

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 2/2019

IL DISCORSO DELL'EGUAGLIANZA: NOTE A MARGINE DELLA SENTENZA CDA BS N. 96/2019

di Francesco Rizzi

***Abstract:** Il commento ha a oggetto la sentenza n. 96 della Corte d'appello di Brescia in occasione della quale la Corte ha dato applicazione al divieto di molestia sulla base della nazionalità in un caso riguardante le dichiarazioni pubblicate su un social network e inerenti all'attività di alcune cooperative operanti nel settore dell'accoglienza per richiedenti asilo. Dopo aver ricostruito gli istituti di diritto antidiscriminatorio applicati al caso anche alla luce dell'evoluzione della normativa in materia, il contributo analizza le fattispecie e le sanzioni penali inerenti ai c.d. crimini d'odio, argomentando a sostegno del preferibile e più efficace ricorso alla tutela contro la discriminazione in ambito civile anche per contrastare l'hate speech. Infine, l'A. suggerisce quali strumenti possono contribuire, da un lato, a contrastare la crescente diffusione del discorso d'odio razzista come strumento per ottenere consenso politico e, dall'altro, a costruire il discorso dell'eguaglianza.*

***Abstract:** The comment focuses on judgment n. 96 of the Brescia Court of appeal in which the Court applies the prohibition of harassment on grounds of nationality in a case concerning a statement posted on a social network by a member of a political party in which she stigmatized the activity carried out by some cooperatives in the field of reception of asylum seeker. After analysing the relevant concepts applied to the case in light of the evolution of antidiscrimination law, the case-note examines domestic criminal law provisions concerning hate crimes, arguing in favour of the preferable and more effective reliance on antidiscrimination civil law provisions in order to sanction hate speech. In the conclusion, the A. points out to the mechanisms that can help, on the one hand, in contrasting the spread of xenophobic hate speech as a means to gain political consensus and, on the other, in promoting the equality discourse.*

IL DISCORSO DELL'EGUAGLIANZA: NOTE A MARGINE DELLA SENTENZA CDA BS N. 96/2019

di Francesco Rizzi*

SOMMARIO: 1. Il caso e la sua rilevanza. – 2. Come si articola il giudizio contro la discriminazione. – 3. Tutela contro la discriminazione e libertà di espressione: la (preferibile) sanzione civile e l'atto linguistico della subordinazione. – 4. L'uso politico del discorso d'odio: la narrativa della discriminazione e i possibili rimedi.

1. Il caso e la sua rilevanza

Con la sentenza in commento, la Corte d'appello di Brescia conferma l'ordinanza di primo grado del Tribunale di Brescia che ha riconosciuto il carattere discriminatorio delle dichiarazioni contenute in un post pubblicato sulla propria pagina Facebook da una militante del partito Lega Nord, oggi consigliera regionale. Accanto a una fotografia tratta da un articolo del quotidiano Bresciaoggi avente a oggetto l'elenco di cooperative gestrici di progetti di accoglienza per richiedenti asilo, tra le quali due delle ricorrenti, la consigliera commentava: «Questo è l'elenco di tutte le cooperative e fondazioni e altri operatori che con la faccetta misericordiosa di chi fa la beneficenza stanno LUCRANDO sul traffico di clandestini...questi enti prendono più di 1000 euro al mese per ogni immigrato! Tutti soldi nostri, ma se il Governo proprio vuole usare i nostri soldi per mantenere qualcuno, che mantenga i suoi cittadini almeno non quelli dell'Africa!»

Ricorrevano avanti al Tribunale le due associazioni citate nel post, in quanto soggetti direttamente lesi dalle dichiarazioni (*ex art. 4, d.lgs. 215/2003*), e dell'Associazione Studi Giuridici sull'Immigrazione (ASGI), legittimata ad agire in giudizio ai sensi dell'art. 7, Direttiva 2000/43 come recepito dagli artt. 5 e 6 del d.lgs. 215/2003, in quanto titolare di interesse ad agire allorquando è lamentata una discriminazione di natura collettiva.

I giudici di appello, confermando integralmente l'ordinanza di primo grado di cui la consigliera regionale chiedeva la riforma, ritenevano che le dichiarazioni pubblicate avessero carattere molesto. Secondo la Corte, «per quanto riguarda l'attribuzione dello scopo di lucro, il fatto che un'affermazione di tal genere, visibile ad un numero potenzialmente illimitato di utenti del social network in quanto pubblica e più volte

* Avvocato.

condivisa, è sicuramente idonea a creare un “clima intimidatorio e ostile” nei confronti delle associazioni, clima che può avere senz’altro ripercussioni dirette sui servizi resi ai richiedenti asilo» e «per quanto riguarda l’utilizzo del termine “clandestini”, il fatto che riferire quest’ultimo ai richiedenti asilo, cui l’art. 10 Cost. attribuisce il diritto di fare ingresso nel territorio dello Stato e presentare richiesta di protezione internazionale, significa sostanzialmente insinuare che tali soggetti siano in una posizione di illegalità, con “l’effetto di violare la dignità” della suddetta categoria di individui».

Il caso – non il primo nel panorama italiano inerente all’applicazione dei divieti di discriminazione in caso di dichiarazioni pubbliche al di fuori del tradizionale ambito lavorativo¹ – fornisce l’opportunità per svolgere alcune considerazioni sulla costruzione del giudizio antidiscriminatorio e sull’applicazione delle nozioni di molestia per associazione (implicitamente accolta tanto in primo grado che nella decisione annotata). Inoltre, la sentenza offre lo spunto per indagare l’esistenza di due forme di tutela (concorrenti, alternative o complementari, idonee a sanzionare la medesima condotta o attinenti fattispecie concrete diverse, cercheremo di capire) previste dall’ordinamento contro il c.d. discorso d’odio. Ma il caso assume una rilevanza che va ben oltre il perimetro giuridico definito dall’applicazione delle norme e delle nozioni sopra richiamate. L’attuale centralità del dibattito pubblico inerente ai flussi migratori è caratterizzata non solo dal merito delle politiche contro i migranti inaugurate dal Ministro Minniti e proseguite dall’attuale Governo, ma – di interesse in questa sede – dal ruolo-chiave che proprio il discorso d’odio assume nella loro asserita legittimazione. Come si può costruire il discorso dell’eguaglianza?

2. Come si articola il giudizio contro la discriminazione

Al fine di meglio analizzare la decisione qui commentata, è necessario ricostruire l’evoluzione che la normativa antidiscriminatoria ha avuto grazie all’iniziativa del legislatore europeo, a sua volta influenzato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

1. L’applicazione del divieto di molestia per razza e nazionalità al discorso razzista al di fuori dell’ambito lavorativo è stata oggetto di alcune pronunce di merito, in larga parte inedite. Si vedano, Trib. Milano, ordinanza del 6.6.2018, reperibile nella banca dati di ASGI al link <https://www.asgi.it/banca-dati/tribunale-di-milano-ordinanza-6-giugno-2018/>; Trib. Milano, ordinanza del 19.6.2016 reperibile nella banca dati di ASGI al link <http://www.asgi.it/wp-content/uploads/2016/04/Tribunale-di-Milano-Buonanno.pdf>; Trib. Brescia ordinanza del 31.1.2012, reperibile in W. Citti, *La tutela civile contro le discriminazioni etnico-razziali e religiose. Guida alla normativa e alla giurisprudenza*, 2013 p. 36, disponibile nella sezione approfondimenti del sito di ASGI al link http://www.asgi.it/wp-content/uploads/public/guida_normativa_antidiscriminazione_ago2013.pdf; si veda anche Trib Brescia 31.1.2012, in A. Guariso, *Senza distinzioni, Quattro anni di contrasto alle discriminazioni istituzionali nel Nord Italia*, I Quaderni di APN 2, 2012, p. 309 ss.

L'adozione del Trattato di Amsterdam e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ha inaugurato una nuova stagione – l'età dell'oro² – del diritto antidiscriminatorio. Il legislatore europeo, a seguito dell'articolata elaborazione giurisprudenziale della Corte di giustizia in tema di discriminazione e della centralità dei diritti fondamentali nella prospettiva costituzionale europea, ha iscritto l'eguaglianza tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico sovranazionale. L'adozione delle Direttive 2000/43 e 2000/78 ha delineato un nuovo quadro concettuale che innova in modo significativo le tecniche di tutela fino ad allora sperimentate, a partire da una nuova nozione di discriminazione che si discosta in modo significativo dalla nozione tradizionale³. Maggiore attenzione è rivolta all'effettività della tutela, attraverso la previsione di un regime sanzionatorio che impone sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive⁴. Di particolare interesse in questa sede, è che la nozione di discriminazione prevista dalle Direttive citate tende a superare la struttura tradizionale del giudizio di comparazione, il quale presuppone che vi sia un soggetto concreto (la «norma») a cui chi lamenta di essere vittima di discriminazione deve comparare la propria condizione per rivendicare la parità di trattamento⁵.

L'elemento più significativo di avanzamento della *nuova* tutela contro la discriminazione risiede nell'attenzione alla dimensione strutturale della discriminazione, complementare all'iniziale e sola protezione dell'eguale rispetto dovuto a ogni persona umana in relazione ai diritti fondamentali di cui tutti siamo titolari, tipica delle dichiarazioni universali dei diritti umani. È l'esclusione di fatto dalla comunità di eguali – ovvero dal processo decisionale politico ed economico in ragione della loro *differenza* naturale, culturale o sociale – che genera la discriminazione di quei soggetti appartenenti a gruppi individuati da caratteri identitari storicamente definiti (i fattori vietati di discriminazione) e che, in ragione di questi, vengono marginalizzati. Nelle disposizioni che hanno a oggetto fattori e ambiti specifici, la protezione contro discriminazione non riguarda più la “persona astratta” ma si occupa della “persona concreta”⁶. Il giudizio antidiscriminatorio – e a monte l'inclusione di determinati fattori nell'elenco di quelli

2. L'espressione è di M. Barbera, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, in *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 3/4, 2003, p. 399 e ss.

3. *Eadem*; l'A. elabora ulteriormente tale profilo in M. Barbera, *Introduzione*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, M. Barbera e A. Guariso (a cura di), Milano, Giuffrè, 2007.

4. In particolare in merito al risarcimento del danno come sanzione prevista dal diritto antidiscriminatorio UE e sulla configurabilità del danno punitivo come sanzione nel nostro ordinamento, cfr. F. Malzani, *Licenziamento discriminatorio e danno “punitivo ragionevole”: verso il superamento di un (apparente) ossimoro*, in *Nuova giurisprudenza Civile Commentata* n. 5, 2016 p. 715 ss.

5. M. Barbera, *op. ult. cit.*

6. *Ibidem.*

vietati – muove quindi da un presupposto necessario, ovvero da una diagnosi delle dinamiche che storicamente hanno collocato tra gli *outsiders* determinati soggetti.

L'ulteriore profilo decisivo nell'evoluzione della tutela antidiscriminatoria risiede nella connessione tra i fattori vietati e lo svantaggio che la loro rilevanza determina nel caso concreto. La discriminazione non è la differenza – che una concezione plurale della cittadinanza deve rispettare e valorizzare – ma il risultato pregiudizievole che l'utilizzazione delle differenze raggiunge. A nulla rileva l'intento del soggetto che mette in atto il comportamento discriminatorio: è all'effetto dello stesso che si guarda.

La nuova concezione di tutela contro la discriminazione sopra sintetizzata si rivela in modo particolarmente evidente nella definizione di molestia. Sono molestie – e quindi discriminazioni – quei comportamenti *indesiderati* adottati in riferimento a uno dei fattori vietati, e «aventi lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo» (art. 2, co. 3 delle Direttive 2000/43 e 2000/78). Il divieto di molestia abbandona del tutto il giudizio di comparazione (A è trattato in modo meno favorevole di come è trattato B in ragione del fattore vietato X) che è tradizionalmente lo strumento principale di accertamento della discriminazione diretta e indiretta⁷. Nel caso del divieto di molestia il *focus* è spostato sull'idoneità dell'atto a ledere la dignità umana (di cui alcune caratteristiche attinenti all'identità personale rappresentano componenti essenziali), senza la necessità di instaurare alcuna comparazione con il trattamento riservato ad altri soggetti, ma limitandosi a mettere in luce la correlazione oggettiva tra il comportamento indesiderato e il fattore vietato.

Dopo l'entrata in vigore delle Direttive del 2000, la Corte di giustizia, che con la sua giurisprudenza aveva costruito le fondamenta del nuovo assetto di tutele contro la discriminazione che le Direttive recepiscono, ha proseguito questa sua opera *creativa*. La nozione di discriminazione per associazione viene elaborata dalla Corte per la prima volta con il caso *Coleman*⁸. Secondo la Corte è irrilevante che la persona che lamenta il trattamento discriminatorio sia essa stessa portatrice del fattore vietato, ma ciò che

7. Come osservato, anche in riferimento alla discriminazione diretta e a quella indiretta «*comparability is not the sine qua non for finding discrimination; it is one modus operandi the plaintiff can use to present facts indicating the existence of discrimination*»: M. Mercat-Bruns, *Discrimination at Work: Comparing European, French, and American Law*, Oakland, University of California Press, 2016, p. 245. La Corte di giustizia ha affermato che un trattamento svantaggioso «per motivo di gravidanza può opporsi solo alle donne e rappresenta quindi una discriminazione diretta a motivo del sesso» (par. 12), e ha aggiunto che: «Così stando le cose, la mancanza di candidati maschi non può avere un'incidenza sulla soluzione data alla prima questione pregiudiziale», Corte giust. CE 8.11.1990, *Dekker*, causa C-177/88, para. 17. V. ora l'art. 2, par. 2(c) Direttiva 2006/54/CE e l'art. 25, co. 2-*bis* d.lgs. 198/2006.

8. Corte giust. CE del 31.7.2008 *Coleman*, causa C-303/06, che riguardava il caso di una lavoratrice madre di disabile, costretta alle dimissioni.

importa è la sussistenza di un nesso di causalità tra il pregiudizio subito e il fattore in sé considerato. La Direttiva infatti (art. 1) «mira a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali». Già la definizione di discriminazione contenuta nelle nuove Direttive muove dal presupposto che la discriminazione ha una dimensione sociale e strutturale e che i suoi effetti possono estendersi sino a danneggiare non solo le persone che hanno una determinata caratteristica ma anche «*quelle che, senza possedere detta caratteristica, subiscono, insieme alle prime, il trattamento meno favorevole o il particolare svantaggio*»⁹. Questa elaborazione della portata del divieto di discriminazione non deve essere letta come una fattispecie autonoma e nuova di discriminazione, ma è l'applicazione di quell'approccio proprio delle nuove Direttive, capace di spostare l'attenzione sul risultato pregiudizievole della condotta oggetto del giudizio.

Infine, le Direttive impongono agli Stati membri di prevedere che «associazioni, organizzazioni o altre persone giuridiche» che abbiano un legittimo interesse a garantire il rispetto delle Direttive abbiano il diritto di avviare, in via giurisdizionale o amministrativa, una procedura di tutela «per conto o a sostegno» della persona discriminata (art. 7, Direttiva 2000/43, art. 9, Direttiva 2000/78, art. 17 Direttiva 2006/54). Come recita il considerando 19 della Direttiva 43, la norma ha lo scopo di «assicurare un livello più efficace di protezione». Nella trasposizione delle norme UE a livello nazionale, il legislatore italiano è andato oltre quanto prescritto dagli obblighi europei ed è stato previsto che le associazioni possano agire in giudizio anche autonomamente nel caso in cui si debba tutelare un interesse collettivo. La previsione della legittimazione ad agire delle associazioni allorché si lamenta una discriminazione di natura collettiva ha consentito lo svilupparsi di un ampio contenzioso strategico che ha investito le Corti sia di merito che di legittimità e che è riuscito a censurare l'illegittimità di misure legislative e amministrative a livello locale o centrale, idonee a violare principi di parità contenuti nelle disposizioni costituzionali e sovranazionali¹⁰. Sulla rilevanza del ruolo dell'associazionismo nella costruzione del discorso dell'eguaglianza si tornerà nell'ultimo paragrafo.

9. Cfr. il dispositivo di Corte giust. del 16.7.2015, *Chez*, causa C-83/14, che ha esteso la nozione di discriminazione per associazione ai casi di discriminazione indiretta. Cfr. anche l'Opinione AG Kokott nel caso, in particolare par. 58.

10. In proposito cfr. in questa *Rivista* M. Militello, *Discriminazione collettiva per nazionalità e legittimazione ad agire delle associazioni nel caso di diniego dell'assegno per il nucleo familiare ai cittadini di paesi terzi*, fasc. 1.2018; R. Rivero, *Sulla legittimazione ad agire per le discriminazioni collettive afferenti al fattore della nazionalità*, 2017, in *Questione Giustizia*, www.questionegiustizia.it; W. Citti, *La tutela civile contro le discriminazioni etnico-razziali e religiose: guida pratica alla normativa e alla giurisprudenza*, Quaderni dei Diritti - Supplemento 2015; A. Guariso, *Appunti sulla legittimazione attiva delle associazioni nelle azioni contro le discriminazioni collettive per nazionalità*, 24.1.2015, disponibile al link <https://www.asgi.it/notizie/approfondimento-del-mese-di-gennaio-2015-appunti-sulla-legittimazione-attiva-delle-associazioni-nelle-azioni-contro-le-discriminazioni-collettive-per-nazionalita/>.

Fatte queste premesse, il caso qui annotato è di facile analisi e comprensione. Si può procedere seguendo il seguente *iter* logico:

Legittimazione ad agire - I soggetti lesi: le due cooperative ricorrenti hanno proposto ricorso (e visto le loro domande poi accolte) in quanto soggetti lesi dalle affermazioni contenute nel post, stante che i loro nomi erano esplicitamente citati nell'elenco che l'immagine condivisa dal post riportava. A esse si aggiunge ASGI, in quanto le dichiarazioni si riferivano generalmente alle organizzazioni che si occupano di migranti: sussistendo in astratto la dimensione collettiva della discriminazione, esiste l'interesse ad agire di un'associazione che si occupa senza fine di lucro di promuovere, tra l'altro, il rispetto dei diritti dei cittadini stranieri.

Il fattore vietato: è quello della nazionalità stante che, necessariamente, tutti i richiedenti asilo sono cittadini stranieri. È irrilevante la circostanza che la discriminazione non riguardi tutti gli stranieri, essendo sufficiente prendere atto che tutti i richiedenti asilo sono appunto stranieri¹¹.

La connessione tra il fattore vietato e i soggetti lesi dal comportamento discriminatorio: le associazioni ricorrenti non sono portatrici personalmente del fattore vietato, ma è in ragione del loro impegno a favore dei richiedenti asilo – degli stranieri – che sono oggetto del comportamento discriminatorio. Si realizza così l'associazione tra il soggetto leso e il fattore vietato di discriminazione.

La molestia (ovvero il trattamento discriminatorio): trattandosi di molestia, non vi è necessità di avviare alcun giudizio comparativo, ma è sufficiente innanzitutto aver identificato un fattore vietato – i fattori vietati di discriminazione corrispondono a *suspect classifications*¹² – per poi analizzare il contenuto delle dichiarazioni. Il verbo *lucrare*, che significa *guadagnare denaro*, ha nell'uso comune principalmente un'accezione spregiativa¹³ che peraltro emerge da una valutazione complessiva delle dichiarazioni, laddove il verbo *lucrare* è contrapposto a *fare beneficenza* (che è per sua natura a titolo gratuito) e

11. Il principio è pacifico nel diritto antidiscriminatorio: si veda per tutte la sentenza della Corte di giustizia UE del 26.2.2008 in causa C-506/06 (recentemente ripresa da Cass. 5.4.2016 n. 6575) secondo la quale costituisce discriminazione diretta in ragione del sesso il licenziamento di una lavoratrice a causa dei disservizi organizzativi creati dalla sua assenza dal lavoro per essersi sottoposta a un prelievo follicolare, perché tale tipo di intervento riguarda esclusivamente le donne anche se, ovviamente, non tutte le donne si trovano in tale situazione.

12. La teoria delle *suspect classifications* è stata sviluppata dalla giurisprudenza nordamericana a partire dalla fine del diciannovesimo secolo. Secondo tale teoria, una classificazione che facesse riferimento alla condizione di straniero o alla razza o all'origine etnica doveva ritenersi *sospetta di per sé* (e dunque soggetta a un sindacato giudiziale più rigoroso di quello ordinario), in quanto normalmente sintomo dell'esistenza di ostilità e pregiudizio nei confronti degli appartenenti al gruppo in questione. Il caso che, per primo, ha fornito alla Corte Suprema l'occasione per articolare tale teoria riguardava una sospetta discriminazione per motivi di origine nazionale da parte della pubblica amministrazione nei confronti di migranti di origine cinese (*Yock Wo c. Hopkins*, 1886).

13. Cfr. la voce *lucrare* nel vocabolario online Treccani, disponibile al link <http://www.treccani.it/vocabolario/lucrare/>, ultimo accesso 13.5.2019.

associato al fenomeno del *traffico di clandestini* e quindi a un reato. Le dichiarazioni hanno l'effetto di creare un clima intimidatorio e ostile nei confronti di tali associazioni, proprio perché il loro operato nell'accoglienza dei richiedenti asilo è tacciato di celare un fine (il guadagno) sfruttando l'ignobile pratica del traffico dei richiedenti asilo, diffondendo così una percezione falsa e distorta delle attività da esse promosse. Altresì l'uso del termine "clandestini" in riferimento a soggetti che sono portatori di un diritto costituzionalmente garantito (il diritto di chiedere asilo) e che sono al contrario regolarmente soggiornanti in quanto richiedenti asilo è lesivo della dignità umana, attribuendosi anche in questo caso a un soggetto titolare di un diritto un comportamento illegale (la clandestinità).

Come è stato messo in evidenza, la conseguenza dell'evoluzione della tutela antidiscriminatoria – di cui si è detto in precedenza e di cui si è vista l'applicazione nel caso annotato – «è che il peso dell'interpretazione cresce. Nei casi tradizionali di discriminazione, quello di cui si discute è la sussistenza o meno di una disparità (di trattamento o di effetti) e non del trattamento in sé. Se chi deve decidere il caso arriva alla conclusione che una differenza vi è e che essa non è giustificata da una delle cause ammesse dalla legge, non vi è spazio per considerazioni ulteriori relative al trattamento in questione. Se, viceversa, ciò di cui si discute è il trattamento in sé, il suo avere lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona, di creare un clima "intimidatorio, ostile, umiliante, offensivo", ecco che l'oggetto del giudizio si allarga in modo indefinito, costringendo ogni volta il giudice a optare per l'uno o per l'altro dei punti di vista possibili: quello "soggettivo" della vittima, quello "oggettivo", nel senso di proprio della maggioranza della comunità sociale cui il giudice appartiene, o quello dell'autore della condotta»¹⁴.

È proprio l'elaborazione di un *discorso dell'eguaglianza* l'aspetto più complesso e significativo del giudizio antidiscriminatorio, dal momento che le aule di giustizia – anche grazie al ruolo antimaggioritario che è proprio del potere giudiziario – diventano una delle sedi nelle quali si rinegozia il significato e il contenuto delle norme, dei diritti, delle dinamiche di interazione sociale e quindi degli spazi di cittadinanza. Il substrato culturale che permea il contenuto della *norma*, l'amministrazione della giustizia¹⁵ e la dinamica concreta che genera il caso oggetto di valutazione di fronte al giudice, viene rimesso in discussione dalla richiesta della minoranza di vedere accolta la dignità e la libertà della differenza, dalla proposta di accogliere un altro (ulteriore e concorrente) modo di essere o

14. Così M. Barbera *Introduzione*, cit., p. XXXVI.

15. Cfr. in proposito le teorie del realismo giuridico, di cui un'analisi dettagliata è quella di M.S. Green, *Legal Realism as Theory of Law*, *William & Mary Law Review*, 2005, 46:6, p. 1915 ss.

autodeterminare se stessi; quell'autodeterminazione che il comportamento discriminatorio preclude in ragione della sua idoneità a escludere dallo «*spazio pubblico comune*»¹⁶ perché radica la condotta svantaggiosa su un criterio vietato di differenziazione. A fronte di tale richiesta, è solo una concezione plurale dei diritti che può guidare l'interprete. Nel caso del divieto di molestia, la tutela antidiscriminatoria dispiega appieno la sua portata laddove il trattamento indesiderato e connesso a un fattore vietato è sanzionato per la sola ragione che la discriminazione è idonea a violare la dignità umana. Questo in ragione del fatto che i divieti di discriminazione attengono a categorie naturali o sociali. Riguardano quindi caratteristiche dell'identità immutabili o – se si tratta di caratteristiche culturali e sociali – modificabili solo a discapito della rinuncia alla libertà di autodeterminarsi. La concezione liberale che contrappone libertà ed eguaglianza perde quindi ogni coerenza interna laddove solo si consideri che «*la discriminazione non è solo un problema di eguaglianza violata, ma di libertà violata*»¹⁷.

3. Tutela contro la discriminazione e libertà di espressione: la (preferibile) sanzione civile e l'atto linguistico della subordinazione

Nel nostro ordinamento, determinate condotte discriminatorie su base etnica-razziale e per nazionalità (e per religione) sono sanzionate dalle norme penali del disposto della Legge Mancino-Reale e ss. modifiche, le cui previsioni oggi sono trasfuse dal d.lgs. 81/2018 nel codice penale agli artt. 604-*bis* e *ter*. Di interesse in questa sede, le condotte penalmente sanzionate sono la propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull'odio e l'istigazione a commettere o la commissione di atti di discriminazione o atti di violenza. L'art 604-*ter* prevede poi un'aggravante, non suscettibile di bilanciamento con le attenuanti eventualmente concorrenti, «per i reati punibili con pena diversa da quella dell'ergastolo commessi per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso, ovvero al fine di agevolare l'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità la pena è aumentata fino alla metà».

Le fattispecie penali sopra indicate sanzionano alcuni esempi di crimini d'odio, tra cui il discorso d'odio.

16. Sulla concezione dello spazio pubblico come luogo di incontro necessario e sul significato che esso assume in riferimento al vivere insieme cfr. H. Arendt, *Vita activa, II, 7, La dimensione pubblica: l'essere in comune*, Milano, Bompiani, 1998.

17. T. Ramm T., *Discrimination: International Development and Remarks of Legal Theory*, in *Discrimination in Employment*, F. Schmidt (ed.), Stockholm, Almquist & Wiksell International, 1978, p. 491 ss., qui 508.

Per crimini d'odio (*hate crimes*, categoria di derivazione criminologica), si intendono quei crimini commessi nei confronti di determinati soggetti in ragione della loro appartenenza ad un particolare gruppo sociale, identificato in base alla razza, alla etnia, alla religione, all'orientamento sessuale, all'identità di genere¹⁸. Il Consiglio d'Europa qualifica il discorso d'odio come «*qualsiasi forma di espressione che diffonde, incita, promuove o giustifica odio razziale, xenofobia, anti-semitismo o altre forme di odio basate sull'intolleranza*»¹⁹.

L'attuale formulazione delle fattispecie penali nel nostro ordinamento è il risultato di diversi interventi legislativi che hanno riguardato la normativa iniziale ovvero la cd. legge Reale nel 1975, adottata a seguito della ratifica da parte dell'Italia della Convenzione internazionale sulla eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale di New York del 7 marzo 1966.

Con la Legge Mancino del 1993 è stata estesa l'applicabilità di quanto disposto dalla Legge Reale anche alle discriminazioni religiose ed è stata introdotta la distinzione, con la conseguente differenziazione sanzionatoria, tra le condotte di mera diffusione delle idee e incitazione alla discriminazione e quelle di incitazione alla violenza, o di violenza, o di provocazione alla violenza, previste nella formulazione originaria delle norme citate. L'ulteriore novella legislativa che ci consegna le fattispecie penali di cui si è detto in precedenza è la legge 85 del 2006 che, oltre alla riduzione dei limiti edittali delle pene previsti, ha ridefinito la condotta penalmente rilevante, passando dalla «diffusione in qualsiasi modo» alla «propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico»; dall'incitazione si è passati all'istigazione. Come è stato evidenziato, le maggiori perplessità che sin dall'introduzione della Legge Reale hanno interessato la materia riguardavano il fatto che essa, incriminando la «diffusione delle idee» razziste e l'«incitazione» alla discriminazione razziale, prospettava una possibile violazione del principio di precisione e di sufficiente determinatezza della fattispecie penale²⁰. Inoltre, il motivo d'odio che sta alla base di queste figure di reato pone difficoltà sotto il profilo dell'accertamento²¹.

18. Si veda per tale definizione, Osce, *What is hate crime*, <http://hatecrime.osce.org/what-hate-crime>; cfr. F.M. Lawrence, *Punishing Hate: Bias Crimes under American Law*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1999, p. 1 ss.

19. Così nella Risoluzione n. R (97) 20 del Consiglio d'Europa del 30.10.1997.

20. Cfr. L. Goisis, *Libertà d'espressione e odio omofobico. La Corte Europea dei diritti dell'uomo equipara la discriminazione in base all'orientamento sessuale alla discriminazione razziale*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, fasc. 1.2013, p. 418 ss.

21. OSCE, *Hate Crime Laws. A Practical Guide*, Osce Office for Democratic Institutions and Human Rights, 2009, p. 11.

L'attuale formulazione delle fattispecie di reato appare aver ristretto le maglie del «*penalmente rilevante*»²². La propaganda, a differenza della diffusione, presuppone un'organizzazione di mezzi e una sistematicità di interventi, volti ad influenzare i destinatari del messaggio, così da condizionarne il comportamento. Analogamente, l'istigazione (contrariamente all'incitazione) pare essere connotata dalla necessità di un livello minimo di idoneità ad influire sulle condotte e sulle convinzioni altrui²³.

Le dichiarazioni a cui nella sentenza in commento sono state applicate le sanzioni civili previste dalle norme antidiscriminatorie avrebbero potuto analogamente essere oggetto di un – fondato a opinione di chi scrive – procedimento penale per il reato di diffamazione (lucrare sul traffico di clandestini), ma appare più dubbio che l'uso del termine “clandestini” sarebbe stato considerato sufficiente al fine di dare applicazione all'aggravante di cui all'art. 604-ter c.p.p.

Negli anni, tanto le fattispecie sostanziali che l'aggravante hanno trovato limitata applicazione e la giurisprudenza non è parsa a suo agio nel delicato compito di elaborare criteri interpretativi univoci.

La Cassazione penale per esempio ha ritenuto che il rivolgersi a una persona di colore chiamandola *sporca negra* non abbia, di per sé, una connotazione razzista ma potrebbe qualificarsi come una «*manifestazione di generica antipatia, insofferenza o rifiuto*»²⁴. Con una pronuncia ancora più discutibile (Cass. pen., sez. VI, 25 giugno 2015), la Corte ha ritenuto che un volantino elettorale recante lo slogan «basta usurai, basta stranieri» e, sul retro, sei caricature che raffiguravano soggetti di colore dediti allo spaccio di stupefacenti, un uomo cinese produttore di merce scadente, una donna e un bambino Rom pronti a rubare, un musulmano con una cintura formata di candelotti di dinamite e Abramo Lincoln attorniato di dollari non integrasse il reato di propaganda di idee fondate sulla superiorità di una razza e sull'odio razziale o etnico, perché la discriminazione di cui all'art. 3, co. 1 lett. a), l. 654/1975 si dovrebbe fondare sulla qualità del soggetto e non sui suoi comportamenti²⁵. Il presupposto della configurabilità del reato, secondo la pronuncia del 2008, starebbe nell'effettiva sussistenza di un'idea discriminatoria fondata sulla diversità da pretesa superiorità razziale o da odio etnico. La discriminazione per l'altrui diversità

22. A. Pesce, *Omfobia e diritto penale: al confine tra libertà di espressione e tutela dei soggetti vulnerabili. Le prospettive possibili in Italia e le soluzioni dell'Unione europea*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015, www.penalecontemporaneo.it.

23. Cass. pen., sent. n. 47894/2012.

24. Cass. pen., sent. n. 19378/2005.

25. Cass. pen., sent. n. 13234. Nello stesso senso anche la già citata Cass. pen., sent. n. 47894/2012.

sarebbe dunque cosa diversa dalla discriminazione per l'altrui criminalità; e un soggetto potrebbe anche essere legittimamente discriminato per il suo comportamento²⁶.

Tali pronunce si pongono in contrasto con un orientamento consolidato nella giurisprudenza della stessa Corte di cassazione secondo cui è sufficiente che «*l'azione si manifesti come consapevole esteriorizzazione, immediatamente percepibile nel contesto in cui è maturata, avuto anche riguardo al comune sentire, di un sentimento di avversione o di discriminazione fondato sulla razza, l'origine etnica o il colore*» (Cass. pen., sent. 28.1.2012, n. 11590), cosicché «*la discriminazione consiste nel disconoscimento d'eguaglianza, ovvero nell'affermazione d'inferiorità sociale o giuridica altrui*» (Cass. pen., sent. 20.1.2006, n. 9381), senza la necessità di dimostrare un rischio di reiterazione di detti comportamenti ovvero che l'azione lesiva si svolga in presenza di terze persone²⁷.

Diversamente, nel giudizio civile contro la discriminazione, i moventi soggettivi dell'autore della discriminazione sono del tutto irrilevanti e il punto di vista privilegiato dal legislatore, attraverso la previsione del termine *indesiderato*, è necessariamente quello della vittima della discriminazione e non quello del soggetto che discrimina e neanche quello del comune sentire della maggioranza della comunità sociale a cui anche il giudice appartiene²⁸.

Inoltre, rispetto alle complessità evidenziate in precedenza, «*del tutto differente è la prospettiva in materia civile, ove le esigenze di legalità-precisione e offensività si pongono in termini meno pressanti rispetto alla materia penale, essendo in gioco l'irrogazione di sanzioni inibitorie e/o risarcitorie, e non penali*»²⁹.

L'articolato dibattito che riguarda i crimini d'odio si arresta di fronte all'apparente inconciliabilità tra il divieto di discriminazione e la libertà di espressione³⁰.

Il punto di equilibrio fra i due non deve essere necessariamente quello individuato negli Stati Uniti, con la tutela (pressoché) assoluta della libertà di espressione protetta dal primo emendamento. Diverso è l'orientamento della Corte europea dei diritti umani di Strasburgo, che ritiene compatibili con le previsioni della Convenzione restrizioni della

26. Per un commento alla decisione cfr. M.C. Ubiali, *Un volantino elettorale associa comportamenti criminali agli 'stranieri' (neri, cinesi, Rom, islamici): è propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico? Nota a Cass. pen., sez. VI, 25 giugno 2015 (dep. 14 settembre 2015), n. 36906, Pres. Franco, Rel. Pezzella, 2016, in Diritto penale contemporaneo, www.penalecontemporaneo.it.*

27. Cass. pen., sent. n. 2798/2010, n. 49694/2009, n. 38597/2009, n. 38591/2008, n. 37609/2006.

28. Cfr. M. Barbera, *Introduzione*, cit.

29. Cfr. L. Tomasi: *L'unico caso italiano di discriminazione fondata sull'orientamento sessuale in materia di lavoro? Nota a Tribunale di Bergamo, 6 agosto 2014 - Corte d'appello di Brescia, 11 dicembre 2014*, in *GenIUS* 1, 2015, p. 221 ss., qui 233.

30. Per diverse prospettive e ampi riferimenti alla dottrina in materia si vedano i diversi contributi in D. Tega (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche, Profili Giuridici Di Tutela*, Roma, Armando Editore, 2014 e in particolare pp. 95-161.

libertà di manifestare il proprio pensiero quando vi è la necessità di proteggere valori fondamentali³¹.

Al di là dei difformi punti di caduta che sono raggiunti all'interno di sistemi giuridici diversi, la limitazione dei reati di opinione – della sanzionabilità penale dell'espressione d'odio – è una classica istanza di una prospettiva giuridico-politica progressista e liberale. Lo stato democratico guarda (o dovrebbe guardare) a una concezione del diritto penale minima quale conseguenza della sussidiarietà dell'intervento penale³² e considera la libertà di espressione necessaria per il mantenimento della legittimità democratica, in quanto la protezione costituzionale della libertà di parola è stata interpretata per tutelare il *marketplace of communities*, e un conseguente *marketplace of ideas*³³.

Sulla base di queste considerazioni, appare condivisibile la scelta di ponderare con attenzione il ricorso a norme penali per sanzionare la (sola) espressione d'odio, stante altresì l'inammissibilità di una funzione promozionale del diritto penale³⁴.

Tale funzione pare invece predicabile in materia civile, alla luce della funzione, riconosciuta allo Stato post-liberale, di tutelare i diritti con misure “negative”, ma anche di rimuovere le disuguaglianze e di promuovere comportamenti socialmente desiderabili³⁵. Questo in ragione della considerazione che proprio il caso americano ci dimostra come quel *marketplace of communities* che la libertà di espressione contribuisce a costruire non è di fatto accessibile alle minoranze in quanto le sue regole, l'interazione sociale al suo interno e soprattutto le scelte che derivano dal discorso pubblico rischiano di riflettere unicamente l'idea della maggioranza.

Ma vi è di più. L'idoneità delle parole a escludere – a discriminare – è oggetto di studio della filosofia del linguaggio, ed è già nota anche alla scienza giuridica³⁶ e alla giurisprudenza. Le dichiarazioni pubbliche di un datore di lavoro³⁷, che manifesta pubblicamente la propria intenzione di non assumere persone di una determinata origine etnica, escludono tali persone dalla procedura di assunzione e dall'occupazione presso la

31. Cfr. A. Pesce, *op. cit.*

32. Per una disamina sul tema cfr. A. Cavaliere *Il diritto penale minimo in Alessandro Baratta: per un'alternativa alla “cultura del penale”*, in *Archivio penale* n. 3.2018, pp. 1-26.

33. Cfr. R.C. Post, *The Constitutional Concept of Public Discourse. Outrageous Opinion, Democratic Deliberation, and Hustler Magazine v. Falwell*, in *Harvard Law Review*, 1990, 103, p. 601 ss., qui 634-635.

34. Cfr. L. Tomasi, *op. cit.*

35. *Eadem*, richiamando sul punto N. Bobbio, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, Edizioni di Comunità 1977, spec. p. 11 ss.

36. R. Langton, *Speech Acts and Unspeakable Acts*, in *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 22, No. 4 1993, p. 293 ss.

37. Corte giust. CE 10.7.2008, *Feryn*, causa C-54/07.

propria azienda, in quanto egli «*non si limita a parlare di discriminazione, non si limita a pronunciare parole, bensì compie un “atto linguistico”*»³⁸.

La teoria degli atti linguistici qualifica le istanze del linguaggio d'odio in termini di *atti linguistici di subordinazione* in quanto idonei tanto a *costituire* (atti illocutori) in se stessi discriminazioni o a *causare* la discriminazione (atti perlocutori)³⁹. Questo perché il linguaggio non si limita a riflettere le identità esistenti ma è un elemento chiave nella creazione, nel mantenimento e nel rinforzo delle identità sociali e culturali, e di conseguenza anche delle asimmetrie e delle diseguaglianze⁴⁰. Ed è tale aspetto che legittima, anche in una prospettiva progressista, l'adozione di strumenti giuridici idonei a limitarne gli effetti discriminatori.

4. L'uso politico del discorso d'odio: la narrativa della discriminazione e i possibili rimedi

In un recente intervento inerente alle politiche in tema di immigrazione del Governo in carica, Luigi Ferrajoli propone una lucida analisi della narrativa della discriminazione e dell'odio che le definisce.

«Vengo così alla terza differenza delle politiche di questo Governo contro i migranti rispetto a quelle messe in atto dai Minniti e dai Macron e che assimila semmai il Ministro Salvini al presidente americano Trump. Essa consiste nel fatto che la violazione dei diritti umani, mentre era occultata da Minniti, viene ora sbandierata come fonte di consenso. ... Il Ministro Salvini non si limita a interpretare la xenofobia, ma la alimenta e la amplifica, producendo due effetti distruttivi sui presupposti della democrazia. Il primo effetto è l'abbassamento dello spirito pubblico e del senso morale nella cultura di massa. Quando l'indifferenza per le sofferenze e per i morti, la disumanità e l'immoralità di formule come “prima gli italiani” o “la pacchia è finita” a sostegno dell'omissione di soccorso sono praticate, esibite e ostentate dalle istituzioni, esse non solo sono legittimate, ma sono anche assecondate e alimentate. Diventano contagiose e si normalizzano. Sollecitano l'odio per i diversi. Non capiremmo, altrimenti, il consenso di massa di cui godettero il nazismo e il fascismo. Queste politiche crudeli stanno avvelenando e incattivendo la società, in Italia e in Europa. Stanno seminando la paura e l'ostilità per i soggetti più deboli. Stanno logorando i legami sociali. Stanno screditando, con la diffamazione di quanti salvano vite umane, la pratica elementare del soccorso di chi è in

38. Cfr. J. Searle, *Speech Acts*, Cambridge University Press, 1969; J.L. Austin, *How to Do Things With Words*, Cambridge (Mass.) 1962, citato dall'AG Maduro nella sua Opinione nel caso *Feryn*.

39. Sul tema cfr. C. Bianchi, *Linguaggio d'odio, autorità e ingiustizia discorsiva*, in *Rivista di estetica*, 64, 2017, p. 18 ss.

40. R. Langton, S. Haslanger e L. Anderson, *Language and race*, in *A Companion to the Philosophy of Language*, G. Russell e D.G. Fara (eds), Routledge, 2012, in particolare pp. 753-767.

pericolo di vita. Stanno fascistizzando il senso comune. Stanno svalutando i normali sentimenti di umanità e solidarietà che formano il presupposto elementare della democrazia»⁴¹.

È all'interno di questa narrativa che si collocano le dichiarazioni che hanno interessato il caso in commento e dove pare opportuno inserire le considerazioni svolte in questa sede. Il razzismo e la discriminazione non si realizzano (solamente) attraverso pratiche e discorsi esplicitamente incentrati sulla superiorità razziale e sull'odio nei confronti dell'Altro, ma attraverso l'asserita inconciliabilità delle culture⁴², la diffusione di false informazioni (il "lucro" a fronte della dichiarata attività di beneficenza), la mistificazione dei fatti ("clandestino" e "non richiedente asilo" e quindi regolarmente soggiornante), e, soprattutto, sulla contrapposizione tra collettività identitarie create di volta in volta e artificialmente in relazione all'oggetto di una asserita contesa. Così, i richiedenti asilo sottraggono risorse economiche agli italiani. Così i migranti minacciano la nostra sicurezza. Così il riconoscimento dei diritti delle famiglie omosessuali porta la famiglia *naturale* a essere sotto attacco.

In effetti, è crescente la tendenza da parte di chi discrimina a rivendicare in termini di libertà ed eguaglianza la facoltà di farlo. È il diritto alla sicurezza a giustificare la retorica xenofoba e le politiche anti-migranti. È il diritto a manifestare le proprie convinzioni religiose e personali su un piano di eguaglianza a giustificare l'esclusione delle persone omosessuali. In entrambi questi esempi, non ci troviamo di fronte alla definizione dei confini giuridici di diritti e divieti nell'ottica della risoluzione di conflitti tra diritti contrapposti in casi singoli o isolati. Il contenzioso che ha riguardato la richiesta di obiezione di coscienza alle unioni civili e al matrimonio tra persone dello stesso sesso – formulata sui medesimi presupposti di diritto che tradizionalmente hanno caratterizzato le battaglie per l'eguaglianza delle minoranze – è stato sostenuto e guidato da organizzazioni transnazionali di stampo conservatore⁴³. Questi gruppi hanno elevato a moderne Antigoni i soggetti obiettori al fine di indebolire l'effettività e il significato trasformativo delle modifiche legislative in materia, in quanto in esse vedono l'indebolimento della propria egemonia politica e culturale⁴⁴.

41. L. Ferrajoli, *Politiche contro i migranti in violazione dei diritti umani*, in *Questione Giustizia*, marzo 2019, www.questionegiustizia.it.

42. Se il razzismo "classico" nega l'umanità del gruppo rifiutato, attribuendogli un'altra "razza", il "razzismo differenzialista" afferma l'incompatibilità e l'incomunicabilità fra culture diverse. Cfr. P.A. Taguieff, *Il razzismo. Pregiudizi, teorie, comportamenti*, Milano, Cortina Editore, 1999.

43. Cfr. C. McCrudden, *Transnational Culture Wars*, in *Int. J. Constitutional Law*, 2015, 13, 2, p. 434 ss.

44. Sull'argomento e per una ricostruzione della giurisprudenza, D. NeJaime e S. Reva, *Conscience Wars in Transnational Perspective: Religious Liberty, Third-Party Harm, and Pluralism* in S. Mancini e M. Rosenfeld (eds),

Più che di un'attitudine individuale riprovevole, la discriminazione è la conseguenza di cognizioni *sociali*, ovvero di «*cognizioni dei membri di un gruppo e sui gruppi che vengono (ri)prodotte nei contesti e nelle strutture della società*»⁴⁵. La discriminazione è la riproposizione di una categorizzazione dell'«altro» che l'autore della condotta discriminatoria condivide con il gruppo ed è questo che legittima il suo operato ai suoi occhi e a quelli chi condivide tale categorizzazione⁴⁶. La discriminazione è il risultato dell'azione consapevole di *élites* politiche che riescono a mantenere e creare consenso grazie a meccanismi articolati e manipolativi di produzione e riproduzione del pregiudizio, di cui, come detto, il linguaggio è una componente.

Storicamente, il *distrust* nei confronti della logica democratica maggioritaria a tutelare i diritti delle minoranze ha individuato nelle Corti le istituzioni preposte ad avverare il valore dell'eguaglianza del dettato costituzionale⁴⁷. Il caso qui commentato è un esempio quindi di ripristino dell'eguaglianza, grazie all'intervento del ruolo contro-maggioritario delle Corti.

Ma nel panorama italiano, la creazione dello spazio pubblico di cittadinanza e di coesione sociale – e conseguentemente di un'eguale partecipazione a esso – è ancorato all'influenza di una tradizione culturale e religiosa e a una vantata omogeneità, piuttosto che alla partecipazione dei consociati alla creazione di una concezione di cittadinanza incentrata sulle istituzioni e su simboli civili comuni e non divisivi⁴⁸. Laddove, su un terreno fertile, l'intervento delle istituzioni è, mai come oggi, svilito e svuotato di ogni significato, il discorso dell'eguaglianza non può costruirsi solo attraverso l'operato delle Corti.

Come si può contrastare la narrativa della discriminazione che il discorso politico oggi ci propone?

Il ruolo delle associazioni assume una crescente centralità nella costruzione del discorso dei diritti e dell'eguaglianza in quanto la società civile è «*soggetto sociale originario ... [e] collettivo [e] prioritario rispetto allo stato e al sistema degli stati perché ciascuno dei suoi membri individuali è titolare di diritti*»⁴⁹. Come sottolinea Habermas,

The Conscience Wars: Rethinking The Balance Between Religion, Identity, and Equality, S. Mancini e M. Rosenfeld (eds), Cambridge Univ. Press, 2018, p. 187 ss.

45. Cfr. T.A. Van Dijk., *La riproduzione del pregiudizio*, in *Democrazia e Diritto*, n. 6, 1989, p. 128 ss.

46. *Ibidem*.

47. Cfr. in proposito, J. H. Ely, *Democracy and Distrust A Theory of Judicial Review*, Cambridge, HUP, 1980.

48. A. Ferrari e S. Ferrari, *Religion and the Secular State, The Italian National Reports to 18th World Congress of Comparative Law*, Washington 2010, *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, 2010, 16:1, p. 431 ss.

49. Cfr. A. Papisca, *Commissione diritti umani della Assemblea dei Cittadini di Helsinki, HCA: documento presentato alla riunione di Mosca della Conferenza sulla dimensione umana della CSCE*, in *Pace, diritti dell'uomo, diritti dei popoli*, V, 2, 1991, pp. 95-100.

«il cuore tradizionale [della società civile] è ormai formato da quei gruppi e associazioni non statali e non economici a base volontaria che uniscono le strutture comunicative dello spazio pubblico alla componente “società” del mondo vissuto. La società civile si compone di quelle associazioni, organizzazioni e movimenti che allo stesso tempo accolgono, condensano e ripercuotono, amplificandola nello spazio pubblico politico, la risonanza che i problemi sociali hanno nelle sfere della vita privata. Il cuore della società civile è dunque costituito da un tessuto associativo che istituzionalizza, nel quadro degli spazi pubblici organizzati, le discussioni che si propongono di risolvere i problemi riguardanti temi di interesse generale»⁵⁰.

Il contributo che è chiamata a dare la società civile dalle disposizioni normative in materia di non discriminazione⁵¹ è la risposta alla causa principale della discriminazione, ovvero la strutturale mancata rappresentatività a livello sociale, culturale e politico dei gruppi discriminati e delle loro istanze.

Per quanto riguarda il contenzioso in sede giudiziale, la legittimazione ad agire in capo alle associazioni nei casi di discriminazioni di natura collettiva attraverso la cd. *actio popularis* riesce infatti, a differenza che nel caso di un'azione individuale, ad affrontare le *system failures*, perché diversi sono i rimedi che verranno individuati⁵².

La tutela in sede giudiziale è però solo una delle componenti dell'elaborazione del discorso dell'eguaglianza. È attraverso l'organizzazione sistematica di risorse e competenze nei diversi ambiti in cui le singole associazioni agiscono che la società civile sopperisce alla mancanza di forza (intesa come potere politico, economico, culturale) e visibilità dei gruppi discriminati, fungendo quindi da vero e proprio veicolo di *empowerment* per questi ultimi⁵³. È solo attraverso la prerogativa dei soggetti collettivi a ridefinire i termini del processo politico che le istanze dei soggetti più vulnerabili entreranno a farne parte⁵⁴. Con l'avvertenza, che tale prerogativa può essere effettiva – sia che si parli di giustizia sociale che di eguaglianza – solo se è colmato il gap tra l'*élite* posta al vertice e la base del movimento (*grass-roots constituencies*)⁵⁵. Diversamente,

50. Cfr. J. Habermas, *Droit et démocratie*, Paris, Gallimard, 1997, p. 394.

51. Per un'analisi e una critica alla frammentarietà delle disposizioni in materia di azione collettiva antidiscriminatoria cfr. L. Amoriello, *La legittimazione ad agire degli enti collettivi fra esigenza di effettività e incoerenze dell'ordinamento*, in *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, a cura di O. Bonardi, Roma, Ediesse, 2017; cfr. anche M. Militello, *op. cit.*, e i riferimenti ivi citati.

52. Cfr. L. Farkas, *Limited enforcement possibilities under european anti-discrimination legislation – a case study of procedural novelties: actio popularis action in Hungary*, in *Erasmus Law Review*, V.3, Issue 3 (2010), p. 181 ss.

53. Cfr. F. Guarriello, *Il ruolo delle istituzioni e della società civile nel nuovo diritto antidiscriminatorio*, in M. Barbera, (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., p. 467 ss.

54. Su questo aspetto, in riferimento al contenzioso che ha riguardato le persone di etnia Rom, cfr. M. Barbera, *Litigating Roma human rights. A case of redemptive or disempowering constitutionalism?*, in corso di pubblicazione.

55. *Eadem*.

viene meno la stessa promessa di realizzare uno sviluppo democratico e partecipativo che legittima l'azione dei soggetti collettivi perché non si offre un'alternativa alle relazioni di potere vigenti⁵⁶.

In effetti, la narrativa della discriminazione si arresta ed è smascherata nella sua falsità e inconsistenza soprattutto quando è raccontata la narrativa dell'eguaglianza.

Così è Luca, omosessuale e papà adottivo di Alba, bambina affetta dalla sindrome di down e rifiutata da sette coppie eterosessuali prima che il Tribunale gliela desse in affido, a spiegarci che i figli, per crescere, hanno bisogno solo dell'amore di chi è disposto a prendersene cura⁵⁷.

Così è il piccolo Ramy, che condivide l'essere straniero con l'autista criminale dell'autobus sul quale andava in gita con i suoi compagni, a dimostrarci che non sono la razza o la nazionalità a creare uomini giusti⁵⁸.

56. Cfr. S.N. Ndegwa, *The Two Faces of Civil Society – NGOs and Politics in Africa*, West Hartford, Kumarian Press, 1996, pp. 109-117.

57. Cfr. C. Pasolini, *La mia bimba down rifiutata da sette famiglie che a me fa scoprire il mondo ogni mattina*, 8.11.2018, *La Repubblica*, al link https://rep.repubblica.it/pwa/intervista/2018/11/08/news/storie_italiane-211142644/, ultimo accesso 13.5.2019.

58. Cfr. B. Maarad, *Ramy e Adam, due giovani eroi italiani che italiani non sono*, Blog AGI, 21.3.2019, https://www.agi.it/blog-italia/straordinario-quotidiano/rami_adam_eroi_cittadinanza_italiana-5182372/post/2019-03-21/, ultimo accesso 13.5.2019.