. le pp. 237-308. Per la "nascita" del consequenzialismo in opposizione alla deontologia, cfr. G.E.M. ANSCOMBE, "Modern Moral Philosophy", in *Philosophy*, 124, 33, pp. 1-16.

⁵ Cfr. E. HEINZE, *Hate Speech and Democratic Citizenship*, cit., che riprende l'utilizzo dei termini applicati al dibattito da L. ALEXANDER, *Is There a Right of Freedom of Expression?*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 127-146 e da D.A.J. RICHARDS, *Free Speech and the Politics of Identity*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 1 e pp. 16-35. Si noti che Greenawalt, invece, distingue i due possibili argomenti in «consequentialist» e «nonconsequentialist» K. GREENAWALT, "Free Speech Justifications", cit., p. 125.

autori⁶, i quali, dunque, si caratterizzano per l'aderenza tendenziale ma non assolutamente esclusiva all'uno o all'altro modello di ragionamento. Ciò significa che, nelle posizioni dei diversi autori, si rinvencono quasi sempre argomenti riconducibili ad entrambe le modalità di ragionamento morale, mentre ciò che permette di classificare la posizione argomentativa come afferente all'uno o all'altro approccio fa leva su un mero criterio di prevalenza.

Gli argomenti *deontologici* si fondano su una logica non empirica, di tipo metaforico, in virtù della quale si assegna priorità ad un valore morale fondamentale e, nello sforzo di protezione di quel determinato valore, se ne deduce un necessario dovere di rispetto. Si tratta, in sostanza, di argomenti che si ancorano maggiormente a «normative claims»: infatti, «[a] nonconsequentialist reason is one which claims that something about a particular practice is right or wrong independent of the consequences»⁷. Tali argomenti, dunque, non dipendono da alcun obiettivo prefissato da raggiungere e non si modificano in relazione alle circostanze⁸.

Uno degli argomenti più utilizzati, tra quelli deontologici, è quello che fa leva sulla necessaria tutela del valore della *dignità*. Il discorso sulla dignità⁹, nell'ambito di una riflessione sui diritti umani, presenta una caratteristica peculiare: la difficoltà della sua definizione¹⁰. Tuttavia, è necessario sottolineare che la dignità, nonostante la sua difficile definizione, costituisce il fondamento dei diritti¹¹ e, come, tale, viene in rilievo in senso *assiomatico*. Ovviamente, la dignità umana potrà essere interpretata, coerentemente con la distinzione effettuata in precedenza, sia a partire da categorie liberali sia a partire da categorie neo-repubblicane. L'argomento della dignità, infatti, viene utilizzato secondo prospettive molto diverse tra loro e, soprattutto, a sostegno di posizioni spesso opposte, come si avrà occasione di notare nel dibattito sull'*hate speech*. Innanzitutto, «a volte [ne] è stata sottolineata quella che potremmo considerare la dimensione sociale, che collega la dignità a qualcosa di esterno alla persona, che il soggetto ha per il suo status o posizione sociale, e altre volte si è ritenuto che la dignità fosse un attributo personalissimo, intrinseco dell'individuo, che deriva dalla sua propria natura»¹². Altre volte, come si vedrà, occorrerà chiedersi “*dignità di chi?*” o “*dignità per chi?*” – si tratta della questione della *titolarità* della dignità –: così, per esempio, emerge la distinzione tra la dignità del soggetto *speaker*, a partire dalla quale Dworkin argomenta a favore di una libertà

⁶ E. HEINZE, *Hate Speech and Democratic Citizenship*, cit., pp. 32-33, che riporta l'esempio per cui l'affermazione «Fundamental human dignity must be respected in order to avoid violence» non è comprensibile se non in virtù del discernimento tra la dimensione deontologica, dignitarista, che assegna alla dignità umana un particolare valore morale, e la dimensione consequenzialista, empirica, che sostiene che la violenza costituisce il risultato delle violazioni della dignità umana. Sul carattere non reciprocamente escludente dei diversi argomenti, cfr. A. KOLTAY, *Freedom of Speech. The Unreachable Mirage*, Complex (Wolters Kluwer), Budapest, 2013, pp. 18-20.

⁷ K. GREENAWALT, “Free Speech Justifications”, cit., pp. 127-128.

⁸ L. ALEXANDER, *Is There a Right of Freedom of Expression?*, cit., p. 134.

⁹ Cfr. G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2002; E. FERNÁNDEZ GARCÍA, *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*, Dykinson, Madrid, 2001.

¹⁰ Cfr., per esempio, E. GARZÓN VALDÉS, “¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?”, in E. Bulygin, *El positivismo jurídico*, Fontamara, México, 2006, pp. 35-54; F. BELVISI, “Dignità umana: una ridefinizione in senso giuridico”, in *Ragion Pratica*, 38, 2012, pp. 161-179.

¹¹ F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, “Diritti fondamentali e dignità umana”, in *Ragion Pratica*, 38, 2012, pp. 11-23, p. 12.

¹² Ivi, p. 16.

d'espressione illimitata come diritto umano universale (cfr. *supra*, 3.2.2; e *infra*, § 6.6.3), e la dignità del soggetto *target* (o *listener*), che consente, ad esempio, a Waldron di sostenere la necessità della limitazione della libertà d'espressione proprio quando questa lede la dignità altrui (cfr. *infra*, § 6.4.2). Queste diverse posizioni, a partire dall'argomento della dignità, rivelano scelte distinte in tema di uguaglianza, libertà e solidarietà, che costituiscono i valori che dall'assioma della dignità discendono direttamente¹³. Così, pare potersi affermare, ad esempio, che l'argomento della dignità di chi parla sia ricollegabile ad un'uguaglianza e una libertà in senso formale, mentre materiale sarà la concezione di libertà ed uguaglianza sottesa all'argomento della dignità di chi ascolta (cfr. *infra*, § 6.4.4).

Gli argomenti *conseguenzialisti*, invece, fondano la propria giustificazione sulle conseguenze di una determinata scelta morale, assegnando priorità al risultato da raggiungere: un'azione, pertanto, sarà classificata come buona dal punto di vista morale laddove permetta di raggiungere il risultato predeterminato. Le tesi conseguenzialiste, secondo Heinze, possono essere avanzate in senso *formale* (o *indiretto*) o *sostanziale* (o *diretto*): le prime suggerirebbero la relazione di causa-effetto in senso indiretto, senza dimostrazione empirica, con allusione a cause sociali o teoriche; le seconde, al contrario, avanzerebbero affermazioni empiriche che dimostrino che l'effetto risulti come conseguenza diretta della causa¹⁴. Ad ogni modo, ciò che accomuna le due strategie argomentative è proprio il loro rendersi comprensibili «in light of factual evidence»¹⁵: in sostanza, una pratica acquisisce valore dal punto di vista conseguenzialista «if it contributes to some desirable state of affairs»¹⁶. Se, come è stato fatto, il diritto alla libertà d'espressione può essere analizzato in prospettiva conseguenzialista sulla base delle conseguenze auspicabili cui esso conduce, il medesimo tipo di ragionamento può essere applicato al suo opposto, ovvero alle possibili conseguenze positive che derivano dalla restrizione di tale diritto, come nel caso dell'*hate speech*.

Si noti che, secondo la logica deontologica ed entro una prospettiva liberale *rights-based*, come si è visto (cfr. *supra*, § 2.7), una pratica può risultare ingiusta laddove violi un diritto soggettivo altrui. Mentre, infatti, ciò potrebbe condurre in errore nel ritenere che, dipendendo la valutazione della pratica medesima dalla sua “conseguenza”, cioè la violazione del diritto soggettivo altrui, è opportuno sottolineare che tale violazione viene in considerazione in astratto: non si riferisce, infatti, alle conseguenze negative che dalla violazione del diritto soggettivo altrui possono derivare. D'altra parte, da una violazione di un diritto possono derivare anche conseguenze positive per chi agisce. Ciò permette di ritenere che la violazione del diritto

¹³ Ivi, p. 18.

¹⁴ E. HEINZE, *Hate Speech and Democratic Citizenship*, cit., p. 33, p. 125 e p. 137. Cfr. anche ID., “Hate Speech and the Normative Foundations of Regulation”, in *International Journal of Law in Context*, 9, 4, 2013, pp. 590-617, pp. 596-597.

¹⁵ K. GREENAWALT, “Free Speech Justifications”, cit., p. 127. Più avanti, Greenawalt afferma: «Thus, to say that free speech contributes to honest government is to advance a consequentialist reason for free speech. The force of a consequentialist reason is dependent on the factual connection between a practice and the supposed results of the practice» (p. 128).

¹⁶ Ivi, p. 128. Analogamente, cfr. L. ALEXANDER, *Is There a Right of Freedom of Expression?*, cit., p. 127.

attenga a ragioni di giustizia e costituisca, di per sé, un argomento di natura deontologica e non, al contrario, consequenzialista:

«Even if an outsider might rightly say that the best practice produces the best effects, even if in some ultimate sense nonconsequentialist reasons can be reduced to some form of consequentialist evaluation, a reason counts as nonconsequentialist here if it is the sort of reason to which citizens should give weight and it is best cast for them in nonconsequentialist term»¹⁷.

Nonostante ciò, come si vedrà in seguito, a gran parte degli argomenti deontologici relativi alla violazione dei diritti altrui, nel caso dell'*hate speech*, è sottesa una concezione consequenzialista derivante dalla relazione tra *speech* e *action* (cfr. *infra*, §§ 6.4; 6.5; 6.6). D'altro canto, non è sempre possibile tracciare una linea di demarcazione così netta tra argomenti deontologici e argomenti consequenzialisti. Il problema, infatti, come afferma Greenawalt, sta nel decidere dove finisca la natura intrinseca dell'atto e inizino le sue conseguenze¹⁸. Inoltre, negli argomenti rilevanti per la libertà d'espressione, questa impossibilità di distinzione e demarcazione precisa e conclusiva risulta ancora più evidente:

«Suppose it is said that free speech conforms with a view that people should be rational. If the idea is that free speech actually helps make people more rational, it is consequentialist. If the idea is that a principle of free speech treats people as rational, and that that is intrinsically appropriate, the reason is nonconsequentialist»¹⁹.

È quindi giocoforza affermare che molto spesso gli argomenti presentano *sia* una dimensione deontologica *sia* una dimensione consequenzialista²⁰: pare, *prima facie*, che la distinzione tra argomenti *deontologici* e argomenti *consequenzialisti* non risulti possedere una grande capacità definitoria utile alla suddivisione delle posizioni nel dibattito. Peraltro, l'adozione solamente dell'una o dell'altra prospettiva conduce a perdere una delle due dimensioni del ragionamento: esse risultano entrambe necessarie.

Così, ad esempio, Larry Alexander ha sostenuto che, entro una prospettiva esclusivamente consequenzialista, argomentare a favore o contro il diritto alla libertà d'espressione non sia auspicabile. Qualsiasi teoria consequenzialista, infatti, sarà «ostaggio» dei fatti: il fatto che un determinato provvedimento di esclusione di alcuni tipi di discorso dalle sanzioni (ovvero un provvedimento che riconosca la protezione della libertà d'espressione ad alcune specifiche forme di discorso) raggiunga l'obiettivo sperato dipende dal contesto in cui esso viene emanato, cosicché i risultati varieranno sensibilmente di volta in volta e a seconda del contesto²¹. A partire da questa premessa, Alexander argomenta l'insostenibilità di un *diritto umano* alla li-

¹⁷ K. GREENAWALT, "Free Speech Justifications", cit., p. 128.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Cfr. B. PAREKH, "Is There a Case for Banning Hate Speech?" in M. HERZ, P. MOLNAR (eds.), *The Content and Context of Hate Speech. Rethinking Regulation and Responses*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 37-56, ove Parekh ha sostenuto l'importanza e l'opportunità dell'introduzione di *ban* contro l'*hate speech* riferendosi esplicitamente ad argomenti sia deontologici sia consequenzialisti, sulla base del fatto che: «hate speech is objectionable for both intrinsic and instrumental reasons» (p. 44).

²¹ L. ALEXANDER, *Is There a Right of Freedom of Expression?*, cit., p. 133.

bertà d'espressione su basi consequenzialiste. In maniera analoga, ma invertendo il ragionamento, si può sostenere l'insensatezza dell'affermazione del *diritto umano* alla regolazione della libertà d'espressione, al non essere vittima di discorso discriminatorio o d'odio sulla base di ragioni fondate esclusivamente sulle conseguenze derivanti dagli eventuali provvedimenti emanati a tutela di tale diritto, come, ad esempio, nei casi dei *ban* contro l'*hate speech*. In sostanza, il consequenzialismo sacrifica totalmente le pretese universalistiche, consentendo solamente ragionamenti relativi e circostanziati.

Rivolgendo una critica analoga sulle medesime basi anche agli argomenti esclusivamente fondati su una logica deontologica, a partire dall'argomento di Alexander, è possibile sostenere che gli approcci di questo tipo, utilizzati a sostegno o a detrimento dei provvedimenti di limitazione della libertà d'espressione che tutelano contro l'*hate speech*, pur permettendo eventualmente di costruire un astratto discorso teorico sul diritto alla regolazione della libertà d'espressione come protezione dall'odio e dalla discriminazione, falliscono nella misura in cui non sono capaci di verificare l'efficacia di un provvedimento di tal tipo e le sue conseguenze. Laddove, infatti, si argomentasse prescindendo dalle conseguenze, si rischierebbe di affermare in via astratta un diritto (alla libertà d'espressione o alla libertà dalla discriminazione) che potrebbe anche non essere effettivamente garantito dal genere di provvedimenti adottati.

Sulla base di queste ragioni, nel prosieguo si evidenzierà come argomenti deontologici e argomenti consequenzialisti si combinino nel dibattito contemporaneo sull'*hate speech*, tenendo presente che la valutazione finale non potrà fondarsi solo sugli uni o sugli altri, bensì dovrà tenere in considerazione entrambe le modalità di ragionamento e argomentazione.

Proprio per questo motivo, si ritiene che la suddivisione di posizioni nel dibattito sul discorso d'odio, pur tenendo presente la distinzione proveniente dalla filosofia morale tra approcci deontologici e consequenzialisti, risulti in qualche modo di scarsa rilevanza. Coerentemente con gli strumenti emersi dall'analisi della teoria degli atti linguistici e della performatività, si ritiene che le due categorie da utilizzare per la divisione di approcci debbano essere piuttosto quelle di *illocutorio* e *perlocutorio*.

Prima facie, si potrebbe pensare che esse rientrino entrambe nella sfera degli argomenti *consequenzialisti*. Si ricordi, infatti, che entrambe le categorie di *illocutorio* e *perlocutorio*, in Austin, facevano leva sulle conseguenze, nella misura degli effetti convenzionali per il primo e delle conseguenze materiali per il secondo (cfr. *supra*, § 4.1.1). Seguendo lo schema di Heinze, alla categoria dell'*illocutorio* potrebbero associarsi argomenti *consequenzialisti formali* (o *indiretti*), mentre la categoria del *perlocutorio* potrebbe indicare gli argomenti *consequenzialisti sostanziali* (o *diretti*). Il primo, infatti, come si è visto si concentra sulle conseguenze di natura *sociale, discorsiva e convenzionale*, mentre il secondo richiede l'esistenza di un nesso di causalità materiale che fa leva sulle conseguenze di natura *materiale*.

In realtà, tanto la dimensione *illocutoria* quanto quella *perlocutoria* presentano anche elementi di natura *deontologica*. Da un lato, si pensi, ad esempio, all'analisi di Langton, che ritiene che la libertà d'espressione, in quanto diritto, presenti una dimensione necessariamente *illocutoria*, nella misura della «*freedom of illocutionary acts*» (cfr. *supra*, § 4.2.4): la libertà, cioè, di veicolare significati illocutori. Dall'altro lato, si pensi a coloro che fondano la loro argomentazione sull'assenza di conseguenze materiali nel discorso d'odio, sulla base di una

distinzione tra *speech* e *action*, tralasciando al contempo gli effetti illocutori: le analisi di questo tipo possono essere classificate come analisi *perlocutorie* dalle quali si fanno scaturire conseguenze deontologiche, come la libertà di offendere in Dworkin (cfr. *infra*, § 6.5.3), che separa perlocutoriamente le conseguenze materiali dal diritto alla libertà d'espressione.

Per questo motivo, pur ricordando di volta in volta quando un argomento possa risultare maggiormente affine ad un approccio *deontologico* o *conseguenzialista*, sulla base della distinzione tradizionale, si metterà in luce come le impostazioni di ciascun autore possano essere ricondotte alla più utile distinzione tra approcci *illocutori* e *perlocutori*.

Così, come si vedrà, l'approccio perlocutorio è stato utilizzato *sia* per argomentare a favore di ragioni proibizioniste (cfr. *infra*, § 6.5.3, la riflessione di alcuni esponenti della *Critical Race Theory*²²) *sia* per sostenere la causa dell'opposizionismo (cfr. *infra*, § 6.6). L'approccio illocutorio, invece, trova una sua grande estrinsecazione nelle tesi proibizioniste del femminismo contemporaneo (cfr. *supra*, § 4.2.4, Rae Langton) e in quelle proibizioniste critiche nei confronti della neutralità liberale (cfr. *infra*, § 6.4, la riflessione di Charles Lawrence III e quella di Heyman e Waldron). Per quanto riguarda coloro che, nella classificazione di Heinze, argomentano da un punto di vista «opposizionista deontologico»²³, si tenterà di dimostrare come essi effettuino un'analisi cui, per quanto affermi di concentrarsi unicamente su ragioni di principio, prescindendo dagli effetti del discorso d'odio, in realtà è sottesa una precisa negazione perlocutoria proprio di quegli stessi effetti.

Dunque, in campo consequenzialista si trova sia l'analisi perlocutoria (come fanno parte della *Critical Race Theory*, da lato proibizionista, e Butler, da lato opposizionista) sia l'analisi illocutoria (come ad esempio Lawrence III, nella CRT). Per ciò che concerne l'illocutorio, esso è sicuramente oggetto d'attenzione privilegiato delle riflessioni deontologico-proibizionista, che escludono l'analisi delle conseguenze (materiali); così, il proibizionismo deontologico si concentra sulla lesione illocutoria della dignità nel pronunciare determinate offese *ex se*. Al contrario, l'opposizionismo deontologico finisce per cadere vittima dell'idealizzazione illocutoria di Habermas (cfr. *infra*, § 4.2.3).

6.3 – «Proibizionismo» e «opposizionismo» (Heinze)

Dopo aver analizzato le modalità argomentative di coloro che, in vario modo, hanno contribuito al dibattito contemporaneo sull'*hate speech*, è ora il caso di considerare *a quale posizione* tali argomenti hanno condotto chi li ha utilizzati. Se la domanda di partenza è relativa a se si debba proibire o meno il discorso d'odio, la risposta può essere duplice. Così, Heinze definisce «proibizionisti»²⁴ coloro che risponderebbero affermativamente, sostenendo la causa

²² A classificare l'approccio della CRT come perlocutorio è I. MAITRA, "Subordinating Speech", in I. MAITRA, M.K. GOWAN (eds.), *Speech and Harm: Controversies over Free Speech*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 94-118, pp. 96-97.

²³ E. HEINZE, *Hate Speech and Democratic Citizenship*, cit., p. 34.

²⁴ E. HEINZE, *Hate Speech and Democratic Citizenship*, cit., p. 24. Heinze non nasconde un parziale disaccordo sulla definizione che meglio descrive questa posizione, definendola «not ideal» e citando Randall Kennedy, che utilizza invece le espressioni «eradicationists» e «regulationists» (R. KENNEDY, *Nigger: The Strange Career of a*

dei *ban* contro l'*hate speech*. Al contrario, egli definisce «*opposizionisti*»²⁵ coloro che risponderebbero negativamente, opponendosi ai *ban* e alla limitazione della libertà d'espressione.

Occorre tuttavia sottolineare l'importanza dell'attenzione ai singoli argomenti che verranno di volta in volta analizzati, poiché tale distinzione potrebbe, ad esempio, portare a ritenere che gli autori che sostengono la posizione definita "opposizionismo" siano contrari a qualsiasi forma di regolazione delle espressioni d'odio. Al contrario, alcuni di essi ritengono necessaria l'introduzione di forme di regolazione dei crimini di effettivo *incitamento all'odio*, quando l'incitamento è direttamente collegato alla perpetrazione di atti di violenza. Essi, in sostanza, si oppongono alla proibizione dell'*hate speech tout court*, quando questo rimane nella sfera del discorso [*speech*] e non "sfocia", invece, in quella dell'azione [*action*]. Così, si potrebbe pensare di avanzare un'ulteriore distinzione che, pur non servendo le ragioni della schematizzazione del dibattito in quattro macro-aree (per la quale si continuerà ad utilizzare la distinzione tra proibizionismo e opposizionismo), mette in luce quanto appena riportato. Vi è, infatti, chi divide il dibattito tra «*minimalists*» e «*regulationists*»: i primi sosterrrebbero le ragioni del divieto solo nei casi più gravi (come ad esempio l'istigazione al genocidio), mentre i secondi tenderebbero ad un ampliamento dei comportamenti da regolare che coinciderebbe in larga parte con le posizioni del proibizionismo²⁶. Si tratta, evidentemente, dell'ennesima distinzione che, se da un lato rischia di confondere chi legge, dall'altro risulta utile ad apportare le dovute sfumature alla classificazione: difficilmente, infatti, gli argomenti filosofici si lasciano racchiudere entro categorie e opposizioni dicotomiche nette e ben distinte. Queste ultime, evidentemente, servono solamente a semplificare e a schematizzare.

Nel dibattito sull'*hate speech*, a volte lo stesso tipo di argomento è utilizzato, con fini evidentemente opposti, tanto da lato proibizionista quanto da lato opposizionista: un esempio è rappresentato dal già citato argomento della *dignità*, che viene utilizzato da autori che, come

Troublesome Word, Vintage, New York, 2003, rispettivamente p. 36 e p. 124). Tuttavia, Heinze critica queste definizioni affermando quanto segue: «'Eradicationist' creates problems of its own. It risks overstating the approaches of writers who advocate only narrow or largely symbolic bans, hence nothing so ambitious as a project of 'eradication' of intolerant expression through legal constraints. By contrast, a 'prohibition' certainly counts as one type of 'regulation'. However, the looser term 'regulationist' risks understating the salient, and problematic, element of hate speech bans, even of narrow ones. Insofar as bans are viewpoint-based, they are categorical prohibitions, and not a question of 'regulation' in any partial sense, e.g., in the sense of least restrictive, non-viewpoint-punitive, 'time, manner, and place' limitations», oltre ad accennare al problema del termine «proibizionismo» con l'inferenza quasi automatica al moralismo convenzionale (*ibidem*).

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ M. HARASZTI, "Foreword: Hate Speech and the Coming Death of the International Standard before It Was Born (Complaints of a Watchdog)", in M. HERZ, P. MOLNAR (eds.), *The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. XIII-XVIII, ove si legge: «Actual instigations to actual hate crimes must be criminalized, but otherwise offensive speech should be handled by encouraging further dialogue [...]. Yet it seems that the "minimalist" approach is losing out under a growing, punitive trend that is introducing new speech bans into national criminal codes. [...] In the wake of his legislative wave, "regulationist" thinking is on the rise in academia and also within all consensus-driven intergovernmental fora» (pp. XIII-XIV; corsivi nostri).

si vedrà, possono essere ascritti ad entrambi i paradigmi di ragionamento morale. Gli opposizionisti fanno leva sulla dignità dello *speaker* e dell'*audience*, mentre i proibizionisti trattano della dignità del *target*, di coloro, cioè, a cui si riferisce il discorso discriminatorio²⁷.

Si noti, inoltre, che gli argomenti proibizionisti ed opposizionisti non derivano necessariamente dalla prevalenza dell'utilizzo di argomenti deontologici o consequenzialisti: al contrario, è possibile combinare i due approcci con entrambi i tipi di risposte.

Così, secondo Heinze è possibile incontrare quattro diverse macro-posizioni²⁸:

- 1) il «*proibizionismo deontologico*», che afferma la necessità o la permissibilità dei divieti sulla base dell'intrinseca ingiustizia dell'*hate speech*;
- 2) l'«*opposizionismo deontologico*», che sostiene l'illegittimità dei *ban* secondo argomenti di principio;
- 3) il «*proibizionismo consequenzialista*», che argomenta la necessità o la permissibilità dei *ban* sulla base degli effetti negativi dell'*hate speech*;
- 4) l'«*opposizionismo consequenzialista*», che ritiene i *ban* controproducenti.

In realtà, come si è visto in precedenza (cfr. *supra*, § 6.2), entro la teoria degli atti linguistici e della performatività la distinzione tra approcci deontologici e approcci consequenzialisti risulta di scarsa capacità definitoria. Pertanto, nel prosieguo si effettuerà una distinzione di natura diversa, fondata sulle categorie di *illocutorio* e *perlocutorio*, combinandole con la distinzione di Heinze tra «proibizionisti» e «opposizionisti» ed analizzando, di volta in volta, l'eventuale presenza di argomenti deontologici e le loro conseguenze proprio sugli approcci illocutori e perlocutori.

Pertanto, si può pensare di rielaborare lo schema appena riportato, prendendo sul serio la teoria degli atti linguistici e della performatività per suddividerlo nei seguenti tre macro-modelli:

- 1) il modello *illocutorio-proibizionista*, che sostiene la necessità di proibire l'*hate speech* sulla base dei suoi effetti illocutori;
- 2) il modello *perlocutorio-proibizionista*, che sostiene la necessità di proibire l'*hate speech* sulla base dei suoi effetti perlocutori;
- 3) il modello *perlocutorio-opposizionista*, che sostiene la necessità di opporsi ai *ban* contro l'*hate speech* sulla base del rifiuto degli effetti perlocutori.

In particolare, è entro il terzo modello che si potrà prendere in considerazione l'ulteriore suddivisione tradizionale in argomenti *deontologici* e *consequenzialisti*, così suddividendo ulteriormente, entro il modello *perlocutorio-opposizionista*, tra un sotto-modello deontologico e uno consequenzialista.

Da ultimo, non si dimentichi che la propensione per l'uno o per l'altro modello, secondo l'impostazione del lavoro seguita in questa sede, derivava evidentemente da una maggiore accettazione di una nozione di libertà come non-interferenza o come non-dominazione, cui è da

²⁷ K. GREENAWALT, "Free Speech Justifications", cit., p. 135.

²⁸ E. HEINZE, *Hate Speech and Democratic Citizenship*, cit., pp. 33-35.

aggiungersi l'approccio della libertà positiva. Nella riflessione di ciascun autore si tenderà proprio di sottolineare il collegamento tra la concezione della libertà soggiacente e il modello performativo adottato.

6.4 – Il modello illocutorio-proibizionista

Heinze definisce con l'accezione di «dignitarismo»²⁹ la posizione di coloro che, entro il dibattito sull'*hate speech*, argomentano a favore di ragioni *proibizioniste* sulla base di argomenti *deontologici* («proibizionismo deontologico»): tali argomenti si fondano infatti su pretese inerenti alla dignità umana. I dignitaristi negano che l'eguaglianza formale possa realmente porre rimedio alla discriminazione. Inoltre, essi affermano la necessità di un'idea di cittadinanza democratica egualitaria, sostenendo i *ban* come «means of securing the citizenship status of groups that are *disempowered*, particularly through *histories of discrimination*»³⁰. Ciò che rileva, dunque, nell'argomento del proibizionismo deontologico, è l'effettiva condizione del gruppo che è vittima della pratica discorsiva ed espressiva d'odio, che si manifesta in una situazione di *disempowerment* fondata sulla sua stessa storia. L'essere stati oggetto di discriminazione in passato consiste, di per sé, valido motivo per cui divenire oggetto di protezione da parte del diritto contro l'*hate speech*.

Il discorso d'odio, entro questa prospettiva, viene così a costituire un «*malum in se*»³¹: proprio per questo motivo non risulta necessario verificare che esso produca un danno effettivo³². Nel fare ciò, si produce un'inevitabile separazione tra la condotta espressiva e i suoi effetti materiali³³; e la prima dev'essere punita «regardless of whether it triggers harms distinct from the expressive act itself»³⁴. Si comprende, dunque, perché entro il modello dignitarista le opinioni odiose non vengano nemmeno qualificate come vere e proprie opinioni³⁵: di esse,

²⁹ Ivi, p. 153.

³⁰ *Ibidem* (corsivi nostri).

³¹ Ivi, p. 154.

³² Ciò non significa che non lo produca e che, peraltro, un ragionamento sia deontologico sia consequenzialista non possa essere effettuato a partire dal principio della dignità: come afferma Stephen Holmes, infatti, «[t]he point is that dignity is not just a moral principle; it is also a psychological bomb that can explode if you put your finger in it». Holmes, in particolare, spiega questo effetto a partire dall'idea di Machiavelli dell'offesa capitale dell'insulto e della denigrazione sulla base della previa condizione servile da parte di un generale (Tiberio Gracco) ai membri dell'esercito, S. HOLMES, «Waldron, Machiavelli, and Hate Speech», in M. HERZ, P. MOLNAR (eds.), *The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses*, cit., pp. 345-351, p. 348.

³³ Per maggior precisione si noti, tuttavia, che ciò non implica che l'argomento della dignità non sia utilizzato anche da parte di alcuni autori ascrivibili al modello *consequenzialista*: cfr. ad esempio, M.J. MATSUDA, «Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story», in *Michigan Law Review*, 87, 1989, pp. 2320-2381, ove si afferma: «However we choose to respond to racist speech, let us present a competing ideology, one that has existed in tension with racism since the birth of our nation: there is inherent worth in each human being, and each is entitled to a life of dignity», p. 2381. Tuttavia, essi trattano del problema della dignità in relazione al danno che ad essa deriva dall'*hate speech*: «Moreover, a tort for racial insults contains an indisputable element of harm, the affront to dignity», R. DELGADO, «Words That Wound: A Tort Action for Racial Insults, Epithets, and Name-Calling», in *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 17, 1982, pp. 133-181, p. 166. Cfr. *infra*, § 6.5.1.

³⁴ E. HEINZE, *Hate Speech and Democratic Citizenship*, cit., p. 154.

³⁵ A. KOLTAY, *Freedom of Speech. The Unreachable Mirage*, cit., p. 120.

infatti, non si vaglia l'effettiva capacità di contribuire al discorso, bensì se ne valuta esclusivamente l'inerente carattere negativo, che porta alla loro esclusione dal novero delle opinioni.

Secondo Heinze, questa concezione si fonda su un assunto non pacifico a livello filosofico: quello per il quale «ideas contain intrinsic properties»³⁶. Esso, infatti, si riferisce al pericolo intrinseco della concezione del mondo veicolata dal linguaggio utilizzato. Il danno, dunque, non viene misurato in una prospettiva consequenzialista come conseguenza, bensì, deontologicamente parlando, come una proprietà dell'ente linguaggio, il quale, in quanto veicolante messaggi d'odio, costituisce un danno di per sé. Per questa ragione, è possibile affermare che la bontà o la malvagità di un'espressione, entro il paradigma «proibizionista deontologico», costituiscono un carattere intrinsecamente vincolato all'espressione stessa.

Questo tipo di ragionamento è evidentemente correlato alla posizione adottata in relazione alla possibilità di distinzione tra *speech* e *action*: se, infatti, esso rifiuta la nozione di danno come strumento di risoluzione della questione della proibizione dell'*hate speech*, esso sarà maggiormente compatibile con un approccio volto a sostenere l'impossibilità di tale distinzione (cfr. *supra*, § 1.6.6). Come si vedrà, infatti, nella riflessione degli autori ascrivibili a quello che Heinze definisce «proibizionismo deontologico» vi è l'accettazione, pur in maniera non approfondita, dell'impossibilità di distinzione tra il discorso e l'azione e, dunque, della performatività del discorso d'odio. In questo senso, dunque, si ritiene che la definizione di questo approccio nei termini di un modello *illocutorio-proibizionista* si confaccia maggiormente ad un'analisi performativa.

Il modello illocutorio-proibizionista, per certi versi, ribalta alcune delle conclusioni derivanti da un modello liberale classico, che vorrebbe lo stato neutrale rispetto ai diversi contenuti: al contrario, l'accettazione della tesi illocutoria spinge gli autori di riferimento a richiedere il necessario intervento statale. Inoltre, esso, come si vedrà meglio in seguito, evidentemente non può essere ascritto al gruppo di teorie liberali che sostengono l'ideale della libertà come non-interferenza: al contrario, si richiede un impegno statale a tutela di determinati valori fondamentali, come appunto la dignità umana. Tra gli argomenti più radicali che possono essere attribuiti al proibizionismo deontologico, infatti, vi è l'affermazione per cui, nonostante la libera espressione costituisca fondamento della democrazia, l'*hate speech* debba essere bandito «as part of the formulation of law's pre-legal legitimating conditions. [...] Free expression admittedly counts, on that view, among democracy's necessary ingredients, but only alongside viewpoint-selective penalties in the form of hate speech bans, which, it is argued, supply a legitimating condition of equal normative stature»³⁷. In sostanza, rievocare le precondizioni del sistema democratico non significa fare riferimento solo ed esclusivamente alla libertà d'espressione, bensì anche alla sua necessaria restrizione nel caso dell'*hate speech*.

L'analisi illocutorio-proibizionista ricollega la necessaria proibizione del discorso d'odio a questioni di eguaglianza (formale e sostanziale) e cittadinanza. In questo senso, si

³⁶ E. HEINZE, *Hate Speech and Democratic Citizenship*, cit., p. 154.

³⁷ E. HEINZE, *Hate Speech and Democratic Citizenship*, cit., p. 156.

comprende la posizione di Parekh, il quale equipara in qualche modo le leggi contro l'*hate speech* e quelle antidiscriminatorie:

«[I]t is a little odd for law to prohibit religious, racial or ethnic discrimination but grant more or less absolute immunity to utterances that feed the attitudes and nurture the practices leading to such discrimination»³⁸.

In questa visione, l'*hate speech* priva le persone che ne sono vittime della loro cittadinanza: esso, infatti, disegna i membri del gruppo-vittima come un nemico, rifiutando la loro legittimazione come eguali membri della società. L'*hate speech*, in sostanza, viola la dignità e l'eguaglianza dei membri del gruppo *target* attraverso la stigmatizzazione, negando la loro capacità di vivere insieme agli altri membri della società. Ciò porta i membri del gruppo non solo alla difficoltà di partecipare alla vita collettiva, ma anche di vivere autonomamente la propria vita personale, ciò che comporta una vera e propria forma di alienazione sociale³⁹. Contro tale forma di alienazione, che è evidente conseguenza del *marketplace of ideas*, lo Stato deve intervenire, proprio a partire dalla non-neutralità del modello del mercato, fondato, in realtà, su stereotipi e pregiudizi; anzi, è proprio l'intervento statale a garantire un "mercato delle idee" realmente neutrale, assicurando che la libera espressione delle idee abbia luogo a partire dal principio del mutuo rispetto⁴⁰.

Insomma, il modello illocutorio-proibizionista impone un necessario ripensamento della logica liberale classica della neutralità⁴¹. Questo approccio, pertanto, si comprende maggiormente, entro la prospettiva qui delineata, a partire da una teoria della libertà d'espressione neo-repubblicana (cfr. *supra*, §§ 3.3.3; 5.3). Ciò non significa – lo si sottolinea – che chi argomenta entro il paradigma dignitarista lo fa a partire da posizioni e argomenti giuridico-politici necessariamente neo-repubblicani. Tuttavia, ad avviso di chi scrive è pur vero che tali posizioni si trovano maggiormente concordi con una visione neo-repubblicana del ruolo, delle finalità e dei limiti del diritto fondamentale alla libertà d'espressione, poiché rifiutano la deriva *libertarian* del modello liberale, oltre che alcuni suoi assunti fondamentali, come quelli relativi all'intrinseca capacità etico-epistemologica del *marketplace of ideas*.

Ad ogni modo, ritornando all'assunto per cui l'*hate speech*, entro una prospettiva proibizionista, costituirebbe un diniego della cittadinanza, è opportuno segnalare che tale conclusione è stata criticata come segue: «Such a view commits what can be called the *denial fallacy*. The fallacy proceeds by equivocating between two meanings of the word 'denial', whereby prohibitionists extrapolate from a metaphorical to a literal meaning of phrases like 'denial of

³⁸ B. PAREKH, *Rethinking Multiculturalism: Cultural Diversity and Political Theory*, Palgrave, Basingstoke, 2006, p. 317.

³⁹ B. PAREKH, "Is There a Case for Banning Hate Speech?", cit., p. 44.

⁴⁰ Ivi, pp. 48-49.

⁴¹ Ivi, p. 50: «A state committed to human dignity, gender and race equality, or the spirit of free inquiry cannot be neutral between forms of speech or behavior that uphold or undermine these values». Analogamente M. ROSENFELD, "Hate Speech in Constitutional Jurisprudence. A Comparative Analysis", in M. HERZ, P. MOLNAR, *The Content and Context of Hate Speech. Rethinking Regulation and Responses*, cit., pp. 242-289: «In view of these important changes, the state can no longer justify commitment to neutrality, but must embrace pluralism, guarantee autonomy and dignity, and strive for maintenance of a minimum of mutual respect» (pp. 288-289).

citizenship'»⁴². La «fallacia del diniego», in sostanza, è costituita, secondo Heinze, dall'errore dell'argomento utilizzato da coloro che sostengono il diniego del diritto di cittadinanza ai soggetti contro i quali si pongono in essere condotte espressive d'odio o di discriminazione. Queste condotte, infatti, negherebbero sì la cittadinanza al loro bersaglio, ma solamente in senso *metaforico*. L'errore è costituito dall'impropria relazione di identità che si pretende instaurare tra il diniego nel senso di «dislike» (disprezzo) e il diniego in senso letterale (da intendersi come vero e proprio diniego giuridico)⁴³.

Tuttavia, non ci si può esimere dall'avanzare una critica ad Heinze, il cui discorso si basa su un assunto che, per quanto non esplicitato, risulta evidentemente contrario all'approccio che si è seguito in questa sede. Infatti, quando Heinze afferma che «[a] material *denial* of equal attributes of democratic citizenship takes place only if the hate speaker kills or injures the target citizen, or blocks the target citizen's access to the town hall, or to the polling station, or to the courthouse, or to the school, or to the political demonstration, and so forth»⁴⁴, risulta piuttosto evidente che egli definisce il diniego materiale della cittadinanza democratica egualitaria solo attraverso atti che egli percepisce come concreti (sempre in senso materiale): l'uccisione, l'aggressione fisica, l'impedimento fisico all'ingresso al municipio o ad altri luoghi di esercizio dei diritti, ecc. Nella sua prospettiva, non costituisce diniego *materiale* quello perpetrato attraverso il discorso. Per quale motivo? Pare evidente la connessione logica: perché, ad opinione di Heinze, il discorso *non* possiede carattere materiale: ciò condurrebbe nuovamente all'ipotesi della possibilità di trovare la linea di demarcazione che permetta di distinguere chiaramente tra il discorso, da un lato, e l'azione, dall'altro, nella logica dicotomica discorso/immaterialità *versus* azione/materialità⁴⁵. Al contrario, entro l'approccio della libertà dalla dominazione, la libertà richiede la necessaria tutela dell'*equal social standing* (la libertà come *status*) di tutti i cittadini (cfr. *supra*, § 2.6): in questo senso, non si può distinguere il “diniego di cittadinanza” in senso “metaforico” da quello “materiale”: la cittadinanza, più che una realtà concreta, può essere delineata come un discorso di natura performativa, per derogare al quale è sufficiente, dunque, un atto di segno contrario, ovvero un discorso di diniego.

6.4.1 – Steven J. Heyman e il mutuo rispetto

Il «subtlest exponent of the dignitarian position»⁴⁶ è Steven Heyman, il quale si rifà espressamente a Locke nel condannare il discorso che nega gli eguali diritti altrui, oltre che a Kant nella ripresa della dignità umana⁴⁷. Egli, infatti, a partire da una visione liberale *rights-*

⁴² E. HEINZE, *Hate Speech and Democratic Citizenship*, cit., p. 157.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ Ivi, p. 157.

⁴⁵ Peraltro, è lo stesso Heinze a citare la distinzione, poco più avanti, affermando che «the traditional 'speech-conduct' distinction again backfires on those who challenge it» (ivi, p. 158).

⁴⁶ E. HEINZE, “Hate Speech and the Normative Foundations of Regulation”, cit., p. 159.

⁴⁷ Cfr. S.J. HEYMAN, *Free Speech and Human Dignity*, Yale University Press, New Haven (CT), 2008; ID., “Hate Speech, Public Discourse, and the First Amendment”, in I. HARE, J. WEINSTEIN (eds.), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 158-181.

based, sostiene che la violazione dei diritti individuali costituisce un diniego dello status di persona meritevole di rispetto e, dunque, della stessa «umanità» dell'individuo⁴⁸. In questa prospettiva, i diritti sono *prima facie* situazioni giuridiche fondate sull'individualità, proprio perché la dignità si radica, entro la prospettiva liberale, nell'autonomia individuale. Tuttavia, lo stesso Heyman, adottando una posizione quantomeno originale, sostiene la necessaria "aggiunta" della dimensione *communitarian* al liberalismo, argomentando la non reciproca esclusione delle due prospettive proprio a partire da Locke, nel cui pensiero individua l'attenzione ad una dimensione comunitaria⁴⁹. Secondo la sua lettura di Locke, infatti, l'offesa al diritto altrui pregiudica la pace nella comunità.

A partire da tale prospettiva, Heyman analizza la libertà d'espressione *sia* come diritto individuale *sia* come diritto "collettivo-comunitario", ciò che lo porta alla definizione di un «liberal humanist approach». E proprio a partire dalla dimensione comunitaria egli giustifica la possibilità di restrizione della libertà d'espressione: si tratta di un argomento che può essere compreso richiamando alla mente alcune delle categorie concettuali proprie dell'approccio democratico-repubblicano alla libertà d'espressione (cfr. *supra*, § 3.3.2). Inoltre, Heyman articola una nozione di dignità che tiene insieme sia la dimensione individualistica sia quella relazionale, proprio perché, a suo parere, «[r]ights are founded on respect for persons»⁵⁰: questa specifica visione della dignità risulta coerente non solo con l'approccio democratico-repubblicano alla libertà d'espressione, bensì anche con la dimensione neo-repubblicana fondata sulla libertà come non-dominazione (cfr. *supra*, par. 2.8.3). La limitazione della libertà d'espressione, quindi, deriva sia dal diritto individuale alla sicurezza e all'integrità, fondato sull'autonomia, sia dal diritto della comunità alla pace, che si articola come libertà dall'ingiuria: essa, secondo Heyman, possiede sia una dimensione negativa, intesa nel senso della pace come non intervento nella sfera individuale, sia positiva, intesa come garanzia del mutuo rispetto⁵¹.

Si tratta di un modo di concepire la libertà d'espressione e i suoi limiti come una relazione necessaria tra la libertà e l'eguaglianza: la chiave di volta concreta che permette di innestare una relazione di equilibrio tra queste due sfere è proprio la dignità. «Equality is also closely related to dignity. To treat other persons as inferior or subordinate constitutes a denial of their worth as human beings»⁵². Sulla base di questa impostazione, peraltro, Heyman articola una riflessione sulla libertà d'espressione come una problematica ad ampio spettro che chiama in causa un necessario bilanciamento tra diritti differenti: si tratta di un «rights-based balancing approach»⁵³ (cfr. *supra*, § 5.2.2), che combina il diritto alla libertà d'espressione con i diritti di sicurezza personale, di personalità (diritto alla «mental tranquillity» e alla reputazione).

⁴⁸ S.J. HEYMAN, *Free Speech and Human Dignity*, cit., p. 39. Analogamente, a p. 168, Heyman sostiene che le espressioni odiose «deny the very humanity of their targets».

⁴⁹ Ivi, pp. 40-41.

⁵⁰ S.J. HEYMAN, *Free Speech and Human Dignity*, cit., p. 42.

⁵¹ Ivi, p. 50.

⁵² Ivi, p. 68.

⁵³ Cfr. A. BROWN, *Hate Speech Law. A Philosophical Examination*, Routledge, New York, 2015, pp. 218-222. Il bilanciamento, secondo Heyman, dev'essere effettuato a partire da quattro parametri fondamentali: 1) il valore

Una riflessione di questo tipo porta Heyman ad affermare che l'*hate speech* non possa rientrare sotto la protezione della libertà d'espressione, in quanto viola il diritto all'eguaglianza, a meno che, dal punto di vista della collettività, non abbia sufficiente valore da potersi contrapporre alla violazione del diritto altrui⁵⁴. Inoltre, il discorso discriminatorio viola, secondo Heyman, quello che egli definisce, a partire da Hobbes e Locke ma, soprattutto, da Hegel, come «right to recognition» (cfr. *supra*, §§ 4.2.5d; 5.3): il diritto ad essere riconosciuto come persona, come portatore di dignità⁵⁵ che, entro la sua prospettiva, giustifica il dovere di «mutual recognition»⁵⁶. Tale dovere si fonda, inoltre, sulla necessità di permettere ad ogni individuo di condurre una vita che gli renda possibile la «definizione del sé», senza tuttavia poter interferire con il medesimo diritto all'auto-definizione da parte degli altri⁵⁷. Si tratta, evidentemente, di un'analisi che fa leva sul livello *illocutorio* dell'*hate speech* (piuttosto che sulle conseguenze materiali dello stesso), dal quale Heyman fa derivare la necessità della proibizione.

In conclusione, l'evocazione dei *ban* contro l'*hate speech* si radica spesso anche in argomenti relativi alla necessità simbolica di proibizione del discorso di subordinazione degli individui appartenenti a gruppi discriminati. Solo attraverso tale proibizione, secondo il dignitarismo di Heyman, si può sperare di costruire una società fondata sul mutuo rispetto e sulla dignità effettivamente riconosciuta e praticabile da parte di tutti gli individui.

6.4.2 – Il dignitarismo di Jeremy Waldron

Nel 2009, Jeremy Waldron tiene tre *Oliver Wendell Holmes Lectures*⁵⁸ nelle quali tenta di rispondere ad alcune delle critiche che fino a quel momento erano state avanzate contro le legislazioni dei Paesi che proibivano l'*hate speech*, riprendendo alcuni argomenti che aveva avanzato in una recensione ad un libro di Anthony Lewis⁵⁹, ove sosteneva quanto segue:

del discorso; 2) l'estensione della restrizione; 3) il valore del diritto con cui il discorso entra in conflitto; 4) l'impatto del discorso sull'altro diritto, S.J. HEYMAN, *Free Speech and Human Dignity*, cit., p. 71.

⁵⁴ S.J. HEYMAN, *Free Speech and Human Dignity*, cit., p. 166.

⁵⁵ Ivi, p. 171. Heyman aggiunge, inoltre: «Recognition is the most fundamental right that individuals have, a right that lies at the basis of all their other rights. At the same time, mutual recognition is the bond that constitutes the political community». Per questa ragione, nella sua prospettiva, gli individui hanno un *obbligo* di riconoscersi a vicenda come esseri umani. L'*hate speech*, pertanto, contravviene a quest'obbligo, caratterizzandosi come un danno sia alle sue vittime sia alla società nel suo insieme. Per le «radici filosofiche» del «right to recognition» in Hobbes, Locke e Hegel (secondo la lettura di Heyman), cfr. ivi, pp. 171-172.

⁵⁶ Questa impostazione di Heyman deve la sua origine nell'idea habermasiana di riconoscimento reciproco come fondamento dei diritti in democrazia, ciò che lo porta a sostenere una visione relazionale del diritto alla libertà d'espressione: cfr. ivi, pp. 177-179.

⁵⁷ Per l'analisi della posizione di Heyman in base al principio della «self-definition», cfr. A. BROWN, *Hate Speech Law. A Philosophical Examination*, cit., pp. 123-124.

⁵⁸ J. WALDRON, «Dignity and Defamation: The Visibility of Hate», 2009 Oliver Wendell Holmes Lectures, in *Harvard Law Review*, 123, 7, 2010, 1596-1657.

⁵⁹ J. WALDRON, «Free Speech & the Menace of Hysteria», in *New York Review of Books*, 29th May, 2008, recensione di A. LEWIS, *Freedom for the Thought that We Hate. Freedom for the Thought That We Hate. A Biography of the First Amendment*, Basic Books, New York, 2007. Cfr. anche ID., *The Harm in Hate Speech*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2012, pp. 6-11 e, soprattutto, il capitolo dedicato, «Anthony Lewis's *Freedom for the Thought That We Hate*», ivi, pp. 18-33, ove Waldron si oppone all'argomento di Lewis per cui «we'd do

«[T]he issue is not just our learning to tolerate thought that we hate [...]. Maybe we should admire some lawyer who says he hates what the racist says but defends to the death his right to say it, but [...] [t]he [real] question is about *the direct targets of the abuse*. Can their lives be led, can their children be brought up, can their hopes be maintained, and their worst fears dispelled, in a social environment polluted by these materials? Those are the concerns that need to be answered when we defend the use of the First Amendment to strike down laws prohibiting the publication of racial hatred»⁶⁰.

Nel difendere questa posizione, Waldron spiega che il proprio intento non è quello di sostenere la compatibilità delle leggi sull'*hate speech* con l'impalcatura costituzionale o con l'ordinamento giuridico statunitense – cosa che, lo afferma esplicitamente, gli risulta «more or less an impossibility»⁶¹. Piuttosto, egli intende portare sul campo della riflessione teorica argomenti che non vengono utilizzati nel dibattito statunitense e che, a suo parere, potrebbero arricchirlo, a prescindere dal fatto che essi siano fondati su sistemi giuridici che al momento risultano incompatibili con quello statunitense.

L'impostazione di Waldron considera la regolazione dell'*hate speech* come un *bene pubblico*. Egli sostiene il *diritto* alla non discriminazione dei gruppi vulnerabili vittime di *hate speech*, ovvero la loro necessaria protezione contro la *group defamation*, a partire dalla rivendicazione «of their civic *dignity* as a necessary ingredient of public order»⁶², a prescindere da considerazioni di scopo. Proprio in virtù di questo riferimento alla dignità come principio fondamentale a partire dal quale impostare il problema della limitazione della libertà d'espressione, la posizione di Waldron incarna il cosiddetto «*dignitarismo*», che costituisce un'evidente critica al modello liberale *rights-based*, cui si sostiene la necessaria aggiunta del rispetto della dignità civica di ciascuno, coerente con l'orizzonte della non-dominazione.

L'analisi di Waldron inizia esplicitando il riferimento al dibattito su cosa debba intendersi con *speech*, affermando che, nella sua argomentazione, non si riferisce soltanto al discorso, bensì soprattutto alle parole scritte, pubblicate o che, comunque, divengono «part of the visible environment in which our lives have to be lived»⁶³.

Per quanto riguarda l'*odio*, Waldron sostiene che la critica per cui le leggi sull'*hate speech* tentano di regolare un ambito che per definizione sfugge alla regolazione da parte dei poteri pubblici non regge, poiché, al contrario, esse non si riferiscono all'attitudine interna dei soggetti, che continuano a rimanere liberi di pensare ciò che ritengono che sia meglio per loro, bensì all'attitudine esterna, all'*espressione* di tale sentimento d'odio⁶⁴. È evidente, qui, anche se non esplicitato da Waldron in questi termini, il riferimento alla distinzione tra la libertà di

better to swallow hard and tolerate "the thought that we hate" than open ourselves to the dangers of state repression» (pp. 32-33).

⁶⁰ J. WALDRON, "Free Speech & the Menace of Hysteria", in ID., "Dignity and Defamation: The Visibility of Hate", cit., p. 1598 (corsivi nostri).

⁶¹ J. WALDRON, "Dignity and Defamation: The Visibility of Hate", cit., p. 1598. Inoltre, in chiusura dell'articolo, egli afferma: «I can offer no way out of the First Amendment labyrinth» (p. 1657). Cfr. anche ID., *The Harm in Hate Speech*, cit., pp. 11-17.

⁶² Ivi, p. 1600.

⁶³ J. WALDRON, "Dignity and Defamation: The Visibility of Hate", cit., p. 1600.

⁶⁴ Analogamente, egli riassume questa considerazione in ID., *The Harm in Hate Speech*, cit., p. 33.

pensiero e la libertà d'espressione, venendo i provvedimenti che proibiscono il discorso dell'odio a configurarsi come ostacoli alla seconda, piuttosto che alla prima.

Nell'analisi di Waldron emerge un interessante tentativo di distinguere tra due figure, due comportamenti vietati (in alcuni ordinamenti considerati reati, in altri solo illeciti civili), la cui traduzione in italiano rischia di ingenerare problemi. Egli, infatti, si riferisce alle figure di *libel* e *defamation*. Mentre il *libel* indica la diffamazione perpetrata a mezzo scritto, laddove, invece, in lingua inglese la diffamazione perpetrata oralmente va sotto il nome di *slander*, il termine *defamation* comprende tutti i possibili reati di diffamazione. Ciò rende evidente, dunque, che il termine *group defamation* si riferisce ad un concetto più ampio (di cui costituisce un caso l'*hate speech*) rispetto a quello di *group libel*. Entro la sua distinzione, egli configura il caso del *libel* come un affare privato (anche se può svolgersi in pubblico), mentre assegna alla *group defamation* una connotazione distinta, di carattere *pubblico*:

«And that is what I think is the concern of laws regarding group defamation. They are set up to vindicate public order, not just by pre-empting violence, but by upholding against attack a shared, public sense of the basic elements of each person's status, dignity, and reputation as a citizen or member of society in good standing – particularly against attacks predicated upon the characteristics of some particular social group»⁶⁵.

È evidente che in questa visione si combinano elementi che, richiamando i due paradigmi della libertà d'espressione citati in apertura, appartengono ad entrambe le impostazioni (liberale e neo-repubblicana). Da un lato, infatti, Waldron ancora il proprio ragionamento alla dignità umana e alla tutela deontologica dei diritti, mentre dall'altro sostiene che la limitazione della libertà d'espressione acquista una dimensione che ha a che vedere con il bene pubblico e la dignità civica. Nonostante ciò, le leggi che proteggono contro l'*hate speech* non sono volte a proteggere il gruppo in sé, bensì l'identità dell'*individuo* in quanto membro del gruppo⁶⁶. Non, dunque, il gruppo in quanto tale, né l'individuo in quanto tale, bensì l'individuo nella sua peculiare relazione con il gruppo. Tuttavia, ciò non implica che Waldron sia associabile al paradigma liberale *tout court* (o addirittura alla sua derivazione più estrema, il *libertarianism*) della libertà d'espressione: al contrario, egli evidentemente parte da un'impostazione liberale coniugandola con elementi più tipici del paradigma neo-repubblicano.

Per quanto riguarda la diffamazione di gruppo, Waldron ne individua tre tipi⁶⁷:

- 1) l'associazione diffamatoria con una caratteristica ascrivibile nella forma di un'affermazione fattuale (come, ad esempio, che i neri sono colpevoli di furti, spaccio di sostanze illegali... ecc.);
- 2) caratterizzazioni denigratorie maggiormente riguardanti opinioni, piuttosto che fatti (ne è un esempio l'associazione tra membri di un gruppo vulnerabile e determinati animali, con i quali si pretende di inferire una somiglianza);

⁶⁵ J. WALDRON, "Dignity and Defamation: The Visibility of Hate", cit., p. 1605 (corsivi nostri).

⁶⁶ Ivi, p. 1609. Questa "ambiguità" di Waldron è stata sottolineata da Heinze, nell'esprimere dubbi sulla scelta dell'autore di scegliere un riferimento rawlsiano per la propria teoria: cfr. E. HEINZE, "Hate Speech and the Normative Foundations for Regulation", cit., p. 604.

⁶⁷ Ivi, pp. 1609-1610. I primi due hanno a che vedere più con la stereotipizzazione negativa e la stigmatizzazione, dunque sono maggiormente ricollegabili alla perpetrazione del discorso d'odio (A. BROWN, *Hate Speech Law. A Philosophical Examination*, cit., p. 145).

3) la statuizione di regole discriminatorie contenuta in annunci pubblici (ad esempio, quelle che escludono i neri dalla possibilità di associarsi ad alcune organizzazioni).

Questi tipi di diffamazione di gruppo, secondo Waldron, costituiscono un attacco alla *dignità* della persona in quanto appartenente a quello stesso gruppo, dovendosi intendere per dignità la sua *posizione sociale*, in una misura di uguaglianza con gli altri individui, oltre che il suo status di titolare di diritti umani, proprio perché la dignità umana costituisce il fondamento dei diritti⁶⁸. Inoltre, la dignità è una questione di *status* come membro della società, ciò che esplica la posizione di Waldron a partire, più che da una “generica” nozione (kantiana) di dignità umana, da una concreta accezione di «civic dignity»⁶⁹, ciò che potrebbe caratterizzarsi come la rivisitazione tendente alla forma neo-repubblicana della dignità. Proprio a partire dalla questione dello *status*, infatti, egli muove la sua considerazione per cui l'*hate speech* non è un problema di tolleranza da parte dei «bianchi liberali» nei confronti delle espressioni razziste, considerate solamente disdicevoli: piuttosto, esso ha a che vedere con la legittimità dell'intervento statale a protezione delle categorie vulnerabili in base al loro *status*⁷⁰. In sostanza, sulla base dello *status* personale si verificano episodi strutturali di ascrizione degli individui a categorie prive di dignità giuridica e sociale: essa secondo Waldron, è una nozione che si collega all'essere titolari di diritti fondamentali⁷¹. Pertanto, l'autore pare schierarsi dalla parte di coloro che sostengono che il discorso d'odio costituisce, in quanto azione irrispettosa della dignità, una violazione dei diritti umani di chi ne risulta vittima.

L'argomentazione di Waldron *non* tiene in considerazione i possibili effetti materiali, che feriscono («wounding»), danneggiano e causano sensazioni negative nelle vittime. Sicuramente, secondo Waldron, queste sono conseguenze evidenti e incontestabili. Tuttavia, per comprendere il suo approccio, è necessario fare uno sforzo di distinzione volto a separare le offese alla dignità dai concetti di *harm* e *offense* (cfr. *supra*, § 5.2.3).

Cronologicamente, Waldron elabora una prima distinzione tra *defamation* e *offense*⁷², che diviene un tentativo di demarcazione tra due comportamenti, «undermining a person's dignity» (ciò che dev'essere oggetto di regolazione mediante il diritto penale) e «causing offense

⁶⁸ Ivi, p. 1610.

⁶⁹ A. BROWN, *Hate Speech Law. A Philosophical Examination*, cit., p. 142, ove l'autore ritiene che Waldron «focuses on how some forms of hate speech can undermine *civic dignity*, which is a matter of whether or not citizens enjoy a high and equal social and legal status no matter their race, ethnicity, religion, gender, sexual orientation, or other protected characteristics. On this account, hate speech law serves to protect the fundamentals of people's reputations as members of the political community in good standing [...]». Per una critica, da parte di Waldron, della dignità in senso kantiano, oltre che un confronto con la *dignitas* romana, cfr. J. WALDRON, «Dignity, Rank, and Rights», in S. YOUNG (ed.), *The Tanner Lectures on Human Values*, vol. XXIX, University of Utah Press, Salt Lake City (UT), 2011, pp. 209-253.

⁷⁰ «It is not harm – if I can put it bluntly – to the white liberals who find the racist invective distasteful», J. WALDRON, *The Harm in Hate Speech*, cit., p. 33.

⁷¹ A. BROWN, *Hate Speech Law. A Philosophical Examination*, cit., p. 143.

⁷² «There is a big difference between protecting individual dignity from *defamation* (based on some denigration of group characteristics) and protecting people from *offense*, even when the offense goes to the heart of what they regard as the identity of their group. The argument I want to make is not concerned with offense. It is concerned with what happens to the standing of persons and groups in society, not with any element of their distress unconnected with that» (ivi, p. 1612). «In general, a dignitarian rationale for laws against group defamation differs from

to that same individual» (ciò che dev'essere trattato con lo strumento civile)⁷³, ovvero una questione di contrapposizione tra «indignity» e «offense»⁷⁴. Nella spiegazione di questo tentativo si gioca l'argomentazione waldroniana a favore di una prospettiva *illocutoria*.

Egli, infatti, sostiene che la dignità umana afferisce all'ambito *sociale*, allo spazio pubblico, all'*asset* relativo al modo di vivere la propria vita dell'individuo in relazione con gli altri, il che si connota di elementi oggettivi; al contrario, l'offesa alla reputazione ha a che vedere con sensazioni soggettive, sentimenti scatenati dalle parole altrui e dalla percezione del comportamento individuale. In sostanza, l'offesa si concentra sugli *effetti negativi* (in senso *perlocutorio*) ingenerati dall'offensore nei confronti della persona che la subisce. Se proteggere le persone dalle *offese* che esse potrebbero ricevere significa proteggere le loro sensazioni, i loro sentimenti, una loro dimensione soggettiva, proteggere la loro dignità, al contrario, significa tutelare il loro «decent treatment in society»⁷⁵. Garantire quest'ultimo significa garantire il funzionamento della società democratica: essa può benissimo funzionare, infatti, se gli individui che vi appartengono si offendono reciprocamente; al contrario, non può funzionare se si permette che essi non siano trattati come eguali⁷⁶. Evidentemente, Waldron si concentra sulla dimensione *illocutoria* del messaggio di subordinazione insito nell'*hate speech*.

A partire da Waldron, pertanto, risulta possibile stabilire la relazione tra l'ingiuria e l'*hate speech*: si tratta infatti di due categorie diverse. L'ingiuria, in quanto valutata a partire dalla percezione soggettiva, è solitamente azionata negli ordinamenti ad iniziativa di parte (a querela) ed è normalmente tutelata con sanzioni di natura pecuniaria. Al contrario, l'*hate speech*, che pur costituisce un'offesa, ha a che vedere con una caratterizzazione odiosa di livello sociale, riferita ad un gruppo considerato vulnerabile, tanto da potersi considerare una vera e propria violazione della possibilità di accesso allo *status* di cittadino (modello *illocutorio*). Per questo motivo, in Waldron appare perfettamente giustificata la possibilità di trattamento del discorso d'odio con strumenti di natura penalistica, così come appare sensato che l'ingiuria si costituisca con pene minori, laddove non si decida addirittura per una depenalizzazione della figura (come ad esempio nel caso italiano⁷⁷).

Sulla scorta di questa riflessione, si può pertanto sostenere quanto segue: l'*hate speech* è sicuramente un tipo di offesa, ma non tutte le offese costituiscono *hate speech*. Vi è, tra le due, una sorta di relazione di genere a specie (l'offesa è il genere, l'*hate speech* la specie) che si estrinseca in una gradazione di comportamenti proibiti: il discorso d'odio presenta, infatti,

an approach based on the *offense* that may be taken by the members of a group against some criticism or attack» (ivi, p. 1613).

⁷³ Ivi, p. 1607 (offesa e diritto civile), p. 1646 (dignità e diritto penale); questa distinzione nel testo di Waldron è riportata da A. BROWN, *Hate Speech Law. A Philosophical Examination*, cit., p. 147.

⁷⁴ J. WALDRON, *The Harm in Hate Speech*, cit., p. 105.

⁷⁵ Ivi, p. 107.

⁷⁶ «A democratic society cannot work, socially or politically, unless its members are respected in their character as equals, and accorded the authority associated with their vote and their basic rights. An assault on a person's status undermines his or her dignity, whether or not it is also associated (as it ordinarily would be) with hurt and distress» (ivi, p. 109). Waldron fa l'esempio dei trattamenti degradanti nei confronti delle persone (vietati dall'IC-CPR) come trattamenti che mettono in pericolo il loro più basilare status di persone.

⁷⁷ Cfr., nell'ordinamento italiano, il d.lgs. n. 7 del 15 gennaio 2016, che abroga, tra gli altri, il reato di ingiuria.

un'intensità maggiore della semplice 'offesa', proprio perché chiama in causa questioni di dignità che non è necessario richiamare per definire l'offesa.

Una delle domande che attraversano la riflessione dell'autore, a partire dalla lettura di Rawls, è come debba apparire la «*well-ordered society*»⁷⁸, in relazione alla possibilità, da parte della società stessa, di proibire il discorso d'odio. Tale domanda deriva, nell'impostazione di Waldron, dall'assunto tale per cui una società in cui l'odio è diffuso, poiché non viene vietato, *appare* («looks») in maniera molto diversa da una in cui, invece, sono proibite le espressioni odiose⁷⁹. Nell'utilizzare il termine 'apparire', Waldron fa riferimento a ciò che dall'esterno si percepisce in una società che egli considera "bene" o "male" ordinata, chiamando in causa percezioni sensoriali (ad esempio: visive, in relazione ai possibili manifesti d'odio appesi nella città; sonore, relativamente agli insulti e agli impropri che possono essere uditi, ecc.). Per quanto retorico possa apparire, il discorso risulta piuttosto importante nella misura in cui può essere riassunto a partire dall'affermazione per cui, in una società del genere, l'odio è *visibile*, è percepibile: «the social environment that results from [the] toleration of hate speech is likely to look unpleasant»⁸⁰. Ciò influisce profondamente sull'auto-percezione da parte della società, nonché su ciò che è consentito o vietato.

Waldron cita espressamente il modello del *marketplace of ideas*⁸¹, sostenendo che, per coloro che si rifanno a tale modello, la mera espressione, ad esempio, di idee razziste in una società non costituisce un male, anzi, contribuisce al benessere della società, in cui tutte le idee devono essere libere di esprimersi. Ciò che costituirebbe un male, invece, secondo coloro che sostengono tale modello, sarebbe se giuridicamente tali idee fossero realmente rese efficaci, se i messaggi discriminatori fossero davvero accompagnati da *pratiche* discriminatorie. È come se – pare questa la riflessione di Waldron – il modello del *marketplace of ideas* consentisse, ad esempio, le idee razziste *fintanto che rimangono solamente idee*. In sostanza, il modello del *marketplace of ideas* pare accettare l'idea che si possa distinguere tra pratiche discorsive

⁷⁸ «What Does a Well-Ordered Society Look Like?», infatti, è il titolo della sua seconda *Oliver Wendell Holmes lecture*, ivi, pp. 1617-1635. In questa lezione, Waldron parte dal concetto di «*well-ordered society*», portando alle estreme conseguenze la propria riflessione in tema di *hate speech*. L'idea di «*well-ordered society*», come si è già visto in precedenza (cfr. *supra*, § 2.7.2a), era già stata messa a punto da RAWLS in *A Theory of Justice* [1971], revised edition, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1999, pp. 397-405. Una rielaborazione della lezione tenuta da Waldron è reperibile in ID., *The Harm in Hate Speech*, cit., cap. 4, pp. 65-104. La proibizione dell'*hate speech* a partire dall'idea di una «*decent society*» è presente anche in B. PAREKH, «Is There a Case for Banning Hate Speech?», cit., p. 46.

⁷⁹ J. WALDRON, «Dignity and Defamation: The Visibility of Hate», cit., ove Waldron scrive: «A society which permits such publications may look quite different from a society that does not. Its hoardings and its lamp-posts may be plastered with depictions of members of racial minorities, characterizing them as bestial or subhuman. There may be posters proclaiming that members of these minorities are criminals, perverts, or terrorists, or leaflets saying that members of a certain race or followers of a certain religion are threats to decent people and that they should be deported or made to disappear. There may be swastikas celebrating the genocidal campaigns of the past. There may be signs indicating that the members of some minority are not welcome in certain neighborhoods or in polite society generally, or flaming symbols intended to intimidate them if they remain. That is what a society may look like when group defamation is permitted» (p. 1618).

⁸⁰ *Ibidem*. Per una critica a Waldron su tale approccio, cfr. C.E. BAKER, «Hate Speech», in M. HERZ, P. MOLNAR, *The Content and Context of Hate Speech. Rethinking Regulation and Responses*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 57-80, che sarà discusso *infra*, § 6.6.2.

⁸¹ J. WALDRON, «Dignity and Defamation: The Visibility of Hate», cit., p. 1619.

[*speech*] e azioni vere e proprie [*action*]: evidentemente, tale modello è disposto ad accettare una proibizione dell'*hate speech* solo sulla base di considerazioni *perlocutorie*, quando, cioè, *speech shades into action*. Inoltre, l'uguaglianza concessa all'espressione di discorsi discriminatori (finché rimangono solo espressi in senso "discorsivo" e non "messi in pratica") sarebbe, ad avviso di Waldron, un'uguaglianza fittizia: un vero e proprio *marketplace of ideas*, infatti, dovrebbe lasciar competere qualsivoglia idea e lasciare che vinca quella che più riesce ad imporsi. Se l'idea razzista riesce ad imporsi nel mercato, sarà l'idea vincente: pertanto, non è possibile separare nettamente le conseguenze "meramente" sociali e convenzionali (approccio *illocutorio*) dell'*hate speech* dalle sue conseguenze materiali (approccio *perlocutorio*).

Queste considerazioni sulla *well-ordered society*, inoltre, sulla falsariga della riflessione di Rawls, portano Waldron ad avanzare l'esempio delle religioni illiberali, che, come sosteneva il filosofo statunitense, «will cease to exist in the well-ordered society of political liberalism»⁸². Così come secondo Rawls le religioni che non tollerano altre religioni non possono essere a loro volta tollerate, secondo Waldron allo stesso modo non potrà essere tollerata l'espressione delle opinioni di coloro che non accettano, in tale espressione, la diversità delle altre persone, in quanto, da ultimo, essi non accettano la *dignità* altrui. È questo, secondo Waldron, il ruolo del diritto nel caso dell'*hate speech*: imporre restrizioni e regolare il comportamento sociale per tendere a una – immaginata, futura – società ben ordinata⁸³ sulla base di una concezione di «political aesthetics»⁸⁴. Il diritto, in sostanza, mirerebbe a proibire quel discorso discriminatorio che contribuisce alla formazione dell'*establishment* odioso: «it is true [...] that the accepted vocabulary of a culture can become part of its established environment»⁸⁵. In ciò sta la costruzione degli effetti *illocutori* del discorso d'odio.

Peraltrop, secondo Waldron, le leggi contro l'*hate speech* sono anche una questione di garanzia e sicurezza («*assurance and security*»). Infatti, l'esistenza di pratiche discriminatorie nella società "solo a livello discorsivo" non garantisce i cittadini contro il divenirne oggetto.

⁸² J. RAWLS, *Political Liberalism* [1993], Expanded edition, Columbia University Press, New York, 2005, pp. 35-40. Per una più chiara esplicitazione di alcune idee rawlsiane che Waldron utilizza nella costruzione del proprio discorso, cfr. ID., *The Harm in Hate Speech*, cit., pp. 69-71. Per una spiegazione interpretativa di tale approccio rawlsiano (alternativo alla possibile scelta, secondo Heinze, di un paradigma *communitarian*), cfr. E. HEINZE, "Hate Speech and the Normative Foundations of Regulation", cit., p. 604, ove Heinze spiega la scelta di Waldron come un argomento *a fortiori*, in virtù del quale, se la difesa dei *ban* su posizioni provenienti dal dignitarismo ben si adatta al modello liberale *rights-based*, a maggior ragione essa varrà anche per modelli non fondati sui diritti individuali (come quello *communitarian*).

⁸³ «[E]ven if a well-ordered society could dispense with laws prohibiting group defamation, it would be [...] dumb to infer from this that the societies we know must be prepared to dispense with those laws as a necessary way of becoming well-ordered. Societies do not become well ordered by magic. The expressive and disciplinary work of law may be a necessary ingredient for the change of heart on the part of its racist citizens that a well-ordered society presupposes» (J. WALDRON, "Dignity and Defamation: The Visibility of Hate", cit., p. 1623).

⁸⁴ J. WALDRON, *The Harm in Hate Speech*, cit., pp. 71-75. Il concetto di «political aesthetics» in Waldron è criticato da E. HEINZE, "Hate Speech and the Normative Foundations of Regulation", cit., pp. 610-615 nei termini di una «decorum fallacy», il quale ne sostiene la parziale contraddittorietà e mancanza di riferimenti filosofici. Inoltre, Heinze riconosce che l'impostazione di Waldron riecheggia alcune tesi proprie della *Critical Race Theory*, il che, come si vedrà, risulterà di particolare utilità in questa sede, nel tentativo di combinare gli approcci deontologico e consequenzialista (tipici proprio di Waldron e dei *crits*).

⁸⁵ Ivi, p. 1624 (corsivi nostri).

Al contrario, le leggi contro l'*hate speech* sostengono e, in modo anche simbolico, garantiscono la necessità del trattamento equo e degno di ciascuno. E ciò perché le affermazioni e le espressioni d'odio «are not just anthropological speculation: they intimate that people should expect to be treated in a degrading manner if the person making the hateful claim (and the fellow travelers that he is appealing to) have their way»⁸⁶. Se, dunque, la libertà d'espressione concede ai soggetti di esprimere odio nei confronti di altri soggetti, i secondi si aspetteranno che dall'espressione ingiuriosa possa conseguire un'azione ingiuriosa, o un trattamento discriminatorio o degradante (proprio perché, se viene meno la netta separazione tra *speech* e *action*, un discorso costituisce anche un'azione). Da ciò deriva l'esigenza di «assurance of civic dignity», che Waldron definisce come «a pervasive, diffuse, ubiquitous, general, sustained, and reliable underpinning of people's basic dignity and social standing, provided by all for all»⁸⁷. Si tratta, in sostanza, di una garanzia di rispetto a tutti gli individui evidentemente compatibile con l'ideale, descritto in precedenza, della libertà dalla dominazione.

Il tipo di rispetto cui si richiama Waldron può essere oggetto di fraintendimenti. Come egli stesso riporta (partendo dagli studi di Stephen Darwall), esistono due tipi di rispetto: 1) un primo tipo, che si definisce «*appraisal respect*», per il quale la stima nei confronti delle persone cambia a seconda dei loro meriti, virtù, vizi, ecc.; 2) un secondo, definito «*recognition respect*», fondamentale per la dignità delle persone e insensibile e imm modificabile al merito, che riguarda come le persone devono essere trattate⁸⁸. Ovviamente, il rispetto che si intende raggiungere come obiettivo dell'*enforcement* di leggi contro l'*hate speech* è del secondo tipo. Al contrario, le leggi contro l'offesa (ad esempio l'ingiuria), si pongono a tutela del primo.

Il tipo di garanzia (*assurance*) di cui parla Waldron, come egli esplicitamente lo definisce, è, come si è visto in precedenza, un *bene pubblico*: «A well-ordered society, it seems to me, has an interest in the provision of this *public good*, that is, in the furnishing of this assurance and in the recognition and upholding of the basic dignity on which it is predicated»⁸⁹. Si tratta, tuttavia, di un bene pubblico il cui godimento è individuale: ciascun individuo, così come “gode della luce dei lampioni passando per strade pubblicamente illuminate”, gode della garanzia delle leggi sull'*hate speech*⁹⁰. Inoltre, anche la sua effettiva applicazione, che in parte

⁸⁶ Ivi, p. 1628.

⁸⁷ Ivi, p. 1630. Una spiegazione di questa definizione è fornita da A. BROWN, *Hate Speech Law. A Philosophical Examination*, cit., p. 149, che la riassume nei termini di una garanzia ai cittadini che essi: 1) sono meritevoli di un eguale status socio-giuridico; 2) per il fatto stesso di appartenere alla società, godono di diritti fondamentali, che il loro status converte in titolo giuridico alla richiesta di giusto ed eguale trattamento; 3) godono, tra i loro diritti fondamentali, del diritto a non essere soggetti a diffamazione sulla base della loro appartenenza a determinati gruppi. Per una critica derivante dal problema dell'effettivo azionamento di questo meccanismo di giustizia da parte dei cittadini, così come della sua efficacia (problemi che rientrano nella definizione di quello che è stato chiamato «*expectation gap*»), cfr. ibidem, *infra*, ove Brown si richiama a L. McNAMARA, *Human Rights Controversies: The Impact of Legal Form*, Routledge-Cavendish, Abingdon, 2007, pp. 177-178.

⁸⁸ Ivi, p. 1629, ove Waldron si richiama a S. DARWALL, *The Second-Person Standpoint. Morality, Respect, and Accountability*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2009, pp. 122-123.

⁸⁹ Ivi, p. 1630.

⁹⁰ *Ibidem*.

grava sui poteri pubblici, possiede una dimensione che si appoggia all'ambito privato. Waldron, infatti, sostiene che non esiste società in cui lo Stato sia capace di offrire garanzie del rispetto della legge senza alcun intervento da parte dei privati: in altre parole, i privati infrangeranno spesso la legge, ancorché lo Stato l'abbia emanata. Ciò significa, è evidente, che l'effettiva applicazione di una legge non dipende solo dallo Stato, ma anche dai cittadini⁹¹. È per questo che non si può lasciare libero il discorso odioso e discriminatorio sulla base dell'argomento per cui lo Stato interverrà quando esso si convertirà in azione effettivamente illecita: i cittadini, infatti, sentendosi autorizzati al discorso d'odio, riterrebbero protetti dalla legge anche comportamenti sempre più invasivi e sfocianti in azioni, senza potersi determinare dove effettivamente giaccia la linea di demarcazione tra il consentito (pensiero ed espressione del pensiero attraverso la parola) e il non consentito (azione). Ancora una volta, ciò deve evidentemente derivare da un'impossibilità di distinzione netta tra *speech* e *action*.

Nella sua argomentazione, Waldron prende in considerazione alcune critiche avanzate contro la possibilità di limitare la libertà d'espressione. La prima è quella che parte dal problema dell'*autonomia*⁹². Egli riconosce senza sfumature che la regolazione dell'*hate speech* rende il discorso e l'espressione pubblica meno liberi. Come nota Waldron, infatti, il fatto che il discorso d'odio sia tradizionalmente ricollegato al *free speech* dal punto di vista dell'autonomia non porta a concludere per l'impossibilità di limitazione della libertà d'espressione⁹³. Le espressioni di autonomia, infatti, sono esse stesse oggetto di eccezione alla libertà individuale.

A partire dall'autonomia come principio intorno al quale ruotano alcuni degli argomenti contro la regolazione dell'*hate speech*, Waldron critica, tra le altre, la posizione di C. Edwin Baker (cfr. *infra*, § 6.6.2). Secondo Baker, infatti, affinché l'autonomia sia rispettata, l'individuo «must have a general right over the value-expressive uses of herself – her own body»⁹⁴. Se i valori di un individuo sono ritenuti dannosi per terze persone o contrari all'ordine pubblico, ad esso può essere impedito di agire sulla base di quei valori, ma non di *esprimere* quei medesimi valori, proprio perché essi gli permettono di “scoprire se stesso”, di auto-definirsi e di definire la propria identità sia personale sia sociale⁹⁵. Inoltre, secondo Baker, l'offesa ricevuta dal soggetto vittima di *hate speech* è, secondo un'analisi causale, da imputarsi alla vittima stessa, poiché in essa interviene la causazione della mediazione delle sue strutture cognitive:

⁹¹ Ivi, p. 1632.

⁹² Cfr. C.E. BAKER, “Autonomy and Hate Speech”, in I. HARE, J. WEINSTEIN, *Extreme Speech and Democracy*, cit., pp. 139-157, p. 143; ID., “Autonomy and Informational Privacy, or Gossip: The Central Meaning of the First Amendment”, in *Social Philosophy and policy*, 21, 2, 2004, pp. 215-268.

⁹³ Qui Waldron risulta concorde con B. PAREKH, “Is There a Case for Banning Hate Speech?”, cit., pp. 49-51, il quale ritiene l'autonomia una questione di “grado” e sostiene che sia un errore pretendere un'unica forma di autonomia in senso “omogeneizzante” per tutti gli individui.

⁹⁴ C.E. BAKER, “Autonomy and Hate Speech”, cit., p. 142. Si tratta di quello che viene definito argomento della *self-disclosure*: attraverso il discorso, le persone entrano in relazione con il mondo, ne acquisiscono informazioni e in esso immettono le proprie idee, rendendosi possibile una *scoperta* attraverso le condivisioni delle idee (J. WALDRON, *The Harm in Hate Speech*, cit., pp. 161-162).

⁹⁵ Baker, infatti, afferma: «Typically racist hate speech embodies the speaker's at least momentary view of the world and, to that extent, expresses her values [...]. Law's purposeful restrictions on her racist or hate speech violate her formal autonomy, while her hate speech does not interfere with or contradict anyone else's formal autonomy...», C.E. BAKER, “Autonomy and Hate Speech”, cit., p. 165.

gli effetti offensivi dell'*hate speech*, dunque, non sono imputabili a chi lo pratica, bensì alla percezione soggettiva di chi lo subisce⁹⁶.

Tuttavia, è evidente che l'argomento di Baker, come altri già visti in precedenza, dà per scontata la distinzione tra *speech* e *action* (come anche Waldron sottolinea, questa volta esplicitamente), evidentemente adottando un'analisi *perlocutoria* dell'*hate speech*. Criticando tale distinzione, Waldron afferma:

«Baker's argument depends, as I said, on a distinction between *actions* that disclose a person's values and *words* that disclose a person's values. Regulating the former is permissible, on Baker's account, but regulating the latter is not. [...] [T]hat distinction must assume that what it categorizes as mere words cannot be destructive of individually or socially important values in the way that action can; a reference to autonomy cannot by itself explain why we want to immunize self-disclosing words from regulation, because actions might be equally important for self-disclosure. Now, the whole tenor of my argument [...] is to show that words, especially when they are expressed in a publicly visible and enduring form, *can* seriously undermine social values that are important for sustaining the dignity and reputation of vulnerable individuals»⁹⁷.

Questo passaggio testimonia il rifiuto, da parte di Waldron, di risolvere il problema della regolamentazione dell'*hate speech* a partire dalla mera distinzione tra *speech* (o *words*) e *action*. Egli, inoltre, si spinge fino ad affermare che l'*hate speech* non può essere considerato un mero esercizio di parola, poiché «the work that hate speech does in this aspect is largely *performative*»⁹⁸. Sulla base di ciò, non vi è distinzione netta tra pensiero e azione: pertanto, il modello di performatività cui pare alludere Waldron risulta definibile come *illocutorio*⁹⁹.

Un altro punto dell'argomentazione di Waldron è quello che ha a che vedere con la classica distinzione, nella giurisprudenza statunitense, tra regolazioni *content-based* e *content-neutral*, oltre che tra *viewpoint-based* e *nonviewpoint* (cfr. *supra*, § 1.6.6). Nel fare ciò, egli utilizza il riferimento alla classica dottrina del *marketplace of ideas*, sostenendo che la fiducia nel fatto che nel lungo termine esso condurrà alla verità o all'accettazione della verità «is more of a superstition than analogy»: esso, infatti, non funziona per ciò che concerne la giustizia¹⁰⁰. A partire da ciò, egli sostiene le regolazioni *content-based*.

⁹⁶ C.E. BAKER, "Harm, Liberty, and Free Speech", in *Southern California Law Review*, 70, 1997, pp. 979-1020, pp. 990-992, ove Baker si richiama alla distinzione di Schauer di espressioni direttamente dannose per le vittime ed espressioni "mediate" da un uditore, F. SCHAUER, "The Phenomenology of Speech and Harm", in *Ethics*, 103, 4, 1993, pp. 135-153, p. 644. Un argomento simile a quello della percezione è stato utilizzato da L. ALEXANDER, "Banning Hate Speech and the Sticks and Stones Defense", in *Constitutional Commentary*, 13, 1996, pp. 71-100, il quale sostiene che ciò che causa il danno non è tanto l'*hate speech* in sé, il *discorso*, bensì la *consapevolezza* e la *conoscenza* relativa a ciò a cui quel particolare discorso fa riferimento.

⁹⁷ J. WALDRON, "Dignity and Defamation: The Visibility of Hate", cit., pp. 1637-1638.

⁹⁸ J. WALDRON., *The Harm in Hate Speech*, cit., p. 166 (corsivi nostri). È tuttavia interessante notare che nella prima versione del testo di questo capitolo, contenuta in ID., "Dignity and Defamation: The Visibility of Hate", Waldron *non* utilizzava il termine *performativo*, che invece compare nella monografia dalla quale si è citato. Ovviamente, nell'utilizzare il termine, Waldron rimanda a J.L. AUSTIN, *How to Do Things with Words*, Oxford University Press, Oxford, 1962.

⁹⁹ A ulteriore conferma di ciò, si noti che Heinze, trattando dell'approccio di Waldron, lo definisce nei termini di un consequenzialismo «retorico», nel senso che esso non fa leva sulla materialità degli effetti dell'*hate speech* (ciò che qui si definisce approccio *perlocutorio*) bensì solamente su quelli convenzionali e sociali (ciò che qui si definisce approccio *illocutorio*): E. HEINZE, *Hate Speech and Democratic Citizenship*, cit., p. 155.

¹⁰⁰ J. WALDRON, "Dignity and Defamation: The Visibility of Hate", cit., p. 1639.

Inoltre, Waldron critica gli argomenti fondati sull'illegittimità d'intervento del governo (come quelli di Dworkin¹⁰¹; cfr. *infra*, § 6.6.3). Essi si fondano sulla possibilità di partecipazione ed espressione sia della maggioranza sia della minoranza. Ciò significa che, da un lato, agli oppositori dei *ban* dev'essere concessa la possibilità di esprimersi contro l'adozione di tali provvedimenti, ma, dall'altro, anche a coloro che desiderano diffondere messaggi d'odio deve essere possibile esprimerli, proprio per evitare di "silenziare" voci nel gioco dilaettico tra maggioranza e minoranza. Nella lettura effettuata da Waldron delle tesi di Dworkin, il caso del discorso d'odio si collocherebbe in una situazione "prodromica" all'*enactment* di leggi contro la violenza e la discriminazione: «[i]f we want *legitimate* laws against violence or discrimination, we must let their opponents speak. And *then* we can legitimize laws by voting»¹⁰².

Tuttavia, questa impostazione dà per scontato che la contrarietà alle leggi contro la discriminazione e la violenza debba poter essere espressa attraverso messaggi d'odio, ciò che costituisce un assunto tutt'altro che pacifico. Inoltre, come rileva Waldron, tale ragionamento si fonda sull'affermazione dell'esistenza di due tipi di leggi: quelle che regolano l'*hate speech* in sé (l'espressione odiosa) e quelle che regolano la discriminazione e la violenza (Waldron utilizza la distinzione dworkiniana tra «*upstream laws*» e «*downstream laws*»¹⁰³; cfr. *infra*, § 6.6.3). Le leggi contro l'*hate speech* verrebbero a costituire provvedimenti che impediscono la critica di leggi sottostanti, che sono quelle che effettivamente proibiscono la discriminazione e la violenza, proibendo l'espressione di alcune idee e divenendo così espressione di un governo non democratico¹⁰⁴. Si tratta, secondo Waldron, di un *misunderstanding*: le leggi volte a regolare l'*hate speech* sono esse stesse leggi contro la discriminazione e la violenza, non meri "regolamenti del discorso" che stabiliscono le regole di come devono svolgersi i dibattiti politici sulle leggi contro la discriminazione e la violenza. Peraltro, come sottolinea l'autore:

«A motivation oriented purely to protect people's feelings against offense is one thing. But a restriction on hate speech oriented to protecting the basic social standing—the elementary dignity, as I have put it—of members of vulnerable groups, and to maintaining the assurance they need in order to go about their lives in a secure and dignified manner, may seem like a much more compelling objective. And the complaint that attempting to secure this dignity damages the legitimacy of other laws may be much less credible as a result»¹⁰⁵.

¹⁰¹ Cfr. R. DWORKIN, "Foreword", in I. HARE, J. WEINSTEIN, *Extreme Speech and Democracy*, cit., pp. V-IX. Sul dibattito Waldron-Dworkin sul punto si veda J. WALDRON, "Hate Speech and Political Legitimacy", in M. HERZ, P. MOLNAR (eds.), *The Content and Context of Hate Speech. Rethinking Regulation and Responses*, cit., pp. 329-340 e R. DWORKIN, "Reply to Jeremy Waldron", ivi, pp. 341-344. Per la diversa concezione di legittimità politica di Waldron e Dworkin (per gradi secondo Waldron, "tutto-o-niente" secondo Dworkin), che giustifica le loro opposte posizioni politiche in tema di *hate speech*, cfr. A. BROWN, *Hate Speech Law. A Philosophical Examination*, cit., pp. 207-209, ove Brown afferma che «the disagreement between Dworkin and Waldron is not simply a disagreement about what political legitimacy implies for the status of hate speech law but also about the nature of political legitimacy itself» (p. 209). Cfr. anche E. HEINZE, *Hate Speech and Democratic Citizenship*, cit., p. 87.

¹⁰² J. WALDRON, "Dignity and Defamation: The Visibility of Hate", cit., p. 1640 (così Waldron riassume efficacemente l'argomento).

¹⁰³ Ivi, p. 1642. Per una spiegazione più approfondita, cfr. anche ID., *The Harm in Hate Speech*, cit., pp. 178-180.

¹⁰⁴ R. POST, "Racist Speech, Democracy, and the First Amendment", in *William and Mary Law Review*, 32, 1991, pp. 267-327, pp. 279-283. Per un'analisi critica dell'argomento di Post, cfr. J. WALDRON., *The Harm in Hate Speech*, cit., pp. 197-201.

¹⁰⁵ J. WALDRON, "Dignity and Defamation: The Visibility of Hate", cit., p. 207. Per una discussione dell'argomento, cfr. A. BROWN, *Hate Speech Law. A Philosophical Examination*, cit., pp. 207-208, il quale sottolinea la

Inoltre, Waldron utilizza un argomento di ordine *storico*: egli sostiene, infatti, l'impossibilità, in nome del dibattito libero, di ritenere che qualsivoglia dibattito abbia il medesimo valore. Vi sono, nella storia, dibattiti che devono essere considerati ormai terminati, come quello sulla possibilità di emanare leggi razziste¹⁰⁶. Un'argomentazione simile pare essere stata utilizzata, secondo Waldron, in un recente caso in una Corte d'Appello canadese¹⁰⁷: la Corte, secondo Waldron, getta le basi per il principio per cui, una volta "raggiunti" certi diritti di non discriminazione, il contesto in cui si produce l'*hate speech* può risultare un elemento rilevante in sede di giudizio per statuire l'impossibilità di argomentare per l'impunità della condotta solo sulla base dell'argomento per cui essa partecipava al dibattito che mirava a non riconoscere determinati diritti ad alcuni soggetti. Una volta che questi diritti di non discriminazione sono stati acquisiti, non dovrebbe più risultare possibile esprimere pubblicamente disprezzo per le persone che appartengono a quel gruppo.

Una delle critiche più consistenti che si possono avanzare alla costruzione di Waldron riguarda la possibilità di accesso alle norme che tutelano la *civic dignity*. Come si è visto, infatti, egli contempla una nozione di dignità umana diversa da quella kantiana, motivo per il quale risulta necessario definire *a chi* tale nozione possa essere applicata («*eligibility test*»¹⁰⁸). Chi sono i soggetti che, possedendo una dignità di natura giuridica e sociale, sono riconosciuti come titolari del diritto a non essere vittima di discorso d'odio, *group defamation* e incitamento alla discriminazione? Egli stesso, infatti, fa riferimento a nozioni potenzialmente esclusive di alcuni gruppi di individui che non risulterebbero così protetti dalle norme sull'*hate speech*: la razionalità e la capacità, da un lato, e l'appartenenza al cerchio della cittadinanza¹⁰⁹, dall'altro, pur riconoscendo esplicitamente che si tratta di una costruzione teorica che necessiterebbe di un ampliamento per rispondere alle critiche relative alle possibili esclusioni che a partire da tale impostazione potrebbero verificarsi. Ciò, infatti, porterebbe, entro la sua prospettiva, a ritenere

“pericolosità” dell'argomento della dignità nel senso di una questione di legittimità politica, poiché potrebbe portare anche alla decisione opposta a quella sostenuta dall'autore, ovvero all'assicurazione di una libertà d'espressione assoluta *proprio* in quanto necessaria a tutelare la *civic dignity* di tutti i soggetti: «[I]nsofar as political legitimacy is a matter of interpersonal justification and consensus among equal citizens, sometimes this requires authorities to limit free expression for reasons of assuring civic dignity even though in many other cases it requires authorities to protect free expression for the sake of the collective authorization of downstream laws» (p. 208).

¹⁰⁶ J. WALDRON, “Dignity and Defamation: The Visibility of Hate”, cit., pp. 1647-1652. Per un'analisi dell'argomento, cfr. A. BROWN, *Hate Speech Law. A Philosophical Examination*, cit., pp. 226-227.

¹⁰⁷ *Owens v. Human Rights Commission*, 279 Sask. R. 161, 2006 (Sask. Ct. App., Can.). Il caso trattava di una guardia carceraria che aveva pubblicato un annuncio per pubblicizzare la vendita di adesivi che contenevano un messaggio cristiano contro il matrimonio e le relazioni omosessuali. In seguito al ricorso di tre uomini che lamentavano che, in quanto omosessuali, erano stati esposti al disprezzo pubblico, la Commissione dei Diritti Umani della provincia canadese di Saskatchewan aveva condannato la guardia al pagamento di 1500 dollari; il pagamento era stato successivamente confermato in primo grado di giudizio. Quando il caso giunge alla Corte d'Appello, questa ribalta la decisione sostenendo che esistono dibattiti *ongoing* e dibattiti “terminati”: nel caso di specie, il dibattito sui diritti delle coppie omosessuali viene considerato ancora in corso.

¹⁰⁸ Per una panoramica della critica sul punto, si veda A. BROWN, *Hate Speech Law. A Philosophical Examination*, cit., pp. 152-157.

¹⁰⁹ J. WALDRON, “Dignity, Rank, and Rights”, pp. 223 e 237-240, e p. 244.

le norme sull'*hate speech* «as protecting some but not all vulnerable minorities against the evil of group defamation»¹¹⁰.

6.4.3 – Charles Lawrence III e l'impossibilità di distinzione tra *speech* e *action*

Sempre con riferimento al modello illocutorio-proibizionista, nell'ambito della cosiddetta *Critical Race Theory*¹¹¹ si incontrano le riflessioni di un autore che, pur condividendo l'approccio generale del movimento, utilizza categorie marcatamente illocutorie.

Questo approccio si fonda su una teoria degli effetti indiretti che, secondo Heinze, ha due caratteristiche essenziali: 1) sulla base di approcci fenomenologici, socio-linguistici e decostruzionisti, rifiuta «*notions of language as a sheer medium of otherwise immaterial ideas*», ciò che si potrebbe definire “teoria della materialità del linguaggio”; 2) «*deem[s] hate speech to have harmful albeit diffusive effects*», poiché «*the harm of hate speech [...] qualitatively differs from that which can be demonstrated empirically*»¹¹², ciò che si potrebbe definire “teoria degli effetti diffusi dell'*hate speech*”. Si tratta dell'impostazione utilizzata da Catharine MacKinnon, Rae Langton (cfr. *supra*, § 4.2.4) e Charles Lawrence III.

Nell'analisi di Charles Lawrence III, infatti, l'espressione odiosa diviene «a weapon delivering a blow as harsh as a physical assault. Such information does not convey information or invite discussion. It serves only to attack. *The difference between fists and words becomes*

¹¹⁰ A. BROWN, *Hate Speech Law. A Philosophical Examination*, cit., p. 157.

¹¹¹ L'espressione *Critical Race Theory* (CRT) indica un movimento teorico che risale agli anni '80 del secolo scorso e si sviluppa nelle *law school* statunitensi come rielaborazione dei *Critical Legal Studies*, utilizzando un approccio di teoria critica per l'analisi delle categorie sociali che portano alla categorizzazione della razza. Dal momento che questa parte del lavoro tratta delle diverse posizioni emerse nel dibattito sull'*hate speech*, non si ritiene che vi sia spazio, in questa sede, per una definizione e un'analisi generale della CRT, così come per gli altri autori non si sono analizzate premesse epistemologiche o dottrinali che trascendessero (come in questo caso) gli argomenti concretamente avanzati in materia di libertà d'espressione o *hate speech*. Per un approfondimento della CRT, cfr. K. CRENSHAW, N. GOTANDA, G. PELLER, K. THOMAS (eds.), *Critical Race Theory: The Key Writings That Formed the Movement*, New Press, New York, 1996; K. THOMAS, GF. ZANETTI (a cura di), *Legge, razza, diritti. La Critical Race Theory negli Stati Uniti*, Diabasis, Reggio Emilia, 2005; GF. ZANETTI, “*Critical Race Theory*”: temi e problemi degli studi critici sulla “razza”, in M.G. BERNARDINI, O. GIOLO (a cura di), *Le teorie critiche del diritto*, Pacini, Pisa, 2017, pp. 35-50. La CRT adotta una definizione della categoria di ‘razza’ che va oltre il significato meramente biologico, includendo gli aspetti sociali della “costruzione della razza”: ciò risulta coerente con l'approccio delle Nazioni Unite. Si veda, sul punto, UNESCO, *Four Statements on the race question*, Unesco Publications, Paris, 1969.

¹¹² *Ibidem* (corsivi miei). In maniera più approfondita, Heinze afferma poco più avanti (ivi, p. 138): «These theorists focus on the intangible yet pervasive power of language. Hate speech, they argue, germinates cultures of intolerance, not always through discrete, causally traceable chains of events, so much as through gradual and cumulative effects. Violence and discrimination, on that view, arise [...] not through clockwork mechanisms triggered in each case by discernible speech acts, but through an entire culture to which those acts individually and cumulatively contribute». Inoltre Heinze definisce l'approccio in questione come di tipo non-cartesiano in tema di linguaggio: «[s]uch theories challenge classical, Cartesian notions that language would serve to represent purely mental acts and would therefore remain neatly severable from the material world of action and physical causation» (*ibidem*, a partire da S.H. WILLIAMS, “Democracy, Freedom of Speech, and Feminist Theory: A Response to Post and Weinstein”, in *Virginia Law Review*, 97, 3, 2011, pp. 603-615). Cfr., inoltre, E. HEINZE, “Toward a Legal Concept of Hatred: Democracy, Ontology, and the Limits of Deconstruction”, in TH. BRUDHOLM, B. SCHEPELERN JOHANSEN, *Hate Politics Law. Critical perspectives on combating hate*, Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 94-112, ove Heinze tratta dell'approccio cartesiano “dimenticato” dai teorici critici.

immaterial»¹¹³. Nella prospettiva di Lawrence, ancor più che in quella degli altri *crits*, la distinzione tra *speech* e *action* sfuma fino a scoparire, quantomeno nel caso dell'*hate speech*.

«[...] Lawrence seem[s] to be suggesting that racist utterances either have subordination as among their *negative consequences* (i.e., speech acts that have perlocutionary effects) or have subordination as *the idea they express* (i.e., speech acts that have locutionary force), and only these things. According to Andrew Altman, however, [...] Lawrence [is] also suggesting “that hate speech can inflict a wrong by virtue of its illocutionary acts, the very speech acts performed in the utterances of such speech”»¹¹⁴.

Secondo Lawrence, le parole d'odio sono paragonabili a – se non praticamente indistinguibili da – le azioni nel momento stesso in cui esse vengono pronunciate. L'*hate speech* (razzista), dunque, «inflict[s] psychological injury by assaulting a person's self-respect»¹¹⁵. In questo senso, egli tratta al contempo degli effetti *perlocutori* ed *illocutori* del discorso d'odio. Ciò su cui ci si concentrerà nel prosieguo è proprio la seconda dimensione.

Lawrence, infatti, sostiene la tesi per cui «a large part of the behavior that produces racial discrimination is influenced by unconscious racial motivation»¹¹⁶. In questo modo, l'autore si oppone alla dottrina del «discriminatory purpose», utilizzata a partire da una sentenza della Corte Suprema statunitense del 1976¹¹⁷, che richiede che spetti all'attore, in giudizio, provare lo scopo discriminatorio su base razziale dell'azione del convenuto.

Rifacendosi alla teoria della psicologia cognitiva, Lawrence ricorda l'esistenza di stereotipi culturali che non giungono mai al livello di coscienza piena del soggetto, bensì si annidano nell'ambito dell'inconscio poiché hanno a che vedere con la ripetizione standardizzata di comportamenti inconsapevoli dai quali si apprendono giudizi di valore¹¹⁸: questi comportamenti, qualora ignorati dal diritto, vengono implicitamente autorizzati, con l'effetto di perpetrare lo *status quo*¹¹⁹. A partire dalla «stigma theory», l'autore sostiene un'interpretazione costituzionale (fondata su talune sentenze della Corte Suprema statunitense) dell'*equal protection clause* nel senso della necessità, per garantire l'eguaglianza di tutti gli individui, di liberare alcuni soggetti (nella fattispecie, individuati sulla base della razza) dallo stigma sociale e dalla

¹¹³ E. HEINZE, *Hate Speech and Democratic Citizenship*, cit., p. 138.

¹¹⁴ A. BROWN, *Hate Speech Law. A Philosophical Examination*, cit., p. 76, in cui Brown si rifà a A. ALTMAN, “Liberalism and Campus Hate Speech: A Philosophical Examination”, in *Ethics*, 103, 1993, pp. 302-317, p. 309.

¹¹⁵ CH.R. LAWRENCE III, “The Id, the Ego, and Equal Protection: Reckoning with Unconscious Racism”, in *Stanford Law Review*, 39, 1987, pp. 317-388, p. 351.

¹¹⁶ Ivi, p. 322.

¹¹⁷ *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229 (1976).

¹¹⁸ Cfr. CH.R. LAWRENCE III, “The Id, the Ego, and Equal Protection: Reckoning with Unconscious Racism”, cit., pp. 325-344.

¹¹⁹ Lawrence si rifà ad una letteratura critica che descrive «the process by which law transmits ideological imagery that helps to preserve and legitimize existing power relationships» (ivi, p. 325). Cfr. D. HAY, P. LINEBAUGH, J.G. RULE, E.P. THOMPSON, C. WINSLOW (eds.), *Albion's Fatal Tree. Crime and Society in Eighteenth-Century England*, Random House, New York, 1976; R. DELGADO, “The Imperial Scholar: Reflections on a Review of Civil Rights Literature”, in *University of Pennsylvania Law Review*, 132, 1984, pp. 568-577; J.M. FEINMANN, P. GABEL, “Contract Law as Ideology”, in D. KAIRYS (ed.), *The Politics of Law: A Progressive Critique*, III ed., Basic Books, New York, 1998, pp. 497-510; R. GORDON, “New Developments in Legal Theory”, in D. KAIRYS (ed.), *The Politics of Law: A Progressive Critique*, cit., pp. 413-424; S.M. WILDMAN, “The Legitimation of Sex Discrimination: A Critical Response to Supreme Court Jurisprudence”, in *Oregon Law Review*, 63, 1984, pp. 265-307.

discriminazione di cui essi sono vittime, che contribuiscono alla creazione di un discorso di superiorità di una porzione della società sulle altre¹²⁰.

«If stigmatizing actions injure by virtue of the meaning society gives them, then it should be apparent that the evil intent of their authors, while perhaps sufficient, is not necessary to the infliction of the injury. [...] Given that stigma occurs whether there is racial animus or not, the answer to our initial question, “Is knowledge about the intent of governmental actor significant to the achievement of the equal protection clause’s purpose?” would seem an obvious “No”»¹²¹.

L’intenzionalità della discriminazione, secondo Lawrence, non è necessaria nell’*hate speech*, poiché questo «constructs the social reality that constrains the liberty of non-whites because of their race»¹²². Evidentemente, l’affermazione di Lawrence non può essere letta entro un ideale di libertà come non-interferenza. Al contrario, essa si comprende entro l’*account* della non-dominazione, nella misura in cui la libertà dei ‘non-bianchi’ risulta compressa nel loro godere di uno *status* sociale inferiore, proprio a causa del discorso d’odio.

L’autore propone un test di «cultural meaning»¹²³ per riconoscere il razzismo inconscio nei provvedimenti pubblici, attraverso un’analisi necessaria, in giudizio, della sussistenza di alcuni elementi: in particolare, si tratta di elementi storico-culturali, che il giudice sarebbe tenuto ad indagare per comprendere il significato discriminatorio di una determinata pratica sociale che informa il contesto entro il quale viene emanato un atto di natura giuridica. Proprio a partire da quel contesto, secondo Lawrence, il giudice può individuarne la natura discriminatoria del discorso, poiché fondato sulla storia di dominazione sociale di un gruppo maggioritario nei confronti di un gruppo minoritario.

Anche Lawrence, come Delgado, Stefancic e Matsuda (cfr. *infra*, §§ 6.5.1; 6.5.2), sostiene che il problema dell’*hate speech* chiami in causa una questione di bilanciamento tra libertà d’espressione e uguaglianza¹²⁴. Tuttavia, egli declina questa visione in una maniera peculiare, in virtù del suo approccio “diffuso” alle questioni degli effetti dell’*hate speech*, che collega costantemente tale problema alla questione, più generale, della discriminazione.

A partire da un’originale interpretazione di *Brown v. Board of Education*¹²⁵, il *leading case* statunitense per la statuzione dell’incostituzionalità della segregazione razziale nelle scuole, Lawrence propone una riflessione sulle leggi antidiscriminatorie come una necessità dell’«affirmative disestablishment of societal practices that treat people as members of an inferior or dependent caste, as unworthy to participate in the larger community»¹²⁶. Secondo

¹²⁰ CH.R. LAWRENCE III, “The Id, the Ego, and Equal Protection: Reckoning with Unconscious Racism”, cit., pp. 349-355.

¹²¹ Ivi, pp. 352-353.

¹²² CH.R. LAWRENCE III, “If He Hollers Let Him Go: Regulating Racist Speech on Campus”, in *Duke Law Journal*, 1990, pp. 431-483, p. 444.

¹²³ CH.R. LAWRENCE III, “The Id, the Ego, and Equal Protection: Reckoning with Unconscious Racism”, cit., p. 355.

¹²⁴ CH.R. LAWRENCE III, “If He Hollers Let Him Go: Regulating Racist Speech on Campus”, cit., p. 434.

¹²⁵ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 437 U.S. 483 (1954).

¹²⁶ CH.R. LAWRENCE III, “If He Hollers Let Him Go: Regulating Racist Speech on Campus”, cit., p. 439.

l'autore – entro una linea interpretativa suscettibile di discussione –, la chiave di lettura del caso è costituita dal *discorso* («speech»): la segregazione razziale, nella sua interpretazione, viene dichiarata incostituzionale non solo nella sua dimensione fisico-materiale (le persone sono fisicamente divise e assegnate a spazi materiali differenti), bensì soprattutto in relazione al *messaggio* che questa porta con sé¹²⁷ (in senso evidentemente *illocutorio*). Nel fare ciò, Lawrence si impegna in una discussione circa la distinzione tra *speech* e *action*:

«Some civil libertarians argue that my analysis of *Brown* conflates speech and conduct. They maintain that the segregation outlawed in *Brown* was discriminatory conduct, not speech, and the defamatory message conveyed by segregation simply was an incidental by-product of that conduct. [...] This objection to my reading of *Brown* misperceives the central point of the argument. I have not ignored the distinction between the speech and conduct elements of segregation by mistake. Rather, my analysis turns on that distinction»¹²⁸.

Tale discorso risulta piuttosto importante, poiché mette nero su bianco l'esplicita opposizione di Lawrence alla distinzione (tipica del modello liberale della libertà d'espressione) tra *speech* e *action*. Entro la sua prospettiva, per quanto la segregazione razziale vietata da *Brown v. Board of Education* possa essere concepita come una condotta, essa ha a che vedere principalmente con la diffusione di un messaggio di supremazia dei bianchi. «The non-speech elements are by-products of the main message rather than the message simply a by-product of unlawful conduct»¹²⁹. Le condotte razziste, in sostanza, devono essere viste, sempre secondo Lawrence, come parte di una totalità che comprende non solo le azioni, bensì anche il discorso. Egli, infatti, afferma che «[r]acism is both 100% speech and 100% conduct»¹³⁰.

Analogamente, Stanley Fish ha sostenuto che la distinzione tra *speech* e *action* ha tradizionalmente servito la dottrina del Primo Emendamento ed è ad esso stata fondamentale per giustificare alcune libertà, come quella d'espressione, il cui contenuto, in realtà, è piuttosto vago e non esiste sul piano della «natura delle cose», bensì solamente su un piano politico.

«[There is a] distinction, essential to First Amendment jurisprudence, between speech and action. The distinction is essential because no one would think to frame a First Amendment that began “Congress shall make no law abridging freedom of action”, for that would amount to saying “Congress shall make no law”, which would amount to saying “There shall be no law”, only actions uninhibited and unregulated. If the First Amendment is to make any sense, have any bite, speech must be declared not to be a species of action, or to be a special form of action lacking the aspects of action that cause it to be the object of regulation. The latter strategy is the favored one and usually involves the separation of speech from consequences»¹³¹.

¹²⁷ Ivi, p. 439. Lawrence continua: «It stamps a badge of inferiority upon blacks, and this badge communicates a message to others in the community, as well as to blacks wearing the badge, that is injurious to blacks. Therefore, *Brown* may be read as regulating the content of racist speech. As a regulation of racist speech, the decision is an exception to the usual that *regulation of speech content is presumed unconstitutional*» (corsivi nostri).

¹²⁸ Ivi, p. 440, citando alcune considerazioni di Nadine Strossen (*General Counsel* dell'ACLU) alla Conferenza Biennale dell'ACLU, nella sessione plenaria “Racism on the Rise”, tenutasi il 15 Giugno 1989.

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ Ivi, p. 444 (corsivi nostri), ove egli utilizza l'espressione di J.H. ELY, “Flag Desecration: A Case Study in the Roles of Categorization and Balancing in First Amendment Analysis”, in *Harvard Law Review*, 88, 1975, pp. 1482-1508, pp. 1495-1496: «All communicative behavior is “100% action and 100% expression”».

¹³¹ S. FISH, *There's No Such Thing as Free Speech, and it's a Good Thing, Too*, Oxford University Press, Oxford, 1994, p. 105 (corsivi nostri). Analogamente, cfr. O. FISS, *The Irony of Free Speech*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1996, pp. 13-15.

Tuttavia, sostiene Fish, «speech always seems to be crossing the line into action, where it becomes, at least potentially, consequential»: è per questo motivo che i giuristi hanno teso ad inventare un'ulteriore distinzione all'interno della stessa distinzione tra *speech* e *action*, sostenendo che alcune forme di discorso non siano realmente *discursive* (come nel caso dei discorsi di incitamento alla violenza, le *fighting words*... ecc.)¹³². Egli, tuttavia, argomenta che l'impossibilità di definizione di ciò che realmente rientra tra le *fighting words* e ciò che, al contrario, ne rimane fuori, «is merely a particular instance of the general difficulty of separating speech from action»¹³³. Questa teoria dell'impossibilità di distinzione tra *speech* e *action*, così come approfondita da Fish, può contribuire alle ragioni della causa di Lawrence, che sostiene la doppia natura della discriminazione e, in particolare, che la discriminazione per mezzo dell'azione è, in realtà, conseguenza della discriminazione attraverso il discorso.

Inoltre, Lawrence critica la *state action doctrine*, a partire dalla quale si è tradizionalmente sostenuto che il Quattordicesimo Emendamento si applica al governo e non anche ai privati, «immunizzando» l'ambito privato dalle norme antidiscriminatorie, che regolerebbero solamente l'ambito pubblico¹³⁴ (cfr. *infra*, § 7.2). Tale approccio, secondo l'autore, non tiene in considerazione il fatto che, dall'altro lato, esistono i diritti costituzionali delle vittime di *hate speech* alla libertà dalla discriminazione, che costituiscono il secondo termine di paragone nell'eventuale giudizio di bilanciamento. L'espressione razzista, dunque, non subisce differenza alcuna in relazione alla sua perpetrazione da parte del *governo* (essa è vietata dal Quattordicesimo Emendamento) o da parte di *privati* (essa è vietata dall'esistenza dei diritti delle vittime di libertà dalla discriminazione)¹³⁵.

Lawrence si è occupato anche del «*silencing effect*»: «When racial insults are hurled at minorities, the response may be silence or flight rather than fight»¹³⁶. Tra gli effetti dell'*hate speech*, infatti, vi è quello di zittire le vittime attraverso l'intimidazione, rinforzato dal «desire for self-preservation» della vittima stessa¹³⁷. In questo senso, Lawrence sostiene che la dottrina

¹³² S. FISH, *There's No Such Thing as Free Speech, and it's a Good Thing, Too*, cit., p. 105.

¹³³ *Ivi*, p. 106.

¹³⁴ Cfr., sul punto, E. BARENDT, *Freedom of Speech*, Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 49.

¹³⁵ CH.R. LAWRENCE III, «If He Hollers Let Him Go: Regulating Racist Speech on Campus», cit., p. 449.

¹³⁶ *Ivi*, p. 452. Peraltro, ciò sarebbe supportato dalle esperienze delle vittime, le quali «often report that they find themselves speechless in the face of discriminatory verbal attacks» (*ibidem*). Analogamente, cfr. S. FISH, *There's No Such Thing As Free Speech: And It's a Good Thing, Too*, cit., p. 109, che afferma che il *more speech against hate speech* «would make sense only if the effects of speech could be cancelled out by additional speech».

¹³⁷ A. BROWN, *Hate Speech Law: A Philosophical Examination*, cit., p. 84. Lawrence, infatti, sostiene che «[the] inability to respond is not the result of oversensitivity among these groups [...], [r]ather, it is the product of several factors [...]. The first factor is that the visceral emotional response to personal attack precludes speech. Attack produces an instinctive, defensive psychological reaction. [It] produce[s] physical symptoms that temporarily disable the victim, and the perpetrators often use these words with the intention of producing this effect. A second factor [...] is the preemptive nature of such insults—the words by which to respond to such verbal attacks may never be forthcoming because speech is usually an inadequate response. [...] The subordinated victim of fighting words also is silenced by her relatively powerless position in society», CH.R. LAWRENCE III, «If He Hollers Let Him Go: Regulating Racist Speech on Campus», cit., pp. 452-453.

delle *fighting words* sia, in realtà, «a paradigm based on a white male point of view»¹³⁸, proprio in quanto non tiene in considerazione il *silencing effect*.

Inoltre, secondo Lawrence il rifiuto della proibizione dell'*hate speech* attraverso l'utilizzo del modello del *marketplace of ideas* non funziona, poiché il discorso d'odio *non* contribuisce alla ricerca della verità da parte delle sue vittime¹³⁹: anche in ciò si testimonia la condisione dell'approccio critico degli altri proibizionisti-conseguenzialisti.

Anche da un punto di vista democratico-deliberativo, inoltre, l'*hate speech* costituisce, secondo Lawrence, una causa di esclusione delle sue vittime dal dibattito pubblico, poiché impedisce loro di impegnarsi in tal senso, proprio a causa dello stereotipo di cui esse sono vittime, perpetrato attraverso il discorso d'odio¹⁴⁰.

Tutte queste ragioni, entro la prospettiva di Lawrence, devono condurre ad una necessaria accettazione di una posizione proibizionista, di regolazione dell'*hate speech* nella misura di una restrizione della libertà d'espressione quando questa contribuisca alla discriminazione (anche in questo caso, di tipo razziale). Egli, tuttavia, allarga il proprio campo d'indagine in maniera da comprendere il rapporto tra l'*hate speech* e la discriminazione in generale, a partire da un rifiuto della classica distinzione liberale tra *speech* e *action*. Nel fare ciò, l'autore giunge a supportare le ragioni di una proibizione dell'*hate speech* giuridicamente più "invasiva", a partire da una teoria degli "effetti diffusi" dello stesso: evidentemente, si tratta di un trattamento *illocutorio-proibizionista* del discorso d'odio.

6.4.4 – Dignità del *target* e performatività come sfida al neutralismo liberale

Il modello *illocutorio-proibizionista*, come si è visto, costituisce una maniera di affrontare il dibattito sull'*hate speech* entro la quale taluni autori privilegiano, nella discussione, il valore della dignità (ciò che ha portato alla definizione di «dignitarismo»). Nell'assegnazione alla sfera della dignità di un'importanza cruciale per la risoluzione delle questioni relative al discorso d'odio, tuttavia, è bene sottolineare *a chi* si sta facendo riferimento quando si sostiene la necessità della sua tutela: essa, evidentemente, è presa in analisi dal punto di vista di chi è *oggetto* di *hate speech*, motivo per il quale si può affermare che, in generale, entro il modello illocutorio-proibizionista si privilegia l'argomento della dignità del *target* dell'*hate speech*.

In questo senso, il discorso d'odio costituisce una lesione dell'eguaglianza, poiché impedisce il riconoscimento, come membri eguali della società, di coloro che risultano vittime di tale pratica. Non focalizzandosi sulle *conseguenze materiali* dell'*hate speech* (approccio perlocutorio), bensì trattando del problema come *malum in se* (approccio illocutorio), il modello

¹³⁸ CH.R. LAWRENCE III, "If He Hollers Let Him Go: Regulating Racist Speech on Campus", cit., p. 454.

¹³⁹ Ivi, p. 452. Lawrence, inoltre, sulla base di questa convinzione, critica l'opinione di maggioranza del giudice Scalia nel caso *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992), in cui, al contrario, il giudice pare riferirsi alla condotta di colui che aveva dato fuoco ad una croce (le croci incendiate sono uno dei simboli del Ku Klux Klan) nel giardino di una famiglia afroamericana come un invito alla discussione dell'idea dell'inferiorità razziale, piuttosto che all'affermazione della superiorità razziale in sé (secondo la lettura di Lawrence): CH.R. LAWRENCE III, "Cross Burning and the Sound of Silence: Antisubordination Theory and the First Amendment", in *Virginia Law Review*, 37, 1992, pp. 787-804, p. 790.

¹⁴⁰ CH.R. LAWRENCE III, "Cross Burning and the Sound of Silence: Anti-Subordination Theory and the First Amendment", cit.

illocutorio-proibizionista finisce per sostenere la tesi della violazione dell'eguaglianza formale di tutti i cittadini nel caso dell'implicita autorizzazione al discorso d'odio derivante dall'assenza di sanzioni contro tale pratica. Il *danno*, infatti, viene valutato come *elemento intrinseco* dell'espressione odiosa, venendo a costituire una *proprietà* dell'ente-linguaggio (cfr. *supra*, § 4.2.1): ciò significa che l'espressione si caratterizza come dannosa a prescindere dalle sue eventuali conseguenze. Waldron, ad esempio, rifiuta l'applicazione dell'impostazione del liberalismo *harm-based* di Feinberg alla questione dell'*hate speech* (cfr. *supra*, § 5.2.3).

Questa strategia argomentativa presuppone evidentemente una grande sfida per l'approccio del "neutralismo liberale", il quale, al contrario, come si è visto, si fonda generalmente sull'illiceità dei provvedimenti *viewpoint-based*: le uniche restrizioni possibili ai diritti – soprattutto ai diritti fondamentali – devono, dal punto di vista liberale, costituirsi per *neutralità*, ovvero senza assumere alcun punto di vista particolare. Al contrario, la sfida del modello illocutorio-proibizionista, affermando che il danno regredisce dall'effetto dell'azione all'azione stessa o, meglio, all'azione discorsiva, sta proprio nello scardinare la logica tradizionale della sanzione "neutrale": non vi è possibilità alcuna di neutralità nell'istituzione di provvedimenti contro l'*hate speech* e, inoltre, tale assenza di neutralità costituisce ciò che è richiesto per fronteggiare il problema. D'altra parte, l'*hate speech* è una pratica in sé non neutrale, motivo per cui gli unici provvedimenti possibili contro tale pratica sono proprio quelli che adottano il punto di vista opposto a quello discriminatorio per fronteggiarlo. Ciò permette di sostenere le ragioni della necessità di adozione di un punto di vista diverso da quello del liberalismo per affermare l'importanza delle leggi contro l'*hate speech*: si tratta, evidentemente, di un approccio coerente con quello neo-repubblicano alla questione della libertà d'espressione.

Inoltre, il proibizionismo deontologico costituisce un utile strumento per ripensare la stessa dignità del titolare di diritti. Da un lato, infatti, il rispetto della dignità da un punto di vista liberale significherebbe focalizzare l'attenzione sulla dignità dello *speaker*, affermando il diritto alla libertà d'espressione proprio come estrinsecazione della dignità di tutti gli esseri umani, i quali, proprio in virtù di tale condizione, devono essere trattati come uguali anche in relazione alla possibilità di espressione delle proprie idee: da qui deriva il diritto ad esprimere qualsivoglia contenuto, senza possibilità di restrizione. Questa concezione, dopo l'analisi del tuttavia, rivela in realtà un'attenzione ad una *dignità in senso formale*, come equiparazione dei soggetti parlanti e, dunque, necessaria equità di trattamento, che si estrinseca nella libertà di espressione in senso generalizzato, nel senso di una libertà formale dall'interferenza (cfr. *supra*, § 2.7.1). Dall'altro lato, invece, il rispetto della dignità nei termini della proposta del modello illocutorio-proibizionista pare focalizzare il centro dell'attenzione non tanto sullo *speaker*, bensì sul *target*, sulla persona (o sul gruppo di persone) oggetto del discorso d'odio. In questo senso, se l'espressione può essere dannosa in se stessa, ciò significa che autorizzare tutti i soggetti parlanti ad esprimere opinioni lesive della dignità altrui impedisce una reale attenzione alla dignità del soggetto che riceve il discorso d'odio. Al contrario, è possibile affermare la necessità di ripensamento della logica della dignità anche nei termini di una *dignità in senso sostanziale*, che non sia indifferente rispetto al contenuto del messaggio espresso, bensì, proprio per la sua natura materiale, in parte ne dipenda. La *civic dignity*, infatti, costituisce un principio sul quale fondare la necessità di protezione dell'*equal social standing* di ciascuno,

coerente con una libertà intesa nel senso della non-dominazione (cfr. *infra*, § 2.8.3). Questa relazione di dipendenza della dignità sostanziale del *target* dal contenuto del messaggio permette di concepire la restrizione della libertà d'espressione a tutela della dignità sostanziale delle vittime del discorso d'odio in virtù di un approccio illocutorio.

Inoltre, è bene precisare la relazione tra la dignità e la questione della cittadinanza. Il “diniego della cittadinanza”, come si è visto, costituisce oggetto di critica da parte del liberalismo, che interpreta tale affermazione nei termini di una *denial fallacy* (Heinze): il “diniego”, cioè, non si costituirebbe in senso effettivo, bensì solamente in senso metaforico. Un vero e proprio “diniego” della cittadinanza, dal punto di vista liberale, sarebbe l'effetto delle *azioni* discriminatorie, cioè di quelle pratiche, anche discorsive, che giungono a concretizzarsi in vere e proprie azioni, in fatti materialmente tangibili. Come si è indicato, un siffatto modo di argomentare riposa, in realtà, su un assunto fondamentale del liberalismo il quale, tuttavia, viene agitato come stendardo in maniera retorica senza che se ne rinvenga un'effettiva dimostrazione: la distinzione tra *speech* e *action*. Il discorso d'odio – così si argomenta – non può costituire una vera negazione della cittadinanza dei suoi *target*, poiché è costituito esclusivamente da pratiche discorsive, da parole, che non vengono effettivamente messe in atto, non trovano una traduzione concreta in azioni, in fatti tangibili, materiali. La distinzione tra *speech* e *action*, tipica dei sistemi giuridici liberali, costituisce, in ultima istanza, il presupposto dell'azione sanzionatoria dello Stato – si pensi alla sanzione penale, il cui presupposto è la concretizzazione di una *condotta materiale* (principio di materialità), motivo per il quale i cosiddetti “reati d'opinione” vengono criticati e talvolta anche espunti dalle disposizioni sanzionatorie degli Stati liberali. Tuttavia, come si è accennato in precedenza, la distinzione tra *speech* e *action* non viene effettivamente dimostrata; essa viene data per presupposta dal liberalismo, che non tiene in considerazione i casi in cui non si può effettivamente distinguere tra le due categorie, poiché il discorso presenta caratteristiche che sfuggono alla tradizionale classificazione, secondo la teoria degli atti linguistici e della performatività (cfr. *supra*, CAP. 4).

Pertanto, come si è visto, lo stesso Waldron riconosce il carattere performativo del linguaggio e, dunque dell'*hate speech*: l'odio non è costituito solamente da parole, ed è per questo che diviene *visibile*. Egli, dunque, sostiene le ragioni dell'impossibilità della distinzione tra *speech* e *action* e, di conseguenza, della necessaria indagine a partire dalla teoria della performatività. Inoltre, la distinzione tra *upstream laws* (le leggi contro l'*hate speech*) e *downstream laws* (le leggi contro la discriminazione) e l'argomento che sostiene l'indivisibilità delle due fattispecie permette di comprendere il forte vincolo tra *hate speech* e discriminazione.

Ancora, Heyman e Waldron permettono di definire la questione dell'*hate speech* come un problema di violazione di *diritti*: si pensi, per esempio, alle affermazioni di Heyman sul necessario bilanciamento tra libertà d'espressione e rispetto per i diritti altrui, tra libertà ed eguaglianza, a partire dalla “chiave” di tale bilanciamento, costituita dalla dignità; oppure al diritto di *recognition*, il diritto ad essere riconosciuto come portatore di dignità e il correlativo dovere, da parte dei cittadini, di *mutual recognition*. Waldron, inoltre, ha evidenziato che la pretesa da parte delle vittime dell'*hate speech* di rispetto e di tutela contro il discorso d'odio da parte di leggi apposite si fonda sul diritto alla non discriminazione, alla non lesione della *civic dignity* di ciascuno, che ha a che fare con la sua posizione nella società e deve essere

dunque trattata con strumenti penali contro l'*hate speech* (mentre, al contrario la reputazione costituisce un bene giuridico diverso, di natura soggettiva, tutelata dalle norme contro l'ingiuria e da norme di diritto civile).

Da ultimo, si ricordino le riflessioni di Lawrence, il quale, adottando un punto di vista illocutorio, sostiene una teoria degli effetti diffusi del discorso d'odio, a partire da approcci socio-linguistici e decostruzionisti. In virtù di tale impostazione, si definisce la possibilità di un intervento proibizionista nella forma *regulationist* (opposta, cioè, all'approccio minimalista; cfr. *infra*, § 6.5.3), attento alla descrizione dello stigma sociale come indipendente dallo scopo discriminatorio (*animus discriminandi*), a partire dalla motivazione inconscia della discriminazione razziale, che è causa della costruzione sociale dell'immagine del gruppo vulnerabile attraverso l'*hate speech*, indipendentemente, lo si ripete, dall'elemento della volontà.

L'approccio di Lawrence permette di evitare la strategia liberale tradizionale, che rischierebbe di giustificare la proibizione del discorso razzista solo quando questo non riesce ad essere concettualmente distinto dall'azione per un suo confluire nella categoria dell'azione stessa. Piuttosto, entro un approccio non minimalista, la distinzione tra *speech* e *action* sfuma fin quasi a scomparire, dovendosi propendere per l'adozione di *altri* criteri per la definizione dell'*hate speech*, che non lo riportino entro l'ambito dell'azione al fine di giustificare la sua proibizione, riprendendo l'adagio di Lawrence, per cui il razzismo è 100% discorso e 100% azione. L'*hate speech*, infatti, pare potersi definire come dannoso *nella sua stessa espressione* (modello *illocutorio*), piuttosto che in relazione alle conseguenze, e dunque al danno materiale che esso arreca (modello *perlocutorio*).

In conclusione, le posizioni di Heyman, Waldron e Lawrence pur non fondandosi esplicitamente su un *account* della libertà d'espressione al quale soggiace un ideale della libertà come non-dominazione, risultano comprensibili a partire da esso, nel senso di una critica alla tradizionale visione della libertà formale come non-interferenza. Quest'ultima, infatti, si fonda evidentemente su una distinzione tra *speech* e *action* e sul riconoscimento della dignità dello *speaker*. Al contrario, una reinterpretazione della questione a partire dall'ideale della non-dominazione permette di criticare la distinzione tra *speech* e *action* e di sostenere la necessità del riconoscimento della dignità del *target* come oggetto privilegiato di attenzione nelle questioni sottese all'*hate speech*, adottando una teoria della performatività fondata sull'approccio illocutorio della non-dominazione.

6.5 – Il modello perlocutorio-proibizionista

L'approccio perlocutorio-proibizionista alla questione dell'*hate speech*, nell'ottica della performatività, conclude per la limitazione della libertà d'espressione a favore dell'introduzione di *ban* contro il discorso d'odio sulla base del danno materiale conseguente al discorso d'odio: esso adotta, cioè, un modello perlocutorio, che indaga la causalità materiale.

Per comprendere alcune delle caratteristiche degli argomenti generalmente utilizzati entro l'approccio perlocutorio-proibizionista, è necessario sottolineare che esso fornisce una risposta diversa da quella *libertarian* alla questione dell'*hate speech* (cfr. *supra*, § 5.2.1): mentre il *libertarianism* si caratterizzava per una forte distinzione tra *speech* e *action*, il modello

perlocutorio-proibizionista argomenta a favore della restrizione del discorso d'odio accettando che, in taluni casi, *speech shades into action*.

Inoltre, esso critica anche l'approccio liberale-egitario. Come si è visto in precedenza (cfr. *supra*, § 2.6), infatti, il liberalismo egitario combina i valori di libertà ed eguaglianza nel tentativo di incontrare un equilibrio tra i due. Al contrario, invece, si è affermato che i *radical critics* (definizione che deriva dall'iscrizione al pensiero critico-radical, data l'appartenenza di molti dei sostenitori di questo modello all'ambito della *Critical Race Theory*; cfr. *supra*, § 6.4) mettono in dubbio l'impostazione tipicamente liberale, concependo la relazione tra libertà e uguaglianza (nel caso concreto della libertà d'espressione) in una maniera piuttosto distinta:

«[They] tend to see free speech and equality as competitors in a zero-sum game: Free speech's gain is equality's loss [...]. [I]n light of the great disparities of wealth and power, free speech's formal equality results in massive substantive inequality in the marketplace of ideas. [...] Accordingly, to the radicals the claim that free speech doctrine is neutral because it protects all people equally from government censorship is like saying that a law preventing people from sleeping under bridges is neutral because it applies to rich and poor alike»¹⁴¹.

Il problema del *free speech*, dunque, è visto come un conflitto costante tra libertà ed eguaglianza, in cui, quando “vince” la libertà d'espressione, l'eguaglianza si vede necessariamente ridotta – e viceversa. Inoltre, uno degli strumenti di analisi che può risultare utile per l'approfondimento degli argomenti del proibizionismo consequenzialista è la necessaria dialettica tra *eguaglianza formale* ed *eguaglianza sostanziale*. Mentre, infatti, la libertà d'espressione come diritto soggettivo ed umano viene riconosciuta a tutti i soggetti, in condizioni di eguaglianza formale, i casi concreti di utilizzo di questa libertà anche oltre i suoi stessi fini – tipicamente, i casi di abuso di diritto – possono portare ad un detrimento dell'eguaglianza sostanziale dei soggetti che risultano vittime di *hate speech*.

Il metodo utilizzato dai principali esponenti *crits*, infatti, attraverso un'analisi che condivide i presupposti del realismo giuridico, sfocia nell'affermazione per cui i sistemi giuridici non sono stati capaci di fornire «equal expressive access within public discourse solely on grounds of the [...] Constitution's black-letter pledges of political equality»¹⁴². Ciò testimonia la convinzione, propria di coloro che adottano un modello perlocutorio-proibizionista, dell'esistenza di una fondamentale discrepanza tra le garanzie giuridico-formali e le situazioni concrete e reali (sostanziali) in cui versano gli individui e i gruppi vulnerabili.

Per quanto riguarda la definizione generale dell'approccio perlocutorio-proibizionista, si può dire che in virtù di tale approccio i *ban* contro l'*hate speech* sono necessari al fine di evitare gli effetti dannosi del discorso d'odio, come ad esempio la promozione della violenza o della discriminazione contro determinati gruppi vulnerabili. Nel sostenere questa posizione, gli autori di riferimento non ritengono problematico spingersi sino a sostenere restrizioni *view-point-based*: si rifiutano infatti le teorie del *free speech* fondate sull'argomento del *marketplace*

¹⁴¹ J. WEINSTEIN, *Hate Speech, Pornography, and the Radical Attack on Free Speech Doctrine*, cit., p. 94.

¹⁴² E. HEINZE, “Hate Speech and the Normative Foundations for Regulation”, cit., p. 607.

*of ideas*¹⁴³, proprio per la sua tradizionale associazione con il background argomentativo di matrice liberale e la sua tendenza a sostenere visioni della libertà d'espressione molto meno limitate rispetto ad altre teorie¹⁴⁴. Su questa linea, anche la stessa distinzione tra restrizioni *viewpoint-based* e restrizioni *non viewpoint-based* viene rifiutata, proprio perché la "neutralità liberale" che informa la logica di coloro che sostengono la possibilità di limitazione senza adozione di un "punto di vista", di un set di valori condiviso, è un concetto posto in discussione e non accettato entro una prospettiva giuridica realista.

Inoltre, i proibizionisti-conseguenzialisti si oppongono tradizionalmente alla risposta giuridica di quelle frange opposizioniste che, come si vedrà (cfr. *infra*, §§ 6.6.6; 6.6.7), fanno leva sulla necessità di *empowerment* e individualizzazione-soggettivizzazione del problema dell'*hate speech*, argomentando a favore di «counterspeech strategies» (ovvero la possibilità di organizzazione di movimenti politici di *speaking back*, che riutilizzano il discorso offensivo verso una sua risignificazione in termini politici) che, secondo i proibizionisti, risultano «unrealistic as between members of a privileged majority and members of an historically subordinated minority or outsider group»¹⁴⁵.

L'approccio perlocutorio-proibizionista, in generale, si concentra sul danno o sul rischio di danno direttamente collegato all'utilizzo di determinate espressioni odiose. Così, ad esempio, può essere definito entro questa categoria l'approccio della *fighting words doctrine* della Corte Suprema degli Stati Uniti a partire dal 1942¹⁴⁶. Entro questa prospettiva, si assegna (entro una logica normativa) una relazione di causalità al binomio *hate speech*-danno. A livello accademico, questo approccio caratterizza il lavoro, tra gli altri, di Jean Stefancic e Richard Delgado e, in parte, di Mari J. Matsuda.

6.5.1 – Richard Delgado e Jean Stefancic: i danni da *hate speech*

Si è visto, poc'anzi, che Delgado e Stefancic possono essere considerati come gli esponenti, entro un orizzonte perlocutorio-proibizionista, di una tesi *diretta* della causalità, che collega le espressioni odiose direttamente alle conseguenze che esse producono.

In primo luogo, Stefancic e Delgado ritengono che i *ban* europei siano legittimi, poiché conducono ad un risultato migliore rispetto a quello riscontrato sotto la disciplina del Primo

¹⁴³ E. HEINZE, *Hate Speech and Democratic Citizenship*, cit., p. 101. Analogamente, cfr. J. WEINSTEIN, *Hate Speech, Pornography, and the Radical Attack on Free Speech Doctrine*, cit., p. 94.

¹⁴⁴ Si è già visto, in sede di definizione del modello (cfr. *supra*, § 3.2), come alcuni autori tendano ad associare l'argomento del libero mercato delle idee ad una posizione tendenzialmente *libertarian*, contraria alla restrizione della libertà d'espressione. Rileva questa caratteristica, a partire dal rifiuto dell'argomento del libero mercato delle idee da parte dei *crits*, E. HEINZE, *Hate Speech and Democratic Citizenship*, p. 101.

¹⁴⁵ *Ivi*, p. 116.

¹⁴⁶ Heinze sottolinea questo collegamento: *ivi*, p. 126. La *fighting words doctrine* (come si vedrà in maniera più approfondita in seguito (cfr. *infra*, § 7.2.6) è una tra le dottrine del Primo Emendamento alla Costituzione USA che viene utilizzata dalla Corte Suprema a partire dal caso *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942), in cui le «*fighting words*» vengono definite come quelle che, per il solo fatto di essere pronunciate, causano un danno o tendono ad incitare ad un simultaneo «breach of the peace»; al ricorrere di una *fighting word*, dunque, secondo la Corte vi può essere limitazione della libertà d'espressione da parte del governo proprio per impedire quel danno o l'incitamento a quel tipo di danno.

Emendamento statunitense, sostenendo che, mentre la libertà d'espressione può essere utilizzata per risolvere questioni "minori" e individuali, «[s]peech is less able [...] to deal with systemic social ills, such as racism or sexism, that are widespread and deeply woven into the fabric of society»¹⁴⁷. Ciò porta gli autori a sostenere espressamente una critica del modello del *marketplace of ideas* come inefficace nella protezione della discriminazione su base razziale, da un lato, oltre che, dall'altro lato, come un modello attraverso il quale i bianchi affermano continuamente, in realtà, la propria supremazia sotto la garanzia del *free speech*¹⁴⁸.

In una recensione ad un volume del 1992, che intendeva effettuare un'analisi dello stato della questione dell'*hate speech* all'inizio degli anni '90¹⁴⁹, Delgado e Stefancic sostengono che la libertà d'espressione e l'*hate speech* consistono in una sfida: «the challenge encompassed in balancing liberty and community; freedom of expression and freedom from discrimination; and the marketplace of ideas and the right of minority groups to self-respect»¹⁵⁰. Ciò risulta coerente con l'idea iniziale dal quale ha preso avvio l'indagine del fondamento (cfr. *supra*, CAP. 2): quella di delineare due approcci alla libertà d'espressione, uno maggiormente fondato sulla libertà come non-interferenza (liberale e, nei casi più "estremi", *libertarian*) e l'altro, invece, su diverse concezioni della libertà (neo-repubblicano), i quali, secondo una prima approssimazione, risultano maggiormente coerenti rispettivamente con la tutela della libertà d'espressione e la tutela contro l'*hate speech*, così come tendenti maggiormente, rispettivamente, al modello del *marketplace of ideas* e a modelli alternativi, come ad esempio, quello dei diritti dei gruppi vulnerabili al rispetto.

Negli Stati Uniti, sottolineano Delgado e Stefancic, esiste uno strumento di azione per il risarcimento del danno (civile) da *intentional infliction of emotional distress* che, in un primo momento, potrebbe risultare una risposta di natura giuridica utile alla protezione delle vittime del discorso d'odio; tuttavia, questo strumento è riservato, nell'applicazione giurisprudenziale, a «extreme and outrageous conduct»: pare dunque che sia lasciato alla discrezionalità dei giudici, che in numerosi casi hanno sostenuto che l'utilizzo di epiteti ingiuriosi su base razziale non possedevano quel requisito¹⁵¹. Sulla base dell'impossibilità, sancita dalle Corti statunitensi, di applicazione di tale strumento al discorso d'odio, Stefancic e Delgado riflettono sugli

¹⁴⁷ R. DELGADO, J. STEFANCIC, "Images of the Outsider in American Law and Culture: Can Free Expression Remedy Systemic Social Ills", in *Cornell Law Review*, 77, 1992, pp. 1258-1297, p. 1259.

¹⁴⁸ Ivi, pp. 1284-1288. Icasticamente, gli autori concludono la loro critica al libero mercato delle idee come segue: «Racism is not a mistake, not a matter of episodic, irrational behavior carried out by vicious-willed individuals, not a throwback to a long-gone era. It is ritual assertion of supremacy, like animals sneering and posturing to maintain their places in the hierarchy of the colony. It is performed largely unconsciously, just as the animals' behavior is. Racism seems right, customary, and inoffensive to those engaged in it, while bringing psychic and pecuniary advantages. The notion that more speech, more talking, more preaching, and more lecturing can counter this system of oppression is appealing, lofty, romantic—and wrong» (p. 1288).

¹⁴⁹ Il volume è S. COLIVER (ed.), *Striking a Balance. Hate Speech, Freedom of Expression and Non-discrimination*, Article 19, London and Human Rights Centre, University of Essex, 1992.

¹⁵⁰ J. STEFANCIC; R. DELGADO, "A Shifting Balance: Freedom of Expression and Hate-Speech Restriction", in *Iowa Law Review*, 78, 1993, pp. 737-750, p. 738.

¹⁵¹ R. DELGADO, J. STEFANCIC, *Understanding Words That Wound*, Westview Press, Boulder (Colorado), 2004, pp. 12-16; cfr. A. BROWN, *Hate Speech Law. A Philosophical Examination*, cit., che raccoglie l'argomento e aggiunge inoltre che in determinati casi, pur sussistendo tale illecito civile che genera la conseguente necessità di

effetti dell'*hate speech*, con l'esigenza di dimostrare il collegamento tra la discriminazione razziale e «increased levels of stress, suffering, depression, and life dissatisfaction»¹⁵². Secondo una prospettiva di matrice perlocutoria, infatti, dimostrare tale relazione causale corroborerebbe le ragioni della richiesta di un'azione di risarcimento del danno da *hate speech* per *intentional infliction of emotional distress*.

Tale strategia pare definire gran parte della ricerca di Delgado. Egli, utilizzando un approccio decisamente perlocutorio (pur non dimenticando ragioni deontologiche¹⁵³), si concentra sulla questione della *salute* della vittima di *hate speech*¹⁵⁴. Esiste, innanzitutto, un «*short-term severe emotional distress*»¹⁵⁵ che, nella prospettiva di Delgado, è analizzato come conseguenza del *tort of outrage*, la fattispecie che nell'ordinamento statunitense punisce l'ingiuria. Secondo l'autore, che analizza alcuni casi della giurisprudenza americana con riferimento a situazioni di utilizzo di linguaggio offensivo e discriminatorio nei confronti di persone individuate sulla base dell'appartenenza razziale¹⁵⁶, tale comportamento ingenera nella vittima sentimenti di umiliazione, isolamento e odio verso di sé che causano stress e, dunque, possono giungere ad avere conseguenze fisiche¹⁵⁷.

L'autore analizza la stigmatizzazione nei confronti delle persone individuate sulla base della razza, citando studi sociologici che dimostrano come tale situazione causi conseguenze negative sulla salute psico-fisica delle persone vittime di stereotipizzazione, come un senso di inferiorità identitaria, ipersensibilità, problematiche relazionali (sia nei confronti del proprio gruppo, sia nei confronti della società in generale), patologie mentali e disturbi psicosomatici, aumento del consumo di alcol e droghe e tendenza a comportamenti antisociali, frustrazione, alterazione della pressione sanguigna, disturbi alimentari, ipertensione, oltre a conseguenze di natura anche economica, come l'impossibilità di trovare occupazione, la maggiore aspettativa di fallimento, la minore ampiezza delle opportunità di carriera (dovuta al razzismo istituzionale). Nei bambini, le conseguenze dell'essere vittime di pratiche discorsive razziste sono più evidenti: esse causano l'odio verso il sé e la sensazione di imperfezione. Inoltre, Delgado

risarcimento del danno, le Corti hanno applicato la dottrina del Primo Emendamento per sostenere l'inapplicabilità di tale restrizione della libertà d'espressione sulla base del contributo del discorso al discorso pubblico (pp. 32-33). Cfr. inoltre le pp. 51-56 (e la giurisprudenza ivi citata) per una ricognizione del fallimento, in numerosi casi statunitensi, dell'applicazione dell'illecito civile suddetto.

¹⁵² R. DELGADO; J. STEFANCIC, *Understanding Words That Wound*, cit., p. 14.

¹⁵³ È il caso, ad esempio, della tesi per cui l'*hate speech* costituisce un danno alla dignità della sua vittima, che viene assunta dall'autore in R. DELGADO, "Words That Wound: A Tort Action for Racial Insults, Epithetis, and Name-Calling", cit., pp. 143-145, 171; per un'analisi, cfr. A. BROWN, *Hate Speech Law. A Philosophical Examination*, cit., pp. 91-92.

¹⁵⁴ R. DELGADO, "Words That Wound: A Tort Action for Racial Insults, Epithetis, and Name-Calling", cit., pp. 166-167.

¹⁵⁵ A. BROWN, *Hate Speech Law. A Philosophical Examination*, cit., pp. 51-56.

¹⁵⁶ Il *leading case* dal quale parte Delgado è *Contreras v. Crown Zellerbach, Inc.*, 88 Wash. 2d 735 (1977), decisione della Corte Suprema dello stato del Washington.

¹⁵⁷ R. DELGADO, "Words That Wound: A Tort Action for Racial Insults, Epithetis, and Name-Calling", cit., pp. 137-139. Si veda, inoltre, lo studio citato da Brown, che collega direttamente l'*hate speech* razzista in rete alla depressione sofferta dalle vittime: cfr. B. TYNES (*et al.*), "Adolescence, Race, and Ethnicity on the Internet: A Comparison of Discourse in Monitored vs. Unmonitored Chat Rooms", in *Applied Developmental Psychology*, 25, 2004, pp. 667-684.

elenca anche i danni nei confronti della società in generale («*as a whole*»), sostenendo che l'incapacità del sistema giuridico di rispondere a tale situazione ingeneri l'idea che l'egalitarismo non costituisca un principio fondamentale del diritto e della Costituzione, oltre a fornire un messaggio educativo che sminuisce l'importanza del rispetto per gli altri. In aggiunta, il razzismo impedisce la mobilità sociale, lo scambio e la comunicazione tra gruppi di minoranza, oltre a determinare negli esclusi la sensazione di essere «outsiders»: esso costituisce «a force used by the majority to preserve an economically advantageous position for themselves»¹⁵⁸.

Per quanto riguarda espressamente l'insulto razziale, Delgado sostiene che esso consiste nell'affermazione che la vittima ha meno diritti rispetto a tutti gli altri cittadini, che (analogamente agli altri appartenenti al suo gruppo razziale) deve essere trattata come inferiore rispetto agli altri membri della società, ciò che permette al perpetratore di relegarsi in una posizione di completa superiorità (sia razziale sia di classe), infliggendo così un «immediate emotional distress», una violazione della dignità e danni psicologici, come «long-term emotional pain», senso di inadeguatezza, incompetenza e stupidità e reazioni aggressive¹⁵⁹: pronunciare parole offensive può dunque causare un danno piuttosto grave.

Delgado, inoltre, tratta di quella che Brown definisce «profezia autoavverantesi» («*self-fulfilling prophecy*»¹⁶⁰): nella sua prospettiva, nel confronto con gli stereotipi tradizionalmente associati al gruppo di appartenenza, l'individuo tenderebbe ad adattarvi – e, di conseguenza, ad agire in maniera concorde con gli stessi.

Sulla base di ciò, quantomeno entro la prospettiva di Delgado, la giurisprudenza statunitense, a partire dagli anni '70, inizia ad applicare il principio per cui «racial epithets which were once part of common usage may not now be looked upon as 'mere insulting language'»¹⁶¹.

Sono queste le ragioni che costituiscono il nucleo perlocutorio delle tesi di Delgado, le quali verranno più volte richiamate in tutta la letteratura proibizionista-conseguenzialista (soprattutto quella afferente alla *Critical Race Theory*), come una sorta di monito tale per cui “*hate speech hurts*”.

Insieme a Stefancic, Delgado effettua una distinzione tra due tipi di *hate speech*: quello «*face-to-face*», praticato da una persona direttamente nei confronti di un'altra, o di un gruppo presente (il quale, a ben vedere, coincide con l'ingiuria nelle sue caratteristiche essenziali, aggiungendo la motivazione dell'appartenenza al gruppo vulnerabile) e il «*general hate speech*», praticato con discorsi rivolti a folle indeterminate di individui o in maniera anonima (ad esem-

¹⁵⁸ R. DELGADO, “Words That Wound: A Tort Action for Racial Insults, Epithetis, and Name-Calling”, cit., pp. 136-143 (la citazione è a p. 142).

¹⁵⁹ Ivi, pp. 143-149.

¹⁶⁰ Espressione di A. BROWN, *Hate Speech Law. A Philosophical Examination*, cit., p. 83, ove il riferimento è a R. DELGADO, “Words That Wound: A Tort Action for Racial Insults, Epithetis, and Name-Calling”, cit., p. 146, che a sua volta cita M. DEUTSCH, I. KATZ, A. JENSEN (eds.), *Social Class, Race, and Psychological Development*, with a preface by Ernest R. Hilgard, Holt, Rinehart and Winston, New York, 1968, p. 175. In maniera analoga, M.J. MATSUDA, “Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story”, cit., p. 2336. A. BROWN, *Hate Speech Law. A Philosophical Examination*, cit., p. 83, riconosce questa come una delle caratteristiche estensibili alla linea di pensiero generale della *Critical Race Theory*.

¹⁶¹ *Contreras v. Crown Zellerbach, Inc.*, 88 Wash. 2d 735 (1977).

pio attraverso volantini), che non specificano il destinatario ma si rivolgono al gruppo in generale¹⁶². Essi, in questa suddivisione, sostengono che il secondo non sia meno dannoso del primo, pur presentando un danno di tipo diffuso e non circoscritto: in tal modo, giungono addirittura a sostenere che la connessione tra l'*hate speech* e la violazione di massa dei diritti umani «may not be merely statistical and contingent, but conceptual and necessary»¹⁶³.

È evidente, dunque, l'approccio estensivo degli autori nei confronti dell'*hate speech*: partendo da un'analisi delle ragioni perlocutorie che giustificerebbero l'applicazione del risarcimento del danno nel caso dell'ingiuria razzista, essi giungono ad espandere il discorso fino a sostenere la possibilità di ricomprendere anche situazioni non inquadrabili, secondo le categorie giuridiche tradizionali, entro la fattispecie dell'*ingiuria* (che richiede la presenza di una vittima ben determinata), prospettando una possibilità di riflessione che coinvolga anche situazioni di *diffamazione* (nel loro caso, di natura razziale).

Delgado e Stefancic, in un articolo del 1995, sintetizzano alcuni degli argomenti maggiormente utilizzati contro la proibizione dell'*hate speech*, i quali, nell'analisi del dibattito che si sta svolgendo in questa sede, si distinguono per importanza nel definire in maniera antipodica le ragioni del proibizionismo e dell'opposizionismo. Tra questi argomenti, gli autori ne evidenziano tre dal carattere tipicamente *paternalista*: 1) quello della «pressure valve»; 2) la «best friend objection»; 3) il «more speech against hate speech»¹⁶⁴.

1) L'argomento della «pressure valve» sostiene che proibire l'*hate speech* significherebbe porre le minoranze in una situazione maggiormente pericolosa, perché il *free speech*, anche quando applicato, ad esempio, alle espressioni razziste, costituisce una vera e propria 'valvola di sfogo'¹⁶⁵ che assicura che i suoi perpetratori non compiano atti realmente violenti o discriminatori. Essa permetterebbe all'odio e alla tensione di dissolversi prima di raggiungere un livello eccessivamente pericoloso. Delgado e Stefancic, al contrario, sostengono l'esistenza di prove psicologiche che dimostrano che l'*hate speech* aumenta i livelli di odio e la probabilità

¹⁶² R. DELGADO, J. STEFANCIC, "Four Observations about Hate Speech", in *Wake Forest Law Review*, 44, 2009, pp. 353-370, pp. 361-364. Al lavoro di Delgado e Stefancic si può obiettare che, nei casi di *online hate speech*, evidentemente tale distinzione sfuma fino quasi a scomparire: si pensi, infatti, all'offesa da parte di un individuo nei confronti di un altro individuo o gruppo perpetrata nelle forme di un commento sulla bacheca Facebook, un *tweet*, un *tag* ecc. Si tratta, a ben vedere, di offese dirette che, tuttavia, sfociano ugualmente nella seconda categoria, poiché esse sono al contempo rivolte alla comunità degli utenti in generale, stante il fatto che sono leggibili da una moltitudine di persone in qualsiasi momento.

¹⁶³ R. DELGADO, J. STEFANCIC, "Four Observations about Hate Speech", cit., pp. 363-364 (la citazione è a p. 364), ove gli autori adducono gli esempi della schiavizzazione degli afroamericani e dello sterminio degli indiani d'America, citando peraltro A. TESIS, *Destructive Messages. How Hate Speech Paves the Way For Harmful Social Movements*, New York University Press, 2002, come esempio di letteratura che dimostra il collegamento tra l'*hate speech* e i genocidi, nella misura in cui il primo è solitamente utilizzato come meccanismo di introduzione del sentimento d'odio e della costruzione del discorso odioso nei confronti degli stessi gruppi che poi, storicamente, diventano vittime di genocidio. Per il collegamento tra l'*hate speech* e gli *hate crimes*, nel senso della possibilità che il primo conduca alla commissione dei secondi, cfr. A. CORTESE, *Opposing Hate Speech*, Greenwood Publishing, Westport (Conn.), 2006.

¹⁶⁴ R. DELGADO, J. STEFANCIC, "Ten Arguments against Hate-Speech Regulation: How Valid?", in *Northern Kentucky Law Review*, 23, 1996, pp. 475-490.

¹⁶⁵ Si ricordi che la 'valvola di sfogo' costituisce, secondo Peces-Barba, l'«istituzionalizzazione della resistenza», di cui la libertà d'espressione è un classico esempio: G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, "Desobediencia civil y objeción de conciencia", in ID., *Derecho y derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1993, pp. 371-392, p. 377.

di comportamenti violenti e socialmente pericolosi, poiché si fonda sulla *categorizzazione* e su una sorta di “autorizzazione” da parte del diritto (o, meglio, dell’assenza del diritto) che fa sì che gli individui si sentano sicuri nell’agire sotto la protezione della libertà d’espressione¹⁶⁶.

2) La «best friend objection»¹⁶⁷ coincide con l’argomento già visto con l’opposizionismo deontologico, in base al quale la libertà d’espressione sarebbe “amica” delle minoranze, poiché ha storicamente permesso loro di giungere ad un’emancipazione dalla propria condizione proprio attraverso il *free speech*. In realtà, gli autori citano esempi storici (come ad esempio il caso di Martin Luther King) in cui chi tentava di esercitare il diritto alla libera espressione proprio in tal senso subiva in realtà pene detentive che miravano ad impedirgli/le esattamente quell’attività¹⁶⁸. Si tratterebbe, cioè, del cosiddetto «effetto pubblicitario»¹⁶⁹.

3) Opponendosi all’argomento del «more speech against hate speech», gli autori criticano l’idea del *counterspeech* dell’opposizionismo¹⁷⁰:

«How could one respond to: “N, go back to Africa. You don’t belong at the university”? Would one say: “Sir, you do not understand. According to prevailing ethics and constitutional interpretation I, an African American, am of equal dignity and entitled to attend this university in the same manner as others. Now that I have explained this, will you please modify your remarks in the future?”¹⁷¹.

Nella prospettiva degli autori, *speaking back* è un comportamento che non risulta sempre possibile e disponibile (nello spettro delle alternative) alla vittima di *hate speech*, proprio a causa dell’asimmetria tra il perpetratore e il soggetto che lo riceve, nonché per gli effetti immediati che tale discorso pone in essere¹⁷². Esiste, infatti, un «*silencing effect*» come effetto perlocutorio¹⁷³ del discorso d’odio (cfr. *supra*, §§ 4.2.4; 4.2.5), che, se da un lato impedisce una reale partecipazione delle sue vittime alla formazione dell’opinione pubblica («effetto

¹⁶⁶ R. DELGADO, J. STEFANCIC, “Ten Arguments against Hate-Speech Regulation: How Valid?”, cit., pp. 477-478.

¹⁶⁷ Cfr., ad esempio, K.L. KARST, “Boundaries and Reasons: Freedom of Expression and the Subordination of Groups”, in *University of Illinois Law Review*, 95, 1990, pp. 95-149.

¹⁶⁸ R. DELGADO, J. STEFANCIC, “Ten Arguments against Hate-Speech Regulation: How Valid?”, cit., pp. 479-480.

¹⁶⁹ L’effetto pubblicitario è attribuito da Rawls alla disobbedienza civile negli ordinamenti giuridici democratici contemporanei, ma può essere ricollegato anche alla questione della libertà d’espressione: cfr. J. RAWLS, “Teoría de la desobediencia civil”, in R.M. DWORKIN, *La filosofía del Derecho*, FCE, México, 1980; E. GARZÓN VALDÉS, “Acerca de la desobediencia civil”, in *Sistema*, 42, 1981, pp. 79-92; E. FERNÁNDEZ GARCÍA, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Debate, Madrid, 1984, pp. 228-241.

¹⁷⁰ Per una panoramica dell’argomento e della critica da parte della *Critical Race Theory*, cfr. A. BROWN, *Hate Speech Law. A Philosophical Examination*, cit., pp. 256-263.

¹⁷¹ R. DELGADO, J. STEFANCIC, “Ten Arguments against Hate-Speech Regulation: How Valid?”, cit., p. 481. A. BROWN, *Hate Speech Law. A Philosophical Examination*, cit., sulla scorta di questo argomento, sostiene: «To expect the victims of hate speech not to use hate speech in response to hate speech could be—to recycle a metaphor used by Justice Scalia in striking down a content-based cross burning ordinance in *R.A.V. v. City of St. Paul*—to expect them (the victims of hate speech) to follow Marquis of Queensberry rules while their opponents (hate speakers) fight freestyle» (p. 256).

¹⁷² R. DELGADO, J. STEFANCIC, “Ten Arguments against Hate-Speech Regulation: How Valid?”, cit., pp. 480-481.

¹⁷³ Il carattere *perlocutorio* del *silencing effect*, in questo argomento, è sottolineato da A. BROWN, *Hate Speech Law. A Philosophical Examination*, cit., p. 84. L’argomento era già stato utilizzato, in particolare, da F. MICHELMAN, “Conceptions of Democracy in American Constitutional Argument: The Case of Pornography Regulation”, cit., pp. 291-319.

escludente»¹⁷⁴), dall'altro, in maniera ancora più semplice, non rende possibile alla vittima la strategia di *speaking back*, cioè di opporsi alla medesima azione ingiuriosa perpetrata per mezzo della parola attraverso la parola stessa, rispondendo all'insulto ricevuto. Sulla base di tale argomento, «if left unchecked, certain forms of hate speech can deter or inhibit members of targeted groups from functioning as ordinary deliberative democrats»: si tratta di una «deliberative exclusion» in virtù della quale talune vittime dell'*hate speech*, per la propria sicurezza personale o a causa di un senso di inferiorità, «tend to refrain from participating in the formation of public opinion; adapt their expressed preferences in order to fit their reduced circumstances; and/or find that even when they do decide to speak up what they say falls on deaf ears because of the low opinion that others have of them, partly as a consequence of the negative stereotypes carried and reinforced by hate speech»¹⁷⁵.

Vi sono, inoltre, tre argomenti che, secondo Delgado e Stefancic, sono tradizionalmente utilizzati entro una prospettiva *neoconservatrice*: 4) l'argomento del «waste-of-time»; 5) l'argomento dell'«indicatore»; 6) l'argomento della vittimizzazione¹⁷⁶.

4) In una prospettiva *neocons*, lottare contro la discriminazione sarebbe uno “spreco di tempo”, poiché va a beneficio di un ristretto numero di persone e, soprattutto, non è possibile cambiare le strutture sociali attraverso l'attivismo, ciò che rafforza l'argomento liberale del *counterspeech* come strategia più snella ed efficace. Come rileva Brown, analizzando l'argomento del «waste-of-time», è possibile operare un'inversione dell'argomento contro gli stessi *neocons*: l'*hate speech* può richiedere alle sue vittime un impiego di tempo e di energie considerevoli per la rimozione dei suoi effetti, tempo che è concretamente sottratto alla possibilità di un eventuale *counterspeech*¹⁷⁷.

¹⁷⁴ R. CUEVA FERNÁNDEZ, “El «discurso del odio» y su prohibición”, cit., sostiene: «En nuestras sociedades [...] hay tendencias que, partiendo de premisas poco igualitarias, pretenden alimentarlas aumentando el grado de exclusión de ciertos colectivos, siendo dos de los principales, como se ha visto, la existencia de prejuicios sociales basados en estructuras de dominación y la inexistencia de la titularidad plena de derechos para determinados sujetos que viven entre nosotros. Tales son los elementos favorables a que el *hate speech* consiga efectos discriminatorios [...]. Las propuestas excluyentes o discriminatorias que determinados grupos organizados difunden contra otros a los que quieren marginar, configuran el punto de partida para la asunción de dos principales tácticas. Herir la reputación del colectivo vulnerable de que se trate es una de ellas, *atemorizarle* es la otra» (p. 450).

¹⁷⁵ A. BROWN, *Hate Speech Law. A Philosophical Examination*, cit., p. 198, che così riassume l'argomento di R. DELGADO, J. STEFANCIC, “Images of the Outsider in American Law and Culture: Can Free Expression Remedy Systemic Social Ills”, cit.

¹⁷⁶ R. DELGADO, J. STEFANCIC, “Ten Arguments against Hate-Speech Regulation: How Valid?”, cit., pp. 482-487. Gli argomenti conservatori sono, in realtà, più di tre, secondo gli autori; tuttavia, si ritiene che quelli riportati siano quelli che risultano utili alla discussione della loro prospettiva effettuata in questa sede. Cfr., inoltre, R. DELGADO, D.H. YUN, “The Neoconservative Case against Hate Speech Regulation: Lively, D'Souza, Gates, Carter, and the Toughlove Crowd”, in *Vanderbilt Law Review*, 47, 1994, pp. 1807-1825, rispettivamente le pp. 1812-1814, 1816-1818 e 1818-1819, ove è opportuno evidenziare che gli autori sostengono che alla base dell'approccio della «toughlove crowd» (che indica i *neocons*) non vi è altro che la teoria del *marketplace of ideas* (pp. 1822-1824).

¹⁷⁷ A. BROWN, *Hate Speech Law. A Philosophical Examination*, cit., p. 259, il quale si rifà all'esperienza concreta di Amanda Hess, una vittima di stalking che denunciava la quantità di tempo “persa” nel tentare di rimediare alle conseguenze della sua situazione. Tuttavia, Brown accenna anche alla prospettiva opposta, quella per la quale tale argomento potrebbe riversarsi contro i suoi stessi proponenti, dal momento che anche i costi giudiziali della persecuzione dell'*hate speech* possono essere valutati, dal punto di vista della vittima, in termini di tempo: cfr. R. DELGADO, J. STEFANCIC, “Four Observations about Hate Speech”, cit., pp. 360-361.

5) e 6) Per quanto riguarda l'indicatore e la vittimizzazione, questi argomenti sostengono che sia meglio rendere visibile l'odio attraverso il *free speech* così da isolare chi pratica discorsi razzisti (indicatore), piuttosto che emanare provvedimenti che finirebbero per "nascondere" l'odio, oltre al fatto che questi relegherebbero chi subisce l'*hate speech* in una posizione di vittima (vittimizzazione), senza concedere possibilità di reale *empowerment*. A questi argomenti Delgado e Stefancic rispondono che i *ban* contro il discorso d'odio permetterebbero di visibilizzare chi lo pratica e segnalare la pratica stessa come scorretta, ciò che andrebbe a vantaggio dei soggetti che lo subiscono e impedirebbe la vittimizzazione.

Vi è, inoltre, un argomento, di matrice *libertarian*, che ha contraddistinto l'approccio dell'*American Civil Liberties Union* (ACLU), che va aggiunto alla lista di argomenti contro i quali si è opposto Delgado (in questo caso insieme a Yun): l'argomento del «the speech we hate»¹⁷⁸. Si tratta di una posizione (che può essere definita come aderente alla logica del *free speech absolutism*) che, in analogia con l'argomento della *slippery slope* (cfr. *supra*, § 3.2.2), sostiene che, al fine di proteggere la libertà d'espressione, è necessario accordare protezione anche a forme di discorso con le quali non si concorda, finanche quelle odiose, poiché reprimerle genererebbe una vulnerazione del discorso in sé che finirebbe per espandere i confini del proibito e coinvolgere il *free speech core*. In questo senso, l'argomento dello «speech we hate» è contrario al paradosso della tolleranza¹⁷⁹: mentre quest'ultimo non permetterebbe di giustificare l'*hate speech*, l'argomento del «the speech we hate» giunge ad affermare che tollerare significa accordare protezione a qualsiasi tipo di discorso, incluso quello nazista.

Contro questo argomento, Delgado e Yun sostengono che si tratti più di un dogma che di un vero e proprio argomento normativo, poiché esso non è mai stato realmente dimostrato, bensì viene sempre e solo citato per rafforzare il discorso. Inoltre, occorre trattare gli esseri umani come fini in se stessi e non come mezzi, motivo per cui sostenere che concedere libertà d'espressione anche al discorso dannoso per proteggere quello politico viola il principio del necessario rispetto per la dignità umana. Da ultimo, è necessario bilanciare valori tra loro contrapposti, senza che si possa stabilire l'assolutezza di un solo valore contro tutti gli altri¹⁸⁰. Icasticamente, la posizione dell'ACLU viene definita dagli autori «First Amendment Romanticism», un'idealizzazione incapace di affrontare la questione della «social construction of reality»¹⁸¹ (cfr. *infra*, § 6.6.7).

¹⁷⁸ Delgado fa risalire l'argomento ad una sentenza di cui fu estensore il giudice Oliver Wendell Holmes Jr., *United States v. Schwimmer*, 279 U.S. 644 (1929), in cui il giudice affermò: «If there is any principle of the Constitution that more imperatively calls for attachment than any other it is the principle of free thought—not free thought for those who agree with us but freedom for the *thought that we hate*» (corsivi nostri).

¹⁷⁹ Il paradosso della tolleranza è stato elaborato da Karl Popper, il quale sostenne che un regime di tolleranza illimitata finisce per essere vittima degli intolleranti e, dunque, conduce al suo opposto; K. POPPER, *The Open Society And Its Enemies*, Routledge, London, 1945.

¹⁸⁰ R. DELGADO, D. YUN, ““The Speech We Hate”: First Amendment Totalism, the ACLU, and the Principle of Dialogic Politics”, in *Arizona State Law Journal*, 27, 1995, pp. 1281-1300.

¹⁸¹ Ivi, p. 1296.

Sempre in una linea di indagine teorica, è opportuno soffermarsi su un'ulteriore riflessione argomentativa di Delgado. Egli, con riferimento alla sua proposta di istituire una fattispecie di danno civile da ingiuria razzista, ripercorre quelli che sono tradizionalmente indicati come i «free speech interests»¹⁸², che informano le diverse dottrine sul Primo Emendamento, argomentando come tale fattispecie non si porrebbe in contrasto con alcuno di essi. Per quanto riguarda l'argomento dell'*individual self-fulfillment*, l'espressione del sé razzista costituisce una parte scarsamente rilevante dell'espressione ingiuriosa, che è costituita principalmente dall'offesa, motivo per cui non si può sostenere che l'*hate speech* razzista persegua la realizzazione del sé¹⁸³. Inoltre, secondo Delgado, l'*hate speech* non persegue alcuna finalità di *ricerca della verità* o di interesse *politico*, poiché esso non mira alla convinzione circa determinate idee, bensì all'affermazione della superiorità razziale. Ciò permette di sottolineare, ancora una volta, che la proibizione dell'*hate speech* – o, meglio, quella sostenuta dal proibizionismo consequenzialista – non si confà alle ragioni del *marketplace of ideas*.

Peraltro, l'autore sostiene la «teaching function of the law»¹⁸⁴, la funzione educativa del diritto, in virtù della quale l'introduzione di provvedimenti contro l'*hate speech* avrebbe un effetto educativo nei confronti delle persone che sono solite praticare il discorso d'odio e, dunque, porterebbe ad una sua sostanziale diminuzione. Inoltre, in una recensione a *The Harm in Hate Speech* di Waldron, pur sostenendo la sensatezza dell'argomento dell'autore, argomenta che vi sono situazioni in cui, pur non rimanendo visibile “nell'aria” o nel *look* di una “città razzista” (citando la questione relativa alla *well-ordered society*; cfr. *supra*, §§ 2.7.2a; 6.4.2), gli insulti «can pollute the environment in ways almost as damaging as billboards and monuments», come nel caso dell'insulto praticato *vis-à-vis*¹⁸⁵. Proprio per far fronte a tale “inquinamento”, conseguenza degli insulti razzisti, occorre intervenire con strumenti giuridici, i quali, appunto, possiedono una funzione educativa molto importante, che contribuisce al cambiamento sociale poiché permette di eradicare stereotipi e pratiche discriminatorie.

La proposta di Delgado costituisce un approccio *minimale*, volto a richiedere una sanzione civile per gli insulti razziali («a tort action for racial insults»). Ciò permette di porre l'accento sul fatto che egli limita in realtà la sfera d'azione a determinate situazioni particolari e circoscritte che possono costituire il motore del cambio sociale, proponendo una risposta non eccessivamente “invasiva”: con strumenti civili, appunto, non penali.

¹⁸² A partire dal già citato TH.I. EMERSON, “Toward a General Theory of the First Amendment”, cit.

¹⁸³ Si tratta di una questione che ha visto Delgado scontrarsi con Marjorie Heins, la quale ha affermato che l'*individual self-fulfillment* costituisce uno dei principi fondamentali e una dimensione essenziale del Primo Emendamento. Al contrario, Delgado ha ribattuto che la ricerca del sé non può essere perpetrata attraverso l'espressione di offese e ingiurie nei confronti di terzi, risultando necessario distinguere tra il «piacere» che gli individui provano nell'offendere gli altri e la relativa necessità nel tentativo di realizzazione del sé. Cfr. il dibattito in M. HEINS, “Banning Words: A Comment on “Words That Wound””, in *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 18, 1983, pp. 525-584, e la risposta di Delgado in R. DELGADO, “Professor Delgado Replies”, in *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 18, 1983, pp. 593-597.

¹⁸⁴ R. DELGADO, “Words That Wound: A Tort Action for Racial Insults, Epithetis, and Name-Calling”, cit., pp. 148-149.

¹⁸⁵ R. DELGADO, “Review of *The Harm in Hate Speech* by Jeremy Waldron”, in *Law and Society Review*, 47, 2013, pp. 232-233.

La riflessione di Delgado risulta utile per distinguere due approcci della giurisprudenza e dottrina statunitense al problema dell'*hate speech*. Egli, infatti, nel trattare delle regole anti-razziste emanate da vari campus universitari negli Stati Uniti per fronteggiare il problema¹⁸⁶, sostiene che due paiono essere le diverse strategie di risoluzione dello stesso sotto la Costituzione USA: 1) quella tradizionale, del Primo Emendamento, per cui esso costituisce, come si è già visto, un problema di libertà d'espressione, che vede fronteggiarsi coloro che sostengono l'impossibilità della limitazione in favore del *free speech* e coloro che, al contrario, ritengono che esso non protegga il discorso razzista; 2) una seconda strategia, che chiama in causa il Quattordicesimo Emendamento, secondo cui tali regolamenti si giustificano con la proibizione agli Stati di negare la *equal protection of the law* ai cittadini, ciò che farebbe del problema una questione di uguaglianza¹⁸⁷.

Delgado esplicita che le due diverse strategie portano a due diverse soluzioni poiché impiegano due diverse narrative, quella della *libertà* e quella dell'*uguaglianza*:

«One often hears that the problem of campus antiracism rules is that of balancing free speech and equality. But more is at stake. Each side wants not merely to have the balance struck in its favor; each wants to impose its own understanding of what is at stake. Minority protectors see the injury of one who has been subject to a racial assault as not a mere isolated event, but as part of an interrelated series of acts, by which persons of color are subordinated, and which will follow the victim wherever she goes. First amendment defenders see the wrong of silencing the racist as much more than a momentary inconvenience: protection of his right to speak is part of the never-ending vigilance necessary to preserve freedom of expression in a society that is too prone to balance it away»¹⁸⁸.

Si tratta di un riferimento molto importante, che riassume gli approcci del Primo Emendamento e del Quattordicesimo Emendamento, della libertà e dell'uguaglianza (cfr. *supra*, § 4.2.4). Come afferma Delgado, non c'è modo di stabilire quale delle due strategie prevalga: si tratta di una *scelta* che viene di volta in volta effettuata dagli operatori giuridici; e come tutte le scelte, si può aggiungere, nella prospettiva della CRT, che si tratta di una scelta ideologica.

Sulla base di questa distinzione, Delgado rifiuta la logica della libertà e del Primo Emendamento, poiché questa impostazione vede nell'*hate speech* un *danno individuale*, corrispondendo a teorie liberali e individualistiche, non risultando capace di comprendere la struttura sociale della discriminazione¹⁸⁹.

¹⁸⁶ Sulla questione dei *campus speech codes*, cfr. S. WALKER, "The Campus Speech Codes: Hate Speech in the 1980s and 1990s", in ID. *Hate Speech. The History of an American Controversy*, cit., pp. 127-154.

¹⁸⁷ R. DELGADO, "Campus Antiracism Rules: Constitutional Narratives in Collision", in *Northwestern University Law Review*, 85, 2, 1991, pp. 343-387, pp. 345-348. Cfr., sul conflitto tra il Primo e il Quattordicesimo Emendamento nel caso dell'*hate speech*, M.E. GALE, "Reimagining the First Amendment: Racist Speech and Equal Liberty", in *St. John's Law Review*, 65, 1991, pp. 119-163. D'altra parte, si era già indicata, come caratteristica generale del proibizionismo consequenzialista (in apertura del paragrafo, cfr. *supra*), il tendenziale rifiuto della logica liberale, che tende ad inquadrare l'*hate speech* unicamente come un problema di libertà d'espressione, verso una maggior attenzione per il principio di uguaglianza.

¹⁸⁸ R. DELGADO, "Campus Antiracism Rules: Constitutional Narratives in Collision", cit., pp. 346-347.

¹⁸⁹ Ivi, pp. 385-386. Si noti, peraltro, che Delgado afferma: «This situation makes free speech a powerful asset to the dominant group, but a much less helpful one to subordinate groups—a result at odds, certainly, with marketplace theories of the first amendment». Analogamente, in un esplicito attacco al paradigma del *marketplace of*

6.5.2 – Mari J. Matsuda e l’approccio minimalista

Matsuda individua, a livello giurisprudenziale, alcuni esiti in linea con le riflessioni sul *severe emotional distress* di Delgado e Stefancic, sostenendo che «some courts have been persuaded that racist abuse can cause mental injury of a sort that is reckonable, assignable, and severe»¹⁹⁰. Nel tentativo di corroborare questa prospettiva, probabilmente anche a partire dalla consapevolezza di alcune critiche avanzate al lavoro di Delgado, l’autrice si riferisce a studi che provano il collegamento causale tra l’essere vittima di pregiudizio razziale e la conseguente tendenza, nella vittima stessa, all’alcolismo¹⁹¹. Matsuda riconosce, infatti, che «[i]n addition to physical violence, there is the violence of the word», aggiungendo che «[t]he negative effects of hate messages are real and immediate for the victims»¹⁹².

Anche Matsuda, pur partendo da un approccio prevalentemente perlocutorio, riconosce l’esistenza del principio di dignità come necessario baluardo contro il razzismo: «However we choose to respond to racist speech, let us present a competing ideology, one that has existed in tension with racism since the birth of our nation: there is inherent worth in each human being, and each is entitled to a life of dignity»¹⁹³. Inoltre, ella sostiene le leggi contro la propaganda razzista sulla base della necessità di sicurezza dell’individuo che potrebbe esserne vittima¹⁹⁴. Tale questione rafforza la percezione di un’istanza deontologica dietro le ragioni perlocutorie.

Per quanto concerne la strutturazione sociale del razzismo, Matsuda sostiene, a partire da alcuni casi giurisprudenziali, che «racist speech is so common that it is seen as part of the ordinary jostling and conflict people are expected to tolerate, rather than as fighting words»¹⁹⁵. Ella, in sostanza, condivide uno degli assunti che era già stato avanzato da Delgado e Stefancic, ovvero quello per cui l’odio razziale non è solamente una questione da risolvere nei termini dell’ingiuria individuale tra persone singole, bensì una questione di natura sociale che fa riferimento ad un orizzonte di più ampio respiro. L’*hate speech*, infatti, «is a mechanism of subordination, reinforcing a historical vertical relationship»¹⁹⁶ il quale incide profondamente sul

ideas, cfr. R. DELGADO, J. STEFANCIC, “Images of the Outsider in American Law and Culture: Can Free Expression Remedy Systemic Social Ills”, cit., pp. 1260-1261.

¹⁹⁰ A. BROWN, *Hate Speech Law. A Philosophical Examination*, cit., p. 52. Così Brown riassume la posizione dell’autrice, a partire dall’analisi dei casi *Wade v. Orange County Sheriff’s Office*, 690 F. Supp. 176 (1987) e *Wilmington v. J.I. Case Co.*, 793 F.2d 909 (1986), come esempio del riconoscimento giurisprudenziale del danno psicologico da *hate speech*, in M.J. MATSUDA, “Public Response to Racist Speech: Considering the Victim’s Story”, cit., pp. 2320-2381. Si consideri, inoltre, l’esperienza biografica dell’autrice: «This is certainly the reported experience of Matsuda, who in the late 1980s received hate mail as a consequence of speaking in public about her views on freedom of expression and hate speech, and subsequently made a decision not to publish her ideas in the popular press for fear of receiving threats against her person», A. BROWN, *Hate Speech Law. A Philosophical Examination*, cit., p. 259.

¹⁹¹ M.J. MATSUDA, “Public Response to Racist Speech: Considering the Victim’s Story”, cit., p. 2336.

¹⁹² Ivi, pp. 2332 e 2336. A sostegno di tale affermazione, si veda la letteratura in campo psicologico e sociologico contenuta nell’articolo, soprattutto quella citata a p. 2340.

¹⁹³ Ivi, p. 2381.

¹⁹⁴ Ivi, pp. 2337-2338.

¹⁹⁵ Ivi, p. 2355, a partire da *Vaughn v. Pool Offshore Co.*, 683 F.2d 922 (5th Cir. 1982).

¹⁹⁶ Ivi, p. 2358.

comportamento anche quotidiano delle sue vittime: «[i]n order to avoid receiving hate messages, victims have had to quit jobs, forgo education, leave their homes, avoid certain public places, curtail their own exercise of speech rights, and otherwise modify their behavior and demeanor»¹⁹⁷. Nell'analisi di Matsuda, dunque, è evidente l'enfasi sul danno da *hate speech* e il collegamento tra un approccio perlocutorio e una concezione della libertà capace di comprendere le relazioni sociali di subordinazione.

Ciò risulta importante nella definizione delle eventuali strategie per affrontare la questione: una cosa, infatti, è sostenere l'azione giuridica nel caso dell'ingiuria razziale *face-to-face* (come fa Delgado); altro è, invece, porre l'attenzione sulla strutturazione sociale del problema, poiché il tipo di risposta giuridica che ne consegue dovrà, in quest'ultimo caso, essere maggiormente ampio rispetto ad un approccio esclusivamente individuale.

Il contributo di Matsuda è particolarmente importante, in questa sede, poiché da un lato finisce per avanzare una critica al neutralismo liberale, ma dall'altro, tuttavia, come si vedrà, concede alcune istanze all'ideologia del *free speech* di matrice *libertarian*, tentando di sviluppare un punto di vista non solamente critico delle ragioni del liberalismo ma, al contrario, reattivo nei confronti di quelle che sono le critiche fondate che il discorso liberale ha avanzato nei confronti della proibizione dell'*hate speech*.

Per ciò che concerne la critica metodologica al liberalismo, Matsuda afferma:

«From communities of outsiders [...] we see new legal concepts emerging to challenge the citadel of neutrality. Proposals for non-neutral laws that will promote the human spirit include: affirmative action; proposals for desegregation; proposals for curtailment of hate groups and elimination of propaganda advocating violence against women [...]. The very controversy reveals how deeply they cut into the unresolved dilemma of neutrality [...]. These proposals add up to a new jurisprudence—one founded not on an ideal of neutrality, but on the reality of oppression. These proposals recognize that this has always been a nation of dominant and dominated, and that changing that pattern will require affirmative, non-neutral measures»¹⁹⁸.

Evidentemente, la critica di Matsuda al neutralismo liberale, utilizzando i concetti di *oppressione e dominazione* (cfr. *supra*, § 5.3), si dimostra coerente con una concezione della libertà che si allontana da quella della non-interferenza, condividendo dimensioni proprie della libertà come non-dominazione (cfr. *supra*, §§ 2.3; 2.8.3).

L'obiettivo di Matsuda, infatti, è quello di delinare una «outsider jurisprudence»¹⁹⁹, che, secondo il suo punto di vista, deve essere capace di tenere insieme due aspetti: «what is true and what is just», il diritto per come esso effettivamente è e le esigenze morali che invece esso dovrebbe rispettare, articolando un «bipolar discourse» sull'odio che si fonda sulla storia del *free speech* sotto il Primo Emendamento, da un lato, e sulle storie delle vittime degli effetti

¹⁹⁷ Ivi, p. 2337.

¹⁹⁸ M.J. MATSUDA, «When the First Quail Calls: Multiple Consciousness as Jurisprudential Method», in *Women's Rights Law Reporter*, 11, 1989, pp. 7-10, pp. 9-10. Analogamente, cfr. M.J. MATSUDA, «Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story», cit., p. 2326. Sull'utilizzo delle *affirmative action* nel caso dell'*hate speech*, cfr. K.M. SULLIVAN, «The Supreme Court, 1991 Term – Foreword: The Justices of Rules and Standards», in *Harvard Law Review*, 106, 1991, pp. 22-123; A.R. AMAR, «The Case of the Missing Amendments: R.A.V. v. City of St. Paul», in *Harvard Law Review*, 106, 1992, pp. 124-161.

¹⁹⁹ Per le caratteristiche di questo metodo, che condivide parte dell'impostazione del realismo giuridico, cfr. M.J. MATSUDA, «Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story», cit., 2323-2326.

dei messaggi d'odio razzisti, dall'altro. Nel fare ciò, Matsuda sostiene l'importanza fondamentale del focus sugli *effetti* (di razzismo, patriarcato e altre strutture sociali dominanti)²⁰⁰, nuovamente evidenziando il proprio approccio perlocutorio.

L'importanza di un diverso approccio all'*hate speech* si fonda, secondo Matsuda, sulla «victim's story»: l'esperienza della vittima contribuisce a formare la sua risposta al problema del discorso d'odio. È così, infatti, che l'autrice distingue tra la risposta di coloro che sono membri di un tipico «target-group» (un gruppo vulnerabile vittima di *hate speech*) da coloro che, invece, non formano parte di alcuno di questi gruppi vulnerabili: mentre i primi sostengono la necessità dei *ban*, i secondi si rifiutano di accettare che la società sia effettivamente razzista, sminuendo gli episodi come isolati e sostenendo la mancanza di responsabilità statale²⁰¹. Evidentemente, si tratta di una strategia argomentativa coerente con la distinzione dei due approcci della dignità dello *speaker* e del *target* (cfr. *supra*, § 6.4.4).

In linea con Delgado e Stefancic, l'autrice si oppone alla posizione tradizionale sul rapporto tra *hate speech* e *free speech*, contribuendo ad una definizione del *free speech absolutism*:

«Freedom of expression, the argument goes, is the most fundamental right protected under the Constitution. Democratic, representative government presumes that people are free to think and say whatever they might, even the unthinkable. They can advocate the end of democracy. We risk the chance that they will prevail because to give government the power to control expression is an even greater threat. Power is jealous, and the temptation to stifle legitimate opposition is too great. Thus under our system, there is “no such thing as a false idea”. All ideas deserve a public forum, and the way to combat anti-democratic ideas is through counter-expression. When all ideas are voiced freely, we have the greatest chance that the right results will obtain»²⁰².

Risulta evidente, nella descrizione di Matsuda, il collegamento tra il generale approccio alla libertà d'espressione in ambito statunitense e il modello del *marketplace of ideas*. In primo luogo, ciò testimonia l'interpretazione tipica della *Critical Race Theory* di tale modello, che tende a far coincidere l'interpretazione e l'applicazione del Primo Emendamento da parte delle Corti statunitensi nel senso di un *free speech absolutism*. L'ipotesi (ma si tratta di un'affermazione che andrà verificata in seguito), dopo l'analisi di vari autori e l'accostamento tendenziale che ivi si verifica tra la giurisprudenza e il *free speech absolutism*, è che la giurisprudenza statunitense sia maggiormente propensa ad un modello assolutista di libertà d'espressione (cfr. *infra*, CAP. 7), mentre la dottrina risulti maggiormente variegata, comprendendo anche posizioni liberali e opposizioniste (cfr. *infra*, § 6.6) che, invece, paiono non utilizzare l'approccio del libero mercato delle idee²⁰³.

²⁰⁰ Ivi, p. 2325.

²⁰¹ Ivi, p. 2327.

²⁰² Ivi, p. 2350.

²⁰³ In realtà, è la stessa Matsuda a riconoscere che «[w]hile it is sometimes suggested that the first amendment is absolute, even strong civil libertarians are likely to admit that the absolutist view is unworkable», ivi, p. 2356. Per questo motivo, l'unica interpretazione coerente del punto di vista dell'autrice pare essere quella che ascrive al *free speech absolutism* l'impostazione delle Corti (o, comunque, una *tendenza* al *free speech absolutism* da parte delle stesse) e, invece, riconosce che la dottrina (nel caso di specie, quella dei *civil libertarians*) è maggiormente disposta a riconoscere limiti.

Ad ogni modo, si ritiene che l'impostazione di Matsuda sia di particolare rilevanza nell'analisi del dibattito, poiché ella riconosce esplicitamente l'importanza della battaglia dei *civil libertarians* per la libertà d'espressione come diritto fondamentale che deve soffrire le minori limitazioni possibili e, al contempo, dà una definizione ristretta di messaggi d'odio razzisti che potrebbe risultare coerente con la maggior libertà d'espressione possibile²⁰⁴, sostenendo il necessario raggiungimento di un punto di equilibrio tra libertà ed eguaglianza come valori di fondamentale importanza.

Questo obiettivo dell'autrice, di individuare una disciplina *ad hoc* per l'*hate speech*, si fonda sull'assunto per cui «[r]acist speech is best treated as a *sui generis* category, presenting an idea so historically untenable, so dangerous, and so tied to perpetuation of violence and degradation of the very classes of human beings who are least equipped to respond that it is properly treated as outside the realm of protected discourse»²⁰⁵. Infatti, nel fare ciò Matsuda esclude intenzionalmente dal proprio discorso, ad esempio, la discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale, proprio al fine di individuare questa categoria *sui generis* che è il discorso d'odio razzista. Sulla base di ciò, Matsuda, ampliando le categorie delle *fighting words* e adottando un *content-based approach*, individua i tre requisiti dell'*hate speech* razzista²⁰⁶:

1) il messaggio di inferiorità razziale: si sostiene che tutte le persone appartenenti a quella 'razza', per il solo fatto della loro appartenenza, sono inferiori;

2) la direzione contro un gruppo storicamente oppresso²⁰⁷: il messaggio veicola una struttura di potere e subordinazione strutturale, rinforzando una relazione verticale storicamente esistente;

3) il carattere persecutorio, *hateful* e degradante.

Le tre circostanze devono ricorrere congiuntamente. In questo modo, ella sostiene, ad esempio, che le affermazioni della superiorità genetica in contesti non *hateful* e senza intenti persecutori non costituisca *hate speech* perseguibile, così come la satira, ma anche le espressioni, pur odiose, da parte di persone vittime di oppressione nei confronti del gruppo dominante

²⁰⁴ Ivi, pp. 2356-2361.

²⁰⁵ Ivi, p. 2357.

²⁰⁶ M.J. MATSUDA, "Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story", cit., p. 2357.

²⁰⁷ Tale requisito risulta comprensibile appieno in un esempio fornito da Lawrence: «In response to my request that students describe how they experienced the injury of racist speech, Michael told a story of being called "faggot" by a man on a subway. [...] He found himself in a state of semi-shock, nauseous, dizzy, unable to muster the witty, sarcastic, articulate rejoinder he was accustomed to making. He suddenly was aware of the recent spate of gay-bashing in San Francisco, and how many of these had escalated from verbal encounters. Even hours later when the shock resided and his facility with words returned, he realized that any response was inadequate to counter the hundreds of years of societal defamation that one word—"faggot"—carried with it. [...] Although there are many of us who constantly and in myriad ways seek to counter the lie spoken in the meaning of hateful words like "nigger" and "faggot", it is a nearly impossible burden to bear when one encounters hateful speech face-to-face. But there was another part of my discussion with Michael that is equally instructive. I asked if he could remember a situation when he had been verbally attacked with reference to his membership in a superordinate group. Had he ever been called a "hinkie", a "chauvinist pig", or "mick"? (Michael is from a working class Irish family in Boston. He said that he had been called some version of all three and that although he found the last one more offensive than the first two, he had not experienced—even in that subordinated role—the same disorienting powerlessness he had experienced when attacked for his membership in the gay community. *The question of power, of the context of the power relationships within which speech takes place*, must be considered as we decide how best to foster the freest and fullest dialogue within our communities», CH.R. LAWRENCE III, "If He Hollers Let Him Go: Regulating Racist Speech on Campus", cit., pp. 455-456 (corsivi nostri).

in contesti non *hateful*. Nella prospettiva dell'autrice, una siffatta delimitazione contribuirebbe a rendere compatibile la posizione dei sostenitori del *free speech* con quella di coloro che, in talune, limitate circostanze, sostengono la possibilità di limitazione per via giuridica della libertà d'espressione per garantire l'eguaglianza.

In conclusione, pur riconoscendo l'ampiezza della problematica del discorso d'odio, Matsuda tenta di dialogare con i detrattori delle ragioni dei *ban*, con l'obiettivo di cercare un consenso comune tra opposizionisti e proibizionisti intorno alla limitazione della libertà d'espressione nel caso dell'*hate speech*, come una questione di necessario bilanciamento tra libertà ed eguaglianza. Ciò non significa che l'autrice dimentichi le sue stesse premesse, relative alla contribuzione dell'*hate speech* alla strutturazione sociale in senso gerarchico e classista a partire da un discorso razzista; e, tuttavia, nella prospettiva di Matsuda influiscono ragioni di necessario equilibrio tra diverse posizioni, che la portano a sostenere le ragioni del *minimalismo* nell'approccio volto all'intervento regolatore.

6.5.3 – L'approccio minimalista: *when speech shades into action*

Ciò che è emerso dall'analisi del modello perlocutorio-proibizionista, in conclusione, è che si tratta di un ambito del dibattito sull'*hate speech* che pare riconoscersi sotto alcune questioni fondamentali: tra tutte, in particolare, il rifiuto del modello del *marketplace of ideas* come modello neutralista associato quasi interamente al paradigma liberale della libertà d'espressione e, inoltre, l'accettazione delle restrizioni *viewpoint-based*, sulla base del fatto che l'idea di restrizioni neutrali pare rispondere all'ideologia liberale della possibilità della distinzione tra la modalità del discorso, il suo contenuto e i suoi effetti, ciò che non pare possibile entro una logica argomentativa perlocutorio-proibizionista.

In relazione al rifiuto del modello liberale della libertà d'espressione, è necessario notare che, entro il punto di vista dei proibizionisti, pare delinearsi una sorta di associazione completa, nella misura di una relazione di identità, tra liberalismo e modello del *marketplace of ideas* (così, ad esempio, in Delgado e Stefancic e in parte in Matsuda). Questo tentativo di opposizione al modello liberale della libertà d'espressione, da parte del modello perlocutorio-proibizionista, pare evidente nella frequente riproposizione, negli autori analizzati, della questione della dialettica tra libertà ed eguaglianza e, inoltre, tra eguaglianza formale, da un lato, ed eguaglianza sostanziale, dall'altro, ove libertà ed eguaglianza formale sarebbero tradizionalmente invocate a sostegno di una tendenziale assolutezza della libertà d'espressione, a partire dal Primo Emendamento, mentre l'eguaglianza in senso sostanziale giustificerebbe l'intervento statale a proibizione dell'*hate speech*, a partire dal Quattordicesimo Emendamento. Tuttavia, tale esigenza di equilibrio viene declinata in maniera diversa in ciascun autore.

Si pensi, ad esempio, alla schematizzazione proposta da Delgado e Stefancic, che tratta dell'*hate speech* come una questione di bilanciamento tra libertà, da un lato, e comunità ed eguaglianza, dall'altro, dunque tra libertà d'espressione e libertà dalla discriminazione, tra il *marketplace of ideas* e il diritto delle minoranze al *self-respect*.

Dall'altro lato, l'approccio di Matsuda pare propendere maggiormente verso una necessità di equilibrio tra le due dimensioni (libertà ed eguaglianza), capace di ricordare l'importanza del diritto umano alla libertà d'espressione: in questo senso, la questione dell'*hate speech* non può essere risolta solamente nei termini di una necessaria prevalenza del diritto alla non discriminazione, bensì occorre ricordare il valore della libertà d'espressione *ex se*. Ciò porta l'autrice alla conseguente adozione di una categoria "ristretta" di *hate speech*, la quale, peraltro, tiene in considerazione solamente il problema del razzismo (evitando di includere anche altre questioni, come per esempio il sesso, l'orientamento sessuale, la disabilità ecc.). Nell'adozione di un approccio *content-based*, secondo Matsuda occorre tenere in considerazione la necessaria presenza, se si desidera definire l'*hate speech*, di tre elementi contemporaneamente: il messaggio dev'essere 1) di inferiorità razziale, 2) rivolto ad un gruppo storicamente oppresso, 3) di natura persecutoria, *hateful* e degradante. Inoltre, l'utilizzo, da parte di Matsuda, delle categorie dell'*oppressione* e della *dominazione*, come si è visto, legittima l'affermazione per cui la concezione della libertà sottesa alla sua analisi non possa essere assimilata a quella della libertà come non-interferenza: piuttosto, essa condivide le premesse della concezione neo-repubblicana della libertà come non-dominazione.

In seno al modello perlocutorio-proibizionista, dunque, si rinviene una prima proposta di definizione (quella di Matsuda), di carattere *minimalista*. Tale teoria, a ben vedere, si fonda sull'adozione di un punto di vista perlocutorio in relazione alla causazione del danno da parte del discorso d'odio. Un siffatto approccio si rinviene anche nei lavori di Delgado e Stefancic, che pur riconoscendo, i quali si concentrano sui danni materiali dell'*hate speech face-to-face*.

Pare potersi concludere, in uno sforzo di astrazione teorico, che un approccio *minimalista* a partire dal modello perlocutorio-proibizionista condurrebbe a sostenere un tipo di distinzione tra *speech* e *action*: rigettando la tipica divisione liberale tra le due categorie, tale tipo di approccio pare maggiormente volto a dimostrare quando e in che misura il discorso (*speech*) diviene effettivamente materiale (*action*), adottando un criterio di (in)distinzione che fa sì che il primo termine sia assorbito nel secondo (cfr. *supra*, § 1.6.6).

In sostanza, il modello perlocutorio-proibizionista, pur risultando compatibile con una lettura neo-repubblicana della libertà come non-dominazione, che riconosce le pratiche dominanti ed oppressive della maggioranza nei confronti dei gruppi vulnerabili, finisce per adottare un modello *minimalista* che influisce non soltanto sulla definizione di cosa debba intendersi come *hate speech* e, di conseguenza, sul tipo di intervento statale richiesto (si pensi al caso di Delgado e Stefancic, che sostengono le ragioni della sanzione civile). A ben vedere, infatti, tale approccio *minimalista* si riversa anche nella modalità con cui si affronta la questione della distinzione tra *speech* e *action*: rifiutando la totale separazione (di matrice *libertarian*) tra il discorso e l'azione, il modello perlocutorio-proibizionista si pone come interlocutore fondamentale del liberalismo nell'accettare di sanzionare il discorso d'odio *when speech shades into action*. Nei casi in cui il discorso diventa una vera e propria azione, lo Stato può intervenire sulla base dell'ideale della libertà reale come non-interferenza: vi è, infatti, una vera e propria asserzione di esistenza di una relazione di *causalità materiale* tra l'*hate speech* e le conseguenze negative, sulla base dell'accettazione del principio del danno.

6.6 – I modelli perlocutorio-opposizionisti

Nella distinzione tra approcci *illocutori* e *perlocutori*, si è visto come la differenza stia nel fatto che i secondi, rispetto ai primi, separino le conseguenze materiali dell'azione rispetto a quelle ritenute esclusivamente di natura linguistica, discorsiva, sociale e convenzionale, a partire dalla riflessione di Austin (cfr. *supra*, § 4.1.1).

Pertanto, mentre il modello *illocutorio* di approccio all'*hate speech*, che tiene insieme i due tipi di conseguenze (cfr. *supra*, § 4.2.4), trova significato solamente entro posizioni proibizioniste, il modello perlocutorio può essere associato sia a posizioni proibizioniste, quando si sostiene l'esistenza di effetti negativi di tipo materiale (come nel caso appena analizzato), sia a posizioni opposizioniste, quando, cioè, si nega tale tipo di effetti (come nel modello in analisi). In particolare, entro il modello *perlocutorio-opposizionista*, riacquista particolare significato la proposta di Heinze, ovvero quella di distinzione tra argomenti *deontologici* e argomenti *consequenzialisti*. Così, ci si può approcciare all'analisi di due impostazioni, entro il modello perlocutorio-opposizionista, a seconda che esse privilegino l'utilizzo degli uni o degli altri argomenti. Pertanto, nel prosieguo, si propone di suddividere ulteriormente l'analisi in due sotto-modelli perlocutorio-opposizionisti²⁰⁸, a seconda che essi utilizzino:

1) un approccio *deontologico*, sostenendo una separazione tra la condotta espressiva e i suoi effetti nel caso dell'*hate speech*, privilegiando le ragioni deontologiche di tutela pressoché assoluta della libertà d'espressione;

2) un approccio *consequenzialista*, che sostiene anch'esso una separazione tra *speech* e *action* e ne fa derivare un'opposizione alla regolazione dell'*hate speech*, fondata però sulle conseguenze negative di quest'ultima.

In particolare, ciò che si intenderà dimostrare nella riflessione sulle specifiche posizioni adottate dai singoli autori è che entro l'orizzonte opposizionista sia coloro che utilizzano argomenti *deontologici* sia coloro che utilizzano argomenti *consequenzialisti* adottano, a ben vedere, un approccio di tipo *perlocutorio* all'*hate speech*, separando il livello del contenuto del discorso dalle sue conseguenze materiali.

6.6.1 – Le negazioni perlocutorie di tipo deontologico

Coloro che, nel dibattito sull'*hate speech*, sono stati raggruppati da Heinze sotto la definizione di «opposizionismo deontologico»²⁰⁹ sostengono l'illegittimità e l'ingiustizia dei *ban* contro il discorso d'odio *a priori*, secondo ragioni di principio, fondate sull'impossibilità di restrizione della libertà d'espressione. Quest'ultima, in alcuni contributi, viene fatta coincidere

²⁰⁸ I due sotto-modelli proposti corrispondono evidentemente ad una rielaborazione, attraverso il prisma della teoria della performatività, dei due modelli opposizionisti individuati da Heinze nei termini dell'«opposizionismo deontologico» e dell'«opposizionismo consequenzialista», E. HEINZE, *Hate Speech and Democratic Citizenship*, cit., p. 34.

²⁰⁹ *Ibidem*.

con un requisito essenziale della legittimità democratica²¹⁰. In alcuni casi, inoltre, essi si richiamano alla nozione di *dignità*; mentre, tuttavia, essa nel proibizionismo deontologico veniva in rilievo essenzialmente in base a un focus sull'ascoltatore, sul pubblico e soprattutto sulla *vittima* del discorso d'odio, in questo caso si prende in considerazione la dignità dello *speaker*, ricollegandola alla necessità della libertà d'espressione²¹¹.

Ciò che maggiormente caratterizza l'approccio dell'«opposizionismo deontologico» è il suo rifiuto per le restrizioni *viewpoint-based*, ovvero quelle restrizioni che si fondano, oltre che sul contenuto dell'espressione, sulla particolare ideologia motivante dello *speaker* (cfr. *supra*, § 1.6.6). Esse risulterebbero incompatibili con il diritto alla libertà d'espressione proprio in quanto esso si fonda sull'impossibilità, da parte dei pubblici poteri, di intervenire a sindacare il contenuto e le ideologie soggiacenti alle forme espressive.

Un approccio di questo genere ha portato alla classificazione di talune forme più «estreme» delle frange del dibattito opposizionista-deontologico come di «assolutismi», richiamandosi alla definizione di *free speech absolutism* (cfr. *supra*, § 3.2.2). Ciò deriva dal fatto che la stessa posizione «opposizionista», in quanto rifiuta la limitazione della libertà d'espressione nel caso dell'*hate speech*, viene concettualmente appiattita su una nozione «di più semplice comprensione», come quella dell'assolutismo della libertà d'espressione stessa. È pur vero che non mancano spinte in tal senso da parte di alcuni *libertarian* dogmatici²¹², che non fanno altro che recuperare il già accennato modello del *marketplace of ideas*; eppure, è necessario sottolineare che i maggiori esponenti di quello che può essere definito «opposizionismo deontologico» non sostengono l'idea di una libertà d'espressione completamente esente da limiti e, dunque, assoluta. Certamente essi assegnano maggiore importanza (e *valore*) alla libertà d'espressione rispetto ai proibizionisti e, in maniera altrettanto certa, la loro concezione delle possibilità di limitazione è evidentemente molto più ristretta; ciò non significa, tuttavia, che l'espressione «assolutismo» sia da intendere in senso letterale: al contrario, se ne fa (come in questa sede) un uso consapevolmente iperbolico²¹³, adatto alla «comodità» della schematizzazione e alla necessità di riassumere le diverse posizioni per confrontarle. Nonostante ciò, come si vedrà, pur non aderendo all'assolutismo della libertà d'espressione, alcuni autori (come Dworkin) finiscono per sostenere una sorta di assolutismo limitato al caso dell'*hate speech*: la loro risposta, cioè, pur non essendo assolutista in materia di libertà d'espressione *tout court*, pare diventarla quando si tratta dell'*hate speech*. Ciò che realmente importa, dunque, non è tanto la possibilità o meno, intesa in senso *assoluto* e *generale*, di limitare la libertà d'espressione, bensì la medesima possibilità calata nel contesto *concreto* e *particolare* (il caso dell'*hate*

²¹⁰ Ivi, pp. 34-35.

²¹¹ Ivi, p. 34.

²¹² Ivi, p. 26.

²¹³ Ivi, p. 41, ove si legge: «The notion of 'free speech absolutism' may work well enough as hyperbole, a mantle donned to make oppositionism appear provocative, but it has no legally plausible meaning. Within ordinary democratic contexts, to call a serious oppositionist a free speech 'absolutist' is as exaggerated as calling a prohibitionist a 'totalitarian'. A plausible oppositionism always assumes legitimate limits on expression. The serious questions concern the criteria for finding particular limits legitimate».

speech) e l'argomentazione a favore o contro l'utilizzo dello strumento giuridico per proibire le forme d'espressione odiose: la partita si gioca cioè su *quali* limiti imporre e *fino a che punto*.

Ad ogni modo, è pur vero che, come anticipato, la libertà d'espressione, nella prospettiva opposizionista-deontologica, viene in rilievo come «a value in itself and not as an instrument serving to achieve some other goals»²¹⁴. Il significato di quel «valore in sé» cui di volta in volta si fa riferimento varia – anche piuttosto sensibilmente – a seconda dell'autore. Vi è, ad esempio, chi ha sostenuto che il valore cui il Primo Emendamento della Costituzione degli USA si rivolge sia unicamente quello della *self-realisation*, la realizzazione personale che solo è possibile in un regime di libertà d'espressione²¹⁵. In una prospettiva diversa, vi è invece chi individua nella protezione costituzionale della libertà d'espressione la garanzia di quattro distinti valori: oltre al *self-fulfillment* (concetto analogo a quello di *self-realisation*), la possibilità di scoperta della verità, la partecipazione alle decisioni pubbliche, la stabilità della comunità²¹⁶. In questa sede, in particolare, ci si concentrerà sul principio della *legittimità politica* (che chiama in causa, in parte, la possibilità di partecipazione alle decisioni politiche in un ordinamento democratico), che viene in vari modi trattato e utilizzato come giustificazione per le posizioni assunte da Baker, Dworkin e Rawls, Post e Weinstein. Ciò non significa che gli altri valori siano ritenuti meno importanti: essi, al contrario, caratterizzano ampie frange del dibattito (soprattutto statunitense) sulla libertà d'espressione (e sul Primo Emendamento). Tuttavia, per quanto risulta d'interesse in questa sede, il principio della legittimità politica contribuisce in maniera largamente maggiore ad una definizione dell'opposizionismo deontologico relativo al problema dell'*hate speech*.

Ciò che nell'analisi degli argomenti dei singoli autori che utilizzano argomenti deontologici in seno ad un modello perlocutorio-opposizionista si tenterà di mettere in rilievo, in particolare, è che l'approccio deontologico è in realtà conseguenza di un'analisi *perlocutoria* che separa l'espressione dalle sue possibili conseguenze materiali. Rifiutando di tenere in considerazione il momento perlocutorio di produzione di conseguenze nel “mondo reale” da parte dell'*hate speech*, infatti, gli opposizionisti deontologici, in realtà, finiscono per rinvigorire la stessa tesi sottesa agli approcci perlocutori, cioè quella della distinzione tra *speech* e *action*.

²¹⁴ A. KOLTAY, *Freedom of Speech. The Unreachable Mirage*, cit., p. 14. Cfr. M.H. REDISH, “The Value of Free Speech”, in *University of Pennsylvania Law Review*, 130, 1982, pp. 591-645, pp. 603-604.

²¹⁵ M.H. REDISH, “The Value of Free Speech”, cit., in part. pp. 596-611. Per un'analisi dell'argomento della *self-realisation*, si veda A. BROWN, *Hate Speech Law. A Philosophical Examination*, cit., pp. 120-127, che analizza l'argomento a partire da un passaggio di TH.I. EMERSON, “Toward a General Theory of the First Amendment”, in *Yale Law Journal*, 72, 1963, pp. 877-956: «[the right to freedom of expression] derives from the widely accepted premise of Western thought that the proper end of man is the realization of his character and potentialities as a human being» (p. 879).

²¹⁶ Cfr. TH.I. EMERSON, *The System of Freedom of Expression*, Random House, New York, 1970, pp. 6-7. Per quelli che Brown chiama principi di *discovery of truth* e *acquisition of knowledge* cfr. A. BROWN, *Hate Speech Law. A Philosophical Examination*, cit., pp. 106-120. Si tratta, a ben vedere, delle quattro giustificazioni tradizionali sottese alla libertà d'espressione nel modello liberale.

6.6.2 – C. Edwin Baker e l'assolutismo della libertà d'espressione

Tra gli autori ascrivibili al modello che si è definito perlocutorio-opposizionista, vi è un autore che definisce se stesso «an advocate of almost absolute protection of free speech»²¹⁷. Baker argomenta esplicitamente contro la visione di Waldron (cfr. *supra*, § 6.4.2), sostenendo che la possibilità di riconoscimento della dignità altrui non possa che passare attraverso la possibilità di espressione dell'eventuale opinione contraria²¹⁸, sulla base dell'argomento del *marketplace of ideas* e di un'attenzione deontologica alla libertà d'espressione.

La prospettiva di Baker si basa su due premesse:

«(1) that the legitimacy of the legal order depends on it respecting people's equality and autonomy; and (2) that as a purely formal matter, *the legal order only respects people's autonomy if it allows people in their speech to express their own values* – no matter what these values are and irrespective of how this expressive content harms or leads to harms of other people or makes government processes or achieving governmental aims difficult»²¹⁹.

Secondo Baker, pertanto, l'*autonomia individuale* è principio fondamentale della legittimità dell'ordine costituito. Di autonomia individuale in relazione alla libertà d'espressione, sostiene Baker, si può parlare in due sensi: a) nel senso del discorso come *in se stesso* costituente un esercizio dell'autonomia individuale; b) nel senso del discorso come *un mezzo* per l'esercizio dell'autonomia. Baker, esplicitamente, affronta la questione dell'autonomia secondo il primo dei due significati, come *valore in sé*²²⁰. Tale autonomia è garantita nel suo rispetto solamente se vi è garanzia della libertà d'espressione e ciascun individuo può esprimere i propri valori *a prescindere dall'eventuale danno arrecato agli altri*. Vi è, cioè, un rifiuto esplicito del principio del danno (cfr. *infra*, § 5.2.3).

È in questo che si gioca il carattere *deontologico* (ed evidentemente opposizionista) della struttura argomentativa di Baker: non si prendono in considerazione, infatti, le eventuali conseguenze dell'assenza di *ban* (e non si dimostra, dunque, entro una prospettiva opposizionista, il loro carattere non dannoso); al contrario, l'autore argomenta deontologicamente a partire da ragioni di principio²²¹. Il principio, in particolare, viene qui ad essere quello dell'autonomia individuale, il cui rispetto viene fatto dipendere direttamente dalla garanzia della libertà

²¹⁷ C.E. BAKER, "Hate Speech", cit., p. 57.

²¹⁸ Ivi, p. 62.

²¹⁹ C.E. BAKER, "Autonomy and Hate Speech", cit., p. 63 (corsivi nostri). Più avanti (p. 67), Baker giunge ad affermare: «On this basis, the legal order must respect the autonomy even of the individual who would deny such respect to others in the community – the law must respect the freedom of the racist to express her views». Analogamente, in un altro lavoro dell'autore si trova la seguente affermazione: «[...] the harmfulness of a person's speech itself never justifies a legal limitation on the person's freedom of speech», C.E. BAKER, "Harm, Liberty, and Free Speech", cit., p. 981.

²²⁰ C.E. BAKER, "Harm, Liberty, and Free Speech", cit., pp. 980-981.

²²¹ Tuttavia, ciò non significa che Baker non affronti anche la questione della possibile argomentazione a partire da ragioni di natura *conseguenzialista*. Egli, al contrario, analizza i requisiti che una teoria consequenzialista della proibizione dell'*hate speech* dovrebbe avere: 1) la dimostrazione che l'*hate speech* si rinviene in contesti di «virulent racial discrimination» (nel caso della razza); 2) la conseguente dimostrazione che l'*hate speech* contribuisce casualmente a tale discriminazione. Pur riconoscendo che 1) e 2) sono effettivamente dimostrabili, Baker sostiene che una teoria consequenzialista non è ancora stata in grado, fino ad ora, di dimostrare tre ulteriori requisiti: 3) che la regolazione dell'*hate speech* possa efficacemente abbassare i livelli di discriminazione; 4) che i *ban* creino

d'espressione anche di quei contenuti che possano risultare eventualmente lesivi dei diritti altrui. Si tratta, come lo stesso Baker espressamente sostiene, di una concezione *formale*, non sostanziale, dell'autonomia²²². Baker riconosce che l'*hate speech* causa problemi alla concezione *sostanziale* dell'autonomia, perché riguarda l'utilizzo, da parte di un individuo, di espressioni lesive dell'autonomia sostanziale di un altro soggetto (in cui entrano in causa questioni di eguaglianza e dignità)²²³. Tuttavia, secondo l'autore, l'autonomia sostanziale è un affare relazionale, tra individui, mentre allo Stato dev'essere dato di garantire solamente l'autonomia *formale*: nel garantire, dunque, la libertà d'espressione anche nei casi di danno a terzi, lo Stato non viola l'autonomia formale né dello *speaker* né del soggetto-*target*²²⁴, mentre, invece, se intervenisse a regolare l'*hate speech*, lo Stato si immetterebbe in un campo che dev'essere, in accordo al principio di autonomia, lasciato alla libera valutazione individuale: si tratta, in sostanza, di una questione di libertà di scelta²²⁵.

Evidentemente, il sostegno ad una nozione di autonomia formale, in Baker, non può che derivare da una concezione della libertà come non-interferenza formale: lo Stato, cioè, non deve intromettersi nella sfera di autonomia individuale. L'autonomia sostanziale, invece, è una questione meramente privata, di relazioni interindividuali, che non può essere oggetto di attenzione e tutela statale (come, invece, potrebbe prospettarsi adottando una concezione neo-repubblicana della libertà come non-dominazione).

Per ciò che concerne la caratterizzazione dell'approccio di Baker come *perlocutorio*, invece, occorre uno sforzo teorico maggiore.

Il *free speech absolutism* di Baker si fonda sull'impossibilità di disegnare similitudini tra l'intervento statale contro, ad esempio, l'omicidio (in quanto *azione*) e, al contrario, contro l'espressione di idee ingiuriose (in quanto *pensiero*). Secondo Baker, infatti, l'individuo «must have a general right over the value-expressive uses of herself – her own body»²²⁶. Entro questa

più benefici che costi; 5) che i *ban* non riducano l'efficacia di altre disposizioni che effettivamente combattono la discriminazione (C.E. BAKER, "Autonomy and Hate Speech", cit., pp. 69-72). Per tali ragioni, l'analisi di Baker sarà ripresa anche nell'ambito dell'analisi della riflessione degli autori del modello perlocutorio-opposizionista che utilizzano argomenti consequenzialisti (cfr. *infra*, §§ 6.6.7; 6.6.8).

²²² *Ibidem*. Più avanti nella stessa pagina, Baker afferma: «A person is not treated as formally autonomous if the law denies her the right to use her own expression to embody her views. As used here, formal autonomy applies to individual activity or choice, not claims to control others or achieve particular results».

²²³ Sui particolari problemi per la concezione *sostanziale* dell'autonomia nel caso dell'*hate speech* cfr. S.H. SHIFFRIN, "Freedom of Speech and Two Types of Autonomy", in *Constitutional Commentary*, 27, 2011, pp. 337-345, che afferma: «it is a little odd to be told that injustice must be maintained in order to protect the legitimacy of the government» (p. 339). Secondo Shiffrin, in sostanza, la legittimità del governo può essere anche argomentata a partire dal principio dell'autonomia in senso sostanziale, senza che sia necessario concludere per il binomio legittimità/autonomia formale: cfr. A. BROWN, *Hate Speech Law. A Philosophical Examination*, cit., pp. 211-213. Cfr., inoltre, S. EASTON, "Autonomy and the Free Speech Principle", in *Journal of Applied Philosophy*, 12, 1, 1995, pp. 27-40.

²²⁴ *Ivi*, p. 64.

²²⁵ Su questa lettura di Baker pare concordare A. BROWN, *Hate Speech Law. A Philosophical Examination*, cit., il quale, nel riassumere la posizione dell'autore, afferma: «[H]ate speech law formally treats citizens as less than autonomous with regard to such choices. It does this by substituting a governmental choice for a personal choice about how and when to embody one's values in speech, including a personal choice as to what is appropriate and what is inappropriate public speech» (p. 211).

²²⁶ C.E. BAKER, "Autonomy and Hate Speech", cit., p. 142.

prospettiva, dei valori di un individuo che siano ritenuti dannosi per terze persone o contrari all'ordine pubblico non si può impedire l'*espressione*, perché necessaria alla *self-disclosure* del soggetto: ad esso può essere impedito soltanto di *agire* sulla base di quei valori, ciò da cui si fa derivare una necessaria separazione tra libertà di pensiero e libertà d'azione. Tale impostazione, a ben vedere, dà per scontata la distinzione tra *speech* e *action* e, in particolare, tra il discorso e i suoi effetti materiali, adottando cioè un'analisi *perlocutoria* del discorso d'odio.

È pur vero che Baker prende espressamente in considerazione il problema della definizione di *speech*²²⁷. Egli, infatti, sostiene che da un lato sia impossibile ridurre la categoria '*speech*' alla sola sfera delle parole (citando l'esempio dell'arte come appartenente all'ambito di applicazione del Primo Emendamento eppure in molti casi mancante di parole) e, dall'altro, dell'impossibilità di ampliarne troppo il significato ricorrendo alla nozione di *comunicazione* (sostenendo che esistono atti con fini comunicativi che non rientrano sotto la protezione del Primo Emendamento, come ad esempio l'incitamento attraverso la parola ad ingerire un veleno, che costituisce omicidio). Inoltre, egli sostiene esplicitamente che «sometimes speech operates as conduct»²²⁸. Tuttavia, Baker pare piuttosto incoerente nel sostenere una nozione di *free speech* come quella che segue:

«[T]he category of liberty represented by the notion of free speech is best described as constituted by two types of qualities: what it does and how it does it. Freedom of speech encompasses: (i) self-expressive or substantively valued or voluntarily interactive behavior (ii) that operates *nonviolently* and *without coercively intruding into other entities' realm of decisionmaking authority*»²²⁹.

Una tale definizione pare contraddittoria nella misura in cui, se essa fosse dall'autore utilizzata in maniera integrale, dovrebbe giungere a dichiarare non protette tutte quelle espressioni che risultino effettivamente *violente o coercitivamente intrusive* rispetto alla sfera dell'autonomia altrui. Tuttavia, è evidente che l'autore faccia riferimento ad una nozione di violenza o intrusione coercitiva che, a partire dalla sua stessa concezione formale di autonomia, si identifica solamente con l'azione in senso fisico²³⁰: se fosse altrimenti, a onor di coerenza Baker dovrebbe escludere le espressioni razziste (quantomeno quelle violente, anche se “solo” verbalmente) dalla protezione del *free speech*. Ciò permette di sostenere che, nel tentativo di scardinare la propria riflessione dalla logica *speech v. action*, l'autore non faccia altro che riproporla in maniera più sottile e filosoficamente più “elegante”, ma sostanzialmente identica.

²²⁷ C.E. BAKER, “Harm, Liberty, and Free Speech”, cit., pp. 982-986.

²²⁸ Ivi, p. 984, ove l'esempio avanzato da Baker è quello del pronunciare la parola «si» in un atto di matrimonio che, negli ordinamenti che proibiscono la monogamia, viene classificato come comportamento costituente reato.

²²⁹ Ivi, p. 986 (corsivi nostri).

²³⁰ A testimonianza della contraddizione, è opportuno segnalare che Baker stesso, poco più avanti, afferma che non si può sostenere che il discorso causi meno danno dell'azione fisica: ivi., p. 987. Ciò significa che anche il discorso può essere “violento”. Tuttavia, si ricorda che, entro la prospettiva di Baker, un'analisi causale (che egli effettua a partire dalla distinzione tra espressioni direttamente dannose per le vittime ed espressioni “mediate” da un uditorio, che riprende da Schauer) porterebbe addirittura a sostenere che l'offesa ricevuta dalla vittima di *hate speech* è da imputarsi alla vittima stessa, poiché dipende infatti dalla sua percezione soggettiva. Ad ogni modo, sulla base di questi argomenti, Baker, controintuitivamente, esclude l'*hate speech* dal campo delle espressioni coercitive che, in quanto tali, possono essere limitate dalla legge. Pare concordare con questa lettura di Baker A. BROWN, *Hate Speech Law. A Philosophical Examination*, cit., p. 61, che sottolinea l'incoerenza di Baker quantomeno con riferimento al discorso discriminatorio.

Adottando una distinzione tra *speech* e *action*, dunque, Baker non fa altro che rinvigorire le ragioni della distinzione tra il contenuto del discorso e i suoi effetti materiali. In particolare, assegnando al discorso una protezione quasi assoluta e “nascondendosi” dietro l’analisi esclusivamente deontologica, che cioè non prenderebbe in considerazione gli eventuali effetti negativi dell’*hate speech* (così dichiara esplicitamente), in realtà Baker accetta una visione del discorso d’odio esclusivamente afferente al mondo delle idee, piuttosto che a quello della materia. Sostenendo una siffatta separazione cartesiana, in sostanza, l’analisi di Baker dell’*hate speech* nega una similitudine tra il discorso e l’azione proprio a livello perlocutorio: da ciò se ne deduce l’assimilabilità agli approcci perlocutori, il cui punto di vista privilegiato di analisi è proprio la possibilità (o meno) di instaurare relazioni di similitudine tra gli effetti dell’*hate speech* e gli effetti delle condotte materiali.

6.6.3 – Ronald Dworkin e la libertà di offendere

Nel dibattito sull’*hate speech*, Ronald Dworkin esemplifica una posizione che è stata definita «a stalwart of rights-based liberalism»²³¹. Egli, in virtù di tale approccio liberale *rights-based*, in una recensione del 1992 a un libro di Anthony Lewis²³², dichiara la sua contrarietà ai *ban* contro l’*hate speech*. Nella sua analisi, Dworkin unisce considerazioni relative ai diritti ad argomenti fondati sul valore della democrazia.

In particolare la visione della democrazia dalla quale Dworkin fa dipendere le proprie considerazioni è “senza tempo”, un modello *universale, generalista e astorico* che non tiene in considerazione le differenze tra ordinamenti: pur riconoscendo l’esistenza di differenze sensibili nelle diverse democrazie, infatti, egli mantiene una certa visione del governo democratico e, soprattutto, argomenta a favore della libertà d’espressione che «is not just instrumental to democracy but constitutive of [it]»²³³.

In risposta alla critica di imperialismo occidentale, Dworkin afferma che il diritto umano universale alla libertà d’espressione non deriva da un diritto universale alla democrazia (il che giustificherebbe l’accusa di imperialismo), bensì dal generale diritto di ogni soggetto ad essere trattato dal governo «with equal concern, as all people whose lives matter»²³⁴.

Secondo Dworkin, solo attraverso la libertà d’espressione gli esseri umani possono esercitare la capacità di agire nel rispetto della propria appartenenza al genere umano²³⁵: risulta

²³¹ E. HEINZE, *Hate Speech and Democratic Citizenship*, cit., p. 11.

²³² R. DWORKIN, “The Coming Battles Over Free Speech”, in *The New York Review of Books*, 11 June 1992, pp. 55-58, 61-64 (recensione di A. LEWIS, *Make No Law: The Sullivan Case and the First Amendment*, Random House, New York, 1991).

²³³ Cfr. E. HEINZE, *Hate Speech and Democratic Citizenship*, cit., il quale sostiene che «Dworkin ignores differences between the Anglo-American culture central to his analysis and the democracies of, for example, the pre-Nazi Weimar Republic, post-colonial democracies, or post-Soviet Central and Eastern Europe» (p. 11) e, inoltre, «[h]e extrapolates from US constitutional principles to absolute principles of democracy by neglecting every other democracy» (p. 12). Infine: «For Dworkin, that side-lining of non-US democracies means that his universal model reflects the law of only one democracy—his own. All others turn into aberrations» (p. 13).

²³⁴ R. DWORKIN, “Foreword”, cit., p. IX.

²³⁵ R. DWORKIN, *Justice for Hedgehogs*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2011, pp. 372-374. Cfr., sul punto, il collegamento effettuato da A. BROWN, *Hate Speech Law. A Philosophical*

evidente, dunque, la connessione tra la libertà d'espressione e la dignità umana. Si tratta di un approccio speculare a quello, già analizzato in precedenza (cfr. *supra*, § 6.4.2), di Waldron. La dignità umana è utilizzata come necessario dato di partenza e il suo rispetto costituisce il presupposto normativo: tuttavia, a seconda del diverso focus – sul soggetto agente della conversazione, ovvero lo *speaker*, o sul soggetto cui il discorso è rivolto, ovvero il *target* –, si ottiene un risultato completamente opposto. Mentre, infatti, Waldron giunge a ritenere necessaria, in una società democratica, la proibizione dell'*hate speech* poiché non rispettoso della dignità dei soggetti che ne sono vittime, Dworkin conclude per l'impossibilità di limitazione della libertà d'espressione del soggetto agente, pena il mancato rispetto, da parte dei pubblici poteri, della sua dignità, che si espleta nella necessaria protezione della libera espressione²³⁶.

In Dworkin, la libertà d'espressione copre anche l'espressione del discorso oltraggioso nei confronti della stessa dignità umana²³⁷:

«Living in a just society – a society whose government respects human dignity—means that I must accept the right of others to hold me in contempt»²³⁸.

Per Dworkin, infatti, il Primo Emendamento «protects [...], as Holmes said, even speech we loathe»²³⁹: pertanto, egli rigetta qualsiasi tipo di censura fondata sul contenuto.

Mentre secondo Waldron la dignità umana (del *target*) non può mai essere violata, rendendosi necessaria una restrizione della libertà d'espressione del discorso lesivo della dignità altrui (da parte dello *speaker*), per Dworkin la massima dignità umana (dello *speaker*) consiste nell'accettazione che, come espressione della dignità altrui, la dignità umana stessa (del *target*) deve poter essere oggetto di disprezzo. Ciò deriva, come è stato osservato²⁴⁰, dalla concezione di Dworkin della legittimità politica, che dipende, in ultima istanza, dal rispetto da parte del governo per l'indipendenza etica dell'individuo, al quale dev'essere lasciata la libertà di professare le proprie diverse idee sulla dignità umana. E ciò, in quanto «[t]he aim of the right to free expression is to offer speakers a degree of protection from governmental officials who

Examination, cit., p. 91, tra questa visione e quella di Eberle, che sostiene che il rispetto per la dignità umana implica il rispetto per i diritti umani e, dunque, per la libertà d'espressione: E.J. EBERLE, *Dignity and Liberty: Constitutional Visions in Germany and the United States*, Praeger Publishers, Westport (Conn.), 2002.

²³⁶ Peraltro, è divenuto famoso il dibattito Waldron-Dworkin sull'*hate speech*, il quale, come riporta E. HEINZE, "Hate Speech and the Normative Foundations for Regulation", cit., p. 602, può essere riassunto come segue: in seguito alla pubblicazione, nel 2009, del suo *Foreword* a I. HARE, J. WEINSTEIN, *Extreme Speech and Democracy*, cit., Dworkin viene criticato da Waldron nel suo *The Harm in Hate Speech*, cit., del 2012, stesso anno in cui compare un saggio di Waldron in M. HERZ, P. MOLNAR (eds.), *The Content and Context of Hate Speech*, cit., in cui l'autore critica Dworkin a partire da uno scambio via mail tra i due, che pare essere stato foriero di incomprensioni – le quali, si ritiene, derivano in realtà dall'utilizzo di categorie simili (come quella della dignità) per giustificare posizioni politiche sull'*hate speech* completamente opposte; alla critica lo stesso Dworkin dedica alcune pagine di risposta nel medesimo libro.

²³⁷ A. BROWN, *Hate Speech Law. A Philosophical Examination*, cit., p. 95: «[Dworkin] would insist that human dignity requires the guarantee of free speech, even speech that affronts human dignity».

²³⁸ R. DWORKIN, "Reply to Jeremy Waldron", cit., p. 342.

²³⁹ R. DWORKIN, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 1996, p. 205.

²⁴⁰ A. BROWN, *Hate Speech Law. A Philosophical Examination*, cit., p. 95.

might be inclined to suppress whichever ideas *they* believe to be misguided»: l'*hate speech* è, secondo Dworkin, una delle tante forme di espressione delle idee individuali sulla dignità umana e, in quanto tale, non può essere soppresso. Evidentemente, anch'esso è fondato sulla libertà negativa d'espressione (che in Dworkin è libertà dall'interferenza; cfr. *supra*, § 2.7.2b).

In virtù di quanto riportato sin qui, si comprendono alcune (controverse) posizioni dell'autore: *in primis*, la negazione, in democrazia, dell'esistenza di «a right not to be insulted or offended», un diritto a non essere insultati od offesi²⁴¹. Tale diritto sarebbe contrario al diritto umano universale alla libertà d'espressione fondato sulla dignità (dello *speaker*). Secondo Dworkin, inoltre, nemmeno la negazione dell'Olocausto costituisce incitamento all'odio²⁴².

Per ciò che concerne la relazione tra *free speech* e democrazia, Dworkin sostiene: 1) il necessario vincolo tra le due dimensioni, quella del governo democratico e quella della libertà d'espressione, per cui la seconda non può essere vista come un mero strumento per l'attuazione del primo, bensì come un suo elemento necessario e costitutivo; 2) che la libertà d'espressione, più in generale, costituisca un diritto umano universale²⁴³. A partire da questa affermazione, il filosofo tenta di rispondere alle critiche di coloro che, da un lato, additano la sua visione come espressione di un imperialismo occidentale e, dall'altro, anche all'interno dello stesso contesto democratico americano, sostengono la necessaria limitazione della libertà d'espressione a tutela dell'eguaglianza e della libertà dall'odio (razziale) e dal pregiudizio (quelle che egli definisce «calls for censorship»).

L'approccio deontologico di Dworkin è espressamente fatto valere dall'autore: «[...] if free speech really is as fundamental as many of its defenders have supposed in the past, we must protect it even if it does have bad consequences»²⁴⁴. Egli, come risulta evidente, scinde il problema della giustificazione del *free speech* dalla questione delle sue conseguenze negative, che non devono influire nella decisione relativa all'eventuale tutela di tale diritto. Se il diritto alla libertà d'espressione è un diritto umano universale, esso spetta anche a coloro che lo utilizzano per diffondere messaggi sconvenienti, scomodi e sgradevoli²⁴⁵, indipendentemente dall'eventuale danno che possono arrecare.

Proprio in relazione alla questione della presunta "assolutezza" della libertà d'espressione e dell'irrilevanza dei danni che ne possono conseguire, Dworkin è stato al centro di un'accesa polemica con Catharine MacKinnon relativa ad un'ordinanza dello stato dell'Indianapolis sulla pornografia²⁴⁶, che l'autrice assimilava ad una forma di *hate speech* nei confronti delle donne (cfr. *supra*, § 4.2.4). Egli, tuttavia, ne critica ferocemente gli argomenti.

²⁴¹ R. DWORKIN, "Foreword", cit., p. VIII.

²⁴² R. DWORKIN, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, cit., pp. 223-226.

²⁴³ R. DWORKIN, "Foreword", cit., p. V.

²⁴⁴ *Ivi*, p. VI.

²⁴⁵ *Ivi*, p. VII, ove Dworkin afferma: «It may seem easy to defend the rights to investigative reporters exposing corruption or serious novelists exploring literary and intellectual boundaries. But free speech, if it is a universal right, also protects pornographers hawking pictures of naked women with their legs spread, and bigots sporting swastikas or white hoods and selling hatred» (corsivi nostri).

²⁴⁶ Sul dibattito, cfr., A. VERZA, *Il dominio pornografico. Femminismo e liberalismo alla prova*, Liguori, Napoli, 2006.

Innanzitutto, Dworkin sostiene che l'affermazione per cui la pornografia incrementa il pericolo di violenza e stupro non è confermata da prove scientifiche²⁴⁷. Inoltre, laddove si risponde che il danno subito dalle donne non è necessariamente fisico, bensì strutturale, nel senso della subordinazione – chiamando dunque in causa l'eguaglianza –, Dworkin sostiene la prevalenza del diritto alla libertà d'espressione, che coinvolge una dimensione più profonda dell'*equal concern and respect*²⁴⁸. MacKinnon, infatti, sosteneva che anche se il diritto ad offendere rientrasse nella protezione del Primo Emendamento, esso dovesse essere bilanciato con il diritto all'eguaglianza statuito dal Quattordicesimo Emendamento. La specificità della pornografia femminile (come caso di *hate speech*) contribuirebbe a minare l'eguaglianza di opportunità delle donne. Tuttavia, Dworkin non accetta questi argomenti, proprio in virtù del ruolo fondamentale da lui assegnato alla libertà d'espressione, che, in quanto libertà negativa, deve tollerare qualsiasi effetto – anche negativo – che da essa possa scaturire²⁴⁹.

Un altro argomento contro il quale si scaglia Dworkin è quello che vede nella questione della pornografia un contrasto tra *due tipi di libertà*: da un lato, la libertà dei produttori di produrre materiale pornografico, interpretata nel senso della libertà *negativa* del non subire interferenze in tale produzione; dall'altro, la libertà *positiva* delle donne a partecipare alla vita sociale, ridotta dall'effetto di subordinazione generato dalla pornografia. Tuttavia, anche qui, secondo Dworkin, anche se fosse dimostrato un simile effetto, la libertà negativa d'espressione dovrebbe prevalere proprio perché il suo significato è quello dell'esercizio indipendentemente dalle conseguenze negative anche sulla libertà positiva²⁵⁰.

L'ultimo argomento sul caso della pornografia che viene analizzato da Dworkin è quello che vede in essa un conflitto tra due libertà *negative*. La libertà negativa delle donne, in questo senso, sarebbe messa in crisi da un effetto *silencing* (cfr. *infra*, § 4.2.4) della pornografia, che impedirebbe alle donne, cioè di esercitare a loro volta la loro libertà negativa di parlare²⁵¹. Anche qui, tuttavia, Dworkin rigetta l'argomento in virtù della mancanza di prove²⁵², ribadendo nuovamente che anche qualora queste esistessero, la libertà d'espressione non può essere limitata in base al danno che essa può eventualmente arrecare.

Nell'ulteriore tentativo di difendere il suo approccio deontologico, Dworkin critica il classico argomento di Mill della ricerca della verità nel *marketplace of ideas*, sostenendo che in base ad esso difficilmente potrebbero essere qualificate come *idee* messaggi odiosi o contenuti pornografici e, soprattutto, che esso costituisce un argomento *strumentale*: al contrario, il suo tentativo è quello dell'elaborazione di un argomento *di principio*: «[i]f freedom of speech is a basic right, this must be so not in virtue of instrumental arguments, like Mill's, which

²⁴⁷ R. DWORKIN, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, cit., p. 219.

²⁴⁸ Ivi, p. 219.

²⁴⁹ Ivi, pp. 230-235.

²⁵⁰ Ivi, pp. 220-221.

²⁵¹ Cfr. F. MICHELMAN, "Conceptions of Democracy in American Constitutional Argument: The Case of Pornography Regulation", in *Tennessee Law Review*, 291, 56, 1989, pp. 291-319.

²⁵² R. DWORKIN, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, cit., pp. 219-223.

suppose that liberty is important because of its consequences. It must be so for reasons of basic principle»²⁵³. Il principio fondamentale cui egli fa riferimento è proprio la dignità umana.

In questa contrapposizione tra il necessario rispetto dei diritti e le loro eventuali conseguenze negative, Dworkin sottolinea la differenza tra il suo approccio *rights-based* tendenzialmente assolutista e gli approcci liberali *harm-based*.

Quanto alla legittimità politica, Dworkin riconduce la necessaria tutela della libertà d'espressione (e conseguentemente, come si è visto, della dignità umana) alla questione della dialettica maggioranza-minoranza: «[t]he majority has no right to impose its will on someone who is forbidden to raise a voice in protest or argument or objection before the decision is made»²⁵⁴. Nella sua prospettiva, infatti, l'individuo nella comunità politica deve vedere rispettato il suo diritto di «alzare la voce» contro il governo, non solo il proprio diritto al voto, che non è sufficiente: negli Stati ove sussistono provvedimenti di restrizione della libertà d'espressione a tutela contro l'*hate speech*, al contrario, questo diritto non è rispettato e, dunque, è evidente il pericolo di sfociare in regimi totalitari²⁵⁵. Proprio per evitare il totalitarismo è dunque necessario garantire la “voce” anche a coloro che esprimono opinioni non rispettose dei diritti altrui e, dunque, illiberali.

Il diritto alla libertà d'espressione, inoltre, è stato utilizzato a lungo dalle stesse persone appartenenti ai gruppi vulnerabili vittime di *hate speech* proprio per fare campagna a favore dell'ottenimento dei diritti civili: si tratta di un argomento che viene utilizzato spesso da coloro che si oppongono ai *ban* su posizioni simili a quelle di Dworkin²⁵⁶. Tralasciando l'obiezione per la quale tali concezioni sono evidentemente ancorate in maniera ideologica ad una concezione *libertarian* della libertà d'espressione²⁵⁷, è opportuno sottolineare che esse si nutrono del medesimo argomento dworkiniano della necessità della pluralità di opinioni in una società democratica, incluse quelle che non rispettano la dignità altrui.

Nonostante l'enfasi di Dworkin per le ragioni esclusivamente deontologiche, che tralasciano – o addirittura espressamente accettano – le conseguenze negative dell'*hate speech*, è

²⁵³ *Ibidem*.

²⁵⁴ *Ibidem*.

²⁵⁵ Cfr. A. BROWN, *Hate Speech Law. A Philosophical Examination*, cit., p. 204; Brown, su questo punto, riprende la stessa affermazione di DWORKIN in *Justice for Hedgehogs* (cit., p. 373), che sostiene che nel caso *Brandenburg v. Ohio*, in cui la Corte Suprema degli Stati Uniti impedisce una manifestazione del Ku Klux Klan, la stessa Corte «prohibited [the local Ku Klux Klan leader] from attempting to rally other citizens to his political opinions».

²⁵⁶ Ivi, pp. 204-205, ove si possono trovare i riferimenti a: S. WALKER, *In Defense of American Liberties: A History of the ACLU*, Oxford University Press, New York, 1990; ID., *Hate Speech: The History of an American Controversy*, University of Nebraska Press, Lincoln (NE), 1994; W. RUBENSTEIN, “Since When Is the Fourteenth Amendment Our Route to Equality? Some Reflections on the Construction of the “Hate Speech” Debate from a Lesbian/Gay Perspective”, in H.L. GATES JR. et al. (eds.), *Speaking of Race, Speaking of Sex: Hate Speech, Civil Rights, and Civil Liberties*, New York University Press, New York, 1994, pp. 280-299; D. RICHARDS, *Free Speech and the Politics of Identity*, Oxford University Press, Oxford, 1999.

²⁵⁷ È quanto afferma A. BROWN, *Hate Speech Law. A Philosophical Examination*, cit., p. 205, il quale sostiene che, in realtà, ai gruppi vulnerabili che in passato hanno ottenuto diritti civili “grazie” alla libertà d'espressione in America sarebbe stato consentito ottenerla anche sotto concezioni più ristrette rispetto a quella *libertarian* statunitense, incluso in ordinamenti che possiedono leggi contro l'*hate speech*, che non avrebbero impedito loro di reclamare i propri diritti.

importante sottolineare che, in realtà, alla sua posizione nel dibattito soggiace una distinzione tra *speech* e *action* che ne informa l'approccio evidentemente *perlocutorio*.

Dworkin, infatti, sostiene un'effettiva distinzione tra provvedimenti antidiscriminatori (che devono considerarsi «downstream») e provvedimenti contro le *espressioni* discriminatorie o l'*hate speech* (che costituiscono una politica «upstream»):

«We may and must protect women and homosexuals and members of minority groups from *specific and damaging consequences of sexism, intolerance, and racism*. We must protect them against unfairness and inequality in employment or education or housing or the criminal process, for example, and we may adopt laws to achieve that protection. But we must not try to intervene *further upstream*, by forbidding any *expression of the attitudes or prejudices that we think nourish such unfairness or inequality*, because if we intervene too soon in the process through which collective opinion is formed, we spoil the only democratic justification we have for insisting that everyone obey these laws, even those who hate and resent them»²⁵⁸.

Per quanto non lo affermi espressamente, anche nell'argomentazione di Dworkin è evidente un'implicita adesione alla distinzione tra *discorso* che, in quanto tale, non può causare danno e *azioni*, le quali, invece, in quanto concrete, possono essere effettivamente dannose. Ciò risulta evidente in questo passaggio, in cui le espressioni odiose sono assegnate da Dworkin all'ambito della formazione delle opinioni, mentre le conseguenze di sessismo, intolleranza e razzismo (oggetto delle politiche e delle norme antidiscriminatorie «vere e proprie») vengono definite *damaging* in quanto effettivamente rientranti nell'ambito delle azioni. Sulla base di ciò, Dworkin mette in dubbio la pretesa connessione tra l'*hate speech* e gli atti di violenza o discriminazione²⁵⁹. In questo Dworkin cade (consapevolmente o meno) vittima della distinzione liberale classica tra *speech* e *action*, a partire dalla quale si è tradizionalmente argomentato a favore della protezione dello *speech* entro il Primo Emendamento.

Per questi motivi, si ritiene che l'impostazione di Dworkin, pur partendo da premesse diverse, giunga ai medesimi risultati di quella di Baker, finendo così per assegnare caratteristiche alla libertà d'espressione che contribuiscono all'ipostatizzazione dell'idea del *free speech absolutism*, quantomeno nel caso dell'*hate speech*, sulla base di un approccio *perlocutorio* alla questione del discorso d'odio. Egli, infatti, pur rigettando, come Baker, il principio del danno, sviluppa una riflessione alla quale soggiace evidentemente una separazione perlocutoria tra l'immaterialità del discorso e la materialità dell'azione, confacendosi ad una separazione cartesiana tra *speech* e *action* che non fa che rinviare l'analisi, appunto, perlocutoria.

²⁵⁸ R. DWORKIN, «Foreword», cit., p. VIII (corsivi nostri). Su questa distinzione, si veda la critica di Brown, che sostiene che le leggi «downstream» contro la discriminazione non sono una questione di discrezionalità governativa in virtù della quale i membri che ne sono tutelati devono, in qualche modo, «gratitudine» al governo stesso: essi sono, al contrario, provvedimenti di tutela dei *diritti umani* delle persone che ne risultano protette, motivo per cui al governo non è data la possibilità di decidere in senso negativo. Pertanto, non si può sostenere che i gruppi vulnerabili debbano soffrire i danni dell'*hate speech* perché è stato loro già «concesso» dall'ordinamento l'ottenimento dei diritti civili; A. BROWN, *Hate Speech Law. A Philosophical Examination*, cit., p. 205.

²⁵⁹ Ivi, p. IX.

6.6.4 – Robert Post e il discorso pubblico

Il contributo di Post al dibattito sull'*hate speech* risulta di particolare importanza, poiché egli sviluppa un'argomentazione che, pur fondandosi sul tema del rapporto tra la democrazia e la limitazione della libertà d'espressione, utilizza un metodo diverso da (e per certi versi quasi antinomico a) quello di Dworkin²⁶⁰. Quella di Post, infatti, può essere definita (come ha fatto Heinze) come una riflessione di tipo *particolarista* e *storico*: si tratta di un'analisi del sistema americano che giunge a riflessioni applicabili solo a quel particolare ordinamento giuridico e a quel peculiare momento storico, senza tentativi di generalizzazione “senza tempo” e “senza spazio”. Post, cioè, fonda la sua argomentazione sull'*eccezionalismo americano*, che vede gli Stati Uniti come una particolare forma di democrazia che non presenta eguali²⁶¹.

Tuttavia, le ragioni addotte da Post non devono portare a ritenere che egli concepisca il particolare approccio statunitense alla democrazia come necessariamente *neutrale*: al contrario, secondo l'autore la democrazia statunitense è tutto fuorché neutrale²⁶².

²⁶⁰ E. HEINZE, *Hate Speech and Democratic Citizenship*, cit., p. 13, ove Heinze sostiene che i modelli proposti, rispettivamente, da Dworkin e Post costituiscono un'opposizione entro la quale si sviluppa tutto il dibattito opposizionista-deontologico: «Opposition to speech bans needs a model pitched between those two extremes. That model will hopefully teach us not just about speech, but, more importantly, about democracy. I shall navigate between, on the one hand, Dworkin's ahistorical focus on the universalistic demands of democracy per se and, on the other hand, Post's concern about the historical and cultural limits of any single model». In un'altra sede, Heinze si spinge sino a sostenere che, secondo Post, quella di Dworkin è un «simplistically universalist model of democracy», E. HEINZE, “Hate Speech and the Normative Foundations of Regulation”, cit., p. 593.

²⁶¹ *Ibidem*. Tuttavia, è da notare che, mentre precedentemente tale riferimento all'eccezionalismo americano lo faceva propendere per una teoria della “superiorità” della democrazia americana sulle altre, Post, a partire dal suo R. POST, “Hate Speech”, in I. HARE, J. WEINSTEIN (eds.), *Extreme Speech and Democracy*, cit., pp. 123-128, fa una concessione a favore di un «agnosticism about the superiority of American approaches for other democracies», E. HEINZE, “Hate Speech and the Normative Foundations of Regulation”, cit., p. 593. Sull'*eccezionalismo* americano, con particolare riguardo nei confronti della questione dei diritti umani, cfr. M. IGNATIEFF (ed.), *American Exceptionalism and Human Rights*, Princeton University Press, Princeton-Oxford, 2005, in particolare il contributo di F. SCHAUER ivi compreso, “The Exceptional First Amendment”, pp. 31-55.

²⁶² P. MOLNAR, R. POST, “Interview with Robert Post”, in M. HERZ, P. MOLNAR (eds.), *The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses*, cit., pp. 11-36. La questione della *neutralità* del punto di vista sul sistema giuridico, in sede di distinzione tra *democrazia neutrale* e *democrazia militante*, è affrontata da M. REVENGA SÁNCHEZ, “Los discursos del odio y la democracia *adjetivada*: tolerante, intransigente, ¿militante?”, in ID. (dir.), *Libertad de expresión y discursos del odio*, «Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos», Universidad de Alcalá, Servicios de Publicaciones del Defensor del Pueblo, 12, 2015, pp. 15-32). Sull'impossibilità di affermazione del carattere neutrale di un sistema giuridico (del diritto in sé), così come di una determinata concezione dei diritti umani, cfr. F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, “Los derechos fundamentales en *Principia Iuris* o los límites de la Teoría del Derecho”, in *Anuario de Filosofía del Derecho*, 29, 2013, pp. 35-55, in part. pp. 48-55, ove Ansuátegui critica Ferrajoli (L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. II, Laterza, Roma-Bari, 2007) circa l'adozione di un criterio neutrale di definizione dei diritti. Cfr. anche D. ZOLO, “Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los «derechos fundamentales». A propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli”, in L. FERRAJOLI, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ed by A. DE CABO, G. PISARELLO, Trotta, Madrid, 2001, che critica Ferrajoli proponendo l'adozione di un concetto «epistemologicamente più debole» di diritto fondamentale. Le tesi di Post sono particolarmente affini a quelle di J. Weinstein, tant'è che nelle analisi del dibattito sull'*hate speech* sono spesso trattate congiuntamente. Tuttavia, una differenza fondamentale tra Post e Weinstein è l'enfasi del secondo sul principio di neutralità: egli, infatti, è tra gli autori statunitensi che maggiormente fanno leva sulla distinzione tra regolazioni *content-based* e *content-neutral*, oltre che tra *viewpoint-neutral* e *viewpoint-based*: J. WEINSTEIN, “An Overview of American Free Speech Doctrine and its Application to Extreme Speech”, in I. HARE, J. WEINSTEIN (eds.), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 81-91, pp. 82-83 (cfr. E. HEINZE, *Hate Speech and Democratic Citizenship*, cit., p. 19-20). Su queste distinzioni, cfr. *supra*, § 1.6.6.

Per quanto concerne il modello di libertà d'espressione di carattere democratico-repubblicano (cfr. *supra*, § 2.8.2), Post contribuisce alla costruzione di un approccio che tiene in considerazione la formazione dell'opinione pubblica e la partecipazione alle decisioni collettive, soprattutto a partire da un «constitutional concept of public discourse»²⁶³, che egli trae a partire da una concezione della politica come un «deliberative process»²⁶⁴, a partire dalla quale concepisce la libertà d'espressione come volta a garantire il *self-government* e la partecipazione. Egli individua in una sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti del 1988²⁶⁵ un punto di svolta che indica chiaramente che l'orientamento giurisprudenziale che fa leva sul «public discourse», contrariamente alle proposte teoriche che su tale base erano state avanzate²⁶⁶, verrà da quel momento utilizzato non tanto per sostenere le ragioni della restrizione della libertà d'espressione, bensì, al contrario, per assegnare a tale libertà una maggior protezione.

Con ciò è bene sottolineare che, come accennato in precedenza, il modello democratico-repubblicano di libertà d'espressione derivante da quello che si è definito “neo-repubblicanesimo istituzionale”, rispetto a quello fondato sulla libertà dalla dominazione, finisce per rinvigorire, su basi diverse, le stesse ragioni del modello liberale, che portano, come si è visto, verso una teoria della libertà d'espressione maggiormente propensa ad una risposta opposizionista alla limitazione nel caso dell'*hate speech*. In sostanza, la riflessione di Post permette di comprendere come tre diversi modelli di libertà (negativa come non-interferenza, positiva come *self-government*, e la “terza via” come non-dominazione), in realtà, se interpretate attraverso il prisma della teoria della performatività finiscano unicamente per dare due diverse risposte alla

²⁶³ R. POST, “The Constitutional Concept of Public Discourse: Outrageous Opinion, Democratic Deliberation, and *Hustler Magazine v. Falwell*”, in *Harvard Law Review*, 103, 3, 1990, pp. 601-686.

²⁶⁴ Post esplicita, in tal senso, il riferimento a C.R. SUNSTEIN, “Beyond the Republican Revival”, in *Yale Law Journal*, 97, 1988, 1539-1590, asserendo che tale concetto chiama in causa un necessario ripensamento della protezione della libertà d'espressione. Sulla strutturazione della libertà d'espressione come diritto volto a garantire il *self-government* e la partecipazione democratica, Post concorda con J. WEINSTEIN: cfr. J. WEINSTEIN, “Extreme Speech, Public Order, and Democracy: Lessons from *The Masses*”, in I. HARE, J. WEINSTEIN (eds.), *Extreme Speech and Democracy*, cit., pp. 23-61, pp. 25-27. «The connection between free speech and democracy is manifest. As the ultimate source of political authority, the people must be able to talk to one another about the performance of governmental officials and the policies these officials implement», J. WEINSTEIN, *Hate Speech, Pornography, and the Radical Attack on Free Speech Doctrine*, Westview Press, Oxford, 1999, p. 12. Analogamente, cfr. ID., “Participatory Democracy as the Central Value of American Free Speech Doctrine”, in *Virginia Law Review*, 97, 3, 2011, pp. 491-514, ove (a p. 497) riprende *Mills v. Alabama*, 384 U.S. 214 (1966), in cui la Corte Suprema USA aveva affermato: «Whatever differences may exist about interpretations of the First Amendment, there is *practically universal agreement* that a major purpose of that Amendment was to protect the free discussion of governmental affairs» (corsivi nostri).

²⁶⁵ *Hustler Magazine, Inc. v. Falwell*, 485 U.S. 46 (1988). Post sottolinea che, nella sentenza, il giudice Rehnquist utilizzò la nozione di «public discourse» al fine di «immunize from legal regulation speech that was justifiably experienced as profoundly invasive and violative of identity», R. POST, “The Constitutional Concept of Public Discourse: Outrageous Opinion, Democratic Deliberation, and *Hustler Magazine v. Falwell*”, cit., p. 604. Questo approccio, sempre secondo Post, è stato seguito in successive sentenze della Corte Suprema, come *Boos v. Barry*, 485 U.S. 312 (1988) e *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989), a conferma del consolidamento dell'orientamento (*ibidem*). Sull'opinione di Post sul caso, cfr. M.H. REDISH, G. LIPPMAN, “Freedom of Expression and the Civic Republican Revival in Constitutional Theory: The Ominous Implications”, in *California Law Review*, 79, 2, 1991, pp. 267-311, pp. 297-304.

²⁶⁶ Si veda, ad esempio, F. MICHELMAN, “Law’s Republic”, in *The Yale Law Journal*, 97, 8, 1988, 1493-1537, il quale utilizzava l'argomento del discorso pubblico e il *revival* repubblicano per sostenere la necessità di limitazione della libertà d'espressione nei casi in cui essa veniva utilizzata a danno dell'identità o della libertà altrui.

questione della proibizione dell'*hate speech* (quella opposizionista-liberale e quella proibizionista neo-repubblicana).

Sulla falsariga del tradizionale collegamento operato a livello giurisprudenziale tra la dottrina del Primo Emendamento e la separazione tra la sfera pubblica e la sfera privata²⁶⁷, la teoria di Post si fonda interamente sulla separazione tra due ambiti distinti: da un lato, l'ambito delle norme e delle regole sociali, entro il quale, ad esempio, un'espressione ingiuriosa risulta oltraggiosa e, dall'altro, l'ambito del «constitutional concept of public discourse», in cui allo Stato è proibito applicare gli standard sociali di una particolare comunità, quali ad esempio quelli che impongono che la particolare espressione ingiuriosa di cui si parla costituisca un oltraggio, perché nel fare ciò lo Stato assegnerebbe un privilegio a quella particolare comunità che considera oltraggiosa l'espressione²⁶⁸. La stessa sorte, secondo Post, deve essere assegnata allo standard della dignità (e in ciò è evidente la sua distanza da Waldron; cfr. *supra*, § 6.4.2), come confermerebbe la stessa giurisprudenza²⁶⁹.

Coerentemente con le premesse del modello democratico-repubblicano, Post espressamente si oppone al modello del *marketplace of ideas*, che considera la neutralità rispetto alle diverse idee come presupposto dell'azione del governo, proponendo un modello di «marketplace of communities»²⁷⁰. Ciò gli permette di affermare quanto segue:

«[T]he social function of first amendment doctrine, as reformulated during the 1930's and 1940's, becomes plain enough: it is to establish a *protected space* within which this communication can occur»²⁷¹.

Nell'assegnare questa funzione al Primo Emendamento, egli asserisce l'esistenza di uno spazio *protetto* (dalla regolazione del discorso) in cui agli individui è permesso scontrarsi presentando idee contrapposte, in un «process of critical interaction»²⁷². Secondo Post, ad esempio, ogni tipo di comunicazione può potenzialmente esprimere il «*racist self*», ciò che lo porta a concludere che qualsiasi provvedimento contro l'*hate speech* (nell'esempio, di tipo razzista) finirebbe per non lasciare alcuna categoria di discorso esclusa dall'applicazione di tale *ban*, limitando eccessivamente la libertà d'espressione²⁷³. Inoltre, Post afferma la difficoltà (ma

²⁶⁷ Cfr. i riferimenti giurisprudenziali a sostegno di tale separazione citati da Post in R. POST, "The Constitutional Concept of Public Discourse: Outrageous Opinion, Democratic Deliberation, and *Hustler Magazine v. Falwell*", cit., p. 626 (note 134-138). Cfr. inoltre ID., "Between Governance and Management: The History and Theory of the Public Forum", in *University of California Law Review*, 34, 1987, 1713-1835.

²⁶⁸ R. POST, "The Constitutional Concept of Public Discourse: Outrageous Opinion, Democratic Deliberation, and *Hustler Magazine v. Falwell*", cit., pp. 631-632. Analogamente, cfr. ID., "Hate Speech", cit., pp. 127-130.

²⁶⁹ Post cita *Boos v. Barry*, cit., ove la Corte Suprema si rifiuta di applicare lo standard della dignità per la limitazione delle espressioni oltraggiose.

²⁷⁰ R. POST, "The Constitutional Concept of Public Discourse: Outrageous Opinion, Democratic Deliberation, and *Hustler Magazine v. Falwell*", cit., p. 632.

²⁷¹ Ivi, p. 634 (corsivi nostri).

²⁷² Ivi, p. 637.

²⁷³ R. POST, "Racist Speech, Democracy, and the First Amendment", cit., p. 270.

al contempo la necessità) di stabilire un confine tra *hate* e “semplice” *dislike*: il secondo, infatti, è necessario in una società democratica, affinché sia possibile la critica²⁷⁴.

Si comprende, dunque, perché la teoria del discorso pubblico porti Post a sostenere l’inapplicabilità, entro quello spazio, di norme regolatrici della condotta e delle espressioni utilizzate da coloro che vi partecipano: in quello spazio, infatti, sussiste «the right to differ as to things that touch the heart of the existing order»²⁷⁵. Ciò che può essere indicato come costitutivo («the heart») dell’ordine, in questo caso, può riguardare le norme di civiltà che impongono ai soggetti di non offendersi reciprocamente nell’ambito del discorso pubblico, il rispetto e via dicendo: tutto ciò, nell’argomentazione di Post, può essere oggetto di rifiuto da parte del soggetto nell’esercizio del suo «right to differ». Infatti, «[i]n such circumstances participants in public debate must be tolerant; they cannot silence speech because of pre-existing assumptions about what is reasonable or appropriate, for any such assumptions would prejudice the outcome and conduct of the debate»²⁷⁶. Le restrizioni all’*hate speech*, in sostanza, nella sua prospettiva pregiudicano il dibattito pubblico perché impediscono che esso possa portare a determinati contenuti che si ritengono vietati in partenza. Tali restrizioni, invece, sono ammesse laddove non interferiscano con la formazione del discorso pubblico²⁷⁷.

Secondo Post, due sono i requisiti del discorso pubblico: 1) la libertà dalla costrizione delle norme della comunità («critical interaction») e 2) la possibilità di confrontare le varie posizioni emerse grazie alla libertà di cui sopra («rational deliberation»). Post stesso individua nella prima un requisito di neutralità e individualismo (coerente, secondo lo schema che si è articolato nel presente lavoro, con un modello liberale della libertà d’espressione); nella seconda, invece, un requisito deliberativo, di autogoverno democratico²⁷⁸ (coerente, invece, con lo schema democratico-repubblicano). Tuttavia, nella dottrina del Primo Emendamento è prevalsa la prima “anima” del discorso pubblico, come nota Post: pertanto, la «critical interaction» impedisce l’emanazione di norme di civiltà che regolino il discorso.

Per quanto riguarda il criterio di distinzione tra il discorso pubblico e quello privato, Post elenca le due teorie fondamentali che hanno contribuito nella dottrina contemporanea a tale suddivisione: quella che fa leva sul *contenuto del discorso* e quella che, invece, si fonda

²⁷⁴ R. POST, “Hate Speech”, cit., pp. 125-126.

²⁷⁵ Post qui cita *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943).

²⁷⁶ R. POST, “The Constitutional Concept of Public Discourse: Outrageous Opinion, Democratic Deliberation, and *Hustler Magazine v. Falwell*”, cit., p. 638.

²⁷⁷ In ciò, Post concorda con J. WEINSTEIN, *Hate Speech, Pornography, and the Radical Attack on Free Speech Doctrine*, cit., p. 53. Secondo Weinstein, infatti, il divieto di restrizione del discorso pubblico ha lo scopo di «[p]reventing a current majority from suppressing the discourse that allows for the creation of new majorities», J. WEINSTEIN, “Hate speech, Viewpoint Neutrality, and the American Concept of Democracy”, in T. HENSLEY (ed.), *The Boundaries of Freedom of Expression and Order in a Democratic Society*, Kent State University Press, Kent (Ohio), 2001, pp. 161-166.

²⁷⁸ Ivi, p. 642.

sul *contesto* e sulla *modalità di disseminazione*²⁷⁹. Egli rifiuta ogni tentativo di separazione volto all'esclusione di determinati discorsi dall'ambito pubblico:

«[E]very issue that can potentially agitate the public is also potentially relevant to democratic self-governance, and hence potentially of public concern. The distinction between “matters of public concern” and “matters of purely private concern”, insofar as it is used to exclude speech from public discourse, is therefore incompatible with the very democratic self-governance it seeks to facilitate»²⁸⁰.

In ciò, l'impostazione di Post risulta coerente con quella adottata in questa sede, in cui non si ritiene che distinguere tra *discorso pubblico e privato*²⁸¹ costituisca una misura necessaria per affrontare la discussione in tema di *hate speech*: al contrario, tale distinzione risulta particolarmente fuorviante, sulla base dell'impossibilità di una concreta distinzione tra *public speech* e *private speech* (che porti, di conseguenza, alla definizione di quando sia vietato proibire l'*hate speech* e quando, al contrario, sia lecito²⁸²). Tuttavia, è bene sottolineare che Post critica tale distinzione per giungere all'affermazione della primazia della libertà d'espressione sul diritto alla protezione contro l'*hate speech*, sulla base del fatto che, privilegiando la libertà d'espressione nell'ambito pubblico e sostenendo una concezione della sfera pubblica piuttosto ampia e continuamente soggetta ad espansione²⁸³, anche l'*hate speech* possa giungere facilmente a varcare la soglia di ciò che è pubblico e, dunque, protetto²⁸⁴. In sostanza, Post rifiuta

²⁷⁹ R. POST, “The Constitutional Concept of Public Discourse: Outrageous Opinion, Democratic Deliberation, and *Hustler Magazine v. Falwell*”, cit., pp. 667-678 (e giurisprudenza ivi citata, a partire dalla quale Post evidenzia la concorrenza dei due criteri di distinzione tra pubblico e privato).

²⁸⁰ R. POST, *Constitutional Domains: Democracy, Community, Management*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1995, p. 194. In ciò, Post differisce da Weinstein: mentre Post sostiene che spetti essenzialmente al giudice stabilire se la restrizione dell'*hate speech*, nel caso concreto, si riferisce a un discorso che contribuisce al discorso pubblico o meno sulla base del criterio del *contesto*, per Weinstein, pur riconoscendo l'importanza del contesto, questa valutazione va effettuata con maggiore attenzione al *contenuto* del discorso. Cfr. J. WEINSTEIN, “Participatory Democracy as the Central Value of American Free Speech Doctrine”, in *Virginia Law Review*, 97, 3, 2011, pp. 491-514, pp. 491-514, p. 493. Sul punto, cfr. la ricognizione effettuata da A. BROWN, *Hate Speech Law. A Philosophical Examination*, cit., p. 215, che afferma: «According to Weinstein, this marks one of the differences between his view and that of Post. In the determination of whether or not something counts as public discourse Post places an emphasis on the context, on whether or not the speech is in the public sphere, whereas Weinstein errs more on the side on the content, on whether or not the speech is of public concern».

²⁸¹ Deve qui intendersi, in maniera analoga a quanto affermato da Post, pubblico-privato nel senso di discorso pubblico e discorso privato, nozioni che non coincidono con quelle di *sfera pubblica* e *sfera privata*. Cfr. R. POST, “Hate Speech”, cit., p. 13.

²⁸² Cfr. *supra*, § 1.6.6, per la questione della distinzione tra pubblico e privato. In maniera simile, Post ritiene che non vi sia una possibilità di distinguere *nettamente* tra discorso pubblico e privato e che le distinzioni utilizzate dalla giurisprudenza, in realtà, finiscano per essere ideologiche. R. POST, “The Constitutional Concept of Public Discourse: Outrageous Opinion, Democratic Deliberation, and *Hustler Magazine v. Falwell*”, cit., pp. 680-684.

²⁸³ Infatti, per Post, pubblico finisce per essere tutto ciò che contribuisce allo sviluppo del *democratic self-government*, mentre privato è quell'ambito ove l'espressione non presenta questa caratteristica (A. BROWN, *Hate Speech Law. A Philosophical Examination*, cit., p. 192). Come afferma in P. MOLNAR, R. POST, “Interview with Robert Post”, cit., p. 12, sarà il giudice a decidere, nel caso concreto, se l'espressione appartenga all'una o all'altra sfera.

²⁸⁴ «Hate speech that is part of public discourse will receive the same protection that public discourse generally receives. Hate speech that is not part of public discourse will not receive this kind of protection», P. MOLNAR, R. POST, “Interview with Robert Post”, cit., p. 12. Così, egli giunge a distinguere tra l'*hate speech* praticato nell'ambito pubblico e privato: «There is a significant difference between proscribing racial insults directed toward individuals in the workplace and proscribing them in a political discussion or debate», R. POST, “Racist Speech, Democracy, and the First Amendment”, cit., pp. 267-327. L'assunto per cui ciò che ricade nell'ambito pubblico

la distinzione tra pubblico e privato solo quando il privato viene utilizzato per sottrarre terreno all'ambito pubblico: nella sua concezione così estesa del pubblico, "tutto" diviene pubblico, nel senso che potenzialmente qualsiasi espressione può risultare rilevante alla formazione dell'opinione pubblica e alla partecipazione, risultando protetta dalla corrispondente libertà.

Nella sfera pubblica, Post sostiene che le *viewpoint restriction* «prevent[...] persons from participating in a process of public opinion formation in ways that would make the law responsive to them. With respect to such persons, the state has [...] excluded them from the process of public-opinion formation»²⁸⁵. Per questo motivo, lo Stato dev'essere «constitutionally prohibited from preventing its citizens from participating in the communicative process relevant to the formation of democratic public opinion»²⁸⁶. La decisione statale di punire l'*hate speech*, infatti, viene vista da Post come un tentativo di chiudere la discussione, mentre invece «participants in the evolving formation of public opinion may well be apt to use hate speech in articulating their thoughts and ideas»²⁸⁷.

Ciò significa, dunque, che tali restrizioni alla libertà d'espressione non possono essere ammesse non solo prima della discussione per l'eventuale *enforcement* di provvedimenti normativi, bensì anche in seguito ad essa: Post si basa sull'idea di Kelsen di una democrazia come una continua discussione tra maggioranza e minoranza e come un sistema che permette l'autogoverno e la partecipazione dell'individuo alla creazione delle norme²⁸⁸. In sostanza, ciò riconduce gli argomenti di Post ad una questione di legittimità politica: il governo che escludesse i cittadini dalla partecipazione alla formazione dell'opinione pubblica starebbe escludendo quegli stessi cittadini dalla decisione politica, la quale dev'essere invece oggetto di deliberazione da parte di più «coautori»²⁸⁹, i cittadini stessi. È importante sottolineare che la concezione della legittimità politica nel caso della limitazione della libertà d'espressione, in Post, è strettamente collegata al principio dell'eguaglianza sostanziale²⁹⁰, il medesimo a partire dal quale si articolano generalmente anche le (opposte) riflessioni proibizioniste.

L'approccio di Post, dunque, può essere definito come un *focus* fondato sul diritto individuale alla partecipazione alla definizione dell'azione di governo, capace di tenere insieme

risulta "quasi automaticamente" protetto deriva dal fatto che, secondo Post, nell'ambito pubblico occorre la maggior libertà d'espressione possibile, come nota S.J. HEYMAN, *Free Speech and Human Dignity*, cit., p. 174.

²⁸⁵ P. MOLNAR, R. POST, "Interview with Robert Post", cit., pp. 11-36. Sottolinea questa opinione di Post anche E. HEINZE, *Hate Speech and Democratic Citizenship*, cit., p. 87.

²⁸⁶ R. POST, "Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence", in L. BOLLINGER, G. STONE (eds.), *Eternally Vigilant: Free Speech in the Modern Era*, University of Chicago Press, Chicago, 2002, p. 166.

²⁸⁷ A. BROWN, *Hate Speech Law. A Philosophical Examination*, cit., p. 191, commentando Post.

²⁸⁸ R. POST, "Racist Speech, Democracy, and the First Amendment", cit., pp. 280-282. Cfr. H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia* [1920], a cura di A. CARRINO, Giappichelli, Torino, 2004. Per un approfondimento dell'idea di democrazia in Post, cfr. R. POST, "Democracy and Equality", in *Law, Culture, and the Humanities*, 1, 2005, pp. 142-153.

²⁸⁹ Ad utilizzare questa espressione è A. BROWN, *Hate Speech Law. A Philosophical Examination*, cit., p. 202, a partire da R. POST, "Democracy and Equality", cit., pp. 142-153, ove Post afferma che in tal modo «[t]he state thereby loses its claim to democratic legitimacy with respect to those citizens» (p. 147).

²⁹⁰ R. POST, "Democracy and Equality", cit., p. 152.

queste istanze con quelle della necessità di protezione della libertà d'espressione²⁹¹. È egli stesso ad affermare, infatti, che «the function of public discourse is to reconcile, to the extent possible, the will of individuals with the general will. [...] The individualism so characteristic of first amendment doctrine thus flows directly from the central project of democracy»²⁹².

Proprio a partire da questo tentativo di riconciliazione tra i diritti individuali e le esigenze collettive, Post ritiene che gli eventuali provvedimenti di restrizione della libertà d'espressione a tutela dell'*hate speech* finirebbero per essere espressione della classe egemonica e, dunque, delle sue preferenze: «hate speech regulation must necessarily enforce social norms that represent the well-socialized intuitions of the hegemonic class that controls the content of the law»²⁹³.

Tuttavia, è necessaria una precisazione. È pur vero che, adottando una prospettiva marxista, si potrebbe considerare qualsiasi provvedimento legislativo – o, *lato sensu*, giuridico – come espressione della volontà della classe dominante. Nonostante ciò, per passare da tale assunto all'ulteriore conclusione che ne inferisce la necessaria negatività (se non addirittura ingiustizia) occorre anche valutare *a tutela di chi* si pongono queste norme. In quanto, come nel caso dell'*hate speech*, esse andrebbero a tutelare i diritti dei gruppi vulnerabili e svantaggiati, non se ne può inferire il carattere “maggioritario”: che cosa c'è di più “minoritario” (inteso come “a tutela della minoranza” nel senso di “gruppo vulnerabile”) che le leggi che proibiscono le espressioni discriminatorie nei confronti delle minoranze (o, meglio, dei gruppi vulnerabili)²⁹⁴?

Si è detto, in precedenza, che l'approccio democratico-repubblicano favorisce un punto di vista proibizionista. Tuttavia, è necessario sottolineare la possibilità (indicata, ad esempio, da Brown), «to mount a democratic defense of [hate speech regulations] by reflecting further on the ideal of participation that Post and Weinstein purport to uphold. Even if one accepts that

²⁹¹ Cfr. A. BROWN, *Hate Speech Law. A Philosophical Examination*, cit., p. 190, il quale afferma di Post che «[he has] sought to recast the relationship between the right to freedom of expression and the ideal of democratic self-government by highlighting an earlier stage in the democratic process. [...] [W]hat really matters is the *rights of individuals to participate in the formation of public opinion* upon which the familiar mechanisms of *democratic decision-making* are based». Più avanti, Brown afferma che in Post il diritto alla libertà d'espressione non costituisce un diritto fondamentale a sé stante, bensì derivante dal diritto alla partecipazione alla formazione della pubblica opinione (ciò che, nella prospettiva adottata nel presente lavoro, consente di ascriverlo al paradigma democratico-repubblicano) e, inoltre, il suo approccio permette di giungere alla conclusione che l'enfasi dell'autore è posta sul fatto che, in una società democratica, agli individui non si può chiedere di rinunciare al diritto individuale di contribuire al discorso pubblico: *ivi*, p. 215.

²⁹² R. POST, “Racist Speech, Democracy, and the First Amendment”, cit., p. 284.

²⁹³ R. POST, “Hate Speech”, cit., p. 132. Analogamente, in un passaggio precedente affermava: «Hate speech regulation imagines itself as simply enforcing the given and natural norms of a decent society [...], but from a sociological or anthropological point of view we know that law is always actually enforcing the mores of the dominant group that controls the content of law» (*ivi*, p. 130). Allo stesso modo, egli critica la concezione dell'argomento democratico sull'*hate speech* come dipinto da F. SCHAUER, *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, Cambridge University Press, Cambridge, 1982, p. 41.

²⁹⁴ A onor del vero, Post risponderebbe che anche le norme volte a tutela del multiculturalismo e della diversità culturale sono espressione della cultura egemonica e dominante. Tuttavia, si può concordare con A. BROWN, *Hate Speech Law. A Philosophical Examination*, cit., p. 182, quando afferma che, adottando l'approccio di Post, anche l'assenza di norme a tutela delle minoranze come quelle che proteggono contro l'*hate speech* costituirebbe un evidente esempio di espressione ideologica della classe dominante stessa.

the state has a duty to protect the rights of citizens to participate in the formation of public opinion, it does not follow from this that adopting a *laissez-faire* approach to public discourse is ultimately justified»²⁹⁵. In sostanza, si può utilizzare anche il medesimo approccio di Post per criticare l'opposizione ai *ban* e la concezione di *laissez-faire* del discorso pubblico. Nella prospettiva di Brown, infatti, è necessario assicurare a tutti i cittadini di poter concretamente concorrere alla formazione dell'opinione pubblica democratica: l'*hate speech* praticato da alcuni cittadini nei confronti di altri può contribuire all'esclusione delle vittime cui esso è rivolto e, inoltre, l'eguale opportunità di partecipazione alla libera discussione può implicare la necessità della regolazione del discorso²⁹⁶. Ciò, a ben vedere, risulta coerente con la critica di Heyman a Post relativa al fatto che l'autore non tiene in considerazione che l'*hate speech* impedisce il mutuo riconoscimento tra persone come cittadini²⁹⁷.

Nell'approccio di Post, al contrario, l'assenza di un vincolo giuridico che garantisca il rispetto delle regole di convivenza civile nella partecipazione al discorso pubblico è proprio ciò che ne rende possibile il rispetto spontaneo, presupposto necessario per la stessa sussistenza di un discorso pubblico. Si tratta di ciò che egli chiama il «*paradox of public discourse*»:

«[T]he First Amendment, in the name of democracy, suspends legal enforcement of the very civility rules that make rational deliberation possible. The upshot of the paradox is that the separation of public discourse from community depends in some measure upon the spontaneous persistence of civility»²⁹⁸.

Tuttavia, è egli stesso ad ammettere che in taluni casi si renda necessario l'*enforcement* di tali provvedimenti: «[i]n the absence of such persistence, the use of legal regulation to enforce community standards of civility may be required as an unfortunate but necessary option of last resort»²⁹⁹. In realtà, egli ritiene che ciò possa avvenire solo a margine del sistema e non al suo *core* (che, evidentemente, egli identifica col *free speech*)³⁰⁰: tuttavia, se al centro del

²⁹⁵ A. BROWN, *Hate Speech Law. A Philosophical Examination*, cit., p. 194.

²⁹⁶ Ivi, pp. 194-201. Brown sviluppa il suo argomento utilizzando il concetto di «democrazia militante» di K. LOEWENSTEIN, «Militant Democracy and Fundamental Rights I and II», in *American Political Science Review*, 31, 1937, rispettivamente pp. 417-432 (Parte I) e 638-658 (Parte II), il quale sosteneva che il *free speech* deve, in certi casi, subire limitazioni che si costituiscono come necessarie proprio al fine del funzionamento di un sistema democratico. Nel constatare che l'approccio della democrazia militante è *prima facie* rimosso dalla dottrina del Primo Emendamento, egli sostiene che in realtà è possibile argomentare una sua permanenza a partire soprattutto da due sentenze della Corte Suprema USA: *Terminiello v. City of Chicago*, 337 U.S. 1 (1949) e *United States v. Carolene Products*, 304 U.S. 144 (1938), in cui rinvia un'eco di questa teoria nelle opinioni, rispettivamente, dei giudici Jackson e Stone. Su Loewenstein, la democrazia militante e l'*hate speech*, cfr. S. WALKER, *Hate Speech. The History of an American Controversy*, cit., pp. 46-52, oltre che *infra*, CAP. 7.

²⁹⁷ S.J. HEYMAN, *Free Speech and Human Dignity*, cit., p. 175. Heyman, poco più avanti, continuando la sua critica a Post, afferma che «the duty to respect others can be understood as an integral feature of public discourse itself» (p. 176). Inoltre, rispondendo alla critica di Post per cui le norme sul rispetto reciproco non sono altro che regole convenzionali di una particolare porzione di comunità, Heyman afferma: «while specific forms of respect differ from one community to another, the requirement that individuals recognize one another as human beings and community members [...] is inherent in the very idea of a community. A collection of individuals who did not regard one another in this way would not be a community at all» (*ibidem*).

²⁹⁸ R. POST, *Constitutional Domains: Democracy, Community, Management*, cit., p. 301.

²⁹⁹ *Ibidem*.

³⁰⁰ S.J. HEYMAN, *Free Speech and Human Dignity*, cit., p. 176.

sistema si pongono altri valori, come potrebbero essere la dignità, il mutuo rispetto e la mutua *recognition*, l'eguaglianza sostanziale e la libertà dalla discriminazione, si ritiene che si possa affermare la necessità della regolazione, pur utilizzando la stessa impostazione di Post.

Ancora una volta, tuttavia, occorre notare che uno degli elementi che influisce sul rigetto della possibilità di regolazione dell'*hate speech* è la "sotterranea" (anche se non espressamente accettata dall'autore) e "silente" distinzione tra *speech* e *action*.

Post possiede una particolare concezione del discorso: «speech makes possible a world of complex and diverse social practices precisely because it becomes integrated into and constitutive of these different practices; it therefore assumes the diverse constitutional values of these distinct practices»³⁰¹. In questa concezione, emerge il valore del discorso entro il suo modello deliberativo. Tuttavia, è bene precisare che egli riconosce che, in taluni casi, il discorso possa "diventare" azione³⁰², asserendo che le regole civili che distinguono forme inappropriate da forme appropriate di conversazione tendono a definire un punto in cui «speech shades into conduct»³⁰³. Tuttavia, a partire da una particolare lettura della concezione della sfera pubblica di Habermas, Post si concentra sui requisiti che questi impone al discorso pubblico:

«The objective is the attainment of "a consensus arrived at communicatively in the public sphere". But such a consensus will carry legitimacy only if the state imposes upon public discussion the regulative structure of an "ideal speech situation", in which speech is "immunized against repression" and "all force" is excluded, "except the force of the better argument". Within an ideal speech situation, discourse is seen as functioning as pure communication, as "removed from contexts of experience and action" and as consisting entirely of "bracketed validity claims of assertions, recommendations, or warnings"»³⁰⁴.

Sulla base di questa idealizzazione del discorso pubblico, Post, pur avendo riconosciuto che vi sono situazioni in cui *speech shades into action* [*'conduct'*], sostiene che l'azione debba rimanere *fuori* dal discorso pubblico. Tuttavia, nel fare ciò, Post cade "vittima" dell'esigenza di idealizzazione di Habermas (cfr. *supra*, § 4.2.3) perché, da un lato, essa costituisce, appunto, un'*esigenza normativa* e non un fatto reale (per quanto sia necessario che l'azione fisica aggressiva rimanga fuori dal discorso pubblico, non significa che ciò effettivamente accada) e, dall'altro, così facendo Post giunge a una suddivisione idealistica tra la sfera pubblica e la sfera sociale (o dell'interazione non pubblica, ovvero interna alle singole comunità) in cui l'assenza di distinzione tra *speech* e *action* può applicarsi solo alla seconda e non anche alla prima.

In sostanza, si può sostenere che agli argomenti utilizzati da Post soggiaccia un utilizzo della performatività in senso esclusivamente liberale (cfr. *supra*, § 5.2.4): egli tratta della possibilità del collasso della distinzione tra *speech* e *action* solamente nel caso in cui *speech shades into action*. Secondo Post, dunque, è solo quando le parole diventano azione che è possibile

³⁰¹ R. POST, "Recuperating First Amendment Doctrine", in *Stanford Law Review*, 47, 1995, pp. 1249-1281.

³⁰² A supporto di questa tesi, Post si rifà a *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942) e, inoltre, cita A. BICKEL, *The Morality of Consent*, Yale University Press, New Haven (CT), 1975, p. 72, quando sostiene che taluni tipi di espressione «amount[...] to almost physical aggression».

³⁰³ R. POST, "Recuperating First Amendment Doctrine", cit., p. 639.

³⁰⁴ *Ibidem*, ove Post recupera le riflessioni di J. HABERMAS, *The Theory of Communicative Action*, vol. I, *Reason and the Rationalization of Society*, translated by Thomas McCarthy, Beacon Press, Boston, 1984, pp. 81-82.

riconoscere la performatività del discorso. In questo senso, gli è sufficiente escludere normativamente gli utilizzi *perlocutori* del discorso (come fa Habermas) come “patologici” per sostenere la necessaria libertà locutoria. In realtà, evidentemente, una siffatta concezione della performatività non prende sul serio il momento *illocutorio* del discorso performativo, nel quale, come si è visto, la mera condotta espressiva costituisce di per sé un’azione. Pertanto, l’esclusione normativa del perlocutorio permette di ascrivere anche Post a quel gruppo di riflessioni opposizioniste che finiscono per adottare una concezione esclusivamente *perlocutoria* della performatività.

6.6.5 – Argomenti deontologici: riaffermazione di un *free speech absolutism*?

Mentre il modello perlocutorio-proibizionista focalizza l’attenzione della propria riflessione sulla dignità del *target*, il modello perlocutorio-opposizionista che utilizza argomenti deontologici, al contrario, elabora una teoria della libertà d’espressione a partire dall’attenzione alla dignità dello *speaker*, facendone derivare l’opposizione ai *ban* contro l’*hate speech*. È opportuno evidenziare che, dal punto di vista dell’argomentazione deontologica, la prima conclusione alla quale si può giungere è che, a seconda del soggetto sul quale si pone l’attenzione e, in ultima istanza, a seconda di *quali diritti* si prioritarizzano nel dibattito, si ottengono risposte completamente opposte: se, infatti, si assegna un’attenzione prioritaria ai diritti dello *speaker*, della persona che parla, pare potersi dedurre una necessità di argomentazione a favore della libertà d’espressione, mentre, al contrario, se si privilegia l’attenzione per i diritti del *target*, pare giocoforza argomentare a favore della restrizione di tale libertà (cfr. *supra*, § 6.4.4).

Una simile analisi oppositiva tra le ragioni del proibizionismo e dell’opposizionismo pare dunque giungere alla conclusione per cui il primo propende per la “vittoria” di altri diritti contro la libertà d’espressione, mentre il secondo, al contrario, volge a considerare la libertà d’espressione come un valore in sé, insuscettibile (o quasi) di limitazione.

Ciò conduce ad una necessaria chiarificazione. Si è visto, infatti, che la definizione di *free speech absolutism*, cioè di una posizione che sostiene l’assolutezza della libertà d’espressione come garanzia della libertà medesima, costituisce un’ipostatizzazione idealistica utile all’analisi teorica del dibattito, che tuttavia non corrisponde completamente alla posizione liberale in tema di libertà d’espressione. Come si è messo in evidenza soprattutto in apertura del presente lavoro (in sede, cioè, di definizione del modello liberale), la libertà d’espressione non nasce come diritto completamente illimitato e assoluto. Inoltre, gli stessi autori opposizionisti, in taluni casi, sostengono la possibilità di introduzione di limiti anche nel caso dell’*hate speech*.

Tuttavia, è necessario avanzare due considerazioni critiche.

In primo luogo, infatti, l’oggetto del dibattito che si è preso in considerazione in questa sede è costituito dall’*hate speech*: dunque, se è vero che alcuni autori sostengono la necessità di restrizione della libertà d’espressione in altri casi che non hanno a che fare con il discorso d’odio, ma, al contrario, per il tema qui in oggetto affermano l’impossibilità di restrizione, è possibile delineare un concetto “ristretto” di *free speech absolutism* per ciò che concerne il discorso d’odio. Il carattere assoluto dell’illimitatezza della libertà d’espressione, per quanto risulta qui d’interesse, potrà essere circoscritto all’ambito dell’*hate speech*, cosicché, quando si

utilizzerà l'espressione *free speech absolutism* (o suoi sinonimi) ci si riferirà non ad una libertà d'espressione completamente esente da limiti, bensì esente da tali limiti in tutti i casi relativi al discorso d'odio. Mentre, infatti, vi è chi – pur entro un orizzonte opposizionista – sostiene che taluni casi di discorso d'odio vadano trattati in maniera diversa (e dunque accettando la loro proibizione) data la loro peculiarità e gravità, vi è anche chi, come ad esempio Baker, espressamente sostiene l'impossibilità di restrizione dell'*hate speech* in qualsiasi caso, ciò che dunque si passerà in questa sede a definire come teoria “assolutista” della libertà d'espressione.

È pur vero che l'opposizionismo, come già detto, è ben lungi dal poter essere identificato *in toto* con le tesi di questo o quell'autore, costituendo una posizione che spazia quasi da un estremo all'altro, in un *continuum* che va da quello che si è deciso di definire come *free speech absolutism*, che in larga parte identifica una posizione pressoché *libertarian*, a posizioni che, pur finendo per sostenere la medesima risposta in tema di limitazione dell'*hate speech*, argomentano a partire da categorie democratico-repubblicane. Tuttavia, è bene segnalarlo, quest'ambito del dibattito si caratterizza per una forte assenza di chiarezza. Ricorrente, infatti, è il rifiuto dell'etichetta dell'“assolutezza”, sostenendo che “in certi casi” la libertà d'espressione possa subire restrizioni, come ad esempio quando il discorso che essa dovrebbe proteggere si “trasforma” in azione vera e propria; e, tuttavia, gli autori analizzati falliscono nel determinare *quando* effettivamente tale possibilità entri in gioco, finendo retoricamente, così almeno pare, per rafforzare le ragioni dell'opposizionismo di matrice assolutista. Anche coloro che tentano di distanziarsi da un approccio *libertarian* (il caso peculiare è l'approccio democratico-repubblicano di Post), in ultima istanza, sviluppano ragionamenti che presentano conclusioni delle quali, a causa della loro indeterminatezza, non è facile individuare le differenze con tale approccio in relazione alla risposta nel caso concreto dell'*hate speech*.

Tale *shift* è dovuto, ancora una volta, all'accettazione – alle volte esplicita, alle volte implicita – della distinzione tra *speech* e *action*, come si è già messo in evidenza.

Nel caso di Baker (cfr. *supra*, § 6.6.2), che rappresenta, come detto, un'eccezione in tal senso, è evidente che la libertà d'espressione risulti assoluta, laddove l'unica possibilità di restrizione di una condotta si verifica nel caso in cui questa sfoci nell'azione: pur riconoscendo, infatti, che il discorso alle volte può operare nei termini di un'azione, Baker sostiene la sua possibilità di restrizione solo quando esso diventa tale, ovvero quando sfocia in una violenza che, evidentemente, egli concepisce in termini *fisici*, non “immateriali”. Il suo sostegno al valore dell'autonomia individuale (di natura formale), infatti, opera nei termini di un'affermazione del valore dell'espressione indipendentemente dal suo contenuto e, dunque, dai danni che tale espressione potrebbe causare: tutto ciò che è “solo” discorso, nella prospettiva di Baker, risulta protetto per il fatto stesso della presenza di tale carattere di immaterialità. È proprio l'immaterialità del discorso che delimita, nella prospettiva di Baker, l'ambito di “immunità” privata dall'azione del governo, evidentemente informato ad una concezione della libertà come non-interferenza. La distinzione tra l'immaterialità del discorso e la materialità dell'azione, nonché la statuizione della punibilità dell'espressione quando essa “sfocia” nell'ambito della seconda, è evidentemente informata ad un approccio *perlocutorio* all'*hate speech*.

Anche Dworkin (cfr. *supra*, § 6.6.3) elabora una teoria del diritto umano alla libertà d'espressione come sostanzialmente “intoccabile”, in quanto tendenzialmente assoluto. Tale

diritto, nella prospettiva di Dworkin, deve necessariamente inglobare l'“altra faccia della medaglia”: quella del diritto degli altri a disprezzare e ad esprimere tale disprezzo: non esiste, al contrario, un “diritto a non essere insultati”. Come si è messo in evidenza in precedenza, nel distinguere tra *downstream laws* e *upstream laws* (le leggi contro la discriminazione, da un lato, e le leggi contro l'*hate speech*, dall'altro), Dworkin pare dare per implicita una distinzione tra l'azione (la discriminazione) e il discorso (l'*hate speech*) che rende evidente, ancora una volta, la supposizione della possibilità di separazione tra la materialità della condotta e l'immaterialità del pensiero e della sua espressione. Tuttavia, nemmeno Dworkin si impegna in una distinzione filosofica capace di spiegarne le ragioni, accettando implicitamente questa rappresentazione cartesiana della realtà. Ciò che è importante sottolineare, in questa sede, è che la distinzione (implicita) tra *speech* e *action*, anche in Dworkin, va di pari passo con una concezione della libertà (d'espressione) nel senso negativo della non-interferenza e, soprattutto, con un approccio *perlocutorio* alla performatività dell'*hate speech*.

L'analisi delle teorie di Post (cfr. *supra*, § 6.6.4), inoltre, ha evidenziato l'esistenza di un'altra distinzione di matrice liberale, quella tra *pubblico* e *privato*, la quale viene delineata, nella prospettiva degli autori, a partire dalla definizione di ciò che è pubblico: si tratta, secondo Post, di ciò che consente la partecipazione alla formazione dell'opinione pubblica, in un processo che presenta una dimensione deliberativa, secondo un modello che tiene in considerazione la necessità di approdo ad una riflessione maggiormente inquadrabile entro un modello democratico-repubblicano. Ciò che manca, tuttavia, è una definizione effettiva di ciò che costituisca in concreto affare di pubblico interesse e ciò che, al contrario, possa essere relegato nell'ambito privato, poiché in quest'ultimo è possibile una restrizione dell'*hate speech*. Secondo Post, infatti, potenzialmente *ogni* discorso presenta una dimensione pubblica e un interesse pubblico, ciò che lo conduce ad affermare l'impossibilità di restrizione del discorso. Rimane quindi da capire *in che misura* la libertà d'espressione *non* sia assoluta: se tutto può potenzialmente essere di pubblico interesse, nessuna espressione può essere proibita, ciò che pare far rientrare dalla finestra un *free speech absolutism* eliminato con convinzione dalla porta. Continua infatti a rimanere oscura la definizione di quali casi di *hate speech*, ad esempio, potrebbero risultare effettivamente oggetto di proibizione, poiché il discorso d'odio possiede, secondo la sua prospettiva, una natura pubblica. Meglio affermare, dunque, che anche Post adotta un approccio assolutista, quantomeno per ciò che concerne l'*hate speech*.

Anche Post, peraltro, riconosce che alle volte il discorso «*shades into conduct*»: e tuttavia, riprendendo la situazione ideale del discorso pubblico delineata da Habermas, egli finisce per sostenere che in tale situazione la violenza del discorso debba essere esclusa dallo spazio pubblico. Tuttavia, il suo modo di “lasciare da parte” tale violenza significa solamente “non considerarla” nello sforzo teorico dell'idealizzazione del discorso, ciò che permette di affermare che, a livello normativo, anche Post accetta la classica distinzione tra *speech* e *action*, in quanto lascia la seconda fuori dal suo ragionamento, prendendo in considerazione il discorso come “pura” espressione di parole secondo attitudini comunicative. Come si è già detto a suo tempo, tale situazione ideale, “normativa”, manca di una capacità di analisi del reale, dell'effettivo, in cui la violenza può costituire parte intrinseca del linguaggio, come nel caso del discorso d'odio (cfr. *supra*, § 4.2.3). In questa esclusione, fondata sulla lettura di Post dell'*hate*

speech come possibile caso in cui *speech shades into action*, sta l'approccio *perlocutorio* dell'autore alla teoria della performatività del discorso d'odio.

In conclusione, l'opposizionismo deontologico pare riposare su affermazioni incoerenti, rifiutando, da un lato, l'etichetta di '*free speech absolutism*' che, tuttavia, finisce per riproporsi all'esito dell'analisi, e, dall'altro, affermando la consapevolezza dell'impossibilità di distinzione tra *speech* e *action* per poi, in realtà, riproporla sotto altre vesti (quando non addirittura espressamente). In sostanza, per quanto gli approcci di Baker, Dworkin e Post riposino su approcci concettuali piuttosto distinti, essi finiscono per sostenere una concezione della libertà d'espressione come non-interferenza (o nella sfera privata, come per Baker e Dworkin, o nella sfera pubblica, ciò che garantisce la stessa dimensione positiva della libertà di partecipazione) e un approccio *perlocutorio* alla performatività dell'*hate speech*.

Da ultimo, è necessario sottolineare una questione importante in relazione alla concezione della libertà soggiacente all'*account* di Post. Infatti, se *prima facie* risulta "facile" la distinzione tra due modelli di libertà (liberale e neo-repubblicano) come quella utilizzata in precedenza (cfr. *supra*, CAP. 2), altrettanto semplicistica sarebbe l'ascrizione dell'approccio neo-repubblicano alla libertà tra quelli necessariamente a favore della restrizione dell'*hate speech*. Ad un livello più profondo di analisi, in realtà, si scopre che questa logica binaria sia fallace. Ciò, a ben vedere, deriva dall'assenza, nella frangia affine al neo-repubblicanesimo – nella sua versione democratico-repubblicana – che si è occupata di libertà d'espressione, di un'elaborazione teorica sulla libertà d'espressione e sul discorso d'odio a partire dalla concezione della libertà come non-dominazione, come si è visto in precedenza (cfr. *supra*, 2.8.2). Infatti, all'interno del modello neo-repubblicano, il modello democratico-repubblicano (cui si rifà Post) non si fonda sulla concezione della libertà dalla dominazione, che rimane, quantomeno nel dibattito sull'*hate speech*, un ideale quasi totalmente assente.

6.6.6 – Le negazioni perlocutorie di tipo consequenzialista

In linea generale, la tesi principale di quello che Heinze definisce «opposizionismo consequenzialista»³⁰⁵ è che i *ban* contro l'*hate speech* sono controproduitivi, in quanto conducono ad effetti non desiderabili, finendo per fomentare (piuttosto che placare) il problema che tentano di risolvere. Secondo questa linea di analisi, al pari di quella dell'«opposizionismo deontologico», la regolazione del discorso d'odio non è legittima e, dunque, *a fortiori* non necessaria. Tuttavia, agli antipodi rispetto ad un approccio di principio, *duty-based*, questo fa leva su argomenti che privilegiano le *conseguenze* negative dell'adozione di provvedimenti di regolazione del discorso d'odio.

In primo luogo, l'argomento generale consiste nel fatto che vietare determinate parole al fine di ottenere una diminuzione del loro uso può condurre all'effetto contrario a quello perseguito. Se, infatti, si persegue come fine la proibizione dell'offesa alla persona oggetto di insulti attraverso il divieto di utilizzo di parole che veicolano quel genere di insulti, coloro che

³⁰⁵ E. HEINZE, *Hate Speech and Democratic Citizenship*, cit., p. 34.

fino a quel momento hanno utilizzato quel tipo di discorso offensivo troveranno un altro modo (spesso ironico) per continuare a perpetrare la propria condotta³⁰⁶.

In secondo luogo, come riporta Heinze, la sfida generale dell'«opposizionismo consequenzialista» consiste nel sottolineare che «[l]anguage and expression, as objects of legal regulation, inherently differ from conventional objects of regulation»³⁰⁷. Questa frangia del dibattito, in sostanza, accetta la tradizionale distinzione tra la lingua e l'espressione [*speech*], da un lato, e la condotta materiale [*action*], dall'altro. In realtà, è bene effettuare una precisazione. I contributi dell'«opposizionismo consequenzialista» possono essere suddivisi in due ambiti. Da un lato, vi sono quelli che riflettono questa distinzione fatta propria da Heinze, come nel caso di Nadine Strossen. Dall'altro, al contrario, vi sono quelli di due autrici che rimangono su posizioni opposizioniste-consequenzialiste pur partendo da basi completamente diverse, rifiutando la distinzione tra *speech* e *action*: è il caso di Judith Butler (cfr. *supra*, § 4.2.5), oltre che di Katharine Gelber, il cui contributo sarà analizzato in seguito (cfr. *infra*, § 6.6.8).

Ad ogni modo, pressoché tutti coloro che rientrano entro questo paradigma paiono riunirsi attorno all'assunto della necessaria libertà di espressione anche delle espressioni odiose:

«The most frequently repeated line of all in the many letters about Skokie that I received was: “How can you, a Jew, defend freedom for Nazis?”. The response I made most often began with a question: “How can I, a Jew, refuse to defend freedom, even for Nazis?”. Because we Jews are uniquely vulnerable, I believe we can only win brief respite from persecution in a society in which encounters are settled by power. As a Jew, therefore, I want restraints placed on power. I want restraints which prohibit those in power from interfering with my right to speak, my right to publish, or my right to gather with others who also feel threatened. To defend myself, I must restrain power with freedom, even if the temporary beneficiaries are the enemies of freedom»³⁰⁸.

Tuttavia, mentre questa tesi pare essere condivisa anche da coloro che sono stati inquadrati entro uno schema argomentativo che si è definito di «opposizionismo deontologico», in questa sede si tratta di analizzare le ragioni per le quali la libertà d'espressione deve spettare, ad esempio, “anche ai nazisti” dal punto di vista delle *conseguenze negative* che la restrizione della libertà d'espressione nei casi dei discorsi più odiosi e meno tollerabili potrebbe portare con sé. Stante la statuizione generale appena vista, ad ogni modo, rimane il dubbio che gli opposizionisti-consequenzialisti avanzino argomentazioni fondate su una concezione della libertà come non-interferenza.

Tra gli argomenti maggiormente utilizzati dall'opposizionismo consequenzialista, è opportuno indicarne due, poiché essi costituiscono un *leitmotif* dell'armamentario ideologico di coloro che partecipano al dibattito seguendo questo approccio, oltre che dal punto di vista di

³⁰⁶ «[E]xtremists systematically adjust their speech and symbols in response to each new regulatory advance»: così Heinze descrive la strategia, *ivi*, cit., p. 147.

³⁰⁷ *Ivi*, p. 145.

³⁰⁸ A. NEIER, *Defending My Enemy: American Nazis, the Skokie Case, and the Risks of Freedom*, E.P. Dutton University Press, New York, 1979, pp. 4-5 (la citazione è ripresa da N. STROSSEN, “Incitement to Hatred: Should There Be a Limit”, in *Southern Illinois University Law Journal*, 25, 2001, pp. 243-280, p. 280).

coloro che si sono opposti a tali argomenti, soprattutto in ambito proibizionista: si tratta degli argomenti del «*bellwether*» (l'indicatore) e della «*steam valve*» (o «*pressure valve*») ³⁰⁹.

L'argomento dell'"indicatore", come si è visto in precedenza (cfr. *supra*, § 6.5.1) sostiene che la censura dei discorsi odiosi e dei loro perpetratori impedisce agli stessi di essere utilizzati pubblicamente, fungendo da "spia" che permette di misurare il livello di odio nella società, le questioni sociali maggiormente problematiche e i contesti sociali e relazionali ove questi discorsi vengono perpetrati. Se l'*hate speech* non viene censurato, risultando ammesso nel discorso pubblico, «government can more easily monitor speakers whose activities might link to violent or other harmful conduct» ³¹⁰. Il *bellwether argument*, tuttavia, riposa probabilmente su presupposti erronei: come accennato, le strategie proibizioniste sono generalmente ben lungi dall'indicare come soluzione giuridica la *censura preventiva*. Se, al contrario, si interpretasse l'argomento come rivolto contro le ragioni di una *restrizione successiva*, esso perderebbe di senso: istituire modalità giuridiche di risposta all'*hate speech*, infatti, non significa in alcun modo "silenziare" fisicamente gli *hate speakers*, i quali continueranno a disporre della capacità di perpetrare comportamenti qualificati come discorso d'odio. Piuttosto, il senso dell'*hate speech ban* è quello di impedire agli *hate speakers* di esercitare una sorta di "capacità giuridica" all'*hate speech*, nella forma del diritto alla libertà d'espressione, delegittimandone le condotte. Ciò non significa che l'odio non sarà più misurabile: è evidente che la discriminazione, ad esempio, continua a persistere anche nonostante l'esistenza di leggi antidiscriminatore. E laddove si provasse un *trend* di diminuzione della discriminazione per effetto delle leggi antidiscriminatorie, si ritiene che ciò dovrebbe essere interpretato come un effetto desiderato di tali provvedimenti. Non si può, in sostanza, dedurre da ragioni di fatto come la difficoltà di inquadrare comportamenti discriminatori o odiosi come effetto degli *hate speech ban* ragioni di diritto contrarie al loro *enactment*.

Per quanto concerne, invece, l'argomento della 'valvola di pressione', se ne può affermare la sua natura consequenzialista nei termini che seguono: i *ban* contro il discorso d'odio impediscono agli *hate speakers* di esprimere a parole sentimenti d'odio che, qualora non fossero espressi in tal senso, rischierebbero di convertirsi in azione. L'espressione odiosa, in sostanza, sarebbe, entro questa prospettiva, una sorta di "male minore" che le vittime dell'*hate speech* dovrebbero tollerare al fine di non divenire vittime di un "male maggiore" che, nella fattispecie, potrebbe giungere ad essere la vera e propria perpetrazione di condotte discriminatorie e di atti di violenza. Ciò permetterebbe, dunque, di relegare gli estremisti in una posizione di "seconda categoria": si ritiene, infatti, che sia bene che essi "sfoghino" i loro sentimenti

³⁰⁹ E. HEINZE, *Hate Speech and Democratic Citizenship*, cit., p. 148. Gli argomenti sono già stati accennati in sede di analisi del modello perlocutorio-proibizionista (cfr. *supra*, § 6.5), ma si ritiene opportuno richiamarli in questa sede poiché essi definiscono una linea di tendenza nelle argomentazioni opposizioniste. Per una letteratura opposizionista-consequenzialista in tema di *bellwether* e *steam valve arguments*, si vedano: N. STROSSEN, "Regulating Racist Speech on Campus: A Modest Proposal", in *Duke Law Journal*, 3, 1990, pp. 484-573; P. MOLNAR, N. STROSSEN, "Interview with Nadine Strossen", in M. HERZ, P. MOLNAR (eds.), *The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses*, cit., pp. 378-398; R.A. SMOLLA, *Free Speech in an Open Society*, Vintage, New York, 1993.

³¹⁰ E. HEINZE, *Hate Speech and Democratic Citizenship*, cit., p. 148.

odiosi a parole, piuttosto che in azioni concrete che finirebbero per ledere maggiormente le posizioni soggettive delle vittime. Ciò si rende evidente entro l'argomento della 'valvola di pressione' è che coloro che argomentano in questo senso sono identificabili generalmente come coloro che sostengono – esplicitamente o implicitamente – l'esistenza di una distinzione tra *speech* e *action*. L'espressione odiosa "è meglio" dell'azione odiosa, poiché essa è meno dannosa: in fondo, si tratta solamente di "parole" («*only words*»³¹¹). Questi autori – come Nadine Strossen – non tengono in considerazione (o rifiutano) gli studi di teoria del linguaggio che, invece, vengono utilizzati da coloro che, rifiutando la distinzione tra *speech* e *action*, dimostrano come proferire semplici parole possa, da un lato, perpetrare un danno al pari delle azioni e, dall'altro, costituisca di per sé un'azione indipendentemente dal danno che tale comportamento causa.

Anche in seno all'«opposizionismo consequenzialista», in sostanza, si finisce per condividere la tesi *perlocutoria* della separazione del momento discorsivo e del momento dell'azione. Si adotta, cioè, la tesi liberale della performatività, distinguendo tra *speech* e *action* e separando perlocutoriamente tra il discorso e le sue conseguenze materiali.

Come si vedrà in seguito, questa è sicuramente la tesi sottesa agli argomenti di Nadine Strossen (cfr. *infra*, § 6.6.7). Katharine Gelber (cfr. *infra*, § 6.6.8), dal canto suo, esemplifica una maniera quasi antitetica di argomentare, pur entro l'approccio perlocutorio-opposizionista che utilizza ragioni consequenzialiste.

6.6.7 – Nadine Strossen: *speech* v. *action* ed eguaglianza formale

Nadine Strossen, nel 1990, pubblica un articolo in risposta all'analisi di Lawrence, nel quale, concentrandosi sul problema della regolazione dell'*hate speech* nei campus universitari statunitensi, sostiene che essa non incide negativamente solo sulla libertà d'espressione, bensì anche sull'eguaglianza³¹². Nella proposta di Strossen, si ribalta la logica – condivisa dal modello perlocutorio-proibizionista (cfr. *supra*, § 6.5) – del necessario equilibrio tra libertà ed eguaglianza come problema di fondo che giustifica l'intervento a regolazione del discorso d'odio. Limitare l'*hate speech*, secondo l'autrice, conduce a conseguenze negative sia dal punto di vista della libertà sia dal punto di vista dell'eguaglianza.

Ciò non significa che l'*hate speech* non possa essere regolato in alcun caso (e, in particolare, questa affermazione si rivolge come critica al *misunderstanding* di Lawrence nei confronti della posizione dei *civil libertarians*³¹³): tuttavia, la prospettiva dell'autrice si presenta decisamente *minimalista*, sostenendo la possibilità di punizione solo di talune condotte più

³¹¹ L'espressione è ripresa da C.A. MACKINNON, *Only Words*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1993, la quale così intitola la sua opera (come si è già accennato; cfr. *supra*, § 4.2.4) proprio a mo' di scherno contro l'argomento per il quale l'*hate speech* "sono solo parole".

³¹² Cfr. N. STROSSEN, "Regulating Racist Speech on Campus: A Modest Proposal", cit., p. 489; Cfr. da ultimo, EAD., *Hate: Why We Should Resist It with Free Speech, Not Censorship*, Oxford University Press, Oxford, 2018.

³¹³ N. STROSSEN, "Regulating Racist Speech on Campus: A Modest Proposal", cit., p. 496, ove l'autrice afferma che Lawrence dipinge i *civil libertarians* come sostenitori di un modello *assoluto* di libertà d'espressione, la quale non può in alcun caso essere limitata, nemmeno nel caso dell'*hate speech*. Al contrario, Strossen sostiene che la posizione dei *civil libertarians*, pur *minimalista*, comprende la possibilità di restrizione in taluni casi.

gravi³¹⁴. Queste ultime, per essere definite tali, necessitano del requisito (elaborato in seno alla giurisprudenza) del *clear and present danger*³¹⁵, applicabile esclusivamente, secondo Strossen, alle offese *face-to-face*: da ciò deriva la critica a Lawrence, il quale, come si è visto, sosteneva invece la necessità di estendere la fattispecie anche a contesti non *face-to-face*³¹⁶.

A partire da una decisione della Corte Suprema del 1990³¹⁷, Strossen sottolinea la necessità di distinzione tra l'azione *privata* e l'azione del *governo*: mentre al secondo è proibito qualsiasi intervento a sostegno di posizioni che, ad esempio, accettano (o rifiutano) il razzismo, nell'ambito privato l'*endorsing racism speech* è permesso, proprio perché rientra sotto la protezione del Primo Emendamento.

Giungendo alle argomentazioni di Strossen più specificamente intersecantisi con l'orizzonte perlocutorio-opposizionista che utilizza argomenti consequenzialisti, è opportuno sottolineare che l'autrice passa ad indicare la presenza di studi psicologici che dimostrano come il «censored speech» diventi più attraente e persuasivo, per gli ascoltatori, proprio grazie alla censura³¹⁸: si tratta di una sorta di «effetto collaterale», di una rivisitazione dell'argomento del *bellwether*. Inoltre, ella sostiene l'assenza di prove dell'effettività della censura per combattere il razzismo. Al contrario, la restrizione del discorso, invece di ridurre il razzismo, potrebbe aggravarlo, per una serie di ragioni³¹⁹.

In primo luogo, le leggi che censurano il razzismo finirebbero per essere discrezionali, potendo risultare applicabili contro gli stessi gruppi discriminati³²⁰. Tuttavia, alla proposta di Lawrence di rendere inapplicabili tali leggi a tutela di gruppi di maggioranza (il che garantirebbe la protezione solamente delle minoranze), Strossen non risponde se non con un laconico

³¹⁴ Tuttavia, è pur vero che alcune incongruenze *prima facie* si manifestano nella stessa analisi di Strossen. Cfr., ad esempio, *ivi*, pp. 493-494, ove l'autrice afferma: «[E]quality will be served most effectively by continuing to apply traditional, speech-protective precepts to racist speech, because a robust freedom of speech ultimately is necessary to combat racial discrimination».

³¹⁵ Per la distinzione tra l'*hate speech* che costituisce un *clear and present danger* e che, dunque, deve essere regolato, da un lato, e quello che, non possedendo tale requisito, deve al contrario essere tollerato, secondo Strossen, cfr. N. STROSSEN, «Incitement to Hatred: Should There Be a Limit», *cit.*, p. 245. Sulla dottrina statunitense del *clear and present danger*, cfr. *infra*, § 7.2.2.

³¹⁶ N. STROSSEN, «Regulating Racist Speech on Campus: A Modest Proposal», *cit.*, pp. 490-491. Cfr. anche p. 492, ove l'autrice afferma: «The rationales that Professor Lawrence advances for the regulations he endorses are so open-ended that, if accepted, they would appear to warrant the prohibition of *all* racist speech, and thereby would cut to the core of our system of free expression».

³¹⁷ *Board of Education of Westside Community Schools v. Mergens*, 110 S. Ct. 2356 (1990).

³¹⁸ N. STROSSEN, «Regulating Racist Speech on Campus: A Modest Proposal», *cit.*, p. 554. L'autrice, a supporto della propria tesi, fornisce alcuni riferimenti bibliografici: H.L. FROMKIN, T.C. BROCK, «Erotic Materials: A Commodity Theory Analysis of the Enhanced Desirability that May Accompany Their Unavailability», in *Journal of Applied Social Psychology*, 3, 1973, pp. 219-231; P. TANNENBAUM, «Emotional arousal as a mediator of erotic communication effects», in PRESIDENTIAL COMMISSION ON OBSCENITY AND PORNOGRAPHY (ed.), *Technical report of the Presidential Commission on Obscenity and Pornography*, vol. VIII, *Erotica and social behavior*, U.S. Government Printing Office, Washington (D.C.), 1971, pp. 326-356; S. WORCHEL, S. ARNOLD, M. BAKER, «The Effects of Censorship on Attitude Change: The Influence of Censor and Communication Characteristics», in *Journal of Applied Social Psychology*, 3, 1975, pp. 227-239.

³¹⁹ Cfr. N. STROSSEN, «Incitement to Hatred: Should There Be a Limit», *cit.*, pp. 258-271.

³²⁰ N. STROSSEN, «Regulating Racist Speech on Campus: A Modest Proposal», *cit.*, pp. 555-559.

«the proposed exception would create far more problems of equality and enforceability than it could solve»³²¹, senza spiegarne la ragione.

Inoltre, le misure di restrizione dell'*hate speech* razzista hanno, in realtà, l'effetto «of glorifying racist speakers»³²²: gli *hate speakers* ricevono attenzione e pubblicità che, invece, in assenza dei *ban* non sarebbero loro garantite. Inoltre, «[i]f it is properly enforced [...], then hate speakers might in response choose to tone down their message, and this ironically could enable them to reach a broader, more mainstream audience»³²³. L'argomento pare piuttosto debole: analogamente, infatti, si potrebbe statuire che esso costituisce una buona ragione per non emanare provvedimenti che irrogano sanzioni penali contro i *serial killer*, poiché questi potrebbero essere fomentati dalla presenza stessa di tali misure nel loro tentativo di raggiungere la fama attraverso la perpetrazione di plurime condotte omicide. Inoltre, l'argomento pare una sorta di rivisitazione *a contrario* dell'argomento del *bellwether*: non appare chiaro, dunque, se l'effetto della restrizione del discorso d'odio sia quello di rendere più o meno evidente la condotta degli *hate speakers*: probabilmente entrambe le cose, a seconda dell'obiettivo contro il quale vengono scagliati di volta in volta gli argomenti opposizionisti di Strossen.

Strossen sostiene l'inefficacia dei bandi anche per il fatto che, dato il principio del *free speech*, essi potrebbero regolare solo una ristretta categoria di espressioni odiose: ciò significa che l'odio maggiormente “sotterraneo”, in realtà, finirebbe per sopravvivere³²⁴. Anche qui, si può utilizzare una similitudine giuridica: neanche il reato di lesioni aggravate consente di eradicare la perpetrazione degli omicidi; è forse, questa, una buona ragione per non punire le lesioni aggravate? Peraltro, questo argomento, anch'esso sulla falsariga del *bellwether*, sottostà alle medesime critiche di incongruenza dell'argomento precedente.

Inoltre, Strossen sostiene che la libertà d'espressione, se utilizzata a protezione anche delle espressioni razziste, permette di sviluppare una coscienza pubblica sul problema del razzismo. In aggiunta, le norme contro l'*hate speech* contribuirebbero ad una visione paternalista delle minoranze, relegandole nella posizione di vittime. Per queste ragioni, l'educazione e la libera discussione risultano, secondo l'autrice, misure più efficaci³²⁵. A ciò si può rispondere che le misure educative, fondamentali nella lotta contro l'*hate speech*, non escludono anche un intervento sanzionatorio nei casi più gravi.

In aggiunta, Strossen sostiene l'argomento della libertà d'espressione come mezzo che, storicamente, ha permesso alle minoranze di esprimersi e rivendicare i loro diritti³²⁶. Pertanto,

³²¹ Ivi, p. 559.

³²² *Ibidem*.

³²³ A. BROWN, *Hate Speech Law. A Philosophical Examination*, cit., p. 249.

³²⁴ N. STROSSEN, “Regulating Racist Speech on Campus: A Modest Proposal”, cit., p. 560. Come ricorda Brown, analizzando la posizione di Strossen: «After all, there exists all manner of subtle, implicit, veiled, and unspoken ways in which members of society can cause other members of society to feel that they are not held in good standing», A. BROWN, *Hate Speech Law. A Philosophical Examination*, cit., p. 150.

³²⁵ N. STROSSEN, “Regulating Racist Speech on Campus: A Modest Proposal”, cit., pp. 560-561. Su queste ragioni, cfr. anche EAD., “Regulating Racist Speech on Campus: A Modest Proposal”, cit., pp. 272-278, ove Strossen intitola queste strategie, icasticamente: «The Less Restrictive Alternatives Are Also More Effective» (p. 272).

³²⁶ Cfr. A. BROWN, *Hate Speech Law. A Philosophical Examination*, cit.: «On one interpretation of these events, for these groups to now claim an entitlement to hate speech law would not merely demonstrate breathtaking short-

le minoranze dovrebbero sostenere la libertà d'espressione come baluardo e garanzia di possibilità di acquisizione di maggiori diritti, piuttosto che cercare di limitarla³²⁷.

La stessa garanzia della libertà d'espressione, secondo l'autrice, permetterebbe alle minoranze la possibilità di un *counterspeech*: dunque, limitare la libertà d'espressione giungerebbe anche a limitare la chance di *speaking back*. Tuttavia, come ha saggiamente evidenziato Brown, «there is *perversity* in a logic that says we ought to let something harmful happen just to give people the opportunity to speak out against it. Surely the victims of hate speech would say, "Let's just try to stop the hate speech if we can, and not worry much about the counter-speech if we are successful"»³²⁸. Non limitare la libertà d'espressione per poter godere del diritto di *speaking back*, in sostanza, finirebbe per costituire un *nonsense*.

D'altra parte, l'autrice si scaglia contro le regolazioni *viewpoint-based*, additandole come forme di vera e propria *censura*³²⁹. Esse autorizzerebbero il governo, letteralmente, a *scegliere* cosa si possa dire e cosa, invece, sia vietato, finendo per legittimare un sistema in cui «free expression exists only for those with power»³³⁰. Tuttavia, sulla questione della censura (e dell'insensatezza dell'argomento che vede nella regolazione dell'*hate speech* un atto censorio), rimangono applicabili le critiche generali avanzate in precedenza.

Tra gli argomenti di Strossen, inoltre, vi è il potenziale impatto simbolico sulla «first amendment moral legitimacy»: anche una piccola restrizione che abbia un impatto limitato su una ristretta categoria di *speech* potrebbe andare a detrimento di tale legittimità morale³³¹. Si tratta, in realtà, di una sorta di adattamento dello *slippery slope argument*: da esso, come già visto in precedenza (cfr. *supra*, § 3.3.2), si è generalmente teso ad argomentare a favore dell'indivisibilità delle forme d'espressione. Analogamente, Strossen sostiene, tra i principi che stanno alla base del *free speech*, il *marketplace of ideas*, l'autonomia individuale e la dignità: sulla base di ciò, l'autrice giunge alla conclusione per cui «if the freedom of speech is weakened for one person, group, or message, then it is no longer there for others»³³², sostenendo quell'indivisibilità del *free speech* che è il risultato, come si è detto, dello *slippery slope argument*.

Sono queste le ragioni che portano Strossen ad allinearsi con la posizione generale dell'opposizionismo – in particolare, a partire da un approccio *civil libertarian*³³³ della libertà

term memory; it would be tantamount to a gross betrayal of the very institution that enabled them to achieve the advances they have made» (p. 205).

³²⁷ L'argomento è già stato analizzato in sede di discussione delle tesi del modello perlocutorio-proibizionista, che si è fermamente opposto ad esso, ed ivi si rimanda (cfr. *supra*, § 6.5).

³²⁸ A. BROWN, *Hate Speech Law. A Philosophical Examination*, cit., p. 260 (corsivi nostri).

³²⁹ N. STROSSEN, "Regulating Racist Speech on Campus: A Modest Proposal", cit., p. 506.

³³⁰ Ivi, p. 539. Sempre contro le *viewpoint-based regulation*, cfr. N. STROSSEN, "Incitement to Hatred: Should There Be a Limit", cit., pp. 252-254.

³³¹ N. STROSSEN, "Regulating Racist Speech on Campus: A Modest Proposal", cit., p. 522.

³³² Ivi, p. 536.

³³³ Per una panoramica su tali posizioni, entro un orizzonte *civil libertarian*, cfr. E.L. GATES (et al.), *Speaking of Race, Speaking of Sex: Hate Speech, Civil Rights, and Civil Liberties*, New York University Press, New York, 1995: gli autori dei saggi ivi compresi, allineandosi su una posizione simile a quella di Strossen – quella fatta propria dall'American Civil Liberties Union (ACLU) –, concludono per una posizione opposizionista, in virtù della quale i provvedimenti contro l'*hate speech* risultano controproducenti.

come non-interferenza –, per la quale, così come affermato dalla Corte Suprema nel caso *Texas v. Johnson*³³⁴, la maniera migliore per rispondere all'*hate speech* non consiste nella censura, bensì, al contrario, nella libera espressione: «*more speech against hate speech*»³³⁵.

Vi è, inoltre, un punto sul quale è opportuno soffermarsi, il quale ha a che vedere, in ultima istanza, con il fondamento del principio di uguaglianza fatto proprio dall'autrice nella sua riflessione. Strossen, infatti, rifiuta l'idea per cui l'*hate speech* possieda necessariamente un impatto negativo sulle sue vittime: esse possono sempre rigettare le idee che veicolano messaggi discriminatori utilizzati per descriverle. Al contro-argomento (postole da Peter Molnar in un'intervista) sulla reale possibilità delle vittime di *hate speech* di opporsi allo stesso attraverso la reazione discorsiva, Strossen dà una risposta che permette di comprendere il ribaltamento delle questioni di eguaglianza dal punto di vista individualistico. Si consideri il seguente passaggio dell'intervista di Molnar a Strossen:

«MOLNAR: The counterargument is that different groups might have different capacity to respond, and often the groups who are the targets of racist or other “hate” speech, precisely because of the systemic racism or another sort of prejudice that oft-times underlies such speech, will be in less of a position to respond effectively. Someone might put this counterargument especially provocatively by saying that not everyone has the education and, as a result, the critical capacity of, say, a white lawyer».

«STROSSEN: That's such an elitist statement. Unbelievable! That position suggests that only a white, liberal lawyer has the capacity (a) to reject a biased idea and (b) to respond to it. I think that's one of the most insulting ideas that I've heard. Of course, though, I defend anyone's right to make that point! As a civil libertarian, I treat people as individuals. And I would never generalize that because someone is a member of a certain demographic group that person is less capable of responding»³³⁶.

In questo passaggio dell'intervista, Strossen rende evidente che la sua risposta circa l'*hate speech* è resa possibile dalla sua peculiare concezione dell'eguaglianza. Si tratta, appare chiaro, di un'*uguaglianza formale* ed esclusivamente *di partenza*, che non tiene in considerazione le *reali* differenze tra individui³³⁷. Ciò le permette di sostenere, a partire da una prospettiva individualistica di matrice *libertarian*, l'inesistenza di una differenza tra l'individuo appartenente ad un gruppo storicamente oggetto di discriminazione e l'individuo medio-borghese, bianco, non appartenente ad alcun gruppo discriminato, circa la possibilità di *speak back*. Entro la sua prospettiva, infatti, entrambi gli individui hanno *eguali possibilità* di porre in essere una condotta di *counterspeech*. La sua prospettiva è evidentemente sostenibile solo in un senso formale dell'equa possibilità, come mera pensabilità astratta del comportamento,

³³⁴ *Texas v. Johnson*, 109 S. Ct. 2533 (1989), ove la Corte, in relazione ai casi in cui alcuni cittadini statunitensi sostenevano di sentirsi offesi dal comportamento di coloro che bruciavano la loro bandiera, ha affermato: «The way to preserve the flag's special role is not to punish those who feel differently about these matters. It is to persuade them that they are wrong».

³³⁵ Si tenga presente che tale argomento, secondo Strossen, «is both principled and pragmatic», dunque *deontologico* e *conseguenzialista* al tempo stesso; N. STROSSEN, “Incitement to Hatred: Should There Be a Limit”, cit., pp. 254-257.

³³⁶ P. MOLNAR, N. STROSSEN, “Interview with Nadine Strossen”, cit., p. 379.

³³⁷ D'altra parte, poco più avanti, Strossen afferma: «It is kind of insulting to suggest that *we* lack critical capacity to evaluate and reject ideas» (*ibidem*, corsivi nostri). In questo senso, il «*we*» dell'autrice maschera un riferimento all'idea astratta di individuo dalla quale i *civil libertarian* partono per argomentare le proprie posizioni: quella dell'individuo bianco privilegiato e borghese; il «noi» equipara astrattamente tale individuo a coloro che, invece, risultano economicamente, socialmente e culturalmente svantaggiati e, dunque, discriminati.

di *speaking back*. Da ciò ella fa derivare l'impossibilità dell'intervento statale nella sfera privata individuale, secondo il classico schema della libertà come non-interferenza.

L'argomento di Strossen, in sostanza, pare focalizzarsi su una sorta di capacità astratta dell'individuo dominante di rispondere al discorso d'odio. Al contrario, a partire da un'analisi delle possibilità in senso materiale, maggiormente coerente con una prospettiva di uguaglianza sostanziale, i due individui (l'*hater* e la vittima) non possiedono identiche capacità di *speaking back*: al contrario, l'individuo membro del gruppo discriminato possiede una capacità inferiore di reazione, così come sottolineato nell'analisi di alcuni degli argomenti della *Critical Race Theory* sul *counterspeech* e sul *silencing effect* del discorso d'odio (cfr. *supra*, § 6.5).

Per ciò che concerne la distinzione tra *speech* e *action*, Strossen sostiene che la posizione dei *civil libertarians*, come si è accennato, acconsentirebbe ad una regolazione del discorso in determinati casi, affermando, in realtà, che la qualificazione di una condotta come *speech* non sia sufficiente all'esclusione dalla regolazione; in taluni casi, infatti, il discorso può essere regolato, e cioè quando: 1) «it is an essential element of violent or unlawful conduct»; 2) «it is likely to cause an immediate injury by its very utterance»; 3) «it is addressed to a “captive audience” unable to avoid assaultive messages»³³⁸.

Tuttavia, l'autrice afferma la necessità che le eccezioni al principio generale del *free speech* siano limitate: ciò significa che, pur riconoscendo alcuni – già minimali – criteri di regolazione dell'*hate speech*, i quali si rifanno ad elementi, in ultima istanza, di natura *fattuale* (che finiscono per richiamare in causa la distinzione tra il discorso e l'azione, riposando maggiormente sulla seconda categoria), la generale posizione dei *civil libertarians* è quella di una limitazione, il più possibile, dell'applicazione delle restrizioni. Evidentemente, ciò avvicina questa strategia a quella, forse generica, ma evocativa, di *free speech absolutism*.

Inoltre, Strossen sostiene una distinzione che, come lei stessa sottolinea, è tradizionalmente associata con la posizione dei *civil libertarians*: quella tra «*speech advocating unlawful conduct*» e «*the unlawful conduct itself*»³³⁹. Sulla base di ciò, ella critica l'elisione, da parte di Lawrence, della distinzione tra *racist speech* e *racist conduct*.

In seguito, a partire da un'opinione del giudice Holmes ripresa più volte dalla giurisprudenza statunitense successiva³⁴⁰, e raccogliendo alcune delle suggestioni provenienti dagli studiosi critici che si sono opposti alla tradizionale visione liberale della separazione tra *speech*

³³⁸ N. STROSSEN, “Regulating Racist Speech on Campus: A Modest Proposal”, cit., p. 500. Con il termine *captive audience* si allude a quelle situazioni in cui il pubblico, pur non essendo costituito da un unico soggetto (o insieme di soggetti) considerato individualmente, si trova in una circostanza in cui può essere ritenuto “prigioniero”, nel senso che gli è impossibile o difficile abbandonare il luogo in cui sta avvenendo la discussione, non potendo, con ciò, sottrarsi ad essa. Cfr., sul punto, *infra*, § 7.2.15.

³³⁹ *Ivi*, p. 531 (corsivi nostri).

³⁴⁰ «We should be eternally vigilant against attempts to check the expression of opinions that we loathe and believe to be fraught with death, unless they so imminently threaten immediate interference with the lawful and pressing purposes of the law that an immediate check is required to save the country [...]. Only the emergency that makes it immediately dangerous to leave the correction of evil counsels to time warrants making any exception to the sweeping command, “Congress shall make no law... abridging the freedom of speech”», *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919). Cfr. *infra*, § 7.2.3.

e *action*, Strossen riformula la distinzione, sostenendo che deve essere necessariamente esistente una separazione tra «*speech that has a direct and immediate link to unlawful conduct*» e «*all other speech, which has less direct and immediate links*»³⁴¹. In sostanza, l'autrice propone di spostare l'asse della distinzione verso la parte del discorso (il quale, dunque, a certe condizioni può essere incluso nella categoria dell'azione), a patto che questo possieda un immediato collegamento con una condotta illecita³⁴². Ella riconosce, infatti, la difficoltà di distinzione chiara tra *speech* e *action*, ma critica l'abbandono di Lawrence di qualsiasi tentativo volto a tracciare una (pur vaga) linea di separazione³⁴³. Su questa linea, Strossen contesta l'interpretazione di Lawrence del caso *Brown v. Board of Education*, ritornando proprio sulla distinzione tra *speech* e *action*.

«If incidental messages could transform conduct into speech, then the distinction between speech and conduct would disappear completely, because *all* conduct conveys a message. [...] Just because the government may suppress particular hate messages that are the by-product of unlawful conduct, it does not follow that it may suppress all hate messages. Those messages not tightly linked to conduct must still be protected»³⁴⁴.

A partire dall'assunto – fatto proprio da Lawrence – per cui ogni discorso implica un'azione e ogni azione implica un messaggio, secondo Strossen, *non* si può concludere che *qualsivoglia* «speech-conduct» risulti non protetta sotto il Primo Emendamento. Anzi, la mancanza di una chiara distinzione tra *speech* e *conduct* dovrebbe portare, al contrario, all'estremo opposto: a sostenere l'espansione della protezione del Primo Emendamento non solo alla *speech*, bensì anche all'*action* (peraltro, si potrebbe aggiungere, indipendentemente dall'adozione di un modello liberale o neo-repubblicano di libertà d'espressione, poiché questa pare essere la conseguenza in entrambi i casi³⁴⁵). Il problema della proposta di Lawrence, secondo

³⁴¹ N. STROSSEN, "Regulating Racist Speech on Campus: A Modest Proposal", cit., p. 532 (corsivi nostri).

³⁴² L'autrice conferma questa posizione in N. STROSSEN, "Incitement to Hatred: Should There Be a Limit", cit., p. 244, ove afferma: «[W]e defend [hate speakers'] right to express [their] racist views through speaking, writing, organizing, and advocacy, so long as he did not express such views through discriminatory or illegal conduct», affermazione che Strossen ha fatto in occasione della sua *Hiram H. Leshar Distinguished Lecture* presso la Southern Illinois University School of Law l'8 marzo 2000.

³⁴³ «It is impossible to draw a bright line between speech and conduct. It also may be difficult to determine whether certain speech has a sufficiently tight nexus to conduct to justify regulating that speech. Professor Lawrence, however, abandons the attempt to make any such distinctions at all», N. STROSSEN, "Regulating Racist Speech on Campus: A Modest Proposal", cit., p. 533.

³⁴⁴ Ivi, p. 542.

³⁴⁵ In questo senso, il tentativo pare cadere vittima delle conseguenze assolutistiche contenute in un avvertimento di S. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *La libertad de expresión*, Marcial Pons, Madrid, 1992, pp. 53-66), il quale, sostenendo la necessità di elaborazione di una *teoria* della libertà d'espressione – e sottolineandone la difficoltà, dovuta al fatto che la libertà d'espressione è il risultato del mescolarsi di opinioni e posizioni differenti, approcci storicamente molto diversi tra loro e concezioni politiche antitetiche –, sostiene la necessità di trattare di tale libertà a partire da una concezione non solo negativa, bensì anche positiva, della libertà stessa (coerente, qui, con un paradigma "democratico-repubblicano" ma non, come si è visto, con l'ideale neo-repubblicano della libertà dalla dominazione). Nel fare ciò, l'autore avverte, tuttavia, che «si se desconoce "ab initio" que la libertad de expresarse es una libertad política, cuya conquista significó sustraer de los gobiernos la legitimidad de reprimir o castigar opiniones a ellos opuestas [...], y se considera que la Constitución ampara la "expresión", y, por otra parte, se es incapaz de trazar una línea divisoria entre lo que es "expresión" y lo que es "acción", se desprende inexorablemente que la libertad de palabra y de prensa recogida por la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana es un cajón de sastre que puede ampararlo todo» (pp. 65-66).

l'autrice, sta proprio nel fatto che «[h]e does not offer a clear limiting principle for distinguishing the racist speech that should be regulated from the entire corpus of racist speech, which he views as conduct, and hence presumptively regulable under the speech/conduct approach»³⁴⁶. A onor del vero, l'autrice avrebbe potuto riprendere la definizione di Matsuda, la quale, come si è visto, al contrario di Lawrence, adotta una classificazione e una selezione di requisiti che la condotta deve avere per poter essere punita come *hate speech*.

Ad ogni modo, è evidente che nel distinguere tra «speech advocating unlawful conduct» e «the unlawful conduct itself», così come nei successivi tentativi di tracciare una linea di separazione tra il discorso e l'azione, Strossen si rifà alla tradizionale separazione tra *speech* e *action*. Inoltre, ella esplicitamente sostiene la possibilità di regolazione del discorso d'odio nei casi più gravi in cui, evidentemente, *speech shades into action*. Nel fare ciò, anche l'*account* proposto da Strossen è evidentemente informato ad un trattamento *perlocutorio* della performatività dell'*hate speech*.

6.6.8 – Katharine Gelber e il supporto statale al *counterspeech*

L'approccio di Gelber merita una breve introduzione esplicativa. L'autrice, infatti, presenta un'argomentazione complessa, la quale, se da un lato ne giustifica l'inclusione entro un orizzonte perlocutorio-opposizionista a causa della sua peculiare teoria del *counterspeech* (in quanto effettua una rivisitazione della stessa che, come si vedrà, ne permette l'associazione con una teoria della libertà d'espressione maggiormente aderente ad un modello neo-repubblicano, al contrario delle classiche teorie di *speaking back*, le quali, paiono giustificabili solamente entro un orizzonte individuale-liberale), dall'altro solleva alcune questioni interpretative proprio relative a tale inclusione. Come si vedrà, infatti, la strategia di Gelber non si propone come *totalmente* alternativa agli *hate speech bans*: la stessa autrice riconosce le ragioni per le quali è necessario un intervento statale di risposta contro l'*hate speech*. Tuttavia, ella propone “le ragioni migliori” per argomentare entro una prospettiva perlocutorio-opposizionista sulla base di ragioni consequenzialiste, che permettono di sfuggire alle critiche che sono state avanzate ad altri approcci (come quelle avanzate alla teoria del *counterspeech* di Strossen; cfr. *supra*, § 6.6.7). Accettare tali ragioni, infatti, consente al lettore maggiormente incline a posizioni proibizioniste di avvicinarsi con occhio simpatizzante anche a teorie opposizioniste.

Come esempio di implementazione di strategie per contrastare l'*hate speech*, l'autrice riporta la situazione dell'Australia, in particolare di alcune delle federazioni in cui è suddiviso il suo territorio, ove si rinvencono legislazioni civili contro l'*hate speech* e in taluni casi anche penali, non solo nei confronti della razza, bensì anche sulla base della sessualità e dell'omosessualità, della disabilità o dell'identità di genere³⁴⁷. Inoltre, secondo quanto riporta l'autrice, nella federazione della *West Australia* esiste un reato di *hate speech* che punisce condotte anche

³⁴⁶ N. STROSSEN, “Regulating Racist Speech on Campus: A Modest Proposal”, cit., p. 544.

³⁴⁷ K. GELBER, “Reconceptualizing Counterspeech in Hate Speech Policy (with a Focus on Australia)”, in M. HERZ, P. MOLNAR (eds.), *The Content and Context of Hate Speech. Rethinking Regulation and Responses*, cit., pp. 198-216, pp. 199-200.

non intenzionali, le quali siano suscettibili di provocare «racial animosity or racial harassment; meaning to threaten, seriously and substantially abuse or severely ridicule»³⁴⁸. D'altro canto, Gelber sostiene che le sanzioni penali per l'*hate speech* sono oggetto di rara esecuzione in Australia, mentre quelle civili sono maggiormente utilizzate, come nel New South Wales³⁴⁹.

L'autrice riconosce che tale situazione giuridica peculiare, distinta da quella di quasi tutti gli altri Stati della comunità internazionale (Germania a parte), è resa possibile grazie alla particolare disciplina della libertà d'espressione in Australia, che non è riconosciuta espressamente in costituzione, pur facendo parte dei principi del diritto australiano anche e soprattutto per derivazione dal *common law* inglese e dalla giurisprudenza³⁵⁰. Questa situazione permette, secondo l'autrice, di concepire la libertà d'espressione come un diritto non assoluto, le cui limitazioni appaiono dunque completamente giustificate nel caso dell'*hate speech*.

Tuttavia, entro la prospettiva di Gelber, queste misure, proprio perché poco utilizzate, non sono state in grado, in Australia, di costituire una risposta efficace al problema del discorso d'odio. Sulla base di ciò, l'autrice giunge ad abbracciare una strategia differente sulla base di un'argomentazione di natura consequenzialista.

La strategia di Gelber, pur riconoscendo il *silencing effect*³⁵¹ dell'*hate speech*, consiste nell'argomentare a favore di una politica di *speaking back*, poiché ella ritiene che le leggi contro il discorso d'odio non siano realmente efficaci. Tale politica, tuttavia, risulta interessante, poiché non lascia all'individuo – come pare, invece, nel caso di Strossen – il ruolo di contrasto all'*hate speech*, bensì intende supportare le vittime con un'azione in cui lo Stato si assume la responsabilità delle strategie di *speaking back* in luogo delle vittime stesse³⁵².

«The [...] debate is infused by a conception of counterspeech that is, I will argue, unnecessarily narrow. Further, it is one that contributes to an unhelpful and ultimately futile polarization of positions with regard to what states, or governments, or communities ought to do in response to the problem of hate speech»³⁵³.

³⁴⁸ K. GELBER, "Hate Speech and the Australian legal and political landscape", in K. GELBER, A. STONE (eds.), *Hate Speech and Freedom of Speech in Australia*, Federation Press, Annandale, NSW (Australia), 2007, pp. 2-19. Cfr., inoltre, ID., K. GELBER, "'Speaking Back': The Likely Fate of Hate Speech Policy in the United States and Australia", in I. MAITRA, M.K. MCGOWAN, *Speech & Harm. Controversies Over Free Speech*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 50-71, pp. 63-68.

³⁴⁹ Per un'analisi della legislazione del New South Wales (Australia) in tema di *hate speech*, cfr. K. GELBER, *Speaking Back. The free speech versus hate speech debate*, John Benjamins Publishing Company, Philadelphia, 2002, pp. 13-27.

³⁵⁰ K. GELBER, "Reconceptualizing Counterspeech in Hate Speech Policy (with a Focus on Australia)", cit., pp. 202-205.

³⁵¹ Nel riconoscere il *silencing effect* del discorso d'odio, Gelber si rifà alle teorie di Delgado, già analizzate in precedenza (cfr. *supra*, § 6.5.1). Tuttavia, è interessante notare che, a tal fine, l'autrice utilizza una strategia argomentativa che riprende l'analisi della teoria della performatività di John Langshaw Austin e delle condizioni di validità della situazione ideale dell'agire comunicativo di Habermas, combinando i due approcci per spiegare gli effetti dell'*hate speech* e giungere all'elaborazione di una metodologia di analisi per distinguere il discorso d'odio dal discorso, pur offensivo, che non rientra in tale categoria (cfr. K. GELBER, *Speaking Back. The Free Speech versus Hate Speech Debate*, cit., pp. 49-68).

³⁵² A. BROWN, *Hate Speech Law. A Philosophical Examination*, cit., p. 103.

³⁵³ K. GELBER, "Reconceptualizing Counterspeech in Hate Speech Policy (with a Focus on Australia)", cit., pp. 198-216.

Gelber argomenta che nella visione dei sostenitori del *free speech* si possano individuare due questioni problematiche. La prima ha a che fare con le giustificazioni tradizionali della libertà d'espressione: argomenti come il *marketplace of ideas*, l'*individual self-fulfillment*, così come gli argomenti *rights-based* (di matrice tipicamente liberale) o quelli che tengono in considerazione il ruolo *democratico* del *free speech* non consentono, secondo l'autrice, di giungere a limitazioni fondate sulla peculiarità delle espressioni odiose: essi, al contrario, paiono essere tutti delineati per garantire una libertà d'espressione quasi illimitata³⁵⁴.

Vi è inoltre, secondo Gelber, un tradizionale *misunderstanding*, tale per cui, quando si parla di opposizionismo e strategia di *speaking back*, generalmente si ritiene che l'argomento del *counterspeech* riposi su due assunti: 1) che la risposta spetti *individualmente* al singolo soggetto o, al gruppo-vittima; 2) che essi siano all'altezza del compito, ovvero ne possiedano la capacità. Si tratta di quello che l'autrice definisce «unsupported counterspeech»³⁵⁵.

L'autrice, inoltre, collega questo approccio a quello dominante (si potrebbe dire liberale) del *free speech* «in “negative” terms; as a liberty that most flourishes when it is free from government interference»³⁵⁶. In questo senso, tale approccio sottovaluta (finanche a negare) le condizioni sociali reali che impediscono ai soggetti di parlare³⁵⁷: ciò deriva dal fatto che tali soggetti «suffer social conditions which prevent them from responding to speech which they find marginalizing or disempowering»³⁵⁸. È evidente, qui, la differenza con Strossen, la quale, al contrario, pareva avere in mente un'idea di individuo astratta e generalizzata, che finiva per consolidare la strategia liberale di un'eguaglianza esclusivamente formale, cieca rispetto alle differenze concretamente esistenti tra gli individui (cfr. *supra*, § 6.6.7).

Questa concezione dell'«unsupported counterspeech», in aggiunta, costituisce secondo Gelber una visione *mainstream* anche di coloro che, invece, sostengono posizioni proibizioniste. Tra gli altri, l'autrice fa riferimento a MacKinnon, la quale sostiene che «some people get a lot more speech than others»³⁵⁹. Proprio il carattere *unsupported* è ciò che, secondo Gelber, porta i proibizionisti a rifiutare il *counterspeech*.

«[A] reliance on a conception of counterspeech as an unsupported and private endeavor is unable to explain how participation in speech might become possible. To ignore how people might become able to speak is to overlook [...] that hate speech can have tangible effects on its listeners, and that these effects may render it difficult or sometimes even impossible for them to respond. [...] An unsupported conception of counterspeech assumes that less regulation by government of individuals means more speech, and that somehow in this morass the speech of those who are being denigrated (or their supporters) will find a voice. This is at best an

³⁵⁴ K. GELBER, *Speaking Back. The Free Speech versus Hate Speech Debate*, cit., pp. 29-35.

³⁵⁵ K. GELBER, “Reconceptualizing Counterspeech in Hate Speech Policy (with a Focus on Australia)”, cit., p. 206.

³⁵⁶ *Ivi*, p. 207.

³⁵⁷ K. GELBER, “‘Speaking Back’: The Likely Fate of Hate Speech Policy in the United States and Australia”, cit., p. 50. In questo senso, Gelber si rifà a C.R. SUNSTEIN, “Beyond the Republican Revival”, cit., pp. 1577-1578.

³⁵⁸ K. GELBER, “‘Speaking Back’: The Likely Fate of Hate Speech Policy in the United States and Australia”, cit., p. 51. Per un'analisi dell'argomento, cfr. L.B. NIELSEN, “Power in Public: Reactions, Responses, and Resistance to Offensive Public Speech”, in I. MAITRA, M.K. MCGOWAN, *Speech & Harm. Controversies Over Free Speech*, cit., pp. 148-173.

³⁵⁹ C.A. MACKINNON, *Only Words*, cit., pp. 62-63.

underestimation of what is required to be able to compete in the marketplace of ideas. At worst it is an abrogation of the responsibility of the state to protect those who suffer tangible harm»³⁶⁰.

È a partire da questa critica che Gelber propone una «enlarged conception»³⁶¹ del *counterspeech*: in questa concezione la libertà non costituisce solamente un'opportunità, bensì un esercizio. In questo senso, gli individui divengono effettivamente liberi di parlare quando possono esercitare la loro *capacità* di fare ciò: ed è possibile sviluppare tale capacità entro un regime di libertà non solamente negativa – entro un modello, come si è visto in apertura al presente lavoro, di matrice tipicamente liberale, quando non addirittura *libertarian*³⁶² –, bensì entro un concetto di libertà che tiene in considerazione anche dimensioni positive³⁶³. In sostanza, Gelber apre i fondamenti del proprio discorso ad un approccio maggiormente inquadrabile entro un paradigma neo-repubblicano, concependo l'azione governativa come necessaria per la garanzia effettiva delle condizioni della libertà d'espressione per tutti gli esseri umani.

In realtà, Gelber sostiene la necessità di assicurare le condizioni effettive affinché tutti gli individui abbiano accesso al *free speech* (e, dunque, anche al *counterspeech*): si tratta di un approccio che, come riconosce esplicitamente l'autrice, unisce una *concezione positiva della libertà* all'*approccio delle capacità* di Martha Nussbaum³⁶⁴. In questo senso, il diritto deve rendere disponibili e accessibili a ciascun individuo le circostanze e i mezzi fondamentali per poter scegliere un progetto di vita che li conduca ad uno *human flourishing*. Tra queste circostanze o capacità fondamentali, Gelber sottolinea l'importanza, inclusa implicitamente nell'approccio di Nussbaum, della libertà d'espressione³⁶⁵. In questo senso, essa risulta in una neces-

³⁶⁰ K. GELBER, "Reconceptualizing Counterspeech in Hate Speech Policy (with a Focus on Australia)", cit., pp. 208-209.

³⁶¹ Ivi, p. 209, ove Gelber cita Q. SKINNER, "The Idea of Negative Liberty: Philosophical and Historical Perspectives", in R. RORTY, J.B. SCHNEEWIND, Q. SKINNER (eds.), *Philosophy in History. Essays on the Historiography of Philosophy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1984, pp. 193-223, p. 196.

³⁶² Secondo Gelber, tutti gli argomenti tradizionali a sostegno del *free speech* si fondano su una concezione della libertà di natura essenzialmente negativa, sia in maniera *esplicita* (come nel caso degli argomenti del *self-fulfillment*, ma sarebbe da includere qui anche l'argomento dell'autonomia, non citato da Gelber) sia in maniera *implicita* (come gli argomenti del *marketplace of ideas*, gli argomenti *rights-based* e gli argomenti democratici). Pertanto, concepire la libertà come essenzialmente negativa porta tutti i sostenitori di questi argomenti a non concepire l'esigenza di limitazione della libertà d'espressione nel caso dell'*hate speech*, K. GELBER, *Speaking Back. The Free Speech versus Hate Speech Debate*, cit., p. 36.

³⁶³ «This policy is not speech-limiting or speech-restricting, it is speech-enhancing. It is differentially and selectively so, providing not for the enhancement of speech opportunities for everyone but for the enhancement of speech opportunities for those whose speech opportunities are impaired by [...] hate speech», K. GELBER, "Speaking Back: The Likely Fate of Hate Speech Policy in the United States and Australia", cit., p. 55 (corsivi nostri).

³⁶⁴ Cfr. M. NUSSBAUM, *Women and Human Development: The Capabilities Approach*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000. Per ragioni di spazio, non si analizzerà nel dettaglio tale approccio, al quale si rimanda: tale analisi, infatti, eccederebbe gli scopi della ricerca. Per una panoramica sull'utilizzo dell'approccio delle capacità di Nussbaum in Gelber, cfr. K. GELBER, *Speaking Back. The Free Speech versus Hate Speech Debate*, cit., pp. 38-47; EAD., "Freedom of Political Speech, Hate Speech and the Argument from Democracy: The Transformative Contribution of Capabilities Theory", in *Contemporary Political Theory*, 9, 2010, pp. 304-324.

³⁶⁵ K. GELBER, "Reconceptualizing Counterspeech in Hate Speech Policy (with a Focus on Australia)", cit., p. 211.

sità di protezione giuridica, proprio perché, abbandonando le concezioni che di essa sono tradizionalmente state disegnate dal liberalismo e dall'utilitarismo³⁶⁶, la libertà d'espressione risulta costitutiva nella scelta di una vita umana che sia in grado di far fiorire le capacità umane, oltre a permettere (habermasianamente) la partecipazione nella vita politica e pubblica, che è possibile solo se si mantiene l'importanza dello sviluppo individuale attraverso il discorso³⁶⁷.

Grazie all'integrazione tra l'approccio delle capacità di Nussbaum e la teoria dell'agire comunicativo di Habermas, Gelber riesce a "superare" il problema dell'idealizzazione habermasiana della situazione comunicativa-tipo, agevolando una riflessione che permette di tenere in considerazione i bisogni reali delle persone che partecipano ad un'attività comunicativa e, dunque, di includere in una valutazione di *policy* le reali esigenze di coloro che potrebbero non risultare *capaci* di un'attività discorsiva, come nel caso di quelle vittime di *hate speech* che non riescono a rispondere in maniera adeguata. Questa giustificazione si dà, secondo Gelber, nella misura in cui l'approccio delle capacità consente di giustificare la libertà d'espressione come necessaria alla garanzia delle capacità umane e, al contempo, la necessità della sua regolazione nel caso in cui talune forme d'espressione risultino «counter-conducive to the development and exercise of human capabilities in some people», come nel caso dell'*hate speech*³⁶⁸.

Grazie a questo approccio, l'autrice sostiene che «[h]ate speech can be defined, then, as speech that enacts harms that imperil the realization of central human functional capabilities by, among other things, disempowering, marginalizing, and silencing. These harms would ordinarily act to deter or perhaps even prevent a targeted person or community or their supporters from responding to the hate speech with (unsupported) counterspeech»³⁶⁹. L'*hate speech*, dunque, risulta per Gelber in un danno alle *human functional capabilities*³⁷⁰: in quanto tale, esso impedisce anche l'accesso democratico al discorso pubblico³⁷¹. In questo senso, dunque, la politica di *speaking back* fatta propria dall'autrice finirebbe per consentire alla vittima di *hate*

³⁶⁶ Per l'approccio delle capacità di Nussbaum come strumento teorico per concepire una teoria della libertà d'espressione antitetica rispetto a quella del liberalismo e dell'utilitarismo, la quale permette di concepire l'intervento dello Stato (contro il liberalismo classico) per garantire non tanto un risultato valutato in termini di utilità collettiva, secondo esigenze di *policy* (contro l'utilitarismo), bensì a tutela delle capacità e del funzionamento umani, cfr. K. GELBER, *Speaking Back. The Free Speech versus Hate Speech Debate*, cit., pp. 39-47.

³⁶⁷ K. GELBER, "Freedom of Political Speech, Hate Speech and the Argument from Democracy: The Transformative Contribution of Capabilities Theory", cit., pp. 316-317, in cui Gelber combina l'approccio delle capacità di Nussbaum con l'approccio discorsivo di Habermas (cfr. J. HABERMAS, *The Theory of Communicative Action*, cit.) al fine di conferire una possibilità di *agency* democratica agli esseri umani proprio attraverso la garanzia del discorso. Nel fare ciò, l'autrice risponde alla critica di Bohman a Nussbaum, il quale individuava nell'approccio delle capacità un sostegno di un'*agency* esclusivamente individuale: cfr. J. BOHMAN, "Deliberative democracy and effective social freedom: Capabilities, resources, and opportunities", in J. BOHMAN, W. REHG (EDS.), *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics*, Massachussets Institute for Technology Press, Cambridge (Mass.), 1997, pp. 321-348.

³⁶⁸ K. GELBER, *Speaking Back. The Free Speech versus Hate Speech Debate*, cit., p. 45.

³⁶⁹ K. GELBER, "Reconceptualizing Counterspeech in Hate Speech Policy (with a Focus on Australia)", cit., p. 213.

³⁷⁰ K. GELBER, "'Speaking Back': The Likely Fate of Hate Speech Policy in the United States and Australia", cit., p. 54. Per un'analisi dell'argomento come strumento esclusivamente individuale, cfr. *ivi*, p. 55.

³⁷¹ K. GELBER, "Freedom of Political Speech, Hate Speech and the Argument from Democracy: The Transformative Contribution of Capabilities Theory", cit., pp. 317-318.

speech di porre in essere un'attività di *counterspeech*: questa, ripercorrendo le condizioni di validità della teoria dell'agire comunicativo di Habermas³⁷², permetterà al soggetto di affermare principi contrari a quelli discriminatori fatti propri dall'autore della condotta odiosa: in particolare, la condotta di *speaking back* consentirà l'affermazione dei principi di uguaglianza e non-discriminazione grazie all'intervento statale in aiuto alle vittime di *hate speech*³⁷³.

Un simile approccio di *policy*, dunque, richiede allo Stato di fornire supporto istituzionale, materiale ed educativo alle vittime di *hate speech*, al fine di rendere loro possibile sia il contraddire i messaggi del discorso d'odio di cui sono vittime sia di combattere taluni effetti del discorso medesimo³⁷⁴: ciò consentirebbe di generare un processo di «institutionalised argumentation»³⁷⁵ volta a contrastare il discorso d'odio.

Tra le misure positive per assicurare un *supported counterspeech*, che dovrebbero costituire l'oggetto delle politiche pubbliche, Gelber annovera: 1) la produzione e distribuzione di una «community newsletter», conseguente ad un evento specifico, che consenta di «counteract misunderstandings causing, and/or perpetuated during, that event»; 2) l'implementazione di un «antiracism awareness program» in determinati ambienti, come ad esempio nei contesti lavorativi; 3) il finanziamento di «community workshop» che sensibilizzino sugli effetti diffamatori del linguaggio; 4) la possibilità, per le vittime e i gruppi a cui esse appartengono, di pubblicare a mezzo stampa risposte ad episodi che manifestano odio; 5) la produzione di annunci pubblicitari e programmi anti-discriminazione; 6) la finanziamento di progetti artistici; 7) la diffusione, a mezzo internet, di video a supporto di soggetti a rischio di discriminazione³⁷⁶.

In queste risposte, Gelber assegna un ruolo preminente alla partecipazione del gruppo-vittima: così, la politica per contrastare l'*hate speech* non diviene esclusivamente individuale, come avverrebbe attraverso l'*enactment* di leggi contro il discorso d'odio che riconoscono la possibilità dell'individuo-vittima (o del gruppo-vittima) di far valere le proprie ragioni in giudizio. Al contrario, questo tipo di risposta consentirebbe una partecipazione generalizzata di gruppo che renderebbe possibile al gruppo medesimo elaborare la propria risposta, partecipando così in un processo di istituzionalizzazione del dialogo (o del contro-dialogo) nella misura di una vera e propria *affirmative action*³⁷⁷.

L'approccio di Gelber, dunque, pare giustificare l'intervento statale a regolazione dell'*hate speech*. Tuttavia, ella pare opporsi ad un intervento di natura legislativa del tipo dei *ban* contro il discorso d'odio, in senso sanzionatorio (soprattutto di tipo penale): è per questo

³⁷² Per un'analisi delle condizioni di validità dell'agire comunicativo nella teoria di Habermas, in relazione alla questione degli *speech acts* di John Langshaw Austin, cfr. *supra*, § 4.2.3. Tuttavia, è importante tenere in considerazione che la proposta di Gelber non si fonda su alcuna divisione tra *political* e *non-political speech* o tra *high value* e *low value speech*, ciò che permette di "superare" il problema della suddivisione del discorso in "aree" per riconoscere ciò che costituisce o non costituisce *hate speech*.

³⁷³ K. GELBER, *Speaking Back. The Free Speech versus Hate Speech Debate*, cit., pp. 119-120.

³⁷⁴ K. GELBER, "«Speaking Back»: The Likely Fate of Hate Speech Policy in the United States and Australia", cit., p. 52.

³⁷⁵ K. GELBER, *Speaking Back. The Free Speech versus Hate Speech Debate*, cit., p. 120.

³⁷⁶ K. GELBER, "Reconceptualizing Counterspeech in Hate Speech Policy (with a Focus on Australia)", cit., p. 214.

³⁷⁷ K. GELBER, *Speaking Back. The Free Speech versus Hate Speech Debate*, cit., pp. 123-125.

motivo che si è deciso di inserirla entro i contributi all'opposizionismo che fanno leva su ragioni di natura consequenzialista. Ciò, tuttavia, permette di sfatare un pregiudizio su questa posizione entro il dibattito sull'*hate speech*: opposizionismo, dunque, non significa opporsi a qualsivoglia regolazione del discorso d'odio. Piuttosto, esso significa sostenere che lo strumento non debbano essere gli *hate speech bans*. Tuttavia, lo Stato è ben lungi, entro la prospettiva di Gelber, da un approccio totalmente non interventista: non regolare l'*hate speech* nel senso del non vietarlo non significa non intervenire a creare le condizioni per un effettivo esercizio libero del discorso, proprio attraverso il *supported counterspeech*.

Tuttavia, l'autrice stessa non ritiene che tale approccio sia esclusivo e non renda possibile anche l'intervento, al contempo, di altre misure contro l'*hate speech*: «it is likely that this component would achieve its best results when used in tandem with other policy approaches, so that each approach could be adapted and used to benefit where the needs are greatest»³⁷⁸.

Per questo motivo, si ritiene che l'approccio al *supported counterspeech* di Gelber costituisca un ottimo argomento di focus non solo sullo *speaker*, bensì anche sul *target* del discorso d'odio. In questo senso, la sua politica di *counterspeech* potrebbe essere applicata al contempo insieme a misure restrittive del discorso d'odio alla *Critical Race Theory* (cfr. *supra*, § 6.5): mentre le seconde, infatti, mirerebbero alla sanzione del discorso discriminatorio di chi parla, le prime consentirebbero la risposta di chi ascolta.

Da ultimo, è necessario evidenziare le ragioni dell'inclusione dell'approccio di Gelber entro un *account* di tipo *perlocutorio*. L'autrice utilizza espressamente gli strumenti forniti dalla teoria degli atti linguistici di Austin (soprattutto la distinzione tra illocutorio e perlocutorio)³⁷⁹. Ella, a partire dalla distinzione tra *constativo* e *performativo*, sostiene che «[p]erhaps the different regulatory approaches result from the adoption and implementation within liberal-democratic policy regimes of a reliance on a speech-act dichotomy, where “speech” conforms to the constative and “act” conforms to the performative»³⁸⁰. Tuttavia, come in ogni *account* della teoria degli atti linguistici che si rispetti, l'autrice ammonisce immediatamente circa l'inutilizzabilità di tale distinzione teorica per le giustificazioni del *free speech* con esclusivo riferimento alle espressioni constative, ricordando, come fa Austin, l'impossibilità di una netta distinzione tra constativi e performativi: tutti gli atti linguistici, infatti, sono sempre *speech acts* performativi (cfr. *supra*, § 4.1.1).

Tuttavia, l'approccio perlocutorio di Gelber è esplicito. Ella, infatti, nel trattare della possibilità di definire gli *hate speech acts* come atti di discriminazione discorsiva, sostiene che tale approccio «only describes the illocutionary force of an utterance. In order to describe the effects of hate speech on its victims, it is necessary to turn [...] to an examination of the *perlocutionary effects* of hate-speech-acts on the hearers»³⁸¹. Come già accennato in precedenza, l'effetto perlocutorio su cui si concentra Gelber è il *silencing effect*, che ella legge attraverso le

³⁷⁸ K. GELBER, “Reconceptualizing Counterspeech in Hate Speech Policy (with a Focus on Australia)”, cit., p. 214.

³⁷⁹ K. GELBER, *Speaking Back. The Free Speech versus Hate Speech Debate*, cit., p. 49.

³⁸⁰ Ivi, p. 54.

³⁸¹ Ivi, p. 82.

riflessioni di Delgado, Matsuda (cfr. *supra*, § 6.5), MacKinnon e Langton (cfr. *supra*, § 4.4.2), concludendone che l'effetto *perlocutorio* del *silencing* è quello di «inflicting significant harm on individuals and groups»³⁸².

In realtà, Gelber pare piuttosto sensibile anche alla dimensione *illocutoria* dell'*hate speech*. Secondo l'autrice, «a crucial element missing» nella riflessione di coloro che trattano della forza subordinante dell'*hate speech*, infatti,

«is evidence of a systemic power asymmetry between the speaker and the hearer, and in favour of the speaker. In hate-speech-acts this power asymmetry is not contingent or coincidental, but rather a systemic feature of the lifeworld-context within which the speech-act takes place. This allows an interpretation of hate-speech-acts as discursive acts of *discrimination*. When a systemic power asymmetry is absent, the speech-act cannot carry the same illocutionary force»³⁸³.

Tuttavia, insistendo sugli effetti perlocutori e sull'analisi del *silencing effect*, Gelber pare fallire nel prendere realmente sul serio la dimensione illocutoria dell'*hate speech*, la quale, come si è visto, nella prospettiva adottata in questa sede può in realtà finire per sostenere un approccio comprensivo alla questione del discorso d'odio, capace di includere anche la stessa politica di *supported counterspeech* proposta dall'autrice.

6.6.9 – Tra la libertà come non-interferenza e libertà positiva

Come si è tentato di evidenziare sin qui, pare possibile distinguere tra due diversi approcci entro l'orizzonte perlocutorio-opposizionista che utilizza argomenti consequenzialisti.

Il primo approccio (quello di Nadine Strossen) recupera un'impostazione di matrice tendenzialmente *libertarian* che giace su una riaffermazione della distinzione tra *speech* e *action*. Sulla base di ciò, l'opposizionismo liberale che così si viene delineando propone un'ulteriore distinzione, che permette di chiarire che l'accoglimento dei dubbi circa la possibilità di distinguere concretamente tra le due categorie, in realtà, finisce per riproporre la questione “sotto mentite spoglie”. È, questo, il caso di Strossen, che propone di concentrarsi sulla categoria dello *speech* per distinguere, al suo interno, due tipi di discorso: 1) un discorso “impuro”, legato ad un'immediata «unlawful conduct», che riconosce la possibilità delle parole di trasformarsi in azioni, e 2) «all other speech», il discorso “puro” che, invece, non viene “contaminato” dal carattere concreto e materiale dell'azione.

In che cosa, tuttavia, tale strategia è diversa da quella che, in precedenza (cfr. *supra*, § 6.5), si è indicata come uno dei possibili esiti del modello perlocutorio-proibizionista? A livello metodologico, infatti, il proibizionismo e l'opposizionismo che giungono a questo tipo di distinzione paiono concordare. Ciò su cui, invece, essi divergono – che, evidentemente, informa il tipo di scelta politica ultima, proibizionista nel primo caso, opposizionista nel secondo – riguarda le conseguenze di tale approccio metodologico. Mentre, infatti, secondo l'approccio di Delgado, Stefancic e (in parte) Matsuda, tale metodo viene utilizzato per giungere a portare

³⁸² Ivi, p. 86.

³⁸³ Ivi, p. 87.

parte del discorso entro la sfera dell'azione (con l'analisi del cosiddetto "*speech-action*"), giungendo alla possibilità di proibire talune espressioni che, invece, tradizionalmente verrebbero viste come protette poiché appartenenti all'ambito del discorso, entro l'approccio di Strossen un siffatto metodo giunge a conclusioni esattamente opposte, riportando anche talune azioni espressive entro la sfera del discorso, concludendo per l'impossibilità di restrizione e la conseguente applicazione della protezione fornita Primo Emendamento, ciò che risulta coerente con l'approccio *libertarian* dell'autrice, che pare finire per affermare che larga parte delle condotte espressive risulta protetta dalla libertà d'espressione. A sostenere tale concezione, infatti, si trovano argomenti di natura paternalistica, quando non addirittura conservatrice (come la *pressure valve* o il *bellwether*).

Il secondo approccio rinvenibile entro il paradigma opposizionista-consequenzialista, quello di Gelber, pare invece più concorde con un reale rifiuto dell'utilità della distinzione tra *speech* e *action* come metodo di classificazione del discorso d'odio, in maniera simile alla strategia illocutoria di Lawrence, che si spingeva, come visto (cfr. *supra*, § 6.4.3), ad affermare che l'*hate speech* è 100% discorso e 100% azione.

Nonostante ciò, Gelber elabora una teoria che, se da un lato accetta la possibilità di strumenti di proibizione dell'*hate speech*, dall'altro si concentra sulle "ragioni migliori" di matrice opposizionista, al fine di sostenere la possibilità di un'azione sociale effettivamente capace di contrapporsi al discorso d'odio senza necessariamente partire dalla sua proibizione. In ciò l'approccio di Gelber, che pare coerente con la metodologia di Lawrence, differisce da quello dell'autore proibizionista, proprio perché, analogamente a quanto avviene con Strossen rispetto a Delgado, Stefancic e Matsuda, simile è l'approccio metodologico, ma opposta è la risposta politica che si giunge a proporre: in questo caso, si tratta di una risposta opposizionista.

Inoltre, come si è visto, nonostante Gelber riconoscesse l'importanza della dimensione illocutoria, ella finisce per concentrarsi sulla possibilità di contrasto delle conseguenze perlocutorie dell'*hate speech* unicamente attraverso la politica del *supported counterspeech*.

Questi due diversi approcci, individuati a livello teorico entro un comune background perlocutorio-opposizionista che utilizza argomenti consequenzialisti, paiono riposare su due diverse modalità di concettualizzazione delle questioni della libertà e dell'eguaglianza.

La prima risposta, quella di Strossen, adotta evidentemente una concezione negativa di libertà e una concezione formale di eguaglianza – in maniera coerente con l'approccio *libertarian* dell'autrice. Infatti, ella sostiene un'idea di non-intervento statale contro l'*hate speech* (se non nei casi più gravi, individuati a partire dalla dottrina del *clear and present danger* e in maniera circoscritta ai casi di discorso d'odio *face-to-face*) che, appunto, deriva da una teoria della libertà nel senso negativo della non-interferenza, concepita come astensione da parte dello Stato. Inoltre, la dimensione esclusivamente individuale del *counterspeech* sostenuto da Strossen testimonia, come si è visto, una concezione dell'eguaglianza solamente formale, cieca rispetto alle concrete differenze che renderebbero possibile (o meno) ai soggetti-vittime di *hate speech* di reagire a tale stigmatizzazione sociale attraverso il *more speech against hate speech*. Questa eguaglianza, perdi più, è un'uguaglianza formale del *target*, cioè una strategia di uguaglianza che "livella" le differenze tra le vittime del discorso d'odio, semplicemente optando

per una risposta politica che non tiene in considerazione tali differenze nel momento dell'elaborazione di una strategia che vi si opponga.

Come d'altra parte sembra riconoscere la stessa Strossen, pare che tale concezione sia maggiormente coerente con il primo dei due modelli di libertà d'espressione che si sono analizzati, quello liberale, che fa leva sugli argomenti del *marketplace of ideas* e dell'autonomia individuale (cfr. *supra*, § 3.2), oltre a sostenere una distinzione tra pubblico e privato che viene utilizzata ai fini dell'argomentazione a favore di un'astensione del primo dall'intervento.

La seconda risposta, quella di Gelber, al contrario, pare rifarsi a dimensioni positive della libertà e ad una concezione sostanziale di uguaglianza. In relazione alla prima, infatti, risulta evidente, entro la prospettiva dell'autrice, la necessità di intervento statale a supporto di un concreto esercizio della libertà da parte del soggetto-*target* per opporsi all'*hate speech* di cui esso è vittima. Si ricordi, infatti, la concezione «enlarged» di *counterspeech* dell'autrice, che alla dimensione individuale della concezione ristretta oppone la necessità di una dimensione maggiormente collettiva, coniugando un approccio delle capacità (a partire da Nussbaum) alle *validity claims* del discorso pubblico (a partire da Habermas) per sostenere che lo Stato debba mettere concretamente a disposizione dei cittadini mezzi effettivi per esercitare il proprio diritto allo *speaking back*, nella misura di una vera e propria *affirmative action*. Risultano dunque evidenti le conseguenze di un siffatto approccio in relazione alla questione dell'uguaglianza: fornire le condizioni effettive ai soggetti-vittime di *hate speech* significa prestare attenzione alle loro condizioni materiali, determinate da varietà e diversità peculiari da caso a caso, che alle volte non permettono un sostanziale *engagement* nella strategia di *speaking back*, a causa dello stigma sociale e della discriminazione di cui essi sono soggetti passivi.

Tale concezione, inoltre, pare maggiormente inquadrabile entro un paradigma neo-repubblicano di libertà d'espressione, capace di concepire la questione entro un orizzonte non esclusivamente individuale e di fornire strategie risolutive che mettano in discussione il carattere non strettamente privato dell'*hate speech*, giungendo ad una necessità di revisione delle concezioni di libertà ed uguaglianza passando, dunque, rispettivamente ad una libertà positiva e ad un'uguaglianza sostanziale. Tuttavia, il *focus* di Gelber pare maggiormente incentrato sulle dimensioni positive della libertà, dalle quali l'autrice fa derivare la necessità di intervento statale, piuttosto che sulla libertà intesa nel senso della non-dominazione. L'approccio della non-dominazione, infatti, si ritiene più ampio, nella misura in cui è capace di comprendere anche le dimensioni di dominazione e oppressione insiste nella subordinazione illocutoria delle vittime di *hate speech*, che nei casi più gravi possono richiedere l'intervento sanzionatorio. Nonostante ciò, lo schema della libertà dalla dominazione risulta coerente con la proposta di Gelber, che accetta la sanzione per i casi più gravi di *hate speech* e sostiene la necessità di intervento pubblico nei casi meno gravi, a tutela della reale capacità discorsiva delle vittime.

Da ultimo, l'analisi del modello perlocutorio-opposizionista che utilizza argomenti consequenzialisti è risultata fondamentale anche per un altro ordine di ragioni. Come si è visto, infatti, nessuna delle due «anime» di tale parte del dibattito sostiene che la libertà d'espressione debba essere assoluta, intendendo per assoluta quella libertà che non soffre limiti neanche nel caso dell'*hate speech*. Al contrario, sia Strossen sia Gelber, in maniera esplicita (pur con di-

verse modalità), riconoscono la necessità o la possibilità che il diritto entri a regolare quantomeno le forme ritenute “più gravi” di *hate speech*, oppure che esso sia utilizzato come strumento secondario a supporto di politiche principali di *speaking back*. Ciò significa, dunque, che nella “tripartizione” degli approcci nel dibattito sul discorso d’odio *tre* di quattro “settori” accettano la sanzione (di alcune forme) dell’*hate speech*: i proibizionismi illocutorio e perlocutorio e il modello perlocutorio-opposizionista che fa leva su argomenti consequenzialisti. L’unico “scoglio duro” che resiste alla tentazione dell’accettazione dello strumento giuridico per limitare l’*hate speech* pare essere rappresentato dalle tesi perlocutorio-opposizioniste fondate su argomenti deontologici di Baker e Dworkin. Come si è visto, infatti, lo stesso Post, pur fallendo nel fornire una spiegazione dettagliata di *quando* effettivamente si possa punire il discorso d’odio, sosteneva la possibilità della sanzione in ambito privato.

Ciò detto, tale conclusione risulta particolarmente rilevante, entro l’analisi del dibattito sull’*hate speech*, poiché mette in evidenza come possono cambiare le risposte giuridiche in base all’adozione di una concezione liberale o di una concezione neo-repubblicana della libertà d’espressione e, in seno ad esse, in relazione alla scelta di utilizzare o meno la distinzione tra *speech* e *action* per dare senso a tali teorizzazioni e, dunque, adottare una diversa strategia d’intervento (o meno) da parte del diritto.

Come si vedrà, nell’analisi comparatistica della giurisprudenza, rispettivamente della Corte Suprema degli Stati Uniti e della Corte Europea dei Diritti Umani, i due modelli della libertà come non-interferenza e come non-dominazione (anche se, come si vedrà, quest’ultimo solo in parte) paiono ripresentarsi, conducendo a soluzioni interpretative tendenzialmente opposte in relazione alla proibizione dell’*hate speech*.

CAPITOLO 7

USA v. Europa

7.1 – Premessa: due modelli giurisprudenziali di libertà e performatività

Coerentemente con il metodo dualista di analisi dei diritti umani (cfr. *supra*, Introduzione), l'ultima parte del lavoro è dedicata all'analisi giuridica della questione dell'*hate speech*. In realtà, in sede di indagine sulla definizione del discorso d'odio (cfr. *supra*, CAP. 1), la trattazione circa il suo status normativo si ritiene esaurita. Ciò che risulta importante in questa sede, dopo lo studio filosofico-giuridico della questione, è il trattamento giurisprudenziale dell'*hate speech*. In particolare, si prenderanno in considerazione due casi che permettono di riflettere sui due approcci alla libertà (come *non-interferenza* e, anche se solo in parte, come *non-dominazione*) e alla teoria della performatività (*perlocutorio* e, anche qui solamente in parte, *illocutorio*): la giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti e quella della Corte Europea dei Diritti Umani (Corte EDU, o Corte di Strasburgo). In questo modo, si utilizzerà una distinzione coerente all'approccio maggioritario invalso nella dottrina specializzata sul tema: quello che sostiene, appunto, una contrapposizione tra la giurisprudenza statunitense e quella europea¹.

È doveroso precisare che, nell'analisi, non si entrerà nel dettaglio dei singoli ordinamenti nazionali appartenenti all'ambito del Consiglio d'Europa. Sebbene ciò potrebbe risultare interessante, finirebbe per complicare eccessivamente il lavoro, eccedendo i limiti dell'indagine. Pertanto, per una lettura critica degli approcci di singoli ordinamenti nazionali europei, si rimanda all'analisi della letteratura specializzata. In questa sede, pur non entrando (salvo il caso degli Stati Uniti) nei singoli ordinamenti nazionali, si intende ugualmente proporre una lettura coerente con quella che contrappone l'approccio alla libertà d'espressione nel sistema statunitense a quello di altri sistemi: in pressoché tutte le contrapposizioni, il modello statunitense è indicato come «modello della libertà»², che viene opposto, come si vedrà (cfr. *infra*, § 7.4), ad altri modelli, che non privilegiano il valore della libertà rispetto ad altri valori.

7.2 – La giurisprudenza della Corte Suprema USA

La libertà d'espressione, nella Costituzione degli Stati Uniti d'America, è contemplata nel Primo Emendamento, adottato il 15 dicembre 1791³:

¹ Cfr., ad esempio, R.A. KHAN, "Why Do Europeans Ban Hate Speech? A Debate Between Karl Loewenstein and Robert Post", in *Hofstra Law Review*, 41, 3, 2013, pp. 545-585.

² I. SPIGNO, *Discorsi d'odio. Modelli costituzionali a confronto*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 464 (corsivi nostri).

³ Per un'analisi piuttosto dettagliata della storia del Primo Emendamento e della sua applicazione, si veda, *ex multis*, D. YASSKY, "Eras of the First Amendment", in *Columbia Law Review*, 91, 7, 1991, pp. 1699-1755; L.C. BOLLINGER, J. STONE (eds.), *Eternally Vigilant. Free Speech in the Modern Era*, University of Chicago Press, Chicago, 2002.

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 [corsivi nostri].

La formulazione di tale norma, la cui lettera non contempla *prima facie* nessuna limitazione («Congress shall make *no law*»), è all'origine delle tradizionali interpretazioni che, in prospettiva comparatistica, additano l'ordinamento statunitense come esempio di «democrazia tollerante»⁴ in cui la libertà d'espressione («the preferred freedom of the preferred freedoms»⁵) è concepita in termini negativi e pressoché assoluti⁶: la democrazia statunitense, cioè, adotta una postura neutrale e procedurale, rifiutando le concezioni interventiste⁷ e, di fatto, autorizzando l'espressione anche delle posizioni intolleranti.

In tale sistema, infatti, la libertà d'espressione costituisce una classica *libertà da*, libertà dall'azione governativa (in primo luogo, infatti, «Congress shall make *no law*»): il governo – solo il governo⁸ – è visto come un pericolo per la libertà d'espressione⁹. Ne deriva il tradizionale collegamento tra la libertà d'espressione e la *libertà negativa*: nel sistema statunitense di tutela del *free speech*, profondamente influenzato da valori quali l'individualismo, la prevalenza della libertà sull'eguaglianza e la tradizione dei diritti naturali, non c'è spazio per una

⁴ M. REVENGA SÁNCHEZ “Los discursos del odio y la democracia *adjetivada*: tolerante, intransigente, ¿militante?”, in ID. (dir.), *Libertad de expresión y discursos del odio*, «Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos», Universidad de Alcalá, Servicios de Publicaciones del Defensor del Pueblo, 12, 2015, pp. 15-32. Secondo Revenga, «[s]egún sean nuestras propensiones más o menos *comunitaristas* o *liberales*, así tenderemos a contemplar los límites como más o menos legítimos, y según cuál sea el tipo de democracia que tengamos como modelo normativo, deseable o preferible, así apreciaremos como más o menos coherente con él el sistema de limitaciones que circundan la libertad de expresarse» (p. 15).

⁵ F. SCHAUER, “Fear, Risk, and the First Amendment. Unraveling the “Chilling Effect””, in *Boston University Law Review*, 58, 1978, pp. 685-732, p. 688. Koltay, dal canto suo, sostiene che «Free speech in the US is more than merely a fundamental human right: it has become a superior ideal, a prevailing ideology», A. KOLTAY, *Freedom of Speech. The Unreachable Mirage*, Complex (Wolters Kluwer), Budapest, 2013, p. 79.

⁶ Cfr. A. MEIKLEJOHN, “The First Amendment Is an Absolute”, in *The Supreme Court Review*, 1961, pp. 245-266; I. SPIGNO, *Discorsi d'odio. Modelli costituzionali a confronto*, cit., p. 7. Il carattere negativo della libertà d'espressione negli Stati Uniti è sottolineato anche da Ó. PÉREZ DE LA FUENTE, “Libertad de expresión y el caso del lenguaje del odio. Una aproximación desde la perspectiva norteamericana y la perspectiva alemana”, in *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 21, 2010, pp. 67-104, pp. 92-99.

⁷ A. VALERO HEREDIA, “Los discursos del odio. Un estudio jurisprudencial”, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 110, 2017, pp. 305-333, p. 319; R. ALCÁZER GUIRAO, “Víctimas y disidentes. El «discurso del odio» en EE.UU. y Europa”, in *Revista española de Derecho constitucional*, 35, 103, 2015, pp. 45-86, p. 74; J.A. CARRILLO DONAIRE, “La protección de los derechos frente a los discursos del odio: del Derecho represivo a las políticas públicas antidiscriminatorias”, in L. ALONSO, V. VÁZQUEZ (dirs.), *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio. Textos críticos*, Prólogo de Adela Cortina, Athenaica, 2017, pp. 15-38, p. 21.

⁸ Cfr. R. ALCÁZER GUIRAO, “Víctimas y disidentes. El «discurso del odio» en EE.UU. y Europa”, cit., p. 65, che indica tra le caratteristiche distintive dell'approccio statunitense rispetto a quello europeo il fatto che negli Stati Uniti non si tende a riconoscere un *effetto orizzontale* ai diritti.

⁹ Cfr. F. SCHAUER, “The Exceptional First Amendment”, in M. IGNATIEFF (ed.), *American Exceptionalism and Human Rights*, Princeton University Press, Princeton-Oxford, 2005, pp. 31-55; J. MAILLAND, “The Blues Brothers and the American Constitutional Protection of Hate Speech: Teaching the Meaning of the First Amendment to Foreign Audiences”, in *Michigan State International Law Review*, 21, 2, 2013, pp. 451-468, p. 464; G.E. WHITE, “Justice Holmes and the Modernization of Free Speech Jurisprudence: The Human Dimension”, in *California Law Review*, 80, 2, 1992, pp. 391-467, p. 404.

teoria *positiva* della libertà d'espressione. Al contrario, il sistema giuridico statunitense, interpretato nei termini della «tolerant society»¹⁰ e del *more speech against hate speech*, adotta un approccio di *laissez-faire* (o di «scetticismo epistemologico»¹¹), astensionista e neutrale di fronte ai vari discorsi emergenti nel dibattito pubblico. Il *free speech*, infatti, oppone l'individuo allo Stato, impedendo che quest'ultimo eserciti interferenza nel diritto ad esprimersi¹². L'individuo tutelato, in particolare, è il soggetto *speaker*.

La libertà d'espressione, negli Stati Uniti, è dunque concepita nei termini di una classica *libertà come non-interferenza*¹³, di un *diritto in senso negativo*¹⁴. Come si è già visto in precedenza (cfr. *supra*, § 3.2), ciò deriva dall'applicazione del concetto milliano del *marketplace of ideas*¹⁵, la cui conseguenza, negli Stati Uniti, è il rifiuto delle cosiddette *content-based regulations*¹⁶ e, soprattutto, di quelle *viewpoint-based*¹⁷ (cfr. *supra*, § 1.6.6).

Come è stato sottolineato, il Primo Emendamento vincolava tradizionalmente solo il governo federale: è solo a partire dal 1925, infatti, che esso comincia ad applicarsi anche nei confronti dell'intervento dei singoli stati federati¹⁸. Inoltre, è proprio intorno agli anni '20 del XX secolo che nella giurisprudenza della Corte Suprema emergono gli orientamenti che influiscono sull'approccio contemporaneo alla questione della libertà d'espressione per ciò che concerne le espressioni estreme. Nell'arco di tempo che va da quegli anni alla fine del Novecento, infatti, l'evoluzione della giurisprudenza suprema permette di analizzare la libertà d'espressione come libertà dall'interferenza statale.

¹⁰ Cfr. L.C. BOLLINGER, *The Tolerant Society: Freedom of Speech and Extremist Speech in America*, Oxford University Press, New York, 1986.

¹¹ U. BELAVUSAU, *Freedom of Speech. Importing European and US Constitutional Models in Transitional Democracies*, Routledge, London and New York, 2013, p. 84.

¹² Cfr., *ex multis*, M. ROSENFELD, "Hate Speech in Constitutional Jurisprudence", in M. HERZ, P. MOLNAR (eds.), *The Content and Context of Hate Speech. Rethinking Regulation and Responses*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 242-289, p. 247.

¹³ A. GASCÓN CUENCA, "La primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica y la protección del discurso racista", in *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 47, 2013, pp. 163-182, p. 164.

¹⁴ J.C. RIVERA, *La libertad de expresión y las expresiones de odio*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 51. Cfr. F. SCHAUER, "The exceptional First Amendment", cit., che individua negli USA uno «strongly libertarian approach to constitutional rights. The Constitution of the United States is a strongly negative constitution» (p. 46).

¹⁵ Cfr., *ex multis*, l'analisi di J. MAILLAND, "The Blues Brothers and the American Constitutional Protection of Hate Speech: Teaching the Meaning of the First Amendment to Foreign Audiences", cit.: «First, First Amendment jurisprudence rests on the concept of a "marketplace of ideas." [...] [T]his concept is a replica of traditional capitalist thought in the field of intellectual commodities. Just like the marketplace of traditional commodities is meant to find its equilibrium and self-regulate in efficient ways as long as it is free from governmental interference, under the concept of marketplace of ideas, the best ideas (intellectual commodities) will prevail and rise from the marketplace, as long as said marketplace is free from governmental interference» (p. 463).

¹⁶ Cfr. J. WEINSTEIN, "An Overview of American Free Speech Doctrine and its Application to Extreme Speech", in I. HARE, J. WEINSTEIN (eds.), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 81-91, pp. 81-84; E. BARENDT, *Freedom of Speech*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 51; J.A. CARRILLO DONAIRE, "Libertad de expresión y 'discurso del odio' religioso: la construcción de la tolerancia en la era postsecular", in *Revista de Fomento Social*, 70, 2015, pp. 205-243, p. 218.

¹⁷ Cfr. A. ALTMAN, "Freedom of Expression and Human Rights Law: The Case of Holocaust Denial", in I. MAITRA, M.K. GOWAN (eds.), *Speech and Harm: Controversies over Free Speech*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 24-49, p. 24.

¹⁸ I. SPIGNO, *Discorsi d'odio. Modelli costituzionali a confronto*, cit., p. 59.

Nella decade degli anni '90, in cui gli Stati Uniti ratificano il Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici (ICCPR; nel 1992) e la Convenzione sull'Eliminazione di ogni Forma di Discriminazione Razziale (ICERD; nel 1994), ci si aspetterebbe invece un'evoluzione maggiormente in linea con l'orientamento del diritto internazionale dei diritti umani. Al contrario, occorre tenere presente (cfr. *supra*, § 1.5) che gli Stati Uniti non hanno mai ratificato la Convenzione Americana sui Diritti Umani; inoltre, pur avendo ratificato l'ICCPR e l'ICERD, hanno opposto riserve rispettivamente agli artt. 20.2 e 4 delle due Convenzioni internazionali, di fatto rifiutando di uniformarsi all'approccio che viene delineandosi negli ultimi vent'anni sotto l'impulso del diritto internazionale dei diritti umani¹⁹. Ciò ha permesso agli Stati Uniti di continuare nella loro traiettoria *eccezionalista*²⁰, la quale, per ciò che concerne la giurisprudenza in tema di libertà d'espressione, implica un rifiuto di tenere in considerazione il danno potenziale dell'*hate speech* all'eguaglianza e alla dignità delle vittime²¹.

In realtà, non manca in dottrina chi ha sottolineato che nel diritto statunitense, proprio per effetto della giurisprudenza della Corte Suprema, la libertà d'espressione non costituisce un diritto assoluto: così come, ad esempio, l'art. 19 dell'ICCPR ne sancisce i casi di possibile limitazione, la giurisprudenza americana ha individuato casi in cui è possibile sanzionare l'esercizio della libertà d'espressione, come ad esempio quando esso risulta lesivo dell'onore o dei diritti altrui (è il caso del *copyright law* e del *libel law*), oppure minaccia la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico o la moralità (è il caso dell'*obscenity law* e delle restrizioni di tempo, luogo e modo) e la salute pubblica (è il caso del *commercial and advertising law*):

«Thus, in principle there are no more grounds of restriction of speech allowed in the international standards than are found in U.S. domestic constitutional practice. *The differences between the United States and other countries that are bound by article 19 arise in the interpretation of restrictions.* Unlike many other states, the U.S. courts do give a higher weight to speech than to the counterbalancing interests set out in Article 19»²².

Ciò che differenzia l'approccio statunitense da quello del diritto internazionale dei diritti umani e da quello europeo, dunque, è appunto il peso conferito alla libertà d'espressione rispetto ai possibili interessi contrapposti con i quali essa confligge.

¹⁹ Cfr., fra gli altri, D. MARTÍN HERRERA, *Extreme speech y libertad de expresión. Análisis de la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema estadounidense*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 34-35.

²⁰ Il collegamento tra l'*eccezionalismo* americano e la teoria della libertà d'espressione è stato sottolineato da F. SCHAUER, "The exceptional First Amendment", cit., pp. 30-31, che distingue tra «*substantive*» e «*methodological exceptionalism*»: «[T]he American understanding of freedom of expression is substantively exceptional compared to international standards because a range of American outcomes and American resolutions of conflicts between freedom of expression and other rights and goals are starkly divergent from the outcomes and resolutions reached in most other liberal democracies». Cfr., sul punto, S. WALKER, *Hate Speech. The History of an American Controversy*, University of Nebraska Press, Lincoln (NE), 1994, p. 4; K. BOYLE, "Overview of a Dilemma: Censorship versus Racism", in S. COLIVER (ed.), *Striking a Balance. Hate Speech, Freedom of Expression and Non-discrimination*, Article 19, London and Human Rights Centre, University of Essex, 1992, pp. 1-8, p. 4; A. VALERO HEREDIA, "Los discursos del odio. Un estudio jurisprudencial", cit., pp. 307-308.

²¹ M. ROSENFELD, "Hate Speech in Constitutional Jurisprudence. A Comparative Analysis", cit., p. 281.

²² K. BOYLE, "Hate Speech – The United States Versus the Rest of the World?", in *Maine Law Review*, 53, 2, 2001, pp. 488-502, p. 494 (corsivi nostri). Cfr. anche A. KOLTAY, *Freedom of Speech. The Unreachable Mirage*, cit., p. 78, che nega l'esistenza di una "differenza sostanziale" tra l'approccio statunitense e quello europeo.

Inoltre, è importante sottolineare – come si mostrerà a breve – che la giurisprudenza statunitense degli anni '10 e '20 non adotta una posizione assolutista: essa, infatti, si fonda sul principio, derivante dal *common law*, per cui la garanzia della libertà d'espressione rifiuta i *prior restraints*²³, non invece le sanzioni *successive* all'esercizio di tale libertà²⁴. Peraltro, fino almeno agli anni '50, nelle sentenze della giurisprudenza suprema è possibile riscontrare una divisione di posizioni – rinvenibile nelle contrastanti argomentazioni tra *concurring* e *dissenting opinions* – tra i cosiddetti *first amendment absolutists* e coloro che, invece, sostenevano la necessità di una qualche forma di *balancing approach*²⁵ (cfr. *supra*, § 5.2.).

In particolare, come si metterà in evidenza nel prosieguo, diverse sono le forme di possibile bilanciamento sostenute da giudici di minoranza prima e fatte proprie dalla Corte poi. In particolare, se ne citano due²⁶:

1) un c.d. «*situational balancing*», in virtù del quale la Corte Suprema si riserverebbe di giudicare caso per caso a partire dalla situazione concreta, effettuando un bilanciamento tra la libertà d'espressione e i singoli valori di volta in volta concorrenti;

2) un «*principled*» o «*definitional balancing*», in base al quale la Corte individua progressivamente determinate categorie di *speech* che semplicemente rimangono fuori dalla protezione (per il resto, tendenzialmente assoluta) del Primo Emendamento. In particolare, questa sarà la forma di bilanciamento che la Corte Suprema inizierà a prediligere a partire dal caso *Chaplinsky v. New Hampshire* (1942; cfr. *infra*, § 7.2.6), dando così origine a quella che è stata definita «*two-level theory*» del Primo Emendamento²⁷.

La retorica dell'assolutismo della libertà d'espressione, dal canto suo, trova espressione nelle opinioni dei *Justices* Douglas e Black negli anni '50, i quali sostengono l'impossibilità di

²³ Cfr. D. MARTÍN HERRERA, *Extreme speech y libertad de expresión. Análisis de la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema estadounidense*, cit., pp. 51-57, ove si analizzano il caso delle licenze («*licensing*») e delle misure cautelari («*injunctions*»).

²⁴ D.M. O'BRIEN, *Congress Shall Make No Law. The First Amendment, Unprotected Expression, and the Supreme Court*, Rowman & Littlefield Publishers, Plymouth, 2010, pp. 1-4. Cfr., sul punto, K. GREENAWALT, *Speech, Crime, and the Uses of Language*, Oxford University Press, Oxford, pp. 172-174. Analogamente, R. GREFF SCHNEIDER, «Hate Speech in the United States: Recent Legal Developments», in S. COLIVER (ed.), *Striking a Balance. Hate Speech, Freedom of Expression and Non-discrimination*, cit., pp. 269-283, p. 269.

²⁵ Cfr. D.M. O'BRIEN, *Congress Shall Make No Law. The First Amendment, Unprotected Expression, and the Supreme Court*, cit., p. 10.

²⁶ Le due forme di bilanciamento sono ricordate, tra gli altri, da K. GREENAWALT, *Fighting Words. Individuals, Communities, and Liberties of Speech*, Princeton University Press, Princeton, 1995, pp. 12-13. Cfr. G.E. CARMÍ, «Dignity versus Liberty: The Two Western Cultures of Free Speech», in *Boston University International Law Journal*, 26, 2008, pp. 277-374, pp. 341-342; J.J. HEMMER JR., *The Supreme Court and the First Amendment*, Praeger Publishers, New York, 1986, pp. 6-7. Hemmer, peraltro, sostiene che il test della «*preferred position*», in virtù del quale viene data priorità alla libertà d'espressione rispetto ad altri valori, non è altro che una versione del *balancing test* in virtù della quale, nel giudizio di bilanciamento, si dà forte priorità alla libertà d'espressione proprio per la sua «posizione preferente» in una società democratica (p. 7). Sull'utilizzo del «*definitional balancing*» come criterio distintivo dell'approccio statunitense rispetto a quello europeo, cfr. R. ALCÁ CER GUIRAO, «Víctimas y disidentes. El «discurso del odio» en EE.UU. y Europa», cit., p. 65. Per una critica dell'utilizzo del *balancing test* nel caso della libertà d'espressione, cfr. S. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *La libertad de expresión*, Marcial Pons, Madrid, 1992, pp. 44-52.

²⁷ D.M. O'BRIEN, *Congress Shall Make No Law. The First Amendment, Unprotected Expression, and the Supreme Court*, cit., p. 11.

qualsiasi intervento del governo a limitazione dell'espressione. Come è stato segnalato, tale posizione, proprio in virtù dell'emersione del «definitional balancing», non diviene mai l'ap-proccio maggioritario della Corte Suprema in tema di libertà d'espressione²⁸. Tuttavia – come peraltro si è già segnalato in precedenza, nel caso dell'analisi della distinzione di approcci *libertarian* e liberale-egualitario; cfr. *supra*, § 3.2.2 –, se si limita l'attenzione al caso dell'*hate speech*, come si farà nel prosieguo, si può sottolineare come la posizione tendenzialmente as-solutista risulti quella prevalente. Ciò significa che la giurisprudenza suprema statunitense in tema di libertà d'espressione, in generale, presenta una posizione diversa rispetto a quella adot-tata con esclusivo riferimento al caso del discorso d'odio: in quest'ultimo, infatti, si tende a non riconoscere elevate possibilità di limitazione che, invece, in certi altri casi (come ad esem-pio in tema di pornografia, *commercial speech*, ecc.) si riconoscono.

Per ciò che riguarda l'*hate speech* negli Stati Uniti, pare valere la massima indicata da J. H. Garvey e F. Schauer: «*Congress can pass laws against effects, but not against words*»²⁹. In coerenza con la distinzione cartesiana tra mente e corpo, tra *speech* e *action* (cfr. *supra*, §§ 1.6.6; 4.1.4; 4.2; 5.2.4), si accettano limitazioni a comportamenti materiali, fondate sugli *effetti* del discorso, mentre quelle che incidono sul discorso stesso, salvi i casi in cui la giurisprudenza ha riconosciuto l'esistenza di categorie non protette, sono sottoposte ad uno scrutinio piuttosto consistente. In particolare, vi sono quattro criteri che tentano di far luce sulla possibile incosti-tuzionalità della norma che sanziona l'espressione³⁰: 1) *vagueness*: se la norma è eccessiva-mente vaga; 2) *overbreadth*: la possibilità che la norma, nel tentare di individuare alcune con-dotte vietate, sfiori eccessivamente nella regolazione del discorso; 3) *chilling effect*: l'effetto che genera incertezza sul comportamento ammesso, facendo sì che i cittadini limitino le proprie condotte espressive per evitare una sanzione; 4) *strict scrutiny test*: quando una norma limita determinati contenuti (*content-based regulation*), vi è una presunzione di incostituzionalità e il governo è costretto a giustificare che tale intervento sia necessario a perseguire l'interesse le-gittimo statale e che non esista altro modo meno restrittivo della libertà d'espressione.

Le restrizioni tendenzialmente accettate sono quelle *content-neutral*, ovvero quelle neu-trali rispetto al contenuto. Così, sono autorizzate le regolazioni del discorso quanto a «time, place and manner of speech». Inoltre, sono autorizzate le regolazioni di «condotte espressive», ovvero quando la condotta si unisce allo *speech* nel formulare un messaggio: in questo caso, se l'obiettivo cui mira il governo non è quello della restrizione della libertà d'espressione, bensì solo delle condotte, la restrizione è giustificata. Da ultimo, in base alla «dottrina dell'effetto secondario», è autorizzata la restrizione se essa è volta ad evitare non il contenuto del discorso, bensì, appunto, il suo effetto.

²⁸ J.J. HEMMER JR., *The Supreme Court and the First Amendment*, cit., pp. 8-9. Sull'assolutismo del Justice Black, cfr. M. PARIS, K.J. MCMAHON, "Absolutism and Democracy: Hugo L. Black's Free Speech Jurisprudence", in H.J. KNOWLES, S.B. LICHTMAN (eds.), *Judging Free Speech. First Amendment Jurisprudence of US Supreme Court Justices*, Palgrave Macmillan, New York, 2015, pp. 75-98.

²⁹ J.H. GARVEY, F. SCHAUER, (eds.) *The First Amendment: A Reader*, West Publishing Co., St. Paul (Minn.), 1992, p. 202 (corsivi nostri).

³⁰ Cfr. D. MARTÍN HERRERA, *Extreme speech y libertad de expresión. Análisis de la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema estadounidense*, cit., pp. 41-50.

Le regolazioni *content-based*, invece, sono sottoposte a presunzione di incostituzionalità se imposte sul cosiddetto *high-value speech*: in questo caso, spetta allo stato dimostrare l'esistenza di un «*compelling interest*» per la regolazione del discorso, oltre che l'impossibilità di ottenere l'effetto altrimenti: si tratta del già citato *strict-scrutiny test*³¹.

Vi sono quattro eccezioni in cui il discorso, di tipo *low-value*, non si intende protetto³²: 1) l'oscenità; 2) la pornografia infantile; 3) il discorso volto ad incitare alla commissione di reati; 4) le *fighting words*. In questo caso, al governo spetta una dimostrazione più blanda, circa l'esistenza di un «*substantial interest*» per la regolazione, oltre alla relazione di proporzionalità tra la misura adottata e l'effetto ricercato: è il cosiddetto *intermediate scrutiny*³³.

Ai fini della dimostrazione, è necessario chiedersi se la regolazione ricada o meno sull'*effetto comunicativo* del discorso: in caso affermativo, opererà la presunzione di incostituzionalità; al contrario, quando il tentativo riguardi la regolazione di un *effetto non comunicativo* del discorso, opererà una presunzione di costituzionalità³⁴. È necessario, cioè, che il discorso regolato possieda *effetti (simil)-materiali* (cioè non meramente comunicativi) che si intendono vietare. In questo senso, esso è compatibile con il *principio del danno* (cfr. *supra*, § 5.2.3): solo quando l'effetto arreca o un danno materiale ad altri o un danno concreto o imminente ad un interesse sociale rilevante o ad un diritto altrui, si potrà sanzionare l'espressione³⁵.

Per questo motivo, è possibile affermare che negli Stati Uniti la questione della regolazione dell'espressione adotta un approccio che, nei termini utilizzati in questo lavoro, può essere definito *perlocutorio*. A sua volta, tale impostazione risulta coerente con la concezione della libertà come non-interferenza: solo quando l'utilizzo dell'espressione costituisca un vero e proprio *atto* di interferenza nella sfera altrui, infatti, lo Stato sarà legittimato ad intervenire per limitare gli effetti negativi di tale interferenza (cfr. *supra*, §§ 2.7; 5.2).

Al fine di dimostrare questa tesi, nel prosieguo si analizzeranno i casi più famosi della giurisprudenza della Corte Suprema che delineano questo approccio e contribuiscono alla definizione dello “status di legalità” dei divieti contro l'*hate speech* negli Stati Uniti.

7.2.1 – *Patterson v. Colorado* (1907): la dottrina della *bad tendency*

Il primo test utilizzato dalla Corte Suprema degli Stati Uniti rilevante per l'analisi in questa sede è quello della *bad tendency*, che si incontra nei decenni precedente e seguente alla Prima Guerra Mondiale. Attraverso il criterio della *bad tendency*, la Corte Suprema individua

³¹ E. BARENDT, *Freedom of Speech*, cit., p. 51.

³² D. MARTÍN HERRERA, *Extreme speech y libertad de expresión. Análisis de la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema estadounidense*, cit., p. 72.

³³ E. BARENDT, *Freedom of Speech*, cit., p. 51.

³⁴ Sulla distinzione tra *effetto comunicativo* ed *effetto non comunicativo* del discorso, cfr. L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, The Foundation Press Inc., New York, 1988, pp. 791-792.

³⁵ Cfr. U. BELAVUSAU, *Freedom of Speech. Importing European and US Constitutional Models in Transitional Democracies*, cit., p. 91. Pare andare in questa direzione anche I. SPIGNO, *Discorsi d'odio. Modelli costituzionali a confronto*, cit., p. 464 e 471. Cfr. anche R. BUSTOS GIBERT, “Libertad de expresión y discurso negacionista”, in M. REVENGA SÁNCHEZ (dir.), *Libertad de expresión y discursos del odio*, cit., pp. 123-147, p. 142.

una catena causale tra il discorso, i suoi effetti (in termini che possono essere definiti *perlocutori*), le azioni illegali che ne derivano e il conseguente danno sociale (criterio del *danno*)³⁶.

È importante sottolineare come la dottrina della *bad tendency* differisce largamente dal trattamento che attualmente riceve la libertà d'espressione (soprattutto in caso di *hate speech*): ad essa, in quegli anni, si assegna un «ruolo recessivo»³⁷ rispetto ad altri tipi di esigenze sociali.

La dottrina viene riconosciuta dalla Corte Suprema nel caso *Patterson v. Colorado*³⁸, in cui si ammette che l'espressione possa essere sanzionata qualora essa possieda anche solamente una «cattiva tendenza» a promuovere atti dannosi³⁹, senza ulteriori specificazioni. Nel caso di specie, che non è importante riassumere nel dettaglio, si trattava della pubblicazione di articoli e fumetti rivolti contro la Corte Suprema del Colorado con l'obiettivo di «embarrass the court in the impartial administration of justice»⁴⁰.

Nel giudizio, la Corte ammette che il Primo Emendamento si applica solamente al governo federale, non anche a quello dei singoli Stati federati⁴¹, i quali dunque possono legiferare imponendo limitazioni alla libertà d'espressione⁴²: non si tratta di quest'ultima, cioè, in termini di diritto individuale⁴³. Inoltre, il *Justice* Oliver Wendell Holmes Jr., estensore della sentenza, riconosce il principio, derivante dal *common law*, del divieto di *prior restraints* (riconosciuto nei *Commentaries* di William Blackstone⁴⁴), non invece di limitazioni successive⁴⁵.

La *bad tendency* costituisce la dottrina utilizzata dalla Corte Suprema prima del passaggio al *clear and present danger test*, il quale, come si vedrà, riduce la possibilità di intervento statale, ancorando quest'ultimo ad un criterio maggiormente materiale.

³⁶ Cfr. J. WEINSTEIN, «An overview of American Free Speech Doctrine and its Application to Extreme Speech», cit., pp. 81-91.

³⁷ I. SPIGNO, *Discorsi d'odio. Modelli costituzionali a confronto*, cit., p. 61-62.

³⁸ *Patterson v. Colorado*, 205 U.S. 454 (1907).

³⁹ Cfr. G.E. WHITE, «Justice Holmes and the Modernization of Free Speech Jurisprudence: The Human Dimension», cit., p. 400.

⁴⁰ *Patterson v. Colorado*, 205 U.S. 454, 459 (1907).

⁴¹ Ivi, 205 U.S. 454, 462 (1907).

⁴² *Contra: Justice Harlan, Dissenting opinion*, ivi, 205 U.S. 454, 464, il quale sostiene che, anche in assenza della diretta applicabilità del Primo Emendamento agli Stati federati, il divieto derivi dal Quattordicesimo Emendamento, per cui «No state shall [...] deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law».

⁴³ Al contrario, essa costituisce un diritto individuale proprio nell'impostazione del *Justice Harlan*, nella sua *dissenting opinion*: cfr. D. MARTÍN HERRERA, *Extreme speech y libertad de expresión. Análisis de la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema estadounidense*, cit., pp. 79-80.

⁴⁴ W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Law of England*, 4 voll., Clarendon Press, Oxford, 1765-1770.

⁴⁵ Cfr. G.E. WHITE, «Justice Holmes and the Modernization of Free Speech Jurisprudence: The Human Dimension», cit., pp. 391-467, pp. 398-399. Cfr. anche F.P. LEWIS, «Oliver Wendell Holmes Jr. and the "Marketplace of Ideas": Experience Proves To Be the "Life of the Law"», in H.J. KNOWLES, S.B. LICHTMAN (eds.), *Judging Free Speech. First Amendment Jurisprudence of US Supreme Court Justices*, Palgrave Macmillan, New York, 2015, pp. 27-48; D.M. RABBAN, «The First Amendment in Its Forgotten Years», in *Yale Law Journal*, 90, 3, 1981, pp. 514-596, p. 533.

7.2.2 – *Schenck v. United States* (1919): il *clear and present danger test*

Il caso *Schenck v. United States* ⁴⁶costituisce un *landmark case* nella giurisprudenza statunitense, in quanto con esso ha inizio la dottrina del *clear and present danger*⁴⁷.

I fatti riguardano l'applicazione, durante la Prima Guerra Mondiale, dell'*Espionage Act* del 1917, una legge che proibiva a qualsiasi individuo o organizzazione di interferire con le operazioni militari o con il reclutamento dei soldati, oltre a vietare l'insubordinazione nell'esercito e ai cittadini di sostenere, durante la guerra, una fazione opposta. Si trattava, cioè, di una legge contro il dissenso. In particolare, *Schenck* tratta del caso di Charles Schenck ed Elizabeth Baer, membri del Comitato esecutivo del Partito Socialista di Philadelphia (il primo ne era Segretario Generale), che avevano autorizzato la diffusione di volantini che invitavano coloro che venivano arruolati all'insubordinazione nei confronti del governo statunitense. Entrambi furono condannati per aver violato l'*Espionage Act* e ricorsero alla Corte Suprema, sostenendo che la legge violava il Primo Emendamento.

Nel giudizio, che vede estensore il Justice Holmes, si riconosce, contrariamente a *Patterson v. Colorado*, che il divieto di restrizione della libera espressione non riguarda solamente i *prior restraints*⁴⁸. Nella sentenza vi è un'evidente attenzione per gli *effetti negativi* (piuttosto che per il *contenuto*⁴⁹) del discorso riportato nei volantini stampati e diffusi: si tratta del pericolo di influenzare concretamente il comportamento dei militari arruolati (*speech-act* in senso *perlocutorio*). La Corte Suprema ammette che il discorso riportato nei volantini rientra nell'ambito del diritto generale alla libertà d'espressione; e tuttavia:

«the character of every act depends upon the circumstances in which it is done. [...] The most stringent protection of free speech would not protect a man in falsely shouting fire in a theatre and causing a panic. It does not even protect a man from an injunction against uttering words that may have all the effect of force»⁵⁰.

La Corte riconosce l'importanza del *contesto* dell'espressione: il divieto, in un altro momento storico, avrebbe potuto essere giudicato incostituzionale; al contrario, in quel momento risultava necessario. Il significato di un atto linguistico, infatti, si modifica in relazione al contesto in cui esso viene pronunciato. Da qui l'esempio di Holmes, passato alla storia,

⁴⁶ *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919). Il giudizio, per amor di precisione, riporta il titolo di «*Schenck v. United States, Baer v. United States*», così riferendosi ad entrambi gli appellanti. Tuttavia, per comodità, in seguito si utilizzerà l'abbreviazione «*Schenck v. United States*».

⁴⁷ Cfr., in generale, J.J. HEMMER JR., *The Supreme Court and the First Amendment*, cit., pp. 2-4; K. GREENAWALT, *Fighting Words. Individuals, Communities, and Liberties of Speech*, cit., p. 18; D. MARTÍN HERRERA, *Extreme speech y libertad de expresión. Análisis de la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema estadounidense*, cit., p. 80; A. GASCÓN CUENCA, «La primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica y la protección del discurso racista», cit., p. 166; T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 154-156; R. ALCÁZER GUIRAO, «Víctimas y disidentes. El «discurso del odio» en EE.UU. y Europa», cit., p. 61.

⁴⁸ Lo sottolinea G.E. WHITE, «Justice Holmes and the Modernization of Free Speech Jurisprudence: The Human Dimension», cit., p. 414.

⁴⁹ A. KOLTAY, *Freedom of Speech. The Unreachable Mirage*, cit., p. 127.

⁵⁰ *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47, 52 (1919).

dell'uomo che grida «*Fire!*» in un teatro in cui non vi è alcun incendio, che non godrebbe della protezione della libertà d'espressione.

In base a ciò, la Corte giunge a formulare il criterio del *clear and present danger*:

«The question [...] is whether the words used are used in such circumstances and are of such a nature as to create a *clear and present danger* that they will bring about the substantive evils that Congress has a right to prevent. It is a question of proximity and degree. When a nation is at war many things that might be said in time of peace are such a hindrance to its effort that their utterance will not be endured so long as men fight and that no Court could regard them as protected by any constitutional right. [I]f an actual obstruction of the recruiting service were proved, liability for words that produced that effect might be enforced»⁵¹.

La preoccupazione della Corte è quella di costruire una relazione causale tra la condotta espressiva e l'effetto (si può dire: in senso *perlocutorio*) di quella condotta, attraverso il criterio del *clear and present danger*, del pericolo chiaro ed attuale di causare «substantive evils»⁵², strettamente dipendente dal contesto. Nelle parole della Corte Suprema, se si prova che il discorso ostruzionista ha l'effetto materiale di impedire il reclutamento, ne consegue la responsabilità di chi pronuncia le parole che invitano all'insubordinazione. Per questo motivo, in tempo di guerra, quando tale effetto risulta probabile, lo Stato può sanzionare quell'espressione (come previsto dall'*Espionage Act* del 1917).

È importante sottolineare il riconoscimento, da parte della Corte Suprema, di quella che vi è chi ha definito «potenza causale» della parola e del discorso, «capace di sovvertire le istituzioni e, per questo, di giustificare l'incriminazione non solo dell'istigazione, ma anche dell'apologia e di tutti gli attacchi critici che manifestino la mera intenzione di provocare l'evento proibito dalla legge»⁵³. Dal punto di vista della teoria degli atti linguistici, si può dire che la Corte accetta (implicitamente) il *potere performativo* delle parole, che sono capaci di porre in essere modificazioni dello stato delle cose suscettibili di necessario intervento statale. Tuttavia, come si è messo in evidenza, la performatività del discorso è riconosciuta solamente in termini *perlocutori*, per l'effetto, cioè, che questo può avere nel “mondo materiale”.

In questo senso, si spiega la lettura analitica del criterio del *clear and present danger* svolta da D. Martín Herrera: 1) «*clear*», l'«evidente probabilità che sopraggiunga un rischio che non può essere ritardato»; 2) «*present*», «che il rischio individuato venga in essere in modo così repentino da non potersi dubitare del relativo danno»; 3) «*danger*», «che il pericolo sia talmente significativo che solo un'azione immediata possa essere capace di evitarlo»⁵⁴.

⁵¹ Ivi, 249 U.S. 47, 52 (1919) (corsivi nostri).

⁵² È importante sottolineare, come è stato fatto da K. GREENAWALT, *Speech, Crime, and the Uses of Language*, cit., p. 191, che la formulazione, se interpretata esclusivamente in senso letterale, non permetterebbe di distinguere i diversi danni in base alla loro *gravità*, criterio che può essere dedotto solamente dalla distinzione tra il caso concreto, che tratta del tempo di guerra, e i possibili casi in tempo di pace, in cui, stando alle parole dell'estensore Holmes, si potrebbero produrre effetti diversi e la condotta potrebbe essere dunque trattata diversamente.

⁵³ C. CARUSO, “Teoria e “ideologia” della libertà di espressione. La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti sulla *freedom of speech*”, in *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, 10, 2013, pp. 1-37, p. 8.

⁵⁴ D. MARTÍN HERRERA, *Extreme speech y libertad de expresión. Análisis de la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema estadounidense*, cit., p. 86. Cfr. E. CHERMERINSKI, *Constitutional Law. Principles and Policies*, 3ª ed., Aspen Publishers, New York, 2006, che lo descrive nei termini di: «(1) likelihood of (2) imminent, (3) significant harm» (p. 991).

In sostanza, l'effetto della dottrina del *clear and present danger*, come ha riconosciuto Th. I. Emerson, è quello di «*drawing the line of allowable expression closer to the point of action*»⁵⁵, dando spazio ad un'ampia gamma di comportamenti protetti: la libera espressione può essere vietata solo quando si avvicina talmente tanto all'azione (*speech that shades into action*) da non poter essere distinta da essa. La sua formulazione, che *a priori* potrebbe portare, a livello applicativo, ad esiti opposti⁵⁶, finisce in realtà per applicare un classico approccio penalistico⁵⁷ alla questione della limitazione della libertà d'espressione, che viene accettata, appunto, quando il discorso entra nell'alveo dell'azione.

Inoltre, l'analisi degli effetti materiali del discorso, in questo caso, risulta coerente con un approccio alla libertà d'espressione fondato su una teoria della libertà come non-interferenza: è possibile, cioè, limitare la libertà d'espressione quando l'esercizio della stessa interferisce nella sfera altrui, a partire dalle conseguenze negative che esso arreca.

7.2.3 – *Abrams v. United States* (1919): tra *bad tendency* e *clear and present danger*

Il caso *Abrams v. United States*⁵⁸ rappresenta la conferma, da parte della Corte Suprema, della legittimità costituzionale del *Sedition Act* del 1918, con cui era stato emendato l'*Espionage Act* del 1917, aggiungendovi la previsione del reato consistente nel sostenere la necessità del fermo alla produzione di materiali da guerra. La condotta degli imputati in *Abrams* consisteva nell'aver diffuso volantini contro la produzione di armi destinate all'utilizzo nel conflitto contro la Russia, ciò per cui erano stati condannati al carcere.

Abrams costituisce un tassello piuttosto importante nella giurisprudenza sul *clear and present danger*: in questo caso, infatti, la dottrina viene utilizzata per punire gli imputati, eppure i Justices Holmes e Brandeis, questa volta in minoranza, scrivono una *dissenting opinion* che contribuisce alla definizione della dottrina in maniera coerente con la distinzione tra *speech* e *action*. All'esito della sentenza, «una specifica condotta espressiva, oltre che essere accompagnata dall'intenzione di produrre delle conseguenze dannose», può essere proibita quando «sia effettivamente idonea a provocare immediatamente il risultato vietato dalla legge»⁵⁹.

⁵⁵ TH.I. EMERSON, "Toward a General Theory of the First Amendment", in *Yale Law Journal*, 72, 1963, pp. 877-956, p. 910 (corsivi nostri).

⁵⁶ Lo sottolinea C. CARUSO, "Teoria e "ideologia" della libertà di espressione. La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti sulla *freedom of speech*", cit., p. 8, descrivendo la dottrina del *clear and present danger* come un compromesso tra i moderati (o liberal-conservatori) e i progressisti libertari.

⁵⁷ Lo ricorda G.E. WHITE, "Justice Holmes and the Modernization of Free Speech Jurisprudence: The Human Dimension", cit., p. 415, risalendo all'epoca in cui il Justice Holmes era giudice nel Massachusetts (e ai criteri da lui utilizzati in quella sede): «As a Massachusetts judge, Holmes had implemented a view of criminal attempt law that focused on notions of intent and tendency [...]. These previous opinions suggest that Holmes' "clear and present danger" language in *Schenck* was merely another version of formulas involving "proximity and degree". That speech was involved added nothing to the analysis. Spoken words urging resistance to the war were treated the same as an unsuccessful effort to poison a relative [...] or to bum down a building [...]. Speech was [...] like "any other overt act that we don't like"». La derivazione del criterio del *clear and present danger* dal diritto penale è riconosciuta anche da S. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *La libertad de expresión*, cit., p. 42.

⁵⁸ *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919).

⁵⁹ I. SPIGNO, *Discorsi d'odio. Modelli costituzionali a confronto*, cit., pp. 63-64.

L'opinione di maggioranza continua ad utilizzare il criterio della *bad tendency*, pur reinterpretandolo alla luce del *clear and present danger*: per cui, trattandosi di una situazione particolare in tempo di guerra, il discorso può essere sanzionato in casi più ampi di quelli in cui ciò potrebbe avvenire in tempo di pace⁶⁰. Anche in questo caso, si ritrova una specifica attenzione per gli *effetti perlocutori* della condotta:

«[T]he plan of action which they adopted necessarily involved [...] defeat of the war program of the United States, for the obvious effect of this appeal, if it should become effective, as they hoped it might, would be to persuade persons of character such as those whom they regarded themselves as addressing, not to aid government loans and not to work in ammunition factories, where their work would produce “bullets, bayonets, cannon” and other munitions of war, the use of which would cause the “murder” of Germans and Russians»⁶¹.

L'effetto cui si riferisce la sentenza di condanna, avallata dalla Corte Suprema, è quello di *persuadere* i destinatari del messaggio a non partecipare alla guerra. Si tratta evidentemente di un effetto *perlocutorio*, materiale, del linguaggio: la condotta di *incitamento* è punita in quanto diretta appunto all'effetto della persuasione⁶².

L'opinione dissenziente del *Justice* Holmes, alla quale si unisce quella del *Justice* Brandeis, come accennato, risulta di vitale importanza, poiché essa permette di approfondire la formulazione della dottrina del *clear and present danger* anticipando una distinzione fondamentale (che sarà poi centrale in *Whitney v. California*): quella tra *advocacy* e *incitement*⁶³, che finirà per influenzare le opinioni di maggioranza in giudizi successivi.

Holmes parte dal requisito dell'*intenzionalità*:

«[W]hen words are used exactly, a deed is not done with intent to produce a consequence unless that consequence is the aim of the deed. It may be obvious [...] to the actor, that the consequence will follow, and he may be liable for it even if he regrets it, but he does not do the act with intent to produce it unless the aim to produce it is the proximate motive of the specific act, although there may be some deeper motive behind»⁶⁴.

Per quanto sia vero che gli imputati erano a conoscenza del fatto che le loro parole avrebbero potuto portare agli effetti condannati (ciò che pare soddisfare, *prima facie*, il requisito dell'intenzionalità della condotta criminale), è necessario che tale intenzione costituisca il motivo primario dell'azione e che essa coincida con l'effetto della condotta. Ciò significa che «[o]gni idea, [...] se espressa con eloquenza e con convinzione, può essere di per sé un incitamento, e non per questo essere sanzionata; [...] le circostanze concrete devono confermare che vi sia un nesso eziologico, empiricamente verificabile, tra la condotta e l'evento prospettato»⁶⁵.

⁶⁰ Cfr. T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal*, cit., p. 160; D. MARTÍN HERRERA, *Extreme speech y libertad de expresión. Análisis de la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema estadounidense*, cit., p. 87.

⁶¹ *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 621 (1919; corsivi nostri).

⁶² Cfr. *ivi*, 250 U.S. 616, 623 (1919).

⁶³ Cfr. I. SPIGNO, *Discorsi d'odio. Modelli costituzionali a confronto*, cit., pp. 64-65.

⁶⁴ *Justice* Holmes, *Dissenting opinion*, *ivi*, 250 U.S. 616, 627.

⁶⁵ C. CARUSO, “Teoria e “ideologia” della libertà di espressione. La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti sulla *freedom of speech*”, cit., p. 8.

Il punto principale del ragionamento, nella *dissenting opinion* del Justice Holmes, rimane appunto il criterio del *clear and present danger*, che viene riformulato in questo caso nei termini di un «clear and *imminent danger*»:

«[T]he United States constitutionally may punish speech that produces or is intended to produce a *clear and imminent danger* that it will bring about forthwith certain substantive evils that the United States constitutionally may seek to prevent»⁶⁶.

Il fatto che il pericolo non sia *imminent* è individuato da Holmes proprio nella distinzione tra il significato letterale dell'espressione e i suoi effetti:

«To say that two phrases taken literally might import a suggestion of conduct that would have interference with the war as an indirect and probably undesired effect seems to me by no means enough to show an attempt to produce that effect»⁶⁷.

Il tentativo di Holmes è stato indicato come un vero e proprio progetto di delimitazione del criterio del *clear and present/imminent danger*: nella sua nuova formulazione, esso richiede non solo che la condotta inciti all'effetto vietato, bensì anche l'*elevata probabilità* (da qui il cambiamento da «present» a «imminent») che l'effetto si realizzi immediatamente⁶⁸. Si comprende così l'effetto anticipatorio della distinzione tra *advocacy* ['promozione'] e *incitement* ['incitamento']: a partire dalla teoria degli atti linguistici, si può dire che la prima ha effetti "meramente" *illocutori* (la difesa di un'idea), mentre nella seconda è di gran lunga minore lo spazio intercorrente tra la condotta espressiva e i suoi effetti *perlocutori* (l'effettivo incitamento a compiere un atto o il pericolo imminente che tale incitamento venga portato a compimento).

È in questo senso che la posizione di Holmes può essere descritta in termini *libertarian*: essa, infatti, separa *speech* e *action*⁶⁹, richiedendo un nesso causale materiale diretto per proibire il discorso che causa un'azione: il discorso *ex se* non può essere sanzionato, mentre se ne può sanzionare l'eventuale effetto materiale, dietro prova di esistenza di un nesso di causalità. Distinguendo così tra l'idea, il messaggio diffuso, e i suoi effetti, inoltre, Holmes illustra la già citata metafora del «free trade in ideas»⁷⁰ (cfr. *supra*, § 3.2.1).

⁶⁶ Justice Holmes, *Dissenting opinion*, in *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 627 (1919; corsivi nostri).

⁶⁷ Ivi, 250 U.S. 616, 629 (1919)

⁶⁸ G.E. WHITE, "Justice Holmes and the Modernization of Free Speech Jurisprudence: The Human Dimension", cit., p. 435. Cfr. anche A. KOLTAY, *Freedom of Speech. The Unreachable Mirage*, cit., p. 128. Si veda, inoltre, K. GREENAWALT, *Speech, Crime, and the Uses of Language*, cit., p. 190, il quale sostiene quanto segue: «The *Schenck* opinion does not settle whether "presentness" is simply highly relevant to the likelihood that an evil will occur or constitutes an independent requirement of temporal proximity between speech and evil. In *Abrams v. United States*, dissenting from the affirmance of convictions under the 1918 Espionage Act, Holmes largely resolved that doubt», accettando l'interpretazione riportata.

⁶⁹ Lo riconosce T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal*, cit., p. 163.

⁷⁰ Justice Holmes, *Dissenting opinion*, in *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 630 (1919). Cfr. A. GASCÓN CUENCA, "La primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica y la protección del discurso racista", cit., p. 167; A. KOLTAY, *Freedom of Speech. The Unreachable Mirage*, cit., p. 129.

Il cambiamento verso un'interpretazione più *libertarian* della dottrina del *clear and present* (in questo caso: *imminent*) *danger* è stato studiato in dottrina come un effetto delle interazioni tra Holmes e Zacariah Chafee⁷¹. Quest'ultimo, infatti, dopo il caso *Schenck* e prima di *Abrams*, aveva pubblicato un articolo, dal titolo *Freedom of Speech in War Time*⁷², proprio sostenendo un'interpretazione maggiormente *libertarian* della dottrina di Holmes in *Schenck*, argomentando per l'impossibilità della restrizione del discorso se non, appunto, nei casi in cui esso possieda gli effetti poi analizzati da Holmes in *Abrams*, recependone l'orientamento⁷³.

7.2.4 – *Gitlow v. People of New York* (1925): tra *advocacy* e *incitement*

Il caso *Gitlow v. People of New York*⁷⁴ riguarda le condotte di Benjamin Gitlow, consigliere nella cittadina di New York, e Alan Larkin, entrambi membri del Partito Comunista, i quali erano stati arrestati dalla polizia per condotte anarchiche consistenti nella pubblicazione del *The Left Wing Manifesto* sul giornale *The Revolutionary Age*, sostenendo la necessità del rovesciamento del governo statunitense. La condanna, irrogata dallo Stato di New York, era stata confermata dalla Corte Suprema del medesimo Stato.

La sentenza rappresenta al contempo un'innovazione e una retrocessione nella giurisprudenza della Corte Suprema in tema di *free speech*. L'elemento di innovazione è dato dal riconoscimento, per la prima volta negli Stati Uniti, della diretta applicabilità del Primo Emendamento della Costituzione non solo al governo federale, bensì anche agli Stati federati, attraverso un'interpretazione del Quattordicesimo Emendamento: in base a quest'ultimo, infatti, si riconosce che la libertà d'espressione e di stampa sono diritti di libertà protetti dalla clausola del *due process*, pertanto devono essere garantiti anche dagli Stati⁷⁵. L'elemento di retrocessione, invece, sta nel fatto che la Corte torna ad utilizzare il criterio della *bad tendency*, senza ulteriormente richiedere il *clear and present/imminent danger*: a differenza di questo, infatti, la dottrina della *bad tendency* «cuts off expression at a very early point on the road to action»⁷⁶.

È importante sottolineare che, come riconosce la Corte, «[t]here was no evidence of any effect resulting from the publication and circulation of the Manifesto»⁷⁷. Ciò significa che in questo caso la Corte non utilizza unicamente il requisito delle conseguenze materiali (cioè degli

⁷¹ D. MARTÍN HERRERA, *Extreme speech y libertad de expresión. Análisis de la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema estadounidense*, cit., pp. 92-93. Cfr., sul punto, anche A. LEWIS, *Freedom for the Thought That We Hate. A Biography of the First Amendment*, Basic Books, New York, 2007, pp. 31-32.

⁷² Z. CHAFEE JR., "Freedom of Speech in War Time", in *Harvard Law Review*, 32, 8, 1919, pp. 932-973.

⁷³ D.M. RABBAN, "The First Amendment in Its Forgotten Years", cit., p. 521. Cfr. anche G.E. WHITE, "Justice Holmes and the Modernization of Free Speech Jurisprudence: The Human Dimension", cit., p. 429.

⁷⁴ *Gitlow v. People of New York*, 268 U.S. 652 (1925).

⁷⁵ Ivi, 268 U.S. 652, 666 (1925). Cfr. E. BARENDT, *Freedom of Speech*, cit., p. 49; A. KOLTAY, *Freedom of Speech. The Unreachable Mirage*, cit., p. 129; S. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *La libertad de expresión*, cit., p. 40.

⁷⁶ TH.I. EMERSON, "Toward a General Theory of the First Amendment", cit., p. 910. Qui la Corte «concluded that words that advocate the overthrow of organized government may be punished regardless of whether there is any imminent danger», J.J. HEMMER JR., *The Supreme Court and the First Amendment*, cit., p. 14.

⁷⁷ *Gitlow v. People of New York*, 268 U.S. 652 (1925; corsivi nostri).

effetti *perlocutori*) della condotta. Essa, piuttosto, in diversi passaggi della sentenza pare oscillare tra gli effetti *illocutori* e quelli *perlocutori*:

«*The articles in question are not a discussion of ideas and theories. They advocate a doctrine deliberately determined upon and planned for militantly disseminating a propaganda advocating that it is the duty and necessity of the proletariat engaged in industrial pursuits to organize to such an extent that, by massed strike, the wheels of government may ultimately be stopped and the government overthrown*»⁷⁸.

«Advocacy is defined in the Century Dictionary as: “1. The act of pleading for, supporting, or recommending; active espousal”. *It is not the abstract “doctrine” of overthrowing organized government by unlawful means which is denounced by the statute, but the advocacy of action for the accomplishment of that purpose*»⁷⁹.

«*The Manifesto, plainly, is [not] the statement of abstract doctrine [...] It advocates and urges in fervent language mass action [...]. This is not the expression of philosophical abstraction [...]; it is the language of direct incitement. [...] And the immediate danger is none the less real and substantial, because the effect of a given utterance cannot be accurately foreseen. The State cannot reasonably be required to measure the danger from every such utterance in the nice balance of a jeweler’s scale. A single revolutionary spark may kindle a fire that, smouldering for a time, may burst into a sweeping and destructive conflagration*»⁸⁰.

«*It was not necessary, within the meaning of the statute, that the defendant should have advocated “some definite or immediate act or acts” of force, violence or unlawfulness. It was sufficient if such acts were advocated in general terms; and it was not essential that their immediate execution should have been advocated. Nor was it necessary that the language should have been “reasonably and ordinarily calculated to incite certain persons” to acts of force, violence or unlawfulness. The advocacy need not be addressed to specific persons*»⁸¹.

Utilizzando il criterio della *bad tendency*, infatti, la Corte sostiene che il Manifesto non costituisce una mera espressione di idee, bensì una condotta di *advocacy* con un *pericolo astratto* di *incitamento* alla commissione di reati di sedizione. È in questo senso, dunque, che la distinzione tra *advocacy* e *incitement*, che pareva prospettarsi nell’opinione dissenziente di Holmes in *Abrams*, sfuma grazie al criterio del pericolo astratto. La Corte pare distinguere esclusivamente tra l’*advocacy astratta* di una dottrina, tutelata dal Primo Emendamento, e quella che invece porta con sé un incitamento al compimento di azioni illegali⁸².

Proprio quest’ultimo punto, a ben vedere, costituisce il pomo della discordia tra l’opinione maggioritaria della Corte e quella dissenziente di Holmes e Brandeis. Per i due, infatti, sia la difesa di una dottrina sia quella di una azione sono tutelate sotto il Primo Emendamento, salvo il caso in cui il discorso minacci di causare immediatamente un’azione illegale⁸³ (applicando quindi il criterio del *clear and imminent danger*). Con maggior precisione, è necessario sottolineare che i due giudici sostengono che in realtà *qualsiasi espressione costituisce un incitamento, ma non per questo può essere punita*:

⁷⁸ Ivi, 268 U.S. 652, 662 (1925; corsivi nostri).

⁷⁹ Ivi, 268 U.S. 652, 665 (1925; corsivi nostri).

⁸⁰ Ivi, 268 U.S. 652, 669 (1925; corsivi nostri).

⁸¹ Ivi, 268 U.S. 652, 671-672 (1925; corsivi nostri).

⁸² T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal*, cit., p. 168.

⁸³ Ivi, p. 170. Cfr. D. MARTÍN HERRERA, *Extreme speech y libertad de expresión. Análisis de la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema estadounidense*, cit., p. 101.

«Every idea is an incitement. It offers itself for belief and if believed it is acted on unless some other belief outweighs it or some failure of energy stifles the movement at its birth. The only difference between the expression of an opinion and an incitement in the narrower sense is the speaker's enthusiasm for the result. Eloquence may set fire to reason. But whatever may be thought of the redundant discourse before us it had no chance of starting a present conflagration. If in the long run the beliefs expressed in proletarian dictatorship are destined to be accepted by the dominant forces of the community, the only meaning of free speech is that they should be given their chance and have their way»⁸⁴.

Secondo i giudici dissenzienti, non è sufficiente che un'idea costituisca una condotta di *incitamento* al compimento di un'azione illegale per essere punita: è altresì necessario, attraverso la dottrina del *clear and imminent danger*, che da tale incitamento risulti un pericolo chiaro e imminente che l'azione verrà portata a termine. Evidentemente, in suddetta opinione dissenziente Holmes e Brandeis fanno propria quella che è stata definita una concezione del *free speech* «ultralibertarian»⁸⁵: l'opinione, infatti, contribuisce ad una definizione *perlocutoria* della possibilità di proibire determinate espressioni sulla base dei loro effetti concreti.

7.2.5 – *Whitney v. California* (1927): la distinzione tra *advocacy* e *incitement*

*Whitney v. California*⁸⁶ è la sentenza con la quale la Corte Suprema conferma la condanna di Charlotte Anita Whitney a partire dal *Criminal Syndicalism Act* californiano del 1919, che sanzionava la condotta di coloro che organizzassero o contribuissero all'organizzazione di un gruppo di persone con il fine di diffondere «any doctrine or precept advocating, teaching or aiding and abetting the commission of crime, sabotage [...] or unlawful acts of force and violence or unlawful methods of terrorism». L'imputata veniva giudicata a causa del suo contributo alla costituzione del Partito Comunista dei Lavoratori della California, considerato responsabile della diffusione di messaggi che invitavano a sovvertire il governo.

Coerentemente con un principio già emerso in *Gitlow*, la Corte sostiene che il diritto alla libertà d'espressione non è assoluto – non costituisce, cioè, una *license* a dire ciò che si vuole senza che ne derivi alcuna responsabilità:

«That the freedom of speech which is secured by the Constitution does not confer an absolute right to speak, without responsibility, whatever one may choose, or an unrestricted and unbridled license giving immunity for every possible use of language and preventing the punishment of those who abuse this freedom; and that a State in the exercise of its police power may punish those who *abuse* this freedom by utterances inimical to the public welfare, tending to incite to crime, disturb the public peace, or endanger the foundations of organized government and threaten its overthrow by unlawful means, is not open to question»⁸⁷.

Lo Stato può punire gli *abusi* della libertà d'espressione, indicati come quegli utilizzi di tale diritto in maniera avversa al benessere pubblico, o che incitano al compimento di reati, disturbano la pace o minano le fondamenta dello Stato stesso.

⁸⁴ Justice Holmes, *Dissenting opinion*, in *Gitlow v. People of New York*, 268 U.S. 652, 673 (1925; corsivi nostri). Cfr. A. KOLTAY, *Freedom of Speech. The Unreachable Mirage*, cit., p. 130.

⁸⁵ G.E. WHITE, "Justice Holmes and the Modernization of Free Speech Jurisprudence: The Human Dimension", cit., p. 453.

⁸⁶ *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927).

⁸⁷ Ivi, 274 U.S. 357, 371 (1927; corsivi nostri).

Whitney è passata alla storia in particolare grazie alla *concurring opinion* del giudice Brandeis, cui si unisce anche Holmes, che risulta particolarmente importante in questa sede. In primo luogo, la sentenza della Corte Suprema elenca i principi fondamentali sottesi al *free speech* sia come fini in se stessi sia come mezzi: il *self-fulfillment*, la ricerca della verità e il *government by discussion*⁸⁸. Si tratta, come si è visto in precedenza (cfr. *supra*, § 3.1), delle giustificazioni tradizionali della libertà d'espressione. Inoltre, Brandeis rende esplicito il carattere del *free speech* come libertà dall'interferenza statale:

«Thus all fundamental rights comprised within the term liberty are protected by the Federal Constitution from invasion by the States. The right of free speech [...] and the right of assembly are [...] fundamental rights»⁸⁹.

Brandeis, inoltre, ricorda la dottrina del *clear and present danger* come criterio da seguire per autorizzare l'intervento statale a limitazione del diritto al *free speech*. Di per sé, il pericolo di un danno grave non giustifica la limitazione del diritto alla libertà d'espressione: occorre il criterio dell'*imminenza* del danno, unitamente a quello della serietà del pericolo⁹⁰. Il danno grave, inoltre, deve essere *conseguenza diretta* del discorso pronunciato, secondo quanto già visto in precedenza in sede di utilizzo del lemma '*imminent*' al posto di '*present*'. Ciò permette al Justice Brandeis di riallacciarsi alla distinzione tra *advocacy* e *incitement*, che egli contribuisce a chiarire più di quanto non aveva già fatto Holmes:

«But even advocacy of violation, however reprehensible morally, is not a justification for denying free speech where the advocacy falls short of incitement and there is nothing to indicate that the advocacy would be immediately acted on. The wide difference between advocacy and incitement, between preparation and attempt, between assembling and conspiracy, must be borne in mind. In order to support a finding of clear and present danger it must be shown either that immediate serious violence was to be expected or was advocated, or that the past conduct furnished reason to believe that such advocacy was then contemplated»⁹¹.

Il principio che se ne deduce è che l'*advocacy*, di per sé, non può essere punita se non quando essa porta con sé un *incitement* e quando ne risulta un'azione conseguente ed immediata che minaccia un danno grave. Ancora una volta, la condotta di *advocacy* può essere descritta in termini *illocutori*, mentre quella di *incitement* in termini *perlocutori*. In particolare, si è sostenuto che la condotta di *Whitney* «estaba más cerca de la acción que del discurso,

⁸⁸ Justice Brandeis, *Concurring opinion*, ivi, 274 U.S. 357, 375 (1927): «Those who won our independence believed that the final end of the State was to make men free to develop their faculties; and that in its government the deliberative forces should prevail over the arbitrary. They valued liberty both as an end and as a means. They believed liberty to be the secret of happiness and courage to be the secret of liberty. They believed that freedom to think as you will and to speak as you think are means indispensable to the discovery and spread of political truth; that without free speech and assembly discussion would be futile; that with them, discussion affords ordinarily adequate protection against the dissemination of noxious doctrine; that the greatest menace to freedom is an inert people; that public discussion is a political duty; and that this should be a fundamental principle of the American government». Cfr. C. CARUSO, "Teoria e "ideologia" della libertà di espressione. La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti sulla *freedom of speech*", cit., p. 9.

⁸⁹ Justice Brandeis, *Concurring opinion*, ivi, 274 U.S. 357, 373 (1927).

⁹⁰ Ivi, 274 U.S. 357, 376 (1927).

⁹¹ *Ibidem* (corsivi nostri).

considerando tal acción más lesiva que la mera defensa de la subversión»⁹². A ciò deve aggiungersi il fatto che ciò che giustifica un intervento statale è la particolare situazione di emergenza, che rende più probabile che le conseguenze del discorso siano l'azione piuttosto che il ragionamento, la violenza invece della parola. Come sottolinea Brandeis, infatti:

«[N]o danger flowing from speech can be deemed clear and present, unless the incidence of the evil apprehended is so imminent that it may befall before there is opportunity for full discussion. If there be time to expose through discussion the falsehood and fallacies, to avert the evil by the processes of education, the remedy to be applied is more speech, not enforced silence. Only an emergency can justify repression»⁹³.

Come ha affermato K. Greenawalt, il caso *Whitney* è importante perché, nonostante nella situazione concreta si sia confermata la condanna dell'imputata, esso contribuisce in maniera sostanziale ad un'evoluzione della giurisprudenza del *clear and present danger* da standard utilizzato per reprimere il discorso quasi a piacimento del governo a principio fondamentale che concede all'espressione una protezione costituzionale sostanziale piuttosto ampia⁹⁴. Come si è visto, infatti, esso si fonda su una distinzione netta tra *advocacy* e *incitement* e, dunque, tra *speech* e *action*. La libertà d'espressione, in altre parole, concede ai cittadini una sfera di immunità dall'interferenza dello Stato fintanto che si rimane nell'ambito del discorso: l'interferenza è infatti possibile solo quando il discorso sfocia nel campo dell'azione.

7.2.6 – *Chaplinsky v. New Hampshire* (1942): la dottrina delle *fighting words*

Il caso *Chaplinsky v. New Hampshire*⁹⁵ è fondamentale, in tema di libertà d'espressione e *hate speech*, poiché contribuisce ad una definizione in parte *contenutistica* di determinate espressioni e si presta all'analisi a partire dalla teoria degli atti linguistici.

Esso riguarda Walter Chaplinsky, un testimone di Geova che, nel 1940, distribuisce in una città del New Hampshire volantini contro la religione dominante. Durante il tentativo di un poliziotto di portarlo in centrale, egli gli rivolge epiteti offensivi («You are a God-damned racketeer!»; «Damned Fascist!») e viene arrestato. L'arresto si fondava su una legge del New Hampshire che proibiva l'utilizzo di espressioni intenzionalmente offensive in luoghi pubblici nei confronti di altre persone. Tale norma, secondo quanto in precedenza stabilito dalla Corte Suprema del New Hampshire, proibiva solo quelle che «have a direct tendency to cause acts of violence by the person to whom, individually, the remark is addressed»⁹⁶.

Giudice estensore della sentenza è il Justice Murphy, al quale è invalsa la prassi di collegare, nella letteratura, la famosa dottrina delle «*fighting words*»⁹⁷:

⁹² T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal*, cit., pp. 170-171.

⁹³ Justice Brandeis, *Concurring opinion*, in *Whitney v. California*, 274 U.S. 357, 377 (1927).

⁹⁴ K. GREENAWALT, *Speech, Crime, and the Uses of Language*, cit., pp. 189-190.

⁹⁵ *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942).

⁹⁶ *State v. Brown*, 68 N.H. 200, 38 A. 731.

⁹⁷ Per una completa trattazione della questione delle *fighting words*, cfr., in particolare, K. GREENAWALT, *Fighting Words. Individual, Communities, and Liberties of Speech*, cit.

«There are certain well-defined and narrowly limited classes of speech, the prevention and punishment of which have never been thought to raise any Constitutional problem These include the lewd and obscene, the profane, the libelous, and the insulting or “fighting” words—those which by their very utterance inflict injury or tend to incite an immediate breach of the peace. It has been well observed that such utterances are no essential part of any exposition of ideas, and are of such slight social value as a step to truth that any benefit that may be derived from them is clearly outweighed by the social interest in order and morality»⁹⁸.

Le *fighting words*, ovvero quelle parole ed espressioni che «by their very utterance» causano un danno o tendono ad incitare ad un’immediata «breach of the peace», non vengono considerate come appartenenti al mondo dello *speech*: esse, infatti, non sono parte di alcuna esposizione di idee e non hanno valore sociale con riferimento alla ricerca della verità. Come ha sottolineato Heyman, la teoria delle *fighting words* permette di bilanciare gli interessi sottesi alla libertà d’espressione con altri interessi sociali, attraverso il principio del danno⁹⁹.

La dottrina delle *fighting words* contribuisce alla definizione di determinate categorie di *unprotected speech* nella giurisprudenza costituzionale statunitense: insieme ad esse sono da annoverarsi: 1) le oscenità; 2) l’incitamento ad azioni illegali; 3) le «true threats»; 4) gli atti sediziosi; 5) il «commercial speech»¹⁰⁰. Tali espressioni possono essere punite senza sollevare questioni di legittimità costituzionale per violazione del *free speech*.

Proprio a partire da *Chaplinsky*, Harry Kalven ha teorizzato l’esistenza della cosiddetta «two-level theory of speech»¹⁰¹ negli Stati Uniti. Essa si fonda sul fatto che non tutti i tipi di discorso sono protetti dalla libertà d’espressione: al contrario, vi sono espressioni che non rientrano nella protezione conferita dal *free speech*: ciò permette di suddividere la teoria del *free speech* in due sottolivelli, rispettivamente *protected* e *unprotected speech*.

Pur con limitata portata, non è mancato in dottrina chi ha sostenuto il potenziale applicativo alla questione del discorso d’odio¹⁰², ad esempio a partire dall’offesa e dal danno psicologico¹⁰³. In realtà, la Corte Suprema statunitense è stata piuttosto restia a sfruttare tale potenziale in casi di *hate speech*, poiché ciò sarebbe risultato in contrasto con il principio di neutralità

⁹⁸ *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568, 572 (1942; corsivi nostri).

⁹⁹ S.J. HEYMAN, *Free Speech and Human Dignity*, Yale University Press, New Haven (CT), 2008, p. 90.

¹⁰⁰ S.W. GARD, “Fighting Words as Free Speech”, in *Washington University Law Review*, 58, 3, 1980, pp. 531-581, p. 531.

¹⁰¹ H. KALVEN, “The Metaphysics of the Law of Obscenity”, in *The Supreme Court Review*, 1, 1960, pp. 1-45. Una critica alla «two-level theory of free speech» è stata avanzata – e poi ripresa copiosamente in letteratura – da K.L. KARST, “Equality as a Central Principle in the First Amendment”, in J.H. GARVEY, F. SCHAUER, (eds.) *The First Amendment: A Reader*, cit., pp. 208-211: secondo Karst, la suddivisione del discorso in aree protette e non protette è incompatibile con le giustificazioni sottostanti alla teoria statunitense della libertà d’espressione, in quanto tale suddivisione «is radically inconsistent with the principle of equal liberty of expression. While the equality principle in the first amendment does not prohibit all content regulation, it does require that courts start with a presumptive prohibition against governmental control of the content of speech. [...] In other words, the two-level theory rejects the principle of equality in the marketplace of ideas» (p. 210).

¹⁰² Cfr., ad esempio, S. WALKER, *Hate Speech. The History of an American Controversy*, cit., p. 71; A. GASCÓN CUENCA, “La primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica y la protección del discurso racista”, cit., pp. 169-170.

¹⁰³ S.W. GARD, “Fighting Words as Free Speech”, cit., p. 534.

delle restrizioni al discorso, fondamentale nella teoria statunitense del *free speech*¹⁰⁴. Per questo motivo, parte della dottrina ha ritenuto che solo la seconda parte della formulazione della teoria, che riguarda le espressioni che tendono ad un'immediata «breach of the peace», continui ad avere valore interpretativo nella teoria contemporanea della libertà d'espressione negli Stati Uniti¹⁰⁵. La dottrina, infatti, è stata scarsamente riutilizzata dalla Corte Suprema, se non in casi in cui l'effetto delle *fighting words* è stato quello di incitare alla violenza¹⁰⁶. Al contrario, quando la giurisprudenza avrebbe potuto utilizzare la dottrina delle *fighting words* in casi, ad esempio, di *hate speech* razzista, si è piuttosto optato per stabilire il principio per cui le opinioni razziste sono parte del quotidiano scambio di idee.

Piuttosto interessante risulta il fatto che tale dottrina è stata oggetto di indagine a partire dalla teoria degli atti linguistici. Così, ad esempio, U. Belavusau ha definito le *fighting words* in termini di «actual performative act[s] with an immediate effect»¹⁰⁷, per cui esse si caratterizzerebbero per il loro effetto – ad esempio, quello di incitamento –, ciò che rende possibile all'*hate speech* di essere punito sotto le norme che sanzionano gli *hate crimes*. Nella prospettiva adottata in questa sede, evidentemente le *fighting words* costituiscono una categoria il cui significato *illocutorio* è direttamente ricollegato ad effetti *perlocutori* dell'espressione. Tuttavia, data la sua applicazione ristretta in casi di *hate speech* in cui si è fatto leva sulle conseguenze materiali, così come il criterio del *clear and present danger*, la dottrina delle *fighting words* contribuisce alla definizione dei limiti della libertà d'espressione negli Stati Uniti in termini *perlocutori*, senza tuttavia potersi applicare direttamente al discorso d'odio: quando anche ciò avvenisse, è evidente che essa permetterebbe di trattare, appunto, dell'*hate speech* in senso *perlocutorio*, lasciando fuori la questione delle espressioni illocutorie che causano dominazione, subordinazione e oppressione.

7.2.7 – *Terminiello v. Chicago* (1949), *Cohen v. California* (1971), *Gooding v. Wilson* (1972): l'evoluzione della dottrina delle *fighting words*

Successivamente al riconoscimento esplicito della dottrina delle *fighting words* in *Chaplinsky v. New Hampshire*, la Corte Suprema degli Stati Uniti ha chiarito alcuni requisiti che l'espressione deve possedere per essere incardinata in questa categoria, parimenti precisando quali tipi di espressione non vi sono riconducibili.

In *Terminiello v. Chicago*¹⁰⁸, la Corte si è trovata a dover giudicare della costituzionalità di una norma dello Stato dell'Illinois che vietava le espressioni che causavano una «breach of the peace». Nel caso di specie, Arthur Terminiello, prete cattolico, aveva pronunciato un discorso critico e offensivo nei confronti di alcuni gruppi razziali presenti nella città di Chicago

¹⁰⁴ D. MARTÍN HERRERA, *Extreme speech y libertad de expresión. Análisis de la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema estadounidense*, cit., p. 147.

¹⁰⁵ R. GREFF SCHNEIDER, «Hate Speech in the United States: Recent Legal Developments», cit., p. 272.

¹⁰⁶ S.W. GARD, «Fighting Words as Free Speech», cit., p. 534.

¹⁰⁷ U. BELAVUSAU, *Freedom of Speech. Importing European and US Constitutional Models in Transitional Democracies*, cit., p. 95.

¹⁰⁸ *Terminiello v. Chicago*, 337 U.S. 1 (1949).

di fronte a un migliaio di persone, scatenando reazioni di protesta. La polizia di Chicago, di conseguenza, aveva irrogato una multa di 100 dollari, proprio per la violazione della norma suddetta. Dopo la conferma della Corte d'Appello della Corte Suprema dell'Illinois, il caso giunge alla Corte Suprema degli Stati Uniti, che ribalta il giudizio, sostenendo che l'applicazione della norma viola il Primo Emendamento.

L'opinione di maggioranza, scritta dal *Justice* Douglas, riporta la definizione di «breach of the peace» data dalla sentenza di primo grado: «a misbehavior may constitute a breach of the peace if it stirs the public to anger, invites dispute, brings about a condition of unrest, or creates a disturbance, or if it molests the inhabitants in the enjoyment of peace and quiet by arousing alarm»¹⁰⁹. Rifiutando tale definizione, la Corte ridefinisce la «breach of the peace»:

«Accordingly a function of free speech under our system of government is to invite dispute. It may indeed best serve its high purpose when it induces a condition of unrest, creates dissatisfaction with conditions as they are, or even stirs people to anger. Speech is often provocative and challenging. It may strike at prejudices and preconceptions and have profound unsettling effects as it presses for acceptance of an idea. That is why freedom of speech, though not absolute, [...] is nevertheless protected against censorship or punishment, *unless shown likely to produce a clear and present danger of a serious substantive evil that rises far above public inconvenience, annoyance, or unrest*»¹¹⁰.

Se uno dei possibili effetti protetti della libertà è quello di «invite dispute», occorre accettare il discorso «provocative and challenging»: a partire da ciò, la Corte sostiene la necessità che il requisito della «breach of the peace» sia interpretato come capace di produrre un *clear and present danger* che vada oltre la sensazione di «anger or outrage»¹¹¹. Da quel momento in poi, quindi, saranno considerate *fighting words* solamente quelle che generano un *clear and present danger* di una reazione imminente e violenta¹¹².

In *Cohen v. California*¹¹³, invece, la dottrina delle *fighting words* viene esplicitamente limitata solo ai casi in cui esse siano rivolte direttamente ad un *individuo*, ovvero ai casi di offese *face-to-face*. Paul Robert Cohen era stato condannato ad un mese di carcere da un tribunale della California per aver causato una «breach of the peace» indossando una giacca con la scritta «*Fuck the Draft!*»¹¹⁴ in un tribunale di Los Angeles. La Corte d'appello aveva sostenuto che la condotta offensiva, che causava una rottura della pace secondo una norma del codice

¹⁰⁹ Ivi, 337 U.S. 1, 3 (1949). Cfr. J. MAILLARD, «*The Blues Brothers and the American Constitutional Protection of Hate Speech: Teaching the Meaning of the First Amendment to Foreign Audiences*», cit., p. 467; A. GASCÓN CUENCA, «*La primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica y la protección del discurso racista*», cit., p. 173.

¹¹⁰ *Terminiello v. Chicago*, 337 U.S. 1, 4, (1949; corsivi nostri).

¹¹¹ Cfr. I. SPIGNO, *Discorsi d'odio. Modelli costituzionali a confronto*, cit., pp. 69-70; D. MARTÍN HERRERA, *Extreme speech y libertad de expresión. Análisis de la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema estadounidense*, cit., p. 150.

¹¹² Cfr. S.W. GARD, «*Fighting Words as Free Speech*», cit., p. 551.

¹¹³ *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971).

¹¹⁴ L'espressione «*the draft*», in inglese, indica l'arruolamento dei soldati per la guerra. Nel caso di specie, Cohen, come successivamente affermò in giudizio, si riferiva all'assoldamento dei militari per la guerra in Vietnam.

penale californiano, era da interpretarsi nei termini di un «behavior which has a tendency to provoke *others* to acts of violence or to in turn disturb the peace»¹¹⁵.

Secondo la Corte Suprema, nell'opinione di maggioranza scritta dal *Justice* Harlan, è necessario distinguere tra *speech* e *action* [*conduct*]:

«The conviction quite clearly rests upon the asserted offensiveness of the words Cohen used to convey his message to the public. The only “conduct” which the State sought to punish is the fact of communication. Thus, we deal here with a conviction resting solely upon “speech” [...], not upon any separately identifiable conduct [...]. Further, the State certainly lacks power to punish Cohen for the underlying content of the message the inscription conveyed. [...] Appellant’s conviction, then, rests squarely upon his exercise of the “freedom of speech” protected from arbitrary governmental interference by the Constitution and can be justified, if at all, only as a valid regulation of the manner in which he exercised that freedom, not as a permissible prohibition on the substantive message it conveys»¹¹⁶.

Sulla base della distinzione tra *speech* e *action*, la Corte sostiene che il *free speech* è protetto dall'*interferenza* del governo, ancora una volta confermando la visione per cui la libertà d'espressione costituirebbe una libertà come non-interferenza.

La Corte definisce qui le *fighting words* come «those personally abusive epithets which, when addressed to the ordinary citizen, are, as a matter of common knowledge, *inherently likely to provoke violent reaction*»¹¹⁷, recependo così l'evoluzione della dottrina delle *fighting words* già cominciata con *Terminiello v. Chicago*. Si conferma, dunque, la visione *perlocutoria* delle *fighting words*, che possono essere proibite solo qualora incitino alla violenza.

Probabilmente, il passaggio più importante in *Cohen v. California* è quello che esplicitamente stabilisce l'impossibilità di punire la condotta dovuta al fatto che l'espressione non era rivolta *individualmente* ad alcuna persona:

«While the four-letter word displayed by Cohen in relation to the draft is not uncommonly employed in a personally provocative fashion, in this instance it was clearly not “directed to the person of the hearer”. [...] No individual actually or likely to be present could reasonably have regarded the words on appellant’s jacket as a direct personal insult. Nor do we have here an instance of the exercise of the State’s police power to prevent a speaker from intentionally provoking a given group to hostile reaction»¹¹⁸.

Analogamente, in *Gooding v. Wilson*¹¹⁹ si riprende tale formulazione, stabilendo che le *fighting words* devono possedere una «direct tendency to cause acts of violence by the person to whom, *individually*, the remark is addressed»¹²⁰.

In dottrina, si è messo in risalto il requisito per cui l'espressione debba essere rivolta ad un *individuo presente* (o un *gruppo* di individui presenti) per poter rientrare nell'alveo delle *fighting words*¹²¹, ignorando tuttavia il fatto che la Corte aggiunge anche la possibilità che

¹¹⁵ *Cohen v. California*, 403 U.S. 15, 17 (1971; corsivi nostri).

¹¹⁶ Ivi, 403 U.S. 15, 18 (1971; corsivi nostri).

¹¹⁷ Ivi, 403 U.S. 15, 18 (1971; corsivi nostri).

¹¹⁸ Ivi, 403 U.S. 15, 20 (1971).

¹¹⁹ *Gooding v. Wilson*, 405 U.S. 518 (1972).

¹²⁰ Ivi, 405 U.S. 518, 523 (1972; corsivi nostri).

¹²¹ Cfr. K. GREENAWALT, *Speech, Crime, and the Uses of Language*, cit., p. 210; S.W. GARD, “Fighting Words as Free Speech”, cit., pp. 536-537; I. SPIGNO, *Discorsi d'odio. Modelli costituzionali a confronto*, cit., pp. 69-70;

l'espressione sia rivolta ad in *gruppo* di persone. Tuttavia, dal momento che l'espressione, per essere qualificata come *fighting word*, deve necessariamente incitare a reazioni violente e immediate (altrimenti le *fighting words* utilizzate perderebbero la loro potenzialità immediatamente offensiva), va da sé che non vi rientrino le espressioni di *subordinazione illocutoria* di un gruppo vulnerabile genericamente individuato, senza riferimenti ad individui concreti presenti. Nemmeno la stereotipizzazione negativa rientrerebbe tra i limiti alla libertà d'espressione costituiti dalle *fighting words*. All'esito della sentenza, inoltre, devono ritenersi escluse anche quelle espressioni meramente "offensive", capaci di causare «severe emotional distress» sulla base del principio dell'*offesa*¹²² (cfr. *supra*, § 5.2.3), poiché in esse non si rinviene alcun effetto materiale capace di dimostrare il requisito dell'incitamento alla violenza.

7.2.8 – *Dennis et al. v. United States* (1951): *ad hoc balancing* e *discussion v. advocacy*

Il 1951, con il caso *Dennis et al. v. United States*¹²³, segna una data fondamentale nella storia della giurisprudenza statunitense in tema di *free speech*.

Eugene Dennis, Segretario Generale del Partito Comunista statunitense, era stato condannato qualche anno prima a norma dello *Smith Act* (1940), che stabiliva sanzioni penali per coloro che peroravano la causa del rovesciamento del governo. La sanzione si fondava non su concreti atti preparatori della rivoluzione, bensì sull'ideologia politica del gruppo (il *Manifesto Comunista* di Marx), ritenuta incompatibile con la democrazia. La condanna di Dennis, insieme ad altri dieci membri del partito, era stata confermata in appello.

La Corte Suprema statuisce che la condanna sulla base dello *Smith Act* non viola il Primo e il Quattordicesimo Emendamento, utilizzando una versione "rivisitata" della dottrina del *clear and present danger* e, grazie alla *concurring opinion* del Justice Frankfurter, adottando il criterio dell'*ad hoc balancing*¹²⁴.

Il giudice di primo grado aveva condannato sulla base di quanto segue:

«In further construction and interpretation of the statute I charge you that *it is not the abstract doctrine of overthrowing or destroying organized government by unlawful means which is denounced by this law, but the teaching and advocacy of action for the accomplishment of that purpose, by language reasonably and ordinarily calculated to incite persons to such action*»¹²⁵.

cfr. anche D. MARTÍN HERRERA, *Extreme speech y libertad de expresión. Análisis de la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema estadounidense*, cit., p. 150.

¹²² Cfr. S.W. GARD, "Fighting Words as Free Speech", cit., pp. 577-578. Cfr., inoltre, M.C. RUTZICK, "Offensive Language and the Evolution of First Amendment Protection", in *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 9, 1, 1974, pp. 1-28, il quale sostiene l'esclusione del principio dell'offesa a partire dal fatto che le mere offese non possiedono una "componente fisica": «*[T]he interest in protecting 'sensibilities' has no physical component. The only manner in which an individual's 'sensibilities' are known to be affected is by the individual's statement to that effect. There is no objective measure of the extent of harm to 'sensibilities' from the utterance of any specific words*» (p. 7; corsivi nostri).

¹²³ *Dennis et al. v. United States*, 341 U.S. 494 (1951).

¹²⁴ K. GREENAWALT, *Speech, Crime, and the Uses of Language*, cit., p. 203; J.J. HEMMER JR., *The Supreme Court and the First Amendment*, cit., p. 6.

¹²⁵ Il riferimento è rinvenibile in *Dennis et al. v. United States*, 341 U.S. 494, 511 (1951; corsivi nostri).

In questo senso, in primo grado si era interpretata la cospirazione come «advocacy as “a rule or principle of action”»¹²⁶. La Corte Suprema sostiene che lo *Smith Act* proibisce «advocacy, not discussion»¹²⁷, sulla base della distinzione – ricordata anche nella *concurring opinion* del Justice Frankfurter – tra l’*advocacy* e il mero scambio di idee¹²⁸. Facendo esplicitamente riferimento a *Schenck v. United States*, la Corte riprende il principio del *clear and present danger*, sostenendo che esso deve costituire il parametro di giudizio per stabilire se lo *Smith Act* violi o meno il diritto al *free speech*. In particolare, proprio in base a quel parametro la Corte sostiene l’assenza di violazione del Primo e del Quattordicesimo Emendamento.

Nella sua *concurring opinion*, il Justice Frankfurter sostiene che il criterio del *clear and present danger* deve essere utilizzato non come un dogma, bensì a partire dalle specifiche circostanze del caso concreto, così sostenendo la teoria dell’*ad hoc balancing*¹²⁹. Nel caso di specie, il Justice Frankfurter sostiene che i valori in conflitto siano, da un lato, la libertà d’espressione e, dall’altro, l’interesse nella sicurezza dello Stato. Nel risolvere questo conflitto, Frankfurter sostiene un’interpretazione del *clear and present danger* fondata su alcuni precedenti giudizi della Corte Suprema, giungendo alla conclusione per cui «speech could not constitutionally be restricted unless there would result from it an imminent—i.e., close at hand—substantive evil»¹³⁰, che egli ritiene sussistere nel caso di specie.

Così, l’opinione di maggioranza della Corte finisce per adottare la rivisitazione del criterio del *clear and present danger* operata in primo grado¹³¹. Ciò significa che, nel *clear and present danger*, è necessario operare un giudizio di *ad hoc balancing* tale per cui, se la gravità del male che si intende evitare è elevata, si può accettare che sussista una scarsa probabilità che la condotta conduca agli effetti sperati. Applicando tale criterio al caso dell’*advocacy*, si può concludere che, se si sostengono idee “gravemente pericolose”, nonostante non sussista una probabilità imminente¹³², esse possono ugualmente essere sanzionate.

Si tratta di un principio importante perché, come si vedrà, esso rimarrà formalmente valido fino al 1969, data in cui la Corte Suprema emette la sentenza *Brandenburg v. Ohio*, direttamente collegata a questioni che possono essere fatte rientrare nell’alveo dell’*hate speech*. In *Brandenburg*, come si vedrà, l’*overruling* di *Dennis* si baserà su un’opinione che, rifiutando quella di maggioranza in *Dennis*, finirà per accettare l’argomentazione del Justice Douglas.

¹²⁶ Ivi, 341 U.S. 494, 512 (1951).

¹²⁷ Ivi, 341 U.S. 494, 502 (1951).

¹²⁸ «[T]here is underlying validity in the distinction between advocacy and the interchange of ideas», Justice Frankfurter, *Concurring opinion*, in *Dennis et al. v. United States*, 341 U.S. 494, 546 (1951; corsivi nostri).

¹²⁹ Justice Frankfurter, *Concurring opinion*, in *Dennis et al. v. United States*, 341 U.S. 494, 543 (1951). Cfr., sul punto, C. CARUSO, “Teoria e “ideologia” della libertà di espressione. La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti sulla *freedom of speech*”, cit., p. 14.

¹³⁰ Justice Frankfurter, *Concurring opinion*, in *Dennis et al. v. United States*, 341 U.S. 494, 556 (1951).

¹³¹ *Dennis et al. v. United States*, 341 U.S. 494, 510 (1951).

¹³² D. MARTÍN HERRERA, *Extreme speech y libertad de expresión. Análisis de la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema estadounidense*, cit., pp. 121-125. Cfr. A. GASCÓN CUENCA, “La primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica y la protección del discurso racista”, cit., p. 170; T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal*, cit., p. 180.

Douglas, infatti, in *Dennis* scrive una *dissenting opinion* in cui distingue tra la difesa della rivoluzione e l'azione rivoluzionaria, sostenendo che il passaggio dalla prima alla seconda comincia con atti preparatori che possono essere sia discorsivi (come ad esempio l'insegnamento di tecniche di sabotaggio) sia in forma di azione (collezione di armi e costruzione di bombe). Sono tali atti preparatori che permettono di distinguere tra «*speech*» e «*speech plus*»¹³³.

7.2.9 – *Beauharnais v. Illinois* (1952): *hate speech* razzista e *group defamation*

Il primo caso direttamente riguardante l'*hate speech* razzista negli Stati Uniti è *Beauharnais v. Illinois*¹³⁴.

Una legge dello Stato dell'Illinois proibiva la pubblicazione di scritti o disegni che ritraessero la «depravity, criminality, unchastity, or lack of virtue of a class of citizens of any race, color, creed or religion» che «exposes the citizens of any race, color, creed or religion to contempt, derision, or obloquy or which is productive of breach of the peace or riots»¹³⁵. Essa aveva permesso alla Corte Suprema dell'Illinois di condannare un uomo che aveva distribuito dei volantini in cui chiedeva al Sindaco e al Consiglio comunale della città di Chicago «to halt the further encroachment, harassment and invasion of white people, their property, neighborhoods and persons, by the Negro», aggiungendo anche che «[i]f persuasion and the need to prevent the white race from becoming mongrelized by the negro will not unite us, then the aggressions [...] rapes, robberies, knives, guns and marijuana of the negro, surely will»¹³⁶.

Nell'opinione di maggioranza, scritta dal *Justice* Frankfurter, la condotta viene classificata come *libel* (diffamazione a mezzo stampa), quindi nei termini di un *low-value speech* non rientrante nella protezione del Primo Emendamento. Non è quindi necessario analizzare la questione a partire dal principio del *clear and present danger*, che limita la libertà d'espressione in casi che normalmente rientrerebbero sotto la sua protezione¹³⁷. Dunque, la questione da risolvere è se l'estensione della fattispecie alla *diffamazione di gruppo* sia coerente con i principi della libertà d'espressione. L'argomentazione della Corte è piuttosto interessante:

«Long ago this Court recognized that the economic rights of an individual may depend for the effectiveness of their enforcement on rights in the group, even though not formally corporate, to which he belongs. [...] It is not within our competence to confirm or deny claims of social scientists as to the dependence of the individual on the position of his racial or religious group in the community. It would, however, be arrant dogmatism [...] for us to deny that the Illinois legislature may warrantably believe that a man's job and his educational opportunities and the dignity accorded him may depend as much on the reputation of the racial and religious group to which he willy-nilly belongs, as on his own merits. This being so, we are precluded from saying that speech

¹³³ T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal*, cit., p. 181. Cfr. *Justice* Douglas, *Dissenting opinion*, in *Dennis et al. v. United States*, 341 U.S. 494, 584 (1951): «I repeat that we deal here with speech alone, not with speech plus acts of sabotage or unlawful conduct».

¹³⁴ *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952). Cfr., sul caso, I. SPIGNO, *Discorsi d'odio. Modelli costituzionali a confronto*, cit., pp. 71-74; U. BELAVUSAU, *Freedom of Speech. Importing European and US Constitutional Models in Transitional Democracies*, cit., p. 42.

¹³⁵ *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952).

¹³⁶ *Ivi*, 343 U.S. 250, 252 (1952).

¹³⁷ *Ivi*, 343 U.S. 250, 258, 266 (1952).

*concededly punishable when immediately directed at individuals cannot be outlawed if directed at groups with whose position and esteem in society the affiliated individual may be inextricably involved*¹³⁸.

In sostanza, secondo la Corte la reputazione individuale e la conseguente possibilità di esercitare i propri diritti è strettamente connessa alla reputazione del gruppo (in questo caso, razziale) di cui si è parte. Pertanto, essa riconosce nella tutela contro la *group defamation* un valore importante, sostenendo che essa non viola la libertà d'espressione. Per quanto progressista appaia l'argomentazione della maggioranza della Corte Suprema nel caso di specie, tuttavia, essa non è destinata a durare. Come si vedrà, infatti, in casi successivi si riscontreranno argomenti concordanti, in particolare, con quelli di due giudici che hanno espresso una *dissenting opinion*: i *Justices* Black e Douglas. Secondo Black, infatti, il reato di diffamazione

*«has provided for punishment of false, malicious, scurrilous charges against individuals, not against huge groups. [...] It has confined state punishment of speech and expression to the narrowest of areas involving nothing more than purely private feuds. Every expansion of the law of criminal libel so as to punish discussions of matters of public concern means a corresponding invasion of the area dedicated to free expression»*¹³⁹.

Inoltre, egli ricorda che in *Chaplinsky* le *fighting words* sono dirette agli *individui*, non invece anche ai gruppi¹⁴⁰, contrariamente a quanto la maggioranza statuisce in questo giudizio. In questo senso, dunque, quando una condotta simile a quella di diffamazione è perpetrata nei confronti di un gruppo, essa rientra nell'ambito del dibattito pubblico.

Secondo il *Justice* Douglas, che utilizza un'argomentazione evidentemente assoluta¹⁴¹, invece, il discorso in questo caso merita protezione sotto il Primo Emendamento e, dunque, anche in questo caso è necessario individuare un *clear and present danger*¹⁴².

In realtà, *Beauharnais* non è mai stato oggetto di *overruling* formale. Tuttavia, in casi successivi (si pensi a *R.A.V. v. City of St. Paul*), la Corte Suprema ha giudicato sulla base di argomentazioni non coerenti con il principio statuito in *Beauharnais*, *de facto* portando ad un suo superamento¹⁴³. Ad oggi, *Beauharnais* rimane l'unico caso in cui la Corte Suprema ha

¹³⁸ Ivi, 343 U.S. 250, 262-263 (1952; corsivi nostri). Cfr., sul punto, L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, CEDAM, Padova, 2009, p. 113.

¹³⁹ *Justice* Black, *Dissenting opinion*, in *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250, 272 (1952).

¹⁴⁰ Ivi, 343 U.S. 250, 272-273 (1952).

¹⁴¹ *Justice* Douglas, *dissenting opinion*, in *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250, 285: «The First Amendment is couched in absolute terms—freedom of speech shall not be abridged. Speech has therefore a preferred position I as contrasted to some other civil rights». Questa interpretazione del Primo Emendamento si ritroverà anche in una *dissenting opinion* del *Justice* Black in *Barenblatt v. United States*, 360 U.S. 109, 143-144 (1959), il quale sostiene che il Bill of Rights «means what it says», sostenendo dunque un'interpretazione esclusivamente letterale. Cfr., sul punto, C. CARUSO, «Teoria e “ideologia” della libertà di espressione. La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti sulla *freedom of speech*», cit., p. 16. Questa posizione viene definita «absolutist» da E. BARENDT, *Freedom of Speech*, cit., p. 49, il quale evidenzia come, in realtà, essa sia impossibile da sostenere.

¹⁴² *Justice* Douglas, *Dissenting opinion*, in *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250, 284-285 (1952).

¹⁴³ Cfr. I. SPIGNO, *Discorsi d'odio. Modelli costituzionali a confronto*, cit., pp. 73-74; D. MARTÍN HERRERA, *Extreme speech y libertad de expresión. Análisis de la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema estadounidense*, cit., p. 172; M. ROSENFELD, «Hate Speech in Constitutional Jurisprudence. A Comparative Analysis», cit., pp. 242-289; L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, cit., pp. 113-114; R. GREFF SCHNEIDER, «Hate Speech in the United States: Recent Legal Developments», cit., p. 272;

sancito la costituzionalità di una norma che proibisce l'*hate speech*¹⁴⁴: *Beauharnais* a parte, l'approccio degli Stati Uniti si distingue particolarmente da quello di molti altri paesi europei (come si vedrà in seguito; cfr. *infra*, § 7.4), poiché nei primi, a differenza che nei secondi, la propaganda razzista non costituisce una condotta sanzionabile giuridicamente¹⁴⁵.

7.2.10 – *New York Times Co. v. Sullivan* (1964): *actual malice*

Il caso *New York Times Co. v. Sullivan*¹⁴⁶ costituisce uno spartiacque nella storia della giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti in tema di *free speech*: ad esso, infatti, si riconduce il sorgere della dottrina della *actual malice*, destinata a “spazzare via” per sempre il criterio della *bad tendency* e ad irrigidire il test del *clear and present danger*.

Il 29 marzo 1960, il *New York Times* aveva pubblicato un annuncio della *Committee to Defend Martin Luther King and the Struggle for Freedom in the South* volto a sollecitare i lettori a contribuire alla campagna per sostenere Martin Luther King Jr., accusato di falsa testimonianza, con una raccolta fondi. Nell'annuncio, si criticavano le forze di polizia per aver contribuito all'irrigidimento nei confronti del *civil rights movement*, sostenendo alcune notizie infondate e raccontando la “persecuzione” dei leader del movimento in maniera distorta. L. B. Sullivan, che in quanto commissario aveva il compito di controllare l'attività delle forze di polizia della città di Montgomery, sostenne che si trattava di un'attività diffamatoria nei suoi confronti. Sia in primo grado, sia in appello presso la Corte Suprema dell'Alabama, Sullivan vinse il giudizio per diffamazione, cosicché il *New York Times* si vide costretto a lamentare la violazione del Primo Emendamento di fronte alla Corte Suprema USA.

La decisione della Corte Suprema riveste grande importanza, poiché essa rovescia il giudizio, statuendo all'unanimità che la pubblicazione di notizie non può far incorrere in responsabilità per diffamazione a meno che sussista il requisito della *actual malice*.

Innanzitutto, con una serie di riferimenti filosofici – in particolare a J. S. Mill¹⁴⁷ –, la Corte esalta la necessità della massima estensione della libertà d'espressione, in quanto contribuisce al dibattito pubblico, alla ricerca della verità e alla partecipazione politica. Su queste

D.M. O'BRIEN, *Congress Shall Make No Law. The First Amendment, Unprotected Expression, and the Supreme Court*, cit., p. 63; S. WALKER, *Hate Speech. The History of an American Controversy*, cit., p. 77.

¹⁴⁴ Lo ricorda, tra gli altri, E. STRADELLA, “Odio razziale e libera manifestazione del pensiero negli Stati Uniti”, in D. TEGA (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela*, Armando Editore, Roma, 2011, pp. 118-132, p. 123.

¹⁴⁵ L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, cit., p. 114.

¹⁴⁶ *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

¹⁴⁷ L'opinione di maggioranza, scritta dal Justice Brennan, riporta esplicitamente due passaggi da *On Liberty*: 1) il primo, quando sostiene che “[e]ven a false statement may be deemed to make a valuable contribution to public debate, since it brings about “the clearer perception and livelier impression of truth, produced by its collision with error”, con riferimento a J.S. MILL, *On Liberty* [1859], ed. by D. BROMWICH and G. KATEB, with essays by J.B. ELSHTAIN, O. FISS, R.A. POSNER, J. WALDRON, Yale University Press, New Haven and London, 2003, p. 87; 2) il secondo: “[T]o argue sophistically, to suppress facts or arguments, to misstate the elements of the case, or misrepresent the opposite opinion... all this, even to the most aggravated degree, is so continually done in perfect good faith, by persons who are not considered, and in many other respects may not deserve to be considered,

basi, essa sostiene che la libertà d'espressione nei casi di diffamazione nei confronti di pubblici ufficiali non possa essere limitata se non si prova il requisito della *actual malice*:

«The constitutional guarantees require [...] a federal rule that prohibits a public official from recovering damages for a defamatory falsehood [...] unless he proves that the statement was made with “*actual malice*”—that is, with knowledge that it was false or with reckless disregard of whether it was false or not»¹⁴⁸.

Per *actual malice* deve cioè intendersi la conoscenza (si potrebbe dire: dolosa) della falsità dell'affermazione o la non scusabile ignoranza (si potrebbe dire: colposa) circa la sua falsità (o meno). Tuttavia, il vero effetto della dottrina della *actual malice* viene spiegato, con parole più taglienti, dal Justice Black nella sua *concurring opinion*:

«“Malice”, [...] as defined by the Court, is an elusive, abstract concept, hard to prove and hard to disprove. The requirement that malice be proved provides at best an evanescent protection for the right critically to discuss public affairs and certainly does not measure up to the sturdy safeguard embodied in the First Amendment»¹⁴⁹.

In questo senso, il requisito della *actual malice* rende quasi impossibile provare il dolo o la colpa grave dell'imputato¹⁵⁰, con l'effetto di garantire una libertà d'espressione talmente estesa da poter ricoprire anche la condotta di diffamazione nei confronti di pubblici ufficiali.

Una siffatta concezione della libertà d'espressione si ricollega alle correnti democratico-repubblicane che vedono nel *self-government* il principio verso la cui garanzia deve essere tutelata la libertà d'espressione. Rifacendosi espressamente a Meiklejohn, infatti, Black sostiene: «An unconditional right to say what one pleases about public affairs is what I consider to be the minimum guarantee of the First Amendment»¹⁵¹.

È così che la Corte Suprema, a partire dal caso in esame, «ha permesso alla libertà prevista dal I Emendamento di affermarsi in termini di quasi totale assolutezza»¹⁵². Nonostante il caso non implicasse questioni direttamente riguardanti l'*hate speech*, è evidente che esso possiede una serie di importanti implicazioni anche in questo senso¹⁵³. Ovviamente, per il momento la dottrina della *actual malice* si applicava solamente alla diffamazione nei confronti dei pubblici ufficiali; tuttavia, essa sarà destinata a condizionare la maniera in cui i giudici della

ignorant or incompetent, that it is rarely possible, on adequate grounds, conscientiously to stamp the misrepresentation as morally culpable; and still less could law presume to interfere with this kind of controversial misconduct», J.S. MILL, *On Liberty*, cit., p. 118.

¹⁴⁸ Ivi, 376 U.S. 254, 279-280 (1964).

¹⁴⁹ Justice BLACK, *Concurring opinion*, in *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 293 (1964).

¹⁵⁰ A. GASCÓN CUENCA, “La primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica y la protección del discurso racista”, cit., p. 175.

¹⁵¹ Justice BLACK, *Concurring opinion*, in *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 297 (1964), con riferimento esplicito a A. MEIKLEJOHN, *Free Speech and Its Relation to Self-Government*, Harper Brothers Publishers, New York, 1948.

¹⁵² I. SPIGNO, *Discorsi d'odio. Modelli costituzionali a confronto*, cit., pp. 74-75. Cfr. K. GREENAWALT, *Speech, Crime, and the Uses of Language*, cit., p. 205; T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal*, cit., pp. 182-188.

¹⁵³ Lo ricorda, tra gli altri, S. WALKER, *Hate Speech. The History of an American Controversy*, cit., p. 119.

Corte Suprema percepiscono la libertà d'espressione¹⁵⁴: in questo senso, si può dire che essa irrigidisce il criterio del *clear and present danger* in modo da renderne più difficile l'applicazione. La conseguenza sull'*hate speech* emergerà nei casi successivi.

7.2.11 – *Police Department of Chicago v. Mosley* (1972): *content-neutral restrictions*

Fondamentale, nell'analisi giuridica della questione dell'*hate speech* nel contesto statunitense, è il caso *Police Department of Chicago v. Mosley*¹⁵⁵: esso, infatti, statuisce la necessità che le regolazioni del discorso siano *content-neutral*, cioè non si fondino sul particolare contenuto del discorso (cfr. *supra*, § 1.6.6).

Il provvedimento giuridico sul quale era chiamata a pronunciarsi la Corte Suprema in questo caso era un'ordinanza della città di Chicago che vietava il picchettaggio nelle immediate vicinanze degli istituti di istruzione, se non quello di tipo pacifico in casi in cui essi fossero coinvolti in dispute sindacali. Nel caso di specie, Earl Mosley aveva effettuato tale attività nei pressi di una scuola agitando un cartello in cui sosteneva che quest'ultima era responsabile di atti di discriminazione sulla base della razza¹⁵⁶. In primo grado, si rifiutava la doglianza di Mosley circa la violazione del Primo e del Quattordicesimo Emendamento, mentre in appello si stabiliva che essa era *overbroad*, ovvero eccessivamente ampia e dunque indeterminata.

La sentenza della Corte Suprema, invece, afferma l'incostituzionalità della norma non in quanto *overbroad*, bensì in quanto *content-based*, autorizzando il picchettaggio solo per questioni sindacali, senza che sussista alcun interesse fondamentale del governo nella repressione di tale attività. Nell'opinione di maggioranza, redatta dal Justice Marshall, si legge che l'orientamento della Corte è favorevole all'utilizzo della *equal protection clause* (Quattordicesimo Emendamento) per negare la costituzionalità dell'ordinanza della città di Chicago che statuiva una differenza di trattamento tra il picchettaggio in casi sindacali e altre forme di picchettaggio, oltre che sulla base del soggetto che effettua l'attività.

«[A]bove all else, the First Amendment means that government has no power to restrict expression because of its message, its ideas, its subject matter, or its content»¹⁵⁷.

Il Primo Emendamento, quindi, impedisce qualsivoglia restrizione – che nella sentenza viene additata come forma di *censura* – sulla base del contenuto. L'argomento alla base di tale statuizione è il classico *marketplace of ideas*¹⁵⁸.

¹⁵⁴ A. KOLTAY, *Freedom of Speech. The Unreachable Mirage*, cit., p. 99.

¹⁵⁵ *Police Department of Chicago v. Mosley*, 408 U.S. 92 (1972).

¹⁵⁶ Il cartello recitava: «Jones High School practices black discrimination. Jones High School has a black quota»: *ivi*, 408 U.S. 92, 93 (1972).

¹⁵⁷ *Ivi*, 408 U.S. 92, 95 (1972).

¹⁵⁸ «Necessarily, then, under the Equal Protection Clause, not to mention the First Amendment itself, government may not grant the use of a forum to people whose views it finds acceptable, but deny use to those wishing to express less favored or more controversial views. And it may not select which issues are worth discussing or debating in public facilities. *There is an "equality of status in the field of ideas", and government must afford all points of view an equal opportunity to be heard.* Once a forum is opened up to assembly or speaking by some groups, government may not prohibit others from assembling or speaking on the basis of what they intend to say.

Tuttavia, la Corte precisa che da ciò non può dedursi che *qualsiasi tipo di regolazione* delle attività espressive debba considerarsi automaticamente illegittimo. Un esempio di regolazioni legittime sono quelle di «time, place and manner»¹⁵⁹, che non si basano sul contenuto, bensì solamente su tempo, luogo e modalità, ovvero sul *quando, dove e come* dell'espressione: ciò che non è consentito è reprimerne il *che cosa*. Quando, al contrario, si adotta un regolamento dell'espressione fondato sul suo *contenuto*, questo deve necessariamente essere «carefully scrutinized» per accertare la sussistenza di un «substantial governmental interest»¹⁶⁰.

L'importanza del caso sta nella distinzione tra *content-neutral* e *content-based restriction*, informata al principio di neutralità. Inoltre, all'interno delle restrizioni *content-based*, il rischio è quello di favorire restrizioni *viewpoint-based* di idee con le quali non si concorda e di autorizzare, invece, le idee conformi alle proprie opinioni¹⁶¹, come ad esempio vietando le espressioni razziste, passando dalla «content regulation» alla «content discrimination»¹⁶².

Questo principio risulta di particolare importanza in tema di *hate speech*, poiché impedisce, negli Stati Uniti, di emanare leggi contro il discorso d'odio che discriminino sulla base del *contenuto* del messaggio e, soprattutto, del *punto di vista* espresso (si pensi alle leggi che vietano di esprimere pubblicamente messaggi razzisti¹⁶³).

7.2.12 – *Brandenburg v. Ohio* (1969): *imminent lawless action* e *advocacy v. incitement*

Il *landmark case* statunitense per eccellenza in tema di *hate speech* è senz'altro *Brandenburg v. Ohio*¹⁶⁴, in cui si cristallizza la dottrina della distinzione tra *advocacy* e *incitement* (e quindi, in qualche modo, tra *speech* e *action*) che influenzerà tutte le successive decisioni della Corte Suprema e che è oggi alla base del trattamento giuridico statunitense del discorso d'odio in senso tendenzialmente *libertarian*. La decisione, infatti, fa *overruling* (anche se non

Selective exclusions from a public forum may not be based on content alone, and may not be justified by reference to content alone», ivi, 408 U.S. 92, 96 (1972; corsivi nostri).

¹⁵⁹ Ivi, 408 U.S. 92, 98 (1972).

¹⁶⁰ Ivi, 408 U.S. 92, 99 (1972).

¹⁶¹ Ivi, 408 U.S. 92, 96 (1972).

¹⁶² S.J. HEYMAN, *Free Speech and Human Dignity*, cit., p. 82. È necessario sottolineare, tuttavia, che Heyman si oppone in parte a tale giurisprudenza: «The problem stems from the fact that some speech causes harm precisely because of its content. For example, threats may instill fear, incitement may provoke violence, defamation may injure reputation, and so on. This poses a dilemma for First Amendment jurisprudence» (*ibidem*). Cfr., sulla distinzione, G.E. CARMI, «Dignity versus Liberty: The Two Western Cultures of Free Speech», cit., p. 346.

¹⁶³ Cfr. C. CARUSO, «Teoria e «ideologia» della libertà di espressione. La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti sulla *freedom of speech*», cit., p. 22; D. MARTÍN HERRERA, *Extreme speech y libertad de expresión. Análisis de la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema estadounidense*, cit., pp. 152-153. Come sostiene Schauer: «If government may not under the First Amendment distinguish between Republicans and Communists, or prohibit the speeches of the flat-earthers because of the patent falsity of their beliefs, then the government may not [...] distinguish between espousals of racial equality and espousals of racial hatred, nor may the government prohibit public denials of the factuality of the Holocaust just because of the demonstrable falsity of that proposition and the harm that would ensue from its public articulation», F. SCHAUER, «The exceptional First Amendment», cit., pp. 35-36.

¹⁶⁴ *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

esplicitamente) di *Dennis v. United States* e (qui esplicitamente) di *Whitney v. California*, oltre a sostituire il criterio del *clear and present danger* con quello dell'*imminent lawless action*.

Il caso riguarda un membro (e leader) del Ku Klux Klan in Ohio, Clarence Brandenburg, che contatta un'emittente televisiva per fare pubblicità ad un evento del clan in cui un gruppo di uomini incappucciati – che indossavano il famoso copricapo bianco a punta che nasconde il viso, lasciando scoperti solo gli occhi – e armati svolgevano il loro rituale bruciando croci, simbolo della persecuzione razziale negli Stati Uniti. In uno dei discorsi dei membri veniva detto espressamente che il gruppo si sarebbe vendicato contro i neri e gli ebrei¹⁶⁵, contro i quali la “razza bianca e caucasica” doveva ribellarsi, poiché svantaggiata rispetto ai primi proprio a causa delle politiche governative dell'epoca¹⁶⁶. Nella sentenza si sottolinea che non era presente nessuno oltre ai membri del Ku Klux Klan e all'inviato della televisione.

Brandenburg era stato processato e condannato in primo grado nello Stato dell'Ohio per la condotta di «advocating violence»¹⁶⁷, condanna poi confermata in sede di appello.

La Corte Suprema USA, ribaltando la sentenza e statuendo che essa era stata emessa in violazione del Primo Emendamento, finisce per adottare una posizione che riprende quella del Justice Douglas (nella sua *dissenting opinion*) nel caso *Dennis v. United States*, oltre che una distinzione già in parte emersa in *Yates v. United States*¹⁶⁸ e *Whitney v. California*:

Il principio che viene affermato dalla sentenza *per curiam* è il seguente:

«[T]he constitutional guarantees of free speech and free press do not permit a State to forbid or proscribe advocacy of the use of force or of law violation except where such advocacy is directed to inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action»¹⁶⁹.

Pertanto, la mera *advocacy* astratta non può essere punita, se non quando essa sia volta all'*incitamento* a compiere una «*imminent lawless action*» (devono cioè sussistere l'*intenzionalità* della condotta di incitamento e lo *scopo* dell'incitamento stesso) ed essa sia *idonea* ad incitare o a produrre tale azione (criterio dell'*idoneità* nel senso della probabilità)¹⁷⁰. Per ciò

¹⁶⁵ Per chiarezza, si riportano qui alcune delle frasi pronunciate dai membri: «This is what we are going to do to the niggers»; «A dirty nigger!»; «Send the Jews back to Israel!»; «Bury the niggers»; «Nigger will have to fight for every inch he gets from now on» (Ivi, 395 U.S. 444, 446 (1969)).

¹⁶⁶ «We're not a revengent organization, but if our President, our Congress, our Supreme Court, continues to suppress the white, Caucasian race, it's possible that there might have to be some revengeance taken» (*ibidem*).

¹⁶⁷ Per maggior precisione, il *Criminal Syndicalism Statute* dell'Ohio puniva la condotta di «advocat[ing] [...] the duty, necessity, or propriety of crime, sabotage, violence, or unlawful methods of terrorism as a means of accomplishing industrial or political reform» e di «voluntarily assembl[ing] with any society, group or assemblage of persons formed to teach or advocate the doctrines of criminal syndicalism». Il riferimento è rinvenibile in *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444, 444-445 (1969).

¹⁶⁸ *Yates v. United States*, 354 U.S. 298, 318 (1957), ove si distingue tra «advocacy of abstract doctrine» e «advocacy directed at promoting unlawful action».

¹⁶⁹ *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444, 447 (1969).

¹⁷⁰ Cfr. A. KOLTAY, *Freedom of Speech. The Unreachable Mirage*, cit., pp. 131-132; T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal*, cit., pp. 190-191.

che concerne l'intenzionalità, vi è chi ha sostenuto che essa debba essere misurata secondo il criterio della *actual malice* emerso in *Sullivan*¹⁷¹.

Va sottolineato, in ogni caso, che anche l'*advocacy* a compiere una *lawless action* deve godere di protezione costituzionale laddove da essa non scaturisca un'azione illegale dal carattere *imminent*¹⁷²: laddove l'azione conseguente non sia immediata, la condotta di *advocacy* non potrà essere sanzionata¹⁷³. Si tratta, cioè, di un principio coerente con la giurisprudenza della «*viewpoint-neutrality*»: non si può proibire l'espressione di particolari punti di vista, fatto salvo il caso in cui essi, appunto, sfocino in una conseguente imminente azione illegale¹⁷⁴.

L'adozione di un siffatto criterio conferma la tendenza precedente della giurisprudenza suprema a privilegiare l'attenzione agli *effetti perlocutori* degli atti linguistici, irrigidendo ulteriormente tale criterio. La mera *advocacy* di idee (atti linguistici in senso *illocutorio*) non viene considerata sufficientemente pericolosa da poter essere proibita¹⁷⁵.

Peraltro, ancora una volta, la Corte conferma la lettura del Primo Emendamento nei termini di una libertà come non-interferenza¹⁷⁶.

Inoltre, va sottolineato che il *Justice Douglas*, nella sua *concurring opinion*, sostiene il necessario superamento della dottrina del *clear and present danger*: egli, infatti, ritiene che si tratti di un criterio di già dubbia legittimità in tempo di guerra, ma che sicuramente non può

¹⁷¹ C. CARUSO, "Teoria e "ideologia" della libertà di espressione. La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti sulla *freedom of speech*", cit., p. 17, ove nell'ultima parte la dottrina della *actual malice* è utilizzata nelle *extreme expressions* in *Brandenburg*.

¹⁷² K. GREENAWALT, *Speech, Crime, and the Uses of Language*, cit., p. 217. Greenawalt, in un'altra opera, sottolinea come una questione problematica emergente da *Brandenburg* sia il fatto che la sentenza non chiarisce se il criterio vada adottato solamente con riferimento ai discorsi pubblici o anche alle comunicazioni private: cfr. K. GREENAWALT, *Fighting Words. Individuals, Communities, and Liberties of Speech*, cit., p. 19.

¹⁷³ Ciò viene ribatito dalla Corte Suprema nel caso *Hess v. Indiana*, 414 U.S. 105 (1973), in cui la Corte riconosce che la condotta «at worst, it amounted to nothing more than advocacy of illegal action at some indefinite future time. This is not sufficient to permit the State to punish Hess' speech» (ivi, 108), in quanto mancava il carattere *imminent* dell'azione conseguente. Inoltre, sempre in *Hess*, la Corte sostiene che «[s]ince the uncontroverted evidence showed that Hess' statement was not directed to any person or group of persons, it cannot be said that he was advocating, in the normal sense, any action» (ivi, 108-109), ribadendo il requisito necessario per cui l'espressione deve essere rivolta ad una persona o ad un gruppo. Cfr., sul punto, K. GREENAWALT, *Speech, Crime, and the Uses of Language*, cit., p. 209; J.J. HEMMER JR., *The Supreme Court and the First Amendment*, cit., p. 26; D. MARTÍN HERRERA, *Extreme speech y libertad de expresión. Análisis de la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema estadounidense*, cit., p. 139.

¹⁷⁴ A. ALTMAN, "Freedom of Expression and Human Rights Law: The Case of Holocaust Denial", cit., pp. 34-35.

¹⁷⁵ Cfr. H.A. LINDE, "Clear and Present Danger" Reexamined: Dissonance in the *Brandenburg* Concerto", in J.H. GARVEY, F. SCHAUER, (eds.) *The First Amendment: A Reader*, cit., pp. 203-208, p. 204; S.W. GARD, "Fighting Words as Free Speech", cit., p. 539; M. ROSENFELD, "Hate Speech in Constitutional Jurisprudence", cit., p. 253; A. LEVIN, *The Cost of Free Speech. Pornography, Hate Speech, and their Challenge to Liberalism*, Palgrave MacMillan, New York, 2010, p. 176; D.M. O'BRIEN, *Congress Shall Make No Law. The First Amendment, Unprotected Expression, and the Supreme Court*, cit., p. 10; A. VALERO HEREDIA, "Los discursos del odio. Un estudio jurisprudencial", cit., p. 315; A. GASCÓN CUENCA, "La primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica y la protección del discurso racista", cit., p. 174; R. ALCÁCER GUIRAO, "Víctimas y disidentes. El «discurso del odio» en EE.UU. y Europa", cit., p. 63.

¹⁷⁶ «A statute which fails to draw this distinction impermissibly intrudes upon the freedoms guaranteed by the First and Fourteenth Amendments. It sweeps within its condemnation *speech which our Constitution has immunized from governmental control*», *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444, 448 (1969; corsivi nostri).

essere utilizzato in tempo di pace¹⁷⁷. Alla base di questo ragionamento sta il fatto che, nell'interpretazione di Douglas, il criterio del *clear and present danger* non permette di separare il discorso dalla conseguente azione¹⁷⁸. Il superamento del *clear and present danger* ha l'effetto di cristallizzare una dottrina maggiormente protettiva del discorso – con tendenze evidentemente assolutistiche – attraverso il rigetto del *criterio del danno* (o del pericolo di danno)¹⁷⁹.

Ma le parole di Douglas risultano importanti, in questa sede, anche per il fatto che esse contribuiscono a delineare una versione della distinzione tra *speech* e *action* che ricorda quella di Emerson (cfr. *supra*, § 5.1), nella quale il criterio per punire una condotta in maniera coerente con il Primo Emendamento si sposta il più possibile verso il secondo termine, ricomprendendo numerose condotte espressive entro la protezione fornita al primo:

«Action is often a method of expression and within the protection of the First Amendment. [...] Picketing, as we have said on numerous occasions, is “free speech plus”. [...] That means that it can be regulated when it comes to the “plus” or “action” side of the protest. [...] *The line between what is permissible and not subject to control and what may be made impermissible and subject to regulation is the line between ideas and overt acts.* The example usually given by those who would punish speech is the case of one who falsely shouts fire in a crowded theatre. This is, however, a classic case where speech is brigaded with action. [...] They are indeed inseparable and a prosecution can be launched for the overt acts actually caused. Apart from rare instances of that kind, speech is, I think, immune from prosecution. Certainly there is no constitutional line between advocacy of abstract ideas [...] and advocacy of political action [...]. The quality of advocacy turns on the depth of the conviction; and government has no power to invade that sanctuary of belief and conscience»¹⁸⁰.

Pertanto, da ciò Douglas fa discendere l'impossibilità di proibire la condotta di *advocacy*: solamente quando una condotta espressiva sfocia nel mondo di quelli che egli definisce «overt acts» essa può essere proibita senza violare il Primo Emendamento, ovvero quando *speech shades into action*. Evidentemente, il Justice Douglas utilizza il classico argomento dei *free speech absolutists* che, come già più volte ricordato, separa gli effetti *illocutori* da quelli *perlocutori*, sostenendo la possibilità di punire solamente i secondi.

Il caso in analisi cristallizza l'atteggiamento della giurisprudenza costituzionale nei confronti dell'*hate speech* razzista, *de facto* concedendo ad esso protezione costituzionale¹⁸¹. Tale principio, infatti, è alla base della riserva apposta dagli Stati Uniti all'art. 20.2 dell'ICCPR (cfr. *supra*, § 1.2.), che consente loro di evitare di punire le condotte di *hate speech* se non nei casi in cui l'*advocacy* sia diretta all'incitamento ad una *imminent lawless action*.

Da ultimo, è interessante sottolineare, come è stato fatto, che il criterio della «subversive advocacy» che sfocia nell'*imminent lawless action* va letto in consonanza con la dottrina delle *fighting words*: entrambe, infatti, si riferiscono all'effetto del discorso – che, in questa

¹⁷⁷ Justice Douglas, *Concurring opinion*, in *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444, 452 (1969). Concorda con questa interpretazione anche il Justice Black, nella sua *concurring opinion* (ivi, 449).

¹⁷⁸ K. GREENAWALT, *Speech, Crime, and the Uses of Language*, cit., p. 217; A. KOLTAY, *Freedom of Speech. The Unreachable Mirage*, cit., p. 132.

¹⁷⁹ D. MARTÍN HERRERA, *Extreme speech y libertad de expresión. Análisis de la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema estadounidense*, cit., p. 136. Cfr., sul punto, L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, cit., pp. 116-117; S. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *La libertad de expresión*, cit., p. 43.

¹⁸⁰ Justice Douglas, *Concurring opinion*, in *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444, 454-457 (1969; corsivi nostri).

¹⁸¹ I. SPIGNO, *Discorsi d'odio. Modelli costituzionali a confronto*, cit., pp. 76-77.

sede, si è definito in termini *perlocutori*. La differenza sta nel fatto che il primo tipo di condotta è rivolto ad una «sympathetic» audience, mentre il secondo ad un «hostile listener»¹⁸². Se si misura questa suddivisione con le conseguenze delle due dottrine nell'alveo della giurisprudenza statunitense, se ne deduce che, negli Stati Uniti, tanto l'*hate speech* discriminatorio nei confronti di un gruppo vulnerabile rivolto a terzi (ad esempio, ad una folla), quanto l'*hate speech face-to-face*, non sono punibili se non sulla base dei loro *effetti perlocutori* – se non, cioè, quando da essi scaturisca una conseguente azione o vi sia il pericolo che ciò accada. Nel caso dell'*hate speech face-to-face*, in realtà, vi è la possibilità di punire indipendentemente dall'azione conseguente, e tuttavia solamente sulla base del generico reato di ingiuria, non anche in virtù di una specifica aggravante d'odio. Nel caso dell'*hate speech* rivolto a terzi, invece, è possibile proibire solo se esso incita all'odio violento e all'azione imminente¹⁸³. Si tratta di requisiti talmente stringenti da «enable *de facto* impunity for hate speech»¹⁸⁴.

Brandenburg non è mai stato oggetto di *overruling* e rimane, ad oggi, il criterio utilizzato dalla Corte Suprema per giudicare questioni di *hate speech*.

7.2.13 – *National Socialist Party of America et al. v. Village of Skokie* (1977): libertà d'espressione per i nemici della libertà?

Il Partito Nazionalsocialista d'America (*National Socialist Party of America*, NSPA), fondato nel 1970 da Frank Collin, con sede a Chicago, negli anni '70 aveva organizzato liberamente numerose marce e dimostrazioni neonaziste in un quartiere della città, fino a che le autorità decisero di imporre ad esso il deposito di una cifra di 350 mila dollari a titolo di assicurazione per la sicurezza pubblica. Al fine di organizzare l'ennesima dimostrazione, Collin richiese alla cittadina di Skokie, nella periferia di Chicago, l'autorizzazione a marciare, che fu concessa dal Sindaco. Nella cittadina di Skokie viveva una comunità di ebrei, molti dei quali erano sopravvissuti all'Olocausto, che iniziò a protestare prima che la marcia avesse luogo. In seguito, il Sindaco decise di ritirare l'autorizzazione e fece approvare una serie di ordinanze che vietavano marce neonaziste che diffondevano messaggi di odio antisemita. Inoltre, una Corte della Contea di Cook emise un'ordinanza restrittiva nei confronti del NSPA, proibendo di marciare indossando le uniformi naziste ed esibendo la swastika, contro la quale si scatenò l'*American Civil Liberties Union* (ACLU). L'ACLU, rappresentando il NSPA, fece ricorso alla Corte d'appello dell'Illinois, che rifiutò il ricorso; altrettanto fece la Corte Suprema dell'Illinois, cosicché il caso fu portato alla Corte Suprema degli Stati Uniti.

¹⁸² S.W. GARD, "Fighting Words as Free Speech", cit., p. 537.

¹⁸³ F. SCHAUER, "The exceptional First Amendment", cit.: «In the context of hate speech, therefore, *Brandenburg* stands for the proposition that in the United States restrictions on the incitement of racial hatred can be countenanced under the First Amendment only when they are incitements to *violent* racial hatred, and even then only under the rare circumstances in which the incitements unmistakably call for immediate violent action, and even then only under the more rare still circumstances in which members of the listening audience are in fact likely immediately to act upon the speaker's suggestion» (p. 36).

¹⁸⁴ G.E. CARMİ, "Dignity versus Liberty: The Two Western Cultures of Free Speech", cit., p. 347.

Quest'ultima lamentò la violazione del Primo Emendamento per il rifiuto delle garanzie d'appello¹⁸⁵, rimettendo il caso alla Corte Suprema dell'Illinois, che a sua volta lo rimise alla Corte d'appello, la quale statui che la swastika non era un simbolo coperto dalla protezione del Primo Emendamento. Il caso giunse nuovamente alla Corte Suprema dell'Illinois, che questa volta accordò protezione al simbolo della swastika, statuendo che essa non poteva considerarsi alla stregua delle *fighting words*. La Corte Suprema degli Stati Uniti rifiutò dunque di ricevere il caso, di fatto autorizzando la marcia con le divise naziste e la swastika, oltre alla diffusione di volantini che incitavano all'odio contro gli ebrei¹⁸⁶. Nonostante ciò, il NSPA decise di non marciare a Skokie, organizzando la dimostrazione a Chicago.

Come è stato osservato,

«le obiezioni alla dimostrazione nazista erano fondate prevalentemente sulla preoccupazione per la sensibilità dei sopravvissuti all'Olocausto. Non sussisteva il pericolo che nel comune di Skokie si verificassero degli scontri reali, in quanto sarebbe stato sufficiente adottare misure idonee a evitarli. Piuttosto si trattava dell'idea che la mera presenza dei nazisti all'interno di quella comunità era un qualcosa che non si poteva assolutamente tollerare. Elemento questo non sufficiente per poter limitare la libertà di espressione»¹⁸⁷.

Il Tribunale inferiore, infatti, aveva statuito che i simboli nazisti, nonostante implicassero un collegamento diretto con le idee che hanno portato al genocidio degli ebrei, non costituivano *fighting words* poiché non vi era stato alcun episodio *face-to-face* e, inoltre, non se ne poteva automaticamente dedurre il rischio di una risposta violenta¹⁸⁸. Inoltre, la Corte, adottando un ragionamento che rievocava l'argomento del *marketplace of ideas*, aveva statuito che spettava ai cittadini e non al governo «to separate the true from the false»¹⁸⁹.

La Corte Suprema degli Stati Uniti, accettando gli argomenti delle corti inferiori, che vedevano nel divieto ai neonazisti di marciare su Skokie un'eccessiva restrizione della libertà d'espressione e dunque una conseguente violazione del Primo Emendamento, *de facto* accorda protezione a questo tipo di condotta. All'esito delle sentenze citate, si può affermare che le condotte espressive che si richiamano alle idee naziste non costituiscono *hate speech* punibile negli Stati Uniti, ciò che contribuisce a distinguere l'esperienza di tale paese in maniera piuttosto diversa da quanto accade, invece, in altri ordinamenti, come si vedrà in sede di trattazione della giurisprudenza EDU (cfr. *infra*, § 7.4).

¹⁸⁵ *National Socialist Party of America et al. v. Village of Skokie*, 432 U.S. 43 (1977).

¹⁸⁶ L'ordinanza restrittiva della Corte della Contea di Cook, infatti, vietava le seguenti condotte: «[m]arching, walking or parading in the uniform of the National Socialist Party of America; [m]arching, walking or parading or otherwise displaying the swastika on or off their person; [d]istributing pamphlets or displaying any materials which incite or promote hatred against persons of Jewish faith or ancestry or hatred against persons of any faith or ancestry, race or religion»; *National Socialist Party of America et al. v. Village of Skokie*, 432 U.S. 43 (1977). Essa fu oggetto della sentenza della Corte Suprema USA, che *de facto* autorizzò tali condotte.

¹⁸⁷ I. SPIGNO, *Discorsi d'odio. Modelli costituzionali a confronto*, cit., p. 81.

¹⁸⁸ Cfr. S. WALKER, *Hate Speech. The History of an American Controversy*, cit., p. 124; A. VALERO HEREDIA, «Los discursos del odio. Un estudio jurisprudencial», cit., p. 316.

¹⁸⁹ *Collin v. Smith*, 578 F. 2d 1997, 1201, 1203 (7th Cir. 1978). Cfr. A. GASCÓN CUENCA, «La primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica y la protección del discurso racista», cit., p. 176, che richiama l'argomento del *marketplace of ideas* in relazione al caso.

7.2.14 – *R.A.V. v. City of St. Paul* (1992) contro *Virginia v. Black et al.* (2003): *cross-burning*

*R.A.V. v. City of St. Paul*¹⁹⁰ è tra i casi di *hate speech* razzista più celebri negli Stati Uniti, in cui la Corte Suprema, coerentemente con l'impostazione *libertarian* adottata dagli anni '60 in poi, afferma l'incostituzionalità di un'ordinanza (*Bias-Motivated Crime Ordinance*) della cittadina di St. Paul (Minnesota) che puniva «[w]hoever places on public or private property, a symbol, object, appellation, characterization or graffiti, including, but not limited to, a burning cross or Nazi swastika, which one knows or has reasonable grounds to know arouses anger, alarm or resentment in others on the basis of race, color, creed, religion or gender»¹⁹¹.

Nella notte del 21 giugno 1990, un gruppo di ragazzini incendia una croce nel giardino della casa di una famiglia afroamericana in un quartiere residenziale della città di St. Paul. Il giovane R.A.V., che in primo grado fa valere l'argomento per cui l'ordinanza era eccessivamente *overbroad*, viene condannato dalla Corte Suprema del Minnesota, in quanto la condotta punita consisteva nell'utilizzo di *fighting words*. Inoltre, la Corte Suprema del Minnesota statuisce che l'ordinanza non è incostituzionale in quanto *content-based*, poiché «[it] is a narrowly tailored means toward accomplishing the compelling governmental interest in protecting the community against bias-motivated threats to public safety and order»¹⁹².

L'opinione di maggioranza della Corte Suprema, scritta dal *Justice* Scalia (cui si uniscono i *Justices* Rehnquist, Kennedy, Souter e Thomas), è passata alla storia come l'affermazione per cui la proibizione dell'*hate speech* razzista negli Stati Uniti costituisce una *content-based regulation* (entro la quale si caratterizza come *viewpoint-based*)¹⁹³. La Corte accetta la classificazione nei termini delle *fighting words* effettuata dalla Corte Suprema del Minnesota; tuttavia, essa conclude che «the ordinance is facially unconstitutional in that it prohibits otherwise permitted speech solely on the basis of the subjects the speech addresses»¹⁹⁴. Infatti:

«The First Amendment generally prevents government from proscribing speech, [...] or [...] expressive conduct [...] because of disapproval of the ideas expressed. Content-based regulations are presumptively invalid»¹⁹⁵.

¹⁹⁰ *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992).

¹⁹¹ Ivi, 505 U.S. 377, 380 (1992).

¹⁹² Il passaggio della sentenza della Corte Suprema del Minnesota è rinvenibile ivi, 505 U.S. 377, 381 (1992).

¹⁹³ Cfr. C.R. MASSEY, "Hate Speech, Cultural Diversity, and the Foundational Paradigms of Free Expression", in *University of California Law Review*, 40, 1992, pp. 103-197, p. 179; J. WEINSTEIN, "An Overview of American Free Speech Doctrine and its Application to Extreme Speech", cit., p. 86; D.M. O'BRIEN, *Congress Shall Make No Law. The First Amendment, Unprotected Expression, and the Supreme Court*, cit., pp. 63-64 e 154-158; U. BELAVUSAU, *Freedom of Speech. Importing European and US Constitutional Models in Transitional Democracies*, cit., pp. 44-45; C. CARUSO, "Teoria e "ideologia" della libertà di espressione. La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti sulla *freedom of speech*", cit., p. 20; I. SPIGNO, *Discorsi d'odio. Modelli costituzionali a confronto*, cit., p. 84; L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, cit., p. 122; A. VALERO HEREDIA, "Los discursos del odio. Un estudio jurisprudencial", cit., pp. 316-317.

¹⁹⁴ *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377, 381 (1992).

¹⁹⁵ Ivi, 505 U.S. 377, 382 (1992; corsivi nostri).

Nonostante ciò, la Corte ricorda che la giurisprudenza sul Primo Emendamento prevede la possibilità di restringere il discorso per ciò che riguarda determinate categorie che *non* rientrano nella protezione della libertà d'espressione. Tuttavia, essa afferma che, entro le categorie discorsive generalmente punibili, non si può discriminare tra i vari punti di vista, sanzionando, ad esempio, solo la diffamazione contro il governo e non anche contro altri soggetti¹⁹⁶. In base a ciò, dunque, la Corte chiarisce che la dottrina delle *fighting words* non è volta ad eliminare determinati *contenuti* dalla tutela del Primo Emendamento, bensì a sancire la possibilità di restringere la parte «*nonspeech*» della comunicazione:

«In other words, the exclusion of “fighting words” from the scope of the First Amendment simply means that, for purposes of that Amendment, *the unprotected features of the words are, despite their verbal character, essentially a “nonspeech” element of communication*»¹⁹⁷.

A partire da questi argomenti, la Corte sostiene l'incostituzionalità dell'ordinanza della città di St. Paul, in quanto essa discrimina sulla base delle idee espresse:

«Although the phrase in the ordinance, “arouses anger, alarm or resentment in others”, has been limited [...] to reach only those symbols or displays that amount to “fighting words”, the remaining, unmodified terms make clear that the ordinance applies only to “fighting words” that insult, or provoke violence, “on the basis of race, color, creed, religion or gender”. Displays containing abusive invective, no matter how vicious or severe, are permissible unless they are addressed to one of the specified disfavored topics. Those who wish to use “fighting words” in connection with other ideas—to express hostility, for example, on the basis of political affiliation, union membership, or homosexuality—are not covered. The First Amendment does not permit St. Paul to impose special prohibitions on those speakers who express views on disfavored subjects»¹⁹⁸.

Ciò significa che l'ordinanza non è solo *content-based*, bensì attua una vera e propria *viewpoint discrimination*: si impedisce, cioè, non solo l'espressione di particolari tipi di contenuto (ciò che già di per sé necessita di uno *strict scrutiny*), bensì l'espressione di alcuni contenuti a partire da punti di vista specifici.

La sentenza, nel criticare l'ordinanza della città di St. Paul in quanto condanna le *idee* alla base dell'espressione, non i suoi *effetti*, conferma il trattamento *perlocutorio* della proibizione dell'*hate speech*. Inoltre, essa si caratterizza per l'incapacità di tenere in considerazione la struttura dei rapporti sociali di dominazione e oppressione. Una norma che vieta qualsiasi tipo di espressione fondato sull'inferiorità razziale non può essere volta ad impedire ad un nero di chiamare un bianco «Dirty White!»: il significato di quell'espressione, infatti, non veicola lo stesso messaggio di subordinazione sociale veicolato invece da «Dirty Nigger!», proprio per la struttura delle relazioni sociali sottostanti¹⁹⁹.

¹⁹⁶ Ivi, 505 U.S. 377, 383-384 (1992; corsivi nostri).

¹⁹⁷ Ivi, 505 U.S. 377, 386 (1992; corsivi nostri).

¹⁹⁸ Ivi, 505 U.S. 377, 391 (1992).

¹⁹⁹ Cfr., ad esempio, l'analisi di Rosenfeld: «Indeed, the cross burning in R.A.V. occurred in a racially mixed neighborhood, in an era in which several homes of black persons who had moved into white neighborhoods had been burned in efforts to dissuade members of a growing black middle class from moving into white neighborhoods», M. ROSENFELD, “Hate Speech in Constitutional Jurisprudence”, cit., p. 256.

La Corte pare riconoscere la necessità di proteggere i diritti umani, scopo cui è informata l'ordinanza della città di St. Paul: eppure, in quanto *viewpoint discriminatory*, essa non viene ritenuta compatibile con il Primo Emendamento²⁰⁰.

Parzialmente d'aiuto può essere la *concurring opinion* del Justice White, che concorda con il dispositivo della sentenza ma non con le motivazioni. Secondo White, infatti, le *content-based restrictions* non sono vietate: esse costituiscono, anzi, una parte integrante della giurisprudenza sul Primo Emendamento, che esclude determinati contenuti dalla sua applicazione. Pur confermando la visione per cui si può limitare l'*hate speech* solo per i suoi effetti *perlocutori*, la *concurring opinion* di White – con la quale pare in parte concordare anche quella di Stevens – risulta importante nella parte in cui sostiene che l'opinione di maggioranza tratta dell'espressione nel caso concreto come di un contributo al dibattito pubblico, laddove invece, proprio in virtù del suo contenuto, egli ravvisa un *compelling State interest* nella sua proibizione²⁰¹. Inespugnabilmente, egli termina concorrendo al voto di maggioranza, sostenendo però che avrebbe statuito l'incostituzionalità dell'ordinanza di St. Paul in quanto *overbreadth*²⁰², non invece sulla base della *viewpoint discrimination*.

In conclusione, *R.A.V.* contribuisce a consolidare la giurisprudenza suprema statunitense in tema di *free speech* e, soprattutto, ad arroccarla sulla posizione per cui l'*hate speech* razzista non può essere vietato negli Stati Uniti²⁰³. Infatti, se si leggono insieme *Brandenburg* e *R.A.V.*, come è stato suggerito, si può constatare che l'*hate speech* razzista negli Stati Uniti finisce per essere trattato come una forma di *discorso politico*, pertanto soggetto ad impossibilità di restrizione contenutistica in quanto soggetto al principio di eguaglianza nel *marketplace of ideas*²⁰⁴: manca, cioè, il trattamento della questione dell'*hate speech* in termini di conflitto tra diritti inconciliabili, ovvero il diritto alla libertà d'espressione e, ad esempio, il diritto all'eguaglianza²⁰⁵ o alla libertà dalla discriminazione.

²⁰⁰ Si tengano in considerazione le parole della Corte: «Specifically, they assert that the ordinance helps to ensure the basic human rights of members of groups that have historically been subjected to discrimination, including the right of such group members to live in peace where they wish. We do not doubt that these interests are compelling, and that the ordinance can be said to promote them. But the “danger of censorship” presented by a facially content-based statute, [...] requires that that weapon be employed only where it is “necessary to serve the asserted [compelling] interest”. [...] The dispositive question in this case, therefore, is whether content discrimination is reasonably necessary to achieve St. Pauls compelling interests; it plainly is not. An ordinance not limited to the favored topics, for example, would have precisely the same beneficial effect», *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377, 395-396 (1992; corsivi nostri).

²⁰¹ Justice White, *dissenting opinion*, in *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377, 401-407 (1992).

²⁰² In quanto eccessivamente ampia, l'ordinanza non distingueva tra azioni volontarie e involontarie, né tra espressioni che possedevano il precipuo scopo di causare quel sentimento di risentimento ed espressioni che, pur avendo quell'effetto, erano rivolte ad un diverso obiettivo. Inoltre, l'ordinanza non richiedeva che l'azione espressiva fosse rivolta direttamente ad un individuo o ad un gruppo. Cfr., sul punto, I. SPIGNO, *Discorsi d'odio. Modelli costituzionali a confronto*, cit., p. 83.

²⁰³ I. SPIGNO, *Discorsi d'odio. Modelli costituzionali a confronto*, cit., pp. 85-86.

²⁰⁴ Lo rileva, in modo critico, J. WEINSTEIN, “An Overview of American Free Speech Doctrine and its Application to Extreme Speech”, cit., p. 86.

²⁰⁵ A. LEVIN, *The Cost of Free Speech. Pornography, Hate Speech, and their Challenge to Liberalism*, cit., pp. 177-178.

All'esito di *R.A.V.* si comprende, ancora una volta, la riserva apposta dagli Stati Uniti all'art. 20.2 dell'ICCPR: la norma risulta coerente con il diritto interno solamente nella parte in cui vieta l'*incitamento alla violenza*, non anche alla *discriminazione* o all'*ostilità*²⁰⁶.

Tuttavia, va segnalato che tale dottrina in parte subisce una parziale modificazione nel caso *Virginia v. Black et al.*²⁰⁷, che tratta di due sentenze di condanna per violazione di una legge della Virginia che proibiva il *cross burning*.

Richard Elliot e Jonathan O'Mara, la sera del 2 maggio 1988, danno fuoco ad una croce nel giardino del loro vicino nero, in Virginia. Il 22 agosto 1998, invece, Barry Black si rende colpevole di una manifestazione del Ku Klux Klan in una proprietà privata, sempre in Virginia, durante la quale viene bruciata una croce e vengono pronunciati commenti razzisti. In entrambi i casi, si fa appello alla Corte Suprema della Virginia, che ritiene incostituzionale la norma, in quanto indistinguibile da quella applicata nel caso *R.A.V.*

La sentenza della Corte Suprema unisce entrambi i casi limitatamente alla questione del *cross burning*, investita della questione di costituzionalità. La legge in questione, che proibiva il *cross burning*, prevedeva come reato «for any person or persons, with the intent of intimidating any person or group of persons, to burn, or cause to be burned, a cross on the property of another, a highway or other public place», statuendo inoltre che che «[a]ny such burning of a cross shall be *prima facie* evidence of an intent to intimidate a person or group of persons»²⁰⁸.

Nell'opinione di maggioranza, scritta dalla Justice O'Connor, si statuisce un doppio principio: 1) gli Stati, senza violare il Primo Emendamento, possono legittimamente proibire il *cross burning* effettuato con intento intimidatorio; 2) la legge della Virginia, che associa automaticamente il *cross burning* a tale intento, senza richiederne la prova, risulta incostituzionale proprio in virtù di tale presunzione²⁰⁹.

La Corte riconosce che «[b]urning a cross in the United States is inextricably intertwined with the history of the Ku Klux Klan»²¹⁰, ripercorrendone la storia e analizzandone l'inscindibile questione con il razzismo nei confronti degli afroamericani. Inoltre, si riconosce che «[t]o this day, regardless of whether the message is a political one or whether the message is also meant to intimidate, the burning of a cross is a "symbol of hate"»²¹¹. Tuttavia, la Corte distingue l'utilizzo per scopi intimidatori dall'utilizzo che non possiede tali scopi:

«And while cross burning sometimes carries no intimidating message, at other times the intimidating message is the only message conveyed. For example, when a cross burning is directed at a particular person not affiliated with the Klan, the burning cross often serves as a message of intimidation, designed to inspire in the victim a

²⁰⁶ K. BOYLE, "Hate Speech – The United States Versus the Rest of the World?", cit., p. 495.

²⁰⁷ *Virginia v. Black et al.*, 538 U.S. 343 (2003).

²⁰⁸ Ivi, 538 U.S. 343, 348 (2003).

²⁰⁹ Ivi, 538 U.S. 343, 347-348 (2003).

²¹⁰ Ivi, 538 U.S. 343, 352 (2003).

²¹¹ Ivi, 538 U.S. 343, 357 (2003). Cfr., sul punto, I. SPIGNO, *Discorsi d'odio. Modelli costituzionali a confronto*, cit., pp. 86-87; L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, cit., pp. 124-125; D. MARTÍN HERRERA, *Extreme speech y libertad de expresión. Análisis de la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema estadounidense*, cit., p. 198; U. BELAVUSAU, *Freedom of Speech. Importing European and US Constitutional Models in Transitional Democracies*, cit., pp. 45-46.

fear of bodily harm. Moreover, the history of violence associated with the Klan shows that the possibility of injury or death is not just hypothetical. The person who burns a cross directed at a particular person often is making a serious threat, meant to coerce the victim to comply with the Klan's wishes unless the victim is willing to risk the wrath of the Klan. Indeed, as the cases of respondents Elliott and O'Mara indicate, individuals without Klan affiliation who wish to threaten or menace another person sometimes use cross burning because of this association between a burning cross and violence. In sum, while a burning cross does not inevitably convey a message of intimidation, often the cross burner intends that the recipients of the message fear for their lives. And when a cross burning is used to intimidate, few if any messages are more powerful»²¹².

La Corte riconosce la necessità di utilizzare la dottrina della *true threat*²¹³, in base alla quale non trova protezione entro il Primo Emendamento l'espressione utilizzata come minaccia nei confronti di terzi (individui o persone) di commettere un atto di violenza. In base a tale dottrina, la Corte ritiene che la legge della Virginia, nella parte in cui proibisce il *cross burning* con intento intimidatorio, sia costituzionalmente legittima, in quanto diversa da quella del caso *R.A.V.*, poiché indipendente dal contenuto²¹⁴. Tuttavia, nella parte in cui invece essa statuisce che dal semplice atto del *cross burning* debba farsi derivare un'automatica prova dell'intento intimidatorio, la legge viene ritenuta incostituzionale²¹⁵.

Tra le opinioni dissenzienti, occorre sottolineare quella del *Justice* Thomas, che risulta particolarmente coerente con un approccio *illocutorio* alla questione del *cross burning*. Thomas sostiene che in ogni cultura vi siano simboli che acquistano un significato che va oltre la capacità di comprensione esterna: il *cross burning* è uno di questi²¹⁶. Secondo Thomas, indipendentemente dall'intento intimidatorio, esso dovrebbe costituire un'eccezione alla libertà d'espressione: pertanto, «*it is also reasonable to presume intent to intimidate from the act itself*»²¹⁷.

Nell'opinione di maggioranza si fa “un passo avanti” nella possibile tutela della situazione delle vittime dell'*hate speech* razzista, allorché si riconosce, appunto, che il *cross burning* veicola un messaggio discriminatorio. Inoltre, l'opinione di maggioranza pare deviare dal criterio dell'*incitamento alla violenza*, ritenendo, nel caso di specie, “sufficiente” la sussistenza della prova dell'intento intimidatorio²¹⁸. Tuttavia, il ragionamento della Corte si basa evidentemente su un'impostazione *perlocutoria*: la minaccia, infatti, costituisce un tentativo di apportare conseguenze perlocutorie al discorso, ovvero quella dell'intimidazione del soggetto

²¹² *Virginia v. Black et al.*, 538 U.S. 343, 357 (2003).

²¹³ Con riferimento a *Watts v. United States*, 394 U.S. 705, 708 (1969). Cfr. D.M. O'BRIEN, *Congress Shall Make No Law. The First Amendment, Unprotected Expression, and the Supreme Court*, cit., pp. 65-66.

²¹⁴ *Virginia v. Black et al.*, 538 U.S. 343, 363 (2003). Cfr. A. GASCÓN CUENCA, “La primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica y la protección del discurso racista”, cit., pp. 178-179; A. VALERO HEREDIA, “Los discursos del odio. Un estudio jurisprudencial”, cit., p. 317.

²¹⁵ Cfr. L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, cit., p. 125; K. BERGAMI, G.M. POLITO, “Libertà di espressione e incitamento all'odio”, in P. MANZINI, A. LOLLINI (a cura di), *Diritti fondamentali in Europa: un casebook*, Il Mulino, Bologna, 2015, pp. 71-98, pp. 74-76.

²¹⁶ *Justice* Thomas, *Dissenting opinion*, in *Virginia v. Black et al.*, 538 U.S. 343, 388 (2003).

²¹⁷ Ivi, 538 U.S. 343, 389-398 (2003; corsivi nostri).

²¹⁸ M. ROSENFELD, “Hate Speech in Constitutional Jurisprudence”, cit., p. 257.

minacciato. In questo senso, la Corte contribuisce a rafforzare l'idea per cui la semplice esposizione di idee razziste non costituisce *hate speech* punibile negli Stati Uniti²¹⁹. Perciò, la *dissenting opinion* del Justice Thomas testimonia la possibilità di adottare un approccio *illocutorio*, entro il quale il *cross burning* contiene *ex se* un intento intimidatorio, da non ricercarsi negli effetti concreti della condotta.

7.2.15 – *Snyder v. Phelps et al.* (2011): *hate speech*, omofobia e discorso di interesse pubblico

*Snyder v. Phelps*²²⁰ è un importante caso di *hate speech* omofobo giunto alla Corte Suprema USA. Esso riguarda un episodio svoltosi nel Maryland, durante il funerale di Matthew A. Snyder, soldato statunitense morto in Iraq nel 2006, ove un gruppo della Chiesa Battista del Westboro (guidato dal signor Phelps) decise di presenziare facendo attività di picchettaggio, mostrando cartelli e pronunciando frasi dal sapore omofobo²²¹. Tuttavia, la condotta fu consumata a debita distanza dalla chiesa del funerale (circa 300 metri), secondo le direttive della polizia, in modo da non disturbarne lo svolgimento. Infatti, Snyder padre non sentì i commenti né poté leggere dettagliatamente i cartelli fino a che non vide un notiziario quella sera.

Snyder padre denunciò per diffamazione e «intentional infliction of emotional distress» Phelps, insieme alla Chiesa Battista di Westboro. Così, essi furono condannati in primo grado al pagamento di una multa piuttosto consistente. In appello, la sentenza fu ribaltata e Snyder fu condannato anche al pagamento delle spese giudiziarie per la controparte. Il caso, giunto alla Corte Suprema degli Stati Uniti, si concluse con un giudizio a favore di Phelps.

Secondo il ragionamento della Corte, il fatto che il Primo Emendamento sia invocabile in questo caso dipende dalla natura – pubblica o privata – del discorso incriminato: il discorso su affari pubblici, infatti, costituisce il *core* della clausola del *free speech*²²². La Corte ricorda che il discorso ha a che fare con affari di interesse pubblico quando può essere «fairly considered as relating to any matter of political, social, or other concern to the community»²²³. Sulla base di tale criterio, la Corte ritiene che nel caso di specie si tratti di un discorso di interesse

²¹⁹ Lo riconosce, in maniera critica, J. WEINSTEIN, “An Overview of American Free Speech Doctrine and its Application to Extreme Speech”, cit., p. 87. Pare riconoscerlo, in parte, anche G.E. CARMI, “Dignity versus Liberty: The Two Western Cultures of Free Speech”, cit., pp. 352-353.

²²⁰ *Snyder v. Phelps*, 562 U.S. 443 (2011).

²²¹ Tra le altre: «You're going to hell», «Fag troops», «God hates you», «America is doomed», «Semper fi fags», «God Hates Fags», «Thanks God for dead soldiers», «Fags Doom Nations». Inoltre, i membri della Chiesa Battista del Westboro presenti rivolsero commenti d'odio anche al padre e alla madre, criticandoli poiché avevano «taught Matthew to defy his creator», «raised him for the devil» e «taught him that God was a liar». Le frasi sono riportate *ivi*, 562 U.S. 443, 444, (2011).

²²² *Snyder v. Phelps*, 562 U.S. 443, 448 (2011). Cfr. *Hustler Magazine, Inc. v. Falwell*, 485 U.S. 46, 56 (1988). Cfr., inoltre, A. VALERO HEREDIA, “Los discursos del odio. Un estudio jurisprudencial”, cit., p. 319; R. ALCÁZER GUIRAO, “Víctimas y disidentes. El «discurso del odio» en EE.UU. y Europa”, cit., p. 61; U. BELAVUSAU, *Freedom of Speech. Importing European and US Constitutional Models in Transitional Democracies*, cit., pp. 46.

²²³ *Connick v. Myers*, 461 U.S. 138, 146 (1983).

pubblico, il quale ricade entro la protezione del Primo Emendamento. Pertanto, data la particolare protezione accordata a tale tipo di discorso, il fatto che esso sia offensivo non risulta sufficiente per proibirlo²²⁴. Così, la Corte conclude in termini tendenzialmente assolutistici:

«Speech is powerful. It can stir people to action, move them to tears of both joy and sorrow, and—as it did here— inflict great pain. On the facts before us, we cannot react to that pain by punishing the speaker. As a Nation we have chosen a different course—to protect even hurtful speech on public issues to ensure that we do not stifle public debate»²²⁵.

Si tratta di un ragionamento che si definisce tendenzialmente assolutista perché, solamente sulla base della categorizzazione del discorso come “di interesse politico”, accorda protezione sotto il Primo Emendamento. Accordata tale protezione, gli effetti *perlocutori* (l’offensività) della condotta non vengono ritenuti sufficienti per proibire il discorso. Peraltro, secondo la Corte manca, nel caso di specie, una *captive audience* che si veda costretta ad ascoltare il messaggio “senza via d’uscita”.

Anche la *dissenting opinion* del Justice Alito, pur sostenendo le ragioni contrarie rispetto all’opinione di maggioranza, pare in linea con un’analisi *perlocutoria*:

«Our profound national commitment to free and open debate is not a license for the vicious verbal assault that occurred in this case. It does not follow [...] that they may intentionally inflict severe emotional injury on private persons at a time of intense emotional sensitivity by launching vicious verbal attacks that make no contribution to public debate»²²⁶.

Egli, infatti, ritiene che le conseguenze negative – l’«emotional distress» – subite da Snyder padre siano sufficienti per confermare la condanna, così utilizzando il *principio del danno*. Tuttavia, vi è un elemento importante nella riflessione di Alito, che invece nell’opinione di maggioranza passa totalmente inosservato: il fatto che alcuni dei messaggi nei cartelli erano indirizzati direttamente a Matthew Snyder e alla sua famiglia. Non si trattava, cioè, di commenti generali sull’omosessualità, bensì di vere e proprie offese rivolte contro individui concreti²²⁷: da ciò egli ne fa derivare una caratterizzazione *privata* del discorso.

In ogni caso, il problema con il quale ci si scontra nell’affrontare la questione esclusivamente dal punto di vista degli effetti *perlocutori* è che vi possono essere casi in cui il messaggio risulta subordinante ed *oppressivo a livello illocutorio*, ma la vittima non riporta alcun danno diretto in senso perlocutorio. In ciò, si ritiene, si finirebbe per tutelare la sensibilità soggettiva della vittima, piuttosto che l’oggettività del carattere discriminatorio del messaggio.

²²⁴ *Snyder v. Phelps*, 562 U.S. 443, 455 (2011). Qui la Corte cita *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397, 414 (1989) e *Boos v. Barry*, 485 U.S. 312, 322 (1988).

²²⁵ *Snyder v. Phelps*, 562 U.S. 443, 458 (2011). Cfr., sul punto, I. SPIGNO, *Discorsi d’odio. Modelli costituzionali a confronto*, cit., pp. 90-91; F. RATTO TRABUCCO, “L’hate speech nell’esperienza dei social networks e della giurisprudenza americana”, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 57, 2017, pp. 85-95, p. 89.

²²⁶ Justice Alito, *Dissenting opinion*, in *Snyder v. Phelps*, 562 U.S. 443, 443-444 (2011).

²²⁷ Cfr. *ivi*, 562 U.S. 443, 451-452 (2011).

7.3 – L’*hate speech* negli Stati Uniti: il modello liberale-perlocutorio

Sebbene la giurisprudenza statunitense analizzata non sia incentrata esclusivamente su questioni concernenti l’*hate speech*, le dottrine e i precedenti utilizzati dalla Corte Suprema USA nei casi in esame hanno permesso di mettere concretamente in rilievo alcune caratteristiche che sono state accennate in apertura, le quali spiegano effetti sul trattamento giuridico della libertà d’espressione e dell’*hate speech* e contribuiscono alla delineazione di un modello statunitense, orientato al principio della tendenziale prevalenza della libertà d’espressione.

Come si è visto, il Primo Emendamento alla Costituzione degli Stati Uniti d’America, con specifico riguardo alla parte che proibisce al Governo di limitare la libertà d’espressione, inizialmente si applicava solamente al governo federale (*Patterson v. Colorado*). È solo nel 1925, con *Gitlow v. People of New York*, che la Corte Suprema riconosce che esso si applica anche agli Stati federati. Ad ogni modo, il Primo Emendamento è volto a tutelare la libertà d’espressione contro l’interferenza del governo (federale o statale), cosicché trova conferma, anche nella trattazione effettuata da parte della Corte Suprema, il modello di libertà d’espressione come spazio individuale libero dall’interferenza statale (*Whitney v. California*), fondato cioè su una libertà negativa come non-interferenza.

Sull’utilizzo, da parte di questo modello, della metafora del *marketplace of ideas* (cfr. *supra*, § 3.2), ci si è soffermati a sufficienza. Occorre solamente ricordare che esso trova conferma, al di là delle occasioni concrete in cui la Corte Suprema si riferisce ad esso esplicitamente (è ormai nota la formulazione, da parte di Holmes, in *Abrams v. United States*, poi ripresa, ad esempio, nei casi *Collin v. Smith* e *Police Department of Chicago v. Mosley*), nell’applicazione del criterio *content-neutral* alle restrizioni alla libertà d’espressione (*Police Department of Chicago v. Mosley*). Nel *free trade in ideas*, infatti, non si accettano le restrizioni del discorso, soprattutto in ambito politico, poiché incompatibili con la democrazia: al contrario, tutte le opinioni trovano spazio nel dibattito pubblico, anche quelle dei “nemici della libertà” (come ad esempio i nazisti nel caso *Skokie*). Così, le norme contro l’*hate speech* razzista sono viste come una *content-based regulation* e di conseguenza sottoposte ad uno stretto scrutinio per presunzione di incostituzionalità (*R.A.V. v. City of Saint Paul*). Anche il discorso apertamente omofobo, ad esempio, trova spazio nel dibattito pubblico (*Snyder v. Phelps*).

Nell’impostazione della Corte, non mancano concezioni ultra-libertarian: si pensi, ad esempio, all’opinione di Holmes in *Schenck v. United States*, che sostiene che il divieto di restrizione della libertà d’espressione non si applichi solo ai *prior restraints*, o alla *concurring opinion* di Black in *New York Times v. Sullivan*, ove la libertà d’espressione è concepita come «[the] unconditional right to say what one pleases».

Nonostante ciò, il lavoro della Corte si basa su posizioni meno assolutiste, attraverso l’adozione di dottrine che sanciscono la possibilità teorica di restringere la libertà d’espressione al ricorrere specifici requisiti. Ciò, tuttavia, non assicura che il risultato non sia un assolutismo “di rimando” per quanto riguarda, quantomeno, la specifica questione dell’*hate speech*: l’elemento che permette di comprendere questa affermazione è il trattamento esclusivamente *perlocutorio* delle restrizioni alla libertà d’espressione.

Così, per esempio, inizialmente la posizione della Corte, nell'adottare il criterio della *bad tendency* (inagurato in *Patterson v. Colorado*, stessa sentenza in cui si statuisce che il divieto del Primo Emendamento riguarda solo i *prior restraints*, non anche quelli successivi), è quello volto a statuire la possibilità di restringere la libertà d'espressione nel caso in cui essa abbia tra i propri effetti quello di condurre al compimento di atti dannosi. Si tratta di un criterio che, quantomeno nei primi due decenni del Novecento, testimonia l'attività restrittiva della libertà d'espressione da parte della Corte Suprema.

Il criterio, soppiantato da quello del *clear and present danger* (*Schenck v. United States*), subisce un irrigidimento che ha l'effetto di diminuire le possibilità di restrizione della libertà d'espressione: gli atti espressivi possono essere sanzionati solamente qualora vi sia un pericolo chiaro ed imminente di causare un male sostanziale, che richiede una necessaria relazione causale di tipo simil-materiale tra la condotta espressiva e gli effetti negativi. In *Abrams v. United States*, poi, il criterio dell'effetto perlocutorio si concretizza con la statuizione per cui la condotta viene sanzionata sulla base dell'effetto persuasivo nei confronti del pubblico. Inoltre, la statuizione, nella medesima sentenza, della necessità del nesso eziologico nella *dissenting opinion* di Holmes e Brandeis testimonia l'esistenza, *in nuce*, di quello che sarà un criterio fondamentale di analisi da parte della Corte Suprema nella giurisprudenza successiva.

Nuovamente a conferma del carattere perlocutorio del trattamento della libertà d'espressione e dell'*hate speech* da parte della Corte Suprema, vi è la dottrina delle *fighting words*: essa, nel richiedere che determinate espressioni infliggano un'*injury* o causino un immediata *breach of the peace* (*Chaplinsky v. New Hampshire*), finisce per interpretare l'*hate speech* in senso appunto perlocutorio, la cui proibizione può avvenire sulla base dei suoi effetti negativi, qualora questi raggiungano una certa soglia limite. Le *fighting words*, infatti, devono esse stesse essere interpretate secondo il criterio del *clear and present danger*, come statuito in *Terminiello v. Chicago*. Inoltre, si ricorda che la dottrina delle *fighting words* viene circoscritta esclusivamente alle offese *face-to-face* (contro un individuo o un gruppo di individui), ciò che esclude la sanzione del discorso d'odio "diffuso", sulla base del mero contenuto del messaggio, indipendentemente dagli effetti e dal contesto (*Cohen v. California*). L'unico caso di *hate speech* razzista in cui la Corte Suprema condanna per diffamazione razziale di gruppo rimane ad oggi *Beauharnais v. Illinois*: successivamente, con l'inserimento del requisito della *actual malice* (*New York Times Co. v. Sullivan*) per la prova della diffamazione, il trattamento giuridico dell'*hate speech* rende pressoché impossibile giungere a sentenze di condanna. Un risvolto simile può essere sottolineato in *Virginia v. Black* nel caso del *cross burning*, che richiede l'intento intimidatorio (secondo la dottrina della *true threat*), in assenza del quale non si può vietare la condotta espressiva volta a diffondere un messaggio di inferiorità razziale.

Ancora, con riferimento al trattamento perlocutorio dell'*hate speech*, si ricordi *Snyder v. Phelps*, ove l'assenza di una *captive audience* fa propendere per la non restrizione sulla base dell'indimostrabilità degli effetti negativi. Non solo: quand'anche si tenti di sostenere l'ipotesi contraria, come Alito nella *dissenting opinion* scritta nella medesima sentenza, si conferma ugualmente l'analisi perlocutoria, consistente nel richiedere di sanzionare la condotta sulla base dell'*emotional distress* subito dalle vittime.

Come si è già ricordato, il trattamento perlocutorio dell'*hate speech* si fonda, negli Stati Uniti, sulla distinzione tra *speech* e *action*. Essa risulta piuttosto evidente in alcune sentenze della Corte Suprema: gli stessi criteri della *bad tendency* e del *clear and present danger*, infatti, possono essere valutati, nella linea di distinzione tra discorso e azione, in base al punto in cui si colloca la dottrina: si passa cioè, con parole di Emerson, da un criterio di proibizione «very early on the road to action» (*bad tendency*), a un altro in cui l'effetto è quello di «drawing the line of allowable expression closer to the point of action» (*clear and present danger*).

Analogamente, la distinzione tra *speech* e *action* è sottesa ai tentativi di individuazione di un criterio distintivo tra *advocacy* e *incitement* (come nella *dissenting opinion* di Holmes e Brandeis in *Abrams v. United States*, che finirà, ancora una volta, per informare tutta la giurisprudenza successiva). Così, in *Gitlow v. People of New York*, si delinea la distinzione tra l'*advocacy* astratta e la *advocacy of action*: una cosa, cioè, è la promozione astratta di idee, altro invece è quella dell'azione, a conferma della distinzione tra *speech* e *action* (come afferma ad esempio Harlan in *Cohen v. California*, sostenendo che oggetto di proibizione può essere solamente la condotta materiale, non il discorso; o come afferma Douglas in *Dennis et al. v. United States*, distinguendo tra *speech* e *speech-plus*). La distinzione in merito all'*advocacy* sarà destinata a recepire la *dissenting opinion* di Holmes e Brandeis in *Gitlow*: ogni *advocacy* costituisce implicitamente un *incitement*; di conseguenza, tanto l'*advocacy* di idee astratte quanto quella dell'azione, in quanto idee, sono da ritenersi tutelate, mentre è possibile punire la condotta di *advocacy* solo sulla base del *clear and present danger*, ancora una volta spostando l'asse verso l'azione (cfr. la distinzione tra *discussion* e *advocacy* operata in *Dennis et al. v. United States*). La condotta di *advocacy* viene – in termini evidentemente penalistici – associata alla preparazione, se non incita e non vi è segnale che «[it] will be acted upon»: essa sfocia nell'*incitement* solo se genera un pericolo chiaro ed imminente (*Whitney v. California*).

Il criterio di distinzione tra *advocacy* e *incitement* si perfeziona con *Brandenburg v. Ohio*, che ad oggi non è mai stato oggetto di *overruling*: non si può proibire l'*advocacy* di un'idea salvo che questa costituisca *incitement to imminent lawless action* e sia probabile che tale azione si produca. Sono necessarie, inoltre, l'intenzionalità, lo scopo di incitamento e l'idoneità dell'espressione a condurre all'incitamento ad un'azione illegale immediata. Se già il criterio del *clear and present danger* separava tra *speech* e *action*, quello dell'*imminent lawless action* sposta sostanzialmente l'asse verso l'azione.

Si comprende così, in seno alla giurisprudenza statunitense, la distinzione tra *ideas* e *overt acts*, tra *advocacy* e *action* (Douglas in *Brandenburg v. Ohio*), che ha costituito fin qui il criterio fondamentale di analisi del trattamento perlocutorio dell'*hate speech* in seno al modello liberale statunitense fondato sulla libertà d'espressione come non-interferenza.

7.4 – La giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti Umani

Come accennato in precedenza, rispetto al modello statunitense, in altri sistemi si tende a concettualizzare la questione della relazione tra la libertà d'espressione e l'*hate speech* come

un conflitto tra valori²²⁸ in cui non prevale aprioristicamente quello della libertà, che viene invece opposto, ad esempio, a quello europeo della «difesa»²²⁹, della «dignità»²³⁰ (con particolare riferimento al caso tedesco), della «comunità»²³¹ o dell'«autorità»²³² (con riferimento al caso canadese). Nonostante non tutte queste classificazioni oppongano al modello statunitense un unico modello, quello che prevale è sicuramente quello emergente a partire dalla tutela delle vittime di *hate speech* operata attraverso la giurisprudenza della Corte EDU.

Nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (d'ora in poi Convenzione Europea dei Diritti Umani²³³, Convenzione EDU o CEDU), la libertà d'espressione è tutelata all'art. 10, comma 1, il quale recita:

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. Il presente articolo non impedisce agli Stati di sottoporre a un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, cinematografiche o televisive²³⁴.

Analogamente a quanto avviene nel diritto internazionale, nella Dichiarazione Universale dei Diritti Umani e nel Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici (cfr. *supra*, §§ 1.2.1; 1.2.3), il comma 2 dell'art. 10 provvede a fornire i limiti giuridici alla limitazione del diritto umano alla libertà d'espressione:

²²⁸ Cfr., ad esempio, F. SCHAUER, "The exceptional First Amendment", cit., il quale, nel caso della relazione tra libertà d'espressione e *hate speech*, riconosce l'esistenza di conflitti «between liberty and equality, as well as other conflicts between liberty and what might broadly be called "civility," also [...] between [...] an individualist or libertarian view of the world, and [...] a collective or communitarian view of the world» (p. 45).

²²⁹ I. SPIGNO, *Discorsi d'odio. Modelli costituzionali a confronto*, cit., p. 464.

²³⁰ Cfr. E.J. EBERLE, *Dignity and Liberty: Constitutional Visions in Germany and the United States*, Praeger Publishers, Westport (Conn.), 2002; Q. WHITMAN, "The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty", in *Yale Law Journal*, 113, 2004, pp. 1151-1221; G.E. CARMÍ, "Dignity versus Liberty: The Two Western Cultures of Free Speech", cit.; A. KOLTAY, *Freedom of Speech. The Unreachable Mirage*, cit., pp. 81-82. Sul modello tedesco di libertà d'espressione come esempio di libertà positiva, cfr. Ó. PÉREZ DE LA FUENTE, "Libertad de expresión y el caso del lenguaje del odio. Una aproximación desde la perspectiva norteamericana y la perspectiva alemana", cit., pp. 106-110.

²³¹ K. GREENAWALT, *Fighting Words. Individuals, Communities, and Liberties of Speech*, cit., pp. 124-149.

²³² K.K. GOWER, *Liberty and Authority in Free Expression Law: The United States and Canada*, LFB Scholarly, New York, 2002.

²³³ La CEDU viene adottata nei testi ufficiali in inglese e francese, che fanno egualmente fede. Per quanto riguarda la traduzione in italiano, va sottolineato che essa viene emanata in un periodo storico (1950) in cui il linguaggio del diritto internazionale dei diritti umani non aveva ancora recepito la necessità di tutelare, appunto, i diritti *umani* (rispetto ai diritti *dell'uomo*), come espressione che include le rivendicazioni della filosofia politica e giuridica femminista, grazie alla quale è stato messo in luce come, in realtà, la costruzione del soggetto di diritto attorno al paradigma dell'*uomo* risultava escludente rispetto alla questione del genere, tenendo a margine la figura giuridica della *donna*. Il nuovo soggetto di diritto sostenuto nel diritto internazionale contemporaneo dei diritti umani, come noto, privilegia invece l'espressione 'diritti *umani*' («*human rights*», invece di «*droits de l'homme*») come strumento per porre l'accento sulla necessità di inclusione della figura femminile nel paradigma astratto del soggetto di diritto. Sulle implicazioni per il diritto della filosofia politica femminista, nella letteratura italiana, cfr., tra gli altri, TH. CASADEI (a cura di), *Donne, diritto, diritti. Prospettive del giusfemminismo*, Giappichelli, Torino, 2015.

²³⁴ Art. 10, Section 1, ECHR: «Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This Article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises». La traduzione ufficiale in italiano è reperibile sul sito del Consiglio d'Europa, al link: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ITA.pdf (ultima consultazione: settembre 2019).

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 necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario²³⁵.

Gli elementi fondamentali dell'art. 10, comma 2, a partire dal principio per cui la libertà d'espressione «*comporta doveri e responsabilità*», sono dunque i seguenti:

1) principio della *riserva di legge* per le eventuali limitazioni del diritto alla libertà d'espressione;

2) individuazione dettagliata dei casi in cui può avvenire la restrizione, ovvero la necessità che le restrizioni siano «*misure necessarie, in una società democratica*»: a) alla sicurezza nazionale; b) all'integrità territoriale o la pubblica sicurezza; c) alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati; d) alla protezione della salute o della morale; e) *alla protezione della reputazione o dei diritti altrui*; f) all'impedimento alla diffusione di informazioni riservate; g) alla garanzia dell'autorità e dell'imparzialità del potere giudiziario.

Inoltre, la disposizione è da leggersi in combinato disposto con l'art. 18, rubricato «*limite all'applicazione delle restrizioni ai diritti*»:

Le restrizioni che, in base alla presente Convenzione, sono poste a detti diritti e libertà possono essere applicate solo allo scopo per cui sono state previste²³⁶.

Sulla base di queste norme, il giudizio della Corte di Strasburgo, quando opera in base all'art. 10, comma 2, della CEDU, è suddiviso in tre fasi²³⁷: 1) l'accertamento della legittimità della restrizione in base alla riserva di legge; 2) l'indagine della sussistenza di una delle ragioni tassative (e soggette ad interpretazione restrittiva) che permettono la restrizione della libertà d'espressione; 3) la proporzionalità secondo lo scopo, che deve essere coerente con i principi di una società democratica. La Corte, dunque, attraverso l'art. 10.2 CEDU effettua, nel corso del giudizio in tre fasi, una valutazione circa il fine della restrizione, il mezzo e la relazione di

²³⁵ Art. 10, Section 2, ECHR: «The exercise of these freedoms, *since it carries with it duties and responsibilities*, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary» (corsivi nostri).

²³⁶ Art. 18 ECHR: «The restrictions permitted under this Convention to the said rights and freedoms shall not be applied for any purpose other than those for which they have been prescribed».

²³⁷ Cfr., sul punto, P. TANZARELLA, «L'hate speech nella più recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo», in D. TEGA (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela*, cit., pp. 151-161, p. 156; I. SPIGNO, *Discorsi d'odio. Modelli costituzionali a confronto*, cit., p. 141.

proporzionalità, adattando il giudizio alle esigenze e alle caratteristiche del caso concreto: modalità e forma dell'espressione, contenuto del messaggio, contesto dell'espressione ed effetti della stessa, bilanciando suddette caratteristiche con la gravità della sanzione²³⁸.

In particolare, il principio indicato alla lettera e), la *protezione della reputazione o dei diritti altrui*, costituisce l'elemento di maggiore utilizzo da parte della Corte EDU nel giudizio sul conflitto tra la libertà d'espressione e l'*hate speech*. Se, infatti, l'insieme delle ragioni tassative per la limitazione costituisce un'applicazione dell'*ad hoc-balancing*²³⁹ (cfr. *supra*, § 5.2.2), il caso in cui il bilanciamento venga effettuato con i diritti altrui è espressione del modello del *rights-balancing*. In questo, la Corte pare conformarsi ad un modello liberale *rights-based* (cfr. *supra*, §§ 2.7.2; 5.2.2) in cui si può limitare un diritto fondamentale (la libertà d'espressione) quando esso entra in conflitto con un altro diritto (o più di uno; si vedrà in seguito quale/i), ciò che costituisce la versione liberale fondata sui diritti del *principio del danno* (cfr. *supra*, § 5.2.3). In ciò, continua ad interpretarsi la libertà nel senso della *non-interferenza*²⁴⁰: in questo caso, però, non solamente, come negli Stati Uniti, dello Stato nell'esercizio dei diritti altrui (relazione verticale Stato-individuo), bensì soprattutto di un individuo nell'esercizio di un altrui diritto individuale (relazione orizzontale individuo-individuo)²⁴¹. Qualora un individuo, nell'esercizio di un proprio diritto, interferisca con l'esercizio di un diritto altrui, lo Stato può intervenire, attraverso il principio del bilanciamento, a statuire quale diritto debba prevalere, sulla base della non assolutezza della libertà d'espressione nel sistema convenzionale²⁴²: si tratta, cioè, di una *libertà reale come non-interferenza*, in cui la libertà è limitabile per garantire la stessa libertà individuale dall'interferenza (cfr. *supra*, § 2.7).

Se si desidera impostare il discorso come una questione di bilanciamento tra diritti contrastanti, occorre definire *quale sia* il diritto che, nel caso dell'*hate speech*, contrasti con quello alla libertà d'espressione. A livello teorico, il conflitto più evidente e al contempo più problematico è quello con l'art. 14 della CEDU, che sancisce il *divieto di discriminazione*:

²³⁸ Cfr. R. ALCÁ CER GUIRAO, "Libertad de expresión, negación del holocausto y defensa de la democracia. Incongruencias valorativas en la jurisprudencia del TEDH", in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 97, 2013, pp. 309-341, pp. 315-316.

²³⁹ H. CANNIE, D. VOORHOOF, "The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention: An Added Value for Democracy and Human Rights Protection?", in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 29, 1, 2011, pp. 54-83, p. 65.

²⁴⁰ Lo riconosce, ad esempio, E. BARENDT, *Freedom of Speech*, cit., nel sostenere che «*freedom of expression under the ECHR is a negative liberty protected against state interference, though in some circumstances a state may be required to protect its exercise*» (pp. 65-66; corsivi nostri).

²⁴¹ Riconosce la differenza tra l'approccio statunitense e l'approccio della Corte di Strasburgo nei termini di una progressiva accettazione dell'*effetto orizzontale* dei diritti nella seconda R. ALCÁ CER GUIRAO, "Víctimas y disidentes. El «discurso del odio» en EE.UU. y Europa", cit., p. 65. Cfr. anche A. KOLTAY, *Freedom of Speech. The Unreachable Mirage*, cit., p. 80.

²⁴² Cfr. C. CARUSO, "Ai confini dell'abuso del diritto: l'*hate speech* nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo", in L. MEZZETTI, A. MORRONE (a cura di), *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo. Nei sessant'anni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950-2010)*, Atti del Convegno internazionale di studi, Bologna, 5 marzo 2010, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 339-352, p. 341; cfr. anche ID., "L'*hate speech* a Strasburgo: il pluralismo militante del sistema convenzionale", in *Quaderni costituzionali*, 37, 4, 2017, pp. 963-981, p. 964. Cfr., inoltre, L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, cit., pp. 16-19.

Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione²⁴³.

Per ovviare alla questione della possibile applicazione dell'art. 14 CEDU solamente in connessione ai diritti convenzionali e non anche a quelli riconosciuti internamente da ciascuno Stato, nel 2000 fu adottato il Protocollo n. 12 alla CEDU, il cui art. 1.1 permette ora (tuttavia solo con riferimento agli Stati che l'hanno ratificato) di lamentare una discriminazione anche in relazione a diritti non espressamente statuiti nella CEDU (cfr. *supra*, § 1.3). Esso fornisce, sostanzialmente, la base per un autonomo *diritto alla non discriminazione*, che può essere utilizzato come potenziale contraltare nel bilanciamento tra diritti.

Un altro articolo che può essere utilizzato nel bilanciamento con la libertà d'espressione, a livello teorico, è l'art. 8, rubricato «*diritto al rispetto della vita privata e familiare*»:

1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza.
2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui²⁴⁴.

La Corte di Strasburgo, in *Aksu v. Turkey*, ha infatti suggerito la via nel caso del «*negative stereotyping*» (cfr. *infra*, § 7.4.15). Tuttavia, anche in questo caso, non si rinviene un'applicazione consolidata nella stessa giurisprudenza della Corte EDU nei casi di *hate speech*, ciò che rende anche questa via, pur teoricamente percorribile, difficile da applicare in concreto.

In ogni caso, si ritiene che l'approccio del *rights balancing*, proprio in quanto necessita di trovare due diritti in contrasto tra loro il cui conflitto deve essere risolto dalla Corte, non sia sempre il migliore strumento per comprendere la dimensione *illocutoria* della subordinazione sociale, della dominazione e dell'oppressione dei gruppi vulnerabili nei casi di *hate speech*. Infatti, qualora non si riuscisse a consolidare a livello teorico l'individuazione di uno specifico diritto contro il quale agirebbe l'*hate speech*, le sue vittime finirebbero per non trovare tutela entro la giurisprudenza EDU. Inoltre, occorre sottolineare che, entro la prospettiva della libertà come non-dominazione, ai fini dell'intervento statale non è indispensabile che vi sia la violazione di un diritto attraverso l'esercizio di un diritto con esso confliggente (cfr. *supra*, §§ 2.8.3;

²⁴³ Art. 14 ECHR: «The enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status».

²⁴⁴ Art. 8 ECHR: «1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence. 2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others».

5.3). In questo senso, il fatto che l'*hate speech* genera dominazione e oppressione si ritiene sufficiente, di per sé, alla restrizione della libertà d'espressione.

Tornando invece all'art. 10 CEDU, è necessario effettuare una precisazione: questo primo modo di procedere della Corte EDU nei casi di limitazione della libertà d'espressione costituisce solo una delle due vie (da qui il sistema del "doppio binario" o «two-tiers approach»²⁴⁵, a seconda del contenuto) utilizzate nella giurisprudenza di Strasburgo. La seconda, invece, è costituita dall'utilizzo di un'altra norma inserita nel sistema costituzionale, l'art. 17, che sancisce il c.d. *divieto dell'abuso dei diritti*²⁴⁶.

L'art. 17, rubricato «divieto dell'abuso dei diritti», recita come segue:

Nessuna disposizione della presente Convenzione può essere interpretata nel senso di comportare il diritto di uno Stato, un gruppo o un individuo di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla stessa Convenzione²⁴⁷.

Evidentemente, l'art. 17 può essere applicato solo a partire dall'abuso di uno dei diritti convenzionali, dunque esso costituisce una norma di tipo strumentale²⁴⁸, inserita nel sistema della CEDU per dare spazio ad una tutela «militante» del sistema democratico, ovvero volta a reprimere le condotte incompatibili con il sistema dei valori della Convenzione stessa²⁴⁹. L'uti-

²⁴⁵ C. CARUSO, *La libertà di espressione in azione. Contributo a una teoria costituzionale del discorso pubblico*, Bononia University Press, Bologna, 2014 p. 253. Caruso riprende questa espressione da quella utilizzata dalla dottrina statunitense (cfr. *supra*, § 7.2). Secondo l'autore, vi è nell'approccio della Corte EDU lo stesso tipo di impostazione sottesa alla distinzione, in ambito statunitense, tra *high-value* e *low-value speech* (*ibidem*, in nota). Ciò risulta vero, nella prospettiva adottata in questa sede, ma con la doverosa precisazione che, a differenza della Corte Suprema USA, la Corte di Strasburgo non assegna all'*high-value speech* un valore tendenzialmente assoluto: esso, infatti, può essere limitato secondo le esigenze del bilanciamento dell'art. 10.2. In generale, sull'utilizzo del doppio criterio, cfr. D. KEANE, "Attacking Hate Speech under Article 17 of the European Convention on Human Rights", in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 25, 4, 2007, pp. 641-663, pp. 642-643; H. CANNIE, D. VOORHOOF, "The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention: An Added Value for Democracy and Human Rights Protection?", cit., p. 55; A. BUYSE, "Dangerous Expression: the ECHR, Violence and Free Speech", in *International and Comparative Law Quarterly*, 63, 2, 2014, pp. 491-503, pp. 494-496; I. SPIGNO, *Discorsi d'odio. Modelli costituzionali a confronto*, cit., pp. 146-148; M. CASTELLANETA, "La Corte europea dei diritti umani e l'applicazione del principio dell'abuso del diritto nei casi di *hate speech*", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 11, 3, 2017, pp. 745-751, p. 749; K. BERGAMI, G.M. POLITO, "Libertà di espressione e incitamento all'odio", cit., p. 78; A. VALERO HEREDIA, "Los discursos del odio. Un estudio jurisprudencial", cit., pp. 311-312; T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal*, cit., pp. 237-238; L. ALONSO, "La protección de los inmigrantes frente al discurso del odio", in L. ALONSO, V. VÁZQUEZ (dirs.), *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio. Textos críticos*, cit., pp. 241-261, pp. 250-253.

²⁴⁶ Sul tema del divieto dell'abuso dei diritti nella Convenzione EDU, cfr., tra gli altri, P. DE MOREE, *Rights and Wrongs under the ECHR. The prohibition of abuse of rights in Article 17 of the European Convention of Human Rights*, Intersentia, Cambridge, 2016.

²⁴⁷ Art. 17 ECHR: «Nothing in this Convention may be interpreted as implying for any State, group or person any right to engage in any activity or perform any act aimed at the destruction of any of the rights and freedoms set forth herein or at their limitation to a greater extent than is provided for in the Convention».

²⁴⁸ Cfr., sul punto, H. CANNIE, D. VOORHOOF, "The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention: An Added Value for Democracy and Human Rights Protection?", cit., p. 58.

²⁴⁹ Nella letteratura specializzata sull'utilizzo dell'art. 17 CEDU in tema di *hate speech*, infatti, è invalso il riferimento a K. LOEWENSTEIN, "Militant Democracy and Fundamental Rights I and II", in *American Political Science*

lizzo dell'art. 17 è da leggersi dunque in senso "strategico", in quanto volto ad evitare di mettere in pericolo i valori alla base del sistema democratico convenzionale (tolleranza, pace sociale, non discriminazione, rispetto dei diritti altrui).

L'idea dell'abuso dei diritti, infatti, è un prodotto della reazione, nella seconda metà del Novecento, alla Seconda Guerra Mondiale e alla *Shoah*²⁵⁰: attraverso la clausola, inserita anche nella Dichiarazione dei Diritti Umani e nel Patto Internazionale dei Diritti Civili e Politici, si intende fornire uno strumento di protezione da utilizzare contro i "nemici della democrazia" e, nella CEDU, contro coloro che minano il sistema dei valori e dei diritti ad essa sotteso.

Vi sono due modi diversi in cui la Corte EDU ha utilizzato la clausola del divieto dell'abuso dei diritti²⁵¹:

1) *diretto*, attraverso l'esclusione categorica di determinate espressioni dalla protezione della libertà d'espressione, in quanto totalmente incompatibili con la Convenzione;

2) *indiretto*, nel senso di uno strumento interpretativo in relazione alla valutazione della necessità dell'intervento statale secondo l'art. 10.2²⁵².

L'art. 17 è stato utilizzato in alcuni casi che hanno dirette ripercussioni proprio in tema di *hate speech*. In questo senso, utilizzare l'art. 17 invece dell'art. 10 significa riconoscere «la gravità dei messaggi d'odio in sé»²⁵³, rigettando la domanda indipendentemente dal conflitto con le situazioni tutelate dall'art. 10.2 CEDU. Ciò significa evidentemente che, quando la Corte

Review, 31, 1937, pp. 417-432 (Part I); pp. 638-658 (Part II). Cfr. C. CARUSO, "Ai confini dell'abuso del diritto: l'*hate speech* nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo", cit., p. 351; cfr. anche ID., "L'*hate speech* a Strasburgo: il pluralismo militante del sistema convenzionale", cit., pp. 971-973; I. SPIGNO, *Discorsi d'odio. Modelli costituzionali a confronto*, cit., p. 144; T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal*, cit., p. 225; A. VALERO HEREDIA, "Los discursos del odio. Un estudio jurisprudencial", cit., p. 308; R. ALCÁCER GUIRAO, "Víctimas y disidentes. El «discurso del odio» en EE.UU. y Europa", cit., pp. 75-76. Per una critica dell'utilizzo della dicitura «democrazia militante», si veda, in particolare, M. REVENGA SÁNCHEZ, "Los discursos del odio y la democracia *adjetivada*: tolerante, intransigente, ¿militante?", cit., p. 30, che sostiene che l'utilizzo dell'espressione generi fraintendimenti: ogni democrazia, infatti, prevede meccanismi di tutela contro coloro che non rispettano i valori democratici. Non esistono, cioè, democrazie puramente *procedurali*: la questione, piuttosto, sarebbe *fino a che punto* i sistemi democratici tutelano la possibilità di agire in maniera contraria a tali valori.

²⁵⁰ Lo ricordano H. CANNIE, D. VOORHOOF, "The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention: An Added Value for Democracy and Human Rights Protection?", cit., p. 56. Cfr. P. LE MIRE, "Article 17", in L.E. PETTITI, E. DECAUX, P.H. IMBERT (eds.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Economica, Paris, 1995, pp. 509-522; K. VASAK, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Pedone, Paris, 1964, p. 71.

²⁵¹ Si vedano, *ex multis*: H. CANNIE, D. VOORHOOF, "The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention: An Added Value for Democracy and Human Rights Protection?", cit., p. 58; I. SPIGNO, *Discorsi d'odio. Modelli costituzionali a confronto*, cit., pp. 146-148; R. ALCÁCER GUIRAO, "Libertad de expresión, negación del holocausto y defensa de la democracia. Incongruencias valorativas en la jurisprudencia del TEDH", cit., pp. 315-317.

²⁵² Peraltro, proprio a partire dall'utilizzo dell'art. 10.2 per sostenere la limitazione della libertà d'espressione in un caso di incitamento alla violenza, nel caso *Sürek v. Turkey*, ECHR 23927/94 e 24277/94 (1999), la Corte utilizza il termine '*hate speech*' per la prima volta: lo sottolinea T. MCGONAGLE, "A Survey and Critical Analysis of Council of Europe Strategies for Countering 'Hate Speech'", in M. HERZ, P. MOLNAR (eds.), *The Content and Context of Hate Speech. Rethinking Regulation and Responses*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 456-498, p. 463.

²⁵³ M. CASTELLANETA, "La Corte europea dei diritti umani e l'applicazione del principio dell'abuso del diritto nei casi di *hate speech*", cit., p. 749.

di Strasburgo ritiene una determinata condotta espressiva totalmente incompatibile con il sistema convenzionale, essa opera una restrizione fondata sul *contenuto* dell'espressione, piuttosto che sui suoi *effetti*, senza analizzare le circostanze del caso concreto²⁵⁴ e rifiutando, dunque, il criterio del bilanciamento con altri diritti²⁵⁵ (*rights-balancing*). Si tratta del cosiddetto «effetto ghigliottina»²⁵⁶, ovvero del caso in cui la Corte, invece della «bilancia» – rappresentata dal criterio ponderazione fornito dall'art. 10.2 –, utilizza l'arma della «spada»²⁵⁷.

A partire da tale approccio, dunque, si è messo in rilievo che determinate condotte di *hate speech* particolarmente grave, nella giurisprudenza della Corte EDU, non trovano tutela entro la libertà d'espressione, bensì vengono qualificate proprio come abuso dei diritti: si tratta, ad esempio, dell'odio antisemita o del negazionismo della *shoah*²⁵⁸; a questi vanno ricondotti anche i casi di minaccia dell'ordine democratico da parte di partiti totalitari²⁵⁹.

Ciò permette di sostenere l'esistenza di vere e proprie «differenze epistemologiche»²⁶⁰ tra la tutela dei diritti umani nel caso dell'*hate speech* da parte della Corte EDU rispetto al caso statunitense. Tra queste differenze, ad esempio, troviamo il rifiuto della *viewpoint neutrality*,

²⁵⁴ M. VILLIGER, "Article 17 ECHR and Freedom of Speech in Strasbourg Practice", in J. CASADEVALL, E. MYJER, M. O'BOYLE, A. AUSTIN (eds.), *Freedom of Expression. Essays in Honour of Nicolas Bratza*, Wolf Legal Publishers, Oisterwijk (the Netherlands), 2012, pp. 321-329; I. SPIGNO, *Discorsi d'odio. Modelli costituzionali a confronto*, cit., p. 145; R. ALCÁ CER GUIRAO, "Libertad de expresión, negación del holocausto y defensa de la democracia. Incongruencias valorativas en la jurisprudencia del TEDH", cit., p. 324; J. URÍAS, "La libertad de odiar. Delimitando el derecho fundamental a la libertad de expresión", in L. ALONSO, V. VÁZQUEZ (dirs.), *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio. Textos críticos*, cit., pp. 39-67, p. 55.

²⁵⁵ Lo sottolinea, in particolare, D. KEANE, "Attacking Hate Speech under Article 17 of the European Convention on Human Rights", cit., p. 643 e p. 656.

²⁵⁶ C. CARUSO, *La libertà di espressione in azione. Contributo a una teoria costituzionale del discorso pubblico*, cit., p. 252. Cfr., sull'effetto ghigliottina, F. TULKENS, "When to Say is to Do: Freedom of Expression and Hate Speech in the Case-law of the European Court of Human Rights", in J. CASADEVALL, E. MYJER, M. O'BOYLE, A. AUSTIN (eds.), *Freedom of Expression. Essays in Honour of Nicolas Bratza*, cit., pp. 279-295.

²⁵⁷ J.-F. FLAUSS, "The European Court of Human Rights and the Freedom of Expression", in *Indiana Law Journal*, 84, 3, 2009, pp. 809-849, p. 837; analogamente, S. VAN DROOGHENBROECK, "L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme: incertain et inutile?", in H. DUMONT, P. MANDOUX, A. STROWEL, F. TULKENS (eds.), *Pas de liberté pur les ennemis de la liberté. Groupements liberticides et droit*, Bruylant, Bruxelles, 2000, pp. 139-197, p. 196 (da cui Flauss riprende l'espressione).

²⁵⁸ M. CASTELLANETA, "L'hate speech: da limite alla libertà di espressione a crimine contro l'umanità", in G. VENTURINI, S. BARIATTI (a cura di), *Diritti individuali e giustizia internazionale. Liber Fausto Pocar*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 157-172, p. 161; EAD., "La Corte europea dei diritti umani e l'applicazione del principio dell'abuso del diritto nei casi di hate speech", cit., p. 749; C. CARUSO, "Ai confini dell'abuso del diritto: l'hate speech nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo", cit., p. 348; ID., "L'hate speech a Strasburgo: il pluralismo militante del sistema convenzionale", cit., pp. 963-981, p. 969; R. ALCÁ CER GUIRAO, "Libertad de expresión, negación del holocausto y defensa de la democracia. Incongruencias valorativas en la jurisprudencia del TEDH", cit., pp. 322-323.

²⁵⁹ Si vedano, a titolo esemplificativo, i casi: *Communist Party of Germany v. the Federal Republic of Germany*, ECHR 250/57 (1957); *Nachtmann v. Austria*, ECHR 36773/97 (1998); *Schimanek v. Austria*, ECHR 32307/96 (2000). Cfr. T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal*, cit., pp. 237-239; I. SPIGNO, *Discorsi d'odio. Modelli costituzionali a confronto*, cit., pp. 148-149.

²⁶⁰ F. TULKENS, "When To Say Is To Do. Freedom of Expression and Hate Speech in the Case-Law of the European Court of Human Rights", cit., p. 279.

nei casi di discorso razzista o antisemita, pur quando questo non implichi un incitamento ad azioni violente o a condotte illegali²⁶¹.

L'utilizzo dell'articolo 17 è stato oggetto di alcune critiche in dottrina, soprattutto in virtù del fatto che esso impedisce, come si è ricordato, lo strumento del bilanciamento e, di conseguenza, la maggiore flessibilità dovuta all'analisi del caso concreto²⁶². Inoltre, come taluni hanno rilevato, dalla lettera dell'art. 17 si deduce la *possibilità*, per la Corte, di dichiarare determinati esercizi della libertà d'espressione come un abuso dei diritti, non il correlativo *obbligo positivo* per gli Stati di prevederne la medesima limitazione entro gli ordinamenti nazionali²⁶³. In tema di *hate speech*, ciò dovrebbe tradursi nei termini dell'assenza, in capo agli Stati, di un obbligo di proscrizione dell'*hate speech* con le modalità dell'art. 17.

In questa sede, l'utilizzo del divieto dell'abuso dei diritti come clausola volta ad escludere determinati discorsi dalla protezione convenzionale risulta particolarmente coerente con un approccio *illocutorio* alla questione dell'*hate speech* fondato (parzialmente) su una teoria neo-repubblicana della *libertà come non-dominazione*. Determinati *contenuti* espressivi, infatti, come si è visto, contribuiscono alla dominazione o all'oppressione discorsiva di taluni gruppi sociali, situazione incompatibile con la libertà delle vittime di *hate speech* e con la stessa democrazia. In questo senso, non occorre attendere la prova di un *danno* (secondo il principio del danno che, come visto, è invece utilizzato nell'approccio dell'art. 10.2 CEDU) effettivamente prodotto da tali discorsi. Un danno effettivo o un pericolo concreto, infatti, non sono facilmente dimostrabili nei termini della teoria della dominazione o dell'oppressione. Il principio del danno, entro questo orizzonte, non può essere utilizzato per risolvere la questione dell'intervento statale a tutela del sistema dei diritti e contro l'*hate speech*²⁶⁴. Il semplice fatto che il contenuto di determinati discorsi sia incompatibile con i principi convenzionali, se si interpreta la libertà d'espressione nel senso della non-dominazione, porta a sostenere la legittimità della restrizione di quel tipo di contenuto sulla base di un approccio di tipo *illocutorio*.

Nonostante ciò, la giurisprudenza di Strasburgo utilizza l'art. 17 CEDU senza riferimento a un siffatto sistema teorico: tuttavia, stante l'esclusione di alcuni discorsi inquadrabili entro la categoria dell'*hate speech* per il loro mero contenuto, indipendentemente dai loro effetti, si ritiene tale approccio parzialmente coerente con una teoria della libertà come non-dominazione e con un approccio *illocutorio*. Parzialmente, però, non completamente: infatti, come si è visto in precedenza (cfr. *supra*, § 5.3.1), tale teoria non è stata utilizzata per sostenere, ad esempio, l'intervento statale di tipo penale (la statuizione di un reato di *hate speech*), che deve rimanere l'*extrema ratio* e dovrebbe coprire, dunque, solamente casi inquadrabili entro

²⁶¹ Cfr. A. ALTMAN, "Freedom of Expression and Human Rights Law: The Case of Holocaust Denial", cit., p. 35; R. ALCÁZER GUIRAO, "Víctimas y disidentes. El «discurso del odio» en EE.UU. y Europa", cit., p. 48.

²⁶² Cfr., *ex multis*, M. VILLIGER, "Article 17 ECHR and Freedom of Speech in Strasbourg Practice", cit.

²⁶³ A. NIEUWENHUIS, "A Positive Obligation under the ECHR to Ban Hate Speech?", in *Public Law*, 2019, April Issue, pp. 326-342, p. 4.

²⁶⁴ Cfr. U. BELAVUSAU, *Freedom of Speech. Importing European and US Constitutional Models in Transitional Democracies*, cit., p. 91, che riconosce che il principio del *danno* caratterizza la tutela statunitense della libertà d'espressione, differenziandola da quella europea. Tuttavia, Belavusau individua nel sistema europeo un principio dell'*offesa* («*offence principle*») che, in realtà, non risulta coerente con la prospettiva adottata in questa sede.

un approccio *perlocutorio*. Piuttosto, si è sostenuto che in quei casi in cui, solo sulla base del contenuto del messaggio e non anche dei suoi effetti, si ritiene vi sia incompatibilità con la libertà dalla dominazione, entro un approccio di tipo *illocutorio*, la soluzione migliore sarebbe quella di ricercare strategie di intervento diverse dalla criminalizzazione: un esempio è quello dell'obbligo positivo di intervento statale a sostegno del *counterspeech*, della diffusione, cioè, di narrative positive riguardanti i gruppi vulnerabili discriminati (cfr. *supra*, §§ 5.3.1; 6.6.8).

Peraltro, la stessa Corte EDU non è estranea ad un riconoscimento di obblighi positivi statali in relazione alla libertà d'espressione proprio in capo agli Stati parte²⁶⁵, anche se non specificamente in tema di *hate speech*: sulla base di ciò, si può sostenere un progressivo riconoscimento dell'esistenza di *diritti positivi* entro il sistema convenzionale europeo²⁶⁶.

Prima di procedere all'analisi della giurisprudenza EDU in tema di *hate speech*, una precisazione risulta doverosa. Nel corso dell'analisi, infatti, non si prenderanno in considerazione i casi di apologia del terrorismo: in questi casi, ove la Corte ha riconosciuto la possibilità di utilizzare l'art. 17 CEDU, che a volte vengono analizzati come forma di *hate speech*, si ritiene che, pur sussistendo l'elemento di incitamento alla violenza, manchi il *bias-motive* nei confronti di determinati gruppi vulnerabili, fondamentale, come si è visto (cfr. *supra*, § 1.6.3), affinché si possa riconoscere la sussistenza di una fattispecie di discorso d'odio²⁶⁷.

7.4.1 – *Handyside v. United Kingdom* (1976): libertà d'espressione delle idee offensive

Il caso *Hansydise v. United Kingdom*²⁶⁸, sebbene non riguardi direttamente questioni di *hate speech*, è di fondamentale importanza, poiché spiega effetti su tutte le sentenze successive della Corte di Strasburgo, dal momento che stabilisce un principio che sarà importante anche per la diffusione di messaggi d'odio.

Richard Handyside, proprietario di una casa editrice londinese, pubblica un libro intitolato *The Little Red Schoolbook*, il cui *target* è costituito da bambini in età scolare. Il libro diventa oggetto di una serie di proteste per oscenità (soprattutto in relazione ad un capitolo in

²⁶⁵ Cfr., ad esempio, A. MOWBRAY, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Hart Publishing, London, 2004; D. XENOS, *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, Routledge, London, 2012; L. LAVRYSEN, *Human Rights in a Positive State: Rethinking the Relationship between Positive and Negative Obligations under the European Convention on Human Rights*, Intersentia, Cambridge, 2016. Un caso in cui la Corte riconosce tali obblighi positivi con specifico riferimento alla libertà d'espressione è *Özgür Gündem v. Turkey*, ECHR 23144/93 (2000), par. 38. Cfr., sul punto, D. VOORHOOF, H. CANNIE, "Freedom of Expression and Information in a Democratic Society", in *The International Communication Gazette*, 72, 2010, pp. 407-423, p. 410.

²⁶⁶ R. ALCÁ CER GUIRAO, "Víctimas y disidentes. El «discurso del odio» en EE.UU. y Europa", cit., p. 66.

²⁶⁷ Non si prenderà in considerazione, cioè, il caso della democrazia «intransigente», cioè quella che vieta l'apologia del terrorismo: M. REVENGA SÁNCHEZ, "Los discursos del odio y la democracia *adjetivada*: tolerante, intransigente, ¿militante?", cit.

²⁶⁸ *Hansydise v. United Kingdom*, ECHR 5493/72 (1976).

cui tratta di questioni sessuali²⁶⁹) che sfociano in denunce per violazione dell'*Obscene Publications Acts* (UK), sulla base delle quali viene emesso un mandato di sequestro delle pubblicazioni. Handyside viene condannato in primo grado e la sentenza viene confermata in appello.

Una volta inviata domanda alla Commissione per i Diritti Umani²⁷⁰, quest'ultima accetta il ricorso limitatamente alla questione della violazione dell'art. 10 della CEDU: in particolare, la decisione a maggioranza non rinviene alcuna violazione dell'art. 10, né la necessità di procedere in base all'art. 17. Nel 1976, la Camera cede la giurisdizione alla Plenaria.

La Plenaria ritiene che non vi sia stata violazione dell'art. 10, riconoscendo che le interferenze nella libertà d'espressione dell'applicante siano state esercitate in conformità con il comma 2: erano state prescritte dalla legge inglese (*Obscene Publications Act*) ed erano inoltre necessarie in una società democratica per la protezione della morale, sulla base del criterio del margine di apprezzamento nazionale²⁷¹. In particolare, 'necessarie in una società democratica', secondo la Plenaria, significa rispondenti ad un «pressing social need», che deve essere valutato in relazione al criterio della proporzionalità rispetto al fine legittimo perseguito²⁷².

Inoltre, la Corte, nel caso di specie, dà una lettura della libertà d'espressione che sarà destinata ad essere utilizzata come criterio di riferimento per le decisioni future:

«Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of [the] society, one of the basic conditions for its progress and for the development of every man. [...] [I]t is applicable not only to "information" or "ideas" that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the State or any sector of the population. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no "democratic society"»²⁷³.

²⁶⁹ In particolare, come riportato nella sentenza, si parla di *Masturbation, Orgasm, Intercourse and petting, Contraceptives, Wet dreams, Menstruation, Child-molesters, Pornography, Impotence, Homosexuality, Venereal diseases, Abortion* e altro: *Hansydisse v. United Kingdom*, ECHR 5493/72 (1976).

²⁷⁰ La Commissione per i Diritti Umani del Consiglio d'Europa (*European Commission of Human Rights*), sin dall'entrata in vigore del sistema giurisdizionale della Corte EDU, istituita nel 1959, era incaricata di vagliare i ricorsi per sancirne l'eventuale ammissibilità e passare il giudizio alla Corte. Essa fu abolita nel 1998, con l'adozione del Protocollo n. 11 alla CEDU, prevedendo il ricorso diretto alla Corte di Strasburgo.

²⁷¹ *Hansydisse v. United Kingdom*, ECHR 5493/72 (1976), par. 48. Sul criterio, *ex multis*, si veda V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2016, pp. 41-45. Cfr., inoltre, A. WEBER, *Manual on Hate Speech*, Council of Europe Publishing, September 2009, p. 32, disponibile al link: <https://rm.coe.int/1680665b3f> (ultima consultazione: settembre 2019).

²⁷² Cfr. E. HOWARD, *Freedom of Expression and Religious Hate Speech in Europe*, Routledge, London-New York, 2018, p. 20.

²⁷³ *Hansydisse v. United Kingdom*, ECHR 5493/72 (1976), § 49 (corsivi nostri). Sull'importanza di questo passaggio, cfr. C. CARUSO, "Ai confini dell'abuso del diritto: l'*hate speech* nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo", cit., p. 341 (corsivi dell'autore); cfr. anche ID., "L'*hate speech* a Strasburgo: il pluralismo militante del sistema convenzionale", cit., pp. 964-965; R. KISKA, "Hate Speech: A Comparison between the European Court of Human Rights and the United States Supreme Court Jurisprudence", in *Regent University Law Review*, 25, 2012, pp. 107-151, p. 109; R. ALCÁ CER GUIRAO, "Libertad de expresión, negación del holocausto y defensa de la democracia. Incongruencias valorativas en la jurisprudencia del TEDH", cit., p. 310; T. MCGONAGLE, "A Survey and Critical Analysis of Council of Europe Strategies for Countering 'Hate Speech'", cit., pp. 456-498, pp. 459-460; D. VOORHOOF, "Freedom of Expression under the European Human Rights System – From Sunday Times (N° 1) v. U.K. (1979) to Hachette Filipacchi Associés ('Ici Paris') v. France (2009)", in *Inter-American and European Human Rights Journal*, 2, 2009, pp. 3-48, pp. 8-9.

La libertà d'espressione, in quanto fondamento della democrazia²⁷⁴, non copre solamente le idee pacifiche e le espressioni inoffensive, bensì anche quelle che offendono, generano shock o disturbano. Si tratta di un criterio fondamentale da tenere in considerazione nella ricerca dello standard applicato dalla Corte EDU al caso dell'*hate speech*.

Tuttavia, la Corte riconosce anche che la libertà d'espressione non è solo un diritto, bensì anche un *dovere* e una *responsabilità* (come sancito dall'art. 10.2 CEDU), situazioni da tenere in considerazione al momento di decidere sulla necessità della restrizione²⁷⁵. La libertà d'espressione, infatti, non è tutelata dalla Corte in termini assoluti²⁷⁶, bensì deve essere sottoposta a scrutinio secondo il secondo comma dell'art. 10. Infatti, avendo giudicato sulla base dell'art. 10.2 e non avendone riscontrato alcuna violazione, la Corte decide che non vi sia stata violazione della Convenzione e dunque conferma il giudizio di appello. Pertanto, nonostante abbia riconosciuto che la libertà d'espressione debba riguardare anche l'espressione di opinioni scomode e offensive, nel caso di specie non riconosce alcuna violazione della libertà d'espressione per la sua restrizione dovuta a pubblicazioni oscene.

7.4.2 – *Glimmerveen and Hagenbeek v. the Netherlands* (1976): il primo utilizzo indiretto dell'art. 17 contro l'*hate speech* razzista

Nel caso *Glimmerveen and Hagenbeek v. the Netherlands*²⁷⁷, la Corte per la prima volta dichiara inammissibile un ricorso sulla base dell'art. 17 CEDU in un caso di *hate speech*.

Il signor Glimmerveen nel 1974 era diventato presidente di un partito politico dei Paesi Bassi di ispirazione nazionalista che sosteneva la necessità dell'omogeneità della popolazione dal punto di vista etnico, contrario al «racial mixing». Nel 1977, era stato condannato a due settimane di carcere per la possessione, volta alla distribuzione, di volantini che, secondo la

²⁷⁴ Cfr., sul punto, T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal*, cit., p. 229, che riconosce nella lettura della Corte un fondamento sia come diritto soggettivo sia in termini oggettivi. *Contra*: H. CANNIE, D. VOORHOOF, "The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention: An Added Value for Democracy and Human Rights Protection?", cit., p. 64, i quali sostengono che questo sia il primo di tanti casi in cui la Corte finisce per sottovalutare l'importanza della libertà d'espressione nella società democratica. Sulla tutela della libertà d'espressione come fondamento della democrazia nella giurisprudenza di Strasburgo, cfr. anche il caso *Sunday Times v. United Kingdom*, ECHR 6538/74 (1977).

²⁷⁵ *Hansydise v. United Kingdom*, ECHR 5493/72 (1976), § 49.

²⁷⁶ Cfr. C. CARUSO, "Ai confini dell'abuso del diritto: l'*hate speech* nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo", cit., pp. 341-343: «In altri termini, l'*obiter* che include la diffusione di idee "scioccanti" nell'ambito della libertà di manifestazione del pensiero impedisce che rilevi, ai fini della determinazione del *quantum* di tutela convenzionale, lo specifico contenuto espressivo. In tal senso, la pronuncia sembra rifiutare una presunzione di legittimità per le limitazioni dirette al contenuto dell'opinione espressa; piuttosto, il limite alla libertà di manifestazione non opererà dall'interno ma dall'esterno, attraverso la verifica dell'esistenza di una specifica istanza capace di bilanciare il diritto di libertà. Tale decisione, dunque, se per un verso sembra offrire alla libertà di espressione una ampia estensione contenutistica, per un altro segna la dissociazione tra delimitazione contenutistica del diritto di libertà e *quantum* di tutela; quest'ultimo infatti muterà non in ragione del tipo di espressione oggetto del giudizio, ma a seconda dell'esito dell'*ad hoc balancing* condotto alla luce delle concrete circostanze del caso» (pp. 342-343). Cfr. anche ID., "L'*hate speech* a Strasburgo: il pluralismo militante del sistema convenzionale", cit., pp. 963-981, p. 965.

²⁷⁷ *Glimmerveen and Hagenbeek v. the Netherlands*, ECHR 8348/78, 8406/78 (1979).

Corte, incitavano alla discriminazione razziale²⁷⁸, giudizio poi confermato in sede di appello. Sulla base di questo giudizio, Glimmerveen fa ricorso alla Commissione EDU per violazione della libertà d'espressione.

Nel 1978, alle elezioni municipali, sia Glimmerveen sia Hagenbeek si candidano: tuttavia, la lista viene ritenuta invalida dal *Central Voting Board* in quanto i candidati non si erano dissociati dalle dichiarazioni razziste del partito di Glimmerveen, che era stato dichiarato associazione politica proibita proprio in virtù dei suoi scopi razzisti. Anche questa decisione, in questo caso congiuntamente da parte dei due applicanti, è oggetto di ricorso per violazione della libertà d'espressione alla Commissione, che giudica i due casi con un'unica decisione.

La Commissione ripercorre il ragionamento già visto in *Handyside*, tanto nella parte relativa all'estensione della libertà d'espressione alle opinioni offensive, quanto per ciò che riguarda i doveri e le responsabilità. Proprio in relazione ai doveri e alle responsabilità, la Commissione si riferisce all'art. 17 CEDU: utilizza, cioè, il divieto di abuso di diritto come criterio interpretativo dei doveri e delle responsabilità di chi esercita la libertà d'espressione²⁷⁹. Sulla base di ciò, essa sostiene quanto segue:

«Thus, the policy advocated by the applicants is inspired by the overall aim to remove all non-white people from the Netherlands territory, in complete disregard of their nationality, time of residence, family ties, as well as social, economic, humanitarian or other considerations. *The Commission considers that this policy is clearly containing elements of racial discrimination which is prohibited under the Convention and other international agreements*»²⁸⁰.

Nel sostenere che si tratta di un caso di discriminazione razziale, la Corte fa ovviamente riferimento all'art. 14, che vieta qualsiasi discriminazione fondata, *inter alia*, sulla razza e sul colore: si tratta, cioè, di un caso di conflitto tra la libertà d'espressione e il diritto a non essere vittima di discriminazione. Inoltre, la Commissione cita il Protocollo n. 4 alla Convenzione, che vieta le *espulsioni collettive* da parte di qualsiasi Stato o le *espulsioni individuali* da parte di Stati di cui gli espulsi possiedono la nazionalità. Nonostante i Paesi Bassi non abbiano firmato il Protocollo, la Commissione rileva la necessità del loro adeguamento agli standard della Convenzione Internazionale sull'Eliminazione di tutte le Forme di Discriminazione Razziale, cui invece essi hanno aderito, che vieta appunto la discriminazione razziale.

Per questi motivi, la Commissione sostiene che lamentare la violazione del diritto alla libera espressione, in questo caso, significa impegnarsi in un'attività volta a distruggere i diritti

²⁷⁸ Il volantino recitava: «The truth is that the major part of our population since a long time has had enough of the presence in our country of hundreds of thousands of Surinamers, Turks and other so-called guest workers, who, moreover, are not at all needed here and that the authorities as servants of our people merely have to see to it that these undesired aliens leave our country as soon as possible. [...] As soon as the Nederlandse Volks Unie will have gained political power in our country, it will put order into business and, to begin with will remove all Surinamers, Turks and other so-called guest workers from the Netherlands», ivi, ECHR 8348/78, 8406/78 (1979), § 4.

²⁷⁹ Cfr. C. CARUSO, «Ai confini dell'abuso del diritto: l'*hate speech* nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo», cit., p. 344; cfr. anche ID., «L'*hate speech* a Strasburgo: il pluralismo militante del sistema convenzionale», cit., p. 966-967.

²⁸⁰ *Glimmerveen and Hagenbeek v. the Netherlands*, ECHR 8348/78, 8406/78 (1979), considerazioni *in diritto*, p. 195 (corsi nostri).

e le libertà convenzionali, proibita dall'art. 17. A nulla vale lamentare la violazione dell'art. 3 del Protocollo n. 1 alla Convenzione, il quale tutela il diritto politico all'elettorato attivo e passivo: l'art. 17, infatti, si applica anche con riferimento ai Protocolli²⁸¹.

All'esito della decisione di inammissibilità, la Commissione crea un precedente in virtù del quale, sulla mera base del *contenuto* del discorso, l'esercizio della libertà d'espressione volto alla propaganda discriminatoria dev'essere escluso dai diritti convenzionali²⁸².

7.4.3 – *Kühnen v. Federal Republic of Germany* (1988): l'utilizzo indiretto dell'art. 17 contro *hate speech* antisemita e negazionismo

Nel caso *Kühnen v. Federal Republic of Germany*²⁸³, la Commissione per la prima volta utilizza la clausola del divieto dell'abuso di diritto (art. 17) applicata all'espressione di opinioni antisemite, sostenendo che si tratta di un esercizio della libertà d'espressione incompatibile con lo spirito della Convenzione.

Il caso tratta di un giornalista tedesco residente nella Repubblica Federale Tedesca, facente parte di un'organizzazione il cui obiettivo era quello di rifondare il National Socialist Party, che era stato proibito in Germania. Egli aveva diffuso pubblicazioni che miravano a quello scopo, sostenendo l'orgoglio razziale, il nazionalismo e l'antisemitismo²⁸⁴. La Corte Regionale di Francoforte, sulla base del codice penale tedesco, che vietava la diffusione di informazioni o la propaganda attraverso organizzazioni incostituzionali, aveva condannato il ricorrente. L'appello era stato rigettato, così come il ricorso alla Corte Costituzionale Federale per violazione della libertà d'espressione.

La Commissione, dopo aver valutato che la sua condotta era punita in base alla legge, sostiene che lo scopo della restrizione sia compatibile con l'art. 10.2, in quanto volto a tutelare la sicurezza nazionale e i diritti altrui. Nuovamente, la Commissione utilizza l'art. 17 come parametro interpretativo dell'art. 10.2²⁸⁵:

²⁸¹ Ivi, ECHR 8348/78, 8406/78 (1979), p. 197: «However the Commission does not find it necessary to determine the above questions, as it considers that the applicants intended to participate in these elections and to avail themselves of the above right for a purpose which the Commission has just found to be unacceptable under Article 17 in relation to the complaints under Article 10 of the Convention».

²⁸² Cfr. A. WEBER, *Manual on Hate Speech*, cit., p. 26; C. CARUSO, "Ai confini dell'abuso del diritto: l'*hate speech* nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo", cit., p. 345; T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal*, cit., p. 240. Sul caso, cfr. anche D. KEANE, "Attacking Hate Speech under Article 17 of the European Convention on Human Rights", cit., pp. 644-645; U. BELAVUSAU, *Freedom of Speech. Importing European and US Constitutional Models in Transitional Democracies*, cit., p. 49.

²⁸³ *Kühnen v. Federal Republic of Germany*, ECHR 12194/86 (1988).

²⁸⁴ Tra queste, nella decisione se ne cita una in cui si legge: «We are called 'Neo-Nazis'! So what! We are against: bigwigs, bolshevists, Zionists, crooks, cheats and parasites. We are against: capitalism, communism, Zionism, estrangement by means of masses of foreign workers, destruction of the environment. We are for: German unity, social justice, racial pride, community of the people, camaraderie». Inoltre, in un'intervista con il giornale *Bauernschaft*, il ricorrente aveva sostenuto: «Whoever serves this aim can act, whoever obstructs will be fought against and eventually eliminated».

²⁸⁵ Cfr. D. KEANE, "Attacking Hate Speech under Article 17 of the European Convention on Human Rights", cit., pp. 645-646.

«[T]he publications at issue, by advocating national socialism, aimed at impairing the basic order of freedom and democracy. The Commission considers that the applicant's proposals thus ran counter to one of the basic values underlying the Convention, as expressed in its fifth preambular paragraph, namely that the fundamental freedoms enshrined in the Convention "are best maintained... by an effective political democracy"»²⁸⁶.

La condotta è giudicata contraria allo spirito della Convenzione riassunto nel suo Preambolo. Inoltre, la Commissione avalla il ragionamento della Corte Regionale, che indicava un elemento di discriminazione razziale e religiosa, in quanto la condotta, che fomentava sentimenti antisemiti, condannava il sionismo e si richiamava all'orgoglio razziale.

Con questa decisione, la Commissione conferma l'applicabilità, *ratione materiae* e sulla base dello specifico contenuto, della clausola del divieto di abuso di diritto alle espressioni antisemite. Si tratta della stessa argomentazione che verrà utilizzata nei casi di negazionismo²⁸⁷. La diffusione di idee antisemite o fondate su opinioni negazioniste, *indipendentemente dal danno che esse possono arrecare*, costituiscono *ex se* una condotta incompatibile con i valori sottostanti alla Convenzione²⁸⁸: in questo senso, si può sostenere che si tratti di un trattamento *illocutorio* dell'*hate speech*, fondato sulla subordinazione sociale insita nel contenuto del messaggio, indipendentemente dagli effetti perlocutori. Questo tipo di espressioni, a partire dalla giurisprudenza degli anni '70-'80 della Corte, «cannot be rehabilitated even half a century after the Second World War for the sake of libertarian argument»²⁸⁹.

Questa modalità argomentativa, poi, troverà "inasprimento" nel giudizio della Corte a partire dal caso *B.H., M.W., H.P. and G.K. v. Austria*²⁹⁰: in questo caso, la Corte passa a trattare le opinioni negazioniste non più, come in precedenza²⁹¹, come una questione che rientra nell'ambito della protezione dell'art. 10, eventualmente limitabile in base all'art. 10.2. (tutela dell'onore e dei diritti altrui), bensì come una questione di categorica incompatibilità con i valori sottesi alla CEDU. Si tratta di una esclusione diretta delle opinioni negazioniste dall'ambito di applicazione della libertà d'espressione solamente sulla base del contenuto²⁹².

Il negazionismo, infatti, è «volt[o] al conseguimento di fini contrari alla stessa *ratio* della libertà»²⁹³. Nella prospettiva adottata in questa sede, ciò si comprende meglio entro una

²⁸⁶ *Kühnen v. Federal Republic of Germany*, ECHR 12194/86 (1988).

²⁸⁷ Cfr., sul punto, H. CANNIE, D. VOORHOOF, "The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention: An Added Value for Democracy and Human Rights Protection?", cit., p. 60. Gli autori segnalano come nella giurisprudenza della Commissione EDU il negazionismo sia stato indicato come «discriminatorio nei confronti degli ebrei», una forma di «discriminazione razziale e religiosa» e una forma di «incitamento all'odio contro gli ebrei», a partire dai casi *F.P. v. Germany*, ECHR 19459/92 (1993) e *Otto E.F.A Remer v. Germany*, ECHR 25096/94 (1995).

²⁸⁸ Cfr. R. ALCÁ CER GUIRAO, "Libertad de expresión, negación del holocausto y defensa de la democracia. Incongruencias valorativas en la jurisprudencia del TEDH", cit., p. 314.

²⁸⁹ U. BELAVUSAU, *Freedom of Speech. Importing European and US Constitutional Models in Transitional Democracies*, cit., p. 49.

²⁹⁰ *B.H., M.W., H.P. and G.K. v. Austria*, ECHR 12774/87 (1989).

²⁹¹ Il riferimento è a *X. and the German Association of Z. v. Federal Republic of Germany*, ECHR 6167/73 (1974).

²⁹² C. CARUSO, "L'*hate speech* a Strasburgo: il pluralismo militante del sistema convenzionale", cit., p. 967.

²⁹³ C. CARUSO, *La libertà di espressione in azione. Contributo a una teoria costituzionale del discorso pubblico*, cit., pp. 254-255.

definizione di libertà come non-dominazione, nella quale, come si è visto in precedenza, trova spazio il concetto di oppressione (cfr. *supra*, § 5.3): più che risultare incompatibile con la libertà dall'interferenza nell'espressione, esso può essere interpretato come un tentativo di evitare l'oppressione su base razziale di tutti gli ebrei.

7.4.4 – *Jersild v. Denmark* (1994): *hate speech* razzista, tra art. 10.2. e art. 17

Il caso *Jersild v. Denmark*²⁹⁴ costituisce un pilastro fondamentale nella tutela contro l'*hate speech* nello spazio del Consiglio d'Europa.

Jens Olaf Jersild, giornalista danese, aveva condotto un'intervista presso *Danmarks Radio* (*Danish Broadcasting Corporation*) ad un gruppo di giovani che si facevano chiamare *the Greenjackets*, durante un programma che trattava temi come xenofobia, immigrazione e situazione dei rifugiati. I giovani avevano diffuso idee razziste e xenofobe durante l'intervista²⁹⁵.

La Corte di Copenhagen aveva condannato i tre giovani intervistati per la violazione dell'art. 266 del codice penale danese, che vieta la diffusione di messaggi razzisti. Sulla base della stessa norma, aveva condannato il giornalista per complicità nelle attività riportate, per aver incoraggiato i *Greenjackets* ad esprimere le loro opinioni razziste. In sede di appello, Jersild lamentava la violazione della libertà d'espressione in quanto giornalista, poiché l'obiettivo dell'intervista non era quello di condividere le espressioni razziste, bensì quello di mostrare la radicalizzazione giovanile nell'espressione di tali idee. Tuttavia, la Corte d'appello aveva rifiutato il ricorso. Lo stesso era accaduto presso la Corte Suprema. Per questo motivo, Jersild fa ricorso alla Commissione EDU, che dichiara ammissibile il ricorso.

La Corte sostiene che l'interferenza con la libertà d'espressione sia stata prescritta dalla legge danese, secondo il requisito previsto dall'art. 10.2, oltre al fatto che l'obiettivo legittimo della legge era quello della protezione della reputazione o dei diritti altrui. Tuttavia, ciò su cui essa dissente è il requisito della necessità in una società democratica.

In primo luogo, la Corte sostiene la necessità di utilizzare la Convenzione ONU per l'Eliminazione di Ogni Forma di Discriminazione Razziale (1965), firmata dalla Danimarca, come criterio per stabilire se la restrizione fosse necessaria²⁹⁶. Inoltre, il ricorrente aveva personalmente invitato il gruppo razzista a sottoporsi all'intervista e, in base alla modalità in cui essa era stata condotta, poteva sostenersi che avesse agevolato il gruppo nella disseminazione di tali idee. Nonostante ciò, la Corte sottolinea che l'espressione di idee razziste non era stata

²⁹⁴ *Jersild v. Denmark*, ECHR 15890/89 (1994).

²⁹⁵ Ad esempio, alla domanda «Are you a racist?», un membro del gruppo rispondeva «Yes, that's what I regard myself as. It's good being a racist. We believe Denmark is for the Danes. [...] The Ku Klux Klan, that's something that comes from the States in the old days during – you know – the civil war and things like that, because the Northern States wanted that the niggers should be free human beings, man, they are not human beings, they are animals, right, it's completely wrong, man, the things that happened. People should be allowed to keep slaves, I think so anyway. [...] No, you can also see that from their body structure, man, big flat noses, with cauliflower ears etc., man. Broad heads and very broad bodies, man, hairy, you are looking at a gorilla and compare it with an ape, man, then it is the same [behaviour], man, it's the same movements, long arms, man, long fingers etc., long feet», *ivi*, ECHR 15890/89 (1994), § 11.

²⁹⁶ *Ivi*, ECHR 15890/89 (1994), § 30.

perpetrata personalmente dal ricorrente, bensì dai *Greenjackets*: per questo motivo, essa si vede obbligata ad applicare la propria precedente giurisprudenza in tema di libertà di stampa, nella quale si riconosceva alla stampa e ai mezzi di informazione il ruolo di «public watchdog»²⁹⁷. Inoltre, secondo la Commissione, la condotta di Jersild aveva evidentemente l'obiettivo di «esporre, analizzare e spiegare» le opinioni del gruppo²⁹⁸, oltre a sussistere elementi che permettevano di sostenere che l'obiettivo generale fosse anche quello di distanziarsene.

Nell'opinione dissenziente redatta nel giudizio preliminare da Gauker Jorundsson, al contrario, si fa leva sul fatto che l'art. 4 dell'ICERD proibisce la disseminazione delle idee razziste indipendentemente dall'intento soggettivo individuale²⁹⁹. Al contrario, all'esito della decisione, l'*intenzionalità della condotta* (e, quindi, nel caso dell'*hate speech* razzista, il preciso intento di diffondere messaggi razzisti piuttosto che di riportarli) pare doversi considerare un requisito fondamentale per l'interferenza nel diritto alla libera espressione³⁰⁰.

Per i motivi ricordati sin qui, la Corte sostiene l'insussistenza del requisito della necessità della restrizione della libertà d'espressione in una società democratica, deducendone l'assenza del criterio di proporzionalità e, quindi, riconoscendo una violazione dell'art. 10.

Nonostante nel caso concreto la Corte abbia riconosciuto la violazione della libertà d'espressione del ricorrente, *Jersild* costituisce una sentenza fondamentale in materia di discorso d'odio, poiché gli *obiter dicta* riguardanti le espressioni razziste riconoscono che l'*hate speech* razzista dei *Greenjackets* non trova tutela entro l'art. 10.1³⁰¹. Tuttavia, come ricorda C. Caruso, la Corte non contribuisce a chiarire (anche per il fatto che il giudizio riguardava la condotta del ricorrente, non invece dei membri del gruppo dei *Greenjackets*) se, *pro futuro*, l'*hate speech* razzista debba essere trattato a partire dall'art. 10.2, con un giudizio di bilanciamento, o dall'art. 17, rimanendone totalmente esclusa la protezione³⁰².

²⁹⁷ *Observer and Guardian v. United Kingdom*, ECHR 13585/88 (1991), par. 59. Cfr. T. MCGONAGLE, "A Survey and Critical Analysis of Council of Europe Strategies for Countering "Hate Speech"", cit., che indica *Jersild* come un «*locus classicus* for media freedom» (p. 460).

²⁹⁸ *Jersild v. Denmark*, ECHR 15890/89 (1994), § 33.

²⁹⁹ Cfr., sul punto, D. KEANE, "Attacking Hate Speech under Article 17 of the European Convention on Human Rights", cit., pp. 652-653.

³⁰⁰ G. ROLLNERT LIERN, "El discurso del odio: una lectura crítica de la regulación internacional", cit., p. 96.

³⁰¹ Cfr. M. OETHEIMER, "Protecting Freedom of Expression: The Challenge of Hate Speech in the European Court of Human Rights Case Law", in *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, 17, 2009, pp. 427-443, p. 430; M. CASTELLANETA, "L'*hate speech*: da limite alla libertà di espressione a crimine contro l'umanità", cit., p. 161; EAD., "La Corte europea dei diritti umani e l'applicazione del principio dell'abuso del diritto nei casi di *hate speech*", cit., p. 74; T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal*, cit., p. 241. In generale, sul caso, cfr. anche J. CRUZ ÁNGELES, "La protección de las minorías frente a los discursos de odio. Análisis comparado de los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos", in L. ALONSO, V. VÁZQUEZ (dirs.), *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio. Textos críticos*, cit., pp. 83-108, pp. 94-95; U. BELAVUSAU, *Freedom of Speech. Importing European and US Constitutional Models in Transitional Democracies*, cit., pp. 49-50.

³⁰² C. CARUSO, "Ai confini dell'abuso del diritto: l'*hate speech* nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo", cit., pp. 348-349; cfr. anche ID., "L'*hate speech* a Strasburgo: il pluralismo militante del sistema convenzionale", cit., p. 970. Nell'analisi effettuata da M. ROSENFELD, "Hate Speech in Constitutional Jurisprudence", cit., p. 275, la risposta pare propendere per l'approccio dell'art. 10.2.

7.4.5 – *Lehideux and Isorni v. France* (1998): la possibilità di utilizzo dell'art. 17 solo per i «clearly established historical facts»

L'analisi del caso *Lehideux and Isorni v. France*³⁰³ è indispensabile, in materia di giurisprudenza di Strasburgo sull'utilizzo dell'art. 17, perché contribuisce a determinare quali casi di revisionismo vengano giudicati dalla Corte sulla base del divieto dell'abuso di diritto e quali, invece, non possano rientrare entro il meccanismo della «ghigliottina».

Il caso riguardava la condotta di due persone: il signor Lehideux, che era stato Ministro per la Produzione Industriale nel Governo del Maresciallo Pétain (in Francia), e al momento della commissione del fatto era Presidente dell'Associazione per la Difesa della Memoria del Maresciallo Pétain, e il signor Isorni, avvocato, che era stato nominato ad assistere il Presidente dell'Ordine degli Avvocati di Parigi nella difesa di Pétain di fronte all'Alta Corte di Giustizia, che nel 1945 aveva condannato Pétain a morte. La condotta consisteva nella pubblicazione, sul quotidiano *Le Monde*, di un articolo che ricordava le gesta del Maresciallo Pétain, a capo del governo collaborazionista di Vichy tra il 1940 e il 1944, dipingendolo sotto una luce positiva, sostenendo che fosse stato la figura-chiave che aveva permesso di lottare contro i nazisti ed evitare la loro supremazia in Francia. Nell'articolo si condannava la scelta politica, capeggiata da Charles de Gaulle, di perseguire Pétain per la condotta collaborazionista.

L'annuncio aveva portato l'Associazione Nazionale degli Ex Membri della Resistenza a querelare Lehideux e Isorni per aver difeso i crimini collaborazionisti. Il Tribunale Penale di Parigi aveva prosciolto gli imputati, sostenendo che la condotta rientrava nell'esercizio della loro libertà d'espressione, oltre al fatto che il testo non difendeva la collaborazione di Pétain al regime nazista, bensì sosteneva che egli avesse favorito gli Alleati. Il giudizio era stato confermato in sede di appello. La Corte di Cassazione aveva statuito che vi era stato un errore in diritto, rimettendo il giudizio alla Corte d'appello. Questa volta la Corte d'appello aveva sentenziato un simbolico risarcimento del danno alle parti civili di un franco. Portato nuovamente in Cassazione, il giudizio si era concluso con la statuizione della Suprema Corte per cui la sentenza era stata emessa nel rispetto della legge, che proibiva la pubblica difesa del reato di collaborazione. Inoltre, si sosteneva che il fatto costituiva un'apologia implicita del nazismo, poiché si fondava sull'omissione degli atti di collaborazione di Pétain al regime nazista.

Lehideux e Isorni, dunque, fanno ricorso alla Corte di Strasburgo, che lo accetta soltanto per la parte riguardante l'art. 10 CEDU. Nel giudicare il caso sulla base dei requisiti dell'art. 10.2, la Corte sostiene il rispetto della riserva di legge e dello scopo legittimo di tutelare la reputazione e i diritti altrui e la prevenzione del disordine o della commissione di reati. Anche in questo caso, il pomo della discordia è costituito dal requisito della necessità della restrizione in una società democratica.

Secondo la Corte, l'opinione espressa dai ricorrenti sul caso Pétain, lungi dal costituirsi come una giustificazione degli atti nazisti o come una negazione dell'Olocausto,

³⁰³ *Lehideux and Isorni v. France*, ECHR 24662/94 (1998).

«does not belong to the category of clearly established historical facts – such as the Holocaust – whose negation or revision would be removed from the protection of Article 10 by Article 17»³⁰⁴.

Si tratta di un criterio importante, che la Corte utilizzerà in alcuni giudizi successivi: solamente il reato di negazione dell'Olocausto o di esaltazione del nazismo si pongono contro fatti storicamente stabiliti in maniera chiara e, dunque, solo queste condotte possono essere oggetto dello strumento previsto dall'art. 17 CEDU. Al contrario, il giudizio espresso dai ricorrenti forma parte del dibattito tra opinioni contrastanti riguardanti il ruolo di Pétain, capo del Governo di Vichy, su cui non esiste ancora un'interpretazione univoca.

La Corte ribadisce che la libertà d'espressione implica anche il diritto ad esprimere opinioni controverse e addirittura offensive. Sulla base di ciò, non potendosi applicare l'art. 17, la Corte sostiene che il requisito della necessità in una società democratica debba essere valutato alla luce del criterio della proporzionalità. Nel caso di specie, la Corte non rinviene detta proporzionalità tra la condotta e la sanzione – ricordando la gravità della sanzione penale – e, dunque, sostiene che vi sia stata violazione dell'art. 10³⁰⁵.

La sentenza risulta importante poiché, con riferimento alla valutazione della Corte circa l'applicazione dell'art. 17, questa non può estendersi, in materia di negazionismo, a fatti sui quali non vi è un accordo storico incontrovertibile: per questo motivo, nei suddetti casi, l'art. 17 verrà applicato direttamente solo con riferimento al negazionismo dell'Olocausto, non anche di altri episodi storici non «clearly established».

7.4.6 – *Garaudy v. France* (2003): negazionismo dell'Olocausto (art. 17) e *hate speech* razzista (art. 10.2)

*Garaudy v. France*³⁰⁶ è probabilmente il caso più famoso di negazionismo dell'Olocausto in cui la Corte EDU ha applicato l'art. 17, dichiarando il ricorso inammissibile proprio sulla base del contenuto dell'espressione.

Si tratta del caso di Roger Garaudy, ex politico e filosofo francese, che aveva pubblicato un libro dal titolo *The Founding Myths of Israeli Politics*, ciò che gli aveva causato querele per negazione di crimini contro l'umanità e pubblicazioni diffamatorie sulla base della razza, oltre che per incitamento all'odio e alla violenza razziale e religiosa, condotte proibite dalla legge francese. Ad esempio, i capitoli 2 e 3 si intitolavano «*The Myth of the Nuremberg Trials* e *The Myth of the Holocaust*», avendo lo scopo di negare l'avvenimento storico dell'Olocausto³⁰⁷.

³⁰⁴ Ivi, ECHR 24662/94 (1998), § 47 (corsivi nostri). Sull'importanza del criterio, soprattutto alla luce delle valutazioni in tema di *hate speech*, cfr. H. CANNIE, D. VOORHOOF, "The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention: An Added Value for Democracy and Human Rights Protection?", cit., p. 60; A. WEBER, *Manual on Hate Speech*, cit., p. 36. In generale, sul caso, cfr. anche U. BELAVUSAU, *Freedom of Speech. Importing European and US Constitutional Models in Transitional Democracies*, cit., p. 51; R. ALCÁ CER GUIRAO, "Libertad de expresión, negación del holocausto y defensa de la democracia. Incongruencias valorativas en la jurisprudencia del TEDH", cit., p. 317.

³⁰⁵ *Lehideux and Isorni v. France*, ECHR 24662/94 (1998), §§ 46-58.

³⁰⁶ *Garaudy v. France*, ECHR 65831/01 (2003).

³⁰⁷ Per l'analisi dei passaggi, si vedano le ricostruzioni della Corte d'appello, riportate nella sentenza della Corte EDU: ivi, ECHR 65831/01 (2003), sez. A.

Dopo un diniego del Tribunale di primo grado, la Corte d'Appello di Parigi aveva ribaltato la sentenza e condannato Garaudy ad una pena detentiva di 6 mesi, oltre che al pagamento di una somma a titolo di multa. La Corte di Cassazione aveva rifiutato il ricorso presentato da Garaudy. In un giudizio successivo³⁰⁸, relativo alla seconda edizione del libro, Garaudy era stato condannato nuovamente per negazione di crimini contro l'umanità, condanna poi confermata in sede di appello. Nuovamente, la Corte di Cassazione aveva rifiutato il ricorso. E così anche in un terzo giudizio³⁰⁹. In un quarto giudizio³¹⁰, invece, la condanna riguardava la pubblicazione di affermazioni diffamatorie su basi razziali (rivolte alla comunità degli ebrei), per aver sostenuto che l'Olocausto era servito a sostenere la causa dei sionisti. Sia in Corte d'appello sia in Cassazione gli esiti erano stati simili ai precedenti. In un quinto e ultimo giudizio³¹¹, la condanna era stata di incitamento all'odio razziale. Con riferimento a tale condanna, il Tribunale di primo grado si era pronunciato nei termini dell'assoluzione, poiché non si rinvenivano i termini dell'incitamento all'odio o alla violenza. Tuttavia, in merito ad un altro passaggio, aveva condannato Garaudy per diffamazione razziale. La condanna era poi stata confermata in appello e la Cassazione aveva rifiutato il ricorso.

Tralasciando le questioni processuali relative alla mancata trattazione del caso in un'unica sede di giudizio³¹², si preferisce concentrare l'attenzione sul ricorso presentato presso la Corte EDU per violazione dell'art. 10, sulla base del fatto che, così lamentava il ricorrente, i tribunali francesi avevano erroneamente qualificato la condotta come revisionista, mentre il suo scopo era quello di criticare lo Stato di Israele senza negare la realtà dell'Olocausto.

La Corte, riprendendo il principio enunciato in *Lehideux and Isorni* dei «clearly established historical facts», come l'Olocausto, ricorda che la rimozione di quest'ultimo dalla tutela dell'art. 10 è operata dal meccanismo della ghigliottina dell'art. 17. Quanto alla condanna di negazione di crimini contro l'umanità, sulla base di numerosi passaggi dell'opera, la Corte sottolinea che l'autore espressamente aderisce, ad esempio, alla teoria della negazione dell'utilizzo delle camere a gas o a quella dell'erroneità del numero di vittime dell'Olocausto. In un passaggio divenuto piuttosto famoso, la Corte sostiene che il negazionismo di crimini contro l'umanità nel caso della *Shoah* costituisce la forma più grave di diffamazione razziale degli ebrei e di incitamento all'odio nei loro confronti:

«Denying crimes against humanity is [...] one of the most serious forms of racial defamation of Jews and of incitement to hatred of them. The denial or rewriting of this type of historical fact undermines the values on which the fight against racism and anti-Semitism are based and constitutes a serious threat to public order. Such acts are incompatible with democracy and human rights because they infringe the rights of others. Their proponents indisputably have designs that fall into the category of aims prohibited by Article 17»³¹³.

³⁰⁸ Cfr. *ivi*, ECHR 65831/01 (2003), sez. A.2.

³⁰⁹ Cfr. *ivi*, ECHR 65831/01 (2003), sez. A.3.

³¹⁰ Cfr. *ivi*, ECHR 65831/01 (2003), sez. A.4.

³¹¹ Cfr. *ivi*, ECHR 65831/01 (2003), sez. A.5.

³¹² Cfr. *ivi*, ECHR 65831/01 (2003), sez. A.6.

³¹³ Cfr. *ivi*, ECHR 65831/01 (2003; corsivi nostri), analisi in diritto, sez. 1.I. Cfr. H. CANNIE, D. VOORHOOF, "The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention: An Added Value for Democracy and Human Rights Protection?" cit., p. 61; A. WEBER, *Manual on Hate Speech*, cit., p. 25; T. MCGONAGLE, "A Survey and Critical Analysis of Council of Europe Strategies for Countering "Hate Speech"" cit., p. 462;

La Corte si basa espressamente sul mero *contenuto dell'opera*, senza indagarne gli effetti. Il contenuto *ex se* viene escluso dalla protezione della libertà d'espressione in quanto incompatibile con i valori soggiacenti alla Convenzione, secondo un approccio evidentemente *illocutorio* all'*hate speech* sotteso al discorso negazionista.

Per ciò che concerne la condanna di diffamazione razziale e incitamento all'odio razziale, la Corte ammette invece l'utilizzo dell'art. 10.2 e dei conseguenti criteri, sostenendo che la misura sia necessaria, nel caso concreto, per promuovere la coesistenza pacifica della popolazione francese, rispettando il requisito della necessità in una società democratica, fondato sullo scopo della prevenzione del disordine e la protezione della reputazione e dei diritti altrui. Sulla base di queste ragioni, la Corte dichiara l'inammissibilità del ricorso.

Come è stato osservato, il giudizio della Corte appare piuttosto difficile da interpretare nell'ambito dell'analisi dell'*hate speech*, poiché separa in due le questioni: al negazionismo dell'Olocausto viene applicato direttamente l'art. 17 e l'effetto ghigliottina; al contrario, all'*hate speech* razzista si applica l'art. 10.2³¹⁴.

Pur portando a due risultati identici – la legittimità di entrambe le condanne viene infatti confermata –, la Corte pare statuire il principio per cui all'*hate speech* razzista, in questo caso nella forma della diffamazione razziale e dell'incitamento all'odio o alla violenza, non merita il giudizio secondo l'applicazione dell'art. 17, bensì deve essere valutato alla luce dei criteri dell'art. 10.2. Ciò risulta parzialmente in contrasto con *Glimmerveen*, in cui invece la Corte utilizzava l'art. 17 come parametro interpretativo dell'art. 10.2. Non si comprende quale sia, all'esito della sentenza, la disciplina giuridica da seguire nel caso dell'*hate speech* razzista.

Coerentemente con *Glimmerveen* e con l'approccio *illocutorio* che la Corte ivi pareva aver adottato, piuttosto, si ritiene che la forma migliore di tutela delle vittime di *hate speech* sia proprio quella dell'utilizzo dell'art. 17 come parametro interpretativo dei requisiti dell'art. 10.2: essa, infatti, adottando l'approccio *illocutorio*, pare maggiormente coerente con una teoria della libertà dalla dominazione. Dal momento che l'*hate speech* – in questo caso razzista – contribuisce alla subordinazione sociale di coloro che ne sono vittime, non si ritiene necessario verificare che nel caso concreto vi sia un danno ai diritti o alla reputazione altrui.

D. KEANE, "Attacking Hate Speech under Article 17 of the European Convention on Human Rights", cit., pp. 649-651; C. CARUSO, *La libertà di espressione in azione. Contributo a una teoria costituzionale del discorso pubblico*, cit., p. 254; ID., "Ai confini dell'abuso del diritto: l'*hate speech* nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo", cit., p. 347; ID., "L'*hate speech* a Strasburgo: il pluralismo militante del sistema convenzionale", cit., pp. 963-981, p. 968; A. VALERO HEREDIA, "Los discursos del odio. Un estudio jurisprudencial", cit., pp. 324-325; R. ALCÁZER GUIRAO, "Libertad de expresión, negación del holocausto y defensa de la democracia. Incongruencias valorativas en la jurisprudencia del TEDH", cit., p. 320; G. ROLLNERT LIERN, "El discurso del odio: una lectura crítica de la regulación internacional", cit., p. 92.

³¹⁴ Cfr. M. OETHEIMER, "Protecting Freedom of Expression: The Challenge of Hate Speech in the European Court of Human Rights Case Law", cit., pp. 432-433.

7.4.7 – *Gündüz v. Turkey* (2003): *advocacy* della *sharia* v. incitamento alla violenza su basi religiose

*Gündüz v. Turkey*³¹⁵ è un caso della Corte di Strasburgo riguardante il signor Gündüz, leader di *Tarikat Aczmendi* (una comunità che si auto-identificava come una setta islamica), che aveva partecipato ad un programma televisivo in un canale indipendente in Turchia. Nel corso della trasmissione, Gündüz, intervistato, aveva avuto l'occasione di parlare con alcuni intervenienti via telefono. Le discussioni affrontate riguardavano la religione islamica, la separazione tra Stato e religione, la *sharia* e altre questioni correlate.

Una persona al telefono aveva accusato Gündüz di avere visioni che miravano alla distruzione della democrazia e ad instaurare un regime fondato sulla *sharia*, accusa alla quale egli aveva risposto: «Of course, that will happen, that will happen»³¹⁶. Successivamente alla trasmissione, Gündüz era stato accusato e processato per aver incitato all'odio e all'ostilità sulla base di alcune distinzioni fondate sulla religione, per violazione di alcuni articoli del codice penale: gli era stata comminata una pena detentiva di due anni e una multa. Il caso, giunto alla Corte di Cassazione, aveva visto la conferma della condanna da parte della Suprema Corte, ciò che aveva portato Gündüz a fare ricorso alla Corte EDU.

La Corte si richiama espressamente alle definizioni di *hate speech* fornite nella Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa n. 20 del 30 ottobre 1997 e nella Raccomandazione di Politica Generale n. 7 dell'ECRI, di conseguenza facendole proprie³¹⁷.

Nel caso di specie, la Corte analizza la condotta sulla base dei requisiti dell'art. 10.2., sostenendo il rispetto della riserva di legge e del fine legittimo, in quanto la restrizione era volta alla prevenzione del disordine e dei reati, alla protezione della morale e, soprattutto, alla protezione dei diritti altrui.

La Corte riconosce la definizione utilizzata dalle corti domestiche nei termini di *hate speech*, sostenendo quanto segue:

«Having regard to the relevant international instruments [...] and to its own case-law, the Court would emphasise, in particular, that *tolerance and respect for the equal dignity of all human beings constitute the foundations of a democratic, pluralistic society*. That being so, as a matter of principle it may be considered necessary in certain democratic societies to sanction or even prevent all forms of expression which spread, incite, promote or justify hatred based on intolerance (including religious intolerance), provided that any “formalities”, “conditions”, “restrictions” or “penalties” imposed are proportionate to the legitimate aim pursued»³¹⁸.

La Corte, dunque, ricollega espressamente la proibizione dell'*hate speech* alla tutela dell'*eguale dignità* di tutti gli esseri umani³¹⁹. Inoltre, la Corte ricorda il principio statuito in

³¹⁵ *Gündüz v. Turkey*, ECHR 35071/97 (2003).

³¹⁶ *Ivi*, ECHR 35071/97 (2003), § 11.

³¹⁷ *Ivi*, ECHR 35071/97 (2003), § 22-24.

³¹⁸ *Ivi*, ECHR 35071/97 (2003), § 40.

³¹⁹ Cfr. R. ALCÁ CER GUIRAO, “Libertad de expresión, negación del holocausto y defensa de la democracia. Incongruencias valorativas en la jurisprudencia del TEDH”, cit., p. 314.

Jersild, per cui l'*hate speech*, quando costituisce un insulto a determinati individui o gruppi³²⁰, non risulta protetto dall'art. 10 CEDU. Tuttavia, la Corte di Strasburgo statuisce la necessità di prendere in considerazione non solo il *contenuto*, bensì anche il *contesto* del caso concreto³²¹:

«The Court must consider the impugned “interference” in the light of the case as a whole, including *the content of the comments in issue and the context in which they were broadcast*, in order to determine whether it was “proportionate to the legitimate aims pursued” and whether the reasons adduced by the national authorities to justify it are “relevant and sufficient”»³²².

Proprio in relazione al *contesto*, la Corte sottolinea che si trattava di un tema ampiamente dibattuto in Turchia in quel periodo, che le opinioni del ricorrente erano già note al pubblico e che si trattava di una questione generale di interesse pubblico. Inoltre, essa riconosce che il *format* del programma era volto ad incoraggiare uno scambio di opinioni e il dibattito, garantendo un'equa rappresentazione tra opinioni opposte. Pertanto, «[s]een in their context» le parole pronunciate «cannot be construed as a call to violence or as hate speech based on religious intolerance»³²³. Inoltre, la Corte riconosce espressamente che si tratta di un caso in cui occorre bilanciare «the interests of free speech and those of protecting the rights of others under the necessity test in Article 10.2 of the Convention»³²⁴. Nel fare ciò, la Corte applica il *rights-balancing*, per cui potrà statuire che l'*hate speech* viola l'art. 10 solo qualora, appunto, sia perpetrato in modo da ledere i diritti altrui.

Il passaggio fondamentale della sentenza è quello che riguarda il potenziale incitamento alla violenza nella difesa della *sharia*:

«Admittedly, there is no doubt that [...] expressions that seek to spread, incite or justify hatred based on intolerance, including religious intolerance, do not enjoy the protection afforded by Article 10 of the Convention. However, the Court considers that the mere fact of defending sharia, without calling for violence to establish it, cannot be regarded as “hate speech”»³²⁵.

Ciò costituisce un principio interpretativo importante fornito dalla Corte nel giudizio relativo a casi di *hate speech* fondati sull'*advocacy* (per riprendere il linguaggio utilizzato dalla Corte Suprema degli USA; cfr. *supra*, § 7.2) di idee estremiste: la mera sussistenza dell'elemento dell'*advocacy* della *sharia*, nonostante si riconosca che essa risulta incompatibile con i valori convenzionali, nel caso concreto, senza reali riferimenti ad atti imminenti di violenza,

³²⁰ Lo sottolineano, tra gli altri, H. CANNIE, D. VOORHOOF, “The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention: An Added Value for Democracy and Human Rights Protection?” cit., p. 66.

³²¹ L'importanza della valutazione del contesto, con riferimento al caso in analisi, è sottolineata, tra gli altri, da M. CASTELLANETA, “L'*hate speech*: da limite alla libertà di espressione a crimine contro l'umanità”, cit., p. 162; M. OETHEIMER, “Protecting Freedom of Expression: The Challenge of Hate Speech in the European Court of Human Rights Case Law”, cit., p. 439.

³²² *Gündüz v. Turkey*, ECHR 35071/97 (2003), § 42 (corsivi nostri).

³²³ *Ivi*, ECHR 35071/97 (2003), § 48 (corsivi nostri).

³²⁴ *Ivi*, ECHR 35071/97 (2003), § 49.

³²⁵ *Ivi*, ECHR 35071/97 (2003), § 51 (corsivi nostri).

non costituisce *hate speech*³²⁶. Pertanto, la Corte riconosce la violazione della libertà d'espressione del ricorrente.

L'incoerenza del ragionamento della Corte, in questo caso, può essere sottolineata nella misura in cui essa, pur accogliendo la definizione di *hate speech* fornita dal Consiglio d'Europa, che non si limita – come invece accade nella definizione data dall'ICCPR – all'incitamento all'odio, alla discriminazione e alla violenza, bensì punisce condotte più ampie³²⁷, finisce per statuire che l'*advocacy* della *sharia*, senza incitamento alla violenza, non costituisce *hate speech*. Ciò potrebbe anche risultare coerente, ma la Corte avrebbe forse dovuto spiegare la connessione tra questo ragionamento e la portata applicativa della definizione più ampia del discorso d'odio adottata dal Consiglio d'Europa.

7.4.8 – *Norwood v. United Kingdom* (2004): art. 17 e propaganda islamofobica

*Norwood v. United Kingdom*³²⁸ costituisce una decisione fondamentale della Corte di Strasburgo in materia di applicazione dell'art. 17: esso, infatti, secondo la giurisprudenza della Corte, si applica direttamente anche ai casi di propaganda islamofobica³²⁹.

Il ricorrente, Mark Anthony Norwood, *Regional Organiser* del *British National Party*, partito di estrema destra nel Regno Unito, aveva esposto tra il novembre 2001 e il gennaio 2002 alla finestra del suo appartamento un poster fornito dal partito con una fotografia delle torri gemelle in fiamme, corredata dalle parole «Islam out of Britain – Protect the British People», con il simbolo della mezzaluna coperto dal simbolo di un divieto. Il poster era stato successivamente rimosso dalla polizia in seguito ad una lamentela. Dopo la richiesta della polizia di recarsi presso la centrale, Norwood si era rifiutato di comparire. Così, egli era stato accusato di offesa aggravata in violazione dell'art. 5 del *Public Order Act* del 1986, che condannava l'esposizione con ostilità nei confronti di un gruppo razziale o religioso, di qualsiasi simbolo o altra rappresentazione che possa considerarsi minaccioso, offensivo o insultante, ciò che lo aveva portato ad una condanna in primo grado con aggravante per motivi di ostilità razziale o religiosa. L'appello era stato rigettato, sulla base del fatto che si trattava, a giudizio della Corte, di un'espressione pubblica di attacco a tutti i musulmani del paese.

La Corte EDU rigetta il ricorso di Norwood, in applicazione diretta dell'art. 17:

³²⁶ Cfr. M. CASTELLANETA, «La Corte europea dei diritti umani e l'applicazione del principio dell'abuso del diritto nei casi di *hate speech*», cit., p. 750; T. MCGONAGLE, «A Survey and Critical Analysis of Council of Europe Strategies for Countering “Hate Speech”», cit., p. 464; D. VOORHOOF, «Freedom of Expression under the European Human Rights System – From Sunday Times (N° 1) v. U.K. (1979) to Hachette Filipacchi Associés (“Ici Paris”) v. France (2009)», cit., p. 38.

³²⁷ Lo rileva anche G. ROLLNERT LIERN, «El discurso del odio: una lectura crítica de la regulación internacional», in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 115, pp. 81-109, p. 91.

³²⁸ *Norwood v. United Kingdom*, ECHR 23131/03 (2004).

³²⁹ Cfr. C. CARUSO, «Ai confini dell'abuso del diritto: l'*hate speech* nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo», cit., p. 349; ID., «L'*hate speech* a Strasburgo: il pluralismo militante del sistema convenzionale», cit., p. 968. Cfr., inoltre, H. CANNIE, D. VOORHOOF, «The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention: An Added Value for Democracy and Human Rights Protection?», cit., p. 62; A. WEBER, *Manual on Hate Speech*, cit., p. 27; T. MCGONAGLE, «A Survey and Critical Analysis of Council of Europe Strategies for Countering “Hate Speech”», cit., p. 461.

«Such a general, vehement attack against a religious group, linking the group as a whole with a grave act of terrorism, is incompatible with the values proclaimed and guaranteed by the Convention, notably tolerance, social peace and non-discrimination. The applicant's display of the poster in his window constituted an act within the meaning of Article 17, which did not, therefore, enjoy the protection of Articles 10 or 14»³³⁰.

L'attribuzione indiscriminata dell'atto di terrorismo che ha portato alla caduta delle torri gemelle a tutti i musulmani, secondo la Corte, è incompatibile coi valori della Convenzione: pertanto, *ex se*, non trova protezione entro la libertà d'espressione. La Corte, come in altri casi, non valuta né se il messaggio contribuisca o meno al dibattito pubblico, né tantomeno il potenziale effetto negativo (ad esempio, il possibile incitamento alla violenza islamofobica)³³¹: nuovamente, è il *contenuto* del messaggio in sé a costituire la ragione fondamentale della proibizione³³², che si basa dunque su un'analisi *illocutoria*.

Nell'estensione del meccanismo dell'art. 17 ai casi di propaganda islamofobica, la Corte di Strasburgo, come è stato sottolineato, mette da parte gli interessi tutelati dall'art. 10.2, «a favore di un pluralismo “militante” che gode di una presunzione assoluta di prevalenza rispetto ai singoli diritti espressi nel trattato internazionale»³³³.

Tuttavia, la Corte non chiarisce il criterio da utilizzare nel caso dell'*hate speech*: non spiega, cioè, quando un'espressione offensiva «diviene così “veemente” da essere considerata abusiva e da portare conseguentemente ad una pronuncia di inammissibilità»³³⁴.

7.4.9 – *Witzsch v. Germany* (2004): il negazionismo in ambito privato

In *Witzsch v. Germany*³³⁵, la Corte consolida la propria giurisprudenza in tema di negazione dell'Olocausto.

Il signor Witzsch, insegnante di scuola secondaria, era stato condannato in Germania nel 1996 per oltraggio alla dignità dei defunti, a causa di una condotta negazionista. La particolarità del caso è data dal fatto che la sua condotta non era stata perpetrata in pubblico, diffondendo materiale che negava la *Shoah*: egli, invece, aveva scritto lettere private³³⁶ a politici tedeschi, lamentandosi della proposta di emendamento dell'art. 130 del codice penale relativa al reato di incitamento all'odio, poiché penalizzava il negazionismo dei criminali di massa perpetrati dal regime nazionalsocialista. In quelle lettere, Witzsch negava l'esistenza storica delle camere a gas e, di conseguenza, la morte di milioni di persone. Tanto l'appello quanto il ricorso alla Corte Suprema, così come alla Corte Costituzionale Federale, erano stati rigettati.

³³⁰ *Norwood v. United Kingdom*, ECHR 23131/03 (2004), considerazioni *in diritto*, p. 4 (corsivi nostri).

³³¹ A. VALERO HEREDIA, “Los discursos del odio. Un estudio jurisprudencial”, cit., p. 312.

³³² T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal*, cit., p. 241.

³³³ C. CARUSO, *La libertà di espressione in azione. Contributo a una teoria costituzionale del discorso pubblico*, cit., p. 255.

³³⁴ K. BERGAMI, G.M. POLITO, “Libertà di espressione e incitamento all'odio”, cit., p. 80.

³³⁵ *Witzsch v. Germany*, ECHR 41448/98 (2005).

³³⁶ Cfr. A. KOLTAY, *Freedom of Speech. The Unreachable Mirage*, cit., p. 165.

Curiosamente, questa volta la Corte utilizza l'art. 17 non direttamente, bensì come strumento interpretativo dell'art. 10.2, ravvisando sia il rispetto della riserva di legge sia il requisito della necessità in una società democratica: nel ragionamento della Corte, la negazione di fatti storicamente verificati e stabiliti giustifica l'interesse statale nella prevenzione del crimine e del disordine, così come l'interesse nella protezione delle vittime del regime nazista, di fatto autorizzando un bilanciamento e sostenendo che tali esigenze risultano più importanti, cosicché non ravvisa violazione della libertà d'espressione del ricorrente³³⁷. Così, la Corte rigetta il ricorso in quanto manifestamente infondato.

La particolarità del caso, quindi, sta nel fatto che la giurisprudenza di Strasburgo pare non ravvisare distinzione alcuna tra le condotte negazioniste perpetrate in *pubblico* o in *privato*.

7.4.10 – *Erbakan v. Turkey* (2006): verso l'adozione del criterio del *clear and present danger*?

*Erbakan v. Turkey*³³⁸ è il caso del signor Necmettin Erbakan, politico ed ex Primo ministro turco, allora Presidente del Partito *Refah*, che verrà sciolto dalla Corte costituzionale nel 1998 per aver svolto attività contrarie al principio di laicità.

Nel 1994, Erbakan aveva pronunciato un discorso pubblico in una zona del sud-est della Turchia in cui vi erano stati frequenti attacchi terroristici, in cui precedentemente si trovava la base di *Hezbollah*, organizzazione islamista estremista che si era resa responsabile di attacchi di questo tipo. In seguito al discorso, egli era stato accusato di violazione dell'art. 312 del codice penale, per incitamento diretto all'odio e all'ostilità sulla base di discorsi religiosi e razziali. Dopo varie vicende giudiziarie, nel 2000 Erbakan era stato condannato in primo grado ad un anno di carcere e a una multa per incitamento all'odio e all'ostilità per una distinzione fondata sulla religione e sulla razza³³⁹. La condanna era stata confermata in Cassazione.

La Corte di Strasburgo analizza il caso sulla base dei requisiti dell'art. 10.2, ravvisando la sussistenza del rispetto della riserva di legge e lo scopo legittimo (anche qui, come in altri

³³⁷ *Witzsch v. Germany*, ECHR 41448/98 (2005), considerazioni *in diritto*, § 1, p. 5.

³³⁸ *Erbakan c. Turquie*, ECHR 59405/00 (2006). Si noti che il giudizio della Corte, in questo caso, è stato pubblicato solamente in francese (con versioni non ufficiali in turco e ucraino). La Corte suole deliberare e pubblicare versioni ufficiali in francese e in inglese. In alcuni casi, le sentenze e le decisioni vengono tradotte in rete in altre lingue. Tuttavia, dal momento che, appunto, si tratta di traduzioni non ufficiali e, dunque, non riconosciute dalla Corte, in questo caso si preferisce utilizzare la versione originale in francese (mancando quella inglese).

³³⁹ Nella condanna, la sentenza si riferisce in particolare a due passaggi del discorso di Erbakan: il primo, che costituisce, nella sua linea argomentativa, incitamento all'odio su base religiosa, e la seconda, che invece si fonda sulla razza: «Dorénavant, il n'existe plus douze partis politiques dans ce pays. Il y en a deux: [celui du] juste (*hak*) et [celui de l'] injuste (*batıl*). Le parti qui représente le juste, représente également la foi de mon frère à Bingöl. C'est son propre parti, dénommé le Refah. Qui fait partie de l'autre parti? Les autres, qui sont les autres? Tous à l'exception du Refah sont injustes. Ils peuvent être considérés comme un parti unique. Parce qu'ils sont amoureux de l'infidèle. Ils ne sont pas indépendants. Ils obtiennent le pouvoir sous l'égide de l'Occident, ils reçoivent ses instructions, ils écrasent notre peuple. Ils sont tous des usuriers, tous des exploiters, tous des oppresseurs et, en plus, nous allons abandonner le monde islamique, nous serons ensemble avec les chrétiens, et les infidèles feront nos lois et nous gouverneront [...]. J'ai dit que les enfants de ce pays depuis des siècles commençaient l'école en prononçant la formule sacramentelle. Vous êtes arrivés et vous avez supprimé cette formule. Par quoi l'avez-vous remplacée: je suis turc, juste, travailleur. Lorsque tu dis cela, un enfant musulman d'origine kurde a acquis le droit de dire "je suis kurde, je suis plus juste, plus travailleur"», *ivi*, ECHR 59405/00 (2006), § 30.

casi, la difesa dell'ordine, la prevenzione dei reati, la protezione della morale e soprattutto la protezione dei diritti altrui). Tuttavia, come anche in altri casi precedenti, la Corte si sofferma sul requisito della necessità in una società democratica.

La Corte ricorda la necessità di garantire la libertà d'espressione soprattutto per ciò che riguarda il dominio del discorso politico o delle questioni di interesse generale; tuttavia, sostiene che la libertà di discussione politica non sia da considerarsi in termini assoluti³⁴⁰.

Anche in questo caso, la Corte tratta della questione sulla base della definizione data dalle Corti interne (che affermavano che si trattava di un caso di *hate speech*): pertanto, essa statuisce di dover applicare i principi già elaborati nella propria precedente giurisprudenza in tema di *hate speech*. Dunque, la Corte sostiene:

«Soulignant que la lutte contre toute forme d'intolérance fait partie intégrante de la protection des droits de l'homme, il est d'une importance cruciale que les hommes politiques, dans leurs discours publics, évitent de diffuser des propos susceptibles de nourrir l'intolérance»³⁴¹.

Tuttavia, la Corte fonda il proprio giudizio sulla modalità e sul tempo della misura inflitta come sanzione al discorso:

«De même, au vu des circonstances de l'espèce, pour la Cour, il n'est pas établi qu'au moment de l'engagement des poursuites à l'encontre du requérant, le discours incriminé engendrait "un risque actuel" et un danger "imminent" pour la société [...] ou il était susceptible de l'être. A cet égard, à la différence du Gouvernement, le laps de temps assez long, à savoir quatre ans et cinq mois, écoulé entre la prétendue diffusion des propos litigieux et l'engagement des poursuites pénales est un élément à prendre en considération, compte tenu de ce qu'était l'enjeu pour le requérant de la procédure le concernant»³⁴².

Stante il fatto che il procedimento penale viene iniziato quattro anni e cinque mesi dopo la condotta, la Corte non ritiene che vi sia un *rischio attuale* e un *pericolo imminente* per la società. In questo senso, qui la Corte pare riecheggiare il criterio del *clear and present/imminent danger* elaborato nella giurisprudenza della Corte Suprema USA (cfr. *supra*, § 7.2.2). Sulla base dell'applicazione di tale criterio, la Corte EDU ritiene che non sussista il requisito della necessità in una società democratica e, quindi, che vi sia stata violazione del diritto alla libera espressione del ricorrente.

L'opinione parzialmente dissenziente della giudice Steiner risulta particolarmente interessante per il discorso affrontato in questa sede. Ella sostiene il ragionamento della Corte fino al § 64, rendendo esplicito che non ne condivide le conclusioni:

«M. Erdogan lance un appel public à tous ceux qui se considèrent comme des "croyants" à utiliser la violence envers ceux qui ne le sont pas. [...] [D]e telles déclarations publiques constituent un discours de haine, une apologie de la violence ou une incitation à la violence; elles ne sauraient passer pour compatibles avec l'esprit de tolérance et vont à l'encontre des valeurs fondamentales de justice et de paix qu'exprime le Préambule à la Convention. Celles-ci ne devraient pas être considérées comme faisant partie du libre jeu du débat politique, qui se trouve au cœur même de la notion de société démocratique et à laquelle je m'attache profondément»³⁴³.

³⁴⁰ Ivi, ECHR 59405/00 (2006), § 55.

³⁴¹ Ivi, ECHR 59405/00 (2006), § 64 (corsivi nostri).

³⁴² Ivi, ECHR 59405/00 (2006), § 68 (corsivi nostri).

³⁴³ Juge Steiner, *Opinion partiellement dissidente*, § 1, in *Erbakan c. Turquie*, ECHR 59405/00 (2006; corsivi nostri).

Secondo Steiner, la Corte pare riconoscere che si tratti di un discorso d'odio fondato sulla religione, e tuttavia decide per la violazione dell'art. 10 sulla base del tipo di intervento sanzionatorio. Al contrario, Steiner sostiene che la Corte avrebbe dovuto, coerentemente con la propria giurisprudenza precedente (soprattutto il caso *Gündüz*), giudicare sulla base dell'art. 17 CEDU. La giudice ritiene che *l'impatto del discorso d'odio non possa essere misurato se non con il tempo*³⁴⁴. Si tratta di una statuizione molto importante, poiché un membro della Corte di Strasburgo riconosce l'impossibilità, nella valutazione del discorso d'odio, di fondare la condanna esclusivamente sugli effetti (trattamento *perlocutorio* coerente con una concezione della libertà come *non-interferenza*). Piuttosto, l'elemento importante è il *contenuto*: «[i]l s'agit d'une contribution néfaste à un climat d'intolérance qui nourrit les préjugés primitifs et les clivages. Là, je vois également le refus du pluralisme inhérent à toute société démocratique»³⁴⁵.

L'opinione parzialmente dissenziente di Steiner è stata messa in risalto come un riconoscimento dei rischi di un approccio strettamente consequenzialista nel caso dell'*hate speech*. La sua valutazione del caso, infatti, permette di distinguere tra *effetti di breve termine* – entro i quali non si ravvisa alcun pericolo imminente – ed *effetti di lungo termine*³⁴⁶: nonostante i secondi costituiscano un terreno quantomeno “scivoloso” in cui imbarcarsi da un punto di vista giuridico, essi permettono di comprendere l'*hate speech* in maniera più profonda dei primi.

Questo punto permette di mettere in risalto la questione fondamentale sottesa al presente lavoro. Mentre l'intervento sanzionatorio di tipo penalistico evidentemente può fondarsi esclusivamente sugli effetti di breve termine, a partire da un'analisi dell'*hate speech* in termini *perlocutori* e da una concezione della libertà come *non-interferenza*, non si può affermare che tale impostazione debba costituire l'unico approccio possibile in termini di intervento statale contro il discorso d'odio. Nonostante non si possano facilmente ravvisare i termini per l'intervento con lo strumento penale – il quale, peraltro, fallirebbe inoltre nel costituire sempre la “risposta migliore” –, non si può ridurre la questione alla domanda circa l'intervento esclusivamente in sede penale. Al contrario, un'analisi di tipo *illocutorio*, fondata su una concezione della libertà nel senso della *non-dominazione*, può sostenere la necessità di intervento statale di altro tipo: con strumenti civili o amministrativi e, soprattutto, con politiche pubbliche volte a combattere la dominazione e l'oppressione sociale dei gruppi vittime di *hate speech*.

7.4.11 – *Ivanov v. Russia* (2007): antisemitismo e incitamento all'odio etnico

*Ivanov v. Russia*³⁴⁷ è il caso di Pavel Ivanov, cittadino russo, editore del giornale *Russkoye Veche*, il quale, in varie pubblicazioni, si appellava alla necessità di escludere gli ebrei dalla vita sociale, sostenendo una relazione causale tra i disagi sociali, economici e politici dell'epoca e le attività degli ebrei, dipingendone negativamente il gruppo etnico.

³⁴⁴ Ivi, § 2, ECHR 59405/00 (2006).

³⁴⁵ Ivi, § 2, ECHR 59405/00 (2006).

³⁴⁶ Distingue tra «short-term effects» e «longer-term consequences», analizzando l'opinione di Steiner, A. BUYSE, “Dangerous Expression: the ECHR, Violence and Free Speech”, cit., pp. 498-499.

³⁴⁷ *Ivanov v. Russia*, ECHR 35222/04 (2007).

Nel 2003, Ivanov era stato accusato di incitamento all'odio etnico, razziale e religioso attraverso l'uso dei mass media (art. 282 del codice penale russo). In primo grado, era stato assolto. Tuttavia, la Corte Regionale di Novgorod aveva riaperto il caso, respingendone il proscioglimento. In seguito, il Tribunale di primo grado aveva condannato Ivanov per il capo d'accusa anzi riportato, comminandogli la sanzione dell'impedimento all'esercizio dell'attività di giornalismo, pubblicazione e disseminazione attraverso i mass media per tre anni. Ivanov aveva fatto appello, sostenendo che il giudizio di primo grado fosse erroneo, poiché gli ebrei non esistevano né come nazione né come razza. La Corte d'appello aveva confermato la condanna, tuttavia modificando la pena ad una multa invece della proibizione della pubblicazione.

La Corte EDU rinviene nella condotta un incitamento all'odio nei confronti degli ebrei:

«The Court has no doubt as to the markedly anti-Semitic tenor of the applicant's views and it agrees [...] that he sought through his publications to incite hatred towards the Jewish people. Such a general and vehement attack on one ethnic group is in contradiction with the Convention's underlying values»³⁴⁸.

Per questa ragione, la Corte di Strasburgo ritiene che la condotta espressiva di Ivanov non possa trovare protezione entro la libertà d'espressione garantita dall'art. 10 CEDU, in virtù della diretta applicazione dell'art. 17, giudicando inammissibile il ricorso. *Ivanov* costituisce un giudizio tanto semplice quanto estremamente importante, poiché permette di sostenere che, nella giurisprudenza della Corte EDU, l'incitamento diretto all'odio etnico richieda l'applicazione diretta dell'art. 17, indipendentemente dall'analisi del contesto³⁴⁹.

7.4.12 – *Soulas et al. v. France* (2008): il danno da *hate speech* islamofobico e razzista in senso storico e culturale

*Soulas v. France*³⁵⁰ tratta il caso della pubblicazione, nel febbraio del 2000, di un libro intitolato *La colonisation de l'Europe*, sottotitolato *Discours vrai sur l'immigration et l'islam*³⁵¹, il cui scopo era quello di «souligner particulièrement ce qu'il [l'auteur] croit être l'incompatibilité de la civilisation européenne avec la civilisation islamique dans une aire géographique donnée»³⁵². Autore del libro, pubblicato da Gilles Soulas (direttore della *Société*

³⁴⁸ Ivi, ECHR 35222/04 (2007), considerazioni *in diritto*, § 1.

³⁴⁹ Cfr. M. CASTELLANETA, "L'*hate speech*: da limite alla libertà di espressione a crimine contro l'umanità", cit., p. 162; C. CARUSO, "L'*hate speech* a Strasburgo: il pluralismo militante del sistema convenzionale", cit., p. 968; A. WEBER, *Manual on Hate Speech*, cit., p. 27; T. MCGONAGLE, "A Survey and Critical Analysis of Council of Europe Strategies for Countering 'Hate Speech'", cit., p. 461-462; D. VOORHOOF, "Freedom of Expression under the European Human Rights System – From Sunday Times (N° 1) v. U.K. (1979) to Hachette Filipacchi Associés ('Ici Paris') v. France (2009)", cit., p. 36.

³⁵⁰ *Soulas c. France*, ECHR 15948/03 (2008).

³⁵¹ G. FAYE, *La colonisation de l'Europe. Discours vrai sur l'immigration et l'islam*, Éncre, Paris, 2008.

³⁵² Nella sentenza si ripercorre tutta la struttura dell'opera: «Chapitre I: Les mécanismes de la colonisation et la submersion démographique; Chapitre II: L'Europe inconsciente; Chapitre III: L'utopie communautariste et multiethnique; Chapitre IV: L'Islam à la conquête de l'Europe; Chapitre V: De la délinquance à la guerre civile ethnique; Chapitre VI: L'immigration détruit l'école publique; Chapitre VII: La nouvelle question raciale et ethnique; Chapitre VIII: Tabous et mensonges; Chapitre IX: Quelles solutions; Le principe de la reconquête; Les solutions impraticables et trop tardives; La nécessité d'une crise majeure; Les scénarios possibles; Le scénario de la Reconquista; Conclusion: Exhortations à la jeunesse européenne; Annexes», ivi, ECHR 15948/03 (2008), § 7.

européenne de diffusion et d'édition) era Guillaume Faye, dottore in scienze politiche e giornalista. Entrambi erano stati condannati in primo grado al pagamento di una multa dal *Tribunal de grande instance* di Parigi, per provocazione alla discriminazione, all'odio o alla violenza nei confronti di una persona o di un gruppo di persone in virtù della loro origine o della loro appartenenza o non appartenenza a una razza, una nazione, un'etnia o una religione (artt. 23 e 24 della *Loi du 29 juillet 1881*). La condanna era stata confermata in sede di appello, ed era stato rigettato il ricorso per cassazione.

La Corte EDU accetta il ricorso, rigettando l'argomento del governo, che ne sosteneva l'infondatezza sulla base dell'art. 17 CEDU. Essa, come in altri casi precedenti, ritiene di dover procedere secondo l'art. 10.2, sostenendo il rispetto della riserva di legge e l'esistenza dello scopo legittimo (difesa dell'ordine pubblico e protezione della reputazione e dei diritti altrui). Come in altri casi, la questione versa sul requisito della necessità in una società democratica.

La Corte di Strasburgo sostiene che si tratta di una questione di interesse generale, riguardante i problemi connessi all'integrazione degli immigrati nel paese accogliente, che era oggetto di discussione e dibattito nelle società europee, sia sul piano politico sia sul piano mediatico³⁵³. Tuttavia, essa rileva che «plusieurs passages du livre présentent une image négative des communautés visées»³⁵⁴. La Corte rileva la necessità di combattere la discriminazione razziale in Europa e si richiama agli strumenti internazionali di protezione contro l'*hate speech*, ovvero l'ICCPR, la Raccomandazione n. 15-42 del CERD e l'art. 4 dell'ICERD.

Inoltre, essa accetta gli argomenti della Corte d'appello, che sottolineava che l'obiettivo del libro era quello di provocare nel lettore un sentimento di rifiuto e di ostilità, accresciuto dall'utilizzo del linguaggio militare, poiché i gruppi vulnerabili cui si riferiva erano indicate come il nemico principale, oltre che dall'invocare la soluzione di una guerra di riconquista etnica³⁵⁵.

Sulla base di questi argomenti, la Corte sostiene la presenza del requisito della necessità in una società democratica, di fatto avallando la sentenza di condanna del giudice interno, sancendo che non vi sia stata interferenza illegittima con il diritto alla libertà d'espressione.

Questa sentenza, in dottrina, è stata presa come esempio per sostenere che la Corte, rispetto ai casi di negazionismo, opera nel trattamento dell'*hate speech* razzista con premesse concettuali differenti, negando l'applicazione dell'art. 17 e sostenendo che il discorso d'odio vada trattato in relazione ai requisiti dell'art. 10.2³⁵⁶. Tuttavia, l'importanza della sentenza è da rinvenirsi soprattutto nel fatto che la Corte giudica l'effetto dannoso del discorso sulla base del

³⁵³ Ivi, ECHR 15948/03 (2008), § 36.

³⁵⁴ Ivi, ECHR 15948/03 (2008), § 41.

³⁵⁵ Ivi, ECHR 15948/03 (2008), § 43, ove si citano alcuni passaggi del libro, in cui gli autori sostenevano che «c'est seulement s'il éclate une guerre civile ethnique que la solution pourra être trouvée», facendo appello «sur l'amplification prévisible de la délinquance et des guérillas territoriales menées par les bandes ethniques». Inoltre, il libro sosteneva che giovani musulmani nelle periferie si dedicavano a «viols rituels» contro ragazze bianche, motivati da razzismo antieuropeo.

³⁵⁶ Cfr. R. ALCÁ CER GUIRAO, "Libertad de expresión, negación del holocausto y defensa de la democracia. Incongruencias valorativas en la jurisprudencia del TEDH", cit., p. 323.

contesto storico, demografico e culturale³⁵⁷. Si tratta di un principio importante, poiché esso spiega conseguenze parzialmente diverse rispetto a quelle paventate in *Erbakan*: mentre in quella sentenza si propendeva per un giudizio di pericolosità imminente, qui il pericolo viene interpretato in senso storico e culturale, ciò che permette di dare spazio alla valutazione degli effetti di lungo termine del discorso d'odio.

7.4.13 – *Féret v. Belgium* (2009): incitamento all'odio e alla discriminazione come condotte indipendenti da successivi atti di violenza

*Féret v. Belgium*³⁵⁸ è il caso di Daniel Féret, Presidente del partito politico *Front National* in Belgio, editore degli scritti del partito e proprietario del relativo sito web, la cui campagna politica tra il 1999 e il 2001 aveva scatenato le accuse di incitamento all'odio, alla discriminazione e alla violenza per ragioni di razza, colore, origine nazionale o etnica.

Nella campagna, Féret sosteneva la necessità di ristabilire la priorità nell'impiego per i belgi e gli europei, rimpatriare gli immigrati, applicare il principio di preferenza nazionale ed europea, convertire le case per i rifugiati politici in case per i senzatetto belgi e creare casse di previdenza sociale separata per gli immigrati. Inoltre, egli affermava di volersi opporre all'islamizzazione del Belgio, di voler riservare il diritto d'asilo unicamente ai cittadini europei realmente perseguiti per motivi politici. Da ultimo, egli pubblicava periodicamente sul giornale immagini denigratorie nei confronti degli stranieri³⁵⁹.

Nel 2002, la procura aveva richiesto alla Camera la revoca dell'immunità parlamentare nei confronti di Féret per aprire un procedimento penale nei suoi confronti. La commissione per le autorizzazioni a procedere, ritenendo che l'attività in questione non fosse stata svolta nell'esercizio delle funzioni di parlamentare, aveva concesso l'autorizzazione alla revoca.

Nel 2004, Féret era stato eletto al Consiglio della Regione di Bruxelles-Capitale e al Parlamento della Comunità francese, ottenendo due nuove immunità. Dopo una serie di vicende giudiziarie, la Corte d'appello di Bruxelles, nel 2006, lo aveva condannato a 250 ore di lavoro nel settore dell'integrazione delle persone di nazionalità straniera, oltre a dieci mesi di carcere e all'interdizione dall'eleggibilità per dieci anni, sostenendo l'inapplicabilità dell'immunità parlamentare di Féret, poiché aveva esperito la condotta fuori dall'esercizio delle proprie funzioni. Il giudizio della Corte d'appello, in particolare, richiamando la Raccomandazione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa del 1997, aveva definito la condotta di Féret come *hate speech* espresso «sous forme de nationalisme agressif et d'ethnocentrisme, de discrimination et d'hostilité à l'encontre des minorités, des immigrés et des personnes issues de l'immigration»³⁶⁰. Il caso, giunto in Cassazione, aveva visto il rigetto del ricorso.

La Corte EDU, nell'analisi in diritto, cita espressamente la Raccomandazione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa del 1997 e il rapporto della Commissione Europea

³⁵⁷ U. BELAVUSAU, *Freedom of Speech. Importing European and US Constitutional Models in Transitional Democracies*, cit., pp. 55-56.

³⁵⁸ *Féret c. Belgique*, ECHR 15615/07 (2009).

³⁵⁹ Cfr. *ivi*, ECHR 15615/07 (2009), §§ 8-17.

³⁶⁰ *Ivi*, ECHR 15615/07 (2009), § 37.

contro il Razzismo e l'Intolleranza sul Belgio. Tuttavia, essa non considera il ricorso di Féret manifestamente infondato con applicazione dell'art. 17 EDU, ritenendo di dover procedere in base all'art. 10.2 e, ancora una volta, con riferimento alla sussistenza del requisito della necessità della restrizione in una società democratica.

La Corte entra nel contenuto delle forme d'espressione che hanno costituito la condotta di reato, ritenendo quanto segue:

«En ce qui concerne la teneur des propos incriminés, il ressort des tracts que le message véhiculé par ceux-ci, en plus de reposer sur la différence de culture entre les ressortissants belges et les communautés visées, présentait ces dernières comme un milieu criminel et intéressé par l'exploitation des avantages découlant de leur installation en Belgique et tentait aussi de les tourner en dérision. *Un tel discours est inévitablement de nature à susciter parmi le public, et particulièrement parmi le public le moins averti, des sentiments de mépris, de rejet, voire, pour certains, de haine à l'égard des étrangers*»³⁶¹.

Il contenuto dei discorsi, presentando gli immigrati come criminali, è volto a suscitare sentimenti di disprezzo, rigetto ed odio di sapore xenofobo. Le pubblicazioni, infatti, contenevano elementi che incitavano, se non alla violenza, almeno alla discriminazione, alla segregazione o all'odio nei confronti di un gruppo o dei loro membri sulla base della razza, del colore, dell'ascendenza o dell'origine nazionale o etnica³⁶².

In un passaggio decisivo, la Corte sostiene che

«*l'incitation à la haine ne requiert pas nécessairement l'appel à tel ou tel acte de violence ou à un autre acte délictueux. Les atteintes aux personnes commises en injuriant, en ridiculisant ou en diffamant certaines parties de la population et des groupes spécifiques de celle-ci ou l'incitation à la discrimination, comme cela a été le cas en l'espèce, suffisent pour que les autorités privilégient la lutte contre le discours raciste face à une liberté d'expression irresponsable et portant atteinte à la dignité, voire à la sécurité de ces parties ou de ces groupes de la population. Les discours politiques qui incitent à la haine fondée sur les préjugés religieux, ethniques ou culturels représentent un danger pour la paix sociale et la stabilité politique dans les Etats démocratiques*»³⁶³.

L'incitamento all'odio, cioè, non richiede necessariamente l'appello a compiere uno specifico atto di violenza o altro atto delittuoso. Le ingiurie, la ridicolizzazione o la diffamazione di specifici gruppi sociali o l'incitamento alla discriminazione sono sufficienti per la restrizione della libertà d'espressione. Pur non adottando nella sentenza in esame un approccio completamente illocutorio dell'hate speech – per il quale, lo si è visto, sarebbe sufficiente il mero contenuto del discorso a giustificare l'intervento dell'art. 17 – la Corte rifiuta un trattamento perlocutorio-grave del discorso d'odio (punire l'incitamento all'azione violenta) e si sposta verso un trattamento perlocutorio-lieve, punendo forme d'espressione che causano un

³⁶¹ Ivi, ECHR 15615/07 (2009), § 69 (corsivi nostri).

³⁶² Ivi, ECHR 15615/07 (2009), § 70.

³⁶³ Ivi, ECHR 15615/07 (2009), § 73 (corsivi nostri).

danno (ingiuria, diffamazione, incitamento alla discriminazione) che, tuttavia, è “qualitativamente” inferiore a quello della violenza. Se ne conferma però, appunto, il carattere perlocutorio: l’esigenza della proibizione insiste sugli effetti negativi sulle vittime³⁶⁴.

Di fatto, la Corte adotta una nozione di *hate speech* più ampia rispetto al mero incitamento alla violenza³⁶⁵. Inoltre, l’elemento dell’*incitamento* viene valutato dalla Corte EDU in maniera piuttosto diversa rispetto alla valutazione operata da parte della Corte Suprema USA: mentre nella giurisprudenza di quest’ultima, come visto, ci si è spesso richiamati al criterio del *clear and present danger*, tale per cui negli Stati Uniti viene considerato incitamento solo quello che conduce ad un pericolo chiaro e imminente, nella giurisprudenza di Strasburgo pare potersi affermare un avvicinamento alla teoria per cui determinati discorsi, in quanto discriminatori e lesivi della dignità umana, costituiscono un incitamento *ex se*³⁶⁶.

Un altro passaggio importante della sentenza riguarda la carica politica di parlamentare, che secondo la Corte non giustifica una totale ed assoluta libertà d’espressione:

«La qualité de parlementaire du requérant ne saurait être considérée comme une circonstance atténuant sa responsabilité. A cet égard, la Cour rappelle qu’il est d’une importance cruciale que les hommes politiques, dans leurs discours publics, évitent de diffuser des propos susceptibles de nourrir l’intolérance [...]. Elle estime que les politiciens devraient être particulièrement attentifs à la défense de la démocratie et de ses principes, car leur objectif ultime est la prise même du pouvoir»³⁶⁷.

Inoltre, pur riconoscendo che la libertà d’espressione in ambito politico godrebbe di una tutela maggiore, e dunque il conseguente diritto dei parlamentari a proporre soluzioni politiche alla questione dell’immigrazione, essi devono evitare di farlo sostenendo la discriminazione razziale e ricorrendo ad attitudini vessatorie o umilianti³⁶⁸.

Così, la Corte statuisce che la condanna di Féret non sia stata emessa in violazione del suo diritto alla libera espressione.

Va tuttavia sottolineato che questa sentenza è stata oggetto di un’opinione dissenziente (del *Juge* Sajó, cui si uniscono i *Juges* Zagrebelsky e Tsotsoria) che pare riportare in auge, anche se non in minoranza, argomentazioni piuttosto simili a quelle fatte proprie dalla giurisprudenza della Corte Suprema USA.

Innanzitutto, i giudici dissenzienti sostengono che la repressione del discorso politico costituisce di per sé una violazione della libertà d’espressione. Inoltre, essi sostengono che la restrizione del discorso unicamente sulla base del suo contenuto (che richiama le «content-

³⁶⁴ Cfr., soprattutto, M. BOTH, “The Right to Offend? Contested Speech Acts and Critical Democratic Practice”, in *Law and Literature*, 24, 2, 2012, pp. 232-264, pp. 244 e 252, che applica direttamente la teoria degli atti linguistici a questo giudizio della Corte EDU, sostenendo che in questo caso la Corte «*psychologizes the performative effects of the contested expressions*» (p. 252; corsivi nostri).

³⁶⁵ C. CARUSO, “L’*hate speech* a Strasburgo: il pluralismo militante del sistema convenzionale”, cit., p. 971.

³⁶⁶ A. VALERO HEREDIA, “Los discursos del odio. Un estudio jurisprudencial”, cit., p. 320. Cfr. anche R. ALCÁ CER GUIRAO, “Libertad de expresión, negación del holocausto y defensa de la democracia. Incongruencias valorativas en la jurisprudencia del TEDH”, cit., p. 335.

³⁶⁷ *Féret c. Belgique*, ECHR 15615/07 (2009), § 75 (corsivi nostri).

³⁶⁸ Ivi, ECHR 15615/07 (2009), § 77. Cfr. E. HOWARD, *Freedom of Expression and Religious Hate Speech in Europe*, cit., p. 93; T. MCGONAGLE, “A Survey and Critical Analysis of Council of Europe Strategies for Countering “Hate Speech””, cit., p. 465; T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal*, cit., p. 244.

based restrictions» statunitensi) sono contrarie allo spirito della Convenzione. Proseguendo nell'analisi dell'opinione dissenziente, vi si ritrova la statuizione della differenza, ricordata anche nel Preambolo alla Convenzione ONU sull'Eliminazione di tutte le forme di Discriminazione Razziale, tra il razzismo ed altre forme di discriminazione. Tuttavia, i giudici dissenzienti paiono richiamarsi ad una nozione di razzismo esclusivamente biologica, sostenendo che non sussista nel caso di specie. Sempre con riferimento all'ICERD, i giudici dissenzienti sostengono che l'art. 4 esiga la punizione solamente dell'incitamento alla discriminazione razziale e ad atti di violenza rivolti contro qualsiasi razza o gruppo di persone di un colore diverso o di una diversa origine etnica. In realtà, come si è visto in precedenza, l'art. 4 mira a punire anche la mera *diffusione di idee* fondate sulla superiorità razziale (cfr. *supra*, § 1.2.4).

Inoltre, i giudici rilevano come la Corte faccia affidamento alla definizione di *hate speech* fornita dal Consiglio d'Europa, di per sé non vincolante. Nonostante ciò, rimane il fatto che il Belgio ha aderito all'ICERD. Ad ogni modo, i giudici dissenzienti si rifanno ad una nozione di *hate speech* unicamente fondata sull'elemento dell'incitamento all'*azione*, sostenendo che anche la discriminazione richieda una conseguente azione per poter essere definita come tale: si richiede, nelle parole utilizzate, l'«attisation de la haine», che esige appunto l'incitamento³⁶⁹. Si tratta, evidentemente, dell'argomento per cui l'*hate speech* è punibile solo ed esclusivamente quando *speech shades into action*.

Non è necessario soffermarsi ulteriormente sul perché tali argomenti richiamino evidentemente l'atteggiamento della Corte Suprema USA, poiché senza dubbio ne ricalcano l'approccio. Ciò che risulta interessante è semplicemente sottolineare come tali argomenti, che si credevano non trovare cittadinanza nello spazio europeo, in realtà sono rappresentati nella Corte di Strasburgo, anche se in minoranza.

In conclusione, da un lato, la sentenza può essere letta come una statuizione della Corte circa l'inapplicabilità dello strumento dell'art. 17 all'incitamento alla discriminazione razziale; nonostante ciò, attraverso i requisiti dell'art. 10.2, tale condotta può comunque risultare oggetto di restrizione in una società democratica senza violazione della libertà d'espressione³⁷⁰. Dall'altro, essa costituisce un buon banco di prova per la teoria della performatività, dimostrando la distinzione tra gli approcci *illocutorio* – applicazione dell'art. 17 sulla base del *contenuto* – e *perlocutorio* – applicazione dell'art. 10.2 sulla base degli *effetti* del discorso.

³⁶⁹ Cfr. T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal*, cit., pp. 244-245, che pare condividere l'approccio. Cfr., inoltre, A. BUYSE, "Dangerous Expression: the ECHR, Violence and Free Speech", cit., pp. 499-500.

³⁷⁰ C. CARUSO, "Ai confini dell'abuso del diritto: l'*hate speech* nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo", cit., p. 350; cfr. anche ID., "L'*hate speech* a Strasburgo: il pluralismo militante del sistema convenzionale", cit., p. 971. Cfr., inoltre, H. CANNIE, D. VOORHOOF, "The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention: An Added Value for Democracy and Human Rights Protection?", cit., p. 77; T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal*, cit., pp. 242-243; J. CRUZ ÁNGELES, "La protección de las minorías frente a los discursos de odio. Análisis comparado de los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos", cit., pp. 95-96; U. BELAVUSAU, *Freedom of Speech. Importing European and US Constitutional Models in Transitional Democracies*, cit., pp. 62-63.

7.4.14 – *Le Pen v. France* (2010): l'art. 10.2 e l'*hate speech* islamofobico

In *Le Pen v. France*³⁷¹, la Corte applica la disciplina dell'*hate speech* ai discorsi politici pronunciati da Jean-Marie Le Pen, presidente del partito politico francese *Front national*, durante un'intervista rilasciata a *Le Monde* nel 2003. Nel corso dell'intervista, Le Pen aveva pronunciato commenti negativi nei confronti dei musulmani in Francia³⁷².

Nel 2004, il Tribunale di Parigi aveva condannato Le Pen a una multa di 10.000 euro per provocazione alla discriminazione, all'odio o alla violenza contro un gruppo di persone sulla base dell'origine o appartenenza o non-appartenenza a una data etnia, nazione, razza o religione (art. 23 della *Loi du 29 juillet 1881, sur la liberté de la presse*). La condanna era stata confermata in appello.

In una dichiarazione rilasciata al settimanale *Rivarol*, nel 2004, Le Pen aveva pronunciato un commento che verrà nuovamente perseguito sulla base del medesimo capo d'accusa precedente³⁷³. Dopo una serie di vicende giudiziarie, nel 2008, la Corte d'appello di Parigi l'aveva nuovamente condannato a una multa di 10.000 euro, sostenendo quanto segue:

«A travers les propos poursuivis, Jean-Marie Le Pen, qui ne conteste pas en être l'auteur, explique sans détour qu'alors qu'il se contente lui-même, en sa qualité de président du Front national, de faire valoir aux "gens" qu'une forte croissance de la communauté musulmane constitue une menace pour les Français qui seront dominés, humiliés et victimes de violences, ceux-ci, qui, au-delà de ses électeurs et du lectorat de *Rivarol*, forment le peuple Français, lui disent que, d'ores et déjà, en présence de musulmans, ils doivent se tenir à distance d'eux et faire preuve de soumission à leur égard. Ce faisant, le prévenu oppose les "Français" aux "musulmans", les "gens" de France, dont les réactions vont bien plus loin que ses propres propos condamnés, à une communauté étrangère présentée comme une multitude envahissante, et tend à susciter, par le sens et la portée qu'il donne à son message, et à celui des "gens", qu'il fait finalement sien, un sentiment de rejet et d'hostilité envers la communauté musulmane»³⁷⁴.

La Corte di Cassazione aveva confermato il giudizio d'appello, non rilevando errori nella qualificazione del delitto.

Quando il caso giunge alla Corte di Strasburgo, essa ravvisa la sussistenza del rispetto della riserva di legge e dello scopo legittimo (la protezione della reputazione e dei diritti altrui). Nuovamente, si indaga la sussistenza del requisito della necessità in una società democratica.

La Corte ricorda l'importanza fondamentale della libertà d'espressione in democrazia, soprattutto in ambito politico. Nel fare ciò, ritiene che chiunque partecipi ad un dibattito politico di interesse generale possa ricorrere ad una certa dose di esagerazione o provocazione³⁷⁵. Tuttavia, l'esagerazione non può spingersi fino a ledere la reputazione e i diritti altrui.

³⁷¹ *Le Pen c. France*, ECHR 18788/09 (2010).

³⁷² «Le jour où nous aurons, en France, non plus 5 millions mais 25 millions de musulmans, ce sont eux qui commanderont. Et les Français raseront les murs, descendront des trottoirs en baissant les yeux. Quand ils ne le font pas, on leur dit: "Qu'est-ce que tu as à me regarder comme ça? Tu cherches la bagarre?" Et vous n'avez plus qu'à filer sinon vous prenez une trempe», ivi, ECHR 18788/09 (2010), sez. A., considerazioni *in fatto*, p. 2.

³⁷³ «D'autant que quand je dis qu'avec 25 millions de musulmans chez nous, les Français raseront les murs, des gens dans la salle me disent non sans raison: "Mais Monsieur Le Pen, c'est déjà le cas maintenant"!»», ivi, ECHR 18788/09 (2010), sez. A., considerazioni *in fatto*, p. 2.

³⁷⁴ Ivi, ECHR 18788/09 (2010), sez. A., considerazioni *in fatto*, pp. 2-3.

³⁷⁵ Ivi, ECHR 18788/09 (2010), considerazioni *in diritto*, p. 6.

Come statuito in *Soulas* (cfr. *supra*, § 7.4.12), la Corte ricorda che il tema dell'integrazione degli immigrati nel paese forma oggetto di ampio dibattito pubblico nelle società europee, sia sul piano politico sia sul piano mediatico. Nonostante ciò, essa rileva che i discorsi pronunciati da Le Pen erano indubabilmente suscettibili di diffondere un'immagine negativa della "comunità musulmana", in quanto «il instillait dans l'esprit du public la conviction que la sécurité des Français passait par le rejet des musulmans et que l'inquiétude et la peur, liées à leur présence croissante en France, cesseraient si leur nombre décroissait et s'ils disparaissaient». Inoltre, egli sosteneva che «les "gens", identifiés comme le peuple français, de ce que d'ores et déjà, en présence de musulmans, ils devraient se tenir à distance d'eux et faire preuve de soumission à leur égard, alors que lui-même s'était contenté de présenter comme une menace pour eux la forte croissance de cette communauté»³⁷⁶. Il comportamento di Le Pen, dunque, suscita un sentimento di rigetto e ostilità verso la comunità indicata.

Per tutte le motivazioni sopraindicate, la Corte sostiene che la condanna di Le Pen sia stata emessa nel rispetto del requisito della necessità in una società democratica.

7.4.15 – Aksu v. Turkey (2012): il *negative stereotyping*

*Aksu v. Turkey*³⁷⁷ è il caso di due ricorsi presentati dal cittadino turco Mustafa Aksu, di origini rom, contro la Turchia.

Il primo ricorso riguardava la pubblicazione, da parte del Ministero della Cultura turco, di 3.000 copie di un libro intitolato *The Gypsies of Turkey*, scritto da Ali Rafet Özkan, professore universitario, che promuoveva stereotipi negativi nei confronti della comunità rom³⁷⁸.

Nel 2001, Aksu consegnava al Ministero della Cultura una petizione in rappresentanza delle associazioni dei rom e gitani turchi, lamentando la stereotipizzazione negativa consistente nell'associare questi gruppi ad attività illegali. Il Ministero, in risposta, ordinava che le copie rimanenti sul mercato fossero rispedite all'editore. Tuttavia, qualche mese dopo, il Responsabile delle pubblicazioni del Ministero comunicava ad Aksu che, in seguito ad una delibera del

³⁷⁶ Ivi, ECHR 18788/09 (2010), considerazioni *in diritto*, p. 7.

³⁷⁷ *Aksu v. Turkey*, ECHR 4149/04 e 41029/04 (2012).

³⁷⁸ Si veda, ad esempio, l'Introduzione, ove l'autore fornisce una descrizione dei tratti somatici dei gitani: «Gypsies have spread throughout the world but they have been unable to escape their status as a marginal group which is excluded and despised everywhere. Apart from the differences in their way of life, the characteristic which most obviously distinguishes Gypsies from others is the colour of their skin, which is darker, swarthier. In typological terms, most Gypsies are of medium height, of agile build, with large dark black (occasionally hazel or blue) eyes and long thick eyelashes; the men have long moustaches. The mouth is slender and elegant, the teeth white and even, with a round jaw. They have a narrow forehead and temples and a small cranium. Their hair is curly, black, long and thick. Beyond middle age, the women are broad and corpulent. The younger people are slim, with firm and powerful muscles». In un capitolo sul loro stile di vita, l'autore sostiene: «Gypsies living within the provincial borders of Istanbul generally make their living from music, flower-selling, scrap-metal dealing, rubbish and paper collection, blacksmithing and ironworking, portering, fortune-telling, cleaning, working with a horse and cart, coppersmithing, slug-collecting and door-to-door selling. There are also some, albeit few in number, who make a living from pickpocketing, stealing and selling narcotics. [...] The Gypsies of the central district of Ankara earn their living from stealing, begging, door-to-door selling, fortune-telling, zercilik [robbing jewellery stores] and making magical charms. [...] In our opinion these people, who suffer from humiliation and rejection everywhere, could be transformed into citizens who are an asset to our State and our nation once their educational, social, cultural and medical problems are addressed», ivi, ECHR 4149/04 (2012), §§ 10-13.

comitato scientifico di consulenza del Ministero, composto da sette professori, si era ritenuto che il libro costituisse ricerca scientifica e non contenesse insulti.

Il Tribunale civile di Ankara, in seguito ad un'azione civile contro l'autore presentata da Aksu, aveva rigettato la richiesta di compensazione per danno, avallando le ragioni del Ministero. Il caso era proseguito in appello e giunto in Cassazione, ove la Suprema Corte aveva confermato il giudizio di primo grado. In seguito, Aksu aveva intentato una causa contro il Ministero presso il Tribunale amministrativo di Ankara, che aveva rigettato il ricorso.

Il secondo ricorso riguardava la pubblicazione, da parte della *Language Association* (NGO turca), di due versioni di un dizionario turco, una per bambini e l'altra rivolta ad un pubblico più ampio. Aksu lamentava nei confronti della NGO che alcune voci insultavano e risultavano discriminatorie nei confronti della comunità rom e gitana³⁷⁹. La storia del caso è simile a quella precedente: rigetto in primo grado, ricorso in appello e conferma in cassazione.

Una volta giunti alla Corte EDU, i ricorsi vengono analizzati prima dalla Camera e in seguito dalla Grande Camera. La Camera valuta la richiesta sulla base degli artt. 8 (rubricato «diritto al rispetto della vita privata e familiare») e 14 EDU («divieto di discriminazione»).

La Corte riconosce, in conformità al diritto internazionale dei diritti umani, che il trattamento sfavorevole nei confronti di un gruppo sulla base dell'origine etnica costituisce discriminazione razziale; inoltre, essa sottolinea che la particolare situazione della comunità rom e gitana la rende una minoranza vulnerabile e svantaggiata:

«The Court observes that discrimination on account of, inter alia, a person's ethnic origin is a form of racial discrimination. Racial discrimination is a particularly invidious kind of discrimination and, in view of its perilous consequences, requires from the authorities special vigilance and a vigorous reaction. It is for this reason that the authorities must use all available means to combat racism, thereby reinforcing democracy's vision of a society in which diversity is not perceived as a threat but as a source of enrichment [...]. The Court further notes that as a result of their turbulent history and constant uprooting the Roma have become a specific type of disadvantaged and vulnerable minority. [...] [T]hey therefore require special protection»³⁸⁰.

Tuttavia, dal momento che il ricorrente non aveva allegato argomentazioni per dimostrare che si trattasse di un caso di trattamento differenziato che ammonta a discriminazione etnica (e dunque razziale), la Corte non giudica il caso sulla base del divieto di discriminazione³⁸¹, bensì solo sulla base del diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8).

³⁷⁹ Le voci sono riportate nella sentenza: «'Gypsy' (*Çingene*): 1. an ethnic group or person belonging to an ethnic group originating from India, whose members lead a nomadic way of life and are widely dispersed in the world. 2. (metaphorically) miserly. 'Gypsy debt' (*Çingene borcu*): an unimportant debt which consists of several small debts. 'Gypsy plays Kurd dances' (*Çingene çalar Kürt oynar*): a place where there is a lot of commotion and noise. 'Gypsy tent' (*Çingene çergesi*) (metaphorically): a dirty and poor place. 'Gypsy wedding' (*Çingene düğünü*): a crowded and noisy meeting. 'Gypsy fight' (*Çingene kavgası*): a verbal fight in which vulgar language is used. 'Gypsy money' (*Çingene parası*): coins. 'Gypsy pink' (*Çingene pembesi*): pink. 'Gypsy language' (*Çingenece*): language used by Gypsies. 'Gypsiness' (*Çingenelik*): 1. being a Gypsy 2. (metaphorically) being miserly or greedy. 'Becoming a Gypsy' (*Çingeneleşmek*): displaying miserly behaviour»; ivi, ECHR 41029/04 (2012), par. 28.

³⁸⁰ Ivi, ECHR 4149/04 (2012), § 44.

³⁸¹ *Contra*: cfr. la *dissenting opinion* del giudice Gyulumyan, in *Aksu v. Turkey*, ECHR 4149/04 e 41029/04 (2012), pp. 24-26, che sostiene che, avendo riguardo per la situazione concreta, che vede la comunità rom e gitana vittima di comportamenti discriminatori a livello sistemico, l'onere della prova dell'assenza di un trattamento discrimi-

Nel ragionamento della Corte, il giudizio viene a costituire un caso di necessario bilanciamento tra quest'ultimo e la libertà d'espressione (art. 10)³⁸². Nel caso in questione, tuttavia, la Corte non rinviene una violazione dell'art. 8, dunque la condotta non costituisce comportamento lesivo dei diritti altrui: nonostante ciò, si ritiene utile analizzare alcuni passaggi che risultano importanti ai fini dello studio della giurisprudenza di Strasburgo sull'*hate speech*.

La Corte ricorda che il procedimento non ammette l'*actio popularis*: per lamentare una violazione di diritti convenzionali è necessario affermare di essere vittima diretta in quanto individuo, organizzazione non governativa o gruppo di persone. Tuttavia, la Corte accetta la costituzione di parte di Aksu, pur non essendo stato offeso direttamente, riconoscendo che, in quanto parte della comunità oggetto delle pubblicazioni, poteva aver sofferto un'offesa.

In merito al primo ricorso, nel giudizio finale, la Camera, sostiene quanto segue:

«The Chamber held that although the passages and remarks cited by the applicant, read on their own, appeared to be discriminatory and insulting, when the book was examined as a whole it was not possible to conclude that the author had acted in bad faith or had any intention to insult the Roma community. The Chamber had particular regard to the conclusion to the book, in which the author had made it clear that The Gypsies of Turkey was an academic study which conducted a comparative analysis and focused on the history and socio-economic living conditions of the Roma people in Turkey. The Chamber concluded that the author had referred to the biased portrayal of the Roma in order to demonstrate the perception of the Roma community by the public. As a result, the Chamber found no violation of the applicant's rights as protected by the Convention»³⁸³.

La Camera, cioè, riconosce che la pubblicazione possa apparire *discriminatoria e insultante*; nonostante ciò, non rinviene l'intenzionalità della condotta discriminatoria, poiché sostiene che le ragioni della pubblicazione erano da rinvenirsi nel tentativo di descrivere scientificamente la percezione sociale delle pratiche della comunità rom e gitana.

La Corte, sulla base dell'art. 8 EDU, sostiene che l'autonomia personale protetta dalla norma riguarda tanto l'identità fisica quanto quella sociale, includendovi quella etnica. Inoltre, essa stabilisce quanto segue:

«In particular, any negative stereotyping of a group, when it reaches a certain level, is capable of impacting on the group's sense of identity and the feelings of self-worth and self-confidence of members of the group. It is in this sense that it can be seen as affecting the private life of members of the group»³⁸⁴.

Sebbene nel caso di specie non ravvisi una violazione dell'art. 8 in virtù della mancanza dell'elemento dell'intenzionalità discriminatoria, la Corte fissa un principio importante in tema di *hate speech*: qualora il «*negative stereotyping*» raggiunga un livello elevato di gravità, esso può danneggiare la vita privata dei membri del gruppo. Si tratta, evidentemente, di un trattamento in parte anche *illocutorio* dell'*hate speech*: non vi è, infatti, nella condotta di stereoti-

natorio debba spettare allo Stato. Inoltre, Gyulumyan ravvisa un trattamento discriminatorio nel fatto che la Turchia ha punito in numerosi casi la «denigration of Turkishness», dunque il trattamento differenziato consisterebbe nel fatto che le leggi turche non vengono applicate in maniera eguale anche nei confronti di altre comunità etniche.

³⁸² Ivi, ECHR 4149/04 (2012), § 63.

³⁸³ Ivi, ECHR 4149/04 (2012), § 57 (corsivi nostri).

³⁸⁴ *Ibidem* (corsivi nostri).

pizzazione negativa un elemento di incitamento all'azione. Certamente, non si tratta di un trattamento pienamente illocutorio, fondato esclusivamente sulla forza del messaggio in sé: esso riguarda la lesione dei diritti altrui e gli effetti negativi, includendo anche elementi *perlocutori*.

Inoltre, la Corte adotta una lettura dell'art. 8 non fondata esclusivamente su una concezione negativa della libertà come non-interferenza formale:

«Furthermore, while the essential object of Article 8 is to protect the individual against arbitrary interference by the public authorities, it does not merely compel the State to abstain from such interference: in addition to this negative undertaking there may be positive obligations inherent in the effective respect for private life. These obligations may involve the adoption of measures designed to secure respect for private life even in the sphere of the relations of individuals between themselves»³⁸⁵.

La Corte, cioè, riconosce anche l'esistenza di obblighi positivi in capo allo Stato per garantire il rispetto della vita privata e familiare, intervenendo anche nelle relazioni orizzontali individuo-individuo. Se, da un lato, tale lettura può dare fondamento ad una classificazione in termini di libertà reale come non-interferenza (cfr. *supra*, § 2.7), dall'altro, se collegata alla nozione di *negative stereotyping*, essa può anche essere letta entro una concezione della libertà come non-dominazione. In questo senso, essa potrebbe dare fondamento alla necessità di intervento statale per evitare la diffusione di determinati messaggi, al di là del loro effetto in senso *perlocutorio*, in quanto essa costituisce una *subordinazione illocutoria* fondata sulla stereotipizzazione, la quale, oltre un certo livello, può richiedere il necessario intervento correttivo dello Stato a protezione dei gruppi vulnerabili. Nonostante, cioè, l'atteggiamento della Corte paia rimanere ancorato ad una concezione della libertà reale come non-interferenza, in cui lo Stato ha l'obbligo di intervenire qualora un atto materiale da parte di un privato abbia effetti concreti di interferenza nei diritti altrui, il medesimo passaggio potrebbe leggersi come l'apertura ad una concezione della libertà dalla dominazione, in cui lo Stato ha l'obbligo, non esclusivamente mediante azioni sanzionatorie, di intervenire nella relazione tra privati per evitare la subordinazione sociale di taluni gruppi nei confronti di altri: solo, cioè, a partire dalla forza del messaggio e non anche in base ai suoi effetti concreti.

Quanto detto sinora può trovare fondamento in un passaggio della sentenza, in cui la Corte, pur non avendo riconosciuto una violazione dell'art. 8, ricorda quanto segue:

«The Court would nonetheless reiterate that the vulnerable position of Roma/Gypsies means that special consideration should be given to their needs and their different lifestyle, both in the relevant regulatory framework and in reaching decisions in particular cases [...]. The Court also agrees with the conclusions of ECRI [...] that the Government should pursue their efforts to combat negative stereotyping of the Roma»³⁸⁶.

Ricordando che nel caso di specie il *negative stereotyping* non costituisce interferenza punibile nell'altrui diritto al rispetto della vita privata e familiare, si ritiene che, nella prospet-

³⁸⁵ *Ibidem* (corsivi nostri). Cfr., sul punto, Cfr. A. NIEUWENHUIS, "A Positive Obligation under the ECHR to Ban Hate Speech?", cit., pp. 5-7.

³⁸⁶ Ivi, ECHR 4149/04 (2012), § 75.

tiva adottata in questa sede, l'obbligo del governo di combattere il *negative stereotyping*, sottolineato dalla Corte, può essere compreso solo a partire da una concezione della libertà come non-dominazione e da una lettura illocutoria dell'*hate speech*.

In merito al secondo ricorso, la Camera non rinviene violazione dell'art. 8. La Corte finisce per avallare il giudizio della Camera, in un senso simile a quello del ricorso precedente.

7.4.16 – *Vejdeland and others v. Sweden* (2012): art. 10.2 e *hate speech* omofobo

In *Vejdeland and others v. Sweden*³⁸⁷, la Corte si trova a giudicare il caso di un gruppo di uomini svedesi, Tor Fredrik Vejdeland e altre tre persone, che si reca in una scuola secondaria e distribuisce un centinaio di volantini a contenuto omofobo³⁸⁸, realizzati dall'organizzazione *National Youth*, lasciandoli negli armadietti degli studenti.

La Corte distrettuale di Bollnäs li aveva condannati in primo grado per la condotta di mobilitazione contro un gruppo nazionale o etnico, sulla base della sezione 16, art. 8, del codice penale svedese³⁸⁹. La Corte d'appello aveva ribaltato la sentenza, ravvisando la violazione del diritto alla libera espressione. Tuttavia, il caso, giunto dinnanzi alla Corte Suprema, aveva visto la conferma della condanna di primo grado, cosicché si presentava ricorso alla Corte EDU.

Nel giudizio di merito, la Corte di Strasburgo si esprime sulla base dell'art. 10.2, senza utilizzare lo strumento fornito dall'art. 17. Come in altri casi precedenti, la Corte ravvisa il rispetto della riserva di legge e la sussistenza dello scopo legittimo (la protezione della reputazione e dei diritti altrui). Ancora una volta, il caso viene disputato sulla base del requisito della necessità in una società democratica.

La Corte ribadisce che l'incitamento all'odio non richiede necessariamente l'appello alla commissione di atti di violenza o di altri reati: «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», oltre a sostenere che «*discrimination based on sexual orientation is as serious as discrimination based on "race, origin or colour"*»³⁹⁰.

³⁸⁷ *Vejdeland and others v. Sweden*, ECHR 1813/07 (2012).

³⁸⁸ I volantini, infatti, recitavano: «Homosexual Propaganda (Homosexpropaganda). In the course of a few decades society has swung from rejection of homosexuality and other sexual deviances (avarter) to embracing this deviant sexual proclivity (*böjelse*). Your anti-Swedish teachers know very well that homosexuality has a morally destructive effect on the substance of society (*folkkroppen*) and will willingly try to put it forward as something normal and good. Tell them that HIV and AIDS appeared early with the homosexuals and that their promiscuous lifestyle was one of the main reasons for this modern-day plague gaining a foothold. Tell them that homosexual lobby organisations are also trying to play down (*avdramatisera*) paedophilia, and ask if this sexual deviation (*sexuella avart*) should be legalised»; *Vejdeland and others v. Sweden*, ECHR 1813/07 (2012), § 8.

³⁸⁹ Va sottolineato che, nonostante nella sentenza si qualifichi la condanna sulla base del riferimento al gruppo nazionale o etnico, l'articolo di riferimento condanna la condotta della diffusione di affermazioni o comunicazioni che minacciano o esprimono disprezzo per un gruppo nazionale, etnico o di altro tipo con riferimenti alla razza, al colore, all'origine nazionale o etnica, al credo religioso o all'*orientamento sessuale*.

³⁹⁰ *Vejdeland and others v. Sweden*, ECHR 1813/07 (2012), § 55 (corsivi nostri).

Sostanzialmente, nel ricordare che il requisito dell'incitamento alla commissione di atti di violenza non è necessario, di fatto la Corte si distanzia ancora una volta dalla dottrina statunitense del *clear and present danger*: come è stato sottolineato, infatti, la diffusione di messaggi odiosi nei confronti di gruppi vulnerabili pare essere considerata *hate speech ex se*³⁹¹.

Avendo riguardo per le circostanze del caso concreto, la Corte EDU giudica l'espressione come gratuitamente offensiva, sia sulla base del *contenuto* sia sulla base del *contesto*³⁹², non ravvisando alcuna violazione dell'art. 10 e, *de facto*, sostenendo che la condotta integri la fattispecie dell'*hate speech* omofobo³⁹³.

7.4.17 – *Vona v. Hungary* (2013): le *true threats* razziste

*Vona v. Hungary*³⁹⁴ riguarda l'attività della *Hungarian Guard Association*, fondata nel 2007 da dieci membri del partito politico *Movement for a Better Hungary*, con lo scopo di preservare le tradizioni e la cultura ungherese e di fornire allenamento fisico ai propri membri per partecipare ad attività di *disaster management*, di tutela della salute pubblica, difesa della nazione e dialogo su questi temi attraverso l'organizzazione di eventi pubblici. Tra le attività del gruppo, si annoveravano dimostrazioni pubbliche in alcuni villaggi rom, in cui si sosteneva pubblicamente la necessità della difesa dell'etnia ungherese contro la «Gypsy criminality».

Nel 2008, la Corte Regionale di Budapest, dopo un'accusa del *Chief Prosecutor's Office* di aver condotto attività in violazione dei diritti della comunità rom, diffondendo paura e insicurezza attraverso discorsi e manifestazioni perpetrate in stile militare, che ne promuovevano la discriminazione, aveva sciolto l'associazione. La sentenza era stata confermata in appello e in Cassazione. Così, Vona portava il caso a Strasburgo, lamentando la violazione dell'art. 11 EDU (libertà di associazione).

Nel giudizio della Corte sull'ammissibilità del ricorso, si statuisce che l'art. 17 non può essere invocato, poiché lo scopo dell'attività associazionistica non è direttamente quello di promuovere e diffondere idee totalitarie; dunque, la Corte ritiene di dover procedere sulla base

³⁹¹ A. VALERO HEREDIA, "Los discursos del odio. Un estudio jurisprudencial", cit., p. 318. Cfr. anche G. ROLLNERT LIERN, "El discurso del odio: una lectura crítica de la regulación internacional", cit., pp. 93-97. Tuttavia, cfr. I. SPIGNO, "Homofobia y transfobia: los discursos de odio contra las «minorías sexuales» en el ágora europea", in L. ALONSO, V. VÁZQUEZ (dirs.), *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio. Textos críticos*, cit., pp. 177-201, ove si sottolinea che in realtà la Corte adotta un approccio "timido", non utilizzando mai, nella sentenza, la definizione di *hate speech*, optando per l'utilizzo dell'espressione 'accuse gravi e pregiudiziali' (p. 198).

³⁹² I. SPIGNO, "Homofobia y transfobia: los discursos de odio contra las «minorías sexuales» en el ágora europea", in L. ALONSO, V. VÁZQUEZ (dirs.), *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio. Textos críticos*, cit., pp. 177-201, p. 197. In merito all'analisi del contesto, si tenga presente che la Corte sottolinea che i volantini erano stati lasciati negli armadietti dei giovani studenti, per la loro età impressionabili e sensibili, i quali non avevano avuto alcuna possibilità di rifiutarsi o accettare di riceverli. Inoltre, il volantinaggio aveva avuto luogo in una scuola non frequentata da nessuno dei ricorrenti e alla quale essi non avevano libero accesso.

³⁹³ Cfr., sul punto, K. BERGAMI, G.M. POLITO, "Libertà di espressione e incitamento all'odio", cit., p. 89; J. CRUZ ÁNGELES, "La protección de las minorías frente a los discursos de odio. Análisis comparado de los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos", cit., 97-98. Cfr. anche, più in generale, U. BELAVUSAU, *Freedom of Speech. Importing European and US Constitutional Models in Transitional Democracies*, cit., pp. 63-64.

³⁹⁴ *Vona v. Hungary*, ECHR 35943/10 (2013).

dell'art. 11.2³⁹⁵ (in maniera simile a quanto è solita fare sulla base dell'art. 10.2). Ancora una volta, la Corte ritiene soddisfatti la riserva di legge e lo scopo legittimo (garantire la pubblica sicurezza, la prevenzione del disordine e la protezione dei diritti altrui). Il giudizio verterà, come nei casi precedenti, sul requisito della necessità in una società democratica.

La Corte si richiama a giudizi precedenti sulla libertà di associazione e sul discioglimento di partiti e associazioni³⁹⁶. Tuttavia, nel caso di specie, al fine di non estendere eccessivamente la materia di cui ci si occupa, si tenterà di mettere in risalto solo gli elementi che hanno direttamente a che vedere con l'*hate speech*.

La Corte EDU, nel ricostruire il caso, aggiunge alla sentenza una sezione interessante relativa al diritto comparato; in essa, curiosamente, cita la sentenza della Corte Suprema USA nel caso *Virginia v. Black* (cfr. *supra*, § 7.2.14), in cui si era riconosciuto che l'utilizzo di un determinato simbolo (la croce infuocata) rievocava senza alcun dubbio le attività del Ku Klux Klan, dovendo essere riconosciuto come uno strumento intimidatorio e di minaccia di violenza imminente. Proprio sulla base del riferimento alla dottrina delle *true threats*, la Corte rinviene nella condotta degli appartenenti al movimento un esercizio illegittimo della libertà di espressione e associazione, che travalica i limiti dell'espressione pacifica:

«In the light of historical experience [...] the reliance of an association on paramilitary demonstrations which express racial division and implicitly call for race-based action must have an intimidating effect on members of a racial minority, especially when they are in their homes and as such constitute a captive audience. In the Court's view, this [...] amounts to intimidation, which is – in the words of the United States Supreme Court's judgment in *Virginia v. Black* [...] – a “true threat”. The State is therefore entitled to protect the right of the members of the target groups to live without intimidation. This is particularly true because they were singled out on a racial basis and were intimidated on account of their belonging to an ethnic group³⁹⁷.

Dunque, la comunità rom e gitana, individuata sulla base dell'appartenenza razziale, è oggetto di intimidazione e minaccia da parte della manifestazione del movimento. Siffatta condotta costituisce qualcosa in più rispetto alla mera espressione di idee:

«In the Court's view, a paramilitary march goes beyond the mere expression of a disturbing or offensive idea, since the message is accompanied by the physical presence of a threatening group of organised activists. *Where the expression of ideas is accompanied by a form of conduct, the Court considers that the level of protection generally granted to freedom of expression may be reduced in the light of important public-order interests related to that conduct. If the conduct associated with the expression of ideas is intimidating or threatening or*

³⁹⁵ Art. 11 ECHR: «1. Everyone has the right to freedom of peaceful assembly and to freedom of association with others, including the right to form and to join trade unions for the protection of his interests. 2. No restrictions shall be placed on the exercise of these rights other than such as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals or for the protection of the rights and freedoms of others. This Article shall not prevent the imposition of lawful restrictions on the exercise of these rights by members of the armed forces, of the police or of the administration of the State».

³⁹⁶ Cfr. *Vogt v. Germany*, ECHR 17851/91 (1996); *United Communist Party of Turkey and others v. Turkey*, ECHR 133/1996/752/951 (1998); *Refah Partisi (The Welfare Party) and others v. Turkey*, ECHR 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98 (2003); *Socialist Party and Others v. Turkey*, ECHR 26482/95 (2004); *Herri Batasuna and Batasuna v. Spain*, ECHR 25803/04, 25817/04 (2009).

³⁹⁷ *Vona v. Hungary*, ECHR 35943/10 (2013), § 66 (corsivi nostri).

interferes with the free exercise or enjoyment by another of any Convention right or privilege on account of that person's race, these considerations cannot be disregarded even in the context of Articles 10 and 11»³⁹⁸.

La Corte, qui – non a caso riecheggiando la giurisprudenza statunitense – pare adottare un giudizio formulato sul caso in cui *speech shades into action*: la condotta, infatti, non costituisce una mera espressione di idee, bensì è connessa al mondo materiale, fisico, attraverso il quale riproduce la minaccia. Infatti, la modalità espressiva, che sfocia nell'azione, era tale da poter ragionevolmente veicolare il messaggio della possibilità di fare ricorso alla forza: la Corte si basa sul paragone con il movimento nazista ungherese *Arrow Cross*, che si era reso responsabile dello sterminio di massa dei rom in Ungheria³⁹⁹. Siffatta modalità, dunque, agli occhi della Corte costituisce un tentativo di implementare una *politica di segregazione razziale*, nella misura in cui la marcia costituisce un primo passo nella realizzazione di atti razzisti.

Secondo la Corte EDU, l'*advocacy* di politiche motivate su base razziale, incompatibili con i valori fondamentali della democrazia, porta con sé *conseguenze negative* sulla vita delle persone: essa, infatti, distingue tra «*incidental advocacy of anti-democratic ideas*» e la condotta perpetrata nel caso di specie, che, appunto, si richiama all'azione. Nonostante ciò, la Corte di Strasburgo ritiene che non sia necessario attendere che dal discorso si passi all'azione:

«[T]he State is also entitled to take preventive measures to protect democracy [...] if a sufficiently imminent prejudice to the rights of others threatens to undermine the fundamental values on the basis of which a democratic society exists and functions. One such value is the coexistence of members of society free from racial segregation, without which a democratic society is inconceivable. *The State cannot be required to wait, before intervening, until a political movement takes action to undermine democracy or has recourse to violence.* [...] [T]he State is entitled to act preventively if it is established that such a movement has started to take concrete steps in public life to implement a policy incompatible with the standards of the Convention and democracy»⁴⁰⁰.

In sostanza, anche quando non si realizzino azioni concrete, lo Stato può prendere misure preventive volte, di fatto, a contrastare il *pericolo concreto* dell'utilizzo della violenza⁴⁰¹. Ad ogni modo, richiamandosi esplicitamente alla distinzione tra *speech* e *action*, la Corte in questo caso adotta evidentemente una lettura *perlocutoria* dell'*hate speech*.

7.4.18 – *M'Bala M'Bala v. France* (2015): art. 17, negazionismo indiretto e satira

*M'Bala M'Bala v. France*⁴⁰² è una decisione della Corte EDU riguardante il caso di M'Bala M'Bala, umorista francese impegnato in politica (di cui sono note le candidature alle elezioni europee del 2004 con la *liste EuroPalestine*, e del 2009, con la *liste antisioniste*).

Nel 2008, Dieudonné (nome d'arte del comico), nella sala *Zénith* di Parigi, aveva tenuto uno spettacolo in cui aveva invitato il negazionista e revisionista francese Robert Faurisson,

³⁹⁸ *Ibidem* (corsivi nostri).

³⁹⁹ *Ivi*, ECHR 35943/10 (2013), § 65.

⁴⁰⁰ *Ivi*, ECHR 35943/10 (2013), par. 57 (corsivi nostri).

⁴⁰¹ Cfr., sul punto, A. BUYSE, "Dangerous Expression: the ECHR, Violence and Free Speech", cit., p. 491.

⁴⁰² *M'Bala M'Bala v. France*, ECHR 25239/13 (2015).

condannato più volte in Francia⁴⁰³, cui aveva fatto consegnare, da parte di un attore che indossava un pigiama a righe sul quale era cucita la stella di David che riportava la parola ‘*juiif*’ (‘ebreo’), il premio «de l’*infréquentabilité* et de l’*insolence*»⁴⁰⁴: un candelabro a tre braccia per ciascun lato, sulle quali erano posizionate altrettante mele. La scena vedeva un dialogo tra i due in cui si pronunciavano discorsi ritenuti antisemiti dalla pubblica accusa⁴⁰⁵.

Il Tribunale di Grande Istanza di Parigi, sulla base dell’art. 23 della *Loi du 29 juillet 1881, sur la liberté de la presse*, aveva condannato Dieudonné per reato di diffamazione aggravata a sfondo razzista a una multa di 10.00 euro, oltre che alla pubblicazione della sentenza su tre quotidiani, nel 2009. Nel 2011, la condanna era confermata in appello e non si rinvenivano motivi di doglianza in diritto nel ricorso per cassazione.

Nel giudizio sul merito, la Corte EDU sostiene che non sussista dubbio alcuno sul tenore fortemente odioso e antisemita della condotta di Dieudonné⁴⁰⁶, nonché del suo carattere negazionista, vietato dall’art. 17 della Convenzione EDU, secondo la propria giurisprudenza precedente. Perdi più, la modalità di consegna del premio – il costume indossato e la rappresentazione, che si richiamavano direttamente agli ebrei – costituisce un’espressione particolarmente offensiva nei confronti della comunità ebraica.

La Corte afferma esplicitamente che l’art. 17, fino a quel momento utilizzato esclusivamente per punire condotte *esplicite* e *dirette*, può essere utilizzato anche in questo caso, in cui l’attacco risulta indiretto e “nascosto” sotto il velo del carattere di “intrattenimento” dello spettacolo⁴⁰⁷: in sostanza, la Corte *de facto* autorizza l’utilizzo della disposizione nel caso della satira antisemita⁴⁰⁸. In conclusione, essa applica l’art. 17 e sostiene che la condotta non rientra nell’ambito della libertà d’espressione: infatti, il ricorrente «tente de détourner l’article 10 de sa vocation en utilisant son droit à la liberté d’expression à des fins contraires au texte et à

⁴⁰³ Cfr. *supra*, § 1.2.3, con riferimento al caso *Robert Faurisson v. France*, CCPR, Communication n. 550/1993, (CCPR/C/58/D/550/1993), 1996, giunto al Comitato ONU per i diritti umani.

⁴⁰⁴ *M’Bala M’Bala v. France*, ECHR 25239/13 (2015), § 5.

⁴⁰⁵ «Dieudonné: “[J]e me suis inspiré un petit peu de la dernière critique très élogieuse de Bernard H (inaudible - huées dans le public) qui décrivait la soirée au Zénith, le spectacle, cette soirée, cette soirée au Zénith comme le plus grand meeting antisémite depuis la dernière guerre mondiale, alors évidemment, il me laissait une petite marge de progression, parce que je me suis dit, il faut que je fasse mieux cette fois-ci, hein, alors si vous voulez participer à ce qu’on appelle une œuvre collective de glissement de quenelle, je vous propose d’accueillir une personne alors là qui va les faire grimper aux rideaux, hein, est-ce que ça vous intéresse? [...] Je vous demande d’applaudir M. Robert Faurisson. [...] Je réitère notre soutien indéfectible à la Palestine, je vais demander aux musiciens de se mettre en place car il faut malheureusement arrêter. De toute façon, votre présence ici, notre poignée de main, est déjà un scandale en soi et sachez que demain le débat sera lancé et vous aurez tous l’occasion à mon avis de le suivre. Liberté d’expression, merci à tous, merci de votre solidarité, mes respects, chapeau bas»; cfr. il discorso completo *ivi*, ECHR 25239/13 (2015), § 8.

⁴⁰⁶ *Ivi*, ECHR 25239/13 (2015), §§ 35 e 39.

⁴⁰⁷ *Ivi*, ECHR 25239/13 (2015), § 40. Cfr., sul punto, M. CASTELLANETA, “La Corte europea dei diritti umani e l’applicazione del principio dell’abuso del diritto nei casi di *hate speech*”, *cit.*, p. 748.

⁴⁰⁸ C. CARUSO, “L’*hate speech* a Strasburgo: il pluralismo militante del sistema convenzionale”, *cit.*, p. 968.

l'esprit de la Convention et qui [...] contribueraient à la destruction des droits et libertés garantis par la Convention»⁴⁰⁹.

7.4.19 – *Delfi AS v. Estonia* (2015): la responsabilità dei fornitori di servizi internet per commenti offensivi degli utenti

Il caso *Delfi AS v. Estonia*⁴¹⁰, il primo in cui la Corte EDU è chiamata a pronunciarsi sulla responsabilità dei fornitori di servizi internet per commenti offensivi, anche se non strettamente collegato all'*hate speech* contro gruppi vulnerabili, risulta particolarmente importante, poiché spiega effetti anche sulla regolazione dell'*hate speech online*⁴¹¹.

Nel caso di specie, si tratta di una società proprietaria di Delfi, uno dei portali di notizie online più grande in Estonia, operante anche in Lettonia e Lituania, che presenta ricorso alla Corte EDU contro l'Estonia.

Nel 2006, il portale pubblicava un articolo intitolato *SLK Destroyed Planned Ice Road*, il quale attraeva commenti offensivi e minacciosi diretti al membro del team dei direttori della società SLK, che forniva trasporto pubblico tra l'Estonia e alcune isole di fronte alla costa. Così, i legali di SLK intimavano a Delfi di rimuovere i commenti, richiedendo un risarcimento. Di fronte al rifiuto di Delfi di fornire il risarcimento – mentre aveva invece cancellato i commenti –, SLK citava in giudizio la società. L'anno successivo, la richiesta di SLK veniva rifiutata, in quanto l'*Information Society Services Act* estone escludeva la responsabilità dell'intermediario, sulla base della Direttiva 2000/31/EC del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 (Direttiva sul commercio elettronico): Delfi, in quanto non responsabile della pubblicazione dei commenti, non poteva essere obbligata nemmeno a monitorarli.

In sede d'appello, la Corte rilevava che in primo grado vi era stata un'erronea applicazione di diritto, così rimettendo il giudizio al Tribunale, che questa volta condannava Delfi al risarcimento, dichiarando inapplicabile l'*Information Society Act*, in quanto il meccanismo di semplice segnalazione di contenuto offensivo da parte di un utente alla società non garantiva il rispetto della reputazione e dei diritti altrui: la società Delfi, in altre parole, doveva essere ritenuta responsabile dei commenti. Inoltre, il Tribunale sosteneva che la libertà d'espressione non controbilanciava il diritto alla reputazione del responsabile di SLK (cui i commenti erano diretti). Il giudizio veniva confermato in appello, sostenendo che Delfi non era obbligata al controllo preventivo sui commenti, ma aveva comunque l'obbligo di trovare un rimedio effettivo. La Corte d'appello, inoltre, avallava l'esclusione dell'applicazione dell'*Information Society Act* sulla base del fatto che Delfi AS non doveva essere considerata mero intermediario tecnico, bensì vero e proprio *content provider*. Il giudizio veniva confermato in Corte Suprema.

⁴⁰⁹ *M'Bala M'Bala v. France*, ECHR 25239/13 (2015), § 41.

⁴¹⁰ *Delfi AS v. Estonia*, ECHR 64569/09 (2015).

⁴¹¹ Cfr. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, Press Unit, *Factsheet – Hate Speech*, March 2019, pp. 15-16, disponibile al link: https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Hate_speech_ENG.pdf (ultima consultazione: settembre 2019).

Delfi AS presenta ricorso alla Corte di Strasburgo per violazione dell'art. 10 EDU. A partire da questo ricorso, la Camera emette una sentenza nel 2013 che, poi, sarà riaperta dalla Grande Camera sulla base di un successivo ricorso, giungendo a pronuncia definitiva nel 2015.

La Corte EDU, nell'analisi in diritto, ricostruisce la normativa internazionale e nazionale in materia⁴¹². Inoltre, essa cita espressamente il caso *Google Spain*⁴¹³, sul quale si era pronunciata la Corte di Giustizia dell'Unione Europea sull'interpretazione della Direttiva 95/46/EC del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 ottobre 1995, sulla protezione degli individui con riguardo all'attività di *personal data processing*. In quella sentenza, la CGUE aveva stabilito che l'attività di un motore di ricerca su internet dovesse essere qualificata come «processing of personal data» e che, pertanto, il motore di ricerca fosse responsabile per le violazioni significative dei diritti fondamentali di *privacy* e protezione dei dati personali quando la ricerca fosse svolta sulla base del nome di un individuo.

La Camera aveva statuito che la limitazione della libertà d'espressione si era svolta nel rispetto della riserva di legge e dello scopo legittimo della protezione della reputazione e dei diritti altrui. Quanto al requisito della proporzionalità, la Corte aveva sostenuto che Delfi, nel pubblicare una notizia di grande interesse pubblico, avrebbe dovuto prevenire le conseguenze di tale pubblicazione sugli utenti. Inoltre, la Camera aveva affermato che Delfi aveva esercitato «a substantial degree of control over readers' comments», oltre ad aver autorizzato la pubblicazione di commenti da parte di utenti non registrati, in questo modo assumendosi la responsabilità del contenuto di quei commenti⁴¹⁴. Per queste ragioni, la Camera aveva sancito che la restrizione della libertà d'espressione di Delfi AS rispettava i requisiti dettati dall'art. 10.2.

Nei commenti preliminari, la Grande Camera, riesaminando il caso, esordisce così:

*«Defamatory and other types of clearly unlawful speech, including hate speech and speech inciting violence, can be disseminated like never before, worldwide, in a matter of seconds, and sometimes remain persistently available online. [...] Bearing in mind the need to protect the values underlying the Convention, and considering that the rights under Articles 10 and 8 of the Convention deserve equal respect, a balance must be struck that retains the essence of both rights»*⁴¹⁵.

La Corte, citando espressamente l'*hate speech* e lo *speech inciting violence* – separando le due fattispecie –, sostiene che il caso di specie debba essere valutato nei termini di una questione di *bilanciamento* tra i diritti riconosciuti rispettivamente all'art. 10 e all'art. 8 EDU.

La Corte di Strasburgo avalla espressamente la distinzione operata dalla Suprema Corte estone tra l'attività di chi pubblica a mezzo stampa e chi pubblica su internet: mentre il primo deve essere ritenuto responsabile di tutto ciò che pubblica, in virtù della possibilità materiale di rivedere i contenuti prima della pubblicazione, chi pubblica su internet è considerato intermediario commerciale, mentre il responsabile della pubblicazione è il singolo utente dietro

⁴¹² Dal momento che essa esula dallo scopo dell'analisi svolta in questa sede, per essa si rimanda alla trattazione nella sentenza: *Delfi AS v. Estonia*, ECHR 64569/09 (2015), §§ 33-55.

⁴¹³ *Google Spain SL, Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González*, CJUE C-131/12 (2014).

⁴¹⁴ *Delfi AS v. Estonia*, ECHR 64569/09 (2015), § 65.

⁴¹⁵ *Ivi*, ECHR 64569/09 (2015), § 110 (corsivi nostri).

ciascun commento⁴¹⁶: dunque, i *doveri e responsabilità* che porta con sé la libertà d'espressione sono da graduare in relazione al tipo di attività svolta.

Inoltre, la Grande Camera riconosce espressamente che i commenti – nonostante, va sottolineato, essi non fossero basati sull'odio fondato sull'appartenenza a categorie vulnerabili – rientrano entro la fattispecie dell'«*hate speech*» e dello «*speech that directly advocate[s] acts of violence*»⁴¹⁷. Nella prospettiva adottata in questa sede si ritiene che si tratti di un errore, in quanto al più i commenti offensivi possono essere qualificati come diffamazione aggravata, ma non come discorso d'odio, in quanto, appunto, manca il *bias-motive* (cfr. *supra*, § 1.6.3).

La Grande Camera avalla l'analisi della Camera per ciò che concerne i requisiti della riserva di legge e dello scopo legittimo, ancora una volta portando l'analisi sul requisito della necessità in una società democratica.

Con riferimento al contesto della pubblicazione, la Corte sostiene che un elemento da prendere in considerazione sia il fatto che Delfi AS espressamente invitava gli utenti a lasciare commenti sulla pagina della notizia, in quanto il numero di visite alla pagina dipendeva dal numero di commenti, chiamando dunque in causa l'interesse economico della società⁴¹⁸. Inoltre, la Corte ritiene che l'attività di Delfi era volta ad esercitare «a substantial degree of control» sui commenti⁴¹⁹, in quanto notificava a chi intendeva commentare il divieto di pubblicare commenti offensivi o degradanti e si riservava il diritto di eliminare tali commenti, rendendo impossibile agli utenti modificarli una volta inseriti. Ciò significa che, nella visione della Corte, Delfi AS non esercitava un'attività di «purely technical service provider».

Per ciò che concerne la concorrente responsabilità dei singoli utenti autori dei commenti, la Corte sottolinea che il ruolo di Delfi AS nel non garantire strumenti per svelare l'identità di coloro che avevano pubblicato commenti offensivi fosse da tenere in considerazione⁴²⁰. Inoltre, occorre valutare anche la condotta successiva della società, che aveva rimosso i commenti solo sei settimane dopo la loro pubblicazione: secondo la Corte, l'obbligo di rimozione tempestiva dei commenti da parte del *provider* non costituisce una misura sproporzionata rispetto all'esercizio della libertà d'espressione⁴²¹.

La Corte rileva anche il tentativo di Delfi utilizzare un algoritmo volto all'eliminazione di contenuti offensivi; tuttavia, essa sottolinea che tale meccanismo non era stato sufficiente nonostante la «semplicità» di taluni commenti, che utilizzavano espressioni facilmente identificabili come veicolanti messaggi d'odio o minacce di violenze fisiche⁴²².

Un passaggio interessante della sentenza dalla Corte è il seguente, in cui si mette in risalto che in alcuni casi la vittima di *hate speech* può non essere direttamente identificabile, come nel caso dell'*hate speech* rivolto ad un gruppo:

⁴¹⁶ Ivi, ECHR 64569/09 (2015), §§ 112-113.

⁴¹⁷ Ivi, ECHR 64569/09 (2015), § 117.

⁴¹⁸ Ivi, ECHR 64569/09 (2015), § 144.

⁴¹⁹ Ivi, ECHR 64569/09 (2015), § 145.

⁴²⁰ Ivi, ECHR 64569/09 (2015), § 151.

⁴²¹ Ivi, ECHR 64569/09 (2015), § 153.

⁴²² Ivi, ECHR 64569/09 (2015), § 156.

«Moreover, depending on the circumstances, there may be no identifiable individual victim, for example in some cases of hate speech directed against a group of persons or speech directly inciting violence of the type manifested in several of the comments in the present case. In cases where an individual victim exists, he or she may be prevented from notifying an Internet service provider of the alleged violation of his or her rights. [...] [T]he ability of a potential victim of hate speech to continuously monitor the Internet is more limited than the ability of a large commercial Internet news portal to prevent or rapidly remove such comments»⁴²³.

Quando, cioè, si tratta di *hate speech* diffuso, cioè non rivolto ad una singola persona, la Corte pare assegnare maggiore responsabilità di monitoraggio del contenuto e di eventuale rimozione, dovuta al fatto che la “controparte” vittima di discorso d’odio non è un singolo individuo facilmente identificabile. Inoltre, quand’anche si tratti di *hate speech* “face-to-face” (pur mediato attraverso l’utilizzo di internet), la Corte sottolinea la scarsità di mezzi di difesa individuali rispetto a quelli di un portale internet.

Per tutte le ragioni sopra indicate, la Grande Camera sostiene la mancata violazione della libertà d’espressione di Delfi AS. Si tratta di una decisione piuttosto importante, che spiega effetti sull’*hate speech* online – nonostante, come si sia visto, nella prospettiva adottata si ritenga che la definizione fornita dalla Corte risulti incoerente con quella, generale, di *hate speech* – in merito alla responsabilità dei gestori di portali, siti di informazione e altri servizi internet per la tempestiva rimozione dei commenti d’odio.

7.4.20 – *Belkacem v. Belgium* (2017): l’art. 17 e l’*hate speech* religioso

Il caso *Belkacem v. Belgium*⁴²⁴ costituisce una decisione di grande importanza, poiché a tutti gli effetti amplia l’orizzonte di applicazione dello strumento dell’art. 17 EDU.

Fouad Belkacem, dirigente e portavoce dell’organizzazione *Sharia4Belgium*, sciolta nel 2012, era stato condannato per varie condotte punite dall’art. 22 della legge belga del 10 maggio 2007, volta a reprimere talune forme di discriminazione. La condotta in oggetto consisteva nella pubblicazione, su Youtube, di video a contenuto d’odio che, sebbene in concreto fossero rivolti all’allora Ministro della Difesa del Belgio, incitavano all’odio religioso contro i non-musulmani⁴²⁵. Inoltre, in un altro video, Belkacem rivolgeva offese ad una politica belga in cui

⁴²³ Ivi, ECHR 64569/09 (2015), § 158 (corsivi nostri).

⁴²⁴ *Belkacem c. Belgique*, ECHR 34367/14 (2017).

⁴²⁵ «Aujourd’hui nous avons les mêmes délinquants, ce [P.D.C.], qu’Allah puisse l’humilier dans ce (incompréhensible), lui donner toutes les maladies sur Terre, le paralyser, briser son dos, comme il a fait de nos enfants des orphelins, faire de ses enfants des orphelins, comme il a fait de nos femmes des veuves, puisse Allah faire de sa femme une veuve. [...] Et [P.D.C.], le jour viendra où tu seras entre les mains des moudjahidines et alors tu imploreras, comme tous les non-croyants t’ont supplié pour leur vie. [...] Les musulmans sont ici pour dominer, Allah est celui qui a proclamé son message avec la vérité, et la vraie religion est ici pour dominer le monde, pour régner sur tous les systèmes. [...] Je n’appelle pas les musulmans à se battre, mais cela va quand même être la conséquence. Allah légitime chaque forme de défense. Nous ne sommes pas des chrétiens, nous ne présentons pas notre autre joue lorsque quelqu’un nous frappe. Nous cherchons la confrontation. La Belgique est avertie. Notre honneur vaut plus que notre vie. [...] Vous êtes encore plus sales que des animaux. Eux au moins ne boivent pas d’alcool pour le vomir par la suite. [...] Je demande à Allah... de faire venir les moudjahidines aussi vite que possible aux portes de Bruxelles pour donner une leçon à ces non-croyants parce qu’ils doivent vraiment apprendre une leçon. [...] Ummah, chers gens, ça suffit [...]. Le dialogue du ‘asseyons-nous à une table, paix, blabla...’ (...), c’est du passé. C’est du passé. Aujourd’hui il faut parler de Jihad [...]. Aujourd’hui il faut parler de la charia

sosteneva che Allah la condannava all'inferno e alla morte, riferendosi alla sua situazione di salute (la donna all'epoca lottava contro un tumore). In un terzo e quarto video pubblicati su Youtube, Belkacem incitava all'odio e a trattamenti discriminatori coloro che non si fossero convertiti all'Islam, oltre ad invitare alla *jihad* violenta⁴²⁶.

Nel 2012, il Tribunale di Anversa aveva condannato Belkacem a due anni di carcere e a una multa di 550 euro, per aver incitato alla discriminazione, alla segregazione, all'odio e alla violenza contro i non-musulmani. Il Tribunale, inoltre, fondava il suo ragionamento anche sul danno causato all'immagine dei musulmani che vivono la loro religione in maniera pacifica, associati con gli estremisti violenti. La condanna veniva confermata in appello, ove tuttavia si riduceva la pena a un anno e sei mesi di carcere. In Cassazione, infine, si rigettava il ricorso.

La Corte EDU, investita del caso, si interroga sull'applicabilità dell'art. 17:

«Toutefois, l'article 17 ne s'applique qu'à titre exceptionnel et dans des hypothèses extrêmes. Il a pour effet de faire échec à l'exercice d'un droit conventionnel que le requérant cherche à faire valoir en saisissant la Cour. Dans les affaires relatives à l'article 10 de la Convention, il ne doit être employé que s'il est tout à fait clair que les propos incriminés visaient à faire dévier cette disposition de sa finalité réelle par un usage du droit à la liberté d'expression à des fins manifestement contraires aux valeurs de la Convention [...]. La question déterminante sur le terrain de l'article 17 est de savoir si les propos du requérant avaient pour but d'attiser la haine ou la violence et si, en les tenant, il a cherché à invoquer la Convention de manière à se livrer à une activité ou à commettre des actes visant à la destruction des droits et libertés y consacrés»⁴²⁷.

In questo passaggio, la Corte chiarisce che l'art. 17 può essere applicato solo in caso di certezza circa l'*intenzionalità* dell'autore della condotta di utilizzare la libertà d'espressione per finalità diverse da quelle tutelate e contrarie ai valori della Convenzione. Esso può essere applicato quando sia evidente la direzione della condotta a fomentare l'odio o la violenza⁴²⁸.

La Corte sostiene che la difesa della *sharia* con appello alla violenza può costituire *hate speech*, citando, *a contrario*, il caso *Gündüz*⁴²⁹ (cfr. *supra*, § 7.4.7). In questo senso, la Corte adotta una visione distinta da quella relativa alla statuizione relativa a quel caso.

In ogni caso, sulla base del contenuto del discorso e dell'intenzione di fomentare l'odio e la violenza su basi religiose, la Corte ritiene che non si possa invocare la protezione della libertà d'espressione, applicando direttamente l'art. 17 e rigettando il ricorso di Belkacem. Così come in *Norwood* (cfr. *supra*, § 7.4.8), dunque, la Corte statuisce chiaramente che l'art. 17 può essere utilizzato in casi di *incitamento all'odio su basi religiose*, di fatto allargando il campo

(...). Comment nous devons dominer. [...] Nous devons lutter contre ces non-croyants. Allah, identifie les non-croyants pour la lutte. Luttons alors contre ces non-croyants», ivi, ECHR 34367/14 (2017), § 4.

⁴²⁶ Ivi, ECHR 34367/14 (2017), §§ 6-7.

⁴²⁷ Ivi, ECHR 34367/14 (2017), § 31 (corsivi nostri).

⁴²⁸ *Contra*: M. CASTELLANETA, "La Corte europea dei diritti umani e l'applicazione del principio dell'abuso del diritto nei casi di *hate speech*", cit., p. 748, che ritiene che all'esito della sentenza la Corte *de facto* autorizzi gli Stati a creare fattispecie di reato di *hate speech* non intenzionali. Nella lettura di Castellaneta, infatti, nel ragionamento della Corte pare esservi spazio per questa interpretazione. In realtà, dal momento che la Corte sottolinea espressamente che uno dei requisiti per l'applicazione dell'art. 17 è quello dell'intenzionalità, in questa sede si ritiene di poter affermare che l'interpretazione dell'autrice sia quantomeno dubbia.

⁴²⁹ *Belkacem c. Belgique*, ECHR 34367/14 (2017), par. 34.

rispetto all'utilizzo dello strumento della ghigliottina quasi esclusivamente con riferimento a casi di antisemitismo e negazionismo⁴³⁰.

7.5 – L'*hate speech* presso la Corte EDU: tra modello liberale-perlocutorio e modello neo-repubblicano-illocutorio

Il trattamento della libertà d'espressione e dell'*hate speech* effettuato dalla Corte Europea dei Diritti Umani oscilla tra un modello di libertà d'espressione come *non-interferenza* che adotta un criterio *perlocutorio* e un'analisi di tipo *illocutorio* che può essere compresa a partire da un modello di libertà come *non-dominazione*.

In relazione al primo modello, si fa riferimento all'utilizzo, da parte della Corte EDU, della clausola di limitazione della libertà d'espressione secondo i requisiti contenuti nell'art. 10.2 EDU: esso, infatti, autorizza l'interferenza statale con la libertà d'espressione individuale quando l'espressione costituisca a sua volta un'interferenza illegittima con altri interessi (sicurezza nazionale, integrità territoriale, pubblica sicurezza, ordine e prevenzione dei reati, salute o morale) e, soprattutto, con la reputazione o i *diritti* altrui. Come si è visto nel corso dell'analisi, l'ipotesi della limitazione sulla base del conflitto con la reputazione e i diritti altrui costituisce quella maggiormente utilizzata dalla Corte di Strasburgo con riferimento all'*hate speech*. Si tratta, cioè, di un approccio *rights-based* al discorso d'odio, in cui esso si qualifica come un caso risolvibile attraverso bilanciamento tra il diritto alla libera espressione e gli altri diritti con cui essa può venire in contrasto, come ad esempio il diritto alla non-discriminazione e il diritto al rispetto della vita privata e familiare.

Il modello del *rights-balancing*, fondato su un trattamento perlocutorio che tiene in considerazione il criterio del danno ai diritti altrui, è stato applicato dalla Corte EDU ai casi di diffamazione e incitamento all'odio razzista (*Garaudy v. France*, limitatamente alla parte in cui si tratta di tale fattispecie e non del negazionismo), di promozione dell'odio religioso (*Gündüz v. Turkey*) e di stereotipizzazione negativa della comunità rom (*Aksy v. Turkey*). In quest'ultimo caso, la Corte ha sottolineato la necessità del requisito dell'*intenzionalità* della discriminazione, così richiamandosi alla giurisprudenza liberale della Corte Suprema USA, ciò che avviene anche in relazione al richiamo al criterio del rischio attuale di un pericolo imminente (simile al *clear and present danger*) per poter punire l'incitamento all'odio religioso e razziale sulla base del requisito della necessità in una società democratica (*Erbakan v. Turkey*). Analogamente, la Corte si rifà al modello statunitense nel richiamo alla dottrina delle *true threats* per i casi di comportamento intimidatorio nei confronti dei rom (*Vona v. Hungary*).

Questo asse liberale della giurisprudenza di Strasburgo, inoltre, tende in alcune occasioni ad avallare l'utilizzo del criterio della distinzione tra *speech* e *action*, che va di pari passo con un trattamento perlocutorio dell'*hate speech*. Così, ad esempio, nei casi di promozione dell'odio religioso, la Corte rifiuta la condanna per *advocacy* della *sharia* senza conseguente incitamento alla violenza (*Gündüz v. Turkey*), confermandola solo quando sussista il secondo

⁴³⁰ Cfr., sul punto, M. CASTELLANETA, "La Corte europea dei diritti umani e l'applicazione del principio dell'abuso del diritto nei casi di *hate speech*", cit., p. 745.

(*Belkacem v. Belgium*). In maniera più evidente, tale impostazione trova conferma nella *dissenting opinions* di Sajó, Zagrebelsky e Tsotsoria nel caso *Féret v. Belgium*, ove i giudici dissenzienti affermano la necessità per cui lo Stato democratico punisca solamente l'azione, non la mera diffusione di idee, oltre a sostenere che la condotta di incitamento richieda un collegamento necessario con una conseguente azione e che la repressione del discorso politico costituisca sempre *ex se* violazione della libertà d'espressione. Da ciò, i tre giudici fanno derivare il divieto, sulla falsariga della giurisprudenza statunitense, delle restrizioni *content-based*. Sulla base della distinzione tra *speech* e *action*, questo filone della giurisprudenza EDU pare accettare che, quando *speech shades into action*, non vi sia violazione della libertà d'espressione in caso di restrizione (*Vona v. Hungary*). Si tratta, cioè, di un modello più affine a quello statunitense del *marketplace of ideas*, per cui la libertà d'espressione protegge anche le idee che «offend, shock or disturb» (*Handyside v. United Kingdom*).

In controtendenza con questo tipo di approccio si trova il filone giurisprudenziale interno alla Corte di Strasburgo che si è proposto di analizzare a partire da un approccio *illocutorio* all'*hate speech* e da una nozione di libertà come *non-dominazione*. Si tratta, evidentemente, dei casi in cui la Corte utilizza l'art. 17 (divieto dell'abuso dei diritti) per non accordare protezione a condotte espressive incompatibili con il sistema convenzionale di valori e diritti.

In questa giurisprudenza, l'utilizzo dell'art. 17 come parametro interpretativo dell'art. 10.2 ha portato ad un approfondimento della nozione di *doveri e responsabilità* implicati dalla libertà d'espressione, che rende possibile alla Corte sancire il divieto di *hate speech* razzista (*Glimmerveen and Hagenbeek v. the Netherlands*) e antisemita (*Kühnen v. Federal Republic of Germany*). In questi casi, si segue ancora l'approccio del bilanciamento tra la libertà d'espressione e altri valori o diritti; eppure la questione vede prevalere l'esigenza della discriminazione razziale e antisemita. Quando invece la Corte EDU utilizza l'art. 17 in modo diretto, essa non ritiene necessario il bilanciamento con altri diritti: ciò significa che anche qualora l'espressione non leda alcun diritto o interesse riconosciuto dall'art. 10.2 come contraltare, la Corte ritiene comunque possibile proibire l'espressione sulla base del *contenuto* del discorso, entro un approccio di tipo *illocutorio*, indipendentemente dalla prova dell'eventuale danno.

È pur vero che la Corte ha tentato di limitare tale utilizzo ai casi di sovvertimento dell'ordine democratico e di negazionismo di «clearly established historical facts» (*Lehideux and Isorni v. France*) come l'Olocausto (*Garaudy v. France*), anche quando la condotta è perpetrata in ambito privato (*Witzsch v. Germany*), o di incitamento all'odio antisemita (*Ivanov v. Russia*) o satira antisemita (*M'Bala M'Bala v. France*). In questo tentativo di limitazione, infatti, la Corte ha riconosciuto che lo strumento della “ghigliottina” dell'art. 17 può essere utilizzato solo quando vi sia intenzionalità diretta dell'autore di utilizzare la libertà d'espressione per fini non compatibili con la Convenzione (*Belkacem v. Belgium*), ciò che la Corte stessa tende a limitare, come accennato, ai casi di sovversione dell'ordine democratico e di odio antisemita. Nonostante ciò, va sottolineato che, fuori da questi casi, la Corte di Strasburgo ha applicato l'art. 17 in via diretta anche nel caso della propaganda islamofobica (*Norwood v. United Kingdom*) o di difesa della *sharia* (*Belkacem v. Belgium*).

Occorre ricordare che in svariate occasioni la Corte si richiama alla definizione di *hate speech* contenuta nella Raccomandazione n. 20 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa del 1997 (*Gündüz v. Turkey*; *Féret v. Belgium*) – la quale, lo si ricorda, risulta più ampia rispetto a quella emersa sinora nel diritto internazionale dei diritti umani, in particolare nell'IC-CPR e, con riferimento alle categorie vulnerabili protette, nell'ICERD. Pertanto, non risulta peregrino sostenere – come d'altra parte ha fatto Steiner, in una *dissenting opinion* nel caso *Erbakan v. Turkey* – che l'art. 17 (quantomeno come strumento interpretativo dell'art. 10.2) dovrebbe costituire la procedura standard seguita dalla Corte in tutti i casi in cui essa riconosce che la condotta costituisce *hate speech*. Come ha affermato la stessa Steiner, infatti, i danni da *hate speech* non sono concretamente misurabili, soprattutto nel breve periodo, ciò che risulta coerente con un approccio illocutorio all'*hate speech*. È piuttosto il contenuto specifico di determinate espressioni d'odio (*Norwood v. United Kingdom*), indipendentemente dai loro effetti, che entro una concezione neo-repubblicana della libertà come non-dominazione si considera eccedente i limiti della libertà d'espressione e rientrante, piuttosto, nella fattispecie dell'abuso dei diritti. D'altra, parte, la stessa Corte di Strasburgo, in altre occasioni (come in *Soulas et al. v. France*), ha riconosciuto che il danno, in un caso di *hate speech* islamofobico e razzista, debba essere interpretato alla luce di criteri storici e culturali (di fatto rigettando la precedente applicazione del criterio rievocativo del *clear and present danger* utilizzato in *Erbakan*).

D'altra parte, rigettando il criterio di distinzione tra *speech* e *action*, la Corte stessa ha sostenuto che l'incitamento all'odio e alla discriminazione, pur costituendo tecnicamente condotte “meramente” espressive, non richiedono la connessione con atti di violenza per poter essere sanzionati (*Féret v. Belgium*; *Vejdeland and Others v. Sweden*). Se il criterio da adottare è quello illocutorio, che prescinde dagli effetti materiali e fa leva sul contenuto del messaggio, non è necessario attendere che il discorso “si trasformi” in azione per proibire la condotta.

Ancora, risulta opportuno richiamare l'attenzione della Corte al *negative stereotyping* (*Aksy v. Turkey*). Pur adottando, in quel caso, un modello *rights-based* (la stereotipizzazione negativa può costituire un caso di conflitto con il diritto al rispetto della vita privata e familiare), le parole della Corte sottolineano che si tratta di un comportamento che impedisce alle sue vittime di vivere in un clima di rispetto informato ai medesimi valori sottesi alla CEDU. D'altra parte, nella medesima sentenza, è proprio la Corte a sostenere la necessità di intervento positivo statale a promozione di una libertà d'espressione che, evidentemente, non può essere qualificata esclusivamente nel senso negativo della non-interferenza.

In base a tutti questi elementi, si ritiene che, nel corso del tempo, emergano in seno alla Corte di Strasburgo orientamenti giurisprudenziali particolarmente favorevoli alla proscrizione dell'*hate speech* entro un approccio che risulta particolarmente coerente con quello *illocutorio*, fondato su una concezione della libertà come *non-dominazione*. Tuttavia, si ricorda che, entro tale modello, l'intervento statale non è richiesto esclusivamente in senso sanzionatorio con strumenti penali, dovendo l'applicazione di questi ultimi essere limitata ai casi in cui, effettivamente, si riscontri la presenza degli elementi propri di un modello perlocutorio. Piuttosto, si intende mettere in risalto la necessità, entro il modello illocutorio della non-dominazione,

dell'intervento positivo statale con strumenti diversi da quelli penali, quali ad esempio l'irrogazione di sanzioni civili e amministrative e il sostegno a misure educative e di promozione di messaggi positivi che tutelino la piena libertà d'espressione dei gruppi vulnerabili.

Conclusioni

Come si è avuto modo di illustrare sin qui, la riflessione sull'*hate speech* attraverso il metodo di analisi filosofico-giuridico e l'adozione di un approccio fondato sui diritti chiama in causa numerose dimensioni, a volte tra loro contrastanti, e tuttavia inevitabili nello sforzo di restituire la complessità della questione.

1) In primo luogo, l'*hate speech* è una questione che, prima ancora della riflessione filosofica circa il suo fondamento, necessita di una definizione concettuale (il momento, cioè, dell'analisi del *concetto* in relazione ai diritti umani; cfr. *supra*, CAP. 1) che, già di per sé, si presenta ardua in quanto costituisce il risultato del sovrapporsi di numerose fonti a diversi livelli. Al fine di non estendere eccessivamente l'ambito di indagine, si è optato per escludere le definizioni fornite dai singoli ordinamenti nazionali²⁷³⁴, concentrandosi su quelle emerse nel diritto internazionale dei diritti umani, con particolare riferimento al Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici (ICCPR; cfr. *supra*, § 1.2.3) e alla Convenzione Internazionale sull'Eliminazione di ogni forma di Discriminazione Razziale (ICERD; cfr. *supra*, § 1.2.4). In relazione ai sistemi regionali di tutela dei diritti umani, si è preso in considerazione il trattamento del discorso d'odio nell'ambito del Consiglio d'Europa (cfr. *supra*, § 1.3), dell'Unione Europea (cfr. *supra*, § 1.4) e dell'Organizzazione degli Stati Americani (cfr. *supra*, § 1.5). Già solamente a questo livello di analisi, ci si rende conto che dire '*hate speech*' significa fare riferimento ad una costellazione di definizioni diverse, più o meno ampie e, a volte parzialmente in contrasto tra loro.

2) In ambito internazionale, ad esempio, l'ICCPR adotta una definizione più ristretta, volta a richiedere l'intervento statale di tipo sanzionatorio di condotte di promozione dell'odio nazionale, razziale o religioso che costituiscono incitamento alla discriminazione, all'ostilità e alla violenza. È evidente, da un lato, la restrizione categoriale, tale per cui non sarà qualificato come *hate speech*, ai fini dell'ICCPR, ad esempio il discorso omofobo o il discorso *ableist*.

3) Per ciò che riguarda l'ICERD, invece, da un lato essa restringe ulteriormente le "categorie protette", circoscrivendo la definizione ai casi della razza, del colore della pelle e dell'origine etnica; dall'altro lato, tuttavia, essa estende i comportamenti vietati non solo ai casi di incitamento, bensì anche a quelli di "mera" diffusione di idee razziste e agli atti di propaganda razzista perpetrati da organizzazioni.

4) In ambito europeo, con particolare riferimento al Consiglio d'Europa, si rinviene una definizione di *hate speech* decisamente più ampia, che comprende tutte le forme di espressione che diffondono, incitano, promuovono o giustificano l'odio razziale, la xenofobia, l'antisemitismo e tutte le forme di intolleranza, nonché altre forme d'odio fondate sulla discriminazione

²⁷³⁴ Per un'analisi dettagliata, in chiave comparatistica, del trattamento dell'*hate speech* in alcuni ordinamenti della comunità internazionale come Stati Uniti, Argentina, Ungheria, Israele, Germania, Italia, Francia, Belgio, Regno Unito, Turchia, Colombia, Messico, Brasile, Cile, Canada, Repubblica del Sudafrica, Namibia, Australia, Spagna, si veda il già citato I. SPIGNO, *Discorsi d'odio. Modelli costituzionali a confronto*, Giuffrè, Milano, 2018. Per i riferimenti agli ordinamenti italiano e spagnolo, cfr. rispettivamente *ivi*, pp. 182-213 e pp. 442-462.

e sull'ostilità contro particolari gruppi vulnerabili, dovendosi includere in tale novero la disabilità, l'orientamento sessuale o l'identità di genere e ogni altra condizione.

5) Al contrario, la tendenza americana è decisamente più riduttiva, a causa del fatto che la definizione di *hate speech* qui è ricollegata al necessario incitamento alla violenza illegale. Tuttavia, si registra un ampliamento del novero categoriale protetto, adottando la formula «qualsiasi gruppo di persone». Si ricordi però che negli Stati Uniti, che peraltro hanno apposto riserve rispettivamente all'art. 20 dell'ICCPR e all'art. 4 dell'ICERD, costituisce discorso d'odio solo il comportamento di incitamento effettivo (*non* invece quello potenziale) e solo alla violenza (*non* anche a discriminazione od ostilità).

6) Stante l'assenza di una definizione universalmente accettata di discorso d'odio (cfr. *supra*, § 1.6.1), la questione dell'analisi della definizione di 'odio' (cfr. *supra*, § 1.6.2) risulta fondamentale e rivela una serie di disaccordi a livello dottrinale. Innanzitutto, esso comprende le motivazioni sottese a determinati comportamenti espressivi, che nella *Allport's Scale of Prejudice and Discrimination* sono indicati come «antilocution» e «verbal rejection», oltre che ad altri atti materiali come l'«avoidance», la discriminazione, e a veri e propri atti violenti come il «physical attack» e lo sterminio. Analogamente, attraverso quello che si è definito «iceberg dell'odio», così come la «Piramide dell'odio», è possibile distinguere gli stereotipi, i pregiudizi, la discriminazione e la violenza fisica e verbale.

7) All'esito di questo percorso, si può definire l'odio come un sentimento di avversione che nega l'umanità dell'altro e il suo *status* di titolare di diritti umani, al punto da relegarlo in una categoria (nel linguaggio utilizzato in questa sede: un gruppo vulnerabile) che diviene oggetto di inferiorizzazione. Utilizzando la definizione di G. A. Kaufman, l'odio sotteso alla definizione di *hate speech* è un «*odium dictum*», un comportamento espressivo di quel sentimento di avversione. Pertanto, non si rinviene una definizione di odio diversa da quella sottesa ai cosiddetti *hate crimes*: dal punto di vista giuridico, la qualificazione riguarda proprio il *bias-motive* sotteso al comportamento. Tuttavia, è possibile immaginare graficamente la relazione tra libertà d'espressione, *hate speech* e *hate crimes* come tre cerchi che si intersecano: il primo rappresenta l'ambito della libera espressione, di ciò che “si può dire”; l'intersezione tra questo e il secondo rappresenta il limite alla libertà d'espressione, ovvero l'*hate speech*; l'intersezione tra il secondo e il terzo rappresenta il caso in cui l'*hate speech* sia sanzionato penalmente e, dunque, sia qualificabile come *hate crime* (cfr. *supra*, § 1.6.3). È importante sottolineare, dunque, contrariamente alla tendenza riduttivistica invalsa nella dottrina e nella giurisprudenza, che il discorso d'odio *non* è costituito unicamente dai reati di *istigazione all'odio, alla discriminazione e alla violenza*: esso, infatti, rappresenta una categoria più ampia, che comprende ad esempio la “mera” diffusione di idee (per esempio idee razziste) e la stereotipizzazione negativa. La differenza sta nel fatto che questi comportamenti non rientrano tra quelli in cui gli Stati liberal-democratici possono sanzionare penalmente. L'assenza della sanzione penale, tuttavia, non deve porsi come limite gnoseologico in relazione alla definizione di *hate speech*: oltre alla possibilità di irrogazione di sanzioni diverse (civili o amministrative), si può prospettare la necessità dell'intervento statale educativo.

8) Ai fini definitivi, i *Camden Principles on Freedom of Expression and Equality*, in particolare, permettono di distinguere tra i comportamenti di *advocacy* e quelli di *incitement*:

mentre nei primi si fa riferimento alla promozione pubblica dell'odio nei confronti del gruppo *target*, nei secondi è necessario che da tale comportamento consegua un rischio imminente di discriminazione, ostilità o violenza (cfr. *supra*, § 1.6.4). Pare già profilarsi, dunque, la possibilità di distinguere tra l'*advocacy* come un comportamento “meramente” *espressivo-discorsivo*, per quanto volto alla promozione dell'odio, e l'*incitement* come un comportamento che sfocia o possiede il rischio imminente di sfociare in una vera e propria *azione*.

9) In quella che, icasticamente, si è definita “teoria della comunicazione ostile”, l'utilizzo (in versione “rivisitata”) delle categorie di Roman Jakobson, si è visto come gli elementi fondamentali della comunicazione verbale permettano di distinguere i vari elementi che contribuiscono sia alla definizione dell'*hate speech* sia all'indagine relativa proprio alle stesse problematiche definitorie (cfr. *supra*, § 1.6.6).

9.1. In particolare, per ciò che riguarda *mittente e destinatario*, l'*hate speech* può essere concepito come una relazione discorsiva tra due soggetti in cui il primo, non appartenendo ad un determinato gruppo vulnerabile, esprime odio nei confronti del secondo, proprio in virtù dell'appartenenza a quel gruppo vulnerabile. Tanto il mittente quanto il destinatario possono essere sia *individui* sia *gruppi di persone*.

9.2. La questione del *mezzo* dà invece avvio ad una riflessione problematica, quella relativa alla possibilità (o meno) di distinzione tra discorso [*speech*] e azione [*action*]. Essa, infatti, pare sottesa agli *account* tradizionali della libertà d'espressione, in particolare quelli della libertà come non-interferenza, cosicché ciò che rientra nella prima sfera non sarà sanzionabile da parte dello Stato a meno che non sia direttamente ricollegabile, o per la natura dell'atto o per i suoi effetti, alla seconda (il caso in cui *speech shades into action*). Pare cioè rinvenirsi una separazione cartesiana tra il mondo delle idee, della psiche, considerato immateriale, e quello delle azioni e del corpo, considerato materiale. Al contrario, l'ipotesi dell'indagine successiva è che una diversa teoria della libertà d'espressione, facente leva sulla relazione discorsiva tra i soggetti entro un *account* della libertà come non-dominazione, possa costituire terreno fertile sul quale innestare una teoria del discorso performativo attraverso l'utilizzo degli atti linguistici, capace di rifiutare la distinzione tra *speech* e *action* e la separazione cartesiana corpo-mente.

9.3. In merito al *contenuto*, che peraltro è strettamente vincolato anche al *contesto*, si è registrata una prevalenza della logica liberale della neutralità, volta a statuire la legalità delle restrizioni del discorso unicamente quando fondate sulla *modalità* espressiva e non solamente sul *contenuto*, oltre a conferire uno *status* più elevato al discorso *pubblico* piuttosto che a quello *privato*. In realtà, la logica liberale della neutralità pare in contrasto con le definizioni di *hate speech* adottate dall'ICERD e dal Consiglio d'Europa, che invece paiono prestare attenzione proprio al contenuto del messaggio: in questo senso, si è avanzata l'ipotesi che tornare al fondamento della libertà e utilizzare la teoria degli atti linguistici e della performatività potesse consentire di rifiutare il necessario carattere neutrale delle restrizioni, questionando peraltro lo stesso concetto di ‘neutralità’, così come la distinzione tra ciò che è pubblico e ciò che è privato e, di conseguenza, quella sorta di “immunità” del discorso pubblico che pare appunto sottesa agli ordinamenti liberali.

9.4. Da ultimo, la questione degli *effetti* è parsa riproporre l'esito della riflessione sul mezzo e sulla distinzione tra *speech* e *action*: l'ipotesi è quella che, entro una concezione della libertà come non-interferenza, si finisca per sostenere l'intervento statale in caso di *hate speech* solamente quando gli effetti del discorso paiono assimilabili a quelli materiali dell'azione. Nuovamente, sorge il sospetto che la teoria degli atti linguistici e della performatività possa risultare d'aiuto nell'intento di scardinare questa logica.

10) Proprio in virtù delle contrapposizioni e delle ipotesi emerse in sede di analisi del concetto di *hate speech*, si è profilata la necessità, coerentemente con il metodo di analisi dei diritti umani utilizzato, di una riflessione sul *fondamento*, con il sospetto che ripartire dalla questione generale della *libertà* potesse profilare due (o più) percorsi possibili (cfr. *supra*, CAP. 2). Così, si è disegnato un percorso che alla libertà come *non-interferenza* oppone la libertà come *non-dominazione*, a partire dalle intuizioni del neo-repubblicanesimo e, soprattutto, di Philip Pettit (cfr. *supra*, §§ 2.1-2.4). Questa seconda concezione della libertà, come si è visto, presenta inevitabilmente al contempo dimensioni *deontologiche* e *teleologiche* (cfr. *supra*, § 2.4), cosicché essa può essere utilizzata sia come esigenza di fondamento dei diritti umani (dimensione deontologica) sia come scopo collettivo cui la società dovrebbe tendere (dimensione teleologica), in virtù dell'assenza, in seno al pensiero neo-repubblicano, di un conflitto tra i diritti e il bene comune (cfr. *supra*, § 2.8.3). Inoltre, si è visto come la libertà come non-dominazione permette un approccio sia *discorsivo*, applicabile così alla libertà d'espressione nel senso della necessità di tutela delle relazioni «discursive friendly» (con parole di Pettit) e della possibile qualificazione dell'*hate speech* come una situazione in cui si fa un uso «discursive unfriendly» della stessa libertà d'espressione (cfr. *supra*, § 2.5).

11) Tuttavia, presentare la concezione neo-repubblicana della libertà come non-dominazione non è sufficiente a “chiudere la questione” e ad intraprendere la via volta a dare un nuovo fondamento alla libertà d'espressione e all'*hate speech*. Emergono infatti tre questioni particolarmente problematiche: quella dell'applicabilità *in toto* (o meno) della concezione della libertà come non-interferenza al pensiero liberale; quella della (non) univocità di interpretazione e valorizzazione delle diverse dimensioni della libertà in seno al proprio paradigma neo-repubblicano; e quella dell'effettiva utilità della distinzione tra la libertà come non-interferenza e come non-dominazione, ovvero della compatibilità (o meno) tra le due concezioni.

11.1. Così, per ciò che concerne la prima questione, si è tentato di dimostrare come, a partire dalla distinzione di Pettit tra libertà *formale* e *reale* come non-interferenza, alle frange *libertarian* del liberalismo possa associarsi quasi pacificamente la prima (cfr. *supra*, § 2.7.1), mentre al pensiero liberale-egalitario soggiaccia la seconda, attraverso un'indagine approfondita del pensiero di Rawls e Dworkin (cfr. *supra*, § 2.7.2).

11.2. In merito alla seconda, invece, si è mostrato come alcune frange del neo-repubblicanesimo privilegino la dimensione *positiva* della libertà come *self-government* (cfr. *supra*, § 2.8.2), entro quello che si è definito ‘modello *democratico-repubblicano*’. Al contrario, si è ricordata la differenza tra questo e quello di Pettit, che privilegia la concezione della libertà come *non-dominazione*, vera e propria “terza via” tra la libertà negativa e positiva.

11.3. Giungendo alla terza questione, si è tentato inoltre di dimostrare che le concezioni della libertà come non-interferenza e come non-dominazione stiano in relazione piuttosto diversa con il valore dell'*eguaglianza*. Mentre la prima, nella forma della libertà *formale*, è compatibile con approcci strutturalmente anti-egalistari, poiché la libertà dall'interferenza nella relazione *verticale* Stato-individuo è concettualmente compatibile con la massima disuguaglianza nelle relazioni *orizzontali* individuo-individuo, la libertà *reale* come non-interferenza, nel pensiero liberale-egalistario, intrattiene una relazione con l'eguaglianza di tipo inizialmente conflittuale, che occorre riconciliare, cosicché libertà ed eguaglianza si profilano come due concetti teoricamente distinguibili. Al contrario, la libertà come non-dominazione, come si è visto, è concettualmente inseparabile dall'eguaglianza, poiché la massima libertà dalla dominazione coincide con la massima eguaglianza strutturale (cfr. *supra*, § 2.6).

12) Superati questi ostacoli, è stato possibile proporre un'interpretazione del sistema dei diritti umani diversa da quella della concezione liberale-dworkiniana dei diritti come *trumps* e del bilanciamento solo ed esclusivamente tra diritti: si tratta della concezione neo-repubblicana dei diritti, che può essere identificata con l'esigenza di fornire ai diritti un fondamento deontologico radicato nella non-dominazione e uno scopo sociale coincidente con il bene comune; in particolare, nell'identificazione della protezione dei diritti con il bene comune (e viceversa), si rende possibile sostenere la possibilità di bilanciamento tra diritti e scopi sociali e, dunque, tra le dimensioni *deontologica* e *teleologica* dei diritti (cfr. *supra*, § 2.8.3).

13) Sulla base del percorso aperto dall'opposizione tra la libertà come non-interferenza e come non-dominazione, si è proseguito restringendo il campo della ricerca alla specifica *libertà d'espressione* (cfr. *supra*, CAP. 3). Nel fare ciò, si sono analizzate le concezioni tradizionali della libertà d'espressione, liberale-classica, *libertarian* e liberale-egalistaria (cfr. *supra*, § 3.2), e le proposte critiche di tali concezioni, in particolare l'unica elaborata in seno al modello neo-repubblicano: quella della libertà d'espressione come sottesa all'ideale del *self-government* e del discorso pubblico (cfr. *supra*, §§ 3.3.1 e 3.3.2), ciò che ha permesso di registrare, nel dibattito tradizionale sulla libertà d'espressione, l'assenza di una concezione della stessa fondata sulla non-dominazione (cfr. *supra*, § 3.3.3). Inoltre, si è messo in evidenza come l'adozione, entro il modello neo-repubblicano, di un approccio democratico-repubblicano come ad esempio quello di Sunstein rischia, quantomeno nella sfera pubblica, di corroborare la stessa risposta liberale del divieto di proibizione dell'*hate speech*, cosicché si è avanzata l'ipotesi che la libertà dalla dominazione favorisse maggiormente tali scopi.

14) Al fine di fornire un nuovo fondamento teorico alle esigenze di tutela contro l'*hate speech*, si è indagata la centralità del ruolo della teoria degli atti linguistici, che fornisce la "grammatica di base" che permette di comprendere che cosa significhi compiere un atto attraverso l'utilizzo del linguaggio (cfr. *supra*, CAP. 4). Così, nella conclusione di J. L. Austin circa l'impossibilità di distinzione tra *constativo* e *performativo*, poiché tutti gli atti linguistici sono costitutivamente performativi *ex se*, si è ripercorsa la teorizzazione, da parte del filosofo inglese, delle dimensioni *locutoria*, *illocutoria* e *perlocutoria* degli atti linguistici. In particolare, la dimensione *illocutoria* permette di fare leva sulle conseguenze convenzionali e discorsive degli *speech acts*: il contenuto, il significato e la forza di una proposizione costituiscono il compimento di un atto in sé nel momento dell'espressione di un determinato messaggio. Il

momento *perlocutorio*, invece, fa leva sulle conseguenze di tipo materiale dell'atto linguistico, sulla base della relazione materiale di causalità, cosicché permetterà di comprendere gli *speech acts* in relazione ai loro effetti (cfr. *supra*, § 4.1.1).

15) La continuazione del progetto di Austin da parte di Searle ha permesso di comprendere come dalla distinzione tra le tre dimensioni si possa giungere ad una vera e propria *teoria degli atti linguistici*, in cui Searle presta attenzione quasi esclusivamente alla forza illocutoria degli *speech acts*, dimostrando il ruolo che essi compiono nella costruzione della realtà sociale. Rifiutando la distinzione cartesiana tra il mondo della psiche e il mondo materiale, Searle dimostra come sia possibile compiere atti discorsivi che, appunto, finiscano per costruire la realtà circostante, soprattutto dal punto di vista istituzionale (cfr. *supra*, § 4.1.2).

16) In aperta polemica con Austin e Searle, l'analisi di Derrida ha invece richiamato l'attenzione sui caratteri di «iterabilità» e «citazionalità» del performativo (cfr. *supra*, § 4.1.3). In questo senso, Derrida porta la separazione cartesiana tra mente e corpo ad un livello ulteriore, fornendo le basi per la teorizzazione di relazioni discorsive in cui i performativi, oggetto di infinite citazioni di altri performativi passati e in virtù della forza potenziale dei performativi futuri, possano spiegare la questione della non necessaria preesistenza del soggetto discorsivo. Ciò non significa che, ad esempio, lo *speaker* e il *listener* che partecipano ad una relazione discorsiva non esistano materialmente prima di pronunciare gli atti linguistici che veicolano il significato della conversazione; piuttosto, la non necessaria preesistenza del soggetto discorsivo è da identificarsi proprio nella forza dell'illocutorio, che permette a chi utilizza determinati *speech acts* di costruire, definire, rimodellare e assegnare un'identità performativa all'oggetto del discorso. Ciò, evidentemente, se applicato all'*hate speech* può portare a sostenere, coerentemente con la teoria della costruzione della realtà sociale, che le vittime del discorso d'odio siano l'oggetto di una costante ripetizione citazionale di messaggi odiosi che performativamente costituiscono le vittime nella loro posizione di subordinazione (cfr. *supra*, § 4.1.4).

17) Se interpretata attraverso le lenti della non-dominazione discorsiva, la teoria degli atti linguistici si comprende come una teoria di come la forza illocutoria sia suscettibile di creare relazioni «discursive unfriendly» di dominazione. Inoltre, la natura iterabile e citazionale del performativo permette parimenti di comprendere come tali relazioni, dal livello individuale, giungano a spiegare effetti anche (e soprattutto) a livello sociale (nelle forme della «social iterability»).

18) Il «*linguistic turn*», costituito da una svolta all'interno della filosofia del linguaggio che porta all'elaborazione della teoria degli atti linguistici, si è rivelato uno strumento particolarmente utile nell'analisi dell'*hate speech*, poiché esso può essere traslato dalla filosofia analitica del linguaggio alle scienze sociali e, in particolare, alla filosofia politica e giuridica, al fine di comprendere gli effetti delle pratiche sociali discorsive nei termini della performatività (il cosiddetto «*performative turn*»; cfr. *supra*, 4.2). In questo senso, la teoria della performatività costituisce il prodotto dell'applicazione della teoria degli atti linguistici a questioni specificamente riguardanti temi politico-giuridici, come appunto l'*hate speech*. Essa, in particolare, nel caso del discorso d'odio si caratterizza come l'esito di distinte relazioni possibili tra i concetti di 'potere', 'violenza' e 'linguaggio' (cfr. *supra*, § 4.2.1): così, interpretando il potere in senso weberiano, la violenza come esterna al linguaggio e il linguaggio stesso come volto

all'intesa comunicativa, si otterrà la concezione liberale; assegnando al 'potere' un significato marxista e teorizzando il linguaggio (e le pratiche discorsive) come sovrastruttura, si otterrà la concezione marxista della relazione tra i tre termini; infine, interpretando il 'potere' in senso foucaultiano in termini strutturali e biopolitici, la violenza come intrinseca al linguaggio, in quanto quest'ultimo è suscettibile di utilizzi non volti alla comprensione reciproca bensì conflittivi e, soprattutto, produttivi della realtà sociale, si comprende la relazione post-strutturalista tra i tre termini in esame.

19) L'analisi di tali modelli di relazione corre il rischio di risultare una mera elucubrazione teorica se non si mettono in evidenza le conseguenze degli stessi sulla teoria della performatività e sulla possibilità di utilizzo della stessa nei termini di una chiave di lettura per comprendere l'analisi di alcuni autori sul performativo. Così, ricollegando la questione ai livelli *illocutorio* e *perlocutorio* (cfr. *supra*, § 4.2.2), si può affermare che la concezione liberale della relazione tra 'potere', 'violenza' e 'linguaggio' finisce, così come nella riflessione di Habermas (cfr. *supra*, § 4.2.3), per causare un'*esclusione idealistica* dal discorso pubblico degli usi *perlocutori* del linguaggio. Dal canto suo, invece, la concezione marxista della relazione si rinviene nell'analisi della performatività portata a termine da Langton (cfr. *supra*, § 4.2.4), che fornisce le basi per un trattamento *illocutorio* dell'*hate speech*. Infine, la concezione foucaultiana e post-strutturalista è rinvenibile in Butler (cfr. *supra*, § 4.2.5), che getta le basi per una teoria *perlocutoria* del discorso d'odio.

20) Una lettura integrata della prevalenza della dimensione *illocutoria* in Langton, che vede l'*hate speech* come mezzo di produzione di una realtà sociale di subordinazione delle sue vittime, oltre che una questione di conflitto sia tra i valori di libertà ed eguaglianza sia interno alla stessa libertà (la libertà d'espressione dello *speaker* e la «*freedom of illocutionary acts*» delle sue vittime), e della prevalenza della dimensione *perlocutoria* in Butler, che invece pare concentrarsi maggiormente sulla fallibilità degli effetti negativi dell'*hate speech*, permette di evidenziare la necessità di tenere insieme le due "anime" della performatività (come d'altro canto la stessa Langton pare suggerire), al fine di restituire la complessità dell'utilizzo della teoria negli approcci contemporanei all'*hate speech*.

21) Con particolare riferimento alle tesi di Butler, si è visto come la performatività nel senso della creazione della realtà sociale di subordinazione delle vittime sia necessariamente duale: si componga, cioè, di una dimensione che si è definita *di input*, che guarda alla costituzione *illocutoria* della relazione di subordinazione delle vittime di *hate speech* da parte dei suoi perpetratori, e di una dimensione che si è definita *di output*, che interpreta la performatività nei termini della possibilità di fallimento *perlocutorio* del discorso d'odio e del conseguente ruolo attivo delle vittime nella *performance* volta a contrastare quella stessa produzione *illocutoria*, così contribuendo all'elaborazione di una risposta individualista che rifiuta l'interventismo statale contro l'*hate speech*. In questo panorama complesso e complicato, la necessità, da un lato, di tenere insieme le dimensioni *illocutoria* e *perlocutoria* e, dall'altro, di valorizzare maggiormente la prima, sulla base delle relazioni strutturali di potere tra individui appartenenti a gruppi socialmente dominanti e dominati, si è mostrato come la dimensione *di input* si presti maggiormente a fornire un *account* della performatività dell'*hate speech*. Così, ripercorrendo l'analisi di Butler e i riferimenti filosofici che ella utilizza per costruire la sua teoria, si è tentato di

andare “*con* Butler, *contro* Butler”, utilizzando il medesimo approccio alla performatività di *input* per sostenere una risposta politica diversa, volta a richiedere l’intervento statale a tutela delle vittime del discorso d’odio.

22) Questo percorso ha permesso di teorizzare due diversi modelli di performatività, se applicati all’*hate speech* (cfr. *supra*, CAP. 5):

22.1. liberale-perlocutorio, fondato sulla libertà come non-interferenza;

22.2. neo-repubblicano-illocutorio, fondato sulla libertà come non-dominazione.

22.1.1 Il modello liberale, a sua volta, comprende un approccio *libertarian* (cfr. *supra*, § 5.2.1), che interpreta la relazione tra *speech* e *action* in senso oppositivo, teorizza una libertà formale come non-interferenza e rifiuta la performatività del discorso d’odio, rendendosi compatibile con approcci quasi esclusivamente «opposizionisti» alla regolazione dell’*hate speech*.

22.1.2 L’approccio liberale del bilanciamento (cfr. *supra*, § 5.2.2), invece, permette di concepire una relazione non oppositiva tra *speech* e *action*: pur mantenendo la distinzione, esso accetta che in taluni casi dal discorso si possa passare all’azione (*when speech shades into action*), cosicché nel conflitto tra la libertà d’espressione e le questioni di eguaglianza e libertà dalla discriminazione sottese all’*hate speech* si potrà far prevalere le seconde solamente quanto, appunto, dal discorso si passi all’azione, ovvero quando sia possibile instaurare una relazione di similitudine tra gli effetti perlocutori del discorso e quelli fondati sulla causalità materiale. A ben vedere, ciò deriva dall’accettazione del principio del danno (*harm principle*), fondato su una libertà reale come non-interferenza, in cui lo Stato può intervenire a sanzionare le condotte individuali esclusivamente quando esse arrechino un danno ad altri soggetti, concepibile anche, nel modello *rights-based*, come un “danno ai diritti”. In questo senso, dunque, si è reso necessario ripercorrere la teorizzazione dell’*harm principle* in J. S. Mill e, soprattutto, in Feinberg (cfr. *supra*, § 5.2.3): ciò, infatti, ha permesso di dimostrare che il principio del danno, sotteso alle logiche liberali della questione dell’intervento statale, si fonda su una distinzione tra *speech* e *action*, finendo per avallare la divisione tra il momento *illocutorio* e il momento *perlocutorio*, separando la condotta discorsiva dai suoi (eventuali) effetti simil-materiali.

23) Quello che si è definito modello neo-repubblicano della performatività (cfr. *supra*, § 5.2.4), invece, costituisce un tentativo di tenere insieme la dimensione *illocutoria* e quella *perlocutoria*, a partire da una concezione della libertà come non-dominazione. Entro questo modello, la teorizzazione della relazione tra le figure della *dominazione* e dell’*oppressione* in Iris Marion Young ha permesso di comprendere la possibilità di rifiutare la distinzione tra *speech* e *action* sulla base dell’esigenza di limitazione del potere performativo-illocutorio delle condotte dominanti ed oppressive nei confronti dei gruppi vulnerabili. Così, la categoria della *dominazione* permette di concepire i comportamenti *intenzionali* di *hate speech*, pur analizzati in maniera strutturale come fondati su un vero e proprio potere sociale performativo, avallando la possibilità della sanzione giuridica anche penale, nei casi più estremi; la categoria dell’*oppressione*, invece, consente di dar conto dei comportamenti *intenzionali* che tuttavia contribuiscono in maniera *non intenzionale* alla produzione illocutoria dei *target* dell’*hate speech*, fornendo le basi per la richiesta di intervento statale attraverso strumenti come sanzioni civili ed amministrative ma, soprattutto, di natura educativa e di impegno nel supporto al *counterspeech*

delle vittime stesse, attraverso l'intervento nel "libero mercato delle idee" in vista di una sua correzione, grazie alla promozione di messaggi positivi volti a scardinare la logica di subordinazione dei gruppi vulnerabili.

24) Le "due teorie della performatività" così delineate vengono a costituire il nucleo centrale del lavoro, nei termini dell'esito di un lungo percorso di ricerca teorico che permette di dar conto di un approccio maggioritario, invalso nella dottrina e nella giurisprudenza influenzate dalla concezione liberale dominante, e di un approccio minoritario, che svela l'apertura di talune frange del dibattito teorico e della stessa giurisprudenza alla necessità di tutela dalla produzione performativo-illocutoria delle identità delle vittime di *hate speech*. In particolare, questa seconda prospettiva costituisce, all'esito del lavoro, una vera e propria proposta normativa sul ripensamento del ruolo dello Stato nella tutela della libertà contro il discorso d'odio. Il prodotto di questa riflessione, che si concentra appunto nelle conclusioni che si traggono in sede di analisi delle due teorie della performatività (costituito, appunto, dal CAP. 5), come si è visto, può essere utilizzato come strumento critico di interpretazione sia dottrinale sia giurisprudenziale, cui sono volte le successive parti del lavoro (cfr. *supra*, CAP. 6 e CAP. 7).

25) In particolare, nella parte relativa all'analisi del dibattito (cfr. *supra*, CAP. 6), si è inteso dimostrare come il modello della performatività costituisca una chiave di lettura che può aggiungersi alla tradizionale strutturazione e catalogazione teorica svolta da altri autori circa le posizioni emerse in dottrina sul trattamento dell'*hate speech*. Infatti, si è messo in luce come la questione della relazione tra *speech* e *action* e i diversi approcci performativi soggiacciano (esplicitamente o implicitamente, intenzionalmente o meno) alla riflessione di tutti gli autori, cosicché se ne possono reinterpretare le proposte proprio alla luce della teoria della performatività. Di conseguenza, si sono individuati tre distinti approcci:

25.1. quello *illocutorio-proibizionista*, volto ad argomentare per la restrizione dell'*hate speech* sulla base della performatività intesa in senso illocutorio, che rifiuta la distinzione tra *speech* e *action* e fonda la propria riflessione su basi maggiormente comprensibili entro un *account* della libertà informato alla non-dominazione;

25.2. quello *perlocutorio-proibizionista*, che sostiene la necessità di restrizione del discorso d'odio in casi circoscritti, ovvero quando *speech shades into action*, quando, cioè, sia possibile un'analisi perlocutoria degli effetti simil-materiali dell'*hate speech*, il quale accetta il compromesso con i principi degli Stati liberal-democratici e di conseguenza confina le possibilità di intervento statale al principio del danno;

25.3. quello *perlocutorio-opposizionista*, che costituisce l'insieme di posizioni anche molto diverse tra loro (*libertarian*, liberali-egalarie, democratico-repubblicane) che hanno in comune una risposta che si oppone alla regolazione statale o attraverso l'esclusione idealistica del momento perlocutorio dell'*hate speech* (che dunque rende impossibile l'intervento) oppure sulla base della negazione della gravità degli effetti perlocutori dell'*hate speech* interpretabili alla luce del principio del danno: ad entrambe le strategie, come si è tentato di dimostrare, è sottesa una – a volte maggiormente esplicita, a volte "nascosta" dietro affermazioni implicitamente fondate su di essa – distinzione tra *speech* e *action* e, quindi, tra la dimensione *illocutoria* e quella *perlocutoria*.

26) Da ultimo, la teoria della performatività è utilizzabile come chiave di lettura anche di due diversi modelli di trattamento giurisprudenziale dell'*hate speech*: quello fatto proprio dalla Corte Suprema degli Stati Uniti (cfr. *supra*, §§ 7.2, 7.3) e quello adottato dalla Corte Europea dei Diritti Umani (cfr. *supra*, §§ 7.4, 7.5). In particolare, se alla prima è ascrivibile un modello *perlocutorio* di *hate speech* fondato su una concezione della libertà come non-interferenza, che interviene a sanzionare il discorso d'odio solamente nei casi remoti in cui da esso scaturisca un incitamento all'azione da cui derivi il pericolo imminente della verifica di atti di violenza, la seconda pare oscillare tra un trattamento *perlocutorio* sulla base della non-interferenza (nei casi, come si è visto, in cui si procede *ex art.* 10.2 CEDU) e un trattamento *illocutorio* maggiormente comprensibile entro un *account* della non-dominazione (nei casi in cui si procede *ex art.* 17 CEDU).

27) Tuttavia, in quest'ultimo caso, si è visto come la questione problematica sia da individuarsi nel fatto che l'intervento statale pare (salvo qualche rara eccezione) essere concepito sempre esclusivamente nei termini di un intervento sanzionatorio, magari attraverso l'irrogazione di misure penali. Al contrario, entro la teoria della libertà dalla dominazione e performatività illocutoria, che costituisce il nucleo centrale della vera e propria proposta normativa che si è inteso elaborare in questa sede, occorrerebbe concentrarsi sull'obbligo positivo di intervento statale attraverso altri strumenti rispetto a quello sanzionatorio-penale, supportando misure educative e di promozione di messaggi che impediscano l'iscrizione identitaria nei confronti dei gruppi vulnerabili vittime di relazioni strutturali di dominazione.

Conclusiones

Como se ha venido explicando, la reflexión sobre *hate speech* a través del método de análisis filosófico-jurídico y la adopción de un enfoque basado en derechos pone en cuestión diversos temas, a veces incluso contradictorios, pero necesarios en el esfuerzo de tomar en cuenta la complejidad de la cuestión.

1) En primer lugar, el *hate speech* es una cuestión que, incluso antes del análisis filosófico sobre el fundamento, necesita de una definición conceptual (se trata del momento del análisis del *concepto* en relación con los derechos humanos; véase *supra*, CAP. 1) que, de por sí, ya es complicada, dado que es el resultado del solapamiento de numerosas fuentes a varios niveles. Para no extender excesivamente el campo, se ha decidido excluir las definiciones proporcionadas por los ordenamientos nacionales²⁷³⁵, centrándose en las que han surgido en el derecho internacional de los derechos humanos, con especial referencia al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR; véase *supra*, § 1.2.3) y a la Convención Internacional sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación Racial (ICERD; véase *supra*, § 1.2.4). En relación con los sistemas regionales de protección de derechos humanos, se ha tomado en consideración el trato del discurso del odio en el Consejo de Europa (véase *supra*, § 1.3), en la Unión Europea (véase *supra*, § 1.4) y en la Organización de los Estados Americanos (véase *supra*, § 1.5). Ya sólo con este análisis, resulta evidente que decir ‘*hate speech*’ es hacer referencia a una constelación de definiciones diferentes, más o menos amplias, y a veces parcialmente contradictorias entre sí.

2) En ámbito internacional, por ejemplo, el ICCPR adopta una definición más restringida, que requiere la intervención estatal sancionadora contra conductas de promoción del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitación a la discriminación, a la hostilidad y a la violencia. Es evidente, por un lado, la restricción de la categoría, según la cual, por ejemplo, no será *hate speech* el discurso homófobo o el discurso *ableist*.

3) En lo que respecta al ICERD, en cambio, por un lado, la Convención limita aún más las “categorías protegidas”, restringiendo la definición a los casos de la raza, el color de la piel y el origen étnico; por otro lado, sin embargo, extiende los comportamientos prohibidos no sólo a casos de incitación, sino también a los de “mera” difusión de ideas racistas y a los actos de propaganda racista por parte de organizaciones.

4) En ámbito europeo, con particular referencia al Consejo de Europa, se encuentra una definición de *hate speech* evidentemente más amplia, que comprende todas las formas de expresión que difunden, incitan, promueven o justifican el odio racial, la xenofobia, el antisemi-

²⁷³⁵ Para un análisis detallado, desde la perspectiva de la comparación, del trato del *hate speech* en algunos ordenamientos de la comunidad internacional como Estados Unidos, Argentina, Hungría, Israel, Alemania, Italia, Francia, Bélgica, Reino Unido, Turquía, Colombia, México, Brasil, Chile, Canadá, República del Sudáfrica, Namibia, Australia y España, véase el ya citado I. SPIGNO, *Discorsi d’odio. Modelli costituzionali a confronto*, Giuffrè, Milano, 2018. Para las referencias a los ordenamientos italiano y español, véanse respectivamente le pp. 182-213 y 442-462.

tismo y todas las formas de intolerancia, así como otras formas de odio fundadas en la discriminación y la hostilidad contra grupos vulnerables específicos, debiendo incluirse la discapacidad, la orientación sexual o la identidad de género y toda otra condición.

5) Por el contrario, la tendencia americana es mucho más reductiva, pues la definición de *hate speech* se conecta con la necesaria incitación a la violencia ilegal. Sin embargo, se registra una ampliación de las categorías protegidas, adoptando la expresión «cualquier grupo de personas». No obstante, cabe señalar que, en los Estados Unidos, que además expresaron una reserva al artículo 20 del ICCPR y al artículo 4 de la ICERD, constituye discurso del odio sólo el comportamiento de incitación efectiva (y *no* la incitación potencial) y sólo a la violencia (y *no* también a discriminación y hostilidad).

6) Debido a la ausencia de una definición universalmente aceptada de discurso del odio (véase § 1.6.1), la cuestión del análisis de la definición de ‘odio’ (véase *supra*, § 1.6.2) resulta fundamental, y revela una serie de desacuerdos a nivel doctrinal. En primer lugar, el odio incluye las motivaciones que subyacen a determinados comportamientos expresivos, que en la *Allport’s Scale of Prejudice and Discrimination* son indicados como «antilocution» y «verbal rejection», además de otros actos materiales como la «avoidance», la discriminación, y verdaderos actos violentos como el «physical attack» y la exterminación. De la misma manera, a través de lo que se ha llamado «iceberg del odio», así como la «Pirámide del odio», es posible distinguir los estereotipos, los prejuicios, la discriminación y la violencia física y verbal.

7) Como resultado de este análisis, se puede definir el odio como un sentimiento de aversión que niega la humanidad del otro y su estatus de titular de derechos humanos, hasta el punto de confinarlo en una categoría (en el lenguaje que aquí se ha utilizado: un grupo vulnerable) que se convierte en objeto de inferiorización. Utilizando la definición de G. A. Kaufman, el odio que subyace al *hate speech* es un «*odium dictum*», un comportamiento expresivo de aquel sentimiento de aversión. Por lo tanto, la definición de odio es común a la que subyace a los *hate crimes*: desde el punto de vista jurídico, la calificación procede del mismo *bias-motive* subyacente al comportamiento. No obstante, es posible imaginar gráficamente la relación entre libertad de expresión, *hate speech* y *hate crimes* como tres círculos que se intersectan: el primero representa el ámbito de la libre expresión, de lo que “se puede decir”; la intersección entre éste y el segundo constituye el límite de la libertad de expresión, es decir, el *hate speech*; la intersección entre el segundo y el tercero hace referencia al *hate speech* sancionable a nivel penal y, por lo tanto, calificable como *hate crime* (véase *supra*, § 1.6.3). Por consiguiente, cabe subrayar, contrariamente a la tendencia a la reducción que se ha encontrado en la doctrina y en la jurisprudencia, que del discurso del odio no forman parte solo los *crímenes de incitación al odio, a la discriminación y a la violencia*: al contrario, se trata de una categoría más amplia, que incluye conductas como la “mera” difusión de ideas (por ejemplo, de ideas racistas) y los estereotipos negativos. La diferencia se encuentra en el hecho de que dichos comportamientos no se incluyen entre los que los Estados liberal-democráticos pueden sancionar penalmente. Sin embargo, la ausencia de la sanción penal no ha de constituir un límite gnoseológico a la definición de *hate speech*: además de la posibilidad de adoptar sanciones diferentes (civiles o administrativas), se puede imaginar, por ejemplo, la necesidad de intervención estatal de tipo educativo.

8) Para los propósitos de la definición, los *Camden Principles on Freedom of Expression and Equality*, en particular, permiten distinguir entre los comportamientos de *advocacy* y los de *incitement*: mientras que en aquellos se hace referencia a la promoción pública del odio hacia el grupo *target*, en éstos es necesario que dicho comportamiento tenga por efecto un riesgo inminente de discriminación, hostilidad o violencia (véase *supra*, § 1.6.4). Así pues, parece perfilarse la posibilidad de distinguir entre la *advocacy* como un comportamiento “meramente” *expresivo-discursivo*, por mucho que sea dirigido a la promoción del odio, y el *incitement* como un comportamiento que desemboca o posee el riesgo inminente de desembocar en una verdadera *acción*.

9) En la que, de manera icástica, se ha definido como “teoría de la comunicación hostil” (la utilización –en versión “revisada”– de las categorías de Roman Jakobson), se ha puesto de relieve cómo los elementos fundamentales de la comunicación verbal permiten distinguir los varios elementos que contribuyen tanto a la definición del *hate speech* como a la investigación de las problemáticas definitorias (*supra*, § 1.6.6).

9.1. En particular, por lo que respecta al *emisor* y al *receptor*, el *hate speech* puede plantearse como una relación discursiva entre dos sujetos en la que el primero, sin pertenecer a un determinado grupo vulnerable, expresa odio hacia el segundo, precisamente por su pertenencia a dicho grupo vulnerable. Tanto el emisor como el receptor pueden ser bien *individuos* o *grupos de personas*.

9.2. La cuestión del *medio*, en cambio, pone en marcha una reflexión problemática, la que se refiere a la posibilidad (o imposibilidad) de distinguir entre discurso [*speech*] y acción [*action*]. Se trata de algo que parece subyacer a los *account* tradicionales de la libertad de expresión, en particular los de la libertad como no-interferencia, de manera que lo que cabe dentro de la primera esfera (el discurso) no podrá ser sancionado por el Estado, a no ser que no esté directamente relacionado, o bien por la naturaleza del acto o bien por sus efectos, con la segunda (la acción; es el caso en el que *speech shades into action*). Es decir, parece perfilarse una separación cartesiana entre el mundo de las ideas, de la psique, considerado inmaterial, y el de las acciones y del cuerpo, considerado material. Al contrario, la hipótesis de la investigación es que una teoría distinta sobre la libertad de expresión, que se base en la relación discursiva entre los sujetos en el marco de un *account* de la libertad como no-dominación, pueda ser un buen terreno para plantear una teoría del discurso performativo a través de la utilización de los actos de habla, que lleve a rechazar la distinción entre *speech* y *action* y, en última instancia, la separación cartesiana cuerpo-mente.

9.3. Por lo que se refiere al *contenido*, que también se vincula con el *contexto*, se registra una prevalencia de la lógica liberal de la neutralidad, que tiende a pronunciarse por la legalidad de las restricciones del discurso sólo cuando ellas se fundan en la *modalidad* expresiva y no sólo en el *contenido*, además de atribuir un estatus más elevado al discurso *público* que al discurso *privado*. En realidad, la lógica liberal de la neutralidad parece oponerse a las definiciones de *hate speech* adoptadas por la ICERD y el Consejo de Europa, que al contrario parecen prestar atención directa al contenido del mensaje: en este sentido, se ha introducido la hipótesis de que volver al fundamento de la libertad y utilizar la teoría de los actos de habla y de la

performatividad pueda permitir rechazar el necesario carácter neutral de las restricciones, cuestionando además el propio concepto de ‘neutralidad’, así como la distinción entre lo que es público y lo que es privado y, por consiguiente, esa especie de “inmunidad” del discurso público que parece subyacer a los ordenamientos liberales.

9.4. Por último, la cuestión de los *efectos* parece volver a proponer la reflexión sobre el medio y la distinción entre *speech* y *action*: la hipótesis es que, en el marco de una concepción de la libertad como no-interferencia, se acabe manteniendo la necesidad de intervención estatal en el caso de *hate speech* sólo cuando los efectos del discurso se parezcan a los efectos materiales de la acción. De nuevo, asoma la sospecha de que quizás la teoría de los actos de habla y de la performatividad pueda resultar útil a la hora de intentar socavar dicha lógica.

10) Precisamente a partir de las contraposiciones y las hipótesis surgidas en el análisis del concepto de *hate speech*, se perfila la necesidad, coherente con el método de análisis de los derechos humanos utilizado, de una reflexión sobre el *fundamento*, con la sospecha de que volver a la cuestión general de la *libertad* pueda plantear dos (o más) caminos posibles (*supra*, CAP. 2). Así pues, se ha intentado esbozar un camino que a la libertad como *no-interferencia* opone la libertad como *no-dominación*, a partir de las intuiciones del neo-republicanismo y, sobre todo, de Philip Pettit (*supra*, §§ 2.1-2.4). Esta segunda concepción de la libertad, como se ha puesto de relieve, conlleva al mismo tiempo dimensiones *deontológicas* y *teleológicas* (véase *supra*, § 2.4), de ahí que se pueda utilizar tanto como exigencia de fundamento de los derechos humanos (dimensión deontológica) como objetivo colectivo hacia el que la sociedad en su conjunto debiera avanzar (dimensión teleológica), en virtud de la ausencia, en el pensamiento neo-republicano, de un conflicto entre derechos y bien común (*supra*, § 2.8.3). Además, se ha puesto de relieve el modo en el que la libertad como no-dominación permite un enfoque tanto *discursivo*, que se puede aplicar a la libertad de expresión en el sentido de la necesidad de protección de relaciones «discursive friendly» (con palabras de Pettit), como de la posible calificación del *hate speech* como una situación en la que se utiliza la propia libertad de expresión de manera «discursive unfriendly» (véase *supra*, § 2.5).

11) Sin embargo, presentar la concepción neo-republicana de la libertad como no-dominación no es suficiente para “cerrar la cuestión” y emprender el camino dirigido a dar nuevo fundamento a la libertad de expresión y al *hate speech*. De hecho, surgen tres cuestiones especialmente problemáticas: la de la aplicabilidad *in toto* (o no) de la concepción de la libertad como no-interferencia al pensamiento liberal; la de la (no) univocidad de interpretación y valoración de las varias dimensiones de la libertad en el propio paradigma neo-republicano; y la de la efectiva utilidad de la distinción entre la libertad como no-interferencia y como no-dominación, es decir, de la compatibilidad (o no) entre las dos concepciones.

11.1. Así, en lo relativo a la primera cuestión, se ha intentado demostrar cómo, a partir de la distinción de Pettit entre libertad *formal* y *real* como no-interferencia, a las corrientes *libertarian* del liberalismo pueda asociarse de manera casi absoluta la libertad formal (*supra*, § 2.7.1), mientras que al pensamiento liberal-igualitario ha de asociarse la segunda, a través de una investigación del pensamiento de Rawls y Dworkin (véase *supra*, § 2.7.2).

11.2. En relación con la segunda cuestión, en cambio, se ha mostrado cómo algunas corrientes del neo-republicanismo acaban privilegiando la dimensión *positiva* de la libertad

como *self-government* (véase *supra*, § 2.8.2), en el marco de lo que se ha definido ‘modelo democrático-republicano’. Al contrario, se ha recordado la diferencia entre éste y el de Pettit, que privilegia la concepción de la libertad como *no-dominación*, verdadera “tercera vía” entre la libertad negativa y positiva.

11.3. Con respecto a la tercera cuestión, se ha intentado además demostrar que entre las concepciones de la libertad como no-interferencia y no-dominación y el valor de la *igualdad* hay una relación bastante diferente. Mientras que la libertad como no-interferencia *formal* es compatible con enfoques estructuralmente anti-igualitarios, dado que la libertad de la interferencia en la relación *vertical* Estado-individuo es conceptualmente compatible con la máxima desigualdad en las relaciones *horizontales* individuo-individuo, en la libertad *real* como no-interferencia, en el pensamiento liberal-igualitario, hay una relación conflictiva con la igualdad, que hay que reconciliar, para que libertad e igualdad se perfilen como dos conceptos teóricamente distinguibles. Al contrario, la libertad como no-dominación, como se ha puesto de manifiesto, es conceptualmente inseparable de la igualdad, ya que la máxima libertad de la dominación coincide con la máxima igualdad estructural (véase *supra*, § 2.6).

12) Una vez superados estos obstáculos, se ha podido proponer una interpretación del sistema de los derechos humanos distinta de la concepción liberal-dworkiniana de los derechos como *trumps* y de la necesidad de balancear sólo los derechos: se trata de la concepción neo-republicana de los derechos, que puede identificarse con la necesidad de proporcionar a los derechos un fundamento deontológico radicado en la no-dominación y un objetivo social que coincide con el bien común; en particular, en la identificación de la protección de los derechos con el bien común (y viceversa), se puede de este modo mantener la posibilidad de balancear los derechos con los objetivos sociales y, así, las dimensiones *deontológica* y *teleológica* de los derechos (véase *supra*, § 2.8.3).

13) A partir del camino abierto por la oposición entre libertad como no-interferencia y no-dominación, se sigue restringiendo el campo de la investigación a la específica *libertad de expresión* (*supra*, CAP. 3). Aquí, se han analizado las concepciones tradicionales de la libertad de expresión, liberal-clásica, *libertarian* y liberal-igualitaria (véase *supra*, § 3.2), y las propuestas críticas de dichas concepciones, en particular la única que se ha elaborado en el marco del modelo neo-republicano: la de la libertad de expresión relacionada con el ideal del *self-government* y del discurso público (véase *supra*, §§ 3.3.1 e 3.3.2), lo que ha permitido subrayar, en el debate tradicional sobre libertad de expresión, la ausencia de una concepción fundada en la no-dominación (véase *supra*, § 3.3.3). Además, se ha puesto de relieve cómo la adopción, en el marco del modelo neo-republicano, de un enfoque democrático-republicano como el de Sunstein, corre el riesgo, al menos en la esfera pública, de acabar respaldando la propuesta liberal contraria a la prohibición del *hate speech*: de ahí que se plantee la hipótesis de que la libertad como no-dominación es más útil a la hora de mantener la necesidad de intervención estatal.

14) Con el propósito de encontrar un nuevo fundamento teórico a las exigencias de protección contra el *hate speech*, se ha investigado la importancia de la teoría de los actos de habla, que proporciona la “gramática fundamental” gracias a la que es posible comprender qué significa realizar un acto a través del lenguaje (véase *supra*, CAP. 4). Así, en las conclusiones

de J. L. Austin sobre la imposibilidad de distinguir entre *constativo* y *performativo*, debido a que todos los actos de habla son constitutivamente performativos *ex se*, se ha analizado la teoría del filósofo inglés sobre las dimensiones *locutoria*, *ilocutoria* y *perlocutoria* de los actos de habla. En particular, la dimensión *ilocutoria* permite hacer hincapié en las consecuencias convencionales y discursivas de los *speech acts*: el contenido, el significado y la fuerza de una proposición constituyen la realización de un acto en sí, en el momento de la expresión de un determinado mensaje. El momento *perlocutorio*, en cambio, hace hincapié en las consecuencias de tipo material del acto de habla, en base a la relación material de causalidad, lo que permite tratar los *speech acts* en relación con sus efectos (véase *supra*, § 4.1.1).

15) La continuación del proyecto de Austin por parte de Searle ha permitido entender cómo desde la distinción entre las tres dimensiones se puede llegar a una verdadera *teoría de los actos de habla*, en la que Searle se centra casi de manera exclusiva en la fuerza ilocutoria de los *speech acts*, demostrando su rol en la construcción de la realidad social. A través del rechazo a la distinción cartesiana entre el mundo de la psique y el mundo material, Searle demuestra también cómo es posible realizar actos discursivos que construyen la realidad circundante, sobre todo desde el punto de vista institucional (véase *supra*, § 4.1.2).

16) El análisis de Derrida, desafiante respecto a Austin e Searle, ha llamado la atención sobre los caracteres de «*iterability*» y «*citationality*» de lo performativo (véase *supra*, § 4.1.3). En este sentido, Derrida lleva la separación cartesiana entre mente y cuerpo a un nivel ulterior, proporcionando las bases para la teorización de relaciones discursivas en las que los performativos, objeto de infinitas citas de otros muchos performativos pasados y en virtud de la fuerza potencial de los performativos futuros, pueden explicar la cuestión de la no necesaria preexistencia del sujeto discursivo. Ello no significa, por ejemplo, que el *speaker* y el *listener* que participan en una relación discursiva no existan materialmente antes de pronunciar los actos de habla que vehiculan el significado de la conversación; más bien, la no necesaria preexistencia del sujeto discursivo ha de identificarse con la fuerza del ilocutorio, que permite a quien utiliza determinados *speech acts* construir, definir, remodelar y atribuir una identidad performativa al objeto del discurso. Ello, evidentemente, si se aplica al *hate speech*, puede llevar a mantener, coherentemente con la teoría de la construcción de la realidad social, que las víctimas del discurso del odio son el objeto de una constante repetición *citational* de mensajes odiosos que performativamente constituyen a las víctimas en su posición de subordinación (véase *supra*, § 4.1.4).

17) Si se interpreta a través de las lentes de la no-dominación discursiva, la teoría de los actos de habla se entiende como una teoría sobre cómo la fuerza ilocutoria pueda crear relaciones «discursive unfriendly» de dominación. Además, la naturaleza iterable y *citational* del performativo permite de la misma manera entender cómo dichas relaciones, inicialmente en el nivel individual, puedan tener efectos también (e incluso, sobre todo) a nivel social (en las formas de la «social iterability»).

18) El «*linguistic turn*», constituido por un cambio en la filosofía del lenguaje que lleva a la elaboración de la teoría de los actos de habla, ha demostrado ser una herramienta especialmente útil en el análisis del *hate speech*, ya que puede trasladarse de la filosofía analítica del

lenguaje a las ciencias sociales y, en particular, a la filosofía política y jurídica, para comprender los efectos de las prácticas sociales discursivas en términos performativos (el llamado «*performative turn*»; véase *supra*, 4.2). En este sentido, la teoría de la performatividad constituye el éxito de la aplicación de la teoría de los actos de habla a cuestiones específicamente relacionadas con temas político-jurídicos, como el *hate speech*. Dicha teoría, en particular, en el caso del discurso del odio constituye el resultado de distintas relaciones posibles entre los conceptos de ‘poder’, ‘violencia’ y ‘lenguaje’ (véase *supra*, § 4.2.1): así, interpretando el poder en sentido weberiano, la violencia como externa al lenguaje y el propio lenguaje como dirigido al entendimiento comunicativo, se obtiene la concepción liberal; atribuyendo al ‘poder’ un significado marxista y teorizando el lenguaje (y las prácticas discursivas) como sobre-estructura, se obtiene la concepción marxista de la relación entre los tres términos; por último, interpretando el ‘poder’ en sentido foucaultiano, en términos estructurales y biopolíticos, la violencia como intrínseca al lenguaje, ya que éste puede ser utilizado no para el entendimiento mutuo sino de manera conflictual y, sobre todo, productiva de la realidad social, se comprende la relación pos-estructuralista entre los tres términos.

19) El análisis de dichos modelos de relación corre el riesgo de resultar una mera elucubración teórica si no se ponen de relieve sus consecuencias sobre la teoría de la performatividad y sobre la posibilidad de su utilización como herramienta para comprender el análisis de algunos autores sobre el performativo. Así, conectando la cuestión con los niveles *ilocutorio* y *perlocutorio* (véase *supra*, § 4.2.2), se puede afirmar que la concepción liberal de la relación entre ‘poder’, ‘violencia’ y ‘lenguaje’, así como en la reflexión de Habermas (*supra*, § 4.2.3), acaba generando una *exclusión idealista* de los usos *perlocutorios* de lenguaje del discurso público. Por otro lado, la concepción marxista de la relación se encuentra en el análisis de la performatividad de Langton (véase *supra*, § 4.2.4), que proporciona las bases para un trato *ilocutorio* del *hate speech*. Finalmente, la concepción foucaultiana y pos-estructuralista se encuentra en Butler (*supra*, § 4.2.5), a cuya reflexión subyace una teoría *perlocutoria* del discurso de odio.

20) Una lectura conjunta de la prevalencia de la dimensión *ilocutoria* en Langton, que ve en el *hate speech* un medio de producción de una realidad social de subordinación de sus víctimas, además de una cuestión de conflicto tanto entre los valores de libertad e igualdad como interno a la propia libertad (la libertad de expresión del *speaker* y la «*freedom of illocutionary acts*» de sus víctimas), junto con la de la prevalencia de la dimensión *perlocutoria* en Butler, la que en cambio parece concentrarse sobre la posibilidad de fracaso de los efectos negativos del *hate speech*, permite subrayar la necesidad de poner juntas las dos “ánimas” de la performatividad (como en realidad ya Langton parece sugerir), para restituir la complejidad de la utilización de la teoría de la performatividad en los enfoques contemporáneos sobre *hate speech*.

21) Con particular referencia a las tesis de Butler, se ha puesto de relieve cómo la performatividad en el sentido de la creación de la realidad social de subordinación de las víctimas es necesariamente dual: es decir, se compone de una dimensión que se ha definido *de input*, que mira a la constitución *ilocutoria* de la relación de subordinación de las víctimas de *hate speech* por parte de sus autores, y de una dimensión que se ha definido *de output*, que interpreta

la performatividad en términos de posibilidad de fracaso perlocutorio del discurso del odio y del consiguiente rol activo de las víctimas en la *performance* dirigida a contrastar aquella producción ilocutoria, así contribuyendo a la elaboración de una respuesta individualista que rechaza la intervención estatal contra el *hate speech*. En este panorama complejo, la necesidad, por un lado, de juntar las dimensiones *ilocutoria* y *perlocutoria* y, por otro lado, de valorar sobre todo la primera, a partir de las relaciones estructurales de poder entre individuos que pertenecen a grupos socialmente dominantes y dominados, se ha mostrado cómo la dimensión *de input* se pueda utilizar más para proporcionar un *account* de la performatividad del *hate speech*. Así, volviendo sobre el análisis de Butler y las referencias filosóficas utilizadas por ella para construir su teoría, se ha intentado ir “*con* Butler, *contra* Butler”, utilizando el mismo enfoque a la performatividad *de input* para mantener una respuesta política diferente, dirigida a mantener la necesidad de intervención estatal para proteger a las víctimas del discurso del odio.

22) Este camino ha permitido teorizar dos distintos modelos de performatividad, que se pueden aplicar al *hate speech* (véase *supra*, CAP. 5):

22.1. liberal-perlocutorio, fundado en la libertad como no-interferencia;

22.2. neo-republicano-ilocutorio, fundado en la libertad como no-dominación.

22.1. El modelo liberal comprende un enfoque *libertarian* (véase *supra*, § 5.2.1), que interpreta la relación entre *speech* y *action* en sentido de oposición, teoriza una libertad formal como no-interferencia y rechaza la performatividad del discurso del odio, haciéndose compatible con enfoques casi exclusivamente «oposicionistas» a la regulación del *hate speech*.

22.1.2. El enfoque liberal del balance (véase *supra*, § 5.2.2), al contrario, permite plantear una relación de no oposición entre *speech* y *action*: aun manteniendo la distinción, acepta que en algunos casos del discurso se pueda pasar a la acción (*when speech shades into action*), de ahí que en el conflicto entre libertad de expresión y cuestiones de igualdad y libertad de la discriminación que subyacen al *hate speech* puedan prevalecer éstas sólo cuando, como se ha dicho, del discurso se pase a la acción, es decir, cuando es posible instaurar una relación de similitud entre los efectos perlocutorios del discurso y los que se fundan en la causalidad material. Si se observa atentamente, esto es consecuencia de la aceptación del principio del daño (*harm principle*), que se funda en una libertad como no-interferencia, en el que el Estado puede intervenir para sancionar las conductas individuales sólo cuando ellas causen un daño a otros sujetos, lo que en el modelo *rights-based* se puede interpretar incluso como un “daño a los derechos”. En este sentido, entonces, ha sido necesario volver a la teorización del *harm principle* en J. S. Mill y, sobre todo, en Feinberg (véase *supra*, § 5.2.3): ello, de hecho, ha permitido demostrar que el principio del daño, que subyace a las lógicas liberales de la cuestión de la intervención estatal, se funda en una distinción entre *speech* y *action*, y acaba respaldando la división entre el momento *ilocutorio* y el momento *perlocutorio*, separando la acción discursiva de sus (eventuales) efectos parecidos a los materiales.

23) Lo que se ha llamado modelo neo-republicano de la performatividad (véase *supra*, § 5.2.4), en cambio, constituye un intento de tener juntas la dimensión *ilocutoria* y la *perlocutoria*, a partir de una concepción de la libertad como no-dominación. En el marco de este modelo, la teorización de la relación entre las figuras de la *dominación* y de la *opresión* en Iris

Marion Young ha permitido comprender la posibilidad de rechazar la distinción entre *speech* y *action* a partir de la exigencia de limitación del poder performativo-ilocutorio de las conductas dominantes y opresivas frente a los grupos vulnerables. Así, la categoría de la *dominación* permite concebir los comportamientos *intencionales* de *hate speech*, aun analizados de manera estructural como fundados en un verdadero poder social performativo, respaldando la posibilidad de sanción jurídica incluso penal, en los casos más extremos; la categoría de la *opresión*, en cambio, permite tratar los comportamientos *intencionales* que contribuyen de manera *no intencional* a la producción ilocutoria de los *target* del *hate speech*, proporcionando las razones para solicitar la intervención estatal a través de herramientas como sanciones civiles y administrativas y, sobre todo, de naturaleza educativa y de compromiso con el *counterspeech* de las propias víctimas, a través de la intervención en el “libre mercado de las ideas” para su corrección, gracias a la promoción de mensajes positivos dirigidos a romper la lógica de subordinación de los grupos vulnerables.

24) Las “dos teorías de la performatividad” que se han venido delineando constituyen así el núcleo central del trabajo, en términos de resultado de un largo camino de investigación teórica que permite subrayar la existencia tanto de un enfoque mayoritario en la literatura y la jurisprudencia influenciadas por la concepción liberal dominante, como de un enfoque minoritario, que revela la apertura de algunos autores en el debate teórico, así como de una parte de la jurisprudencia, a la necesidad de protección contra la producción performativo-ilocutoria de la identidad de las víctimas de *hate speech*. En particular, esta segunda perspectiva constituye, a partir de los resultados del trabajo, una verdadera propuesta normativa de replanteamiento del rol del Estado en la protección de la libertad contra el discurso del odio. El éxito de dicha reflexión, que se concentra en las conclusiones sobre las dos teorías de la performatividad (CAP. 5), como se ha venido explicando, puede utilizarse como herramienta teórica de interpretación tanto doctrinal como jurisprudencial, y a esto se han dirigido las dos últimas partes del trabajo (véase *supra*, CAP. 6 e CAP. 7).

25) En particular, en la parte sobre el análisis del debate (véase *supra*, CAP. 6), se ha intentado demostrar cómo del modelo de la performatividad constituye una herramienta que puede ser añadida a la tradicional estructuración y catalogación teórica planteada por otros autores sobre las posiciones en el debate sobre *hate speech*. De hecho, se ha puesto de relieve cómo la cuestión de la relación entre *speech* y *action* y los diversos enfoques performativos subyacen (explícita o implícitamente, intencionalmente o no) a la reflexión de todos los autores, de ahí que se puedan reinterpretar sus propuestas a la luz de la teoría de la performatividad. En consecuencia, se han distinguido tres enfoques:

25.1. *ilocutorio-prohibicionista*, dirigido a argumentar para la restricción del *hate speech* a partir de la performatividad entendida en sentido ilocutorio, que rechaza la distinción entre *speech* y *action* y funda su reflexión sobre unas bases que se entienden mejor en el marco de un *account* como no-dominación;

25.2. *perlocutorio-prohibicionista*, que mantiene la necesidad de restricción del discurso del odio a casos limitados, es decir, cuando *speech shades into action*, cuando es posible un análisis perlocutorio de los efectos parecidos a los materiales del *hate speech*, que acepta el

compromiso con los principios de los Estados liberal-democráticos y, por consiguiente, confina la posibilidad de intervención estatal al principio del daño;

25.3. *perlocutorio-oposicionista*, que constituye un conjunto de posiciones incluso muy diferentes (*libertarian*, liberal-igualitarias, democrático-republicanas) que tienen en común una respuesta que se opone a la regulación estatal o bien a través de una exclusión idealista del momento perlocutorio del *hate speech* (que hace imposible la intervención) o bien a partir de la negación de la gravedad de los efectos perlocutorios del *hate speech*, interpretados a la luz del principio del daño: a ambas estrategias, como se ha intentado demostrar, subyace una distinción – a veces explícita, a veces “escondida” detrás de afirmaciones implícitamente fundadas sobre ella – entre *speech* y *action* y, entonces, entre la dimensión *ilocutoria* y la *perlocutoria*.

26) Por último, la teoría de la performatividad se puede utilizar también como herramienta para entender dos diversos modelos de trato jurisprudencial del *hate speech*: el del Tribunal Supremo de Estados Unidos (véase *supra*, §§ 7.2, 7.3) y el del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (véase *supra*, §§ 7.4, 7.5). En particular, mientras que al primero se puede atribuir un modelo *perlocutorio* de *hate speech* fundado en una concepción de la libertad como no-interferencia, que interviene para sancionar el discurso del odio sólo en los casos en los que de ello se desprenda una incitación a la acción de la que se derive peligro inminente de actos de violencia, el segundo oscila entre un trato *perlocutorio* a partir de la no-interferencia (en los casos en los que se procede *ex art. 10.2 CEDH*) y un trato *ilocutorio* más compatible con la no-dominación (en los casos en los que se procede *ex art. 17 CEDH*).

27) Sin embargo, en este último caso, se ha visto cómo la cuestión problemática ha de individuarse en el hecho de que la intervención estatal parece (a parte algunas excepciones) concebirse siempre y únicamente en términos de una intervención sancionadora, en ocasiones de tipo penal. Al contrario, en el marco de la teoría de la libertad de la dominación y de la performatividad ilocutoria, que constituye el núcleo central de la verdadera propuesta normativa que se ha mantenido en este trabajo, se debería prestar más atención a la obligación positiva de intervención estatal a través de otras herramientas además de las sanciones penales, respaldando medidas educativas y de promoción de mensajes que impidan la atribución de identidades a grupos vulnerables víctimas de relaciones estructurales de dominación.

Bibliografía

- ABEL, R., *Speech and Respect*, The Hamlyn Lectures, Stevens & Sons/Sweet and Maxwell, London, 1994
- AGUIAR DE LUQUE, L., “Los límites de los derechos fundamentales”, in *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 14, 1993, pp. 9-34
- ALCÁCER GUIRAO, R., “Libertad de expresión, negación del holocausto y defensa de la democracia. Incongruencias valorativas en la jurisprudencia del TEDH”, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 97, 2013, pp. 309-341
- “Víctimas y disidentes. El «discurso del odio» en EE.UU. y Europa”, in *Revista española de Derecho constitucional*, 35, 103, 2015, pp. 45-86
- ALEXANDER, L., “Banning Hate Speech and the Sticks and Stones Defence”, in *Constitutional Commentary*, 13, 1996, pp. 71-100
- *Is There a Right of Freedom of Expression?*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005
- ALFINO, M., “Another Look at the Derrida-Searle Debate”, in *Philosophy and Rethoric*, 24, 2, 1991, pp. 143-154
- ALEXY, R., *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2002
- ALLEN, A., *The Power of Feminist Theory: Domination, Resistance, Solidarity*, Westview Press, Boulder (Col.), 1999
- “Domination in Global Politics: A Critique of Pettit’s neo-republican model”, in B. BUCKINX, J. TREJO-MATHYS, T. WALIGORE (eds.), *Domination and Global Political Justice. Conceptual, Historical and Institutional Perspectives*, Routledge, New York, 2016
- ALLPORT, G.W., *The Nature of Prejudice*, Addison-Wesley, Boston (Mass.), 1954
- ALONSO, L., “La protección de los inmigrantes frente al discurso del odio”, in L. ALONSO, V. VÁZQUEZ (dirs.), *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio. Textos críticos*, Prólogo de Adela Cortina, Athenaica, Sevilla, 2017, pp. 241-261
- ALONSO, L.; VÁZQUEZ V. (dirs.), *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio. Textos críticos*, Prólogo de Adela Cortina, Athenaica, Sevilla, 2017
- ALSTON, W.P., *Illocutionary Acts and Sentence Meaning*, Cornell University Press, Ithaca (NY), 2000
- ALTHUSSER, L., “Ideology and the State” [1971], in ID., *Lenin and Philosophy and Other Essays*, translated by B. Brewster, Monthly Review Press, New York, 2001, pp. 170-186
- “Ideology and Ideological State Apparatuses. Notes towards and Investigation” [1971], in ID., *On the Reproduction of Capitalism. Ideology and Ideological States Apparatuses*, Preface by Etienne Balibar, Introduction by Jacques Bidet, translated by G.M. Goshgarian, Verso, London-New York, 2014, pp. 232-272
- ALTIERI, C., *Act and Quality. A Theory of Literary Meaning and Humanistic Understanding*, University of Massachusetts Press, Cambridge (Mass.), 1981

- ALTMAN, A., "Liberalism and Campus Hate Speech: A Philosophical Examination", in *Ethics*, 103, 1993, pp. 302-317
- "Freedom of Expression and Human Rights Law: The Case of Holocaust Denial", in I. MAITRA, M.K. GOWAN (eds.), *Speech and Harm: Controversies over Free Speech*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 24-49
- AMAR, R.A., "The Case of the Missing Amendments: R.A.V. v. City of St. Paul", in *Harvard Law Review*, 106, 1992, pp. 124-161
- AMNESTY INTERNATIONAL, *USA: Trump's racist slurs translates into degrading, dehumanizing policies*, notizia disponibile al link: <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2019/07/usa-trumps-racist-slurs-translates-into-degrading-dehumanizing-policies/> (ultima consultazione: settembre 2019)
- *Choice and Prejudice. Discrimination against Muslims in Europe*, Amnesty International LTD, London, 2012
- AMNESTY INTERNATIONAL ITALIA, *Conta fino a 10. Barometro dell'odio in campagna elettorale*, Amnesty International Italia, Roma, 2018
- *Barometro dell'odio. Elezioni europee 2019*, Amnesty International Italia, Roma, 2019
- ANDRONACHE, L., "Contemporary republican theories. In search of solidarity", in I. HONOHAN, J. JENNINGS, (eds.), *Republicanism in Theory and Practice*, Routledge, New York, 2006, pp. 109-122
- ANGELO CORLETT, J; FRANCESCOTTI, R., "Foundations of a Theory of Hate Speech", in *Wayne Law Review*, 48, 1071, 2002, pp. 1071-1100
- ANSCOMBE, G.E.M., "Modern Moral Philosophy", in *Philosophy*, 124, 33, pp. 1-16
- ANSUÁTEGUI ROIG, F.J., "Notas sobre la evolución de la teoría liberal de la libertad de expresión", in *Anuario de Derechos Humanos*, 6, 1990, pp. 9-22
- *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1994
- *El positivismo jurídico neoinstitucionalista*, Dykinson, Madrid, 1996
- "Libertad de expresión y liberalismo en el siglo XIX", in G. PECES-BARBA MARTÍNEZ; E. FERNÁNDEZ GARCÍA; R. DE ASÍS ROIG; F.J. ANSUÁTEGUI ROIG (dir.), *Historia de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 1998, tomo III, vol. II, libro I, pp. 1-66, pp. 16-24
- "Libertad de conciencia y de expresión en Baruch Spinoza", in G. PECES-BARBA MARTÍNEZ; E. FERNÁNDEZ GARCÍA; R. DE ASÍS ROIG; F.J. ANSUÁTEGUI ROIG (dir.), *Historia de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 1998, tomo I, cap. VIII, pp. 639-681
- *Poder, ordenamiento jurídico, derechos*, Dykinson, Madrid, 2002
- "Diritti fondamentali e dignità umana", in *Ragion Pratica*, 38, 2012, pp. 11-23
- "Los derechos fundamentales en *Principia Iuris* o los límites de la Teoría del Derecho", in *Anuario de Filosofía del Derecho*, 29, 2013, pp. 35-55
- "Libertà di espressione, discorsi d'odio, soggetti vulnerabili: paradigmi e nuova frontiera", in *Ars Interpretandi*, 1, 2017, pp. 29-48
- "De los derechos a los deberes? Una primera aproximación", in L. MIRAUT MARTÍN (dir.), *Imágenes contemporáneas de la realización de los derechos en la cultura jurídica iberoamericana*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 41-52

- *Libertà d'espressione: ragione e storia*, traduzione e cura di A. DI ROSA, Giappichelli, Torino, 2018
- APPIAH, K.A., "What's Wrong with Defamation of Religion?", in M. HERZ, P. MOLNAR (eds.), *The Content and Context of Hate Speech. Rethinking Regulation and Responses*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 164-182
- APPLEBY, J., "Republicanism and Ideology", in *American Quarterly*, 37, 1985, pp. 461-473
- ARENDT, H., *The Human Condition*, University of Chicago Press, Chicago, 1958
- *On Revolution*, Pelican Books, Harmondsworth, 1973
- ARTICLE 19, *The Camden Principles on Freedom of Expression and Equality*, London, April 2009 (consultabile al link: <http://www.refworld.org/docid/4b5826fd2.html>; ultima consultazione: settembre 2019)
- *Prohibiting incitement to discrimination, hostility or violence*, Policy Brief, London, December 2012, p. 19, disponibile al link: <https://www.article19.org/data/files/medialibrary/3548/ARTICLE-19-policy-on-prohibition-to-incitement.pdf> (ultima consultazione: settembre 2019)
- *'Hate Speech' Explained. A Toolkit*, London, 2015, disponibile al link: <https://www.article19.org/data/files/medialibrary/38231/'Hate-Speech'-Explained---A-Toolkit-%282015-Edition%29.pdf> (ultima consultazione: settembre 2019)
- ASÍS ROIG, R. DE, "Sobre los límites de los derechos", in *Derechos y Libertades*, 3, 1994, pp. 111-130
- *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos. Una aproximación dualista*, Dykinson, Madrid, 2010
- ASSIMAKOPOULOS, S.; BAIDER, F.H.; MILLAR, SH., *Online Hate Speech in the European Union. A Discourse-Analytic Perspective*, SpringerOpen, Cham (Switzerland), 2017
- ATTAS, D., "Libertarianism", in M. BEVIR (ed.), *Encyclopedia of Political Theory*, SAGE Publications, Thousand Oaks (Cal.), 2010, pp. 810-818
- AUSTIN, J.L., *How to Do Things with Words. The William James Lectures delivered at Harvard University in 1955*, Clarendon Press, Oxford, 1962
- *Philosophical Papers*, 2nd ed., ed. by J.O. URMSON, G.J. WARNOCK, Clarendon Press, Oxford, 1970, pp. 233-271
- AVRAMIDES, A., "Intention and Convention", in B. HALE, C. WRIGHT (eds.), *A Companion to the Philosophy of Language*, Blackwell, Oxford, 2001, pp. 60-86
- AZNAR GÓMEZ, H., "La doctrina liberal de la libertad de expresión y sus límites: el papel actual de los medios de comunicación", in *Anuario de Filosofía del derecho*, 19, 2002, pp. 219-235
- BACCELLI, L., *Il particolarismo dei diritti. Poteri degli individui e paradossi dell'universalismo*, Carocci, Roma, 1999
- "Che fare del repubblicanesimo?", in *Filosofia e questioni pubbliche*, 5, 1, 2000, pp. 93-120
- *Critica del repubblicanesimo*, Laterza, Roma-Bari, 2003
- "Repubblicanesimo, Neorepubblicanesimo", in S. MATTARELLI (a cura di), *Il senso della Repubblica. Frontiere del repubblicanesimo*, FrancoAngeli, Milano, 2007, pp. 11-34

- BACH, K., "Semantic slack: What is said and more", in S. TSOHATZIDIS (ed.), *Foundations of Speech Act Theory: Philosophical and Linguistic Perspectives*, cit., pp. 267-291
- "Speech Acts and Pragmatics", in M. DEVITT E R. HENLEY (eds.) *The Blackwell Guide to the Philosophy of Language*, Blackwell, Oxford, 2008, p. 147-167
- BACH, K.; HARNISH, R., *Linguistic Communication and Speech Acts*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1979
- BAIDER, F.H.; ASSIMAKOPOULOS, S.; MILLAR, SH., "Introduction and Background", in S. ASSIMAKOPOULOS, F.H. BAIDER, SH. MILLAR, *Online Hate Speech in the European Union. A Discourse-Analytic Perspective*, SpringerOpen, Cham (Switzerland), 2017
- BAILYN, B., *The Ideological Origins of the American Revolution*, Cambridge University Press, Cambridge (Mass.), 1967
- BAKER, C.E., "Harm, Liberty, and Free Speech", in *Southern California Law Review*, 70, 1997, pp. 979-1020
- "Autonomy and Informational Privacy, or Gossip: The Central Meaning of the First Amendment", in *Social Philosophy and Policy*, 21, 2, 2004, pp. 215-268
- "Autonomy and Hate Speech", in I. HARE, J. WEINSTEIN, *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, Oxford, 2009 pp. 139-157
- "Hate Speech", in M. HERZ, P. MOLNAR, *The Content and Context of Hate Speech. Rethinking Regulation and Responses*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 57-80
- BARAD, K., "Posthumanist Performativity: Toward an Understanding of How Matter Comes to Matter", in *Signs: Journal of Women and Culture in Society*, 28, 3, 2003, pp. 801-831
- BARBERIS, M., *Etica per giuristi*, Laterza, Roma-Bari, 2006
- BARENDT, E., *Freedom of Speech*, Oxford University Press, Oxford, 2007
- BARON, H., *The Crisis of the Early Italian Renaissance. Civic Humanism and Republican Liberty in an Age of Classicism and Tyranny*, Princeton University Press, Princeton, 1955
- BARRANCO AVILÉS, M.C., "Notas sobre la libertad republicana y los derechos fundamentales como límite al poder", in *Derechos y Libertades*, 9, 2000, pp. 67-70
- "El concepto republicano de libertad y el modelo constitucional de derechos fundamentales", in *Anuario de Filosofía del Derecho*, 18, 2001, pp. 205-226
- *Teoría del Derecho y derechos fundamentales*, Palestra, Lima, 2009
- BARRY, N.P., *On Classical Liberalism and Libertarianism*, Palgrave MacMillan, London, 1986
- BATCHIS, W., *The Right's First Amendment. The Politics of Free Speech & The Return of Conservative Libertarianism*, Stanford University Press, Stanford (Cal.), 2016
- BAZZACO, E.; GARCÍA GUANATEY, A.; LEJARDI, J.; PALACIOS, A.; TARRAGONA, L., *¿Es odio? Manual práctico para reconocer y actuar frente a discursos y delitos de odio*, Barcelona, Noviembre 2017, disponible al link: <https://www.idhc.org/es/investigacion/publicaciones/otras-publicaciones/es-odio-manual-practico-para-reconocer-y-actuar-frente-a-discursos-y-delitos-de-odio.php> (ultima consultazione: settembre 2019)
- BEAUVOIR, S. DE, *Le Deuxième Sexe*, Gallimard, Paris, 1949

- BELAVUSAU, U., *Freedom of Speech. Importing European and US Constitutional Models in Transitional Democracies*, Routledge, London and New York, 2013
- BELL, V., "On Speech, Race and Melancholia: An Interview with Judith Butler", in *Theory, Culture and Society*, 16, 1999, pp. 163-174
- (ed.), *Performativity and Belonging*, SAGE Publications, London, 1999
- BELLAMY, "Constitutive Citizenship versus Constitutional Rights: Republican Reflections on the EU Charter and the Human Rights Act", in T. CAMPBELL, K. EWING, A. TOMKINS (eds.), *Sceptical Essays on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 16-41
- *Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007
- "Non-domination and the Free-State", in G. DELANTY, S.P. TURNER, *Routledge International Handbook of Contemporary Social and Political Theory*, Routledge, London-New York, 2011, pp. 130-139
- "Rights, Republicanism and Democracy", in A. NIEDERBERGER, P. SCHINK, *Republican Democracy. Liberty, Law and Politics*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2013, pp. 253-275
- "Republicanism, Democracy, and Constitutionalism", in C. LABORDE, J. MAYNOR (eds.), *Republicanism and Political Theory*, Blackwell Publishing, Oxford, 2008, pp. 159-189
- "Rights as Democracy", in *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 15, 4, 2012, pp. 449-471
- BELVISI, F., "Dignità umana: una ridefinizione in senso giuridico", in *Ragion Pratica*, 38, 2012, pp. 161-179
- BENESCH, S., *Contribution to OHCHR initiative on incitement to national, racial, or religious hatred*, UN OHCHR 2011 Expert workshop on the prohibition of incitement to national, racial or religious hatred, Vienna, February 2011, disponibile al link: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Expression/ICCPR/Others2011/SBenesch.doc> (ultima consultazione: settembre 2019)
- BENHABIB, SH., *Critique, Norm, and Utopia. A Study of the Foundations of Critical Theory*, Columbia University Press, New York, 1986
- "Feminism and Postmodernism: An Uneasy Alliance", in EAD., J. BUTLER, D. CORNELL, N. FRASER (eds.), *Feminist Contentions: A Philosophical Exchange*, Routledge, London, 1995, pp. 17-35
- BENHABIB, SH.; BUTLER, J.; CORNELL, D.; FRASER, N. (eds.), *Feminist Contentions: A Philosophical Exchange*, Routledge, London, 1995
- BENTHAM, J., "Anarchical Fallacies", in *The Works of Jeremy Bentham: Published under the Superintendence of His Executor, John Bowring*, 2 voll., vol. I, William Tait, Edinburgh, 1843
- BERGAMI, K.; POLITO, G.M., "Libertà di espressione e incitamento all'odio", in P. MANZINI, A. LOLLINI (a cura di), *Diritti fondamentali in Europa: un casebook*, Il Mulino, Bologna, 2015, pp. 71-98
- BERLIN, I., "Austin and the Early Beginnings of Oxford Philosophy", in ID. (et al.), *Essays on J.L. Austin*, Clarendon Press, Oxford, 1973, pp. 1-16
- (et al.), *Essays on J.L. Austin*, Clarendon Press, Oxford, 1973

- *Two Concepts of Liberty* [1969], in ID., *Liberty. Incorporating Four Essays on Liberty*, ed. by H. HARDY, with an essay on Berlin and his critics by I. HARRIS, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 166-217
- BERTOMEU, M.J.; DOMÈNECH, A., “El republicanismo y la crisis del rawlsismo metodológico (Nota sobre método y sustancia normativa en el debate republicano)”, in *Isegoría*, 33, 2005, pp. 51-75
- BERTONI, E.; RIVERA JR., J., “The American Convention of Human Rights. Regulation of Hate Speech and Similar Expression”, in M. HERZ, P. MOLNAR (eds.), *The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 499-513
- BESSON, S.; MARTÍ, J.L. (eds.), *Legal Republicanism. National and International Perspectives*, Oxford University Press, Oxford, 2009
- BIANCHI, C., “Implicating”, in M. SBISÀ, K. TURNER, *Pragmatics of Speech Actions*, De Gruyter Mouton, Berlin-Boston, 2013, pp. 107-142
- “Linguaggio d’odio, autorità e ingiustizia discorsiva”, in *Rivista di estetica* (online), 64, 2017 (disponibile al link: <http://journals.openedition.org/estetica/2059>; ultima consultazione: settembre 2019).
- BICKEL, A., *The Morality of Consent*, Yale University Press, New Haven (CT), 1975
- BIRLA, R., “Performativity between Logos and Nomos: Law, Temporality and the Non-Economic Analysis of Power”, in *Columbia Journal of Gender & Law*, 90, 21, 2012, pp. 90-113
- BISBAL TORRES, M., “La libertad de expresión en la filosofía de John Stuart Mill”, in *Anuario de Filosofía del Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 23, 2006
- “El «mercado libre de las ideas» de O.W. Holmes”, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 81, 2007, pp. 183-208
- BLACK, M. (ed.) *Philosophy in America*, Cornell University Press, London, 1965
- BLACKSTONE, W., *Commentaries on the Law of England*, 4 voll., Clarendon Press, Oxford, 1765-1770
- BOBBIO, N., *Politica e cultura* [1955], Einaudi, Torino, 1974
- *Della libertà dei moderni comparata a quella dei posteri* [1954], in ID., *Teoria generale della politica*, a cura di M. Bovero, Einaudi, Torino, 1999, pp. 217-247
- BOBBIO, N.; VIROLI, M., *Dialogo intorno alla repubblica*, Laterza, Roma-Bari, 2001
- BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G., “Repubblica”, ne *Il dizionario di Politica*, UTET, Torino, 2004, pp. 181-184.
- BOCK, G.; SKINNER, Q.; VIROLI, M. (eds.), *Machiavelli and Republicanism*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990
- BOEREFIJN, I.; OYEDIRAN, J.; “Article 20 of the International Covenant on Civil and Political Rights”, in S. COLIVER (ed.), *Striking a Balance. Hate Speech, Freedom of Expression and Non-discrimination*, Article 19, London and Human Rights Centre, University of Essex, 1992, pp. 29-32
- BOHMAN, J., “Deliberative democracy and effective social freedom: Capabilities, resources, and opportunities”, in J. BOHMAN, W. REHG (EDS.), *Deliberative Democracy: Essays on*

- Reason and Politics*, Massachussets Institute for Technology Press, Cambridge (Mass.), 1997, pp. 321-348
- “Cosmopolitan Republicanism and the Rule of Law”, in S. BESSON, J.L. MARTÍ, *Legal Republicanism. National and International Perspectives*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 60-77
- BOLLINGER, L.C., *The Tolerant Society: Freedom of Speech and Extremist Speech in America*, Oxford University Press, New York, 1986
- BOLLINGER, L.C.; STONE, J., (eds.), *Eternally Vigilant. Free Speech in the Modern Era*, University of Chicago Press, Chicago, 2002
- BONGIOVANNI, G., “La teoria costituzionalistica del diritto di Ronald Dworkin”, in GF. ZANETTI (a cura di), *Filosofi del diritto contemporanei*, Milano, Cortina, 1998, pp. 247-284
- BONOTTI, M., “Religion, Hate Speech, and Non-Domination”, in *Ethnicities*, 17, 2, 2017, pp. 259-2747
- BOTH, M., “The Right to Offend? Contested Speech Acts and Critical Democratic Practice”, in *Law and Literature*, 24, 2, 2012, pp. 232-264
- BOUCHER, G., “The Politics of Performativity: A Critique of Judith Butler”, in *Parrhesia*, 1, 2006, pp. 112-141
- BOURDIEU, P., *Language and Symbolic Power*, Polity Press, Cambridge (Mass.), 1991
- *The Logic of Practice* [1980], translated by Richard Nice, Stanford University Press, Stanford (Cal.), 1992
- BOYLE, K., “Overview of a Dilemma: Censorship versus Racism”, in S. COLIVER (ed.), *Striking a Balance. Hate Speech, Freedom of Expression and Non-discrimination*, Article 19, London and Human Rights Centre, University of Essex, 1992, pp. 1-8
- “Hate Speech – The United States Versus the Rest of the World?”, in *Maine Law Review*, 53, 2, 2001, pp. 488-502
- BOYLE, K.; BALDACCINI, A., “A Critical Evaluation of International Human Rights Approaches to Racism”, in S. FREDMAN (ed.), *Discrimination and Human Rights: The Case of Racism*, Oxford University Press, Oxford, pp. 135-192
- BRACKEN, H., *Freedom of Speech: Words Are Not Deeds*, Praeger, Westport (Con.), 1994
- BRAITHWAITE, J.; PETTIT, PH., *Not Just Deserts. A Republican Theory of Criminal Justice*, Clarendon Press, Oxford, 1990
- BRAVO GALA, P., «Presentación», in J. Locke, *Carta sobre la Tolerancia*, edición a cargo de Pedro Bravo Gala, Tecnos, Madrid, 1988, pp. XVII-XXXII
- BRENNAN, G.; LOMASKY, L., “Against Reviving Republicanism”, in *Politics, Philosophy and Economics*, 5, 2006, pp. 221-252
- BRENNAN, L.; B. VAN DER VOSSEN, D. SCHMIDTZ (eds.), *The Routledge Handbook of Libertarianism*, Routledge, New York, 2018
- BRINK, D.O., “Millian Principles, Freedom of Expression, and Hate Speech”, in *Legal Theory*, 7, 2001, pp. 119-157
- BROWN, A., *Hate Speech Law. A Philosophical Examination*, Routledge, New York, 2015

- “What is so special about online (as compared to offline) hate speech?”, in *Ethnicities*, 18, 3, 2017, pp. 297-326
- BRUDHOLM, TH.; SCHEPELERN JOHANSEN, B., *Hate Politics Law. Critical perspectives on combating hate*, Oxford University Press, Oxford, 2018
- BUNNIN, N.; TSUI-JAMES, E.P., *The Blackwell Companion to Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 2nd ed., 2003
- BURY, J.B., *A History of Freedom of Thought*, Williams and Norgate, London, 1913
- BUSTOS GISBERT, R., “Libertad de expresión y discurso negacionista”, in M. REVENGA SÁNCHEZ (dir.), *Libertad de expresión y discursos del odio*, «Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos», Universidad de Alcalá, Servicios de Publicaciones del Defensor del Pueblo, 12, 2015, pp. 123-147
- BUTLER, J., “Performative Acts and Gender Constitution: An Essay in Phenomenology and Feminist Theory”, in *Theatre Journal*, 40, 4, 1988, pp. 519-531
- “Contingent Foundations: Feminism and the Question of ‘Postmodernism’”, in EAD., J.W. SCOTT (eds.), *Feminists Theorize the Political*, Routledge, New York, 1992, pp. 3-21
- *Bodies that Matter. On the Discursive Limits of Sex*, Routledge, New York & London, 1993
- *Excitable Speech: A Politics of the Performative*, Routledge, New York, 1997
- *The Psychic Life of Power*, Stanford University Press, Stanford, 1997
- *Gender Trouble. Feminism and the Subversion of Identity* [1990], Routledge, New York & London, 1999
- *Precarious Life. The Powers of Mourning*, Verso, New York, 2004
- *Frames of War. When Is Life Grievable?*, Verso, New York, 2009
- *Senses of the Subject*, Fordham University Press, New York, 2015
- *Notes Toward a Performative Theory of Assembly*, Harvard University Press, Harvard (Mass.), 2015
- BUTLER, J.; SCOTT, J.W. (eds.), *Feminists Theorize the Political*, Routledge, New York, 1992
- BUYSE, A., “Dangerous Expression: the ECHR, Violence and Free Speech”, in *International and Comparative Law Quarterly*, 63, 2, 2014, pp. 491-503
- CALLAHAN, G.N., *Between XX and XY: Intersexuality and the Myth of Two Sexes*, Chicago Review Press, Chicago, 2009
- CANNIE, H.; VOORHOOF, D., “The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention: An Added Value for Democracy and Human Rights Protection?”, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 29, 1, 2011, pp. 54-83
- CANO ABADÍA, M., “Agencia crítica y desposesión. La actualidad de la pregunta por la libertad en Judith Butler”, in *Isegoría*, numero speciale su *Judith Butler: política y performatividad*, 56, 2017, pp. 263-277
- CARASTATHIS, A., *Intersectionality. Origins, Contestations, Horizons*, University of Nebraska Press, Lincoln-London, 2016
- CARMI, G.E., “Dignity versus Liberty: The Two Western Cultures of Free Speech”, in *Boston University International Law Journal*, 26, 2008, pp. 277-374

- CARTER, I., *A Measure of Freedom*, Oxford University Press, Oxford, 1999
- “How are Power and Unfreedom Related?”, in C. LABORDE, J. MAYNOR (eds.), *Republicanism and Political Theory*, Blackwell Publishing, Oxford, 2008, pp. 58-82
- CARRILLO DONAIRE, J.A., “Libertad de expresión y ‘discurso del odio’ religioso: la construcción de la tolerancia en la era postsecular”, in *Revista de Fomento Social*, 70, 2015, pp. 205-243
- “La protección de los derechos frente a los discursos del odio: del Derecho represivo a las políticas públicas antidiscriminatorias”, in L. ALONSO, V. VÁZQUEZ (dirs.), *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio. Textos críticos*, Prólogo de Adela Cortina, Athenaica, Sevilla, 2017, pp. 15-38
- CARUSO, C., “Ai confini dell’abuso del diritto: l’*hate speech* nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo”, in L. MEZZETTI, A. MORRONE (a cura di), *Lo strumento costituzionale dell’ordine pubblico europeo. Nei sessant’anni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (1950-2010)*, Atti del Convegno internazionale di studi, Bologna, 5 marzo 2010, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 339-352
- “Teoria e “ideologia” della libertà di espressione. La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti sulla *freedom of speech*”, in *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, 10, 2013, pp. 1-37
 - *La libertà di espressione in azione. Contributo a una teoria costituzionale del discorso pubblico*, Bononia University Press, Bologna, 2014
 - “L’*hate speech* a Strasburgo: il pluralismo militante del sistema convenzionale”, in *Quaderni costituzionali*, 37, 4, 2017, pp. 963-981
- CARVER, T., “Marx and Marxism”, A.D. SHRIFT (ed.), *The History of Continental Philosophy*, The University of Chicago Press, Chicago, 2010, vol. II, *Nineteenth-Century Philosophy: Revolutionary Responses to the Existing Order*, ed. by ALAN D. SCHRIFT, D. CONWAY (eds.), pp. 35-63
- CARVER, T.; CHAMBERS, S.A. (eds.), *Judith Butler’s Precarious Politics. Critical Encounters*, Routledge, New York, 2008
- CASADEI, TH., “La traiettoria del repubblicanesimo *confittualista*. Tra storia e teoria del diritto”, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, 5, 2005, pp. 131-152
- (a cura di), *Lessico delle discriminazioni. Tra società, diritto e istituzioni*, Diabasis, Reggio Emilia, 2008
 - (a cura di), *Donne, diritto, diritti. Prospettive del giusfemminismo*, Giappichelli, Torino, 2015
- CASADEVALL, J.; MYJER, E.; O’BOYLE, M.; AUSTIN, A. (eds.), *Freedom of Expression. Essays in Honour of Nicolas Bratza*, Wolf Legal Publishers, Oisterwijk (the Netherlands), 2012
- CASTELLANETA, M., “L’*hate speech*: da limite alla libertà di espressione a crimine contro l’umanità”, in G. VENTURINI, S. BARIATTI (a cura di), *Diritti individuali e giustizia internazionale. Liber Fausto Pocar*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 157-172
- “La Corte europea dei diritti umani e l’applicazione del principio dell’abuso del diritto nei casi di *hate speech*”, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 11, 3, 2017, pp. 745-751
- CAVELL, S., “Austin at Criticism”, in *The Philosophical Review*, 74, 2, 1965, pp. 204-219

- “Austin at Criticism”, in R. RORTY (ed.), *The Linguistic Turn. Recent Essays in Philosophical Method*, The University of Chicago Press, Chicago and London, 1967, pp. 250-260
- *Philosophical Passages: Wittgenstein, Emerson, Austin, Derrida*, Blackwell, Cambridge (Mass.), 1995, pp. 5-6
- *A Pitch of Philosophy*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1994
- CHAFEE, Z. JR., “Freedom of Speech in War Time”, in *Harvard Law Review*, 32, 8, 1919, pp. 932-973
- *Free Speech in the United States*, Harvard University Press, Harvard, 1941
- CHAMBERS, S.A., “Giving Up (on) Rights? The Future of Rights and the Project of Radical Democracy”, in *American Journal of Political Science*, 48, 2004, pp. 185-200
- “Subjectivation, the Social and a (Missing) Account of the Social Formation: Judith Butler’s ‘Turn’”, in M. LLOYD (ed.), *Butler and Ethics*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2015, pp. 193-218
- CHAMBERS, S.A.; CARVER, T., *Judith Butler and Political Theory. Troubling Politics*, Routledge, New York, 2008
- CHARVET, J., “Quentin Skinner on the Idea of Freedom”, in *Studies in Political Thought*, 2, 1993, pp. 5-16
- CHEMERINSKI, E., *Constitutional Law. Principles and Policies*, 3^a ed., Aspen Publishers, New York, 2006
- COHEN, P.R.; POLLACK, M. (eds.), *Intentions in Communication*, MIT Press, Cambridge (Mass.), 1990
- COLEBROOK, C., “The Linguistic Turn in Continental Philosophy”, in A.D. SHRIFT (ed.) *The History of Continental Philosophy*, The University of Chicago Press, Chicago, 2010, vol. VI: *Poststructuralism and Critical Theory’s Second Generation*, ed. by A.D. SHRIFT, pp. 279-309
- COLIVER, S., (ed.), *Striking a Balance. Hate Speech, Freedom of Expression and Non-discrimination*, Article 19, London and Human Rights Centre, University of Essex, 1992
- COLLINS, H.; KHAITAN, T. (eds.), *Foundations of Indirect Discrimination Law*, Bloomsbury, Oxford and Portland, 2018
- CONSTANT, B., “De la libertad de folletos, panfletos y periódicos considerada en relación con el interés del gobierno” [1814], in *Escritos políticos*, estudio preliminar, traducción y notas de María Luisa Sánchez Mejía, C.E.C., Madrid, 1989
- [1819], *La libertà degli antichi, paragonata a quella dei moderni*, a cura di G. PAOLETTI, Einaudi, Torino, 2005
- CONTE, A.G., “Forma Performativa”, in *Anuario de Filosofía del Derecho*, 11, 1994, pp. 381-392
- COOLE, D., “Butler’s phenomenological existentialism”, in T. CARVER, S.A. CHAMBERS (eds.), *Judith Butler’s Precarious Politics. Critical Encounters*, Routledge, New York, 2008, pp. 11-27
- CORTESE, A., *Opposing Hate Speech*, Greenwood Publishing, Westport (Conn.), 2006
- COULTER, J., “A logic for context”, in *Journal of Pragmatics*, 25, 1996, pp. 441-445

- CRAM, I., *Contested Words. Legal Restrictions on Freedom of Speech in Liberal Democracies*, Ahsgate, Aldershot (UK), 2006
- CRENSHAW, K.; GOTANDA, N.; PELLER, G.; THOMAS, K. (eds.), *Critical Race Theory: The Key Writings That Formed the Movement*, New Press, New York, 1996
- CRUZ ÁNGELES, J., “La protección de las minorías frente a los discursos de odio. Análisis comparado de los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos”, in L. ALONSO, V. VÁZQUEZ (dirs.), *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio. Textos críticos*, Prólogo de Adela Cortina, Athenaica, Sevilla, 2017, pp. 83-108
- CUEVA FERNÁNDEZ, R., “El «discurso del odio» y su prohibición”, in *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 35, 2012, pp. 437-455
- CULLER, J., “Convention and Meaning: Derrida and Austin”, in *New Literary History*, 13, 1, 1981, pp. 15-30
— *On Deconstruction: Theory and Criticism after Structuralism*, Cornell University Press, Ithaca (NY), 1982
- DAGGER, R., *Civic Virtues. Rights, Citizenship, and Republican Liberalism*, Oxford University Press, New York-Oxford, 1997
- DAHBAR, M.V., “Ontología socio-corporal en la filosofía de Judith Butler. Para volver a pensar la acción política”, in *Isegoría*, numero speciale su *Judith Butler: política y performance*, 56, 2017, pp. 297-318
- DAHL, R., *Democracy and its Critics*, Yale University Press, New Haven, 1989
- DALY, E., “Freedom as Non-Domination in the Jurisprudence of Constitutional Rights”, in *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 28, 2, 2015, pp. 289-316
- DANCYM, J.; MORAVCSIK, J.M.E.; TAYLOR, C.C.W. (eds.), *Human Agency. Language, duty and value*, Stanford University Press, Stanford, 1988
- DANIELS, N., “Equal Liberty and Unequal Worth of Liberty”, in ID. (ed.), *Reading Rawls. Critical Studies on Rawls’ A Theory of Justice*, Basic Books, New York, 1975, pp. 253-282
- DARWALL, S., *Deontology*, Wiley-BBlackwell, Oxford, 2002
— *The Second-Person Standpoint. Morality, Respect, and Accountability*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2009
- DASCAL, M., “Speech act theory and Gricean pragmatics: some differences of detail that make a difference”, in S. TSOHATZIDIS (ed.), *Foundations of Speech Act Theory: Philosophical and Linguistic Perspectives*, Routledge, London, 1994, pp. 323-334
- DAVIDSON, D., *Essays on Actions and Events*, Oxford University Press, Oxford, 2001
- DAVIS, N., “Subjected Subjects? On Judith Butler’s Paradox of Interpellation”, in *Hypatia*, 27, 4, 2012, pp. 881-897
- D’AGOSTINI, F., *Analíticos y continentales*, Ediciones Cátedra, Madrid, 2009
- DE MOREE, P., *Rights and Wrongs under the ECHR. The prohibition of abuse of rights in Article 17 of the European Convention of Human Rights*, Intersentia, Cambridge, 2016

- DEAN, J., "Change of Address. Butler's ethics at sovereignty's deadlock", in T. CARVER, S.A. CHAMBERS (eds.), *Judith Butler's Precarious Politics. Critical Encounters*, Routledge, New York, 2008, pp. 109-126
- DELGADO, R., "Words That Wound: A Tort Action for Racial Insults, Epithets, and Name-Calling", in *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 17, 1982, pp. 133-181
- "Professor Delgado Replies", in *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 18, 1983, pp. 593-597
- "The Imperial Scholar: Reflections on a Review of Civil Rights Literature", in *University of Pennsylvania Law Review*, 132, 1984, pp. 568-577
- "Campus Antiracism Rules: Constitutional Narratives in Collision", in *Northwestern University Law Review*, 85, 2, 1991, pp. 343-387
- "Review of *The Harm in Hate Speech* by Jeremy Waldron", in *Law and Society Review*, 47, 2013, pp. 232-233
- R. DELGADO, J. STEFANCIC, "Images of the Outsider in American Law and Culture: Can Free Expression Remedy Systemic Social Ills", in *Cornell Law Review*, 77, 1992, pp. 1258-1297
- "Ten Arguments against Hate-Speech Regulation: How Valid?", in *Northern Kentucky Law Review*, 23, 1996, pp. 475-490
- *Understanding Words That Wound*, Westview Press, Boulder (Colorado), 2004
- "Four Observations about Hate Speech", in *Wake Forest Law Review*, 44, 2009, pp. 353-370
- R. DELGADO, D.H. YUN, "The Neoconservative Case against Hate Speech Regulation: Lively, D'Souza, Gates, Carter, and the Toughlove Crowd", in *Vanderbilt Law Review*, 47, 1994, pp. 1807-1825
- "The Speech We Hate": First Amendment Totalism, the ACLU, and the Principle of Dialogic Politics", in *Arizona State Law Journal*, 27, 1995, pp. 1281-1300
- DEPALMA DIGESER, E., "Citizenship and the Roman *Res Publica*: Cicero and a Christian Corollary", in D. WEINSTOCK, C. NADEAU (eds.), *Republicanism: History, Theory and Practice*, Frank Cass Publishers, London, 2004, pp. 5-19
- DERRIDA, J., *Speech and Phenomena and Other Essays on Husserl's Theory of Signs*, translated by David Allison, Northwestern University Press, Evanston (Ill.), 1973
- *Margins of Philosophy*, translated by Alan Bass, University of Chicago Press, Chicago and London, 1982
- *Signature, Event, Context* [1972], in ID., *Limited Inc.*, ed. by G. GRAFF, Northwestern University Press, Evanston (Ill.), 1988, pp. 1-24
- *Limited Inc.*, ed. by G. GRAFF, Northwestern University Press, Evanston (Ill.), 1988
- *Negotiations*, translated by E. Rottenberg, Stanford University Press, Stanford, 2002
- DEVITT, M.; HENLEY, R. (eds.) *The Blackwell Guide to the Philosophy of Language*, Blackwell, Oxford, 2008
- DE LUCAS, J., "Notas sobre libertad de expresión y democracia en la obra de Spinoza", in *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 4, 1987, pp. 355-363
- *El concepto de solidaridad*, Fontamara, México, 1993

- DE SCHUTTER, O., *International Human Rights Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010
- DEUTSCH, M.; KATZ, I.; JENSEN, A. (eds.), *Social Class, Race, and Psychological Development*, with a preface by Ernest R. Hilgard, Holt, Rinehart and Winston, New York, 1968
- DEL BÒ, C., *La neutralità necessaria. Liberalismo e religione nell'età del pluralismo*, ETS, Pisa, 2014
- DIGESER, P., *Our Politics, Our Selves? Liberalism, Identity, and Harm*, Princeton University Press, Princeton (NJ), 1995
- DISCH, L.J., “‘French Theory’ goes to France: trouble *dans le genre* and ‘materialist’ feminism – a conversation *manqué*”, in T. CARVER, S.A. CHAMBERS (eds.), *Judith Butler’s Precarious Politics. Critical Encounters*, Routledge, New York, 2008, pp. 47-61
- DI GIOVINE, A., *I confini della libertà di manifestazione del pensiero. Linee di riflessione teorica e profili di diritto comparato come premesse a uno studio sui reati d’opinione*, Giuffrè, Milano, 1988
- DI ROSA, A., “Performative Hate Speech Acts. Perlocutionary and Illocutionary Understandings in International Human Rights Law”, in *The Age of Human Rights Journal*, 12, 2019, pp. 105-132
- DOERGE, F.C., “Performative utterances”, in M. SBISÀ, K. TURNER, *Pragmatics of Speech Actions*, De Gruyter Mouton, Berlin-Boston, 2013, pp. 203-256
- DOUGLAS, L., “The Force of Words: Fish, Matsuda, MacKinnon, and the Theory of Discursive Violence”, in *Law and Society Review*, 169, 29, 1995, pp. 169-191
- DRIVER, J., *Consequentialism*, Routledge, London-New York, 2012
- DUMONT, H.; MANDOUX, P.; STROWEL, A.; TULKENS, F. (eds.), *Pas de liberté pur les ennemis de la liberté. Groupements liberticides et droit*, Bruylant, Bruxelles, 2000
- DWORKIN, A.; MACKINNON, C.A., *Pornography and Civil Rights: A New Day for Women’s Equality*, Organizing Against Pornography, Minneapolis, 1988
- DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1977
- “Liberal Community”, in *California Law Review*, 77, 3, 1989
 - “Foundations of Liberal Equality”, in G.B. PETERSON (ed.), *The Tanner Lectures on Human Values*, vol. XI, 1990, pp. 1-119
 - “The Coming Battles Over Free Speech”, in *The New York Review of Books*, 11 June 1992, pp. 55-58, 61-64 (recensione di A. LEWIS, *Make No Law: The Sullivan Case and the First Amendment*, Random House, New York, 1991)
 - *Freedom’s Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 1996
 - *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2000⁴
 - “Foreword”, in I. HARE, J. WEINSTEIN, *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. V-IX
 - *Justice for Hedgehogs*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2011

- “Reply to Jeremy Waldron”, in M. HERZ E P. MOLNAR (eds.), *The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 341-344
- EASTON, S., “Autonomy and the Free Speech Principle”, in *Journal of Applied Philosophy*, 12, 1, 1995, pp. 27-40
- “Pornography as Incitement to Sexual Hatred”, in *Feminist Legal Studies*, 3, 1995, pp. 89-104
- EBERLE, E.J., *Dignity and Liberty: Constitutional Visions in Germany and the United States*, Praeger Publishers, Westport (Conn.), 2002
- ELLIS, E.; WATSON, PH. (eds.), *EU Anti-Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012
- ELSTER, J., “Arguing and Bargaining In Two Constituent Assemblies”, in *Journal of Constitutional Law*, 2, 2, 2000, pp. 345-421
- ELY, J.H., “Flag Desecration: A Case Study in the Roles of Categorization and Balancing in First Amendment Analysis”, in *Harvard Law Review*, 88, 1975, pp. 1482-1508
- EMERSON, TH.I., “Toward a General Theory of the First Amendment”, in *Yale Law Journal*, 72, 1963, pp. 877-956
- *The System of Freedom of Expression*, Random House, New York, 1970
- EPSTEIN, S., “Gay Politics, Ethnic Identity: The Limits of Social Constructionism”, in *Socialist Review*, 17, 1987, pp. 9-54
- FARALLI, C., “Normative Institutionalism and Normative Realism. A Comparison”, in *Ratio Juris*, 2, 1993, pp. 181-189
- FARROR, S., “Molding the Matrix: The Historical and Theoretical Foundations of International Law concerning Hate Speech”, in *Berkeley Journal of International Law*, 14, 1, 1996, pp. 1-98
- FEINBERG, J., *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. I, *Harm to Others*, Oxford University Press, Oxford-New York, 1984
- *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. II, *Offense to Others*, Oxford University Press, Oxford-New York, 1985
- *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. III, *Harm to Self*, Oxford University Press, Oxford-New York, 1986
- *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. IV, *Harmless Wrongdoing*, Oxford University Press, Oxford-New York, 1990
- FEINMANN, J.M.; GABEL, P., “Contract Law as Ideology”, in D. KAIRYS (ed.), *The Politics of Law: A Progressive Critique*, III ed., Basic Books, New York, 1998, pp. 497-510
- FEMENÍAS, M.L.; CASALE, R., “Butler: ¿Método para una ontología política?”, in *Isegoría*, numero speciale su *Judith Butler: política y performatividad*, 56, 2017, pp. 39-60
- FENNELL, J.; PLANT, B., “Ludwig Wittgenstein”, in A.D. SHRIFT (ed.) *The History of Continental Philosophy*, The University of Chicago Press, Chicago, 2010, vol. III: *The New Century: Bergsonism, Phenomenology, and Responses to Modern Science*, ed. by K. ANSELL-PEARSON, A.D. SCHRIFT, pp. 287-318

- FENNEMA, M., *Geldt de vrijheid van meningsuiting ook voor racisten?*, Elsevier, Amsterdam, 2009
- FERNÁNDEZ GARCÍA, E., *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Debate, Madrid, 1984
— *Dignidad umana y ciudadanía cosmopolita*, Dykinson, Madrid, 2001
- FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ed by A. DE CABO, G. PISARELLO, Trotta, Madrid, 2001
— *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 2 voll., Laterza, Roma-Bari, 2007
- FERRARA, A., “La scoperta del repubblicanesimo «politico» e le sue implicazioni per il liberalismo”, in *Filosofia e questioni pubbliche*, 5, 1, 2000, pp. 31-48
- FIGUEROA ZIMMERMANN, F., “Bajo sospecha: El liberalismo y la regulación del Hate Speech”, in *Libertades Públicas. Colección breviaros*, 6, 2016, pp. 1-17
- FINK, Z.S., *The Classical Republicans. An Essay in the Recovery of a Pattern of Thought in 17th Century England*, Northwestern University Press, Evanston (Ill.), 1962
- FISH, S., *There's No Such Thing as Free Speech, and it's a Good Thing, Too*, Oxford University Press, Oxford, 1994
- FISS, O., *The Irony of Free Speech*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1996
- FITZPATRICK, D., “Searle and Collective Intentionality. The Self-Defeating Nature of Internalism with Respect to Social Facts”, in *American Journal of Economics and Sociology*, 62, 1, 2003, pp. 45-66
- FLAUSS, J.-F., “The European Court of Human Rights and the Freedom of Expression”, in *Indiana Law Journal*, 84, 3, 2009, pp. 809-849
- FORGUSON, L.W., “Locutionary and Illocutionary Acts”, in I. BERLIN. (et al.), *Essays on J.L. Austin*, Clarendon Press, Oxford, 1973, pp. 160-185
- FOTION, N., “From Speech Acts to Speech Activity”, in B. SMITH (ed.), *John Searle*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 34-51
- FOUCAULT, M., *Discipline and Punish: The Birth of the Prison* [1975], translated by A. Sheridan, Penguin, Harmondsworth, 1977
— *The History of Sexuality*, vol. I, Vintage, New York, 1980
— *Power/Knowledge. Selected interviews and other writings, 1972-1977*, translated by Colin Gordon, Harvester Press, Brighton, 1980
— “The Subject and Power”, in H.L. DREAYFUS, P. RAINBOW (eds.), *Foucault: Beyond Structuralism and Hermeneutics*, University of California Press, Berkeley, 1983
- FRANKENA, W.K., *Ethics*, Englewood Cliffs, N.J., Prentice Hall, Inc., 1963
- N. FRASER, “What's critical about critical theory?”, in J. MEEHAN (ed.), *Feminists Read Habermas: Gendering the Subject of Discourse*, Routledge, New York, 1995, pp. 21-56
- FREDMAN, S., *Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford
- FREUNDLIEB, D., “Has Derrida Deconstructed Speech Act Theory? The Derrida-Searle Debate Revisited”, in *Idealistic Studies*, 31, 2, 2001, pp. 81-103
- FRICKER, M., *Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing*, Oxford University Press, Oxford, 2007

- FROMKIN, H.L.; BROCK, T.C., "Erotic Materials: A Commodity Theory Analysis of the Enhanced Desirability that May Accompany Their Unavailability", in *Journal of Applied Social Psychology*, 3, 1973, pp. 219-231
- FULLER, L., "Freedom: A Suggested Analysis", in *Harvard Law Review*, 68, 1955, pp. 1305-1325
- GAGLIARDONE, I.; GAL, D.; ALVES, TH.; MARTÍNEZ, G., *Countering Online Hate Speech*, UNESCO Publishing, Paris, 2015
- GALE, M.E., "Reimagining the First Amendment: Racist Speech and Equal Liberty", in *St. John's Law Review*, 65, 1991, pp. 119-163
- GAMERO CABRERA, I.G., "Los cuerpos que somos y pensamos. Críticas de Judith Butler al escepticismo cartesiano y al constructivismo contemporáneo y aclaraciones sobre su comprensión de la existencia humana", in *Isegoría*, numero speciale su *Judith Butler: política y performatividad*, 56, 2017, pp. 145-168
- GARCÍA AÑÓN, J., *John Stuart Mill: Justicia y Derecho*, McGraw-Hill, Madrid, 1997
- "John Stuart Mill y los derechos humanos", in G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, EUSEBIO FERNÁNDEZ GARCÍA, R. DE ASÍS ROIG, F.J. ANSUÁTEGUI ROIG (dir.), *Historia de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 1998, tomo I, cap. VIII, pp. 843-903
- GARD, S.W., "Fighting Words as Free Speech", in *Washington University Law Review*, 58, 3, 1980, pp. 531-581
- GARGARELLA, R., "El republicanismo", in ID., *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*, Paidós, Buenos Aires, 1999, pp. 161-190
- "El carácter igualitario del republicanismo", in *Isegoría*, 33, 2005, pp. 175-189
- GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., "El conflicto entre la libertad de expresión^[SEP] y los sentimientos religiosos en las sociedades multiculturales", in *Anuario de Filosofía del Derecho*, 30, 2014, pp. 97-115
- GARVEY, J.H.; SCHAUER, F., (eds.) *The First Amendment: A Reader*, West Publishing Co., St. Paul (Minn.), 1992
- GARZÓN VALDÉS, E., "Acerca de la desobediencia civil", in *Sistema*, 42, 1981, pp. 79-92
- "¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?", in E. Bulygin, *El positivismo jurídico*, Fontamara, México, 2006, pp. 35-54
- GASCÓN CUENCA, A., "La primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica y la protección del discurso racista", in *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 47, 2013, pp. 163-182
- *El discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: su adecuación a los estándares internacionales de protección*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016
- GATES, E.L. (et al.), *Speaking of Race, Speaking of Sex: Hate Speech, Civil Rights, and Civil Liberties*, New York University Press, New York, 1995
- GELBER, K., *Speaking Back. The free speech versus hate speech debate*, John Benjamins Publishing Company, Philadelphia, 2002

- “Hate Speech and the Australian legal and political landscape”, in K. GELBER, A. STONE (eds.), *Hate Speech and Freedom of Speech in Australia*, Federation Press, Annandale, NSW (Australia), 2007, pp. 2-19
 - “Freedom of Political Speech, Hate Speech and the Argument from Democracy: The Transformative Contribution of Capabilities Theory”, in *Contemporary Political Theory*, 9, 2010, pp. 304-324
 - “Reconceptualizing Counterspeech in Hate Speech Policy (with a Focus on Australia)”, in M. HERZ, P. MOLNAR (eds.), *The Content and Context of Hate Speech. Rethinking Regulation and Responses*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 198-216
 - “‘Speaking Back’: The Likely Fate of Hate Speech Policy in the United States and Australia”, in I. MAITRA, M.K. MCGOWAN, *Speech & Harm. Controversies Over Free Speech*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 50-71
- GELBER, K.; STONE, A. (eds.), *Hate Speech and Freedom of Speech in Australia*, Federation Press, Annandale, NSW (Australia), 2007
- GEUNA, M., “La tradizione repubblicana e i suoi interpreti: famiglie teoriche e discontinuità concettuali”, in *Filosofia Politica*, numero monografico dedicato a *Materiali per un lessico politico europeo: «Repubblica/Repubblicanesimo»*, 12, 1, 1998, pp. 101-13
- “Alla ricerca della libertà repubblicana”, in PH. PETTIT, *Il repubblicanesimo. Una teoria della libertà e del governo*, traduzione di Paolo Costa, Feltrinelli, Milano, 2000, p. V-XXVII
- GILDIN, H., “Mill’s On Liberty”, in AA.VV., *Ancient and Moderns: Essays on the Tradition of Political Philosophy in Honor of Leo Strauss*, Joseph Cropsey (ed.), Basic Books, New York, 1964
- GILLIGAN, C., *In a Different Voice: Psychological Theory and Women’s Development*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1982
- GLASS, M.R.; ROSE-REDWOOD, R. (eds.), *Performativity, Politics, and the Production of Social Space*, Routledge, New York, 2014
- GLENDINNING, S., “Inheriting ‘Philosophy’: The Case of Austin and Derrida Revisited”, in *Ratio*, 13, 2000, pp. 307-331
- GONZÁLEZ FISAC, J.; SÁNCHEZ MADRID, N., “Presentación: Judith Butler: política y performatividad”, in *Isegoría*, numero speciale su *Judith Butler: política y performatividad*, 56, 2017, pp. 13-19
- GOODIN, R., “Folie républicaine”, in *Annual Review of Political Science*, 6, 2003, pp. 55-76
- GOODWIN, B., *El uso de las ideas políticas*, trad. di E. Lynch, Barcelon, Península, 1993
- GORDON, R., “New Developments in Legal Theory”, in D. KAIRYS (ed.), *The Politics of Law: A Progressive Critique*, cit., pp. 413-424
- GOUGH, J.W., *The Social Contract: A Critical Study of its Development*, Oxford University Press, Oxford, 1936
- GOWER, K.K., *Liberty and Authority in Free Expression Law: The United States and Canada*, LFB Scholarly, New York, 2002
- GRABHAM, E.; COOPER, D.; KRISHNADAS, E.; HERMAN, D. (eds.), *Intersectionality and Beyond: Law, Power and the Politics of Location*, Routledge, Oxon-New York, 2009

- GRAMSCI, A., *Quaderni dal carcere*, Editori Riuniti, Roma, 1971
- GRAY, J., *Mill on Liberty: A Defence*, II ed., Routledge, London, 1996
- GRECO, T., “Prima il dovere. Una critica della filosofia dei diritti”, in S. MATTARELLI (a cura di), *Il senso della Repubblica. Doveri*, FrancoAngeli, Milano, 2007, pp. 15-30
- “Il ritorno dei doveri”, in *Cultura e diritti per una formazione giuridica*, 1, 1, 2012, pp. 91-98
- “La doppia forza dei diritti. Una riflessione sulle garanzie”, in *Methodo. International Studies in Phenomenology and Philosophy*, 2, 1, 2014, pp. 135-150
- “Algunas reflexiones sobre la horizontalidad del Derecho”, in *Crónica Jurídica Hispalense*, 14, 2016, pp. 109-132
- *Diritto e legame sociale*, Giappichelli, Torino, 2012
- GREEN, M.S., “Speech Acts”, in O’CONNOR, T.; SANDIS, C. (eds.), *A Companion to the Philosophy of Action*, Blackwell, Oxford, 2010, pp. 58-66
- GREENBERG, J.A., *Intersexuality and the Law: Why Sex Matters*, New York University Press, New York, 2012
- GREENAWALT, K., “Free Speech Justifications”, in *Columbia Law Review*, 89, 1, 1989, pp. 119-155
- *Speech, Crime, and the Uses of Language*, Oxford University Press, Oxford, 1989
- *Fighting Words. Individuals, Communities, and Liberties of Speech*, Princeton University Press, Princeton, 1995
- GREFF SCHNEIDER, R., “Hate Speech in the United States: Recent Legal Developments”, in S. COLIVER (ed.), *Striking a Balance. Hate Speech, Freedom of Expression and Non-discrimination*, cit., pp. 269-283
- GRICE, P., “Meaning”, in *The Philosophical Review*, 66, 1957, pp. 377-388
- *Studies in the Way of Words*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1989
- GRZANKA, P.R. (ed.), *Intersectionality: A Foundation and Frontiers Reader*, Routledge, London-New York, 2014
- GU, Y., “The Impasse of Perlocution”, in *Journal of Pragmatics*, 20, 1993, pp. 405-432
- GUNDERSON, K. (ed.), *Language, Mind and Knowledge*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1975
- HAAKONSSON, K., *Republicanism*, in R.E. GOODIN E P. PETTIT (eds.), *A Companion to Contemporary Political Philosophy*, Blackwell, Oxford, 1993, pp. 568-574
- HABERMAS, J., *The Theory of Communicative Action*, vol. I, *Reason and the Rationalization of Society*, translated by Thomas McCarthy, Beacon Press, Boston, 1984
- “Derechos humanos y soberanía popular: las concepciones liberal y republicana”, in *Derechos y Libertades*, 3, trad. di J. González Amuchastegui, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid – Boletín Oficial del Estado, maggio-dicembre, 1994, pp. 215-230
- “Actions, Speech Acts, Linguistically Mediated Interactions and the Lifeworld [1988]”, in ID., *On the Pragmatics of Communication*, ed. by M. COOKE, MIT Press, Cambridge (Mass.), 1998

- *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia* [1992], ed. digitale, Laterza, Roma-Bari, 2013
- “Three Normative Models of Democracy”, in *Constellations*, 1, 1, 1994, pp. 1-10
- “Reconciliation Through the Public use of Reason: Remarks on John Rawls’s Political Liberalism”, in *The Journal of Philosophy*, 92, 3, 1995, pp. 109-131
- HADDAD, S., “Jacques Derrida”, in A.D. SHRIFT (ed.) *The History of Continental Philosophy*, The University of Chicago Press, Chicago, 2010, vol. VI: *Poststructuralism and Critical Theory’s Second Generation*, ed. by A.D. SHRIFT, pp. 111-131
- HAIMAN, F., *“Speech Acts” and the First Amendment*, Southern Illinois University Press, Chicago, 1993
- HALE, B.; WRIGHT, C. (eds.), *A Companion to the Philosophy of Language*, Blackwell, Oxford, 2001
- HALION, K., “Parasitic Speech Acts: Austin, Searle, Derrida”, in *Philosophy Today*, 36, 2, 1992, pp. 161-172
- HALL, S., “Signification, Representation, Ideology: Althusser and the Post-Structuralist Debates”, in *Critical Studies in Mass Communication*, 2, 2, 1985, pp. 91-114
- HAMOWY, R. (ed.), *The Encyclopedia of Libertarianism*, SAGE Publications, Thousand Oaks (Cal.), 2008
- HAMPSHIRE, S., “J. L. Austin”, in R. RORTY (ed.), *The Linguistic Turn. Recent Essays in Philosophical Method*, The University of Chicago Press, Chicago and London, 1967, pp. 239-247
- HANKIVSKY, O.; JORDAN-ZACHERY, J.S., (eds.), *The Palgrave Handbook of Intersectionality in Public Policy*, Palgrave Macmillan, London-New York, 2019
- HANSEN, B., *Critique of Violence. Between Poststructuralism and Critical Theory*, Routledge, London, 2000
- HARASZTI, M., “Foreword: Hate Speech and the Coming Death of the International Standard before It Was Born (Complaints of a Watchdog)”, in M. HERZ, P. MOLNAR (eds.), *The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. XIII-XVIII
- HARE, I.; WEINSTEIN, J. (eds.), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, Oxford, 2009
- HARRINGTON, J., *The Commonwealth of Oceana and A System of Politics* [1656], ed. by J.G.A. Pocock, Cambridge University Press, Cambridge, 1992
- HART, H.L.A., “Rawls on Liberty and Its Priority”, in *The University of Chicago Law Review*, 40, 1973, pp. 534-555
- HARTZ, L., *The Liberal Tradition in America: An Interpretation of American Political Thought Since the Revolution*, Harcourt Brace, New York, 1955
- HAY, D.; LINEBAUGH, P.; RULE, J.G.; THOMPSON, E.P.; WINSLOW, C. (eds.), *Albion’s Fatal Tree. Crime and Society in Eighteenth-Century England*, Random House, New York, 1976
- HEINS, M., “Banning Words: A Comment on “Words That Wound””, in *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 18, 1983, pp. 525-584

- HEINZE, E., "Hate Speech and the Normative Foundations of Regulation", in *International Journal of Law in Context*, 9, 4, 2013, pp. 590-617
- *Hate Speech and Democratic Citizenship*, Oxford University Press, Oxford, 2016
- "Toward a Legal Concept of Hatred: Democracy, Ontology, and the Limits of Deconstruction", in TH. BRUDHOLM, B. SCHEPELERN JOHANSEN, *Hate Politics Law. Critical perspectives on combating hate*, Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 94-112
- HELD, D., *Models of Democracy*, II ed., Polity Press, Cambridge, 1996
- HELLMAN, D.; MOREAU, S. (eds.), *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013
- HEMMER, J.J. JR., *The Supreme Court and the First Amendment*, Praeger Publishers, New York, 1986
- HERZ, M., MOLNAR, P. (eds.), *The Content and Context of Hate Speech. Rethinking Regulation and Responses*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012
- HERZOG, D., "Some questions for republicans", in *Political Theory*, 14, 1986, pp. 473-493
- HEYMAN, S.J., "Righting the Balance: An Inquiry into the Foundations and Limits of Freedom of Expression", in *Boston University Law Review*, 78, 1998, pp. 1275-1392
- *Free Speech and Human Dignity*, Yale University Press, New Haven (CT), 2008
- "Hate Speech, Public Discourse, and the First Amendment", in I. HARE, J. WEINSTEIN (eds.), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, Oxford, pp. 158-181
- HIMMELFARB, G., *On Liberty and Liberalism. The case of John Stuart Mill*, Alfred A. Knopf, New York, 1974
- HILLIS MILLER, J., "Performativity as Performance, Performativity as Speech Act: Derrida's Special Theory of Performativity", in *South Atlantic Quarterly*, 106, 2, 2007, pp. 219-235
- HOBBS, TH., *Leviathan* [1651], ed. by C.B. MACHPHERSON, Penguin, Harmondsworth, 1968
- HOLMES, O.W., *Los votos discrepantes del Juez O.W. Holmes*, estudio preliminar y traducción de C. ARJONA SEBASTIÀ, Iustel, Madrid, 2006
- HOLMES, S., "Waldron, Machiavelli, and Hate Speech", in M. HERZ, P. MOLNAR (eds.), *The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 345-351
- HOLMES, S.; SUNSTEIN, C.R., *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, Norton & Company, New York-London, 1999
- HONNETH, A., *The Struggle for Recognition*, Polity Press, Cambridge, 1996
- HONOHAN, I., *Civic Republicanism*, Routledge, London and New York, 2002
- HONOHAN, I.; JENNINGS, J. (eds.), *Republicanism in Theory and Practice*, Routledge, New York, 2006
- HONOHAN, I., "Republicans, Rights, and Constitutions: Is Judicial Review Compatible with Republican Self-Government?", in S. BESSON, J.L. MARTÍ, *Legal Republicanism. National and International Perspectives*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 83-101

- HORNSBY, J. "Things done with words", in J. DANCYM, J.M.E. MORAVCSIK, C.C.W. TAYLOR (eds.), *Human Agency. Language, duty and value*, Stanford University Press, Stanford, 1988, pp. 27-46
- "Illocution and its significance", in S. TSOHATZIDIS (ed.), *Foundations of Speech Act Theory: Philosophical and Linguistic Perspectives*, Routledge, London, 1994, pp. 187-207
- "Collectives and Intentionality", in *Philosophy and Phenomenological Research*, 57, 2, 1997, pp. 429-434
- "Speech Acts and Performatives", in E. LEPORE, B.C. SMITH (eds.), *The Oxford Handbook of Philosophy of Language*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 839-909
- HORNSBY, J.; LANGTON, R., "Free Speech and Illocution", *Legal Theory*, 4, 1998, pp. 21-37
- HOROWITZ, M.J., "Republicanism and Liberalism in American Constitutional Thought", in *William & Mary Law Review*, 29, 1987, pp. 57-74
- HOWARD, E., *Freedom of Expression and Religious Hate Speech in Europe*, Routledge, London-New York, 2018
- HUDSON, W.D., *La filosofia moral contemporánea* [1970], Alianza Universidad, Madrid, 1974, in part. le pp. 237-308
- HULLIUNG, M., *Citizens and citoyens: republicans and liberals in America and France*, Harvard University Press, Cambridge, 2002
- IGNATIEFF, M. (ed.), *American Exceptionalism and Human Rights*, Princeton University Press, Princeton-Oxford, 2005
- IRTI, N., *I 'cancelli delle parole' intorno a regole, principi, norme*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015
- ISAAC, J., "Liberalism and Republicanism", in *History of Political Thought*, 9, 1988, pp. 349-377
- ITZIN, C. (ed.), *Women, Violence and Civil Liberties*, Oxford University Press, Oxford, 1993
- IVISON, D., "Republican Human Rights?", in *European Journal of Political Theory*, 9, 1, 2010, pp. 31-47
- JACOBS, J., POTTER, K., *Hate Crimes: Criminal Law and Identity Politics*, Oxford University Press, Oxford, 1998
- JACOBSON, D., "Freedom of Speech Acts? A Response to Langton", in *Philosophy & Public Affairs*, 24, 1, 1995, pp. 64-79
- "Mill on Liberty, Speech, and the Free Society", in *Philosophy and Public Affairs*, 29, 3, 2000, pp. 276-309
- JAKOBSON, R., *Saggi di linguistica generale*, Feltrinelli, Milano, 1996
- JENKINS, F., "The Heeding of Differences: On Foreclosure and Openness in a Politics of the Performative", in *Constellations: An International Journal of Critical and Democratic Theory*, 8, 3, 2001, pp. 364-375

- KAGAN, SH., *Normative Ethics*, Westview Press, Boulder (Colorado), 1998
- KAIRYS, D. (ed.), *The Politics of Law: A Progressive Critique*, III ed., Basic Books, New York, 1998
- KALVEN, H., “The Metaphysics of the Law of Obscenity”, in *The Supreme Court Review*, 1, 1960, pp. 1-45
- KANOUSE, B.C., “The Post-Structural Effect on the Life-World: Re-Thinking Critical Subjectivity and Ethics Through Existential Performance and the Constitutive Power of Performativity”, in A.T. SYMIENIECKA (ed.), *Analecta Husserliana. The Yearbook of Phenomenological Research*, Springer, London, 2009, pp. 315-334
- KARST, K.L., “Boundaries and Reasons: Freedom of Expression and the Subordination of Groups”, in *University of Illinois Law Review*, 95, 1990, pp. 95-149
- “Equality as a Central Principle in the First Amendment”, in J.H. GARVEY, F. SCHAUER, (eds.) *The First Amendment: A Reader*, J.H. GARVEY, F. SCHAUER, (eds.) *The First Amendment: A Reader*, West Publishing Co., St. Paul (Minn.), 1992, pp. 208-211
- KATEB, G., “A Reading of *On Liberty*”, in J.S. MILL, *On Liberty* [1859], ed. by D. BROMWICH and G. KATEB, with essays by J.B. ELSHTAIN, O. FISS, R.A. POSNER, J. WALDRON, Yale University Press, New Haven and London, 2003, pp. 28-66.
- KAUFMAN, G.A., *Odium dicta. Libertad de expresión y protección de grupos discriminados en internet*, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México, 2015
- KEANE, D., “Attacking Hate Speech under Article 17 of the European Convention on Human Rights”, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 25, 4, 2007, pp. 641-663
- KELLOW, G.C.; LEDDY, N., *On Civic Republicanism. Ancient Lessons for Global Politics*, University of Toronto Press, Toronto, 2016
- KELSEN, H., *Essenza e valore della democrazia* [1920], a cura di A. CARRINO, Giappichelli, Torino, 2004
- KEMMERLING, A., “Speaker’s meaning”, in M. SBISÀ, K. TURNER, *Pragmatics of Speech Actions*, De Gruyter Mouton, Berlin-Boston, 2013, pp. 77-106
- KENAAN, H., “Language, philosophy and the risk of failure: rereading the debate between Searle and Derrida”, in *Continental Philosophy Review*, 35, 2002, pp. 117-133
- KENNEDY, R., *Nigger: The Strange Career of a Troublesome Word*, Vintage, New York, 2003
- KHAITAN, T., *A Theory of Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015
- KHAN, R.A., “Why Do Europeans Ban Hate Speech? A Debate Between Karl Loewenstein and Robert Post”, in *Hofstra Law Review*, 41, 3, 2013, pp. 545-585
- KIRBY, V., “When All That Is Solid Melts Into Language: Judith Butler and the Question of Matter”, in *International Journal of Sexuality and Gender Studies*, 7, 4, 2002, pp. 265-280
- *Judith Butler. Live Theory*, Continuum, London, 2006
- KISKA, R., “Hate Speech: A Comparison between the European Court of Human Rights and the United States Supreme Court Jurisprudence”, in *Regent University Law Review*, 25, 2012, pp. 107-151
- KISSINE, M., *From Utterances to Speech Acts*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013

- KOLTAY, A., *Freedom of Speech. The Unreachable Mirage*, Complex (Wolters Kluwer), Budapest, 2013
- KOVEL, J., *White Racism: A Psychohistory*, II ed., Columbia University Press, New York, 1984
- KNOWLES, H.J.; LICHTMAN, S.B. (eds.), *Judging Free Speech. First Amendment Jurisprudence of US Supreme Court Justices*, Palgrave Macmillan, New York, 2015
- KRAMER, M.H., *The Quality of Freedom*, Oxford University Press, Oxford, 2003
- “Liberty and Domination”, in C. LABORDE, J. MAYNOR (eds.), *Republicanism and Political Theory*, Blackwell Publishing, Oxford, 2008, pp. 31-57
- KRAUSE, S., “Beyond Non-Domination: Agency, Inequality and the Meaning of Freedom”, in *Philosophy and Social Criticism*, 39, 2013, pp. 187-208
- KUKLA, R., “Performative Force, Convention, and Discursive Injustice”, in *Hypatia. A Journal of Feminist Philosophy*, 29, 2, 2014, pp. 440-457
- KUKLA, R.; LANCE, M., ‘Yo!’ and ‘Lo!’. *The Pragmatic Topography of the Space of Reasons*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2008
- KUHN, T.S., *The Structure of Scientific Revolutions*, University of Chicago Press, Chicago, 1970
- KUJUNDZIC, N.; BUSCHERT, W., “Staging The Life-World: Habermas and The Recuperation of Austin’s Speech Act Theory”, in *Journal for the Theory of Social Behaviour*, 23, 1, 1993, pp. 105-116
- KYMLICKA, W., “Liberal Equality”, in ID., *Contemporary Political Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 53-101
- “Libertarianism”, in ID., *Contemporary Political Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 102-165
- KYUMAN KIM, D., “The Agency That Difference Makes. Judith Butler’s Theory of Performativity and the Irony of the Political” in ID. (ed.), *Melancholic Freedom: Agency and the Spirit of Politics*, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 84-106
- KYUMAN KIM, D. (ed.), *Melancholic Freedom: Agency and the Spirit of Politics*, Oxford University Press, Oxford, 2007
- LABORDE, C.; MAYNOR, J., “The Republican Contribution to Contemporary Political Theory”, in ID. (eds.), *Republicanism and Political Theory*, Blackwell Publishing, Oxford, 2008, pp. 1-28
- (eds.), *Republicanism and Political Theory*, Blackwell Publishing, Oxford, 2008
- LABRIOLA, G.M.; ROMENO, F. (a cura di), *Niccolò Machiavelli e la tradizione giuridica europea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016
- LANGTON, R., “Speech Acts and Unspeakable Acts”, in *Philosophy and Public Affairs*, 22, 1993, pp. 305-330
- “Beyond Belief: Pragmatics in Hate Speech and Pornography”, in I. MAITRA, M.K. GOWAN (eds.), *Speech and Harm: Controversies over Free Speech*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 72-93
- “The Authority of Hate Speech”, in J. GARDNER, L. GREEN, B. LEITER, *Oxford Studies in Philosophy of Law*, vol. III, Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 123-152

- LANGTON, R.; HASLANGER, S.; ANDERSON, L., "Language and Race", in G. RUSSELL, D. GRAFF FARA (eds.), *The Routledge Companion to Philosophy of Language*, Routledge, London, 2012, pp. 753-767
- LARMORE, CH., "Liberal and Republican Conceptions of Freedom", in D. WEINSTOCK, C. NADEAU (eds.), *Republicanism: History, Theory and Practice*, Frank Cass Publishers, London, 2004, pp. 83-103
- LAVRYSEN, L., *Human Rights in a Positive State: Rethinking the Relationship between Positive and Negative Obligations under the European Convention on Human Rights*, Intersentia, Cambridge, 2016
- LAWRENCE III, CH.R., "The Id, the Ego, and Equal Protection: Reckoning with Unconscious Racism", in *Stanford Law Review*, 39, 1987, pp. 317-388
- "If He Hollers Let Him Go: Regulating Racist Speech on Campus", in *Duke Law Journal*, 1990, pp. 431-483
- "Cross Burning and the Sound of Silence: Antisubordination Theory and the First Amendment", in *Virginia Law Review*, 37, 1992, pp. 787-804
- LA TORRE, M., *Norme, istituzioni, valori: per una teoria istituzionalistica del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1999
- "Ota Weinberger, Neil MacCormick e il neoistituzionalismo giuridico", in GF. ZANETTI (a cura di), *Filosofi del diritto contemporanei*, Raffaello Cortina, Milano, 1999, cit., pp. 1-31
- LA TORRE, M.; LALATTA COSTERBOSA, M., *Legalizzare la tortura? Ascesa e declino dello Stato di diritto*, Il Mulino, Bologna, 2013
- LE MIRE, P., "Article 17", in L.E. PETTITI, E. DECAUX, P.H. IMBERT (eds.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Economica, Paris, 1995, pp. 509-522
- LEEZENBERG, M., "Power in speech actions", in M. SBISÀ, K. TURNER, *Pragmatics of Speech Actions*, De Gruyter Mouton, Berlin-Boston, 2013, pp. 287-312
- LEPORE, E.; SMITH, B.C. (eds.), *The Oxford Handbook of Philosophy of Language*, Oxford University Press, Oxford, 2008
- LEVIN, A., *The Cost of Free Speech. Pornography, Hate Speech, and their Challenge to Liberalism*, Palgrave MacMillan, New York, 2010
- LEWIS, A., *Freedom for the Thought that We Hate. A Biography of the First Amendment*, Basic Books, New York, 2007
- LEWIS, D., "Mill and Milquetoast," in G. DWORKIN (ed.), *Mill's On Liberty: Critical Essays*, Rowan & Littlefield, Lanham, 1997, pp. 152-171
- LEWIS, F.P. "Oliver Wendell Holmes Jr. and the "Marketplace of Ideas": Experience Proves To Be the "Life of the Law", in H.J. KNOWLES, S.B. LICHTMAN (eds.), *Judging Free Speech. First Amendment Jurisprudence of US Supreme Court Justices*, Palgrave Macmillan, New York, 2015, pp. 27-48
- LINDE, H.A., "Clear and Present Danger" Reexamined: Dissonance in the Brandenburg Concerto", in J.H. GARVEY, F. SCHAUER, (eds.) *The First Amendment: A Reader*, West Publishing Co., St. Paul (Minn.), pp. 203-208

- LLOYD, M., "Performativity, Parody, Politics", in *Theory, Culture & Society*, 16, 2, 1999, pp. 195-213
- *Judith Butler: From Norms to Politics*, Polity Press, Cambridge, 2007
- (ed.), *Butler and Ethics*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2015
- LOCKE, J., *A Letter Concerning Toleration* [1685], in ID., *Two Treatises of Government and A Letter Concerning Toleration*, ed. by I. SHAPIRO, with essays by J. Dunn, R.W. Grant, I. Shapiro, Yale University Press, New Haven and London, 2003, pp. 211-254
- LOEWENSTEIN, K., "Militant Democracy and Fundamental Rights I and II", in *American Political Science Review*, 31, 1937, pp. 417-432 (Part I); pp. 638-658 (Part II)
- LOIZIDOU, E., *Judith Butler. Ethics, Law, Politics*, Routledge-Cavendish, New York, 2007
- "The Body Figural and Material in the Work of Judith Butler", in *The Australian Feminist Law Journal*, 28, 2008, pp. 29-51
- "Butler and Life. Law, sovereignty, power", in T. CARVER, S.A. CHAMBERS (eds.), *Judith Butler's Precarious Politics. Critical Encounters*, Routledge, New York, 2008, pp. 145-156
- LOVE, N., "Searle on Language", in *Language & Communication*, 19, 1999, pp. 9-25
- LOVELL, T., "Resisting with Authority: Historical Specificity, Agency and the Performative Self", in *Theory, Culture & Society*, 20, 1, 2003, pp. 1-17
- LOVETT, F., *A General Theory of Domination & Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2010
- "The republican critique", in S. WALL (ed.), *The Cambridge Companion to Liberalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, pp. 381-400
- LOVETT, F.; PETTIT, PH., "Neorepublicanism: A Normative and Institutional Research Program", in *Annual Review of Political Science*, 12, 2009, pp. 11-29
- LOXLEY, J., *Performativity*, Routledge, London, 2007
- LUTZ, H.; HERRERA VIVAR, M.T.; SUPIK, L. (eds.), *Framing Intersectionality. Debates on a Multi-Faceted Concept in Gender Studies*, Ashgate, Farnham (UK), 2011
- MACCORMICK, N.; WEINBERGER, O., *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*, D. Reidel Publishing, Dordrecht, 1992
- MACINTYRE, A., *After Virtue. A Study in Moral Theory*, Duckworth&co., London, 1981
- MACLURE, J., "The Regulation of Hateful and Hurtful Speech: Liberalism's Uncomfortable Predicament", in *McGill Law Journal*, 63, 1, 2017, pp. 133-154
- MACKINNON, C.A., "Not a Moral Issue", in *Yale Law and Policy Review*, 2, 2, 1984, pp. p. 321-345
- *Feminism Unmodified*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1987
- *Only Words*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1993
- MACPHERSON, C.B., *Democratic Theory: Essays in Retrieval*, Oxford University Press, Oxford, 1973
- MAFFETTONE, S., "Repubblicanesimo", in *Filosofia e questioni pubbliche*, 5, 1, 2000, pp. 49-69

- MAGRIN, G., *La repubblica dei moderni. Diritti e democrazia nel liberalismo rivoluzionario*, FrancoAngeli, Milano, 2007
- MAILLAND, J., “*The Blues Brothers and the American Constitutional Protection of Hate Speech: Teaching the Meaning of the First Amendment to Foreign Audiences*”, in *Michigan State International Law Review*, 21, 2, 2013, pp. 451-468
- MAITRA, I., “Subordinating Speech”, in I. MAITRA, M.K. GOWAN (eds.), *Speech and Harm: Controversies over Free Speech*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 94-118
- MAITRA, I.; GOWAN, M.K. (eds.), *Speech and Harm: Controversies over Free Speech*, Oxford University Press, Oxford, 2012
- MALEM SEÑA, J.F., “Pornografía y feminismo radical”, in *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 12, 1992, pp. 177-211
- MANETTI, M., “L’incitamento all’odio razziale tra realizzazione dell’eguaglianza e difesa dello Stato”, in A. Di GIOVINE (a cura di), *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 103-137
- MARTEL, J.R., “When the Call Is Not Meant for You: Misinterpellation, Subjectivity, and the Law”, in *Philosophy and Rhetoric*, 48, 4, 2015, pp. 494-515
- MARTÍN HERRERA, D., *Extreme speech y libertad de expresión. Análisis de la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema estadounidense*, Dykinson, Madrid, 2018
- MARTÍNEZ-TORRÓN, J., “La tragedia de *Charlie Hebdo*: algunas claves para un análisis jurídico”, in *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 50, 2015, pp. 22-31
- MARTINICH, A.P.; SOSA, D. (eds.), *A Companion to Analytic Philosophy*, Blackwell, London, 2001
- MARX, K., *Capital* [1867; 1885; 1894], 3. voll., Progress Publishers, Moscow, 1965
- MATSUDA, M.J., “Public Response to Racist Speech: Considering the Victim’s Story”, in *Michigan Law Review*, 87, 1989, pp. 2320-2381
- “When the First Quail Calls: Multiple Consciousness as Jurisprudential Method”, in *Women’s Rights Law Reporter*, 11, 1989, pp. 7-10
- MATTARELLI, S., “Repubblicanesimo tra teoria, storia e prassi”, in *Il pensiero mazziniano*, 55, 3, 2000, pp. 114-117
- “Sui doveri”, in ID. (a cura di), *Il senso della Repubblica. Frontiere del repubblicanesimo*, FrancoAngeli, Milano, 2007, pp. 61-63
- MAYNOR, J.W., *Republicanism in the Modern World*, Polity Press, Cambridge, 2003
- MAYNOR, J., “Modern republican democratic contestation. A model of deliberative democracy”, in I. HONOHAN, J. JENNINGS, (eds.), *Republicanism in Theory and Practice*, Routledge, New York, 2006, pp. 125-139
- MACCALLUM, G.C. JR., “Negative and Positive Freedom”, in *The Philosophical Review*, 76, 3, 1967, pp. 312-334
- “Negative and Positive Freedom”, in P. LASLETT, W.G. RUNCIMAN, Q. SKINNER (eds.), *Philosophy, Politics and Society*, Oxford University Press, Oxford, 1972, pp. 174-193

- MAHADEVAN, K., "Wounding Words and Speech Acts: Between Habermas and Butler", in *Atenea. Revista bilingüe de las humanidades y las ciencias sociales*, 27, 2, 2007, pp. 9-32
- MANN, B., *Women's liberation and the sublime: Feminism, postmodernism, environment*, Oxford University Press, New York, 2006
- MARCUS, K.L., "Higher Education, Harassment, and First Amendment Opportunism", in *William and Mary Bill of Rights Journal*, 16, 2008, pp. 1025-1059
- MARTÍNEZ GARCÍA, J.I., "Los derechos humanos y el poder del lenguaje", in *Derechos y Libertades*, 4, 7, 1999, pp. 335-357
- MASSEY, C.R., "Hate Speech, Cultural Diversity, and the Foundational Paradigms of Free Expression", in *University of California Law Review*, 40, 1992, pp. 103-197
- MAY, V.M., *Pursuing Intersectionality, Unsettling Dominant Imaginaries*, Routledge, London-New York, 2015
- MCCORMICK, J.P., "Republicanism and Democracy", in A. NIEDERBERGER, P. SCHINK, *Republican Democracy. Liberty, Law and Politics*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2013, pp. 89-127
- MCGONAGLE, T., "A Survey and Critical Analysis of Council of Europe Strategies for Countering 'Hate Speech'", in M. HERZ, P. MOLNAR (eds.), *The Content and Context of Hate Speech. Rethinking Regulation and Responses*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 456-498
- MCGOWAN, M.K., "Conversational Exercitives and the Force of Pornography", in *Philosophy and Public Affairs*, 31, 2003, pp. 155-189
- "Conversational Exercitives: Something Else We Do with Our Words", in *Linguistics and Philosophy*, 27, 2004, pp. 93-111
- "On 'Whites Only' Signs and Racist Hate Speech: Verbal Acts of Racial Discrimination", I. MAITRA, M.K. GOWAN (eds.), *Speech and Harm: Controversies over Free Speech*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 121-145
- MCHANGAMA, J., "The Problem With Hate Speech Laws", in *The Review of Faith & International Affairs*, 13, 1, 2015, pp. 75-82
- MCMANARA, L., *Human Rights Controversies: The Impact of Legal Form*, Routledge-Cavendish, Abingdon, 2007
- MCNAY, L., "Subject, Psyche and Agency: the work of Judith Butler", in *Theory, Culture & Society*, 16, 2, 1999, pp. 175-193
- MEDINA, J., *Speaking from Elsewhere. A Nex Contextualist Perspective on Meaning, Identity, and Discursive Agency*, State University of New York Press, Albany, 2006
- "The Performative Turn and the Emergence of Post-Analytic Philosophy", in A.D. SHRIFT (ed.) *The History of Continental Philosophy*, The University of Chicago Press, Chicago, 2010, vol. VII, *After Poststructuralism: Transitions and Transformations*, ed. by R. BRAIDOTTI, The University of Chicago Press, Chicago, 2010, pp. 275-305
- MEEHAN, J. (ed.), *Feminists Read Habermas: Gendering the Subject of Discourse*, Routledge, New York, 1995

- MEIKLEJOHN, A., *Free Speech and Its Relation to Self-Government*, Harper Brothers Publishers, New York, 1948
- “The First Amendment Is an Absolute”, in *The Supreme Court Review*, 1961, pp. 245-266
- *Political Freedom: The Constitutional Powers of the People*, Oxford University Press, Oxford, 1965
- MELANDRI, E., *La linea e il circolo. Saggio sull’analogia*, Il Mulino, Bologna, 1986
- MELLONI, A.; CADEDDU, F.; MELLONI, F., *Blasfemia, diritti e libertà: una discussione dopo le stragi di Parigi*, Il Mulino, Bologna, 2015
- MENDEL, T., “Does International Law Provide for Consistent Rules on Hate Speech?”, in M. HERZ, P. MOLNAR, *The Content and Context of Hate Speech. Rethinking Regulation and Responses*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 417-429
- MEZZETTI, L., “Valori, principi e regole”, in ID. (a cura di), *Principi costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 1-178
- MICHELMAN, F., “The Supreme Court 1985 Term. Foreword: Traces of Self-Government”, in *Harvard Law Review*, 100, 1986, pp. 4-77
- “Justification (and Justifiability) of Law in a Contradictory World”, in *Nomos*, 28, 1986, pp. 71-99
- “Law’s Republic”, in *The Yale Law Journal*, 97, 8, 1988, pp. 1493-1537
- “Conceptions of Democracy in American Constitutional Argument: The Case of Pornography Regulation”, in *Tennessee Law Review*, 291, 56, 1989, pp. 291-319
- MILL, J.S., *On Liberty* [1859], ed. by D. BROMWICH and G. KATEB, with essays by J.B. ELSHTAIN, O. FISS, R.A. POSNER, J. WALDRON, Yale University Press, New Haven and London, 2003
- MILLS, C., “Efficacy and Vulnerability: Judith Butler on Reiteration and Resistance”, in *Australian Feminist Studies*, 15, 32, 2000, pp. 265-279
- “Contesting the Political: Butler and Foucault on Power and Resistance”, in *Journal of Political Philosophy*, 11, 3, 2003, pp. 253-272
- MILTON, J., *Areopagitica* [1644], Arc Manor, Rockville (Maryland), 2008
- MOLNAR, P.; POST, R., “Interview with Robert Post”, in M. HERZ, P. MOLNAR (eds.), *The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 11-36
- MOLNAR, P.; STROSSEN, N., “Interview with Nadine Strossen”, in M. HERZ, P. MOLNAR (eds.), *The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 378-398
- MOON, R., “The Regulation of Racist Expression”, in E. COHEN-ALMAGOR (ed.), *Liberal Democracy and the Limits of Tolerance. Essays in Honour and Memory of Yitzbak Rabin*, Ann Arbor (Mich.), 2000, pp. 182-199
- MORALES SÁNCHEZ, J., “El discurso de odio e igualdad: ¿Los derechos humanos en juego?”, in C. BARROS LEAL, J. MORALES SÁNCHEZ (coord.), *Serie Estudios en Ciencias Penales y Derechos Humanos*, tomo VI, en homenaje a Antonio Sánchez Galindo, Expressão Gráfica e Editora, Fortaleza, 2017, pp. 299-332

- MORAN, D., "Analytic Philosophy and Continental Philosophy: Four Confrontations", in A.D. SHRIFT (ed.) *The History of Continental Philosophy*, The University of Chicago Press, Chicago, 2010, vol. IV, *Phenomenology: Responses and Developments*, ed. by L. LAW-LOR, The University of Chicago Press, Chicago, 2010, pp. 235-265
- MOURITSEN, P. "Four models of republican liberty and self-government", in I. HONOHAN, J. JENNINGS, (eds.), *Republicanism in Theory and Practice*, Routledge, New York, 2006, pp. 17-38
- MOWBRAY, A., *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Hart Publishing, London, 2004
- MULLIGAN, K., "Searle, Derrida, and the Ends of Phenomenology", in B. SMITH (ed.), *John Searle*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 261-286
- NADEAU, CH., "Non-Domination as a Moral Ideal", in D. WEINSTOCK, CH. NADEAU (eds.), *Republicanism: History, Theory and Practice*, Frank Cass Publishers, London, 2004, pp. 104-116
- NEALON, J.T., "Jokes and the Performative in Austin And Derrida; or, The Truth is a Joke?", in *Cultural Critique*, 95, 2017, p. 1-24
- NEIER, A., *Defending My Enemy: American Nazis, the Skokie Case, and the Risks of Freedom*, E.P. Dutton University Press, New York, 1979
- NELSON, L., "Engaging Butler. Subjects, Cernment, and the Ongoing Limits of Performativity" in M.R. GLASS, R. ROSE-REDWOOD (eds.), *Performativity, Politics, and the Production of Social Space*, Routledge, New York, 2014, pp. 61-94
- NIEDERBERGER, A.; SCHINK, P. (eds.), *Republican Democracy. Liberty, Law and Politics*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2013
- NIELSEN, L.B., "Power in Public: Reactions, Responses, and Resistance to Offensive Public Speech", in I. MAITRA, M.K. MCGOWAN, *Speech & Harm. Controversies Over Free Speech*, cit., pp. 148-173
- NIETZSCHE, F., *On the Genealogy of Morals* [1887], translated by Walter Kaufmann, Vintage, New York, 1969
- NIEUWENHUIS, A., "A Positive Obligation under the ECHR to Ban Hate Speech?", in *Public Law*, 2019, April Issue, pp. 326-342
- NORRIS, CH., *Deconstruction: Theory and Practice*, Methuen, London, 1982
- "Home Thoughts from Abroad: Derrida, Austin, and the Oxford Connection", in *Philosophy and Literature*, 10, 1, 1986, pp. 1-25
- NOZICK, R., *Anarchy, State, and Utopia*, Basic Books, New York, 1974
- NUSSBAUM, C., "Habermas on Speech Acts. A Naturalistic Critique", in *Philosophy Today*, 42, 2, 1998, pp. 126-145
- NUSSBAUM, M., "The Professor of Parody: The Hip, Defeatist Feminism of Judith Butler", in *New Republic*, 22 February 1999, pp. 37-45
- *Women and Human Development: The Capabilities Approach*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000

- OETHEIMER, M., "Protecting Freedom of Expression: The Challenge of Hate Speech in the European Court of Human Rights Case Law", in *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, 17, 2009, pp. 427-443
- O'BRIEN, D.M., *Congress Shall Make No Law. The First Amendment, Unprotected Expression, and the Supreme Court*, Rowman & Littlefield Publishers, Plymouth, 2010
- O'CONNOR, T.; SANDIS, C (eds.), *A Companion to the Philosophy of Action*, Blackwell, Oxford, 2010
- O'LEARY, T., "Michel Foucault", in A.D. SHRIFT (ed.) *The History of Continental Philosophy*, The University of Chicago Press, Chicago, 2010, vol. VI: *Poststructuralism and Critical Theory's Second Generation*, ed. by A.D. SHRIFT, pp. 67-89
- OVEJERO LUCAS, F., "Republicanism: el lugar de la virtud", in *Isegoría*, 33, 2005, pp. 99-125
- OYEDIRAN, J., "Article 13(5) of the American Convention on Human Rights", in S. COLIVER (ed.), *Striking a Balance. Hate Speech, Freedom of Expression and Non-discrimination*, Article 19, London and Human Rights Centre, University of Essex, 1992, pp. 33-34
- PAREKH, B., *Rethinking Multiculturalism: Cultural Diversity and Political Theory*, Palgrave, Basingstoke, 2006
- "Is There a Case for Banning Hate Speech?" in M. HERZ, P. MOLNAR, *The Content and Context of Hate Speech. Rethinking Regulation and Responses*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 37-56
- PARIS, M.; MCMAHON, K.J., "Absolutism and Democracy: Hugo L. Black's Free Speech Jurisprudence", in H.J. KNOWLES, S.B. LICHTMAN (eds.), *Judging Free Speech. First Amendment Jurisprudence of US Supreme Court Justices*, Palgrave Macmillan, New York, 2015, pp. 75-98
- PARTSCH, K.J., "Racial Speech and Human Rights: Article 4 of the Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination", in S. COLIVER (ed.), *Striking a Balance. Hate Speech, Freedom of Expression and Non-discrimination*, Article 19, London and Human Rights Centre, University of Essex, 1992, pp. 21-28
- PATTEN, A., "The Republican Critique of Liberalism", in *British Journal of Political Science*, 26, 1996, pp. 25-44
- PAYNE, M., "Introduction", in S. CAVELL, *Philosophical Passages: Wittgenstein, Emerson, Austin, Derrida*, Blackwell, Cambridge (Mass.), 1995, pp. 5-6
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Humanitarismo y solidaridad social como valores de una sociedad avanzada*, Caritas/ONCE, Madrid, 1991
- "Desobediencia civil y objeción de conciencia", in ID., *Derecho y derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1993, pp. 371-392
- *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría general*, con la colaboración de R. De Asís Roig, Carlos R. Fernández Liesa, Ángel Llamas Cascón, Universidad Carlos III de Madrid – Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995
- "Ética pública—ética privada", in *Anuario de Filosofía del Derecho*, 14, 1997, pp. 531-544
- *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2002
- *Ética, Poder y Derecho. Reflexiones ante el fin de siglo* [1992], Fontamara, México, 2004

- PEÑA ECHEVERRÍA, F.J., *La filosofía política de Espinosa*, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Valladolid, 1989
- PÉREZ DE LA FUENTE, Ó., “Libertad de expresión y el caso del lenguaje del odio. Una aproximación desde la perspectiva norteamericana y la perspectiva alemana”, in *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 21, 2010, pp. 67-104
- “El enfoque español sobre lenguaje del odio”, in ID., J. OLIVA MARTÍNEZ (eds.), *Una discusión sobre identidad, minorías y solidaridad*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 133-155
- PERONA, A.J., “La política como resistencia, la vulnerabilidad y algunos cabos sueltos», in *Isegoría*, numero speciale su *Judith Butler: política y performatividad*, 56, 2017,, pp. 89-108
- PERRY, B., *In the name of hate: understanding hate crimes*, Routledge, New York-London, 2001
- PETERSON, A., *Civic Republicanism and Civic Education. The Education of Citizens*, Palgrave Macmillan, London, 2011
- PETTIT, PH., “Negative Liberty. Liberal and Republican”, in *European Journal of Philosophy*, 1, 1, 1993
- *The Common Mind. An Essay on Psychology, Society, and Politics*, Oxford University Press, Oxford, 1993
- “Liberal/Communitarian: MacIntyre’s Mesmeric Dichotomy”, in J. HORTON, S. MENDUS (eds.), *After MacIntyre*, Polity Press, Oxford, 1994, pp. 176-204
- “Freedom as Antipower”, in *Ethics*, 106, 3, 1996, pp. 576-604
- *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*, Oxford University Press, New York, 1997
- *Il Repubblicanesimo. Una teoria della libertà e del governo*, Prefazione di Marco Geuna, Traduzione di Paolo Costa, con un *Poscritto del 1999*, Feltrinelli, Milano, 2000
- “La teoria repubblicana sulla libertà e sul governo”, ne *Il pensiero mazziniano*, 55, 3, 2000, pp. 109-113
- “Consequentialism”, in P. SINGER (ed.), *A Companion to Ethics*, Blackwell, Oxford, 2000, pp. 230-240
- *A Theory of Freedom: From the Psychology to the Politics of Agency*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001
- *Republicanism. A Theory of Freedom and Government* [1997], Clarendon Press, Oxford, 2002
- “Keeping Republican Freedom Simple. On a Difference with Quentin Skinner”, in *Political Theory*, 30, 3, 2002, pp. 339-356
- “Discourse Theory and Republican Freedom”, in D. WEINSTOCK, CH. NADEAU (eds.), *Republicanism: History, Theory and Practice*, Frank Cass Publishers, London, 2004, pp. 62-82
- *Examen a Zapatero*, Temas de Hoy, Madrid, 2008
- “The Basic Liberties”, in M.H. KRAMER, C. GRANT, B. COLBURN, A. HATZISTAVROU (eds.), *The Legacy of H.L.A. Hart: Legal, Political, and Moral Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 201-221

- “Republican Freedom: Three Axioms, Four Theorems”, in C. LABORDE, J. MAYNOR (eds.), *Republicanism and Political Theory*, Blackwell Publishing, Oxford, 2008, pp. 102-130
 - “Law and Liberty”, in S. BESSON, J.L. MARTÍ, *Legal Republicanism*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 39-59
 - “Freedom in the Spirit of Sen”, in C. MORRIS (ed.), *Amartya Sen*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 91-114
 - *On the People’s Terms. A Republican Theory and Model of Democracy*, Oxford University Press, Oxford, 2012
 - “Two Republican Traditions”, in A. NIEDERBERGER, P. SCHINK, *Republican Democracy. Liberty, Law and Politics*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2013, pp. 169-204
- PINO, G., “Principi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici”, in *Giurisprudenza costituzionale*, 56, 1, 2011, pp. 965-997
- “Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero”, in *Politica del Diritto*, 39, 2, 2008, pp. 287-305
- PINZANI, A., “Gobierno de las leyes y/o gobierno de los ciudadanos. ¿Hay compatibilidad entre republicanismo y democracia liberal?”, in *Isegoría*, 33, 2005, pp. 77-97
- PLUNZE, C.; HARNISH, R.M., “Normativity and Speech Acts: On Alston on Illocutionary Rules”, in J.C. MAREK AND M.E. REICHER (eds.), *Contribution of the Austrian Wittgenstein Society. Proceedings of the 27th International Wittgenstein Symposium: Experience and Analysis*, Vienna, 2004, pp. 1-11
- POCOCK, J.G.A., *The Machiavellian Moment*, Princeton University Press, Princeton, 1975
- *Virtue, Commerce, and History*, Cambridge University Press, Cambridge, 1985
- POPPER, K., *The Open Society And Its Enemies*, Routledge, London, 1945
- PORCIELLO, A., “El principio de igualdad entre recursos, bienestar y oportunidades: proyectos teóricos y exigencias políticas”, in *Derechos y Libertades*, 32, 2015, pp. 17-47, in part. pp. 25-33
- POSNER, R., “On Liberty. A Revaluation”, in J.S. MILL, *On Liberty* [1859], ed. by D. BROMWICH and G. KATEB, with essays by J.B. ELSHTAIN, O. FISS, R.A. POSNER, J. WALDRON, Yale University Press, New Haven and London, 2003, pp. 197-207
- POST, R., “Between Governance and Management: The History and Theory of the Public Forum”, in *University of California Law Review*, 34, 1987, 1713-1835
- “The Constitutional Concept of Public Discourse: Outrageous Opinion, Democratic Deliberation, and *Hustler Magazine v. Falwell*”, in *Harvard Law Review*, 103, 3, 1990, pp. 601-686
 - “Racist Speech, Democracy, and the First Amendment”, in *William and Mary Law Review*, 32, 1991, pp. 267-327
 - “Recuperating First Amendment Doctrine”, in *Stanford Law Review*, 47, 1995, pp. 1249-1281
 - *Constitutional Domains: Democracy, Community, Management*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1995
 - “Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence”, in *California Law Review*, 88, 2000, pp. 2353-2374

- “Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence”, in L. BOL-
LINGER, G. STONE (eds.), *Eternally Vigilant: Free Speech in the Modern Era*, University
of Chicago Press, Chicago, 2002
 - “Democracy and Equality”, in *Law, Culture, and the Humanities*, 1, 2005, pp. 142-153
 - “Hate Speech”, in I. HARE, J. WEINSTEIN (eds.), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford
University Press, Oxford, 2009, pp. 123-128
 - “Participatory Democracy and Free Speech”, in *Virginia Law Review*, 97, 2011, pp. 477-
490
- PROBYN, E., “Lesbians in Space: Gender, Sex and the Structure of Missing”, in *Gender, Place
and Culture: A Journal of Feminist Geography*, 2, 1, 1995, pp. 77-84
- QUILL, L., *Liberty after Liberalism. Civic Republicanism in a Global Age*, Palgrave Macmillan,
New York, 2006
- RABBAN, D., “The First Amendment in Its Forgotten Years”, in *Yale Law Journal*, 514, 90,
1981, pp. 514-595
- *Free Speech in Its Forgotten Years*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997
- RABOSI, E.A., “Locuciones e ilocuciones: Searle y Austin”, in *Revista Hispanoamericana de
Filosofía*, 6, 18, 1972, pp. 3-41
- RAFFEL, S., “Understanding Each Other: The Case of the Derrida-Searle Debate”, in *Human
Studies*, 34, 3, 2011, pp. 277-292
- RAJAGOPALAN, K., “On Searle [on Austin] on language”, in *Language & Communication*, 20,
2000, pp. 347-391
- RATTO TRABUCCO, F., “L’*hate speech* nell’esperienza dei *social networks* e della giurispru-
denza americana”, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 57, 2017, pp.
85-95
- RAWLS, J., “Teoría de la desobediencia civil”, in R.M. DWORKIN, *La filosofía del Derecho*,
FCE, México, 1980
- *A Theory of Justice* [1971], revised edition, The Belknap Press of Harvard University
Press, Cambridge (Mass.), 1999
- *Political Liberalism* [1993], Expanded edition, Columbia University Press, New York,
2005
- RAZ, J., *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986
- “Free Expression and Personal Identification”, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 11,
3, 1991, pp. 303-324
- “Rights and Individual Well-Being”, in *Ratio Juris*, 5, 2, 1992
- *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford Uni-
versity Press, Oxford, 1995
- “Rights and Politics”, in *Indiana Law Journal*, 7, 1, 1995, pp. 27-44
- REDISH, M.H., “The Value of Free Speech”, in *University of Pennsylvania Law Review*, 130,
1982, pp. 591-645

- REDISH, M.H.; LIPPMAN, G., “Freedom of Expression and the Civic Republican Revival in Constitutional Theory: The Ominous Implications”, in *California Law Review*, 79, 2, 1991, pp. 267-311
- RESTREPO, R., “Democratic Freedom of Expression”, in *Open Journal of Philosophy*, 3, 2013, pp. 380-390
- REVENGA SÁNCHEZ, M., *Libertad de expresión y discursos del odio*, «Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos», Universidad de Alcalá, Servicios de Publicaciones del Defensor del Pueblo, 12, 2015
- “Los discursos del odio y la democracia *adjetivada*: tolerante, intransigente, ¿militante?”, in ID. (dir.), *Libertad de expresión y discursos del odio*, «Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos», Universidad de Alcalá, Servicios de Publicaciones del Defensor del Pueblo, 12, 2015, pp. 15-32
- REVERTER-BAÑÓN, S., “Performatividad: la teoría especial y la general”, in *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*, 56, 2017, pp. 61-87
- REY MARTÍNEZ, F., “Discurso del odio y racismo líquido”, in M. REVENGA SÁNCHEZ (dir.), *Libertad de expresión y discursos del odio*, «Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos», Universidad de Alcalá, Servicios de Publicaciones del Defensor del Pueblo, 12, 2015, pp. 51-88
- RICHARDS, D.A.J, *Free Speech and the Politics of Identity*, Oxford University Press, Oxford, 1999
- RICHMOND, S., “Derrida and Analytical Philosophy: Speech Acts and their Force”, in *European Journal of Philosophy*, 4, 1, 1996, pp. 38-64
- RILEY, J., *Mill on Liberty*, Routledge, New York, 1998
- RIVA, N., *Eguaglianza delle opportunità*, Aracne, Roma, 2011
- RIVA, N., “Il principio del danno e le espressioni d’avversione o d’odio”, in *Biblioteca della libertà*, 54, 224, 2019, pp. 19-38
- RIVERA, J.C., *La libertad de expresión y las expresiones de odio*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009
- RIVERO, Á., “Republicanismo y neo-republicanismo”, in *Isegoría*, 33, 2005, pp. 5-17
- ROBBINS, *The Eighteenth-century Commonwealthmen*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1959
- RODGERS, D.T., “Republicanism: the Career of a Concept”, in *The Journal of American History*, 79, 1, 1992, pp. 11-38
- RODOTÀ, S., *Solidarietà. Un’utopia necessaria*, Laterza, Roma-Bari, 2014
- RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M., “Hate speech y sociedad de la información: la difusión del odio en Internet y las redes sociales”, in L. ALONSO, V. VÁZQUEZ (dirs.), *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio. Textos críticos*, Prólogo de Adela Cortina, Athenaica, Sevilla, 2017, pp. 129-143
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011

- RODRÍGUEZ URIBES, J.M. *Opinión pública. Concepto y modelos históricos*, Prólogo de Gregorio Peces-Barba Martínez, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales, Madrid-Barcelona, 1999
- ROGERS, M.L., “Republican Confusion and Liberal Clarification”, in *Philosophy & Social Criticism*, 34, 7, 2008, pp. 799-824
- ROLLNERT LIERN, G., “El discurso del odio: una lectura crítica de la regulación internacional”, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 115, pp. 81-109
- RORTY, R., (ed.), *The Linguistic Turn. Recent Essays in Philosophical Method*, The University of Chicago Press, Chicago and London, 1967
- ROSATI, M., “La libertà repubblicana”, in *Filosofia e questioni pubbliche*, 5, 1, 2000, pp. 121-137
- ROSENFELD, M., “Hate Speech in Constitutional Jurisprudence. A Comparative Analysis”, in M. HERZ, P. MOLNAR, *The Content and Context of Hate Speech. Rethinking Regulation and Responses*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 242-289
- RUBEN, D.-H., “John Searle’s The Construction of Social Reality”, in *Philosophy and Phenomenological Research*, 57, 2, 1997, pp. 443-447
- RUBENSTEIN, W., “Since When Is the Fourteenth Amendment Our Route to Equality? Some Reflections on the Construction of the “Hate Speech” Debate from a Lesbian/Gay Perspective”, in H.L. GATES JR. et al. (eds.), *Speaking of Race, Speaking of Sex: Hate Speech, Civil Rights, and Civil Liberties*, New York University Press, New York, 1994, pp. 280-299
- RUIZ RUIZ, R., “Participación política y libertad: un breve repaso histórico a la idea de democracia del Republicanismo clásico”, in *Revista de Estudios Jurídicos*, 6, 2005, pp. 153-187
- *La tradición republicana*, Dykinson, Madrid, 2006
- *Los orígenes del republicanismo clásico. Patrios Politeia y Res Publica*, Dykinson, Madrid, 2006
- “Pasado y presente del republicanismo cívico”, in *Derechos y Libertades*, 9, 13, pp. 189-216
- RUSSELL, G.; GRAFF FARA, D. (eds.), *The Routledge Companion to Philosophy of Language*, Routledge, London, 2012
- RUST, J., *John Searle and The Construction of Social Reality*, Continuum, London-New York, 2006
- RUTZICK, M.C., “Offensive Language and the Evolution of First Amendment Protection”, in *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 9, 1, 1974, pp. 1-28
- SAAVEDRA LÓPEZ, M., *La libertad de expresión en el Estado de Derecho. Entre la utopía y la realidad*, Ariel, Madrid, 1987
- SADOCK, J., “Speech Acts”, in L.R. HORN, G. WARD (eds.), *The Handbook of Pragmatics*, Blackwell, Oxford, 2006, pp. 53-73
- SALIH, S., *Judith Butler*, Routledge, London, 2002

- SALVADOR CODERCH, P., *El derecho de la libertad*, Centros de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., *La libertad de expresión*, Marcial Pons, Madrid, 1992
- SANDEL, M.J., “The Procedural Republic and the Unencumbered Self”, in *Political Theory*, 12, 1, 1984, pp. 81-96
 — *Democracy’s Discontent: America in Search of a Public Philosophy*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1996
- SARGEANT, M. (ed.), *Discrimination Law*, Pearson, Harlow, 2004
- SAU, R., *Il paradigma repubblicano. Saggio sul recupero di una tradizione*, FrancoAngeli, Milano, 2004
- SBISÀ, M., “Locution, Illocution, Perlocution”, in M. SBISÀ, K. TURNER, *Pragmatics of Speech Actions*, cit., pp. 25-75
- SBISÀ, M.; TURNER, K., *Pragmatics of Speech Actions*, De Gruyter Mouton, Berlin-Boston, 2013
- SCAFFARDI, L., *Oltre i confini della libertà di espressione. L’istigazione all’odio razziale*, CEDAM, Padova, 2009
- SCANLON, TH., “A Theory of Free Expression”, in *Philosophy and Public Affairs*, 1, 1972, pp. 204-226
 — “Freedom of Expression and Categories of Expression”, in *University of Pittsburg Law Review*, 40, 1979, pp. 519-550
- SCHAUER, F., “Fear, Risk, and the First Amendment. Unraveling the “Chilling Effect””, in *Boston University Law Review*, 58, 1978, pp. 685-732
 — *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, Cambridge University Press, Cambridge, 1982
 — “Slippery Slopes”, in *Harvard Law Review*, 99, 2, 1985, 361-383
 — “The Phenomenology of Speech and Harm”, in *Ethics*, 103, 4, 1993, pp. 135-153
 — “The Exceptional First Amendment”, in M. IGNATIEFF (ed.), *American Exceptionalism and Human Rights*, Princeton University Press, Princeton-Oxford, 2005, pp. 31-55
 — “Social Epistemology, Holocaust Denial, and the Post-Millian Calculus”, in M. HERZ E P. MOLNAR (eds.), *The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 129-143
- SCHINK, P., “Freedom, Control and the State”, in A. NIEDERBERGER, P. SCHINK, *Republican Democracy. Liberty, Law and Politics*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2013, pp. 205-232
- SCHIPPERS, B., *The Political Philosophy of Judith Butler*, Routledge, New York, 2014
- SCICHLONE, G., *Niccolò Machiavelli e la “Monarchia del turco”*, Liguori Editore, Napoli, 2002
 — *Terre incognite. Retorica e religione in Machiavelli*, FrancoAngeli, Milano, 2012
- SEARLE, J.R., “What is a Speech Act?”, in M. BLACK (ed.) *Philosophy in America*, Cornell University Press, London, 1965, pp. 221-239
 — *Speech Acts*, Cambridge University Press, Cambridge, 1969

- “Austin on Locutionary and Illocutionary Acts”, in I. BERLIN. (et al.), *Essays on J.L. Austin*, Clarendon Press, Oxford, 1973, pp. 141-160
- “A taxonomy of illocutionary acts”, in K. GUNDERSON (ed.), *Language, Mind and Knowledge*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1975, pp. 344-369
- “A Classification of Illocutionary Acts”, in *Language in Society*, 5, 1976, pp. 1-23
- “Reiterating the Differences: A Reply to Derrida”, in *Glyph*, 1, 1977, pp. 198-208
- *Expression and Meaning*, Cambridge University Press, Cambridge, 1979
- *Intentionality. An Essay in the Philosophy of Mind*, Cambridge University Press, Cambridge, 1983
- “How Performatives Work”, in *Linguistics and Philosophy*, 12, 1989, pp. 535-558
- “Collective Intentions and Actions”, in P.R. COHEN, M. POLLACK (eds.), *Intentions in Communication*, MIT Press, Cambridge (Mass.), 1990, pp. 401-415
- “Literary Theory and Its Discontents”, in *New Literary History*, 25, 1994, pp. 637-667
- *The Construction of Social Reality*, The Free Press, New York, 1995
- “Responses to Critics of The Construction of Social Reality”, in *Philosophy and Phenomenological Research*, 57, 2, 1997, pp. 449-458
- “J.L. Austin”, in A.P. MARTINICH, D. SOSA (eds.), *A Companion to Analytic Philosophy*, Blackwell, London, 2001, pp. 218-230
- *Consciousness and Language*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002
- “What is language: some preliminary remarks”, in S. TSOHATZIDIS (ed.), *John Searle’s Philosophy of Language. Force, meaning and mind*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, pp. 15-45
- SELDEN, R., “Speech Acts Theory and Literary Studies”, in ID. (ed.) *The Cambridge History of Literary Criticism*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995, pp. 347-374
- SELLERS, M.N.S., *The Sacred Fire of Liberty. Republicanism, Liberalism and the Law*, Palgrave Macmillan, 1998
- *Republican Legal Theory. The History, Constitution and Purposes of Law in a Free State*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2003
- SHALHOPE, R.E., “Toward a Republican Synthesis: The Emergence of an Understanding of Republicanism in American Historiography”, in *William and Mary Quarterly*, 29, 1872, pp. 49-80
- “Republicanism and Early American Historiography”, in *The William and Mary Quarterly*, 39, 2, 1982, pp. 334-356
- SHIFFRIN, S.H., “Freedom of Speech and Two Types of Autonomy”, in *Constitutional Commentary*, 27, 2011, pp. 337-345
- SHRIFT, A.D. (ed.) *The History of Continental Philosophy*, The University of Chicago Press, Chicago, 2010
- SICA, A., “The emergence of sociology and its theories: from Comte to Weber”, in A.D. SHRIFT (ed.), *The History of Continental Philosophy*, The University of Chicago Press, Chicago, 2010, vol. II, *Nineteenth-Century Philosophy: Revolutionary Responses to the Existing Order*, ed. by ALAN D. SCHRIFT, D. CONWAY (eds.), pp. 177-192
- SINGER, P. (ed.), *A Companion To Ethics*, Blackwell, Oxford, 1993

- SKINNER, Q., "Conventions and the Understandings of Speech Acts", in *The Philosophical Quarterly*, 20, 1970, pp. 118-138
- "On Performing and Explaining Linguistic Actions", in *The Philosophical Quarterly*, 21, 1971, pp. 1-21
- *The Foundations of Modern Political Thought*, 2 voll. Cambridge University Press, Cambridge, 1978.
- "Machiavelli on the Maintenance of Liberty", in *Politics*, 8, 2, 1983, pp. 3-15
- "The Idea of Negative Liberty: Philosophical and Historical Perspectives", in R. RORTY, J.B. SCHNEEWIND, Q. SKINNER (eds.), *Philosophy in History. Essays on the Historiography of Philosophy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1984, pp. 193-223
- "The Paradoxes of Political Liberty", in *The Tanner Lectures on Human Value*, VII, University of Utah Press, Salt Lake City, 1986
- "The Republican Ideal of Political Liberty", in G. BOCK., Q. SKINNER, M. VIROLI (eds.), *Machiavelli and Republicanism*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990, pp. 293-309
- *Machiavelli's Discorsi and the Pre-Humanist Origins of Republican Ideas*, in G. BOCK, Q. SKINNER, M. VIROLI (eds.), *Machiavelli and Republicanism*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990, pp. 121-141
- "Thomas Hobbes on the Proper Signification of Liberty", in *Transaction of the Royal Historical Society*, 40, 1990, pp. 121-151
- "Two Views on the Maintenance of Liberty", in PH. PETTIT, *Contemporary Political Theory*, Macmillan, New York, 1991, pp. 35-58
- "On Justice, the Common Good and the Priority of Liberty", in CH. MOUFFE (ed.), *Dimensions of Radical Democracy*, Verso, London, 1992, pp. 211-224
- "An Interview with Quentin Skinner", in *Cogito*, 11, 2, 1997, pp. 69-76
- *Liberty Before Liberalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998
- *La libertà prima del liberalismo* [1998], trad. it. di Marco Geuna, Einaudi, Torino, 2001
- "A Third Concept of Liberty", Isaiah Berlin Lecture, *Proceedings of the British Academy*, 117, 2002
- "Considerazioni sulla libertà repubblicana", in M. VIROLI (a cura di), *Libertà politica e virtù civile. Significati e percorsi del repubblicanesimo classico*, Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 2004, pp. 249-260
- "Freedom as the Absence of Arbitrary Power", in C. LABORDE, J. MAYNOR (eds.), *Republicanism and Political Theory*, Blackwell Publishing, Oxford, 2008, pp. 83-101
- SKINNER, Q.; CASADEI, TH., "Conseguire la libertà, promuovere l'uguaglianza. Intervista a Quentin Skinner", ne *Il pensiero mazziniano*, 55, 3, 2000, pp. 118-122
- SKJEI, E., "A comment on performative, subject, and proposition in Habermas's theory of communication", in *Inquiry*, 28, 2008, pp. 87-105
- SMITH, B. (ed.), *John Searle*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012
- "John Searle: From Speech Acts to Social Reality", in ID. (ed.), *John Searle*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 1-33
- SMITH, R.K., *International Human Rights Law*, 8th edition, Oxford University Press, Oxford, 2018
- SMOLLA, R.A., *Free Speech in an Open Society*, Vintage, New York, 1993

- SOLANKE, I., *Discrimination as Stigma. A Theory of Anti-Discrimination Law*, Bloomsbury, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2017
- SOLER, M.; FLECHA, R., “Desde los actos de habla de Austin a los actos comunicativos. Perspectivas desde Searle, Habermas y CREA”, in *Signos*, 43, 2, 2010, pp. 363-375
- SORIAL, S., “Free Speech, Autonomy and the Marketplace of Ideas”, in *Journal of Value Inquiry*, 44, 2010, pp. 167-183
- “Free Speech, Hate Speech, and the Problem of (Manufactured) Authority”, in *Canadian Journal of Law and Society*, 29, 1, 2013, pp. 59-75
- SPECTOR, C., “Montesquieu: Critique of Republicanism?”, in D. WEINSTOCK, C. NADEAU (eds.), *Republicanism: History, Theory and Practice*, Frank Cass Publishers, London, 2004, pp. 33-46
- SPIGNO, I., “Homofobia y transfobia: los discursos de odio contra las «minorías sexuales» en el ágora europea”, in L. ALONSO, V. VÁZQUEZ (dirs.), *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio. Textos críticos*, Prólogo de Adela Cortina, Athenaica, Sevilla, 2017, pp. 177-201
- *Discorsi d’odio. Modelli costituzionali a confronto*, Giuffrè, Milano, 2018
- SPINOZA, B., *Trattato teologico-politico*, Introduzione di Emilia Giancotti Boscherini, traduzione e commenti di Antonio Droetto ed Emilia Giancotti Boscherini, Einaudi, Torino, 1972, XX
- SPITZ, J.-F., “The Concept of Liberty in ‘A Theory of Justice’ and Its Republican Version”, in *Ratio Juris*, 7, 3, 1994, pp. 331-347
- “Le républicanisme, une troisième voie entre libéralisme et communautarisme?”, in *Le Banquet*, 2, 1995, pp. 215-238
- SPIVAK, G., “Revolutions that as yet have no model”, in *Diacritics*, 10, 1980, pp. 29-49
- STEFANCIC, J.; DELGADO, R., “A Shifting Balance: Freedom of Expression and Hate-Speech Restriction”, in *Iowa Law Review*, 78, 1993, pp. 737-750
- STONE, G.R., “Content-Neutral Restrictions”, in *The University of Chicago Law Review*, 54, 1987, pp. 46-118
- STRADELLA, E., “Odio razziale e libera manifestazione del pensiero negli Stati Uniti”, in D. TEGA (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela*, Armando Editore, Roma, 2011, pp. 118-132
- STRAEHLE, E., “Acción, performatividad y autoridad: reflexiones desde Arendt y Butler”, *Isegoría*, número especial su *Judith Butler: política y performatividad*, 56, 2017, pp. 223-240
- STRAWSON, P.F., “Intention and Convention in Speech Acts”, in *The Philosophical Review*, 73, 4, 1964, pp. 439-460
- *Logico-linguistic Papers*, Methuen, London, 1971
- STROSSEN, N., “Regulating Racist Speech on Campus: A Modest Proposal”, in *Duke Law Journal*, 3, 1990, pp. 484-573
- “Incitement to Hatred: Should There Be a Limit”, in *Southern Illinois University Law Journal*, 25, 2001, pp. 243-280

- *Hate: Why We Should Resist It with Free Speech, Not Censorship*, Oxford University Press, Oxford, 2018
- SULLIVAN, K.M., “The Supreme Court, 1991 Term – Foreword: The Justices of Rules and Standards”, in *Harvard Law Review*, 106, 1991, pp. 22-123
- SUNSTEIN, C.R., “Pornography and the First Amendment”, in *Duke Law Journal*, 4, 1986, pp. 589-627
- “Beyond the Republican Revival”, in *The Yale Law Journal*, 97, 8, 1988, pp. 1539-1590
- “Free Speech Now”, in *The University of Chicago Law Review*, 59, 1992, pp. 255-316
- “The Enduring Legacy of Republicanism”, in S.L. ELKIN, K.E. SOLTAN, *A New Constitutionalism. Designing Political Institutions for a Good Society*, The University of Chicago Press, Chicago-London, 1993, pp. 174-206
- “Words, Conduct, Caste”, in *University of Chicago Law Review*, 60, 1993, pp. 795-844
- *After the Rights Revolution. Reconceiving the Regulatory State*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1990
- *Democracy and the Problem of Free Speech*, The Free Press (Macmillan), New York, 1993
- “Words, Conduct, Caste”, in *The University of Chicago Law Review*, 60, 3-4, 1993, pp. 795-844
- “Rights and Their Critics”, in *Notre Dame Law Review*, 70, 1995, pp. 727-768
- *Republic.com 2.0*, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2007
- SUSEN, S., “Bourdiesian Reflections on Language: Unavoidable Conditions of the Real Speech Situation”, in *Social Epistemology*, 27, 3-4, 2013, pp. 199-246
- TANNENBAUM, P., “Emotional arousal as a mediator of erotic communication effects”, in PRESIDENTIAL COMMISSION ON OBSCENITY AND PORNOGRAPHY (ed.), *Technical report of the Presidential Commission on Obscenity and Pornography*, vol. VIII, *Erotica and social behavior*, U.S. Government Printing Office, Washington (D.C.), 1971, pp. 326-356
- TANZARELLA, P., “L’hate speech nella più recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo”, in D. TEGA (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela*, Armando Editore, Roma, 2011, pp. 151-161
- TAYLOR, CH., “Cross Purposes: The Liberal-Communitarian Debate”, in ID., *Philosophical Arguments*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1995, pp. 181-203
- *Philosophy and the Human Sciences. Philosophical Papers*, 2 voll. Cambridge University Press, Cambridge, 1985
- TAYLOR, Y.; HINES, S.; CASEY, M.E. (eds.), *Theorizing Intersectionality and Sexuality*, Palgrave Macmillan, London-New York, 2010
- TEGA, D. (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela*, Armando Editore, Roma, 2011
- TEMPERMAN, J., “Blasphemy versus incitement: an international law perspective”, in C. BENKE, C. GREND, D. NASH (eds.), *Profane: Sacrilegious Expression in a Multicultural Age*, University of California Press, Oakland, 2014, pp. 335-374

- THOMAS, K., “The Eclipse of Reason: A Rhetorical Reading of ‘Bowers v. Hardwick’”, in *Virginia Law Review*, 79, 1993, pp. 1805-1832
- THOMAS, K.; ZANETTI, GF. (a cura di), *Legge, razza, diritti. La Critical Race Theory negli Stati Uniti*, Diabasis, Reggio Emilia, 2005
- THOMPSON, J.B., “Universal Pragmatics”, in J.B. THOMPSON, D. HELD (eds.), *Habermas. Critical Debates*, The Macmillan Press, London, 1982, pp. 116-133
- “Editor’s Introduction”, in P. BOURDIEU, *Language and Symbolic Power*, Polity Press, Cambridge (Mass.), 1991, pp. 1-34
- THOMPSON, M.J., “Reconstructing republican freedom: A critique of the neo-republican concept of freedom as non-domination”, in *Philosophy & Social Criticism*, 39, 3, 2013, pp. 277-298
- TIRRELL, L., “Genocidal Language Games”, in I. MAITRA, M.K. GOWAN (eds.), *Speech and Harm: Controversies over Free Speech*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 174-221
- TOCQUEVILLE, A. DE, *Democracy in America* [1835], Liberty Fund Inc., Indianapolis, 2010
- TRIBE, L.H., *American Constitutional Law*, The Foundation Press Inc., New York, 1988
- TSESIS, A., *Destructive Messages. How Hate Speech Paves the Way For Harmful Social Movements*, New York University Press, 2002
- TSOHATZIDIS, S. (ed.), *Foundations of Speech Act Theory: Philosophical and Linguistic Perspectives*, Routledge, London, 1994
- (ed.), *John Searle’s Philosophy of Language. Force, meaning and mind*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007
- TULKENS, F., “When to Say is to Do: Freedom of Expression and Hate Speech in the Case-law of the European Court of Human Rights”, in J. CASADEVALL, E. MYJER, M. O’BOYLE, A. AUSTIN (eds.), *Freedom of Expression. Essays in Honour of Nicolas Bratza*, Wolf Legal Publishers, Oisterwijk (the Netherlands), 2012, pp. 279-295
- TUOMELA, R., “Searle on Social Institutions”, in *Philosophy and Phenomenological Research*, 57, 2, 1997, pp. 435-441
- TUOMELA, R.; MILLER, K., “We-intentions”, in *Philosophical Studies*, 53, 1988, pp. 367-389
- TURNER, J.C.; HOGG, M.A.; OAKES, P.V.; RUCHER, S.D.; WETHRELL, M.S., *Rediscovering the Social Group: A Self-Categorization Theory*, Blackwell, Oxford, 1987
- TYNES, B. (et al.), “Adolescence, Race, and Ethnicity on the Internet: A Comparison of Discourse in Monitored vs. Unmonitored Chat Rooms”, in *Applied Developmental Psychology*, 25, 2004, pp. 667-684
- URIÁS, J., “La libertad de odiar. Delimitando el derecho fundamental a la libertad de expresión”, in L. ALONSO, V. VÁZQUEZ (dirs.), *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio. Textos críticos*, Prólogo de Adela Cortina, Athenaica, Sevilla, 2017, pp. 39-67
- URMSON, J.O., “J. L. Austin”, in R. RORTY (ed.), *The Linguistic Turn. Recent Essays in Philosophical Method*, The University of Chicago Press, Chicago and London, 1967, pp. 232-238
- “Performative Utterances”, in *Midwest Studies in Philosophy*, 2, 1977, pp. 120-127

- URMSON, J. O.; WARNOCK, G., "J. L. Austin"; in R. RORTY (ed.), *The Linguistic Turn. Recent Essays in Philosophical Method*, The University of Chicago Press, Chicago and London, 1967, pp. 248-249
- UYL, D.J. DE, *Power, State and Freedom: an interpretation of Spinoza's Political Philosophy*, Van Gorcum, Assen, 1983
- VALERO HEREDIA, A., "Los discursos del odio. Un estudio jurisprudencial", in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 110, 2017, pp. 305-333
- VASAK, K., *La Convention européenne des droits de l'homme*, Pedone, Paris, 1964
- VAN BLARCUM, CH.D., "Internet Hate Speech: The European Framework and the Emerging American Haven", in *Washington and Lee Law Review*, 62, 2, 2005, pp. 781-830
- VAN DROOGHENBROECK, S., "L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme: incertain et inutile?", in H. DUMONT, P. MANDOUX, A. STROWEL, F. TULKENS (eds.), *Pas de liberté pur les ennemis de la liberté. Groupements liberticides et droit*, Bruylant, Bruxelles, 2000, pp. 139-197
- VAN GELDEREN, M.; SKINNER, Q. (eds.), *Republicanism. A Shared European Heritage*, 2 voll., Cambridge University Press, Cambridge, 2002
- VAN MILL, D., "Freedom of Speech", in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, winter 2017 edition, ed. by E.N. ZALTA (ed.), (disponibile al link: <https://plato.stanford.edu/archives/win2017/entries/freedom-speech/>; ultima consultazione: settembre 2019)
- VAN PARIJS, P., *Real Freedom for All*, Oxford University Press, Oxford, 1995
- VÁZQUEZ ALONSO, V.J., "Libertad de expresión y religión en la cultura liberal. De la moralidad cristiana al miedo postsecular", in M. REVENGA SÁNCHEZ (dir.), *Libertad de expresión y discursos del odio*, «Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos», Universidad de Alcalá, Servicios de Publicaciones del Defensor del Pueblo, 12, 2015, pp. 89-121
- VERDOODT, A., *Naissance et Signification de la Declaration Universelle des Droits de l'Homme*, Louvain, Nauwelaerts, 1967
- VERZA, A., *Il dominio pornografico. Femminismo e liberalismo alla prova*, Liguori, Napoli, 2006
- VILLIGER, M., "Article 17 ECHR and Freedom of Speech in Strasbourg Practice", in J. CASADEVALL, E. MYJER, M. O'BOYLE, A. AUSTIN (eds.), *Freedom of Expression. Essays in Honour of Nicolas Bratza*, Wolf Legal Publishers, Oisterwijk (the Netherlands), 2012, pp. 321-329
- VIROLI, M., *Repubblicanesimo*, Laterza, Roma-Bari, 1999
- "Repubblicanesimo, liberalismo e comunitarismo", in *Filosofia e questioni pubbliche*, 1, 2000, pp. 71-79
 - (a cura di), *Libertà politica e virtù civile. Significati e percorsi del repubblicanesimo classico*, Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 2004
 - "Libertà democratica, libertà repubblicana e libertà socialista", in TH. CASADEI (a cura di), *Repubblicanesimo, democrazia, socialismo delle libertà. "Incroci" per una rinnovata cultura politica*, FrancoAngeli, Milano, 2004, pp. 185-201

- VIVES ANTÓN, T., “Sobre la apología del terrorismo como “discurso” del odio”, in M. REVENGA SÁNCHEZ (dir.), *Libertad de expresión y discursos del odio*, «Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos», Universidad de Alcalá, Servicios de Publicaciones del Defensor del Pueblo, 12, 2015, pp. 33-49
- VOORHOOF, D., “Freedom of Expression under the European Human Rights System – From Sunday Times (N° 1) v. U.K. (1979) to Hachette Filipacchi Associés (“Ici Paris”) v. France (2009)”, in *Inter-American and European Human Rights Journal*, 2, 2009, pp. 3-48
- VOORHOOF, D.; CANNIE, H., “Freedom of Expression and Information in a Democratic Society”, in *The International Communication Gazette*, 72, 2010, pp. 407-423
- WALDRON, J., “Theoretical Foundations of Liberalism”, in *The Philosophical Quarterly*, 37, 147, 1987, pp. 127-150
- “Free Speech & the Menace of Hysteria”, in *New York Review of Books*, 29th May, 2008, recensione di A. LEWIS, *Freedom for the Thought that We Hate*, Basic Books, New York, 2007
- “Toleration and Calumny: Bayle, Locke, Montesquieu and Voltaire on Religious Hate Speech”, in *Public Law & Legal Theory Research Paper Series*, Working Paper n. 10-80, November 2010, pp. 1-24, disponibile al link: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1699895 (ultima consultazione: settembre 2019)
- “Dignity and Defamation: The Visibility of Hate”, 2009 Oliver Wendell Holmes Lectures, in *Harvard Law Review*, 123, 7, 2010, 1596-1657
- “Dignity, Rank, and Rights”, in S. YOUNG (ed.), *The Tanner Lectures on Human Values*, vol. XXIX, University of Utah Press, Salt Lake City (UT), 2011, pp. 209-253
- “Hate Speech and Political Legitimacy”, in M. HERZ, P. MOLNAR (eds.), *The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, 329-340
- *The Harm in Hate Speech*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2012
- WALKER, J., “Why Performance? Why Now? Textuality and the Rearticulation of Human Presence”, in *Yale Journal of Criticism*, 16, 1, 2003, pp. 149-175
- WALKER, S., *In Defense of American Liberties: A History of the ACLU*, Oxford University Press, New York, 1990
- *Hate Speech: The History of an American Controversy*, University of Nebraska Press, Lincoln (NE), 1994
- WALTON, D., *Slippery Slope Arguments*, Oxford University Press, New York, 1992
- WARNOCK, J., “Some Types of Performative Utterance”, in I. BERLIN. (et al.), *Essays on J.L. Austin*, Clarendon Press, Oxford, 1973, pp. 67-89
- WEBER, A., *Manual on Hate Speech*, Council of Europe Publishing, September 2009 (disponibile al link: <https://rm.coe.int/1680665b3f>; ultima consultazione: settembre 2019)
- WEBER, M., *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology* [1922], translated by E. Fischhoff, University of California Press, Berkeley, 1978
- WEINBERGER, O., *Law, Institution and Legal Politics: Fundamental Problems of Legal Theory and Social Philosophy*, Springer Netherlands, Heidelberg, 1991

- WEINSTEIN, J., *Hate Speech, Pornography, and the Radical Attack on Free Speech Doctrine*, Westview Press, Oxford, 1999
- “Hate speech, Viewpoint Neutrality, and the American Concept of Democracy”, in T. HENSLEY (ed.), *The Boundaries of Freedom of Expression and Order in a Democratic Society*, Kent State University Press, Kent (Ohio), 2001, pp. 161-166
 - “Extreme Speech, Public Order, and Democracy: Lessons from *The Masses*”, in I. HARE, J. WEINSTEIN (eds.), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, Oxford, 2009, cit., pp. 23-61
 - “An Overview of American Free Speech Doctrine and its Application to Extreme Speech”, in I. HARE, J. WEINSTEIN (eds.), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 81-91
 - “Participatory Democracy as the Central Value of American Free Speech Doctrine”, in *Virginia Law Review*, 97, 3, 2011, pp. 491-514
- WEIR, A., *Sacrificial Logics: Feminist Theory and the Critique of Identity*, Routledge, London, 1996
- WHITE, G.E., “Justice Holmes and the Modernization of Free Speech Jurisprudence: The Human Dimension”, in *California Law Review*, 80, 2, 1992, pp. 391-467
- WHITMAN, Q., “The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty”, in *Yale Law Journal*, 113, 2004, pp. 1151-1221
- WILDMAN, S.M., “The Legitimation of Sex Discrimination: A Critical Response to Supreme Court Jurisprudence”, in *Oregon Law Review*, 63, 1984, pp. 265-307
- WILLIAMS, B., *Making Sense of Humanity and other Philosophical Papers, 1982-1993*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995
- “Contemporary Philosophy: A Second Look”, in N. BUNNIN, E.P. TSUI-JAMES, *The Blackwell Companion to Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 2nd ed., 2003
- WILLIAMS, S.H., “Democracy, Freedom of Speech, and Feminist Theory: A Response to Post and Weinstein”, in *Virginia Law Review*, 97, 3, 2011, pp. 603-615
- WILSON, A.R. (ed.), *Situating Intersectionality. Politics, Policy and Power*, Palgrave Macmillan, London-New York, 2013
- WITCZAK-PLISIECKA, I., “Speech Actions in legal contexts”, in M. SBISÀ, K. TURNER, *Pragmatics of Speech Actions*, De Gruyter Mouton, Berlin-Boston, 2013, pp. 613-657
- WOOD, G.S., *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, University of North Carolina Press, Chapel Hill (NC), 1969
- *The Radicalism of the American Revolution*, Vintage Books, New York, 1992
- WORCHEL, S.; ARNOLD, S.; BAKER, M., “The Effects of Censorship on Attitude Change: The Influence of Censor and Communication Characteristics”, in *Journal of Applied Social Psychology*, 3, 1975, pp. 227-239
- WRIGHT, R.G., “Content-Based and Content-Neutral Regulation of Speech: The Limitations of a Common Distinction”, in *University of Miami Law Review*, 60, 2006, pp. 333-364
- XENOS, D., *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, Routledge, London, 2012

- YASSKY, D., “Eras of the First Amendment”, in *Columbia Law Review*, 91, 7, 1991, pp. 1699-1755
- YOUNG, I.M., *Justice and the Politics of Difference*, Princeton University Press, Princeton, 1990
- ZAGREBELSKY, V.; CHENAL, R.; TOMASI, L., *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2016
- ZAIBERT, L.A., “Collective Intentions and Collective Intentionality”, in *American Journal of Economics and Sociology*, 62, 1, 2003, pp. 209-232
- ZANETTI, GF. (a cura di), *Filosofi del diritto contemporanei*, Raffaello Cortina, Milano, 1999
- *Introduzione al pensiero normativo*, Diabasis, Reggio Emilia, 2004
- *Eguaglianza come prassi. Teoria dell’argomentazione normativa*, Il Mulino, Bologna, 2015
- “Critical Race Theory”: temi e problemi degli studi critici sulla “razza”, in M.G. BERNARDINI, O. GIOLO (a cura di), *Le teorie critiche del diritto*, Pacini, Pisa, 2017, pp. 35-50
- *Filosofia della vulnerabilità. Percezione, discriminazione, diritto*, Carocci, Roma, 2019
- ZANGHELLINI, A., “Jurisprudential Foundations for Anti-Vilification Laws: The relevance of speech act and foucauldian theory”, in *Melbourne University Law Review*, 27, 2003, pp. 458-487
- ZERILLI, L.M.G., “Feminists know not what they do: Judith Butler’s gender trouble and the limits of epistemology”, in T. CARVER, S.A. CHAMBERS (eds.), *Judith Butler’s Precarious Politics. Critical Encounters*, Routledge, New York, 2008, pp. 28-44.
- ZICCARDI, G., *L’odio online*, Raffaello Cortina, Milano, 2016
- ZIVI, K., “Rights and the Politics of Performativity”, in T. CARVER, S.A. CHAMBERS (eds.), *Judith Butler’s Precarious Politics. Critical Encounters*, Routledge, New York, 2008, pp. 157-169
- ZUCKERT, M.P., *Natural Rights and the New Republicanism*, Princeton University Press, Princeton, 1994
- ZURN, C.F., “Jürgen Habermas”, A.D. SHRIFT (ed.) *The History of Continental Philosophy*, The University of Chicago Press, Chicago, 2010, vol. VI: *Poststructuralism and Critical Theory’s Second Generation*, ed. by A.D. SHRIFT, The University of Chicago Press, Chicago, 2010, pp. 197-226

Giurisprudenza USA

State v. Brown, 68 N.H. 200, 38 A. 731 (1895)
Patterson v. Colorado, 205 U.S. 454 (1907)
Schenck v. United States, 249 U.S. 47 (1919)
Abrams v. United States, 250 U.S. 616 (1919)
Gitlow v. People of New York, 268 U.S. 652 (1925)
Whitney v. California, 274 U.S. 357 (1927)
United States v. Schwimmer, 279 U.S. 644 (1929)
United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144 (1938)
Schneider v. State of New Jersey, 308 U.S. 147 (1939)
Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 568 (1942)
Jones v. the City of Opelika, 316 U.S. 584 (1942)
West Virginia State Board of Education v. Barnette, 319 U.S. 624 (1943)
Terminiello v. Chicago, 337 U.S. 1 (1949)
Dennis et al. v. United States, 341 U.S. 494 (1951)
Beauharnais v. Illinois, 343 U.S. 250 (1952)
Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954)
Yates v. United States, 354 U.S. 298 (1957)
Barenblatt v. United States, 360 U.S. 109 (1959)
New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964)
Mills v. Alabama, 384 U.S. 214 (1966)
Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969)
Watts v. United States, 394 U.S. 705 (1969)
Cohen v. California, 403 U.S. 15 (1971)
Gooding v. Wilson, 405 U.S. 518 (1972)
Police Department of Chicago v. Mosley, 408 U.S. 92 (1972)
Hess v. Indiana, 414 U.S. 105 (1973)
Howard v. National Cas Register Co., 388 F. Supp., 603 (S.D. Ohio 1975)
Washington v. Davis, 426 U.S. 229 (1976)
Contreras v. Crown Zellerbach, Inc., 88 Wn.2d 735 (Wash. 1977)
National Socialist Party of America et al. v. Village of Skokie, 432 U.S. 43 (1977)
Linmark Associates, Inc. v. Township of Willingboro, 431 U.S. 85 (1977)

Collin v. Smith, 578 F.2d 1197 (7th Cir. 1978)

Federal Communications Commission v. Pacifica, 438 U.S. 726 (1978)

Vaughn v. Pool Offshore Co., 683 F.2d 922 (5th Cir. 1982)

Connick v. Myers, 461 U.S. 138 (1983)

American Booksellers Association, Inc. et al. v. William H. Hudnut, III, Mayor, City of Indianapolis, et al., 771 F.2d 323 (7th Cir. 1985)

Wilmington v. J.I. Case Co., 793 F.2d 909 (8th Cir. 1986)

Renton v. Playtime Theatres, Inc., 475 U.S. 41 (1986)

Wade v. Orange County Sheriff's Office, 690 F.Supp. 176 (S.D.N.Y. 1987)

Hustler Magazine, Inc. v. Falwell, 485 U.S. 46, 56 (1988)

Boos v. Barry, 485 U.S. 312 (1988)

Texas v. Johnson, 491 U.S. 397 (1989)

Board of Education of Westside Community Schools v. Mergens, 110 S. Ct. 2356 (1990)

R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S. 377 (1992)

Virginia v. Black et al., 538 U.S. 343 (2003)

Snyder v. Phelps, 562 U.S. 443 (2011)

Giurisprudenza EDU

Communist Party of Germany v. the Federal Republic of Germany, ECHR 250/57 (1957)
X. and the German Association of Z. v. Federal Republic of Germany, ECHR 6167/73 (1974)
Hansydise v. United Kingdom, ECHR 5493/72 (1976)
Sunday Times v. United Kingdom, ECHR 6538/74 (1977)
Glimmerveen and Hagenbeek v. the Netherlands, ECHR 8348/78, 8406/78 (1979)
Kühnen v. Federal Republic of Germany, ECHR 12194/86 (1988)
B.H., M.W., H.P. and G.K. v. Austria, ECHR 12774/87 (1989)
Observer and Guardian v. United Kingdom, ECHR 13585/88 (1991)
F.P. v. Germany, ECHR 19459/92 (1993)
Jersild v. Denmark, ECHR 15890/89 (1994)
Otto E.F.A Remer v. Germany, ECHR 25096/94 (1995)
Vogt v. Germany, ECHR 17851/91 (1996)
Zana v. Turkey, ECHR 69/1996/688/880 (1997)
Nachtmann v. Austria, ECHR 36773/97 (1998)
Lehideux and Isorni v. France, ECHR 24662/94 (1998)
United Communist Party of Turkey and others v. Turkey, ECHR 133/1996/752/951 (1998)
Süreker v. Turkey, ECHR 23927/94 e 24277/94 (1999)
Özgür Gündem v. Turkey, ECHR 23144/93 (2000)
Schimanek v. Austria, ECHR 32307/96 (2000)
Özgür Gündem v. Turkey, ECHR 23144/93 (2000)
Garaudy v. France, ECHR 65831/01 (2003)
Gündüz v. Turkey, ECHR 35071/97 (2003)
Refah Partisi (The Welfare Party) and others v. Turkey, ECHR 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98 (2003)
Socialist Party and Others v. Turkey, ECHR 26482/95 (2004)
Norwood v. United Kingdom, ECHR 23131/03 (2004)
Witzsch v. Germany, ECHR 41448/98 (2005)
Erbakan c. Turquie, ECHR 59405/00 (2006)
Ivanov v. Russia, ECHR 35222/04 (2007)
Soulas c. France, ECHR 15948/03 (2008)
Féret c. Belgique, ECHR 15615/07 (2009)

Herri Batasuna and Batasuna v. Spain, ECHR 25803/04, 25817/04 (2009)

Le Pen c. France, ECHR 18788/09 (2010)

Aksu v. Turkey, ECHR 4149/04 e 41029/04 (2012)

Vejdeland and others v. Sweden, ECHR 1813/07 (2012)

Vona v. Hungary, ECHR 35943/10 (2013)

M'Bala M'Bala v. France, ECHR 25239/13 (2015)

Delfi AS v. Estonia, ECHR 64569/09 (2015)

Belkacem c. Belgique, ECHR 34367/14 (2017)