
Legge penale, fascismo, pensiero ostile*

Domenico Pulitanò

Abstract

Le norme penali della legge Scelba sono state ritenute costituzionalmente legittime da sentenze interpretative che richiedono quale elemento di fattispecie il pericolo concreto. La scarsa casistica giurisprudenziale è ben poco significativa. Rispetto ai problemi del nostro tempo, la normativa pensata come difesa da un ipotetico pericolo fascista è storicamente inattuale. Ha senso una prospettiva diversa, quella delle norme antidiscriminazione, che pure pongono problemi di temperamento con la libertà d'espressione.

In the criminal provisions against Fascism (contained in the 'Scelba Law') an actual danger is required as a constitutive element of the crime. The case law in this respect is not significant. However, Fascism is historically out of date. The article thus argues that a perspective based on anti-discrimination law would make more sense.

Sommario

1. La legge Scelba nella giurisprudenza costituzionale. – 2. La giurisprudenza ordinaria. – 3. Di fronte ai problemi del nostro tempo. – 4. La norma speciale sul negazionismo. – 5. Norme antidiscriminazione.

Keywords

Diritto penale, Legge Scelba, Fascismo, Libertà di manifestazione del pensiero, Propaganda

1. La legge Scelba nella giurisprudenza costituzionale

Preparare una relazione per la Scuola della magistratura, nell'ottobre 2018, sulla normativa penale relativa al fascismo e sulla giurisprudenza in materia, è stata un'occasione di riflessioni sul senso della disciplina vigente, alla luce dei problemi del nostro tempo.

La giurisprudenza sulla c.d. legge Scelba del 1952 si presenta come applicazione di indicazioni ermeneutiche date dalla Corte costituzionale nelle sentenze "interpretative

*L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a referaggio a "doppio cieco".

di rigetto” (n. 1/1957, n. 74/1958, n. 23/1973) che ne hanno affermato la legittimità, ritenuta fondata sulla XII delle disposizioni transitorie e finali della Costituzione (divieto di «riorganizzazione, sotto qualsiasi forma, del disciolto partito fascista»): «Riconosciuta, in quel particolare momento storico, la necessità di impedire, nell’interesse del regime democratico che si andava ricostituendo, che si riorganizzasse in qualsiasi forma il partito fascista, era evidente che la tutela di una siffatta esigenza non potesse limitarsi a considerare soltanto gli atti finali e conclusivi della riorganizzazione, del tutto avulsi da ogni loro antecedente causale, ma dovesse necessariamente riferirsi ad ogni comportamento che, pur non rivestendo i caratteri di un vero e proprio atto di riorganizzazione, fosse tuttavia tale da contenere in sé sufficiente idoneità a produrre gli atti stessi».

Da ciò la legittimità di una disciplina che, finalizzata a impedire la riorganizzazione del disciolto partito fascista, «ha inteso vietare e punire non qualsiasi manifestazione di pensiero, tutelata dall’art. 21 Cost., bensì quelle manifestazioni usuali del disciolto partito fascista che possono determinare il pericolo che si è voluto evitare»; anche manifestazioni “minori” (C. Cost., 6 dicembre 1958, n. 74).

Sui limiti di legittimità di norme che toccano ambiti coperti dalle libertà di associazione e di manifestazione del pensiero, nella giurisprudenza costituzionale successiva è particolarmente significativa la sentenza n. 65/1970 - anch’essa “interpretativa di rigetto” - con la quale è stata salvata e ristretta l’incriminazione della apologia di reato (art. 414, c. 3). Disattendendo l’interpretazione rigorosissima della giurisprudenza ordinaria¹, la Corte costituzionale ha affermato che «non limita in alcun modo la critica della legislazione o della giurisprudenza, né l’attività propagandistica [...] diretta a promuovere la *deletio* di qualsiasi norma incriminatrice»; e nemmeno vieta l’attribuzione di un contenuto morale positivo a fatti costituenti reato. Oggetto del divieto è l’apologia in quanto istigazione indiretta: «Quella che per le sue modalità integri comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti.»²

Generalizzando: libertà fondamentali (libertà d’espressione) non possono venire comprese secondo schemi “presuntivi” (presunzioni di pericolosità) nemmeno in nome della tutela di altri beni di rilievo costituzionale. Anche là dove siano in gioco beni che nel sistema costituzionale costituiscono limiti espliciti o impliciti alla libertà, la tutela non può comprimere l’esercizio delle libertà se non nei limiti della tutela da un pericolo (in qualche misura) “concreto”.

Filtrate dalle sentenze interpretative del giudice delle leggi, le norme penali della legge Scelba appaiono difendibili sul piano della legittimità costituzionale, negli stessi limiti in cui sono difendibili altre fattispecie di reati d’espressione. La legge Scelba trae legittimità della scelta originaria di fondazione del nuovo ordinamento costituzionale sulla rottura storica rispetto al regime fascista: «Ancorché i padri fondatori, nel collocare il divieto di riorganizzazione del disciolto partito fascista nel quadro delle disposizioni

¹ Cass. pen., sez. un., 18 novembre 1958, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, 183 ss., aveva ritenuto incluso nel divieto l’espressione di qualsiasi «giudizio favorevole che implichi l’approvazione convinta dell’episodio e l’adesione spirituale ad esso da parte del dichiarante», senza che sia necessaria alcuna attività diretta ad influenzare il pensiero altrui. Commenti di G. Bognetti, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, 18 ss.; A. Jemolo, in *Giur. Cost.*, 1970, 957 ss.; C. Fiore, in *Arch. Pen.*, II, 1971, 15 ss.

² Analoga impostazione in C. Cost., 23 aprile 1974, n. 108, sull’art. 415 c.p.

transitorie e finali, abbiano inteso enfatizzare il carattere storicamente determinato e politicamente esaurito di quella esperienza, ciò, tuttavia, non consente di metterne in discussione la costante forza giuridica e rilevanza assiologica.»³

2. La giurisprudenza ordinaria

2.1. La casistica giurisprudenziale sulla legge Scelba (quasi tutta in tema di manifestazioni fasciste, art. 5) è poco numerosa. Ci sono sia condanne sia assoluzioni. Sentenze assolutorie (confermate da Cass. n. 8108/2018 e n. 11038/2017) hanno riguardato condotte tipicamente fasciste (“chiamata del presente”⁴, saluto romano, esposizione di uno striscione inneggiante ai camerati caduti e di numerose bandiere con croci celtiche) tenute durante una pubblica manifestazione commemorativa svoltasi il 29 aprile 2014 in ricordo di Enrico Pedenovi, Sergio Ramelli e Carlo Borsani. Per motivare l’esclusione del pericolo concreto necessario a integrare il reato, i giudici di merito hanno ritenuto «dirimente la natura puramente commemorativa della manifestazione e del corteo, organizzati in onore di defunti vittime di una violenta lotta politica [...] senza alcun intento restaurativo del regime fascista». La Corte di Cassazione ha ritenuto inammissibili i ricorsi della Procura, relativi alla motivazione sul pericolo⁵. Chiamata del presente e saluto romano sono anche oggetto di sentenze di condanna, confermate dalla Cassazione, in casi che i giudici di merito hanno ritenuto connotati da elementi fondanti un qualche pericolo, ancorché minimo. «Non è la manifestazione esteriore in quanto tale ad essere oggetto di incriminazione, bensì il suo venire in essere in condizioni di pubblicità tali da rappresentare un concreto tentativo di raccogliere adesioni ad un progetto di ricostituzione»; la concreta pericolosità della condotta non sarebbe elisa, anzi confermata, dal fatto che i partecipanti condividessero l’ideologia fascista, «trattandosi di comportamento idoneo a rafforzare una volontà di riorganizzazione tra più soggetti» (Cass. pen., sez. I, 25 marzo 2014, n. 37577, relativa a gesti e grida tenuti in una pubblica manifestazione in ricordo delle vittime delle foibe). In epoca non recente si segnalano le condanne di chi ha fatto il saluto romano, armato di manganello in occasione di un comizio elettorale⁶, e di imputati in un precedente processo che si erano alzati in piedi e gridato “*sieg heil*” alla lettura del dispositivo della sentenza⁷.

Il provvedimento più significativo è lo scioglimento di Ordine Nuovo, disposto dal

³ L. Diotallevi, *Sulla permanente attualità del reato di manifestazioni fasciste ex art. 5 legge Scelba*, in *Giur. Cost.*, 2014, 4801 ss., richiama (nota 20) il dibattito nell’assemblea costituente sulla formulazione della XII disposizione transitoria, nella quale venne inserito il testuale riferimento al disciolto partito fascista. Cfr. anche M. Luciani, *Antifascismo e nascita della Costituzione*, in *Pol. Dir.*, 1991, 183 ss.

⁴ Il grido che chiama “camerata X!” e risponde “presente”.

⁵ Cfr. anche, nello stesso senso in un caso analogo, Cass. pen., sez. I, 2 marzo 2016, n. 11038, annotata da P. Caroli, *Commemorare i caduti della repubblica sociale italiana con il saluto romano non costituisce reato*, in *Dir. pen. e processo*, 2017, 1585 ss.

⁶ Cass. pen., sez. I, 18 gennaio 1972, n. 3826.

⁷ Cass. pen., sez. I, 4 ottobre 1982, n. 11943. La condanna è ex art. 11, l. 22 maggio 1975, n. 152.

Ministro dell'Interno on. Taviani nel 1973⁸. Era un periodo particolarmente critico sotto il profilo dei rischi di eversione, segnato dalle stragi del 12 dicembre 1969, del 1974 (Brescia, treno Italicus) e del 2 agosto 1980 (stazione di Bologna), oltre che da tanti fatti di terrorismo politicamente motivato, di destra e di sinistra. Il problema neofascismo appariva attuale; nel dicembre 1970 c'era stato il fallito golpe Borghese. Si parlava (si discuteva seriamente) di strategia della tensione.

In anni più recenti troviamo la già citate sentenze relative all'art. 5, e la condanna⁹ *ex art. 2, c. 1* per avere sventolato in una partita di calcio un tricolore con fascio littorio: «Attualmente tale simbolo è collegato da tutti i consociati al regime fascista».¹⁰

2.2. Nella giurisprudenza sulla legge Scelba interessano i “giudizi di fatto” nei quali si è concretizzata l'affermazione o negazione della responsabilità nei singoli casi, in applicazione del medesimo schema giuridico, quello che i giudici ordinari hanno recepito dalle indicazioni ermeneutiche della Corte costituzionale: il pericolo concreto quale elemento costitutivo delle fattispecie di reato.

Le dichiarazioni di inammissibilità dei ricorsi, sia contro condanne che contro assoluzioni, mostrano il *restraint* della Cassazione, il fermarsi alla motivazione senza entrare nel merito dei giudizi di fatto sulla sussistenza o insussistenza del pericolo. Lo studioso, al pari del giudice di merito, può e deve entrare nel merito, e dunque domandarsi se i giudizi fattuali sul pericolo, nella giurisprudenza sulla legge Scelba, siano coerenti e convincenti.

Problemi relativi al pericolo attraversano alla grande il diritto penale e le sue applicazioni. Innanzi tutto problemi giuridici, di determinazione ermeneutica del tipo e livello di pericolo necessario a integrare fattispecie legali d'incerti contorni. “Pericolo” significa, in prima approssimazione, “potenzialità di danno” (di un particolare tipo di danno). Una formula largamente utilizzata nel mondo della scienza definisce il pericolo come prodotto di due fattori: gravità del danno che potrebbe essere conseguenza del pericolo cagionato, e probabilità dell'evolversi del pericolo in danno effettivo. Secondo l'entità e la combinazione di questi due fattori, il pericolo che ne deriva si colloca a “livelli diversi di gravità”, che la dottrina e la giurisprudenza schematizzano nelle due categorie etichettate “pericolo concreto” e “pericolo astratto”. È un'impostazione concettuale non idonea (se non in prima battuta) a impostare i complessi problemi di ricostruzione ermeneutica del pericolo quale elemento di fattispecie.

I problemi di accertamento fattuale del pericolo richiedono giudizi prognostici sulla probabilità e sull'entità di sviluppi dannosi del fatto contestato come “pericoloso”. Nelle sentenze relative al saluto romano e alla “chiamata del presente”, per identici gesti ci sono state sia condanne sia assoluzioni. Su che cosa poggiano le differenze degli esiti?

⁸ Cfr. G. Salvi, *Appunti per una relazione sul terrorismo di destra*, in *Questionegiustizia.it*, 27 aprile 2018, nota 3.

⁹ Cass. pen., sez. III, 10 luglio 2007, n. 37390.

¹⁰ Per un recente quadro d'insieme cfr. A. Nocera, *Manifestazioni fasciste e apologia di fascismo tra attualità e nuove prospettive incriminatrici*, in *Dir. Pen. Contemporaneo*, 9 maggio 2018.

Cominciamo dall'assoluzione nel caso della manifestazione commemorativa di persone che hanno subito una morte violenta, vittime di aggressioni politicamente motivate. Borsani era un militante della RSI, Pedenovi era un consigliere comunale del MSI, a Milano negli anni '70. Sergio Ramelli era un ragazzino, militante della gioventù fascista, contro il quale venne programmata da militanti di un gruppo avverso (Avanguardia operaia) una violenza che avrebbe dovuto essere modica (qualche giorno di prognosi) ma per il modo in cui venne esercitata (colpi sulla testa, con chiavi inglesi) fu cagione di morte dopo una lunga sofferenza. Era l'aprile 1975. Gli autori vennero identificati e arrestati un decennio dopo; studenti di medicina all'epoca del fatto, erano ormai professionisti affermati; confessi e pentiti della militanza in un estremismo violento. Il processo Ramelli dinanzi alla Corte d'assise di Milano (che il sottoscritto ha vissuto da difensore di uno degli imputati) mise in scena la miseria morale e politica di ideologie estremiste e di pratiche squadriste che si autodefinivano antifascismo militante.

Tecnicamente motivate con un giudizio fattuale di non pericolosità, le sentenze assolutorie di gesti tipicamente fascisti, compiuti in una manifestazione commemorativa di vittime, lasciano trasparire uno sfondo morale: la valutazione d'insostenibilità morale del proibire ai sodali di vittime di violenza politica, sotto minaccia di pena, l'espressione di un sentire comune mediante gesti condivisi.

Nei casi in cui c'è stata condanna per manifestazioni fasciste (è questa la sostanza di tutte le condanne, quale che sia il titolo di reato) ai giudici è parso esserci quanto basta per valutare riprovevoli le manifestazioni incriminate. Riprovevoli in quanto riconoscibilmente fasciste. C'era una base sufficiente anche per giudizi di pericolo? "Pericolo concreto di proselitismo" è un'ipotesi debole; meno plausibile dell'ipotizzare reazioni avverse, ideologicamente antifasciste (come di fatto accade). Più plausibile ravvisare, nel comune compimento di certi gesti, una valenza di consolidamento del gruppo, ravvisabile peraltro anche nei casi in cui c'è stata assoluzione. Non è un dato di per sé rilevante per un giudizio di pericolo, a meno che il gruppo non sia già riorganizzazione del partito fascista.

Sufficiente a integrare la fattispecie sarebbe un pericolo "pur minimo", era stato scritto in una sentenza del 1982¹¹. Nell'insieme, le condanne paiono fondate su un giudizio etico-politico di riprovevolezza del fatto, retoricamente tradotto in giudizio di pericolo: un pericolo sostanzialmente presunto.

2.3. Nelle condanne (poche) per reati previsti dalla legge Scelba, è leggibile un reale contributo alla difesa dell'ordinamento democratico di fronte al pericolo di riorganizzazione del partito fascista? Non vedo elementi a sostegno d'una risposta positiva.

Sul piano generalpreventivo (della pura intimidazione) qualsiasi ipotesi può essere azzardata, nessuna può ritenersi solida. Poco plausibile ipotizzare effetti di prevenzione speciale "rieducativa"; più probabili (forse) effetti di rafforzamento dell'adesione dei condannati all'ideologia messa sotto accusa.

Ovviamente, il giudizio sulle applicazioni d'una legge è, per definizione, opinabile e

¹¹ Cass. pen., sez. I, 4 ottobre 1982, n. 11943, già citata: non può disconoscersi un pur minimo pericolo per le istituzioni democratiche, i giudici di merito hanno sottolineato la volontà di suscitare consensi all'attività neofascista. La condanna è *ex art.* 11, l. 22 maggio 1975, n. 152.

sempre rivedibile, anche alla luce di eventuali fatti nuovi o di maggiori conoscenze. Con questo *caveat*, così riassumo la mia valutazione, allo stato, sulla scarsa casistica relativa alla legge Scelba: le assoluzioni sono accettabili, le condanne sono discutibili in fatto, e comunque insignificanti rispetto a problemi di difesa della società democratica da un ipotetico pericolo fascista.

Per il contrasto alla criminalità *hard* di matrice fascista (omicidi, altri delitti violenti) sono disponibili (e utilizzati) strumenti più solidi e meno discutibili, quelli del diritto penale comune.

Per una riflessione più di fondo, sul senso che la vigente disciplina ha o può avere rispetto a problemi attuali, la valutazione di contingenti applicazioni in passato è un aspetto importante, non l'unico. Anche leggi penali che non trovano applicazione, o hanno applicazioni insignificanti, comunicano messaggi, più o meno significativi. È opportuno mantenere la normativa penale sul fascismo così com'è, per il significato di principio dei precetti in essa contenuti? O è il caso di pensare a modifiche, vuoi in prospettiva di un rafforzamento dei divieti (vedi proposta Fiano¹²), vuoi nel senso di un formale superamento?

Fermo il limite dei principi costituzionali di libertà di associazione e di manifestazione del pensiero, la pregiudiziale antifascista ha un significato assiologico che è stato fondante per l'Italia repubblicana. Coordinata con i principi di democrazia liberale sanciti dalla Costituzione, mantiene validità assiologica nella lunga durata. Su effetti di un'ipotetica abrogazione della legge Scelba, si possono azzardare congetture tendenzialmente negative: l'abrogazione potrebbe offrire pretesto per reinterpretazioni strumentali dei fondamenti della nostra democrazia¹³.

3. Di fronte ai problemi del nostro tempo

3.1. L'insignificanza delle rare applicazioni della legge Scelba rispecchia un affievolimento o superamento dei problemi sottesi all'emanazione della legge, o debolezza di fronte a segnali di pericolo di riorganizzazione del disciolto partito fascista?

Il "problema fascismo" è sempre stato presente nel confronto politico. Nel linguaggio dei decenni della Repubblica, il parlare di fascismo e di antifascismo si è legato a problemi di legittimazione politica e di polemica politica, e l'etichetta di fascismo è stata gravata da "sovraccarichi semantici"¹⁴ a ciò funzionali. La riflessione teorica può anche proporsi di delineare una teoria generale di ciò che possa rientrare nell'idea di

¹² Proposta di legge n. 3343 presentata dai deputati Fiano e altri il 2 ottobre 2015, approvata dalla Camera in prima lettura, decaduta per fine legislatura. Prevedeva l'introduzione nel codice penale di un nuovo art. 293-*bis*, Propaganda del regime fascista e nazifascista, sanzionato con la reclusione da sei mesi a due anni.

¹³ Potrebbe inoltre suscitare reazioni d'uno pseudo-antifascismo intollerante. La violenza volta a impedire manifestazioni o discorsi sgraditi è un problema aperto ancora oggi; l'antifascismo militante violento è forse stato (e potrebbe ancora essere) un fattore di rafforzamento di chi intende combattere.

¹⁴ Traggo questa espressione da un'analisi critica ripubblicata in E. Galli della Loggia, *Speranze d'Italia. Illusioni e realtà nella storia dell'Italia unita*, Bologna, 2018, in un capitolo intitolato "Patologie italiane: il fascismo sempre in agguato e l'antifascismo perenne", 129 ss.

fascismo¹⁵. La polemica politica può legittimamente proporre accostamenti fra ideologie, movimenti, vicende di tempi diversi. L'analisi dei linguaggi usati nell'arena politica è compito dello storico.

E il giurista? Interrogare la storia è per tutti un punto di partenza razionale: guardare ai fatti così come sono, cercando di ridurre al minimo i filtri ideologici di proprie concezioni politiche.

Ha senso parlare di fascismo, e porre il problema di un nuovo fascismo, di fronte a movimenti che si suole definire di destra, oggi in crescita in tanti paesi d'Europa in forme anche molto spinte? Nei linguaggi della politica le etichette hanno risonanze forti, e l'etichetta di fascismo si presta ad usi di forte polemica. Lo sguardo storico cerca di distinguere, anche tra fenomeni con elementi comuni. Nel secolo iniziato l'11 settembre 2001, vediamo scenari e problemi nuovi e diversi rispetto al secolo passato. Movimenti di destra significativi si sono rinnovati e sono cresciuti sulla dichiarata rottura con radici di vecchio fascismo¹⁶. Di fronte a problemi nuovi e drammatici, come il fondamentalismo islamico e le migrazioni di massa, hanno preso corpo "rivendicazioni d'integrità identitaria", che colgono, esasperandolo, un "bisogno reale"¹⁷. Per la tenuta della democrazia liberale si profilano pericoli nuovi, non quelli di un ritorno al fascismo novecentesco fra le due guerre mondiali.

In una lettura storica dell'oggi, i fascismi novecenteschi appaiono un antefatto, una radice (accanto ad altre) di nuove forme o tendenze di democrazia illiberale. Non sono i fascismi storici una fotografia di ciò che oggi sta avvenendo e ci inquieta: arroganza identitaria, chiusura verso l'immigrazione, arroccamento dentro stretti confini. Continuare a usare l'etichetta di fascismo in un senso allargato, come strumento di battaglia politica, sul piano dell'analisi politica viene segnalato come errore storico-interpretativo: definizione non di un ben preciso fenomeno storico ma categoria astratta, incarnazione generica del male¹⁸.

Questo tipo di riflessioni (storiche e politologiche) non concernono l'interpretazione di leggi, non il controllo di legittimità. Riflessioni e ricognizioni sul mondo dei fatti sono oggetto di discussione nella sfera pubblica, esercizio della libertà politica e della libertà della scienza (anche della scienza storica). In sede giudiziaria possono entrare come quadro di conoscenze rilevanti per il giudizio di fatto, per esempio per i giudizi fattuali sul pericolo.

Per formulare e controllare i giudizi di pericolo richiesti per l'applicazione della legge Scelba, può (e deve) entrare nel processo il problema della attualità o inattualità storica di un pericolo fascista - cioè rispecchiante le caratteristiche del fascismo novecentesco - nel XXI secolo in Italia? Non può e non deve entrare come problema politico, aperto a valutazioni legittimamente diverse e all'uso di linguaggi diversi. Può e deve entrare nell'orizzonte del diritto come problema fattuale, nei termini in cui il contesto fattuale abbia rilievo rispetto all'ipotesi d'accusa. È l'accusa che ha l'onere di provare

¹⁵ G. Mosse, *Il fascismo. Verso una teoria generale*, Bari, 1996.

¹⁶ In Italia, la svolta di Fini negli anni '90; in Francia la svolta di Marine Le Pen rispetto a suo padre.

¹⁷ Uso parole di G. Salvi, *op. cit.*, 7.

¹⁸ Cfr. per es. A. Campi, *La scorciatoia del Novecento per non misurarsi con la realtà*, in *Il Messaggero*, 17 settembre 2018; U. Gentiloni, *Il fascismo*, in *L'Espresso*, 18 novembre 2018, n. 47.

il pericolo costituente elemento di fattispecie, ricostruendo il fatto oggetto d'accusa e (in quanto siano rilevanti) gli elementi del contesto in cui si inserisce.

Nella giurisprudenza e nella dottrina in materia di reati d'espressione, con specifico riguardo al problema del pericolo la rilevanza del contesto è ben riconosciuta¹⁹.

Nell'ottica del giudizio penale, l'inattualità di un pericolo specificamente fascista oggi in Italia è una ragionevole ipotesi di partenza, fino a prova contraria. Non è un abbassare la guardia, serve a impostare i problemi di ciò che al diritto si può o non si può chiedere.

3.2. In astratto diritto - sul piano dell'interpretazione o di un'ipotetica rimodulazione del diritto vigente - ci si può chiedere se siano possibili e plausibili operazioni ermeneutiche o legislative volte a portare entro l'orizzonte penalistico il contrasto alle (ad alcune) nuove destre di oggi.

Sul piano ermeneutico, il principio di legalità (art. 25 Cost.) dovrebbe fare ovvia resistenza contro eventuali tentazioni di applicare la legge Scelba a fenomeni nuovi: sarebbe analogia *in malam partem*, o forzatura ancor più spinta, in assenza di reali analogie. Non solo la collocazione, ma soprattutto la funzione della disposizione relativa al "disciolto partito fascista", la connotano come "pensata per una transizione di regime". La legittimazione della legge Scelba è una legittimazione in deroga, rispetto all'uguale libertà e dignità dei partecipanti alla dialettica politica. La pregiudiziale antifascista ha un fondamento storico di reazione a una ben determinata esperienza storica. Distinguere anche nel linguaggio le nuove destre di oggi dal fascismo novecentesco - quello del disciolto partito fascista - è un'esigenza razionale, comune alla ricerca storica, al confronto politico e al mondo del diritto. Dobbiamo fare i conti con contiguità e diversità di idee, ideologie, movimenti.

Sui problemi di oggi, propongo come spunto di riflessione le vicende seguite al rinvenimento del corpo fatto a pezzi di una ragazza stuprata, a Macerata nell'estate 2018. La sparatoria contro giovani neri è stata la reazione di un estremista di destra. Tra le prime reazioni ho sentito un esponente di un gruppo di destra (fascista?) esprimere in TV (grosso modo) questo concetto: non giustifico quella reazione, ma se pensiamo alla povera ragazza uccisa...

È razzismo, fascismo, o altra è la chiave di lettura? Ciò che più ha colpito la mia sensibilità di giurista è la vendetta contro terzi innocenti, ma visti come affini al colpevole (e perciò sospetti colpevoli). È stato azzerato il principio di personalità della responsabilità, che appare estraneo alla coscienza o comprensione dell'agente. Un atteggiamento coerente con l'ideologia fascista, non un contrassegno specifico di questa²⁰.

Aggressioni contro neri, contro diversi, si sono ripetute in quest'anno 2018. Sono materia del diritto penale comune. Hanno una matrice che ben si lega con ideologie di destra estrema, ma non è specificamente fascista. Le aggressioni che definiamo razziste

¹⁹ Basti qui richiamare un recente caso assai discusso, il processo contro lo scrittore Erri De Luca per istigazione a delinquere, definito con sentenza assolutoria da Trib. Torino 19 ottobre 2015. Volendo cfr. D. Pulitanò, *Libertà di manifestazione del pensiero, delitti contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, in G. Vassalli (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 239 ss.

²⁰ Un'analisi della vicenda in E. Mauro, *L'uomo bianco*, Milano, 2018

non esprimono pretese ideologiche di superiorità razziale. Esprimono rivendicazioni identitarie, e la paura del diverso (xenofobia).

Anche nella prospettiva di eventuali risposte penali, è bene guardare ai problemi specifici di tutela, posti da fatti di questo tipo, o comunque da fatti e da movimenti del nostro mondo. La dicotomia fascismo/antifascismo non è una chiave interpretativa adeguata per i conflitti di oggi²¹. La legge Scelba può essere archiviata, senza essere abrogata. Archiviazione non giuridica, ma storica: archiviata dalla lontananza storica del fascismo novecentesco e del contesto in cui si è dipanato.

Questa formulazione, che può suonare paradossale, non la ho usata parlando a Scandicci ai magistrati. Compito della magistratura - anche di quella requirente - è verificare e valutare secondo diritto notizie di fatti specifici che le siano trasmesse. Penso a un'archiviazione "culturale" - nella sfera pubblica - dell'idea che i valori della Costituzione liberaldemocratica abbiano bisogno di una repressione penale di manifestazioni fasciste (saluto romano *et similia*). Mi preoccupa di più lo pseudo antifascismo intollerante, speculare al fascismo, che va a impedire attività di altri, o che chiede divieti i quali finiscono per dare importanza a manifestazioni marginali, offrendo alimento a ciò che si vorrebbe combattere. Caso mai sarebbe utile cercar di capire che cosa pensa, dice e fa il fronte avverso. Democrazia liberale significa questo.

3.3. Nell'ottica di un diritto penale liberale, interessa la sostanza che sta dietro le etichette politiche, quali ch'esse siano, là dove sia in gioco la tutela di interessi importanti. Non l'etichetta di fascismo o di neofascismo, ma eventuali fatti offensivi o pericolosi per interessi ritenuti meritevoli e bisognosi di specifica tutela. Ciò vale ovviamente per fatti di violenza, delittuosi secondo il diritto penale comune, e per delitti di associazione a delinquere. A un livello diverso, guarda a problemi ancora attuali la disciplina antidiscriminazione, attuativa della convenzione ONU sulla "eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale", aperta alla firma a New York il 7 marzo 1966.

Quella disciplina, nata con la legge 13 ottobre 1975, n. 654, e successive modificazioni (c.d. legge Mancino), è ora inserita nel codice penale, in attuazione del "principio della riserva di codice". Inserita nel capo dei delitti contro la libertà individuale, in una nuova sezione 3-*bis*, "Dei delitti contro l'eguaglianza": artt. 604-*bis* e 604-*ter*. Nessuna novità nei contenuti, nuova la collocazione, e significativa l'etichetta. Una disciplina "moderna"²² in rapporto ai delitti d'espressione propri del tradizionale diritto penale autoritario (vilipendio), pensati come difesa del prestigio dell'Autorità, sempre avvertiti dal pensiero penale liberale, oggi del tutto marginali.

La giurisprudenza ha da tempo riconosciuto il carattere sussidiario della legge Mancino rispetto alla legge Scelba²³: è la sussidiarietà di una legge "di principio", che prescinde da profili specifici storicamente contingenti (l'eventuale matrice fascista), e appresta una tutela più generale contro manifestazioni espressive discriminatorie, o istigatrici di

²¹ Dopo avere completato questo scritto, ho tratto conforto per le mie riflessioni dal recentissimo riesame storico di A. De Bernardi, *Fascismo e antifascismo*, Roma, 2018.

²² Così la ho definita (a rischio d'essere frainteso) in D. Pulitanò, *Laicità e stato di diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 84.

²³ Cass. pen., sez. I, 7 maggio 1999, n. 1475, *Freda e altri*, e n. 7812, *Crasti e altri*.

condotte discriminatorie²⁴.

4. La norma speciale sul negazionismo

In questa normativa è stata incastonata, in data recentissima, la previsione del negazionismo quale ragione di maggior pena. Ecco un esempio di qualcosa che ha rapporto con il nazifascismo, e una sua tragica specificità. Si può discutere se si tratti di circostanza aggravante o di figura speciale di reato. Quel che è certo, è che non è stata apportata alcuna variazione nella fattispecie di base, cioè nei confini (e nei potenziali conflitti) fra norma penale e libertà d'espressione. Con esibito ossequio alla decisione quadro della U.E., la nuova norma chiude in modo *politically correct* un problema aperto nell'orizzonte europeo. Il significato simbolico (a differenza della reale portata normativa) è molto forte, e ben si presta a rappresentare (a mettere in scena) una presa in carico di problemi di tutela drammaticamente seri, in tempi segnati a sangue da un fondamentalismo violento che colpisce gli ebrei in quanto tali.

“Opporsi al negazionismo”²⁵ è esigenza condivisa da tutti coloro che discutono del problema, fautori o critici d'una soluzione penalistica. La discussione è sui mezzi²⁶. Non si tratta di tutelare una generica “memoria storica”: sono in gioco interessi che hanno a che fare con l'universo etico-politico che il negazionismo colpisce, e con la dignità di popoli che sono stati vittime di genocidio. La vitale importanza di tutto questo può essere misurata, domandandoci che ne sarebbe del nostro mondo morale e politico, ove mai i negazionisti della Shoah riuscissero a far breccia.

Non entro nel merito dei problemi di ricostruzione ermeneutica della nuova fattispecie; problemi seri, posto che hanno a che fare con manifestazioni espressive.

Manifestazioni negazioniste rientrano nella nuova fattispecie solo qualora su di esse si fondino in tutto o in parte manifestazioni di istigazione o apologia o propaganda od offesa vietate dall'art. 604-bis. In astratto questo problema avrebbe potuto porsi già prima dell'entrata in vigore della nuova norma. Azzardo (e confido risulti fondata) la previsione che questa resterà estranea all'arena giudiziaria, assieme ai problemi legati all'incidenza sulla libertà d'espressione.

²⁴ S. Riondato (a cura di), *Discriminazione razziale, xenofobia e odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, Padova, 2006; A. Tesauro, *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, Torino, 2013; F. Bacco, *Tra sentimenti ed eguale rispetto. Problemi di legittimazione della tutela penale*, Torino, 2018; G. Pavich-A. Bonomi, *Reati in tema di discriminazione: il punto sull'evoluzione normativa recente, sui principi e valori in gioco, sulle prospettive legislative e sulla possibilità di interpretare in senso conforme a Costituzione la normativa vigente*, in *Dir. Pen. Contemporaneo*, 13 ottobre 2014.

²⁵ È il titolo di una interessante raccolta di scritti favorevoli alla soluzione penalistica: F.R. Recchia Luciani-L. Patruno (a cura di), *Opporsi al negazionismo. Un dibattito necessario tra filosofi, giuristi e storici*, Genova, 2013.

²⁶ Nella dottrina penalistica italiana, E. Fronza, *Il reato di negazionismo e la protezione penale della memoria*, in *Ragion pratica*, 1, 2008, 27 ss.; Id., *Il negazionismo come reato*, Milano, 2012; C. Visconti, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Torino, 2008; M. Caputo, *Le verità del diritto penale. La criminalizzazione del c.d. negazionismo tra ordine pubblico, dignità e senso di umanità*, in Aa.Vv., *Verità del precetto e della sanzione penale alla prova del processo*, Napoli, 2014, 263 ss. Riferimenti al problema del negazionismo in articoli pubblicati in *Quaderni costituzionali*, 4, 2013, di C. Caruso, F. Bacco, F. Guella-C. Piciocchi, S. Parisi.

La lettura di testi sulla storiografia negazionista²⁷ illustra un universo variegato, insidioso anche nelle forme meno *hard*, ma (per quanto mi è parso di capire) nell'insieme non così *hard* da potere essere fatto oggetto di una repressione penale non problematica. Richiama l'attenzione su questo aspetto, in un contributo agli atti del Senato, un serio storico ebreo, Carlo Ginzburg: «C'è un punto che sfugge alla pubblica opinione, perché legato in maniera specifica al mestiere dello storico. La ricerca storica non si muove necessariamente in una prospettiva di bianco/nero. Mi sono trovato, in un contesto accademico non italiano, a dover valutare una tesi che nel mio giudizio ho definito un esempio di negazionismo soft, morbido, implicito. Portare un caso del genere in Tribunale mi sembrerebbe una follia».

La verità storica, in quanto tale, dovrebbe potersi affermare (*als solche sich behaupten können*) senza il diritto penale. Sono parole di un Maestro del diritto penale²⁸ che suggellano una posizione critica sulla fattispecie della c.d. *Auschwitz-Lüge* (la menzogna su Auschwitz), ritenuta un esempio di legislazione "prevalentemente simbolica". Simbolica nel senso ambiguo del termine: un diritto penale ineffettivo rispetto agli scopi dichiarati, ma tale da mettere in scena una effettiva presa in carico di problemi di tutela, in modo politicamente appagante (servente all'autorappresentazione politica del legislatore). Idonea e sufficiente sarebbe la classica fattispecie di *Volksverhetzung* (istigazione all'odio o manifestazione di disprezzo contro una popolazione: c. 1 del §. 130 StGB).

La norma speciale sul negazionismo, se correttamente interpretata, non apre la strada a una penalizzazione debordante, intrusiva nella libertà di ricerca storica. Pensata come alternativa alla costruzione di una nuova fattispecie autonoma, non può essere travisata e slabbrata come se fosse una incriminazione a tutto campo di qualsiasi manifestazione di tipo negazionista. Manifestazioni di negazionismo *soft*, morbido, implicito, o comunque non caricate di significati di propaganda o istigazione illecita, restano fuori dell'area del penalmente vietato, che resta invariata. Il disvalore del fatto sta nell'offesa agli interessi offesi dalla condotta di propaganda o istigazione vietata, il profilo negazionista viene in rilievo se e in quanto ne sia una modalità di realizzazione. Dipende dalle peculiarità dei casi concreti e del contesto se e quando «negare lo sterminio vuol dire assumerne la necessità nel domani»²⁹, o esprima significati di disprezzo o di propaganda d'odio o di istigazione alla violenza.

5. Norme antidiscriminazione

Come espressione di valori fondamentali, la normativa antidiscriminazione è una risposta simbolicamente forte a problemi reali del nostro tempo. Si lega a impegni inter-

²⁷ C. Vercelli, *Il negazionismo. Storia di una menzogna*, Roma-Bari, 2013. Un utile riassunto di tesi negazioniste in M. Caputo, *op. cit.*, 268 ss.

²⁸ C. Roxin, *Was darf der Staat unter Strafe stellen? Zur Legitimation von Strafdrohungen*, in *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, I, 731.

²⁹ D. Di Cesare, *Negare la Shoah, Questioni filosofico-politiche*, in F.R. Recchia Luciani-L. Patruno (a cura di), *Opporsi al negazionismo*, cit., 71.

nazionali, in via di principio può essere difesa e merita difesa, con la consapevolezza che pone problemi di temperamento con la libertà di manifestazione del pensiero³⁰. Ragioni serie possono essere addotte a favore o contro.

In società pluraliste, «lo spazio pubblico è pieno di gente che urla, si insulta, scodella imposture, offende, si offende, si difende, fa perfino qualche ragionamento e svela qualche impostura; non è posto da educande (come si diceva una volta)»: così ha scritto il filosofo Carlo Augusto Viano nella risposta a un questionario di *Micromega* dopo l'aggressione alla redazione di *Charlie Hebdo* e la reazione sotto il segno “*Je suis Charlie*”. In società liberali la libertà di parola non può essere limitata alle sole voci politicamente corrette, fermo restando che «nelle società liberali non si tirano fuori i pugni»³¹. La difesa delle libertà *non* presuppone l'identificazione con l'uso che ne sia fatto da altri. Difendere la libertà di *Charlie* – o di estremisti di vario colore - non presuppone il sentirsi consenzienti con le manifestazioni espressive in discussione. I principi di un ordinamento laico e liberale ci dicono che la libertà di manifestazione del pensiero richiede tutela «anche se (o meglio proprio quando) possa provocare reazioni nella società»³². È, nel suo nucleo essenziale, garanzia del pensiero critico, eterodosso, collidente con pensieri e sentimenti dominanti, e proprio perciò bisognoso di protezione. Scenari di reazioni violente li avevamo già visti in passato, nel 2005 di fronte alle vignette danesi, persino di fronte al professorale discorso di Papa Ratzinger all'Università di Ratisbona nel settembre 2006. Il massacro di *Charlie Hebdo* ha drammatizzato fino all'estremo problemi legati all'esistenza di fondamentalismi ostili all'*ethos* e al sentire delle società liberali: una situazione critica che «erode e mina le opportunità di un consenso per intersezione fra persone divise da distinte e inconciliabili devozioni e lealtà ultime»³³.

Le divisioni di fronte a manifestazioni espressive molto spinte - tipo *Charlie Hebdo*, o quelle che sono state oggetto della giurisprudenza sulla legge Mancino - evidenziano problemi quanto mai delicati³⁴. Vengono in primo piano problemi che definirei di ermeneutica del fatto: come leggere manifestazioni espressive suscettibili di letture diverse. Sono problemi non adeguatamente tematizzati nelle riflessioni dei giuristi. Questione spinosa, per l'ermeneutica del diritto, è come valutare manifestazioni espressive ragionevolmente leggibili in modi diversi, sul sottile e incerto crinale fra libertà d'espressione e offesa illecita.

Di fronte a comportamenti violenti, vanno adoperati gli strumenti tradizionali del penale. Di fronte a manifestazioni espressive, anche violente e offensive, i problemi sono assai più complessi. È ben comprensibile che il giurista confessi di avere «un io diviso, in senso psicanalitico, tra impegno antirazzista e passione liberal per la libertà

³⁰ A. Tesauro, *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, Torino, 2013; F. Bacco, *Tra sentimenti e uguale rispetto. Problemi di legittimazione della tutela penale*, Torino, 2018; G. Pavich-A. Bonomi, *op. cit.*

³¹ Il questionario e le risposte sono pubblicati in *Micromega*, 2015, n. 1.

³² C. Esposito, *La bestemmia nella Costituzione italiana*, in *Giur. cost.*, 1958, 990 ss.

³³ S. Veca, *Un'idea di laicità*, Bologna, 2013, 61.

³⁴ Per un'analisi di questi problemi segnalo E. Bencivenga, *Prendiamola con filosofia. Nel tempo del terrore: un'indagine su quanto le parole mettono in gioco*, Firenze, 2017.

d'espressione»³⁵.

A chiusura di riflessioni su ciò che il diritto penale può o non può dare, ho spesso richiamato il c.d. teorema di Böckenförde: lo stato liberale “vive di presupposti che non può garantire”, sono necessarie di forze di coesione (*Antrieben e Bildungskraften*) indipendenti dal diritto³⁶. Norme penali antidiscriminazione presidiano un confine importante, reso incerto da atteggiamenti che incidono sulla coesione sociale. Sono importanti come messaggio, sarebbe illusorio pensarle come strumento operativo su scala non ridotta; se non maneggiate con saggezza rischiano di risultare disfunzionali. In situazioni di crisi, di indebolimento delle forze di coesione morale, assai più che il diritto penale servono risorse di civiltà e capacità del confronto pubblico. Capacità di confrontarsi razionalmente anche con discorsi inaccettabili; anche con quelli per i quali il problema di valutazione penalistica si ponga seriamente. Non è dal diritto penale in azione che possiamo attenderci la risposta a punti di crisi dell'*ethos* liberale e del discorso pubblico.

³⁵ A. Tesauro, *op. cit.*, 184.

³⁶ E.W. Böckenförde, *Die Entstehung der Staates als Vorgang der Saekularisation*, in *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, Frankfurt am Main, 1976, 60 ss.