



UNIVERSITÀ GIUSTINO FORTUNATO

D.M. 13 aprile 2006 - G.U. n° 104 del 6/05/2006 - TELEMATICA

Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

Tesi di laurea in Diritto Penale

LA CRIMINALIZZAZIONE DEL DISSENSO

Relatore: Ch.ma Prof.ssa Serena Ucci

Candidato: Luigi Crespino matr. n. 01/02127

Anno Accademico 2023/2024

in questo lavoro non vi sarà nulla di originale
e sarà inutile cercare qualche pensiero
che contribuirà al progresso del diritto
l'unica cosa che potrò fare è raccontare i fatti,
e schierarmi da una parte
quella della Costituzione
che è Partigiana perché è nata
“dove caddero i Partigiani,
nelle carceri dove furono imprigionati,
nei campi dove furono impiccati”¹

*«Last thing I remember, I was running for the door
I had to find the passage back to the place I was before
"Relax," said the night man, "We are programmed to receive
You can check out any time you like, but you can never leave"»*

[Hotel California, Eagles]

¹ Piero CALAMANDREI (1889-1956), *Discorso agli studenti milanesi di Piero Calamandrei (1955)*

Capitolo I

Le origini del diritto penale moderno

1. Introduzione

Il penale riguarda la pena inflitta all'uomo a seguito della commissione di un fatto di reato: dunque, non è la materia che narra le vicende di *Tizio*, *Caio* e *Sempronio* o quelle del diligente "*buon padre di famiglia*" che tanta consolazione dà a chi è preso dal terrore dell'esame di diritto privato; e neanche parla del *cittadino* del diritto costituzionale che, liberato dalla sudditanza del tiranno, esercita, quale membro di una comunità, la sua sovranità "*nei limiti e nelle forme previste*" dalla *Legge* che egli stesso si è dato.

Il diritto penale *proibisce*, *giudica*, eventualmente, *punisce* per ristabilire la *legalità* violata; e legale è ciò che è conforme alla legge. In ognuno dei tre predicati che qualificano la funzione del diritto penale, la componente di arbitrio non è eventuale ma è insita. In un mondo ideale, *legale* dovrebbe coniugarsi con *bene* e *giusto*; *illegale*, invece, con *male* e *ingiusto*. Ovviamente così non è, e nemmeno può essere. Lasciando da parte tutti i casi di "*mero arbitrio*", di cui la storia del diritto è piena, in sé il diritto non è, e nemmeno può essere, materia neutrale, perché è materia politica.

La regola della libertà dice "*Tutto ciò che non è espressamente vietato è lecito*" (almeno fino a quando non sarà vietato!): unico fra i diritti, il penale riguarda solo divieti, esattamente come i "*Dieci comandamenti*", che la dottrina della Chiesa cattolica insegna. Anche il diritto degli uomini è frutto della *loro* dottrina.

Può una scienza fondarsi su una dottrina? Il vocabolario Treccani definisce la scienza come *la disciplina fondata, essenzialmente, sull'osservazione, l'esperienza e il calcolo*: il diritto è, sicuramente, *osservazione* ed *esperienza* ma non può essere *calcolo*.

Per fondare una scienza il calcolo, però, è necessario per comprendere perché qualcosa accade in un certo modo e, soprattutto, se i calcoli sono esatti,

consentono di prevedere quando il fenomeno osservato si ripeterà. Così si prevedono le eclissi o il prossimo passaggio di una cometa nel sistema solare, e via discorrendo. Si può dire altrettanto per il diritto? In verità, molti sono stati i tentativi, uno dei più famosi è stato quello del Lombroso, un medico, che, studiando teschi, ha diviso gli esseri umani in due categorie, il che è vero, ma non nel senso da lui inteso, cioè i *normali* da un lato e i *delinquenti nati* dall'altro, a meno che, se non si vuole dare del matto all'illustre scienziato egli non intendesse, molto più verosimilmente, poveri / ricchi, sfruttati / sfruttatori, padroni (e loro servi) / lavoratori. Che il Lombroso pensasse a quest'ultima ipotesi è confermato dal fatto che, ad una più attenta osservazione, nessun bancarottiere ha la *fossetta centrale occipitale* anzi molti hanno persino superato un *master* a pieni voti.

Nel diritto, dunque, si va per tentativi e, stando ai fatti, si può concludere che i fallimenti sono stati di gran lunga superiori ai successi.

2. La legge Pica e il codice penale del 1865 dell'Italia unita

Con una buona dose di retorica, nel 2011 si sono festeggiati i 150 anni dell'unità d'Italia, e si sono rievocate le *gloriose* pagine di storia scritte da chi ha vinto. Uno Stato nato a suon di codici e leggi penali repressive, che ancora oggi divide l'Italia in due: i *padri, padroni, padrini, padreterni*² da un lato e i briganti dall'altro: «Lo Stato italiano è stato una dittatura feroce che ha messo a ferro e fuoco l'Italia meridionale e le isole, squartando, fucilando e seppellendo vivi i contadini poveri che scrittori salariati tentarono di infamare chiamandoli briganti»³.

Ciò premesso, si può iniziare l'analisi dalle prime fasi dell'annessione al Regno sabauda di varie parti del territorio italiano.

² L'incipit del film *Padre padrone* (Italia 1977) scritto e diretto da Paolo e Vittorio Taviani, liberamente tratto dall'omonimo romanzo autobiografico di Gavino Ledda.

³ Antonio GRAMSCI, *L'Ordine Nuovo*, 1920, p. 422.

«Il Regno d'Italia nasce sotto il segno di una mortale emergenza. L'insurrezione di una parte delle popolazioni meridionali mette in pericolo da subito, ed in modo assai serio, l'unità dello Stato appena realizzata, (...). Il modo in cui la classe dirigente reagì sul piano normativo e su quello delle pratiche di giustizia, impresse indelebilmente nel sistema penale italiano un segno che si sarebbe rivelato praticamente incancellabile»⁴.

Il fenomeno del “*brigantaggio*” meridionale aveva determinato il governo del neonato Regno all'adozione di una legge eccezionale, la cd “Legge Pica” (Legge 15 agosto 1863, nr. 1409), il cui art. 1 recitava: «Fino al 31 dicembre corrente anno nelle Provincie *infestate* dal brigantaggio, e che tali saranno dichiarate con Decreto Reale, i componenti comitiva o banda armata composta almeno di tre persone, la quale vada scorrendo le pubbliche vie o le campagne per commettere crimini o delitti, ed i loro complici, saranno giudicati dai Tribunali Militari, di cui nel libro II, parte II del Codice Penale Militare, e con la procedura determinata dal capo III del detto libro», laddove il codice militare penale prevedeva una procedura sommaria e sentenza immediatamente esecutiva⁵. Il governo avvalendosi del parere di una Giunta, composta dal Prefetto, dal Presidente del Tribunale, dal Procuratore del Re e di due Consiglieri provinciali, poteva comminare il domicilio coatto «agli oziosi, ai vagabondi, alle persone sospette, secondo la designazione del Codice penale, non che ai camorristi e sospetti manutengoli»⁶.

A seguito di una tale condizione dell'ordine pubblico, si prospettò l'ipotesi che il giro di vite potesse riguardare tutte le zone annesse sino a quel momento al Regno d'Italia, per mezzo dell'adozione di un solo codice di stampo

⁴ Mario SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, Giulio Einaudi Editore, 1998, pag. 487.

⁵ Così ancora SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, cit., nota n. 2, pag. 488: «La legge Pica (...), introdusse per la prima volta nel sistema punitivo italiano alcuni istituti e diversi principi che poi, perpetuati con il passaggio in successive le di pubblica sicurezza e quindi nei numerosi testi unici che si susseguirono dagli anni Settanta in poi, mutati di nome e adeguati nei contenuti, restarono nell'ordinamento arrivando, in alcuni casi, fino ai nostri giorni».

⁶ Art. 5 Legge Pica (L. 15/8/1863, nr. 1409)

autoritario. Ciò sollevò le proteste di Carlo Cattaneo che scrisse⁷ che i piemontesi non tenevano conto del diverso *grado di civiltà* delle province italiane, le cui legislazioni vigenti quando erano stati autonomi ne erano il riflesso. Il giurista Francesco Carrara considerava incomprensibile la furia degli *ottusi piemontesi* per una codificazione unitaria considerato il diverso grado di *civilizzazione*.

Il punto più controverso era l'istituto della pena di morte che, presente nel codice italiano (ex sardo) e nel codice sardo modificato per le province siciliane e napoletane, non era previsto nel codice toscano già dal 1859⁸.

Di Francesco Carrara, nato nel 1805, si sa che era giurista e politico lucchese, esponente della *scuola classica del diritto* e di *ispirazione liberale*, e di Carlo Cattaneo, classe 1801, che era un filosofo positivista, politologo, linguista e scrittore italiano, *illuminista* repubblicano e padre del federalismo italiano.

Ci si sarebbe aspettato, perciò, che per la nuova realtà statale (ovvero per quell'*espressione geografica*⁹ che era l'Italia) avessero sostenuto l'adozione del loro più mite diritto; invece, propugnarono un diritto per i *civilizzati* e un altro più feroce per l'altra tipologia di umanità alla quale era giusto applicare la pena di morte: il razzismo non era, e non è, pensiero estraneo anche alle menti più illuminate.

La votazione sul primo codice penale dell'Italia unita del 1865, vide prevalere alla Camera l'abolizione della pena di morte, ma il Senato, di nomina

⁷ Nella rivista "Il Politecnico", *Il pensiero del Cattaneo in materia è nella Prefazione al nr. IX (1860)*, fasc. 49, pagg. 15-18) e nr. XI (1861) fasc. 61, pagg. VI-VII.

⁸ Marco Nicola MILETTI, *Il diritto penale da Beccaria al Codice Rocco*, in AA.VV., "I tempi del diritto", a cura di Elio Tavilla, Giappichelli Editore, III Ed., 2022, pag. 366 e ss.

⁹ TORTUGA, *Nord e Sud sempre più lontani. Così l'Italia resta un'espressione geografica*, *Il sole 24 ore* 13 gennaio 2019 «Nel 1847 il cancelliere austriaco Klemens von Metternich definiva l'Italia una mera "espressione geografica", riferendosi alla divisione e alla reciproca indipendenza che regnavano tra i diversi Stati presenti allora nella nostra penisola.», <https://www.econopoly.ilsole24ore.com/2019/01/13/nord-sud-italia-espressione-geografica/> (10 aprile 2024)

regia, a stretto giro, votò per il suo mantenimento, sicché il nuovo regno, sebbene di ispirazione liberale, conserverà la pena di morte¹⁰.

3. Il codice penale Zanardelli del 1889

Il codice penale del 1865 fu sostituito dal Codice Zanardelli del 1889. In linea con le idee di Beccaria¹¹, la pena di morte¹² venne sostituita con l'ergastolo e l'isolamento decennale. Tale Codice, tutt'ora adottato dalla Città del Vaticano, prevedeva nei primi due articoli, in maniera chiara e meno tortuosa del precedente, il *principio di legalità* e il *principio di irretroattività* della legge, la retroattiva era ammessa per la *lex mitior*.

Il giudizio sul nuovo codice penale fu positivo, anche se, come si vedrà, diversi saranno gli articoli di stampo autoritario poiché il «(...) liberalismo di proprietari poco borghesi, fragile nella consistenza, dubbioso negli intenti, [aveva] un fondo di insopprimibile autoritarismo»¹³.

La parte speciale, subito dopo i *delitti contro la sicurezza dello Stato*, conteneva un titolo dedicato ai *delitti contro la libertà*, all'interno del quale erano regolati i *delitti contro la libertà dei culti*, spariva, dunque, il riferimento alla *religione di Stato*. Se è vero che venne cancellato il reato d'opinione, il Testo Unico di Pubblica Sicurezza¹⁴, che tramite un altro provvedimento legislativo¹⁵ fu coordinato col codice penale (di fatto modificandolo), consentì la repressione del socialismo, dell'anarchismo e del sindacalismo¹⁶.

¹⁰ Per la ricostruzione degli eventi si veda in Marco Nicola MILETTI, *Il diritto penale da Beccaria al Codice Rocco*, in AA.VV., *I tempi del diritto*, a cura di Elio TAVILLA, Giappichelli Editore, III Ed., 2022, pagg. 366-368

¹¹ «Non è l'intensione della pena che fa il maggior effetto sull'animo umano, ma l'estensione di essa...», Cesare BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, In *I classici del pensiero italiano*, Ed. Biblioteca Treccani – Il sole 24 Ore, 2006, pag. 74

¹² La pena di morte era di fatto già stata sospesa 1877 a seguito dell'amnistia di re Umberto I (R.D. 19 gennaio 1878, n 4260).

¹³ Mario SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, cit., nota 59 pag. 510.

¹⁴ La cd Legge Crispi 23 dicembre 1888, nr. 5888

¹⁵ R.D. 30 giugno 1889, n. 6144

¹⁶ Marco Nicola MILETTI, *Il diritto penale da Beccaria al Codice Rocco*, op. cit., pag. 377

Nel nuovo codice esistevano sanzioni *assimilabili alle misure di sicurezza* o norme che miravano a neutralizzare in via preventiva la *pericolosità dei soggetti*; si contemplava l'aggravante della *recidiva*, ma questo non per l'influenza della scuola positiva, piuttosto per il carattere *realistico* recepito dal codice, in ossequio al *senso comune* che albergava tanto nella gente quanto negli scienziati del diritto dell'Ottocento¹⁷. Nel mondo giuridico era opinione condivisa sull'orientamento liberale del nuovo codice¹⁸ poiché, sebbene all'epoca il confronto fosse fra la *scuola classica* e la *scuola positiva*, i penalisti dividevano “*un complesso di opzioni tecniche*” e una comune “*base metodologica*” che dal piano strettamente giuridico si riversò in un altrettanto «omogeneo sentire politico, raccolto in tre punti fondamentali: un orientamento liberale, una volontà di aggiornamento dei contenuti del sistema penale che [venne] conseguito con

¹⁷ Mario SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, cit., pagg. 511-512.

¹⁸ Sarah MUSIO, *L'elaborazione del Codice Rocco tra principi autoritari e continuità istituzionale*, ADIR – Centro di ricerca interuniversitario su carcere, devianza, marginalità e governo delle migrazioni, 1999 «(...) oltre a riaffermare i fondamentali principi di garanzia di derivazione illuministica, non ammetteva l'estradiizione (neppure dello straniero) per i reati politici, aveva abolito la pena di morte e i lavori forzati, aveva statuito minimi e massimi di pena meno elevati rispetto ai codici anteriori, prevedeva le attenuanti generiche. Disciplinava in modo articolato sia il tentativo che il concorso di persone, regolando il primo secondo la formula napoleonica del *commencement d'exécution*, e il secondo sulla base del cumulo giuridico e dell'assorbimento. Inoltre, distingueva e graduava la responsabilità dei concorrenti nel reato prevedendo figure di compartecipi primari e secondari. Il problema dell'imputabilità veniva risolto alla luce della volontarietà del fatto, attraverso formulazioni chiare per la sua esclusione e diminuzione; veniva cancellata "la forza irresistibile", e l'ubriachezza accidentale era considerata causa attenuante dell'imputabilità e della pena. Nel sistema delle pene, oltre all'abolizione della pena di morte, si distingueva tra detenzione e reclusione regolando quest'ultima secondo i principi dell'esecuzione progressiva e in funzione della rieducazione ed emenda del condannato. Numerose erano le disposizioni in tema di dolo, errore, cause di giustificazione, ma il merito di questo codice sarebbe stato soprattutto quello di aver disciplinato per la prima volta nella parte generale l'elemento soggettivo del reato e le cause di giustificazione, stabilendo le premesse per l'elaborazione della teoria dell'antigiuridicità.

Nella parte speciale, la distinzione dei reati avveniva in relazione all'interesse da questi leso (oggetto giuridico del reato), realizzando una classificazione dei delitti e delle contravvenzioni secondo criteri destinati in gran parte a restare inalterati anche nel codice successivo. (...) era prevista una vasta gamma di delitti contro la libertà, cui si aggiungeva l'introduzione della scriminante della reazione agli atti arbitrari del pubblico ufficiale e l'istituto della *exceptio veritatis* nei delitti contro l'onore». Cap. 1, pag. 2.

l'affinamento della dogmatica, un'attitudine realistica nell'adeguarsi al nuovo che viene, ancorandosi a principi segnati dalla costituzione dello Stato»¹⁹.

3.1 La critica della Scuola positiva

Il codice Zanardelli subì attacchi dalla *scuola positiva* per la mitezza delle pene in esso previste e per quell'*inopportuno strumento di indulgenza che era la liberazione condizionale*. Secondo gli epigoni di tale scuola non si prendeva nella necessaria considerazione il *soggetto attivo* del reato, poiché non si prevedeva alcuna misura di prevenzione in considerazione della pericolosità sociale del medesimo.

Invero, a partire dalla seconda metà dell'Ottocento, il *soggettivismo penale* aveva soppiantato l'idea che il punto di riferimento del reato e dell'offesa fosse il *disvalore del fatto*, l'orientamento prevalente era quello di guardare alla personalità dell'autore e alla sua inclinazione naturale al compimento di crimini. Per meglio precisare, ad esempio, in Francia «Nel Codice penale rivoluzionario francese non esistevano tipi d'autore penalmente perseguibili: le *gens sans aveu*, i *suspects* e i *mal intentionnés* erano *menzionati* soltanto in specifiche disposizioni di polizia, che prevedevano una sorveglianza speciale e in caso di condanna l'aggravamento di pena... [Fu] il *code pénal* del 1810 al contrario, incardinando alcune sanzioni sul tipo d'autore piuttosto che su condotte ed eventi dannosi e/o pericolosi, che introdurrà l'illecito personologico»²⁰.

¹⁹ Mario SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, cit., pag. 507: «Principi che riguardavano la funzione del diritto penale, i limiti dell'incriminazione, la responsabilità del reo, la preminenza del valore della libertà individuale tutelata soprattutto nella sfera dell'espressione (pensiero, parola, scritti), le garanzie processuali, la chiarezza e la tassatività degli enunciati normativi raccolti in un *corpus* organico le diverse funzioni della pena, il principio di adeguazione, quelli di inesorabilità e certezza, accompagnati tuttavia ad un'esigenza di generale addolcimento della penalità. Poi, alcuni principi/valori quali potevano essere il principio di legalità e la non retroattività delle norme penali, il divieto di analogia o la presunzione di non colpevolezza.»

²⁰ Francesco FORZATI, *L'illecito personologico fra destrutturazione e del *tatstrafrecht* e affermazione del *Täter-princip**, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Anno LXII Fasc. 4 -2019, Ed. Giuffrè Francis Lefebvre, in nota 5, pag. 1993.

Nonostante questa tendenza maggioritaria, nel complesso, si può dire che il codice penale del 1889 non recepì quell'idea lombrosiana del *delinquente nato*, che invece tanto successo avrà all'estero nonché nella legislazione penale predisposta dai due giuristi Rocco per il regime fascista e, di conseguenza, nel codice penale attualmente in uso nell'Italia repubblicana.

3.2. *La critica del socialismo giuridico*

L'altro versante di critica era rappresentato dalla corrente di pensiero del cd *socialismo giuridico*. Quando il nuovo codice penale vide la luce, con la seconda rivoluzione industriale era comparsa una nuova classe sociale o, meglio, il *Quarto Stato* (espulso ai tempi della Rivoluzione francese dal *Terzo Stato*) aveva assunto connotati propri, quelli del proletariato industriale.

Le prime lotte sindacali avevano reso manifesto il distacco fra il *paese legale* e il *paese reale*. Fin quando il lavoro non fu organizzato in fabbrica sotto il dominio del capitale, il paese legale corrispondeva all'unica classe organizzata, quella borghese. La trasformazione dei modi della produzione aveva necessariamente comportato una trasformazione dei rapporti sociali: non più una minoranza organizzata (la borghesia) da una parte, e una marea di anime sparse dall'altra. Ora erano due le classi sociali a dividersi il palcoscenico della storia e i loro interessi erano in un insanabile conflitto. Vennero così a galla le «(...) gravi fratture tra il mondo politico e il movimento operaio. Il socialismo giuridico denunciava l'insostenibilità dei postulati metafisici e trascendentali della Scuola classica che proprio nel codice Zanardelli avevano trovato accoglimento, sottoponendo a dura critica molte delle sue disposizioni che, soprattutto nella parte speciale, rivelavano un carattere classista. Significativi sono i titoli di alcuni scritti (i cui autori sono tra gli altri Florian, Zerboglio, Turati, Nocito): *Ingiustizie sociali del codice penale*, *La lotta di classe nella legislazione penale*,

Il delitto e la questione sociale»²¹. D'altra parte, essi denunciavano che il codice penale esprimeva valori politici. Non vi era, quindi, alcun dubbio che quel codice proteggeva i valori liberali e borghesi, ma, asseriva Florian, se «(...) la radice delle diseguaglianze che si deplorano è nelle viscere del sistema e perciò le diseguaglianze rimarranno fino a che durerà il sistema; (...) ciò non toglie che non si possano lenire ed attenuare, seguendo ed affrettando l'evoluzione, con l'opera assidua e vigilante»²².

Dunque, nell'immediato una politica riformista avrebbe potuto attutire le più vistose storture di un sistema che, comunque, rimaneva autoritario, con tutte le sue ricadute nel campo del penale.

Questa corrente di pensiero, riprendendo “*le linee della classica penalistica civile*”²³, dirigeva l'attenzione anche ai temi della politica criminale poiché, giustamente, preliminarmente alla legislazione doveva esservi lo studio delle condizioni di vita delle persone, perchè non si poteva continuamente reprimere.

In generale, il punto di vista dal quale si ponevano gli esponenti del *socialismo giuridico* era, e rimane, valido: l'analisi delle cause del delinquere consente di intervenire su un certo numero di esse e rimuoverle; per altro verso, fra i reati che non si possono prevenire, non per tutti l'irrogazione di una pena è una soluzione. Questo è sommamente vero: per reati al cui fondamento vi è

²¹ Sarah MUSIO, *L'elaborazione del Codice Rocco tra principi autoritari e continuità istituzionale*, ADIR – Centro di ricerca interuniversitario su carcere, devianza, marginalità e governo delle migrazioni, 1999, pag. 3

²² Eugenio FLORIAN, *Le ingiustizie sociali del codice penale*, Estratto della scienza del diritto privato di Firenze (Anno IV – Fasc. I e II), Tipografia Giacchetti, Figlio & co., 1896, pag. 3.

²³ Per una sintetica ricostruzione del confronto fra la scuola classica, quella positiva durante la prima industrializzazione in Italia, per finire alla *terza scuola* di Arturo Rocco, V. di Renzo ORLANDI, *La giustizia penale. Una pluralità di significati*, «Alla svolta del secolo, la popolazione del 'triangolo industriale' (Milano, Torino e Genova) era pressoché raddoppiata rispetto alle cifre del 1861. Nuovi disagi e nuove occasioni di devianza affioravano, destando nell'opinione pubblica ansietà e preoccupazioni fino allora sconosciute o trascurate. La scuola positiva (con Enrico Ferri, Raffaele Garofalo e, più tardi, Eugenio Florian e Filippo Grispianni) seppe cogliere il vento di questo mutamento antropologico, ma non fu in grado di elaborare una teoria penale convincente, adeguata alle coeve condizioni politiche e capace di innervare la politica criminale del tempo.» [https://www.treccani.it/enciclopedia/la-giustizia-penale_\(Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto\)/](https://www.treccani.it/enciclopedia/la-giustizia-penale_(Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto)/)

un'impostazione culturale secondo la quale, per esempio, non tutti gli esseri umani hanno eguale "diritto di cittadinanza", è evidente che il codice penale può punire gli effetti ma non rimuove la causa.

Sotto il punto di vista teorico, il socialismo giuridico fece emergere i punti deboli del diritto penale: la scarsa conoscenza o, ancora peggio, la deliberata ignoranza dei problemi che alimentavano lo scontro sociale, dando luogo ad un incremento della produzione legislativa repressiva. Dunque, l'impegno scientifico doveva essere coniugato con l'impegno politico al fine di comprendere i fenomeni sociali e governarli con mezzi adeguati che non fosse la semplice repressione.

Sebbene la scuola del socialismo giuridico seppe individuare quale fosse la strada da percorrere, la riduzione delle ingiustizie sociali come una, e forse la più importante, causa dell'inclinazione a delinquere, all'atto pratico fu incapace essa stessa di passare dall'analisi sociologica dei fenomeni alla stesura di un corredo normativo che tenesse conto delle criticità rilevate nella fase di studio²⁴.

4. Il tribunale speciale per la difesa dello Stato

Vigente il codice Zanardelli, in Italia, con una delle *leggi fascistissime*²⁵, L. 25 novembre 1926, n. 2008, «*Provvedimenti per la difesa dello Stato*», fu istituito il *Tribunale speciale per la difesa dello Stato*.

²⁴ Mario SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, cit., pag. 516.

²⁵ Fra il 1925 e il 1926, con l'adozione delle cc. dd. Leggi fascistissime si concluse il colpo di stato iniziato con la "marcia su Roma" dell'ottobre 1922: Legge 26 novembre 1925, n. 2029, Regolarizzazione dell'attività delle Associazioni, Enti ed Istituti e dell'appartenenza ai medesimi del personale Dipendente dallo Stato, dalle Province, dai Comuni e da Istituti sottoposti per legge alla tutela dello Stato, delle Province e dei Comuni; Legge 24 dicembre 1925, n. 2263, Attribuzioni e prerogative del Capo del Governo, Primo Ministro Segretario di Stato Legge 31 dicembre 1925, n. 2307, Disposizioni sulla stampa periodica; Legge 31 gennaio 1926, n. 100, Sulla facoltà del potere esecutivo di emanare norme giuridiche; Legge 31 gennaio 1926, n. 108, "Modificazioni ed aggiunte alla legge 13 giugno 1912, n. 555, sulla cittadinanza"; Legge 4 febbraio 1926, n. 237, Istituzione del Podestà e della Consulta municipale nei Comuni con popolazione non eccedente i 5000 abitanti; Legge 3 aprile 1926, n. 563, Disciplina giuridica dei rapporti collettivi del lavoro; Regio decreto 3 settembre 1926, n. 1910, Estensione dell'ordinamento podestarile a tutti i Comuni del Regno; Regio decreto 6 novembre 1926, n.

La sua prima udienza contro ventidue imputati, si tenne il 1° febbraio 1927 e, fra gli altri, sul banco degli imputati, c'erano Antonio Gramsci, segretario del PC d'Italia, e l'avvocato Umberto Terracini, il futuro presidente dell'Assemblea Costituente che, in tale qualità, firmerà la Costituzione. Erano stati arrestati nell'autunno del 1926 e la carcerazione preventiva si era protratta oltre i termini previsti dalla legge: «(...) per l'inedita particolarità del caso, avendo i magistrati militari del Corpo d'armata di Milano - cui il tribunale speciale fascista ha delegato l'istruttoria - avevano il compito malagevole di dare fisionomia di delitto a fatti politici che, quando furono compiuti, l'ordinamento giudiziario considerava leciti: per qualsiasi giurista anche accomodante, una perversione. Agli inquirenti tuttavia è chiesto personalmente da Mussolini di affermare comunque la *pericolosità sociale* degli arrestati. E lo spirito servile prevarrà»²⁶.

All'esito di questo lavoro, il presidente del tribunale militare speciale, rivolgendosi a Gramsci, poté elencare i seguenti capi d'accusa: «Siete imputato di attività cospirativa, di ispirazione alla guerra civile, di apologia di reato e incitamento all'odio di classe (...). Tra gli scritti sequestrati si parla di guerra e impossessamento di potere da parte del proletariato (...)»²⁷.

Nella requisitoria del 2 giugno 1927, il pubblico ministero, rivolto a Gramsci, dirà: «*Per vent'anni, dobbiamo impedire a questo cervello di funzionare*».

Nella sentenza di condanna gli imputati, appartenenti al Comitato Centrale del Partito Comunista, saranno considerati *oggettivamente* responsabili di «*fatti illegali e delittuosi commessi dalla organizzazione comunista secondo gli ordini e le direttive del Partito stesso*»²⁸.

Fra l'altro, questo è quello che successe, per opposti motivi, al processo di Norimberga. E qui si svela il vero e proprio corto circuito del diritto penale che

1848, Approvazione del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza; Legge 25 novembre 1926, n. 2008, Provvedimenti per la difesa dello Stato; Legge 12 dicembre 1926, n. 2061, che dichiara il Fascio Littorio emblema dello Stato.

²⁶ Giuseppe FIORI (a cura di), *Antonio Gramsci. Cronaca di un verdetto annunciato*, Ed. L'Unità, 1994, pagg. 9-10.

²⁷ *Ivi*, pag. 17.

²⁸ *Ivi*, pag. 132.

deve adottare mezzi uguali ma al contrario: una volta l'arbitrio fa ingiustizia, un'altra per fare giustizia bisogna ricorrere all'arbitrio.

Occorre sottolineare, però, che se i delitti contestati nel processo politico del 1927 dalla dittatura che all'uopo istituì un tribunale speciale per reprimere non *fatti di reato* ma idee, nell'attuale regime costituzionale democratico, invece, gli stessi delitti sono stati contestati da un *tribunale ordinario* ad un gruppo di docenti universitari di Padova, in quello che è passato alla storia come il "*processo 7 aprile*" (sul quale si riferirà oltre), che, in realtà, sarà un *pacchetto* di processi. Nell'ordine di cattura spiccato, fra i tanti altri, anche nei confronti del prof. Antonio Negri, (condannato in primo grado a trent'anni di reclusione per una telefonata mai fatta e poi assolto; condannato in via definitiva a dodici anni per *concorso morale* in un omicidio avvenuto in una rapina, perché aveva scritto libri e frequentato gente "*poco raccomandabile*") si legge «(...) il Negri, inoltre [è imputato per] i reati p. e p. all'art. 306 [Banda armata: formazione e partecipazione], in relazione agli artt. 270 [Associazioni sovversive], 283 [Attentato contro la Costituzione dello Stato], 284 [Insurrezione armata contro i poteri dello Stato], 286 [Guerra civile] (...) e l'adozione di programmi delittuosi a vasto raggio e di ampia portata, quali (...) 4) pubblicazione e diffusione di opuscoli e comunicati, incitanti all'insurrezione armata e ricalcanti le linee ideologiche del Negri esposte in occasione di riunioni e nelle sue pubblicazioni, fra cui *Il dominio e il sabotaggio, Proletari e Stato, La crisi dello Stato-piano*»²⁹.

5. La Prolusione sassarese di Arturo Rocco del 1910

«Ogni crisi nella scienza, come nella vita, è per sé stessa sempre atta a preparare un avvenire migliore per la civiltà, è avviamento a raggiungere una sempre più limpida coscienza delle svariate e complesse necessità della convivenza sociale umana. La lotta è legge della vita: ed è soltanto dal cozzo delle

²⁹ Dal Mandato di cattura emesso a Roma il 9 aprile 1979, dal Consigliere istruttore Achille Gallucci. V. Dario FIORENTINO – Xenia CHIARAMONTE, *Il caso 7 aprile. Il processo politico dall'Autonomia Operaia ai No Tav*, Ed. MIMESIS, 2019, pag. 79 e ss.

contrarie opinioni, sinceramente combattenti in nome della libertà del pensiero, vigorosamente affermantì la forza cosciente dell'idea nel mondo delle cose, che può sprigionarsi la scintilla del nuovo vero scientifico o anche soltanto la determinazione nuova di veri antichi. Così nel campo del diritto penale, dopo una lenta azione e una violenta reazione, sorge oggi la tendenza verso l'equilibrio, e in obbedienza alla legge, che dal contrasto fa scaturire la vita, dall'urto, il progresso, si sente ormai vicino il momento in cui, dal gran duello fra lo spirito e la materia, fra l'idea e la realtà, sorgerà, come risultante di forze opposte e contrarie, il sano progresso della scienza giuridica»³⁰.

Così Arturo Rocco in un passo delle conclusioni della sua *Prolusione* sassarese del 1910. Un breve passaggio sul punto è necessario perché in questa lezione del giurista sono contenute le motivazioni che indussero molti altri giuristi presenti nella Costituente a mantenere anche nella Repubblica il codice penale del 1930, invece di abrogarlo.

Per Sbriccoli è necessario separare l'Arturo Rocco della *Prolusione*³¹ da quello che parteciperà alla redazione del Codice del fratello Alfredo. In realtà,

³⁰ Prolusione sassarese 1910 di Arturo ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*. <https://www.avvocati-imperia.it/ArturoRocco.htm>

³¹ Elvira DINACCI, *Scrivere il nuovo codice penale: una sfida culturale prima che giuridica*, in *Rivista del diritto e procedura penale*, 5 aprile 2023

«Qualificare, *tout court*, questo Codice come “fascista”, sarebbe riduttivo e soprattutto non veritiero. Un Codice “solo” fascista, in considerazione del tempo trascorso e, principalmente, dei nuovi valori propugnati nella nostra Carta Costituzionale, non sarebbe in alcun modo utilizzabile, neanche attraverso quell'opera di continuo adattamento, correzione, manipolazione fino ad oggi effettuata, i cui risultati (ahimè!), non possono definirsi encomiabili.»

Però subito dopo:

«È palese come il tecnicismo giuridico si sia facilmente prestato ad un “uso politico”, permettendo al giurista, nell'esegesi della legge, di ignorare qualsiasi valutazione critica, rifugiandosi in un formalismo concettuale, consono al clima autoritario, al quale lo stesso Rocco assicurò il proprio appoggio. L'influenza del regime autoritario, sicuramente, ha significato la rinuncia da parte dell'interprete ad ogni funzione critica o giustificazione del diritto penale, assicurandone la fedeltà ideologica che, però, si badi, per il legislatore del '30, non ha mai significato incondizionata adesione politica.»

La severa impostazione dogmatica di Arturo Rocco, fondata sulla ricerca di una nuova unità logica per l'ordinamento giuridico, rappresentò l'occasione valida per affidare all'ideologia dello Stato forte e autoritario, il monopolio per operare scelte giuridiche. E proprio nella nuova idea di Stato, così diversa da quella propugnata nel Codice Zanardelli, si evidenziò il pensiero politico dell'epoca, dove il diritto di punire non consisteva in “una graziosa concessione fatta dagli individui allo Stato medesimo ed avente a proprio limite la barriera insuperabile del

denunciava Arturo Rocco, il diritto penale mancava di una propria personalità, stretto com'era, da una parte, dalle categorie valoriali della metafisica della *scuola classica* e, dall'altra, da classificazioni socio-antropologiche, della *scuola positiva*, secondo la quale il reato è l'espressione fenomenica della propensione naturale del reo a delinquere.

Al netto di eventuali riserve mentali (sulle quali è legittimo allungare l'ombra del sospetto), e concedendogli questa apertura di credito, per Rocco «*la scienza del diritto penale (...) ha per compito lo studio della disciplina giuridica di quel fatto umano e sociale che si chiama delitto, e di quel fatto sociale e politico che si chiama pena (...)*»³².

È necessario, dunque, delimitare gli ambiti di operatività di tutte quelle scienze che studiano il “*fatto umano*” del delitto e della pena.

Il diritto penale ha come obiettivo la norma giuridica e questa non può che essere affrontata con il metodo *tecnico-giuridico*; l'*antropologia criminale* studia il delitto come fenomeno naturale; la *sociologia criminale* lo studia quale fenomeno sociale, guarda ai contesti e alle relazioni sociali; alla *filosofia penale* spetta quella funzione critica che apporta il suo contributo ad una migliore convivenza. Ed è compito del legislatore elaborare tutte queste conoscenze affinché diventino diritto positivo, posto che la *giustizia*, di cui si va alla ricerca, è il precipuo compito della politica criminale.

Dunque, delimitato il campo di azione delle singole scienze, Rocco spiegava metodo, limiti e compito della scienza penale che deve mirare «principalmente se non esclusivamente, come già per il diritto privato si è fatto da tempo, ad un sistema di "*principi di diritto*" ad una teoria giuridica, ad una conoscenza scientifica della disciplina giuridica dei delitti e delle pene, ad uno studio,

diritto naturale di libertà dell'individuo”, bensì in “un diritto di conservazione e di difesa proprio dello Stato, nascente con lo Stato medesimo e avente lo scopo di assicurare e garantire le condizioni fondamentali e indispensabili della vita in comune”» pagg. 2-3 <https://www.penaldep.it/scrivere-il-nuovo-codice-penale-una-sfida-culturale-prima-che-giuridica/>

³² Prolusione sassarese 1910 di Arturo ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*. <https://www.avvocati-imperia.it/ArturoRocco.htm>

insomma, generale e speciale, del delitto e della pena sotto l'aspetto *giuridico*, come fatti o fenomeni regolati dall'ordinamento giuridico positivo. È questo l'indirizzo così detto "*tecnico - giuridico*", il solo indirizzo possibile in una scienza appunto *giuridica*, e per giunta di carattere *speciale*, quale è quella che porta il nome di *scienza del diritto penale*, ed il solo da cui può aspettarsi una ricostruzione organica della debilitata compagine scientifica del diritto penale»³³.

Il diritto penale, per Rocco, deve prendere a modello la tecnica del diritto privato che si sostanzia nella sequenza di tre operazioni: una *ricerca esegetica*; una *ricerca dogmatica e sistematica*; una *ricerca critica del diritto*³⁴.

Se questa svolta impressa da Rocco nel 1910 sia stata strategicamente immaginata in vista di un codice penale repressivo o se è, tutt'altro, il *metodo da questi impostato è quel metodo razionale ed oggettivo che mancava al diritto penale* è questione che ancora fa discutere gli esperti. Tuttavia, se è consentito un paragone, seguendo la tecnica indicata, il giurista appare *mero osservatore* di un fenomeno naturale (*il fatto di reato*) che, in quanto tale, non può essere soggetto a critica: così come il civilista che analizza un titolo di credito, essendo questo *a-causale* ed *astratto*, per accertare la sua validità non deve indagare sulla validità del negozio giuridico sottostante dal quale questo prende vita, secondo Rocco, allo stesso modo, per il penalista, assunto il dogma della potestà

³³ Prolusione sassarese 1910 di Arturo ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*

³⁴ Ivi: «Tale adesione trasferisce nel campo penalistico i metodi d'analisi, i principi regolatori, i sistemi classificatori, le categorie esegetiche, la sintassi e la logica propria del diritto privato, che Rocco regola programmaticamente con una scansione quasi pedante delle sequenze delle operazioni che comporta: prima l'*esegesi* dei testi legislativi, corredata delle metodologie ermeneutiche tipiche (e consentite) nel campo del diritto penale. Poi la ricerca *dogmaticamente* descrittiva ed espositiva dei *principi fondamentali* del diritto positivo nella loro logica e *sistematica* coordinazione: un inventario dei concetti giuridici penali fondamentali, in buona sostanza, sistematicamente ordinati. Da ultimo la *critica*: fondata su logiche deduzioni essa mette in evidenza disparità, antinomie e disarmonie esistenti fra gli istituti del diritto vigente, e può proporre di modificarne la disciplina o di abolire l'esistenza giuridica» in Mario SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, Giulio Einaudi Editore, 1998. V. nota 117, pag. 528.

punitiva dello Stato, la norma osservata è neutrale e apolitica, non interessa il valore del contenuto ma il rispetto della forma³⁵.

Comunque sia, poco importa fare l'analisi del sangue per comprendere le personali idee di Arturo Rocco che, si sa, partecipò con ruolo di primaria importanza alla redazione del complesso normativo penalistico del regime fascista, ciò che interessa è che il Codice penale tuttora vigente in Italia porta le firme di Vittorio Emanuele (Re d'Italia fuggito all'estero), Mussolini (il duce che tentava, vestito da soldato tedesco, di fuggire nel Reich) e Alfredo Rocco (molto famoso fra gli studenti dei Movimenti del Sessantotto e, a quanto sembra, vero ideologo del regime fascista) e questo, combinato con la costituzionalizzazione dei Patti Lateranensi (art. 7 Cost.), determina il fatto che l'Italia Repubblicana non ha mai reciso il cordone ombelicale col fascismo³⁶.

Perché una classe così elevata di politici di sicuro orientamento democratico e, fra questi, anche i migliori giuristi che l'Italia abbia mai avuto, alcuni dei quali furono imprigionati altri furono costretti all'esilio per evitare la pena di morte, non fecero il primo e necessario atto, quello di abrogare la codificazione penale del regime fascista?

Il diritto penale, fra tutti, è il più politico dei diritti, ma Rocco riuscì ad occultare questa caratteristica, occultamento che, col senno di poi, si è rivelato fatale. Infatti, sovente la Corte costituzionale, chiamata a risolvere i conflitti fra le norme più retrive del suo codice e la Costituzione, ha asserito che l'*occasio legis* non poteva assurgere a parametro di controllo di costituzionalità: versione giuridica per dire che *il fascismo, anche in diritto, ha fatto cose buone(?)*³⁷ o

³⁵ Mario SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, cit., pag. 528

³⁶ Luciano CANFORA, *Il fascismo non è mai morto*, Ed. Dedalo, 2024

³⁷ Sarah MUSIO, *L'elaborazione del Codice Rocco tra principi autoritari e continuità istituzionale*, ADIR – Centro di ricerca interuniversitario su carcere, devianza, marginalità e governo delle migrazioni, 1999 Cap. II “*Il Codice Rocco e il mutamento politico-istituzionale*”, pag. 5: “La politica criminale del codice Rocco sarebbe nata da un esperimento di conciliazione tra Scuola classica e Scuola positiva di cui fu artefice l'indirizzo tecnico-giuridico, «(...) un indirizzo metodologico che valse non solo a paralizzare lo sbandamento della scienza giuridico-penale verso l'antropologia o la sociologia, bensì a convogliare le accese tendenze

forse pensavano che la Costituzione, come un Re Mida, avrebbe trasformato in democratico tutto ciò che era tirannico. Non era la Bastiglia a creare da sé i detenuti, magari sarebbe stato più utile conservarla quale monumento a memoria delle leggi che la riempivano. La lezione della storia a poco serve se, di recente, il presidente del consiglio italiano, ha dichiarato che se c'è un problema di sovraffollamento carcerario si devono costruire nuove carceri³⁸.

Questa idea di politica criminale è possibile quando si cresce dentro la cultura di un codice penale improntato alla vendetta. I monumenti da abbattere sono quelli ideologici.

Questo è quello che sfuggì al giurista che credeva che sarebbe bastato dare al Codice Rocco una spolverata per farlo convivere con la Costituzione, questo

innovatrici della Scuola positiva verso una visione giuridica del problema, provocando così la fioritura della fase giuridica della scuola positiva (...)» Secondo il giudizio di Leone, a questo esperimento di originale conciliazione si sarebbero potuti apportare dei ritocchi, ma non introdurre delle innovazioni sostanziali e di larga estensione. In Giovanni Leone, *Contro la riforma del codice penale*, Archivio penale, 1945, p. 276 e ss”

“Anche la posizione del Primo Presidente della Corte Suprema di Cassazione, Enrico Casati, così come quella di Piero Calamandrei non si discostarono molto da quella di Delogu, Pannain e Leone. Anche per loro il Codice Rocco non era, se non per alcuni aspetti, un codice fascista. Sarebbe stato quindi sufficiente intervenire su questi ultimi, mantenendo una legislazione penale che per il suo alto livello tecnico ben avrebbe potuto soddisfare le esigenze del nascente regime democratico.” Calamandrei sosteneva l'opportunità di procedere alla riforma costituzionale prima che a quella dei codici. V. P. CALAMANDREI, *Sulla riforma dei codici, la truffa delle etichette*, *La Nuova Europa*, 4 marzo 1945, cit., in R. PANNAIN, *op. cit.*, p. 59. E. CASATI, *Considerazioni e proposte sulla riforma dei codici penali*, "Archivio penale", 1945, p. 43”. “Uno studioso come Piasenza invita a fare qualche importante riflessione sulle posizioni assunte da questa dottrina. In esse si troverebbero le matrici per comprendere il successo dell'impostazione moderata di tutta la riforma della legislazione, nonché l'egemonia teorica che questa impostazione è riuscita ad assicurarsi.

Colpisce di questa impostazione il modo con il quale viene ricostruito il passato. Al contesto storico-politico nel quale vide luce la codificazione Rocco non si vuole guardare, facendo di un codice penale un vuoto contenitore adatto a tutte le stagioni. Il metodo tecnico-giuridico si contraddistingue proprio per questo suo porsi fuori da ogni valutazione storica e politica, ma questo, secondo Piasenza, sarebbe «(...)più il risultato che la causa di questo a priori logico (...), di questa eliminazione dall'universo dei valori della interpretazione e della stessa conoscenza, dei conflitti sociali, cioè, appunto, della storia». V.P. PIASENZA, *Tecnicismo giuridico e continuità dello Stato: il dibattito sulla riforma del codice penale e della legge di pubblica sicurezza*, in *Politica del diritto*, 1979, p. 268 e ss.

³⁸ Video Corriere della Sera, 5 febbraio 2024. *Meloni: "Più carceri, no diminuzione reati. In disaccordo con Schlein, ma io non sono di sinistra"*

<https://stream24.ilsole24ore.com/video/mondo/meloni-piu-carceri-no-diminuzione-reati-di-saccordo-schlein-ma-io-non-sono-sinistra/AFxBdBcC>

è quello che succede quando ci si ripiega sulla tecnica (giuridica) perdendo di vista l'ideologia politica che quella tecnica aveva recepito.

Partendo dall'assunto che le costituzioni contengono principi, si vedrà poco oltre quanto esiziale sia stato l'errore, perchè il diritto vigente e vivente è quello delle leggi ordinarie e dei codici. Non c'è nulla di costituzionalmente rivoluzionario espungere la pena di morte in un sistema democratico (lo aveva fatto già il codice penale del 1889). Ciò che è costituzionalmente rivoluzionario è attuare l'art. 3, 2 co., e l'art. 2, Cost., quale suo corollario indefettibile.

La dottrina si interroga ancora sul fatto se il Codice Rocco sia o meno fascista (V. nota 32, Dinacci), discussione interessante e necessaria, ma che interessa solo agli accademici. L'unico motivo per il quale il codice penale del 1930 andava cancellato lo aveva già indicato al re il suo stesso autore Alfredo Rocco: «Per il fascismo il problema preminente è quello del diritto dello Stato e del dovere dell'individuo e delle classi; i diritti dell'individuo non sono che riflesso dei diritti dello Stato, che il singolo fa valere come portatore di un interesse proprio e come organo di interesse sociale con quello convergente. In questa preminenza del dovere sta il più alto valore etico del fascismo»³⁹.

Nella Relazione al R. D. del 19 ottobre 1930, n. 1398, nelle *Considerazioni generali*, dopo aver spiegato la filosofia del fascismo⁴⁰ il ministro Rocco

³⁹ Alfredo ROCCO, *La dottrina del fascismo*. Discorso pronunciato il 25 agosto del 1925 a Perugia nell'Aula dei Notari al Palazzo dei Priori, in *Scritti e discorsi politici di Alfredo Rocco. La formazione dello Stato fascista 1925 1934 (III)*, Ed. Biblioteca del Covo, 2013. Prima edizione Milano 1938. Seconda edizione Lulu.com 2013. Riproduzione anastatica a cura di Marco Piraino e Stefano Fiorito. Pag. 1103.

⁴⁰ Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia, Parte prima Anno 71° Roma - Domenica, 26 ottobre 1930 - Anno VIII Numero 251 (Straordinario) Roma, Istituto Poligrafico Dello Stato Libreria 1930 - Anno VIII, pagg. 4446-4447:

«È innanzi tutto non sarà inopportuno determinare i rapporti che corrono tra il sistema del nuovo codice penale e la generale filosofia sociale, politica e giuridica del Fascismo. È ben noto alla Maestà Vostra che il Regime politico instauratosi in Italia col Vostro Alto consenso, dopo la guerra vittoriosa, non fu un semplice mutamento di Governo, ma una sostanziale e profonda trasformazione dello Stato. Tale trasformazione attinge la sua giustificazione storica a tutto un nuovo sistema di filosofia sociale, politica e giuridica che può ben dirsi la filosofia propria del Fascismo. Per esso lo Stato è concepito come un organismo, ad un tempo, economico e sociale, politico e giuridico, etico e religioso.

asserisce che: «Tale nuova concezione sociale, politica, etica dello Stato, che è propria del nuovo Regime politico, naturalmente non poteva non esercitare una manifesta influenza sui principi filosofici ai quali s'ispira la riforma della legislazione penale sottoposta all'Alta approvazione della Maestà Vostra.

Così, la filosofia giuridica penale, che ispira la nuova opera legislativa, non è che una derivazione della filosofia giuridica generale del Fascismo. Filosofia, in verità, ben diversa da quella che fu propria degli *enciclopedisti francesi* a cui si ispirarono la rivoluzione del 1789, la dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, i codici penali del 1791 e del 3 brumaio anno IV e la stessa codificazione legislativa penale del primo Napoleone, che fu il modello a cui si attennero, per più di un secolo, tutte le altre successive legislazioni che dominarono all'estero e in Italia, non escluso il codice penale del 1889»⁴¹.

Dunque, resta evidente che, con il Codice Rocco, la Repubblica ha recepito la filosofia del fascismo, come lo stesso ministro in sede di *Relazione* si premurò, a più riprese, di illustrare: «una sostanziale e profonda trasformazione dello Stato».

Quale organismo economico-sociale, lo Stato non più si rappresenta come la somma aritmetica degli individui che lo compongono, bensì come la risultante, la sintesi o composizione degli individui, delle categorie e delle classi che lo costituiscono, avente propria vita, propri fini, propri bisogni e interessi che trascendono per estensione e per durata la vita stessa degli individui, delle categorie e delle classi e si estendono a tutte le generazioni passate, presenti e future. A tali preminenti fini e interessi che sono i fini e interessi statuali debbono, dunque, venire subordinati, nel caso di eventuali conflitti, tutti gli altri interessi individuali o collettivi, propri dei singoli, delle categorie e delle classi che hanno, a differenza di quelli, carattere transeunte e non già immanente, come gli interessi concernenti la vita dello Stato.

Quale organismo politico e giuridico, lo Stato vien concepito come la popolazione di un determinato territorio organizzata politicamente e giuridicamente sotto un potere supremo in modo tale da acquistare la capacità di volere e di agire, come un tutt'uno, pel conseguimento dei suoi scopi collettivi e acquistare così una distinta e autonoma personalità, ad un tempo, sociale, politica e giuridica.

Infine, quale organismo etico-religioso, lo Stato ci appare come la Nazione medesima, in esso organizzata, cioè come un'unità non solo sociale, ma altresì etnica, legata da vincoli di razza, di lingua, di costume, di tradizioni storiche, di moralità, di religione, e vivente, quindi, non di puri bisogni materiali o economici, ma anche, e soprattutto, di bisogni psicologici o spirituali, siano essi intellettuali o morali o religiosi.»

⁴¹ Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia, Parte prima Anno 71° Roma - Domenica, 26 ottobre 1980 - Anno VIII Numero 251 (Straordinario) Roma, Istituto Poligrafico Dello Stato Libreria 1930 - Anno VIII, pag. 4447

6. Gli ordinamenti non-omogenei

Diversamente da quanto pensava Rocco, non si può far finta, per un verso, che non esistano valori etici di cui tener conto, per esempio, uno fra tutti, la pari dignità umana che impone il divieto di sopraffazione dell'uomo sull'uomo; per l'altro, che è caratteristica propria dello stato autoritario rispondere al disagio sociale con la punizione. Il giurista ha il dovere della critica delle norme, soprattutto oggi alla luce dei valori e dei principi costituzionali: il controllo di conformità costituzionale è strumento necessario ma non sufficiente nella misura in cui avviene in via successiva e incidentale e, come si avrà modo di vedere, non sempre riesce a cogliere gli elementi della società immaginata dalla Costituzione. Il tema, fra l'altro, è molto attuale, in considerazione del peggioramento delle condizioni socio-economiche e politiche: al codice penale fascista in uso fa *pendant* la reativa politica economica UE, con i suoi Trattati, e la (super)Corte di Giustizia Europea che crea un diritto sovranazionale *à la carte* a seconda delle esigenze delle *centrali* neoliberiste che sovrastano i principi costituzionali⁴².

I rapporti sociali non sono consolidati una volta per tutte, perciò, se anche in uno Stato democratico si ricorre alla pedagogia della repressione, insita nel codice penale in uso, significa non tener conto che l'antagonismo è la speciale peculiarità degli ordinamenti pluralisti: «[l'] ordinamento costituzionale [italiano] è caratterizzato dal legale riconoscimento di movimenti e partiti c.d. “antagonisti”»: alcuni fra loro, fra l'altro, sono tradizionalmente rivoluzionari (...). A livello teorico, com'è noto, questa caratteristica del[l'] ordinamento [italiano]

⁴² Si veda l'art. 3 par. 3 TUE «L'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico». In poche righe si inanellano una serie di ossimori: *sviluppo - crescita economica / sostenibilità - stabilità dei prezzi; economia sociale / mercato fortemente competitivo* la risultante dovrebbe essere non solo alla *tutela* ma anche *il miglioramento della qualità dell'ambiente*. Ovviamente si tratta vuota retorica la cui unica cosa che emerge l'inderogabilità del principio neoliberista della concorrenza di cui Milton e Rose Friedmann sono stati i profeti.

viene espressa mediante la sua qualificazione come “*non-omogeneo*” (appunto, “*antagonistico*”), e ciò è tale che in esso, a cagione del disaccordo di fondo, tra le parti contrapposte, circa la natura e i fini essenziali dello Stato, le forze politiche tendono a superarsi definitivamente a vicenda»⁴³.

6.1 *Il contributo dell’antagonismo alla democrazia*

A cominciare dalla fine degli anni '60 e per tutti gli anni '70 del XX sec., infatti, in Italia vari *movimenti* (studentesco, femminista, operaio) spingevano per le riforme costituzionalmente orientate. Grazie a questi movimenti, nel corso di un decennio, videro la luce provvedimenti legislativi che riguardavano i diritti civili e sociali, oggi in gran parte svuotati nei loro contenuti essenziali: Legge 300/1970, cd. Statuto dei lavoratori; DPR 476/1974, ccdd decreti delegati della scuola, democrazia nella scuola; Legge 39/1975, attribuzione della maggiore età ai diciottenni; Legge 151/1975, riforma delle norme del codice civile sul diritto di famiglia; Legge 833/1978, istituzione del servizio sanitario nazionale; Legge 898/1970, norme per la cessazione degli effetti civili del matrimonio; Legge 194/1978 legalizzazione dell’interruzione volontaria di gravidanza.

Le ultime due leggi furono sottoposte a referendum abrogativo, rispettivamente nel 1974 e nel 1981, ma con maggioranze schiaccianti gli italiani e, soprattutto, le italiane respinsero le proposte abrogative.

Insomma, fu una stagione in cui i cittadini parteciparono alla vita politica del paese, che costrinse il legislatore ad adottare riforme in sintonia con il dettato costituzionale e togliere la pesante ipoteca lasciata dal fascismo. Per Costantino Mortati, infatti, la “*sovranità popolare*” non poteva esaurirsi nella “*sovranità parlamentare*”⁴⁴ ma era necessaria una partecipazione diretta del cittadino alla vita politica.

⁴³ Carlo FIORE, *I reati di opinione*, CEDAM Padova, 1972, pag. 101.

⁴⁴ Maurizio FIORAVANTI *La trasformazione del modello costituzionale*. In *L’Italia repubblicana nella crisi degli anni settanta – Sistema politico e istituzioni* a cura di Gabriele DE ROSA e Giancarlo MONINA. *Atti del ciclo di convegni Roma, novembre e dicembre 2001*, pag. 302.

7. La mozione al Congresso ANMI di Gardone del 1965

Per quanto riguarda il Codice penale, ampiamente usato, insieme alle leggi di polizia, nel 1965 i magistrati al XII Congresso dell'ANMI assunsero una precisa posizione che si può leggere nella mozione conclusiva: «[il giudice deve] applicare le norme della Costituzione quando ciò sia tecnicamente possibile in relazione al fatto concreto controverso; rinviare all'esame della Corte Costituzionale, anche d'ufficio, le leggi che non si prestino ad essere ricondotte, nel momento interpretativo, al dettato costituzionale; interpretare tutte le leggi in conformità ai principi contenuti nella Costituzione, che rappresentano i nuovi principi fondamentali dell'ordinamento giuridico statale»⁴⁵.

Se, verosimilmente, un tale protagonismo dei giudici non era nelle intenzioni del Costituente, si deve, tuttavia, tener conto che è anche vero che l'art. 1 della Legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1 (*Norme sui giudizi di legittimità costituzionale e sulle garanzie d'indipendenza della Corte costituzionale*) testualmente recita: «La questione di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge della Repubblica, rilevata d'ufficio o sollevata da una delle parti nel corso di un giudizio e non ritenuta dal giudice manifestamente infondata, è rimessa alla Corte costituzionale per la sua decisione»⁴⁶.

Questa previsione, unitamente con le altre norme costituzionali che riguardavano la magistratura, ivi compreso il pubblico ministero, liberarono il sistema

Ed. Rubbettino 2003. Nel 1975 Costantino Mortati, commentando l'art. 1 Cost. (il principio democratico) «sottolineava con forza la cesura storica tra lo Stato liberale ottocentesco e lo Stato democratico del Novecento, e dunque la necessità di prendere sul serio la grande novità emersa dalla Costituente di Weimar in poi, contenuta nel principio di sovranità popolare, cui le Costituzioni del Novecento, tra cui quella italiana, avrebbero dovuto dare concreta realizzazione. Mortati ribadisce inoltre, a livello di modello e di astratta tipologia della forma di Stato di carattere democratico, la grande rilevanza, nell'ambito di quel processo di realizzazione del principio democratico, dei *partiti politici*, che avrebbero dovuto essere molto di più di un semplice modo di manifestazione delle libertà associazione, o di organizzazione delle libertà politiche. (...) per Mortati è democratica quella forma di Stato, e di governo, in cui il popolo non si limita a designare cariche elettive, ma riesce anche, proprio attraverso l'essenziale strumento del partito politico, a scegliere l'indirizzo del governo»

⁴⁵ AMNI, XII Congresso Nazionale. Brescia-Gardone, 25-28 settembre 1965. Atti e commenti, Roma Arti grafiche Jasillo, 1966, pagg. 309-310.

⁴⁶ Legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1, https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/CC_SS_fonti_lc_09021948_n_1_rev.pdf

giudiziario dal controllo governativo, grazie all'organo di autogoverno (CSM), la cui composizione è regolata dagli artt. 104, 105 e 107 Cost.; inoltre, «l'obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 Cost.) quale diretta proiezione del principio di eguaglianza; il diritto al giudice (artt. 24 e 113 Cost); la garanzia del giudice naturale (art. 25 Cost.) erano «[d]isposizioni (...) tutte volte a esaltare il valore della legalità e cioè a realizzare (...) la giurisdizione come grande pilastro della democrazia accanto al flusso della sovranità popolare»⁴⁷.

Dalla combinazione di tutti queste nuove regole costituzionali partì un'onda anomala che investì il porto sicuro del *giuspositivismo* e che determinò una mutazione del rapporto fra giudice e legge: ora, fra l'interpretazione e l'applicazione della legge, veniva a fraporsi la *critica* alla legge ad opera del giudice in ogni grado di giudizio.

7.1 I magistrati ortodossi

Fra il 1948 e il 1956, il controllo di conformità della legge alla Costituzione, ai sensi della VII Disposizione transitoria della Cost.⁴⁸, a causa della sua formulazione poco chiara, lasciò ampi spazi di indeterminatezza, atteso che lo *Statuto Albertino* era una costituzione flessibile mentre la nuova Costituzione repubblicana aveva carattere rigido, per cui vennero adottate sentenze di legittimità costituzionale che tuttora lasciano molto perplessi.

Sebbene i nuovi principi e i nuovi valori costituzionali contrastassero in maniera evidente con buona parte della codificazione ordinaria, e su settori estremamente delicati, gli interventi di raccordo da parte della Corte di Cassazione opereranno con lo sguardo rivolto al passato. «Con raffinata sapienza giuridica [vennero elaborate] le note categorie di norme costituzionali

⁴⁷ Salvatore SENESE, *La magistratura nella crisi degli anni Settanta, Sistema politico e istituzioni* a cura di Gabriele DE ROSA e Giancarlo MONINA, *Atti del ciclo di convegni Roma, novembre e dicembre 2001*, Ed. Rubbettino 2003, pag. 405.

⁴⁸ VII Disposizione transitoria Cost.: «Fino a quando non entri in funzione la Corte costituzionale, la decisione delle controversie indicate nell'articolo 134 ha luogo nelle forme e nei limiti delle norme preesistenti all'entrata in vigore della Costituzione»

programmatiche e norme precettive, distinguendo all'interno di quest'ultime, le norme precettive di applicazione immediata e quelle di applicazione differita per pervenire infine a dichiarare abrogate, peraltro con efficacia limitata al singolo procedimento, solo quelle disposizioni ritenute contrastanti con norme costituzionali precettive e di immediata applicazione. Il risultato fu il mantenimento in vita di alcune delle più odiose norme poliziesche fasciste come quelle sull'ammonizione o sulla censura (rispettivamente: artt. 166 - 168 e 113 TULPS) e comunque una sostanziale sterilizzazione dei principi fondamentali della Costituzione»⁴⁹.

A causa di quest'opera di conservazione da parte della Corte di cassazione trovarono applicazione il R.D. n. 1848/1926 e il R.D. n. 773/1931, sempre a firma Rocco, la cui stessa esistenza era in grado di creare disordini e tensioni, poiché autorizzavano l'intervento della polizia anche quando erano in corso pacifiche manifestazioni, come suol farsi in una democrazia.

Il codice penale, oltre alla sua totale estraneità ai nuovi valori repubblicani, era stato impostato soprattutto come strumento fortemente repressivo nei confronti dei *nemici* dello Stato, ciò che, almeno in teoria, non doveva più essere necessario nella nuova realtà statale; inoltre, gli episodi di criminalità comune rientravano in una dimensione abbastanza ordinaria per continuare a conservare norme così repressive.

Infatti, quel *corpus di leggi* di stampo fascista e autoritario si rivelò essere uno strumento utile per rispondere ai fermenti sociali tipici di uno Stato democratico, conseguenti alla trasformazione della struttura produttiva⁵⁰, nonché ad un più altro grado di istruzione a cui potevano ora accedere i figli delle classi sociali da sempre escluse da tale privilegio, sicché «[l]a repressione si [avvalse] in gran parte di norme introdotte durante il fascismo o da questo recepite da una

⁴⁹ Salvatore SENESE, *La magistratura nella crisi degli anni Settanta, Sistema politico e istituzioni* a cura di Gabriele DE ROSA e Giancarlo MONINA, *Atti del ciclo di convegni Roma, novembre e dicembre 2001*, Ed. Rubbettino 2003, pag. 408

⁵⁰ Mario SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, cit., pag. 536.

tradizione illiberale e sempre inasprite nelle pene: tali quelle sul boicottaggio (art. 507 c.p.), l'invasione di azienda agricola o industriale (art. 508 c.p.), l'invasione di terreni o edifici (art. 633 c.p.), il danneggiamento aggravato da sciopero (art. 635/2 n. 2 c.p.), l'interruzione di pubblico servizio (art. 340 c.p.), lo sciopero di pubblici dipendenti (art. 330 c.p.); e poi le associazioni sovversive (art. 270 c.p.), la propaganda e l'apologia sovversiva (art. 272 c.p.), il vilipendio (art. 290 e ss. c.p.), le radunate sediziose (art. 655 c.p.); e altre ancora. Figure di reato tutte gravemente sospette di illegittimità costituzionale (e infatti molte di esse verranno cancellate dalla Corte costituzionale negli anni successivi o verranno abrogate dal legislatore), o comunque tali da comportare, se interpretate alla luce della Costituzione, un'applicazione assai meno pervasiva di quella che venne fatta. E all'applicazione di tali norme si accompagnava assai spesso la cattura dell'imputato in spregio delle indicazioni costituzionali al riguardo»⁵¹.

La magistratura formatasi nel periodo fascista e, in qualche caso, anche prefascista, operava sulle norme del codice senza alcun coordinamento con i principi della nuova forma di Stato e nemmeno sollecitazioni in tale senso provenivano dal fronte accademico: «si trattò di una resistenza culturale, forse prima ancora che politica, dovuta al transito integrale di tutto l'apparato già fascista - giudici, funzionari, burocrazie, istituzioni, corpo di leggi – nel sistema repubblicano (...)»⁵².

Se la consapevolezza dell'incompatibilità fra codice penale fascista e Costituzione e, soprattutto, della centralità che essa dava alla *persona umana* nel nuovo ordinamento, spinse i magistrati nel citato congresso di Gardone del 1965 ad adottare quella mozione finale, alla prova dei fatti, però, la stessa fu tradita: il giudice, più che il critico, si rivelò essere il custode di quelle norme.

⁵¹ Salvatore SENESE, *La magistratura nella crisi degli anni Settanta, Sistema politico e istituzioni* a cura di Gabriele DE ROSA e Giancarlo MONINA. "Atti del ciclo di convegni Roma, novembre e dicembre 2001.", Ed. Rubbettino 2003, pag. 415

⁵² Mario SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, cit., nota 150 pag. 536. Il riferimento è a C. PAVONE, *La continuità dello Stato*, in ID, *Italia 1945-48. Le origini della Repubblica*, Torino 1974

7.2. I magistrati eretici

Per questo motivo si addivenne ad uno scontro molto violento all'interno della magistratura, fra i vecchi magistrati e quelli di nuova nomina⁵³, scontro che divenne ancora più cruento quando gli aderenti a “*Magistratura democratica*”⁵⁴ con un volantino denunciavano l'arbitrario arresto e il conseguente processo per direttissima, del direttore di un giornale della sinistra extra-parlamentare accusato di istigazione a delinquere e apologia di reato⁵⁵ (i classici reati di

⁵³ Giovanni PALOMBARINI e Gianfranco VIGLIETTA, *Magistratura democratica e la tutela del dissenso. Cronache di un'esperienza*, in *Questioni di giustizia*. «Vogliamo ricordare un altro dei motivi ispiratori dell'azione di Magistratura democratica agli inizi, proseguita per molti decenni. Quello del garantismo di impronta liberaldemocratica trasfusa in Costituzione nelle libertà di manifestazione del pensiero, di riunione, di associazione.

È la coesistenza dell'impegno per la trasformazione democratica della società in senso egualitario, e quindi della giurisdizione come fattore di eguaglianza, e di quello di garanzia dei diritti individuali, delle libertà democratiche e del pluralismo, che ha costituito la garanzia dell'autonomia della corrente, che si proclamava autonoma articolazione della sinistra in quanto partecipe del progetto di emancipazione enunciato nella Costituzione, ma non poteva accettare i dogmi del primato della politica, la sottovalutazione delle libertà individuali e la pretesa egemonica del Partito comunista protrattasi fino a tutti gli anni settanta», pag. 1-2, https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/magistratura-democratica-e-la-tutela-del-dissenso_cronache-di-un-esperienza_282.php#_ftn1

⁵⁴ All'interno dell'AMNI alla corrente di “*Magistratura democratica*”, orientata a sinistra, erano iscritti molti dei magistrati più giovani.

Quella dei giovani magistrati fu «un'azione di contrasto che implicò una forte esposizione degli aderenti a quel gruppo di magistrati associati, estremamente attivo nella critica dei provvedimenti giudiziari (basti pensare alla nota vicenda dell'ordine del giorno Tolin), ma anche all'impegno diretto di Magistratura democratica nella campagna referendaria per l'abrogazione dei reati di opinione. Impegno attivo che molti aderenti a Magistratura democratica pagarono con procedimenti penali (legati alla manifestazione di opinioni difficili in anni difficili) e a procedimenti disciplinari». In *Il valore del dissenso*. Introduzione: al valore del dissenso di Andrea NATALE, pag. 11. https://www.questionegiustizia.it/data/rivista/articoli/265/qg_2015-4_02.pdf.

⁵⁵ Livio PEPINO, *Appunti di una storia di Magistratura Democratica*, in *Questioni di giustizia*, n. 1/2002: «La miccia fu l'approvazione da parte dell'assemblea nazionale di Md, il 30 novembre 1969 a Bologna, del cd “ordine del giorno Tolin”, cioè di un documento di critica degli orientamenti di polizia e magistratura nei confronti della stampa, che avevano indotto alcune tipografie milanesi e romane a rifiutare, per timore di processi penali, la stampa di documenti, tra gli altri, della Associazione giuristi democratici e dei Giovani liberali (e in cui il nome di Francesco Tolin, direttore responsabile di “Potere operaio” arrestato qualche giorno prima su ordine della Procura della Repubblica di Roma e processato per direttissima, non era neppure citato).» In nota 52 di pag.13 viene riportato il testo del documento: «Md, di fronte ai ripetuti recenti casi che hanno messo in pericolo in vario modo la libertà costituzionale di manifestazione del pensiero ed hanno provocato allarme ed apprensione nell'opinione pubblica e nella stampa, la quale ultima ha giustamente rilevato che i provvedimenti adottati hanno creato un clima di intimidazione particolarmente pesante verso determinati settori politici ai quali sono

repressione del dissenso, reati, come sopra ricordato, per i quali furono condannati Gramsci, Terracini e altri comunisti nonché gli imputati del processo 7 aprile).

A seguito di questa provocazione nei confronti della casta più conservatrice della magistratura, che avallava l'applicazione di norme palesemente anti-costituzionali, volte a reprimere diritti e libertà di espressione dei cittadini, gli aderenti a *Md* furono espulsi da ANMI nel 1969. Nei loro confronti furono aperti procedimenti disciplinari e parimenti procedimenti penali, anche questi, per reati di opinione.

Mentre nelle piazze la repressione continuava a sfociare nella contestazione di reati e in un numero sconsiderato di arresti⁵⁶, senza alcun effetto sull'ondata di protesta, alla fine si comprese che gli eretici di *Md*, se non nelle forme, sicuramente avevano avuto ragione nel merito.

L'amnistia con la quale vennero cancellati in parte gli effetti della repressione ne fu la riprova e suonò come una sconfessione dell'operato della magistratura ordinaria. La Corte costituzionale non caducherà tutte le norme del codice penale segnalate come sospette di illegittimità⁵⁷ ma quelle che erano assolutamente irricevibili nel nuovo ordinamento. Per altro verso interverrà con sentenze manipolative, interpretative per renderle compatibili con la Costituzione, con un risultato non sempre soddisfacente.

perciò negate quelle libertà, esprime la propria profonda preoccupazione rispetto a quello che non può apparire che come un disegno sistematico operante con vari strumenti e a vari livelli, teso a impedire a taluni la libertà di opinione, e come grave sintomo di arretramento della società civile; chiede che i poteri dello Stato, ciascuno nell'ambito delle proprie attribuzioni, si impegnino con decisione per rimuovere le origini di tale fenomeno, mediante riforme legislative (abolizione dei reati politici di opinione) e cambiamento di indirizzo dell'azione svolta, con particolare riguardo all'attività di vigilanza della pubblica sicurezza sull'esercizio delle tipografie; chiede che l'Associazione nazionale magistrati indichi, nel più breve tempo possibile, un convegno nazionale per dibattere i temi di questo ordine del giorno», pagg. 13-14
<https://www.magistraturademocratica.it/data/doc/3014/storia-md-livio-pepino.pdf>

⁵⁶ Il sindacato propose un appello al presidente della Repubblica per denunciare che l'azione repressiva aveva portato, solo nell'ultimo trimestre del 1969, ad iniziare 14.000 procedimenti penali, V. in Salvatore Senese

⁵⁷ Salvatore SENESE, *La magistratura nella crisi degli anni Settanta, Sistema politico e istituzioni* a cura di Gabriele DE ROSA e Giancarlo MONINA, *Atti del ciclo di convegni Roma, novembre e dicembre 2001*, Ed. Rubbettino 2003, pagg. 403-420.

8. La legge Reale del 1975

Le successive vicende che indussero poi i cittadini italiani a disinteressarsi della politica non solo hanno interrotto il percorso di espansione dei diritti civili e sociali, ma hanno determinato un sostanziale arretramento rispetto a conquiste che si riteneva non fossero più negoziabili. La restaurazione delle antiche gerarchie sociali è avvenuta tramite la cruenta stagione dello stragismo per mezzo del quale si *destabilizzava per stabilizzare*.

Nel 1975 a peggiorare la legislazione penale fu introdotta la Legge eccezionale n. 152/1975, meglio conosciuta come Legge Reale. L'8 aprile di quell'anno, il ministro di Grazia e Giustizia così presentò alla Camera dei Deputati il "*Disegno di legge contenente disposizioni a tutela dell'ordine pubblico*" «Recenti gravissimi episodi di criminalità comune e politica hanno sollevato profonde, legittime preoccupazioni nell'opinione pubblica, la quale esige vivamente che lo Stato democratico provveda con efficacia a tutelare l'incolumità e la sicurezza dei cittadini. Certamente, un semplice aumento delle pene, tanto più se indiscriminato, non può risolvere il problema della criminalità, né dare efficaci risultati, in questo settore, possono essere raggiunti facendo pagare un alto prezzo ai diritti di libertà del cittadino, dei quali è gelosa custode la coscienza democratica del paese. Ma, d'altro canto, era necessario porsi il problema della adeguatezza del nostro sistema penale sostanziale e processuale a fronteggiare le nuove, gravissime ed allarmanti forme di criminalità. La delinquenza è oggi organizzata in maniera da turbare profondamente la sicurezza dei cittadini, ha protagonisti più spregiudicati che nel passato, si avvale con astuzia di tutte le smagliature che il nostro ordinamento può offrire. Ciò richiede, sempre, naturalmente nel rispetto della garanzia costituzionale di quei diritti di libertà, un sistema di protezione e di difesa sociale perfettamente funzionante in tutti i suoi aspetti, e, in particolare, una amministrazione della giustizia capace

di operare con tempestività e di pervenire ad una decisione definitiva in tempi tali da costituire un serio deterrente per chi commette il reato»⁵⁸.

Chiaro esempio di diritto penale simbolico che peggiorò, ove possibile, il Codice penale Rocco, i cui tangibili danni stanno nelle 625 vittime, fra morti e feriti, per le quali i tribunali non trovarono alcun colpevole⁵⁹.

Nel 1965 il giurista Carlo Fiore scriveva nel suo saggio “*I reati di opinione*”: «È stato osservato, d'altra parte, che l'andamento della repressione, nella società democratica, ha qualcosa di paradossale. Quando sarebbe presumibilmente efficace, la repressione appare inutile e si accanisce, di regola, contro provvidi fermenti della vita politica; mentre, allorché sembrerebbe raccomandabile – di fronte a serie ed incombenti minacce per le istituzioni democratiche - appare progressivamente sempre inefficace, e trae con sé i germi di nuovi più minacciosi pericoli per la prassi democratica»⁶⁰.

Nella nota alla frase, l'autore cita Kelsen che parla della «*tecnica della psico-politica*» nei regimi democratici e nei regimi autoritari «Dal punto di vista della tecnica psico-politica il meccanismo delle istituzioni democratiche si prefigge di portare le emozioni politiche delle masse e soprattutto dei partiti all'opposizione oltre la soglia della consapevolezza sociale, al fine di farle decantare (*abreagiren*) [sfogare]. Nei regimi autoritari, al contrario, l'equilibrio sociale è basato sulla repressione delle emozioni politiche in una sfera paragonabile a quella dell'inconscio. Lasciemo impregiudicato quale delle due tecniche sia più appropriata per salvaguardare il governo da una rivoluzione che lo distrugga»⁶¹.

⁵⁸ Mario RIBERI, *Sicurezza vs. libertà costituzionali: la «Legge Reale» n. 152 del 22 maggio 1975*, Università degli Studi di Torino, *Italian Review of Legal History*, 4 (2018), n. 06, pag. 1-18.

⁵⁹ Statistiche, nomi e circostanze delle 625 vittime prodotte dalla Legge Reale, tra il giugno del 1975 al giugno del 1989 sono rinvenibili al seguente sito <https://www.carlogiuliani.it/archives/per-non-dimenticarli/1884>. Inoltre sul sito http://www.luca-rossi.org/wordpress/wp-content/uploads/2015/09/625_LIBRO_BIANCOlow.pdf è possibile consultare il libro “625. Libro bianco sulla Legge Reale”

⁶⁰ Carlo FIORE, *I reati di opinione*, Padova, 1972, pag. 164.

⁶¹ *Vom Wesen*. Pag. 177, in Carlo FIORE, *I reati di opinione*, cit., si veda nota nr. 68 pag. 164.

È necessario soffermarsi sulla Legge Reale, perché quanto sopra citato è profetico di ciò che anni dopo accadde in Italia. La legge Reale si sostanziava in una svolta repressiva che prevedeva l'aumento dei termini del fermo di polizia, anche in assenza di flagranza di reato, di cui all'art. 238 c.p., che da 48 passava a 96 ore, prima che il magistrato si esprimesse in merito, e l'ampliamento della possibilità dell'uso legittimo delle armi di cui all'art. 53 codice penale.

Nelle righe sopra citate della relazione del ministro c'è tutto l'armamentario della terminologia atta a suscitare le emozioni delle masse (*gravissimi episodi di criminalità comune e politica - legittime preoccupazioni nell'opinione pubblica – tutela dell'incolumità e della sicurezza dei cittadini. - gravissime ed allarmanti forme di criminalità - delinquenza organizzata - sicurezza dei cittadini - sistema di protezione e difesa sociale – intervento tempestivo e preventivo - deterrenza per chi commette il reato*).

L'avvocato penalista Alberto Malagugini, deputato dell'opposizione, dopo aver rilevato che nel dibattito alla Camera dei Fasci (nel 1930), discutendo dell'art. 238 c.p., vi fu chi definì penoso l'inserimento dell'istituto del fermo di polizia in un codice penale, asserì che la Legge Reale, in materia, faceva peggio del fascismo⁶².

⁶² Mario RIBERI, *Sicurezza vs. libertà costituzionali: la «Legge Reale» n. 152 del 22 maggio 1975*, Università degli Studi di Torino, *Italian Review of Legal History*, 4 (2018), n. 06, pag. 1-18. Malagugini: «(...) tale dilatazione dell'ipotesi del fermo giudiziario, proprio perché va oltre la formulazione fascista, assume un carattere veramente intollerabile. La formulazione dell'articolo 238 da parte del legislatore fascista è avvenuta, come dice espressamente l'onorevole ministro, per legalizzare ed impedire gli arbitri, cioè per legalizzare gli arbitri in atto, i fermi che la polizia in regime fascista tranquillamente compiva, a carico di varie persone, senza alcuna obiezione. Persino nella Camera DEI fasci e delle corporazioni furono registrati alcuni dissensi: nella Commissione parlamentare per il codice del 1931, ci fu chi disse e scrisse che, pur riconoscendo la prudenza, la cautela e l'eccellente intenzione del progetto in questa materia, era penoso (lo hanno scritto nel 1931!) assistere all'immissione di questo istituto in un codice. Vogliamo ora dilatare ulteriormente tale istituto? L'ipotesi è veramente da respingere». Berlinguer *Segretario del PCI* «Da tempo siamo ben persuasi che a queste minacce contro la sicurezza dello Stato, contro la libertà e la vita stessa dei cittadini, contro l'ordine e la legalità democratica, a queste tendenze distorte ed errate nella battaglia politica, bisogna rispondere con determinazione risoluta e ferma. Ma per fare sul serio e per incidere finalmente questi cancri, occorre un impegno largamente unitario di tutte le forze democratiche (...)

Il deputato Carlo Galante Garrone, ex magistrato, mise in evidenza che il codice penale non poteva contenere norme di carattere provvisorio e che si stava scivolando verso lo stato d'assedio⁶³.

Invece, il giurista Bettiol, che militava nel partito di maggioranza, intervenne per sottolineare la dolorosa necessità di un provvedimento certo repressivo, ma necessario, e in linea con la Costituzione⁶⁴.

Gli avvenimenti marzo-maggio 1978⁶⁵ dimostrarono, infatti, tutta la dannosa inutilità delle misure adottate con la predetta legge. Nel giugno del 1978 (cioè un mese dopo i fatti del maggio 1978) la Legge Reale venne sottoposta a referendum abrogativo, ma il maggior partito di opposizione, che nel 1975 si era schierato nettamente contro l'approvazione, appoggiò i comitati per il "no" all'abrogazione, esattamente come previsto dal Kelsen.

Rifiutiamo le interpretazioni che attribuiscono il disordine ed il dissesto, in prevalenza, ad un difetto di leggi; rifiutiamo le impostazioni settarie o superficialmente propagandistiche. Non è la prima volta che vediamo alzarsi come segnacolo, come vessillo, la rivendicazione di misure quali il fermo di polizia, l'inasprimento delle pene o addirittura il ripristino della pena di morte: ciò costituisce una tentazione con-dannabile, un errore grave da cui, ancora una volta, vogliamo mettere in guardia; ciò ostacola infatti la necessaria ricerca delle cause reali e delle soluzioni che in effetti possono garantire la salvaguardia della democrazia e dell'ordinato vivere civile»

⁶³ *Ivi.* Così Galante Garrone «Norme provvisorie queste? Non illudiamoci. Intanto, provvisorie dovrebbero essere solo quelle di natura processuale e non anche quelle di natura sostanziale. Ma soprattutto: non è possibile arrivare al porto della libertà e della difesa dei cittadini se nel corso della navigazione si cambia radicalmente rotta e si vuole che il paese viva praticamente in un regime di stato d'assedio»

⁶⁴ *Ivi.* Così Bettiol: «Onorevoli colleghi, ritengo che questa legge, da qualsiasi punto di vista la si voglia vedere, sotto il profilo della sua costituzionalità, non presenti momenti, come dire? di sviamento. Il nostro caro collega, nella sua onestà così profonda e così rispettosa, ci ha detto che qualche volta si cammina, sul filo del rasoio, ma si cammina. Non è che si caschi dal filo del rasoio: si cammina sul filo del rasoio e mi auguro che non si abbia a camminare sempre sul filo del rasoio (...) Mi auguro che si abbia a camminare su strade ben fatte, che costino poco, però efficienti, che possano portare ad una determinata meta. Quindi un rischio c'è, in qualche determinata disposizione, ma nella sua sostanza questa legge, nelle sue articolazioni penalistiche, è ben formulata, precisa il bene giuridico tutelato e dà delle sanzioni molto forti»

⁶⁵ Il 16 marzo del 1978, a Roma venne rapito il presidente della DC Aldo Moro che sarà ritrovato ucciso il 9 maggio successivo: fra i tanti V. Sergio FLAMIGNI, *La tela del ragno. Il delitto Moro*, Kaos Ed. Milano, 1988, Ed. aggiornata 1993; *Convergenze parallele*, Kaos ed., 1998. Più recente, Giovanni FASANELLA, *Il puzzle Moro. Da testimonianze e documenti inglesi e desegretati la verità sull'assassinio del leader DC*, Ed. Chiarelettere, marzo 2018.

Capitolo II

I reati di opinione al vaglio del principio della libertà di manifestazione del pensiero

1. L'art. 21 Cost.: un articolo sovversivo

Nel film “*JFK, un caso ancora aperto*” il procuratore federale di New Orleans, Jim Garrison, nelle sue conclusioni, alla fine del processo, si chiede: “*Di che cosa è fatta la nostra Costituzione, quanto valgono i nostri diritti e, soprattutto le nostre vite, qual è il futuro della nostra democrazia (...)*”⁶⁶.

Per *The Economist Democracy Index*⁶⁷ l'Italia, nel 2023, si collocava al 34° posto, dopo Slovenia e Botswana e prima di Capo Verde, con un regime definito di *democrazia imperfetta*, con un indice complessivo di 7,69/10,00 e un *indice di libertà civili*⁶⁸ 7,35/10,00. Al primo posto, con regime definito di *Democrazia piena*, vie era la Norvegia i cui rispettivi indici erano 9,81/10,00 e 9,41/10,00 (tra i paesi dell'Europa occidentale, fra le democrazie imperfette vi è, insieme all'Italia, solo il Belgio che condividono lo stesso *rank* con Ungheria, Romania e Bulgaria).

In considerazione del fatto che le limitazioni, almeno quelle esplicitamente previste nella Costituzione, per quanto riguarda i diritti del cittadino, sono minime (*dovere di solidarietà; non discriminazione; sacro dovere del cittadino di difendere la Patria e di essere fedele alla Repubblica; il limite del buon costume alla libertà di stampa; trattamenti obbligatori solo quando previsti dalla legge*)

⁶⁶ Dal film di Oliver STONE, *J.F.K., un caso ancora aperto*, USA 1991

⁶⁷ *The Economist Democracy Index* https://en.wikipedia.org/wiki/The_Economist_Democracy_Index anno 2023

⁶⁸ «Le libertà civili sono garanzie e libertà che i governi si impegnano a non limitare, né attraverso la costituzione, né attraverso la legislazione, né attraverso l'interpretazione giudiziaria, senza un giusto processo. Sebbene la portata del termine differisca da paese a paese, le libertà civili possono includere la libertà di coscienza, la libertà di stampa, la libertà di religione, la libertà di espressione, la libertà di riunione, il diritto alla sicurezza e alla libertà, la libertà di parola, il diritto alla privacy, il diritto alla parità di trattamento davanti alla legge e a un giusto processo, il diritto a un giusto processo e il diritto alla vita. Altre libertà civili includono il diritto alla proprietà, il diritto di difendersi e il diritto all'integrità fisica». https://en.wikipedia.org/wiki/Civil_liberties

è evidente che il collocamento dell'Italia fra le democrazie imperfette è da ascrivere alla legislazione penale, oltre, naturalmente, al sistema dell'editoria che, in Italia, è asservito a chi controlla il potere.

Come si vedrà nei due paragrafi successivi, il controllo di costituzionalità della legislazione penale non è stato in grado di aggiornare o di migliorare in maniera qualificante la legislazione penale. Sembra permanere nella mentalità del giudice il concetto di *Stato-persona* e non aver acquisito il concetto totalmente diverso di *Repubblica* o, quantomeno, quest'ultima viene identificata con il primo.

2. L'art. 21 Cost. alla luce delle sentenze della Corte di Cassazione

Quando ancora il controllo di legittimità costituzionale era affidato alla magistratura ordinaria, il Procuratore generale della Cassazione, nel discorso per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 1951, così si espresse sulla compatibilità fra l'art. 113 TULPS con l'art. 21 Cost.: «A qualche incertezza aveva dato luogo la questione fra l'art. 21 della Costituzione e l'art. 113 della legge di P.S. relativo all'obbligo di una licenza dell'autorità per l'affissione in luogo pubblico di scritti o disegni, in quanto la terza Sezione⁶⁹ aveva riconosciuto all'art. 21 della Costituzione, che sancisce la libertà di qualsiasi manifestazione del pensiero, la qualità di norma precettiva di immediata applicazione, incompatibile con le disposizioni dell'art. 113 della legge P.S. Ma le Sezioni Unite⁷⁰, riesaminata la questione, hanno invece affermato che l'art. 21 della Costituzione contiene soltanto principii direttivi e programmatici, che abbisognano, per la pratica attuazione, di una ulteriore elaborazione legislativa, e che pertanto non efficacia

⁶⁹ Cass. Sent. 17 gennaio 1950, Sez. III, Pres. Di Blasi; rel. Rosso; p. m. Pioletti, l'ic. P. M. C. Rossi e Fatti. «Riv. Pen.» 1950, p. 104, n. 39

⁷⁰ Cass. Sent. 15 aprile 1950, Sez. Un., Pres. Mancini; rel. Consalvo; p. m. Bernieri, ric. P.M. c. Bonazzi. «Riv. Pen.» 1950, p. 377, n. 138.

abrogativa rispetto alla ricordata norma della legge P.S. che richiede la licenza per l'affissione di manifesti»⁷¹.

Nella sentenza del 15 aprile 1950 delle SS.UU. della Cassazione si legge che è impossibile che «il massimo della libertà dei consociati venga ottenuto con il minimo delle limitazioni»⁷², essendo queste necessarie per prevenire «disordini irreparabili, giacché le più nocive e maligne espressioni del pensiero, dalla ingiuria all'oltraggio, dal vilipendio all'istigazione a delinquere, acquisterebbero impulsi tali da infirmare lo stesso principio di sovranità dello Stato»⁷³.

È necessario notare il riferimento alle “*libertà ottenute*” e quello alla “*sovranità dello Stato*”. Nella prima affermazione si è nel pieno dello *Statuto albertino*, nel secondo caso è ovvio il riferimento alla *Relazione al re del Codice penale Rocco*⁷⁴; del tutto ignorati sono, invece, rispettivamente l'art. 2 (*diritti inviolabili dell'uomo - riconosciuti e garantiti dalla Repubblica*), e l'art. 1 (la fonte da cui promana la legge, la sovranità popolare, la *res publica* e il *δημος κράτος*). Insomma, «i giuristi facevano fatica a valutare il senso del *great divide* che si era determinato dal 1° gennaio 1948; anzi, il principio in forza del quale si teneva la politica italiana lontana dal diritto veniva integrato con una tendenza ad assimilare la Costituzione alla politica. La rivendicazione che di essa

⁷¹ Gaetano MIRAULO, Procuratore Generale presso la Corte Suprema di Cassazione, *Discorso per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 1951*, Rivista penale, Prima parte, Anno 1951 LXXVI, pagg. 26-27, par. 27.

⁷² Cass., SS.UU., 12 ottobre 1950, in *Giurisprudenza penale*, 1951, II, pag. 14: in C. Fiore, *Il reato d'opinione*, op. cit. pag. 84

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ Emilio GENTILE, Fulco LANCHESTER, Alessandra TARQUINI [a cura di], *Alfredo Rocco: dalla crisi del parlamentarismo alla costruzione dello Stato nuovo*, Carrocci editore, Prima edizione, luglio 2010, pag. 18: «La norma giuridica non è soltanto regolatrice di rapporti esterni ovvero un sistema di limiti della condotta umana, che regola diritti e doveri, ma è contraddistinta da generalità e universalità, tutelando categorie di interessi, ed è caratterizzata dalla garanzia dell'uso della forza legittima (coazione) per il suo perseguimento. La norma giuridica è dunque qualificata da assolutezza nel perseguimento del fine e non da relatività come accade per gli altri tipi di norme. Ne discende che solo la forza superiore della *collettività organizzata* in Stato può esercitare la coazione, cosicché diritto e Stato costituiscono *due termini correlativi*, per cui *lo Stato sorge per il diritto*» [perciò] «La *sovranità dello Stato* rappresenta [la] superiorità indiscussa [del medesimo] che rigetta ogni tipo di ipotesi contrattualistica e che ingloba gli stessi scopi integrativi della teoria sociologica»

facevano alcuni costituzionalisti che, insieme all'opposizione di sinistra, ne indicavano il carattere immediatamente vincolante sigillava quell'idea»⁷⁵.

Una considerazione emerge dalla citata sentenza della Corte di Cassazione: essa poneva il codice penale come parametro esegetico dei principi costituzionali e, in questa prospettiva, lo usava come strumento atto a stabilire se una norma costituzionale fosse precettiva o programmatica.

Nel caso di specie, la questione è di grande rilevanza: relegando l'art. 21 Cost. fra le norme programmatiche, vengono ad essere azionate le norme penali. Fra l'altro, la Corte di Cassazione non si limitava a decidere relativamente ai soli *motivi di diritto* (che, fra l'altro non c'erano) ma quando prefigurava la necessità di norme atte a limitare la pura e semplice espressione di pensiero, al fine di prevenire *disordini irreparabili*, entrava sul terreno dei criteri della *politica criminale*, sfera di competenza del *legislativo*. Del tutto ignorato era l'unico limite esplicito, co. 6, e l'art. 21 Cost. veniva evocato come norma destabilizzante della *sovranità dello Stato*, per cui la libera manifestazione del pensiero trovava un *legittimo* argine in un preventivo controllo di polizia⁷⁶.

Se nello stato di diritto, *il diritto è quello posto dalla legge*, ovvero è il diritto arbitrario del legislatore al quale è sufficiente attenersi al principio di legalità formale, nello Stato costituzionale di diritto, laddove è previsto un controllo di costituzionalità delle leggi, il legislatore non è libero di inventare beni giuridici meritevoli di tutela, né men che mai il giudice, poiché ha come vincolo quello della conformità ai valori e ai principi dedotti nella Costituzione e, come nel caso italiano, non solo è tenuto al rispetto del principio di legalità formale ma vi è da rispettare anche il principio di legalità sostanziale, ovvero la realizzazione di una società solidale, eguale, libera.

⁷⁵ Mario SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, Giulio Einaudi Editore, 1998, pag. 537

⁷⁶ La sentenza della Corte risulta censurabile sia in considerazione del dovere di fedeltà alla Repubblica sia dell'inosservanza della Costituzione che, nell'art. 54, viene prima dell'osservanza alle leggi.

Ma la nuova Repubblica italiana si trovò a gestire un *corpus iuris* di stampo autoritario, proveniente dagli Stati cdd liberali e dittatoriali che lo avevano preceduto. Perciò è necessario porsi una domanda: vigendo la Costituzione del 1948 quelle leggi sarebbero state promulgate? Poco oltre si vedrà che un codice penale come quello ereditato non avrebbe mai visto la luce. La sopravvivenza delle norme del deposito regime, oltre all'inerzia più o meno voluta del legislatore, si deve in gran parte a sentenze manipolative, interpretative, delle quali la Corte costituzionale ha fatto largo uso.

Nella citata sentenza di legittimità costituzionale del 15 aprile 1950 delle SS.UU., la Corte di cassazione asserisce che «(...) l'efficacia del principio formulato nell'art. 21 Cost. “non può intendersi rivolta alla sovversione delle leggi vigenti”»⁷⁷.

In questo passaggio vi è il capovolgimento della gerarchia delle fonti del diritto perché non si ammette che «i nuovi valori di libertà - e i relativi diritti - proclamati nella Costituzione possano essere “sovvertitori” dell'ordine giuridico (pre)costituito»⁷⁸.

3. L'art. 21 Cost. alla luce delle sentenze della Corte costituzionale

3.1. Una sentenza manipolativa

Nel 1965 la Corte costituzionale, con la sentenza nr. 9⁷⁹, si espresse sulla costituzionalità, per contrasto con l'art. 21 Cost., dell'art. 553 del c.p. rubricato «*Incitamento a pratiche contro la procreazione.*» che, al co. 1, recita «Chiunque pubblicamente incita a pratiche contro la procreazione o fa propaganda a favore di esse è punito con la reclusione fino a un anno o con la multa fino a lire diecimila» e dell'art. 112 del R. D. 18 giugno 1931, n. 773⁸⁰, nella parte in cui si

⁷⁷ Cass., 12 ottobre 1950, in *Giurisprudenza penale*, 1951, II, pag. 14.

⁷⁸ Carlo FIORE, *I reati di opinione*, Padova, 1972, pag. 84.

⁷⁹ Corte cost. Sent. 4 febbraio 1965, n. 9. In Consulta online [/https://giurcost.org/decisioni/1965/0009s-65.html](https://giurcost.org/decisioni/1965/0009s-65.html)

⁸⁰ Il testo completo dell'art. 112 del Regio Decreto 18 giugno 1931, n. 773 è il seguente: «È vietato fabbricare, introdurre nel territorio dello Stato, acquistare, detenere, esportare, allo

vietava di mettere in circolazione scritti o disegni «che divulgano, anche in modo indiretto o simulato o sotto pretesto terapeutico o scientifico, i mezzi rivolti a impedire la procreazione o a procurare l'aborto o che illustrano l'impiego dei mezzi stessi.».

Nel caso dell'art. 553 c.p. la condotta vietata è “*il pubblico incitamento o la propaganda a ricorre a pratiche abortive*”, il bene materiale protetto è “*la procreazione*” mentre il bene giuridico protetto è lo “*sviluppo demografico della Nazione*”.

Nel caso dell'art 112 TULPS 1931, inserito nel Titolo III (*Disposizioni relative agli spettacoli, esercizi pubblici, agenzie, tipografie, affissioni, mestieri girovaghi, operai e domestici*) Capo III (*Delle tipografie e arti affini e delle esposizioni di manifesti e avvisi al pubblico*), la parte impugnata riguardava lo stesso tipo di reato, stesso tipo di bene materiale e stesso bene giuridico protetto dall'art. 553 c.p.

Le norme impuginate riguardavano, quindi, un puro e semplice atto di informazione e non l'esercizio della pratica abortiva in sé a protezione del feto, divieto, fra l'altro, sancito nelle varie casistiche dagli artt. dal 545 al 548 c.p.

Nella sent. n. 9/1965, la Corte costituzionale dopo aver precisato che la libera manifestazione del pensiero è libertà fondamentale *proclamata e protetta* dalla Costituzione, anzi quella «che meglio caratterizza il regime vigente nello Stato condizione com'è del modo di essere e dello sviluppo della vita del Paese in ogni suo aspetto culturale, politico, sociale», rilevava che, ai fini della compatibilità di leggi emanate nel passato regime, si sbaglierebbe se ci si riferisse all'*occasio legis* e che, dunque, questo non poteva essere un idoneo parametro di legittimità costituzionale. Continuando si può leggere che, pur ammettendo

scopo di farne commercio o distribuzione, o mettere in circolazione scritti, disegni, immagini od altri oggetti di qualsiasi specie contrari agli ordinamenti politici, sociali od economici costituiti nello Stato o lesivi del prestigio dello Stato o dell'Autorità o offensivi del sentimento nazionale, del pudore o della pubblica decenza, o che divulgano, anche in modo indiretto o simulato o sotto pretesto terapeutico o scientifico, i mezzi rivolti a impedire la procreazione o a procurare l'aborto o che illustrano l'impiego dei mezzi stessi o che forniscono, comunque, indicazioni sul modo di procurarseli o di servirsene.»

l'interferenza dell'art. 553 c.p. e del art. 112 TULPS con l'art. 21 Cost., era necessario verificare quale bene giuridico queste norme proteggevano e se questo avesse rilevanza costituzionale. A seguito di tale verifica, era poi necessario procedere ad un bilanciamento fra il diritto compresso e il controvalore protetto dalla norma penale. Ebbene, la Corte si pronunciò per la manifesta infondatezza della questione di legittimità sollevata poiché l'altro bene giuridico meritevole di tutela era *il buon costume*, non il *dovere di procreare*. Per via giurisprudenziale il sesto comma dell'art. 21 Cost. (afferente, più che altro, alla morale sessuale) fu inserito negli articoli in commento che, stando tanto alla lettera quanto alla *ratio* delle norme, erano incostituzionali.

La Corte, però, esonerò da tale divieto le ccdd materie *privilegiate*, ex art. 33 Cost. come, per esempio, le scienze mediche (per motivi terapeutici) o le scienze economiche (che potevano, in ipotesi, suggerire un controllo delle nascite). Sembrerebbe, dunque, potersi dire che il medico o l'economista potevano o meno incorrere nel crimine di cui all'art. 553 c.p. a seconda del contesto nel quale venivano a divulgare la loro conoscenza⁸¹. Fra l'altro, nel caso concreto, il processo di merito nel quale fu sollevata la questione di legittimità costituzionale riguardava l'on. Giancarlo Matteotti, del Partito Socialista, e il dott. Luigi De Marchi,⁸² psicologo e attivista dei diritti civili, e che, quindi non si trattava in alcun modo di gratuita esibizione di atti idonei a turbare il comune senso del pudore ma della critica a norme penali, per un verso e di attività informativa allo scopo di elargire conoscenze ai cittadini, per l'altro.

È rilevante, però, notare, che il reato di *istigazione all'aborto* era contemplato dall'art. 548 c.p., mentre gli *atti osceni* trovano tutt'ora precisi divieti nelle norme 527/528/529 c.p., ciò rende realmente incomprensibile l'orientamento

⁸¹ Anzi, non sembrerebbe, è proprio così, poiché questo è stato uno degli argomenti usati dal PM contro Enri De Luca accusato nel 2015 di istigazione a delinquere e apologia di reato. V. oltre.

⁸² Per la biografia di Luigi De Marchi vedi <https://www.ipue.it/istituto-luigi-demarchi.html>

della Corte anche in considerazione della premessa alla sentenza sulla valenza della libera manifestazione del pensiero.

Successivamente, e in parte con gli stessi imputati, gli artt. 553 c.p. e 112 TULPS ed altri, furono nuovamente impugnati per contrasto con gli artt. 18, 21 e 33 Cost. Questa volta, la Corte costituzionale, smentendo sé stessa, con la sentenza nr. 49/1971, deciderà per «[l]’*accoglimento del motivo di illegittimità costituzionale della norma impugnata, per contrasto con l’art. 21, primo comma, della Costituzione (...)*» poiché questo assorbiva gli altri motivi⁸³. Fra l’altro, nella sentenza si legge che nei procedimenti di merito successivi alla prima sentenza interpretativa di rigetto, Corte cost. n. 9/1965, in cui l’incriminazione era fondata sull’art. 553 c.p., i giudici di merito avevano (ovviamente!) ignorato l’interpretazione in base alla quale questa fu ritenuta legittima, perciò fondarono la loro decisione sul bene giuridico protetto dall’articolo in parola, cioè lo *sviluppo demografico della nazione*.

3.2. *Propaganda politica e pensiero puro.*

Per ciò che riguarda l’art. 272 c.p.⁸⁴, “*Propaganda ed apologia sovversiva o antinazionale*”, nella sentenza 87/1966 la Corte costituzionale operò la

⁸³ Corte Cost. Dispositivo della Sent. 10 marzo 1971 n. 49, Consulta online <https://giurcost.org/decisioni/1971/0049s-71.html>

«PQM la Corte costituzionale dichiara l’illegittimità costituzionale:
dell’art. 553 del codice penale;

dell’art. 112, primo comma, del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza (approvato con R.D. 18 giugno 1931, n. 773), limitatamente alle parole: "a impedire la procreazione";
dichiara inoltre, ai sensi dell’art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87, l’illegittimità costituzionale:

dell’art. 114, primo comma, del medesimo testo unico, limitatamente alle parole: "a impedire la procreazione";

dell’art. 2, primo comma, del decreto legislativo 31 maggio 1946, n. 561 (norme sul sequestro dei giornali e delle altre pubblicazioni), limitatamente alle parole: "a impedire la procreazione".». In Consulta online <https://giurcost.org/decisioni/1971/0049s-71.html>

⁸⁴ Art. 272 c.p.: «*Propaganda ed apologia sovversiva o antinazionale*

1. Chiunque nel territorio dello Stato fa propaganda per la instaurazione violenta della dittatura di una classe sociale sulle altre, o per la soppressione violenta di una classe sociale o, comunque, per il sovvertimento violento degli ordinamenti economici o sociali costituiti nello Stato, ovvero fa propaganda per la distruzione di ogni ordinamento politico e giuridico della società, è punito con la reclusione da uno a cinque anni.

distinzione fra *libera manifestazione del pensiero* e *propaganda*. Limitandoci all'oggetto del capo di imputazione per il quale durante il giudizio di merito venne posta la pregiudiziale di costituzionalità, la condotta criminosa censurata dall'articolo sospettato di illegittimità era: «la propaganda per la instaurazione violenta della dittatura, o per la soppressione violenta di una classe sociale, o per il sovvertimento violento degli ordinamenti sociali ed economici costituiti nello Stato, o per la distruzione di ogni ordinamento politico e giuridico della società»⁸⁵.

La norma, com'è facilmente intuibile, non ha alcunché di astratto poiché non si riferisce ad un *fatto di reato*, ma si riferisce ad un preciso pensiero filosofico del quale, evidentemente, non se ne conosceva nemmeno l'esatta portata, poiché l'eventuale instaurazione della *dittatura del proletariato* non sarebbe certo stata il frutto di "*un assalto ai forni*"⁸⁶, perciò è il tipico reato d'autore.

2. Se la propaganda è fatta per distruggere o deprimere il sentimento nazionale, la pena è della reclusione da sei mesi a due anni.

3. Alle stesse pene soggiace chi fa apologia dei fatti preveduti dalle disposizioni precedenti.» Il secondo comma fu dichiarato incostituzionale con sentenza della Corte costituzionale 87/1966, con L. 85/2006, *Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione*, e stato abrogato l'intero articolo. V. oltre.

⁸⁵ Sent. Corte cost. 22 giugno 1966, n. 87. Consulta online <https://giurcost.org/decisioni/1962/0019s-62.html?titolo=Sentenza%20n.%2019>

⁸⁶ Vale la pena leggere questo passo di Karl MARX (*Per la critica dell'economia politica. Introduzione e Prefazione*, (1857). Editrice Clinamen, 1^a ed. novembre 2011) perché il giudice dovrebbe comprendere, nell'applicare il codice penale, se ha di fronte uno che ha impugnato la pistola per fare un colpo di stato o se ha di fronte un soggetto che sta commentando ed elaborando, per esempio, il seguente pensiero: «A un dato punto del loro sviluppo, le forze produttive materiali della società entrano in contraddizione con i rapporti di produzione esistenti, cioè con i rapporti di proprietà (che ne sono soltanto l'espressione giuridica) dentro i quali tali forze per l'innanzi s'erano mosse. Questi rapporti, da forme di sviluppo delle forze produttive, si convertono in loro catene. E allora subentra un'epoca di rivoluzione sociale. (...). Quando si studiano simili sconvolgimenti, è indispensabile distinguere sempre fra lo sconvolgimento materiale delle condizioni economiche della produzione, (...), e le forme giuridiche, politiche, religiose, artistiche o filosofiche, ossia le forme ideologiche che permettono agli uomini di concepire questo conflitto e di combatterlo. (...) non si può giudicare una simile epoca di sconvolgimento dalla coscienza che essa ha di sé stessa; occorre invece spiegare questa coscienza con le contraddizioni della vita materiale, con il conflitto esistente fra le forze produttive della società e i rapporti di produzione. (...) I rapporti di produzione borghese sono l'ultima forma antagonista del processo di produzione sociale; (...) di un antagonismo che sorge dalle condizioni di vita sociali degli individui. Ma le forze produttive che si sviluppano nel seno della società borghese creano in pari tempo le condizioni materiali per la soluzione di questo antagonismo.», pagg. 104-105. La necessità comprendere per il giudice sta nel sapere

Evidentemente, però, la Corte si pose nella medesima prospettiva del regime fascista, poiché rilevava che la “*propaganda*” era sì manifestazione ma non di un *pensiero puro e astratto*, come quello *scientifico, didattico, artistico o religioso*, in questo caso non venne citato il pensiero politico⁸⁷ perché solo i primi si consideravano volti alla *conoscenza o suscitare un sentimento*. Nella sentenza in commento, la Corte costituzionale così argomentava: «Il primo comma dell'art. 272 punisce la propaganda in quanto diretta al ricorso alla violenza come mezzo per conseguire un mutamento nell'ordinamento vigente. Tutti i casi previsti da questa norma hanno come finalità di suscitare reazioni violente, compresa l'ipotesi della “*distruzione di ogni ordinamento politico e giuridico della società*”, così come inserita nel contesto del comma in esame. Siffatta propaganda appare dunque in rapporto diretto ed immediato con una azione; e, pur non raggiungendo il grado di aperta istigazione, risulta idonea a determinare le suddette reazioni che sono pericolose per la conservazione di quei valori, che ogni Stato, per necessità di vita, deve pur garantire.»

Chiara ipotesi di anticipazione della tutela della mera enunciazione teorica della violenza, secondo quanto qui scrive la Corte, atteso che la propaganda di quel *tipo* di idee richiede un intervento censorio nella fase che precede l'istigazione; nel periodo successivo si legge: «Pertanto, il diritto di libertà della manifestazione del pensiero non può ritenersi leso da una limitazione posta a tutela del metodo democratico»⁸⁸.

scriminare l'analisi socio-economica e politica da un pericolo che non né astratto né concreto, ma nemmeno presunto,

⁸⁷ Testualmente si legge nella sent. 87/1966 Corte cost.: «La propaganda non si identifica perfettamente con la manifestazione del pensiero; essa è indubbiamente manifestazione, ma non di un pensiero puro ed astratto, quale può essere quello scientifico, didattico, artistico o religioso, che tende a far sorgere una conoscenza oppure a sollecitare un sentimento in altre persone. Nella propaganda, la manifestazione è rivolta e strettamente collegata al raggiungimento di uno scopo diverso, che la qualifica e la pone su un altro piano.»

⁸⁸ Difficile però pensare che nella fase di propaganda si possa ledere il “metodo democratico” di cui all'art. 49 Cost. Fosse vero, alcuni partiti che avevano scritto la Costituzione avrebbero dovuto essere dichi arati fuorilegge, perché, per statuto, erano rivoluzionari e tali lo sono stati, almeno formalmente, sino al 1976, cioè avrebbero scritto delle norme costituzionali contro sé stessi.

Dunque, tal tenore della frase si deduce che la tutela del *metodo democratico* impone limiti alla libera manifestazione del pensiero ma, in realtà, il metodo democratico si fonda sulla libera manifestazione del pensiero e pertanto, la limitazione di quest'ultimo, che può sfociare secondo le norme del codice penale nella privazione della libertà personale, deve perciò trovare contrapposti dei beni giuridici di pari o di superiore importanza. Proseguendo, ancora, si legge nella sentenza che «il concetto che detta norma esprime, non peculiari finalità del passato regime, ma obiettive esigenze dello Stato, a tutela della *personalità di esso* contro le azioni dirette al sovvertimento violento degli ordinamenti economici, sociali e politici» quindi, conclude la Corte, la *ratio* della norma è «il mantenimento dell'ordine pubblico considerato come ordine legale costituito».

In realtà, osserva Carlo Fiore, è singolare che si invochi proprio una norma come l'art. 272 c.p. a tutela delle libertà democratiche, che è stata evidentemente concepita per criminalizzare una specifica classe sociale e il suo pensiero, anche perché nelle argomentazioni svolte nella sentenza in parola non si tiene in alcun conto che all'interno del codice penale vi sono disposizioni che non solo sanzionano «l'attacco contro le istituzioni dello Stato, ma finanche la più remota preparazione di un attacco e il più blando o indiretto eccitamento ad attaccarle e combatterle»⁸⁹; pertanto mantenere in essere l'art 272 c.p. significava muoversi all'interno della logica entro la quale fu concepito, cioè a difesa di un determinato *regime politico e sociale* allo scopo di censurare qualsiasi critica allo *status quo*⁹⁰ prevenendo il reato di istigazione.

V. Roberto ZACCARIA, *La tutela del dissenso e delle formazioni minoritarie in una società pluralista*, *Questione giustizia*, Riv. Trimestrale promossa da Magistratura Democratica, n. 4/2015 Il valore del dissenso, pagg. 7-24.

⁸⁹ V. c. p. Artt. 283 *Attentato contro la costituzione dello Stato*; 284 *Insurrezione armata contro i poteri dello Stato*; 285 *Devastazione, saccheggio e strage*; 286 *Guerra civile*; 287 *usurpazione del potere politico o comando militare*; 289 *Attentato contro organi costituzionali e contro le assemblee regionali*; 294 *Attentati contro i diritti politici del cittadino*; 302 *Istigazione a commettere delitti contro la personalità dello Stato*; 303 *Pubblica istigazione e apologia dei delitti contro la personalità dello Stato*; 304 *Cospirazione politica mediante associazione*; 306 e ss. *delitti di banda armata*; 415 *Istigazione a disobbedire alle leggi e istigazione all'odio fra le classi* – Carlo FIORE in nota 38, pag. 97 cita altre norme

⁹⁰ Carlo FIORE, *I reati di opinione*, cit., pagg. 96-97.

4. I criteri guida sulla libertà di pensiero della Corte costituzionale

Per quanto fin qui visto, è evidente che in materia di libera manifestazione di pensiero, ovvero di reati ad essa collegati, si è rimasti ancorati ad una concezione dello Stato pre-costituzionale, segnalato dai riferimenti alla *personalità dello Stato*, quindi allo *Stato-persona*⁹¹ immaginato e descritto sia dal Rocco della *Prolusione* sia dal Rocco della *Relazione* al codice penale del 1930. Ed in realtà fino all'entrata in vigore della Costituzione, lo Stato era o il re o, nel fascismo, il duce. In buona sostanza, nel sistema repubblicano permane grazie a norme del genere il *crimine di lesa maestà*. Ma nella costruzione costituzionale lo Stato è un ente dotato di personalità giuridica, cioè una persona giuridica e, in quanto tale, una pura finzione, nulla di più.

Nella visione della Corte costituzionale tale *affievolimento* del diritto alla libera manifestazione del pensiero non è una concezione risalente, la ribadisce infatti ancora nel 2006: «L'art. 21 della Costituzione riconosce e garantisce a tutti la libertà di manifestare il proprio pensiero con qualsiasi mezzo di diffusione. La predetta libertà viene collocata tra i valori primari, assistiti dalla clausola di inviolabilità (art. 2 della Costituzione, i quali, in ragione del loro contenuto, in linea generale si traducono direttamente e immediatamente in diritti soggettivi dell'individuo, di carattere assoluto.(...) [Ma ciò] non integra una tutela incondizionata e illimitata della libertà di manifestazione del pensiero, giacché, anzi, a questa sono posti limiti derivanti dalla tutela del buon costume o

⁹¹ ⁹¹ Elvira DINACCI, *Scrivere il nuovo codice penale: una sfida culturale prima che giuridica*, in *Rivista del diritto e procedura penale*, 5 aprile 2023: «Il diritto, incarnato nello Stato, si sostituisce d'autorità nelle decisioni anche più intime dell'individuo rimuovendone la titolarità individuale, trattandosi di interessi superiori, il cui fondamento risiede nello Stato etico, nella religione di Stato, fino ad immaginare un paradossale interesse statale allo sviluppo demografico. Una tutela dunque, incentrata sullo Stato-persona, cioè su un elemento spiccatamente politico che incarna la difesa dell'apparato di potere del fascismo, piuttosto che i diritti del singolo individuo. Operazione questa che, senza negare quelli che sono interessi individuali, con sapiente tecnicismo, li ha trasformati in categorie pubblicistiche vaghe ed astratte, dove la persona è un mero riflesso-strumento, utile e necessario allo sviluppo dello Stato-nazione.». pag. 5.

dall'esistenza di beni o interessi diversi che siano parimenti garantiti o protetti dalla Costituzione (...)»⁹².

Questo è l'indirizzo della Corte costituzionale nell'approcciare al problema, anche se non precisa di quale tipo di pensiero stia parlando. Se del pensiero che lede l'onore, la reputazione, la dignità, i diritti inalienabili della persona fisica, ma questo limite non è specifico del pensiero, è un limite generale imposto anche, forse soprattutto, allo Stato.

Comunque, è pacifico che sono da escludere dalla tutela dell'art. 21 Cost. quelle manifestazioni di pensiero, o gesti equivalenti, che si configurano come ingiuria o diffamazione indirizzate verso persone fisiche. Sono escluse anche quelle espressioni ingiuriose o diffamatorie che possono anche essere veritiere e magari di pubblico dominio, ma che, per ovvi motivi, non possono essere oggetto di tutela statale, perché nessuno ha il diritto di stigmatizzare pubblicamente fatti che attengono alla sfera privata o, comunque sia, che non hanno rilievo per la vita politica della comunità. Infatti, in tali casi, laddove queste tipologie di espressione possano corrispondere al vero, ai sensi del 1° co. dell'art. 596 c.p., vale la regola che non si ammette prova liberatoria (cd *exceptio veritatis*), proprio perché l'ordinamento non ha alcun interesse a proteggere quello che può essere definito un pettegolezzo anche se vero. Lo stesso art. 596 c.p., al 2° co., prevede, però, delle eccezioni, nel caso, ad esempio, che un fatto specifico, in ipotesi, diffamatorio o ingiurioso, riguardi il pubblico ufficiale, sempreché il fatto attenga al suo ufficio; la prova liberatoria vale anche in materia di diritto di cronaca, se la notizia diffamante è di *pubblico interesse*, purché la notizia sia “vera”, nel senso di essere stata sottoposta ad un processo di verifica per accertarne la *verosimiglianza*, ma deve essere *riportata senza porre particolare enfasi* nell'esposizione dei fatti; in tali casi il giornalista, poiché esercita un diritto, gode della scriminante *ex art. 51 c.p.*

⁹² *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte costituzionale*. Relazione predisposta in occasione dell'incontro della delegazione della Corte costituzionale con il Tribunale costituzionale della Repubblica di Polonia. Varsavia, 30-31 marzo 2006, punti 10 e 10.1

E fin qui si può seguire l'indirizzo della Corte costituzionale.

Invece, la fattispecie presa qui in considerazione è quella che attiene alla manifestazione di un pensiero politico, un pensiero critico, un pensiero antagonista che si contrappone ad un altro pensiero, magari e soprattutto, maggioritario, che si riferisce ad altri valori rispetto a quelli più comunemente condivisi.

Sotto questo punto di vista, la garanzia della libera manifestazione del pensiero, si può dire, è il contenuto del *diritto di cittadinanza* delle minoranze che non possono essere discriminate, perché *silenziare il pensiero delle minoranze* è una delle manifestazioni della discriminazione. Ed è proprio su questo punto che l'indirizzo della Corte costituzionale non può essere seguito, nella misura in cui equipara diverse specie di pensiero, l'una che attiene a rapporti interpersonali, della buona educazione, l'altra che invece attiene alla dialettica politica.

5. I reati di opinione

La persistenza nel codice penale di reati, quali l'offesa o il vilipendio verso simboli, concetti, sentimenti, istituzioni o che colpiscono l'esaltazione apologetica di delitti e, infine, anche la propaganda di certo tipo di idee⁹³, che, in verità non sono sempre condivisibili, pongono problemi circa il godimento dei diritti civili e politici. Si è già detto come furono proprio i giovani magistrati eretici a rilevare l'insanabile contraddizione fra codice penale e il nuovo Stato, e che il

⁹³ Articoli del Codice penale tutt'ora in essere: 241 *Attentato contro l'integrità, l'indipendenza e l'Unità dello Stato*; 270 *Associazioni sovversive*; 283 *Attentato contro la Costituzione dello Stato*; 289 *Attentato contro organi costituzionali e contro le assemblee regionali*; 290 *Vilipendio della Repubblica, delle istituzioni costituzionali e delle forze armate*; 292 *Vilipendio o danneggiamento alla bandiera o ad altro emblema dello Stato*; 299 *Offesa alla bandiera o ad altro emblema di uno Stato estero*; 403 *Offese a una confessione religiosa mediante vilipendio di persone*; 404 *Offese a una confessione religiosa mediante vilipendio o danneggiamento di cose*; art. 270 punisce l'associazione sovversiva (diversa dalla banda armata); art. dove nell'istigazione a delinquere e prevista l'apologia di delitto (2° co.). Articoli del codice penale abrogati con L. 85/2006: 269 *Attività antinazionale del cittadino all'estero*; 272 *Propaganda e apologia sovversiva e antinazionale*; 279 *Lesà prerogativa dell'irresponsabilità del presidente della Repubblica*, 406 *Delitti contro i culti ammessi dallo Stato*.

principio di legalità non atteneva solo alla forma ma imponeva il godimento in concreto dei diritti.

La Costituzione, infatti, nei *Principi Fondamentali* e nella *Prima parte*, non parla dello Stato, ma del *cittadino*, dell'*uomo* e, quando vuole riferirsi all'intera comunità, parla della *Repubblica* e ciò significa che il rapporto rispetto a tutti i regimi precedenti è rovesciato: è lo *Stato-apparato* che deve attenersi alle regole previste dalla *Seconda parte* della Costituzione e alle leggi a cui questa rimanda.

I cittadini, al contrario, hanno ampi spazi di libertà perché i divieti, esplicitamente sanciti, non possono che emergere dalla legge fondamentale. In questa prospettiva, il fatto che siano contemplati reati di opinione che attengono al pensiero contraddice il principio democratico.

5.1 L'opinione quale forma percepibile del pensiero

L'opinione è l'espressione verbale di un pensiero o anche non verbale realizzata per mezzo di gesti equivalenti all'espressione verbale. L'espressione verbale può limitarsi a rendere un'informazione di cui si è conoscenza, a dare una notizia, a narrare un fatto accaduto.

Lo studente, durante l'interrogazione esprime la conoscenza di ciò che ha appreso durante lo studio e sarà giudicato esclusivamente per la conoscenza manifestata sull'argomento richiesto. Qui il giudizio, che si sostanzia in un voto, di approvazione o di disapprovazione, riguarda la *quantità* di studio.

Successivamente gli si può chiedere di esporre il suo pensiero sul fatto studiato, quindi esprimere un'opinione, ovvero dare un giudizio di valore. In quest'ambito egli può esprimere un giudizio critico, di esaltazione, di disprezzo, di condanna, di apprezzamento; anche questo potrebbe essere sottoposto a votazione, ma qui oggetto di apprezzamento è la *qualità* del pensiero.

Mentre, nel primo caso, la narrazione del fatto, i parametri di giudizio sono oggettivi, ovvero attengono a fatti, nomi, date che hanno quale fonte assoluta di

confronto il libro di testo, nel secondo caso, la *qualità* del pensiero, espressa sotto forma di opinione, viene ad essere giudicata sulla base del pensiero, ovvero sulla valutazione critica, che ha l'esaminatore circa il fatto medesimo. In questo caso, il raffronto viene fatto fra due *ideologie*: l'ideologia di riferimento di chi giudica e l'ideologia che emerge da quell'espressione di pensiero.

Se allo studente l'opinione non fosse stata richiesta, quel pensiero rimarrebbe come patrimonio *ideologico* personale, ma diventa oggetto di valutazione solo per il fatto di essere stato espresso, manifestato.

Dunque, nel reato di opinione la condotta illecita consiste nella pura e semplice enunciazione di un pensiero. Il pensiero può essere espresso per gesti equivalenti, ad esempio, lancio di un'oggetto, non necessariamente idoneo a causare danni fisici, all'indirizzo di un simbolo, ad esempio il *lancio di uova*, come è pure avvenuto alla Scala di Milano il 7 dicembre 1968⁹⁴ o il lancio di *peluche* al corteo di auto dei ministri che facevano passerella a Cutro⁹⁵, ma ai fini della configurazione del reato di opinione è sufficiente la pura e semplice espressione verbale.

Quindi il reato consiste, secondo le fattispecie previste dal codice penale, nell'avere un pensiero critico verso le istituzioni in senso lato (vilipendio,

⁹⁴ Dal sito WEB MILANO CITTÀ STATO, *Lo storico primo lancio di uova alla Prima della Scala*, «(...) 7 dicembre del 1968 quando Mario Capanna e i ragazzi del Movimento studentesco accolsero il pubblico della Prima della Scala con un fitto lancio di uova che fece scempio di pellicce, smoking e abiti da sera. Una contestazione senza precedenti e per questo inaspettata che portò la protesta sulle copertine dei giornali di tutto il mondo.

Quei giovani non ce l'avevano con la Scala, ma con il «bel mondo» della Prima, con quella casta ante litteram fatta di vecchia borghesia milanese, nuovi ricchi del boom (i «cumenda» con la fabbrichetta) e potere politico. E le uova erano lo strumento per colpire, imbrattandoli, i simboli della ricchezza, per ribaltare il meccanismo dell'ostentazione: da motivo di vanto a motivo di vergogna». 22 agosto 2016 https://www.milanicittastato.it/evergreen/forse-non-sapevi-che/alla-scala-la-rivolta-degli-studenti-divenne-mito/#goog_rewarded (18 maggio 2024)

⁹⁵ Chiara SPAGNOLO, *Peluche di protesta contro le auto blu del governo a Cutro. Meloni e i ministri ignorano le bare*, su *repubblica online* 9 marzo 2023. Riguarda un naufragio di migranti sulle coste di Cutro dove morirono annegate 94 persone di cui 34 minorenni. Il consiglio dei ministri Meloni, si riunì nella cittadina senza nemmeno visitare la camera ardente. https://www.repubblica.it/politica/2023/03/09/news/proteste_peluche_cutro_cdm-391338636/

offesa, anche senza alcun danneggiamento fisico, o la loro “*glorificazione*”, nel caso dell’apologia di delitto), o come manifestazione di un pensiero che comporti una critica fino ad ipotizzare la sovversione degli attuali assetti economici, sociali e politici. Nell’uno e nell’altro caso, si tratta della manifestazione di un *contro-valore*.

L’*Editto Albertino* sulla stampa emanato il 28 marzo 1848, in attuazione dell’art. 28 dello *Statuto Allertino*, prevedeva all’art. 24 «Qualunque offesa contro la inviolabilità del diritto di proprietà, la santità del giuramento, il rispetto dovuto alle leggi, ogni apologia di fatti qualificati crimini o delitti dalla legge penale, ogni provocazione all’odio fra le varie condizioni sociali, e contro l’ordinamento della famiglia sarà punita colle pene di cui all’art. 17»⁹⁶, quindi, chiunque si fosse espresso in favore della proprietà collettiva, per esempio, cioè avesse semplicemente manifestato di apprezzare un *contro-valore* avrebbe per ciò stesso commesso un reato: rimanere in *silenzio* era dunque l’unico modo per evitare l’incriminazione.

A tal proposito, si rileva che la parola “*apologia*” compare per la prima volta in questo Editto e transiterà nell’art. 247 del c.p. zanardelliano. Il reato di apologia, con altri reati del tipo “*pubblica istigazione*”, “*incitamento*”, “*vilipendio*”, “*lese prerogative del re*”, sempre previsti nell’Editto del 1848 nel Regno sardo, sono poi transitati nel 1889 nel codice penale del Regno d’Italia e infine giunti nel codice penale repubblicano con il codice Rocco⁹⁷.

Nei regimi sin qui conosciuti il “*silenzio*” era imposto a presidio dei valori su cui si basava l’ordine sociale. Detto questo, perché ridotto alla sua essenza, il reato di opinione altro non è che imposizione del *silenzio*, la democrazia è compatibile con leggi che puniscono la violazione del *silenzio*?

⁹⁶ Per lo Statuto albertino del 1848 V. in http://www.dircost.unito.it/root_subalp/docs/1848/1848-695.pdf

⁹⁷ Carlo FIORE, *Il reato di opinione*, cit., pag. 22. Art. 247. c.p. Zanardelli Chiunque, pubblicamente, fa l’apologia di un fatto che la legge prevede come delitto, o incita alla disobbedienza della legge, ovvero incita all’odio fra le varie classi sociali in modo pericoloso per la pubblica tranquillità, è punito con la detenzione da tre mesi ad un anno e con la multa da lire cinquanta a mille.

6. Restrizioni *content-neutral* e *content-based*

Il costituzionalista americano Stone⁹⁸ (studioso del Primo Emendamento) distingue due modalità di *restrizione poste alla comunicazione del pensiero*, egli opera la differenza fra limitazioni *content-based* e limitazioni *content-neutral*.

Queste ultime non riguardano il contenuto, si basano semplicemente sul divieto di far rumore in prossimità di alcuni plessi, come gli ospedali, o sul divieto di affissione in particolari zone, per esempio i centri storici, o rispondono a criteri di riservatezza per cui si impone il divieto di pubblicare nomi, di rivelare segreti; quelle che rilevano ai fini del reato di opinione attengono, invece, al contenuto del messaggio (*content-based*)⁹⁹, e nel codice penale vi è il catalogo dei messaggi il cui contenuto è reato. Per meglio rendere l'idea, nel prosieguo, si eviterà di far riferimento a tipologie di reati d'opinione che si manifestano in atti concreti, la distruzione di un'effigie o altro simile, o facendo ricorso ad un linguaggio turpiloquente, per quanto anche in tal modo si può esprimere un'opinione.

6.1 Il Primo emendamento della Costituzione americana¹⁰⁰

In base al Primo Emendamento, il *free speech* negli Stati Uniti d'America ha la massima estensione: «Il Congresso non promulgherà leggi per il riconoscimento ufficiale di una religione, o che ne proibiscano la libera professione; o che limitino la libertà di parola, o della stampa; o il diritto delle persone di

⁹⁸ Alessandro SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*. Dagli atti dell'incontro studio (Palermo, 9 maggio 2006): *Le novelle penalistiche del 2006 – Legittima difesa, reati associativi politici e reati di opinione*. Organizzazione Centro Studi Giuridici e Sociali Cesare Terranova. Pag. 693

⁹⁹ Alessandro SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, pag. 693, vedi nota 8: Geoffrey R. Stone, *Restrictions of Speech Based on its Content: The Peculiar Case of Subject-Matter Restrictions*, in *The University of Chicago Law Review*, 1978, pag. 81. L'articolo completo è rintracciabile in https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1530&context=journal_articles

¹⁰⁰ CFR per questo paragrafo Elisabetta Grande, *I mobili confini della libertà di espressione negli Stati Uniti e il metro della paura*, cit.

riunirsi pacificamente in assemblea e di fare petizioni al governo per la riparazione dei torti»¹⁰¹.

La giurisprudenza della Corte Suprema USA ha via via precisato l'ampio margine di cui gode la libertà di pensiero, anche quando questo per espressioni, o gesti equivalenti, sfocia nel turpiloquio verso i poliziotti; offende i soldati che ritornano nelle bare anche durante i funerali, perché in disaccordo con le guerre di invasione dell'esercito USA; non censura frasi razziste anche colorite con auspici di morte o inneggiando al *Ku Klux Klan*; né, tantomeno, riconosce il reato di vilipendio alla bandiera o verso qualsiasi religione; neanche censura l'aperta denigrazione basata sulle tendenze sessuali, con l'unico limite che queste non comportino offese dirette a specifiche persone, ad esempio si può offendere la comunità del "negri", ma non il singolo "negro". Questo diritto è riconosciuto sicuramente nelle scuole pubbliche, mentre, per quanto riguarda le scuole private che hanno adottato i ccdd *hate speech codes*, questi, quando sono stati impugnati, sono stati considerati illegittimi dalle Corti federali perché non rispondenti al principio di tassatività.

Ma se, ai sensi del Primo Emendamento, quasi nulli sono i limiti imposti al pensiero *content-based*, diversamente stanno le cose per quanto riguarda «*i modi, i tempi e i luoghi della manifestazione del pensiero*», perché si può essere arrestati per non aver chiesto un permesso, per aver protestato durante una particolare ora, o non rimanendo rigorosamente sul marciapiede, o perché si è in una particolare zona della città, per esempio ad alta densità di traffico, perciò non *content-based* è la censura ma *content-neutral*, quindi anche quella distinzione che sembrava così netta all'apparenza, nella realtà diventa molto sfumata, anche in considerazione degli ampi poteri di intervento che hanno i poliziotti grazie a delle norme che si prestano a una variabile ed arbitraria interpretazione.

¹⁰¹ Il Primo emendamento della Costituzione USA: «Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances»

Quindi l'ordine pubblico, anche nel paese della massima libertà, diventa un limite oggettivo, in via indiretta idoneo a svuotare il tanto declamato *free speech*. Qualcosa di analogo accade anche in Italia con la delimitazione delle *zone rosse* quali luoghi interdetti alla protesta.

7. I reati di opinione alla luce dei principi fondamentali in materia penale

L'essenza del reato, quindi la sua non-ragionevolezza, la si coglie meglio se ci si limita all'espressione verbale che contiene un modo diverso di pensare e che la norma penale censura.

Nei reati di opinione la condotta criminosa consiste nell'espressione verbale che ha un determinato contenuto e, segnatamente, quello di essere idonea a *turbare valori morali (spirituali, ideali), sentimenti, sensibilità*¹⁰². Tali valori sono definiti *sovra-individuali* per la loro condivisione e diffusione fra i consociati. Per quanto riguarda il vilipendio, ad esempio, questo è posto a presidio di valori *ccdd identitari* di una *nazione* e sono direttamente collegati al concetto stesso di *nazione*: le sue radici cristiane, per esempio, impongono l'adozione di norme penali che puniscano l'offesa verso tale religione.

Le tipologie contemplate dal codice penale sono vilipendio mediante offesa ai ministri del culto (art. 403 c.p.) o contro oggetti di culto (art. 404). Nella novella del 2006, di cui si dirà, è sparito il riferimento alla religione di Stato, ed è stato ampliato alle confessioni religiose, ma il concetto è quello della norma originaria, poiché anche qui vale l'effettività della norma non la sua astratta previsione. Nello stesso spirito di offesa a beni *sacri* si possono far rientrare tutta una serie reati che riguardano questa o quella istituzione come, ad esempio

¹⁰² Alessandro SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*. Dagli atti dell'incontro studio (Palermo, 9 maggio 2006): *Le novelle penalistiche del 2006 – Legittima difesa, reati associativi politici e reati di opinione*. Organizzazione Centro Studi Giuridici e Sociali Cesare Terranova, pag. 694

l'art. 290 c.p., o i simboli rappresentativi della nazione come nel caso dell'art. 292 c.p.

In seguito, si affronteranno temi più strettamente giuridici, ma la considerazione che è necessario fare, posto che questi siano effettivamente rappresentativi di beni *sovra-individuali*, hanno la necessità di una protezione di carattere penale? Perché ancora oggi si richiamano istituti dell'*ancien regime*? Quale necessità vi è di richiamarsi a tutta quell'impalcatura retorica di uno Stato repressivo che ha privato dei più elementari diritti un popolo e che ha offeso altri popoli? Perché si mantengono in vita crimini che hanno portato in carcere o alla pena di morte tanti esseri umani? Ovviamente alla banalità di queste domande si deve dare una risposta che non è per nulla banale e che ha una sua precisa logica.

8. Il principio di offensività

Prima ancora di provare ad impostare una risposta alle banali domande poste sopra e che riguardano il necessario confronto del diritto penale con il *mondo che lo circonda*, sono necessarie alcune osservazioni.

Sin dalla sentenza nr. 1 del 1956 della Corte costituzionale, l'Avvocatura dello Stato ha eccepito, e reiterato in più occasioni, l'incompetenza della Corte medesima a pronunciarsi su leggi del depono regime, poiché, ex art. 15 Disposizioni preliminari al c.c., spettava al potere legislativo l'eventuale abrogazione di leggi precedenti con leggi successive, come se la Costituzione non fosse una legge successiva e, fra l'altro, di rango sovraordinato¹⁰³. Sarebbe un errore

¹⁰³ Sent. Corte cost. 5 giugno 1956, n. 1, in Consulta online, «In ordine alla questione di competenza sollevata dall'Avvocatura dello Stato, è innanzi tutto da considerare fuori di discussione la competenza esclusiva della Corte costituzionale a giudicare sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge, come è stabilito nell'art. 134 della Costituzione. La dichiarazione di illegittimità costituzionale di una legge non può essere fatta che dalla Corte costituzionale in conformità dell'art. 136 della stessa Costituzione. L'assunto che il nuovo istituto della "illegittimità costituzionale" si riferisca solo alle leggi posteriori alla Costituzione e non anche a quelle anteriori non può essere accolto, sia perché, dal lato testuale, tanto l'art. 134 della Costituzione quanto l'art. 1 della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1, parlano di questioni di legittimità costituzionale delle leggi,

relegare questa eccezione del governo nel campo delle *boutade*. Come si è visto, anche le prime sentenze di legittimità espresse dalla Corte di cassazione e le successive sentenze della stessa Corte costituzionale, non hanno recepito la svolta impressa dalla Costituzione. Il modo dei giuristi non ha vissuto l'introduzione della Costituzione come una *Rivoluzione* ma come un semplice cambio di governo. Errore nel quale non incorse Alfredo Rocco che, a scanso di equivoci, nella sua *Relazione* al codice penale, avvertì il *re* che non di cambio di governo si trattava ma di un nuovo regime che aveva una sua nuova filosofia, quella fascista, che fu assunta nel codice penale. Si legge nella *Relazione* che viene apertamente deplorata la *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, la concezione illuministico-individualista in cui i pochi diritti dello Stato sono alienati dai cittadini, la visione filangeriana e beccariana¹⁰⁴ del diritto di punire. Quindi, non si va lontano dal vero se si attribuisce al codice penale del 1930 il valore di vera e propria costituzione.

Assumendo quel codice penale nell'ordinamento repubblicano in maniera acritica, cambiando in sede di "*lettura*" le parole (laddove c'era scritto "*al fine di evitare la procreazione*" si è letto "*buon costume*"), nei fatti, dunque, si sono

senza fare alcuna distinzione, sia perché, dal lato logico, è innegabile che il rapporto tra leggi ordinarie e leggi costituzionali e il grado che ad esse rispettivamente spetta nella gerarchia delle fonti non mutano affatto, siano le leggi ordinarie anteriori, siano posteriori a quelle costituzionali. Tanto nell'uno quanto nell'altro caso la legge costituzionale, per la sua intrinseca natura nel sistema di Costituzione rigida, deve prevalere sulla legge ordinaria.

Non occorre poi fermarsi ad esaminare se e in quali casi, per le leggi anteriori, il contrasto con norme della Costituzione sopravvenuta possa configurare un problema di abrogazione da risolvere alla stregua dei principi generali fermati nell'art. 15 delle Disposizioni preliminari al C.C. I due istituti giuridici dell'abrogazione e della illegittimità costituzionale delle leggi non sono identici fra loro, si muovono su piani diversi, con effetti diversi e con competenze diverse. Il campo dell'abrogazione inoltre è più ristretto, in confronto di quello della illegittimità costituzionale, e i requisiti richiesti perché si abbia abrogazione per incompatibilità secondo i principi generali sono assai più limitati di quelli che possano consentire la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una legge.» <https://giurcost.org/decisioni/1956/0001s-56.html?titolo=Sentenza%20n.%201>

¹⁰⁴ Cesare BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*: Ogni pena che non derivi dall'assoluta necessità, dice il grande Montesquieu, è tirannica; (...). Fu dunque la necessità che costrinse gli uomini a cedere parte della propria libertà: egli è adunque certo che ciascuno non ne vuol mettere nel pubblico deposito che la minima porzione possibile, quella sola che basti ad indurre a difenderlo. L'aggregato di queste minime porzioni forma il diritto di punire; tutto il di più è abuso e non giustizia pag. 35

rovesciati i principi. In tal modo, nell'Italia repubblicana permangono le stimate del totalitarismo, che si fonda sulla regola secondo la quale “*tutto ciò che non è espressamente consentito è vietato*”.

In massima parte il compito di adattamento del codice penale è stato affidato alla giurisprudenza costituzionale, quindi la Costituzione repubblicana è stata chiamata ad esercitare la sua funzione “*negativa*” e non “*propositiva*”, in pratica è stato il “*diagramma dei limiti negativi imposti alla violenza punitiva*”¹⁰⁵ dello Stato.

Sicché permane la concezione del *reato-peccato*: l'apologia, il vilipendio altro non sono che la *positivizzazione*, tecnico-giuridica, se si vuole, della preghiera che recita “*ho molto peccato in pensieri, parole, opere e omissioni*”.

Per Franco Bricola il diritto penale doveva, invece, trovare fondamento nella Costituzione. In questa prospettiva il giurista proponeva «l'individuazione dei beni penalmente tutelabili e la selezione delle tecniche di tutela ammissibili».

La Costituzione fu il prodotto di un *potere costituente* che, in quanto tale, non ha nulla né dietro né sopra di sé, poiché questo precede il *potere costituito* e viene prima dello Stato. Per questo, il “*cosa*” e il “*come*” tutelare non poteva ricavarsi da ciò che prima non c'era: era dall'atto fondativo che si dovevano ricavare valori e principi che, portati a sistema, avrebbero individuato «*lo spazio di legittimazione dell'intervento penale in termini di “quantità finita”*»¹⁰⁶.

In questo senso non è sufficiente il pur necessario lavoro di “*bonifica*” dell'ordinamento giuridico, laddove, tramite il controllo del giudice delle leggi, al «*costituzionalismo penale*» viene affidata una mera *funzione negativa*. Limitandosi al controllo di costituzionalità, come si è visto, è sempre attuale il pericolo che il giudice debordi nell'attività di creazione legislativa. Intervenedo tale controllo in via incidentale su un processo in corso, laddove il capo d'accusa

¹⁰⁵ Vittorio NANTES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Ed. G. Giappichelli, Torino, 2005, pag. 44

¹⁰⁶ *Ibidem*.

è fondato su un articolo che ha un certo contenuto letterale, manipolandolo, per verniciarlo di costituzionalità, si può far dire ad una norma, con effetto retroattivo, ciò che non ha detto e nemmeno voleva o addirittura poteva dire. Sicché il cittadino, imputato per una norma, viene poi condannato per un'altra. Quindi la *funzione positiva* di un penale costituzionalmente orientato sarebbe necessaria per il ripristino del principio di legalità anche in senso formale.

8.1 La costituzionalizzazione del principio di offensività

Muovendosi, dunque, su questo piano, Bricola auspicava un nuovo rapporto fra dogmatica penale e politica criminale, laddove i beni giuridici meritevoli di tutela penale dovevano trovare nella Costituzione il loro riferimento valoriale¹⁰⁷, «(...) l'illecito penale può ledere un valore privo di rilievo costituzionale, ma [può] essere legato ad un valore costituzionale da un rapporto di presupposizione necessaria; talché, cioè, la lesione del primo sia necessariamente ed inequivocabilmente *idonea a mettere in pericolo il secondo*»¹⁰⁸, perciò, porre un argine alla produzione penale del potere legislativo, non significa proporre un catalogo chiuso di valori tutelabili. Significa, invece, porre un argine alla “*fantasia*” legislativa *securitaria* che aggancia alla manifestazione del pensiero critico sempre un correlato negativo, *apologia, istigazione, vilipendio, disordine pubblico, insicurezza sociale*.

Assodato, dunque, che la riserva assoluta di legge (fra l'altro l'uso che si fa della decretazione d'urgenza, anche in materia penale, è proprio dei sistemi totalitari) non è di per sé garanzia del suo contenuto, *il sacrificio di un bene inviolabile, quale la libertà personale* (art. 13 Cost.), *deve misurarsi con un altro bene all'interno di un medesimo sistema di riferimento*. Posta in questi

¹⁰⁷ Vittorio NANTES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Ed. G. Giappichelli, Torino, 2005, pag. 44.

¹⁰⁸ Franco BRICOLA, Teoria generale del reato, in Nuovissimo Digesto Italiano, XIX, 1973, 7 ss (la citazione si trova in Vittorio Nantes, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Ed. G. Giappichelli, Torino, 2005, in Nantes pag. 45 nota n. 9)

termini, la privazione della libertà personale si giustifica solo se supera il criterio della concreta offensività, sicché l'art. 49 cpv c.p., («La punibilità è altresì esclusa quando, per la inidoneità dell'azione o per la inesistenza dell'oggetto di essa, è impossibile l'evento dannoso o pericoloso»), diviene norma generale di rango costituzionale.

La sussunzione del principio di offensività al massimo livello gerarchico nelle fonti del diritto non è una creazione arbitraria del giurista. Posto, infatti, che, per il *principio di legalità, il reato è vincolato alla commissione di un "fatto" illecito* (co. 2 art. 25 Cost.), che la *responsabilità penale è personale* (art. 27, co. 1, Cost.) e che la *pena irrogata ha una funzione rieducativa* (art. 27, co. 3, Cost.), la coordinazione sistematica di questi principi con un bene che è fra i *diritti inviolabili della persona umana*, ex art. 2 Cost., ribadito nella sua ampiezza dall'art. 13 Cost., se ne ricava che il fatto che genera tale limitazione non può che essere legato alla concreta lesione di un altro bene che possa essere equiparato, appunto, alla privazione della libertà. Pertanto, il principio di *offensività* (o di *necessaria lesività*) assunto a norma di sistema, può esplicitare la sua funzione critica, sia come limite alla potestà legislativa ordinaria, sia come canone interpretativo in sede giurisprudenziale¹⁰⁹. E questo, a proposito

¹⁰⁹ Massimo DONINI, *L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali*, «Mutando l'oggetto della ricostruzione, rappresentato da regole e principi sovraordinati, si modificava anche il *metodo* di una teoria fondata sull'esegesi: non più l'orizzonte chiuso della legge ordinaria, imm modificabile se non "dai partiti politici", ovvero amministrato in un clima di immobilismo o di conservatorismo durante vari governi dei primi lustri della Repubblica, ma piuttosto un patto costituzionale vincolante il Parlamento verso la costruzione di nuovi obiettivi sociali, nuovi progetti economico-politici, nuove tavole dei valori di immediata incidenza anche penale. I valori e i principi contenuti nella Costituzione del 1947-1948, o a quel testo comunque riconducibili, imponevano una riscrittura completa del codice penale. Mutava pertanto, insieme al clima storico-politico, la base 'normativa', ma anche politica, del positivismo giuridico rispetto al tempo del tecnicismo. La fonte costituzionale prescriveva *nuovi contenuti* alla legge ordinaria, anche se non si trattava, secondo Bricola, di obblighi di incriminazione. Il suo programma era di forte riduzione, era il prodotto di una "scienza dei limiti dell'intervento penale", pur mirando a obiettivi di rilegittimazione del diritto penale e non certo abolizionistici: erano contenuti relativi a "*beni*" tutelabili e "*tecniche*" penalistiche di tutela (anch'esse nei limiti rinvenibili nella Carta fondamentale) che miravano a una sostanziale attuazione del principio di *ultima ratio*, che negli anni Settanta guardava a un'opera di forte *depenalizzazione*, che contrastava il fenomeno, già allora chiarissimo, dell'*espansione* del diritto penale. Si trattava, anche, di introdurre nel sistema

dell'argomento di cui si tratta, assume una rilevanza fondamentale perché, posto che la condotta, la manifestazione del pensiero, possa rientrare nel “*tipo*” se non cagiona alcuna lesione al bene giuridico tutelato, non configura un reato in quanto difetta del requisito dell'offensività, poiché: «(...) alla luce dell'impostazione “*realistica*” del reato [si evince] l'illegittimità costituzionale dello schema di pericolo presunto, rilevando come la categoria in questione, incentrata sulla valutazione sintomatica della condotta come indice di pericolosità, si [pone] in frizione diretta con gli artt. 25 e 27 Cost. (...)»¹¹⁰.

Quindi a cadere sono diversi tipi di reato che trovano fondamento in una tutela anticipata, non solo i reati di mera disobbedienza, ma anche quei reati la cui condotta incriminata è quella del contenuto del pensiero¹¹¹.

8.2 La funzione negativa e quella positiva dei principi costituzionali

Si è sopra stigmatizzato come, di fronte ad ordinanze di rinvio che ponevano in discussione un *corpus iuris* che criminalizzava il pensiero, che si realizza in quanto tale quando assume la forma di parola, la giurisprudenza di legittimità, dopo aver enunciato la qualificante valenza del principio dedotto nell'art. 21 Cost. per lo Stato democratico, poi, nel concreto, si è risolta nel dire che *la parola è lecita sino a che non trova limiti nella legge penale*, e, tutt'al più, che esiste un recinto di *materie privilegiate* previste dall'artt. 19 e 33 Cost.

nuovi “*valori*”, ma valori da tutelare (anche) penalmente. La “generalità” di quella teoria era così vincolante da contenere una sorta di “sintesi a priori” del sistema penale. L'approccio era pertanto prescrittivo e l'interprete della Carta fondamentale riuniva in sé uno stile giuspositivistico e una cultura democratica, pluralista, tanto debitrice all'illuminismo giuridico quanto critica verso la legge ordinaria. Tutto il contrario, perciò, di un tecnicismo che escludeva il momento critico dalla fase ricostruttiva del diritto *vigente*, che per definizione era già anche *valido*. Il diritto penale a base costituzionale ora immaginato, invece, anche se “valido”, poteva non essere ancora “vigente”, in quanto in attesa di venire tradotto in legge ordinaria, vuoi in forma direttamente parlamentare, vuoi nella forma (consentita nei limiti della riserva di legge) dell'interpretazione conforme alla Costituzione.»

Dal Prologo alla traduzione spagnola della *Teoria generale del reato* di Franco BRICOLA, in *Diritto penale contemporaneo* nr. 2/2012 https://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenet-work.eu/pdf/DPC_Trim_2_2012-55-78.pdf

¹¹⁰ Vittorio NANTES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., pag. 48 e ss.

¹¹¹ *Ivi*, pag. 48 e ss

per le quali sono previsti unicamente limiti logici, mentre nell'ambito dell'art. 21 Cost. (ovvero per il resto dei consociati) vi sarebbe l'esplicito limite del *buon costume* e quello *implicito* dell'*ordine pubblico*, il che, *implicitamente* (ancora!), rimanda ad una legge ordinaria per la sua regolamentazione.

Evidentemente, la Costituzione, assunta come semplice limite negativo, non riesce a svolgere il suo proprio ufficio, poiché, in qualche modo, nelle sentenze di legittimità si individua, da qualche parte nell'ordinamento, qualche bene giuridico da proteggere; al tempo stesso la Corte costituzionale ha rifiutato di considerare il clima politico nel quale quelle norme erano state concepite, che per tale motivo sono norme che difettano della necessaria astrattezza, essendo riferite ad un *nemico* dello Stato. In questa prospettiva, infatti, non esiste un bene giuridico a suo tempo tutelato che trovi riscontro nella Costituzione.

Sarebbe, dunque, necessario che la Costituzione dispiegasse i suoi effetti positivi. Si è visto con diversi esempi l'inefficacia o, quanto meno, la limitata efficacia dei principi costituzionali quando questi vengono assunti come mero parametro valoriale in funzione inibitrice; al contrario l'art. 187 c.p.p. varato nel 1988, in sostituzione del c.p.p. Rocco, dimostra ben altra consistenza degli stessi parametri valoriali costituzionali quando essi vengono recepiti nella legge nella loro funzione positiva. Recita infatti l'art. 187 c.p.p. «Oggetto della prova. Sono oggetto di prova i *fatti* che si riferiscono all'imputazione, alla punibilità e alla determinazione della pena o della misura di sicurezza. Sono altresì oggetto di prova i *fatti* dai quali dipende l'applicazione di norme processuali. Se vi è costituzione di parte civile, sono inoltre oggetto di prova i *fatti* inerenti alla responsabilità civile derivante dal reato», in ogni comma, come si vede, l'articolo fa riferimento ai *fatti*.

Questo articolo è recezione positiva del dettato costituzionale, ovvero attività legislativa che si svolge all'interno del nuovo diritto costituzionale penale, nella sua funzione positiva e non semplicemente quale semplice limite negativo dell'attività giurisprudenziale perché, come insegnava Bricola, principi e valori

sono criteri che diventano operativi o, se si vuole, diritto vivente, solo nella sua applicazione in forma di legge¹¹².

Nel reato di opinione, il problema relativo al principio di offensività è, nella logica costituzionale, insuperabile a meno che non si acceda alla categoria del *crimen maiestatis*, dove non ha alcun senso prefigurare alcuna distinzione fra gli elementi del reato: il fatto è tipico perché è antiggiuridico o l'antigiuridicità è contenuta nella tipicità.

In sostanza, se in un articolo alla parola *re* si sostituisce quella di *presidente della repubblica* o se si sostituisce la parola *classe* con *assetti economico-politici*, prima ancora che essere giuridicamente insignificante è, semplicemente, puerile. Il *re* è fonte della legge, il *presidente della repubblica* è funzionario del più alto rango immaginabile in uno Stato democratico; analogamente *gli assetti economico-politici* sono quelli che si ricavano dai rapporti di forza fra le *classi* e poiché solo la *classe* esclusa contesta lo *status quo* è evidente che cambiando le parole non cambia il senso e, peraltro, non si accetta che il conflitto sia elemento fisiologico in una democrazia.

Se ci si mette nella prospettiva dello *Stato pre-repubblicano*, il problema dell'*offensività* non sussiste: vi erano delle idee che erano fuorilegge¹¹³, poiché instillavano *l'odio fra le classi*, miravano a *sostituire al governo del paese una classe con un'altra*, all'*instaurazione della dittatura di una classe*.

¹¹² CFR Francesco SCHIAFFO, *La criminalizzazione della parola: considerazioni tra diritto e processo su un probabile ossimoro*, in *Diritto e Procedura Penale*. Testo della relazione tenuta al Congresso annuale dell'Associazione Internazionale di Diritto Penale – Gruppo Italiano su “Nuove tecnologie e giustizia penale. “Problemi e aperti e future sfide”. Università degli Studi di Teramo, 22-23 marzo 2019. <https://www.penedp.it/la-criminalizzazione-della-parola-considerazioni-tra-diritto-e-processo-su-un-probabile-ossimoro/>

¹¹³ Elvira DINACCI, *Scrivere il nuovo codice penale: una sfida culturale prima che giuridica*, in *Rivista del diritto e procedura penale*, 5 aprile 2023: «I delitti politici rappresentano l'espressione più bieca del rigorismo autoritario del codice Rocco. La difesa del regime qui esprime la sua massima efficienza, attraverso il proliferare di un numero indefinito ed ideologizzato di fattispecie criminose, caratterizzate da indeterminatezza e pericolosità presunta. Non solo, in tale ottica vengono negati tutti i diritti politici del cittadino, che diventano funzionali allo Stato nell'ambito delle norme che puniscono gli attentati contro la personalità di questo.». pag. 5

Coerentemente, quindi, se ne puniva la *propaganda* e l'*apologia* delle idee fuorilegge, il *vilipendio* dei simboli, delle persone, e le contestazioni verso quei *diritti* (la proprietà) nei quali si riconoscevano i detentori del potere, unici depositari delle *idee legali*.

Al di là del giudizio nel merito, ciò era coerente con il bene giuridico che stava sullo sfondo: era individuabile, era offendibile e, in quest'ottica, il *parlar male delle idee legali* o il *parlar bene delle idee fuorilegge* era, oggettivamente, un reato. Quello che si vuol dire è che quelle idee non erano criminalizzate in quanto idonee a suscitare la commissione di un reato di danno materiale, o non solo per quello, o ancor prima di quello, il danno era causato già con la manifestazione del pensiero, poiché *pensiero illegale*: insomma, la bestemmia rivolta ad una divinità è di per sé peccato come prescritto nel *secondo comandamento*, non è necessario *prenderla* a pugni.

Nel mutato assetto statuale di vietato vi è solo la “*ricostruzione del disciolto PNF*”, ovvero “*il fascismo è un reato*” come dice un efficace slogan.

Come si è poco sopra evidenziato il *presidente della repubblica* non è l'omologo del *re*: il *re* andava venerato e insieme a lui la “*corona*”, lui era tale per *grazia-di-dio*; anche il presidente della repubblica, in quanto persona, va rispettato, diverso discorso è la *presidenza della repubblica* che è un'istituzione, un organo le cui azioni sono scandite dalla legge. Dunque, nel nuovo Stato non esistono entità sacre. Infatti, a differenza di quando era esercitata *in nome di sua maestà il re* o *l'imperatore*, l'art. 101 della Costituzione recita che «La giustizia è amministrata nel nome del popolo italiano» questa è la formula che precede ogni sentenza, non cita la “*nazione*”, non la “*patria*”, non questo o quel presidente; il Costituente avrebbe potuto scrivere che *la giustizia si esercita in nome della Repubblica italiana*, sarebbe stato equivalente, ma per evitare confusione fra Repubblica e organi burocratici, come spesso si fa, ha preferito la formula diretta. Pertanto, per stare alla teoria contrattualistica, persino Hobbes pensava che l'uomo, uscendo dal suo stato di natura, aliena i suoi diritti allo Stato ma

non il potere di ucciderlo. Quindi sarebbe singolare che il Popolo, che comprende tutti i cittadini, nel cui nome si esercita la giustizia, avesse delegato allo Stato e, di conseguenza, al giudice la facoltà di decidere quali pensieri sono criminali e quali no. Questo può avvenire solo, come la stessa Corte ammette in diverse sentenze, a protezione degli assetti sociali, politici ed economici costituiti, ovvero nell'interesse della classe dirigente. Ma, se questa è la chiave interpretativa, il discorso manca di coerenza, viene a cadere quel sillogismo del cui rigore il diritto si nutre.

Nel mutato assetto statale, dunque, la fonte della sovranità, non risiede in questa o quella funzione organizzativa, né tantomeno, come asserisce la Corte costituzionale nella Sent. 87/1966, la *sovranità appartiene alla maggioranza politica che esprime il governo*¹¹⁴; nella Repubblica la sovranità popolare si esprime anche, ma non solo, attraverso le assemblee rappresentative o attraverso gli istituti di democrazia diretta. La Repubblica, come sopra individuata, però “*riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali all'interno delle quali si esplica la sua personalità*”, con l'unico limite, e non altri, “*degli inderogabili doveri di solidarietà*”.

Quando, invece, si è intervenuti, in prima istanza, con sentenze di legittimità, poi con leggi di riforma sugli articoli di provenienza *pre-costituzionale*, il giurista e il legislatore hanno fatto una semplice traduzione “*letterale*” dalla lingua del totalitarismo alla lingua della democrazia, lasciando invariate le norme ivi contenute.

Così operando, in pratica, si è riattivato il tribunale della santa inquisizione: il processo a Don Milani del 1965 e quello contro Erri De Luca del 2015,

¹¹⁴ Assolutamente non condivisibile la visione che emerge nella sentenza della Corte costituzionale n. 87 del 1966 in cui si dice: «Pertanto, il diritto di libertà della manifestazione del pensiero non può ritenersi leso da una limitazione posta a tutela del metodo democratico. Gli artt. 1 e 49 della Costituzione proclamano tale metodo come il solo che possa determinare la politica sociale e nazionale. Ed esso non consente l'usurpazione violenta dei poteri, ma richiede e il rispetto della sovranità popolare affidata alle maggioranze legalmente costituite, e la tutela dei diritti delle minoranze, e l'osservanza delle libertà stabilite dalla Costituzione.», ciò in aperto contrasto con la spiegazione che della sovranità popolare diede Costantino Mortati.

inframezzato dal processo “7 aprile”, sono i punti attraverso i quali passa una sola retta, quella della repressione delle idee. Passa il tempo ma il “*nemico*” è sempre quello come sempre uguale è il “*teorema*” che li incrimina.

Vi sono, invero, alcune manifestazioni di pensiero che si riferiscono, nel caso italiano, a quanto la Costituzione ha rifiutato perché in essa si prefigura una società basata sulla convivenza. Ma per tale tipologia di reati, nella misura in cui si limitino alla manifestazione del pensiero, la risposta non sta nel codice penale. Si avrà modo di analizzare più avanti che il diritto penale simbolico non serve in nessuna delle manifestazioni di pensiero anche quelle che apologizzano le tragedie della storia.

9. Principio di determinatezza

Seguendo l’insegnamento di Arturo Rocco nella *Prolusione* del 1910, come si può determinare il vilipendio con la stessa certezza con la quale egli ha analizzato il reato di furto¹¹⁵? Si può descrivere con la stessa esattezza il contenuto del reato di vilipendio, quando questo è legato alla percezione di chi ascolta?

Si fa un esempio: la percezione del vilipendio dipende dalla ricchezza del vocabolario di una persona, se si usa quello che comunemente si definisce linguaggio da caserma, si può dire che chiunque può avere contezza del verificarsi dell’evento vilipendio; ma se una persona è in grado di argomentare con linguaggio forbito di modo che la percezione non sia immediata, si ricava che a

¹¹⁵ Nella nota 42 della *Prolusione del 1910* di Arturo ROCCO si legge il metodo di ricostruzione dommatica del reato di furto: «Valga a dar l’idea della ricerca *dommatica* dei concetti giuridici fondamentali nel campo del diritto penale il seguente esempio: il furto è un reato mediante il quale taluno si impossessa della cosa mobile altrui per trarne profitto senza il consenso di colui a cui appartiene (art. 402 c.p.). Reato il *torto giuridico* che produce la conseguenza giuridica di una pena. Torto giuridico (o fatto illecito) è una azione umana imputabile (per dolo o colpa) giuridicamente illecita e dannosa. Che è “*azione*”? Che è “*imputabilità*”? Che è “*dolo e colpa*”? Che è “*illiceità giuridica*”? Che è “*danno*”? E inoltre: che è “*pena*”? Che è “*conseguenza giuridica*”? E infine: che è “*cosa*”? Che è “*cosa mobile*”? Che è “*cosa altrui*”? Che è “*impossessamento*”? E che è “*possesso*”? Che è “*profitto*”? Che è “*consenso*”? In che consiste l’*appartenenza della cosa*”? E via dicendo.»

fronte di un eguale concetto elaborato in modo diverso una persona è punita e l'altra no¹¹⁶.

Quando ci si avventura nelle analisi di un discorso, nella manifestazione di un pensiero, si possono sempre incontrare espressioni che suonino come offensive, ma una norma difficilmente riesce a catturare la complessità di un pensiero. L'omicidio è la conseguenza di un atto che lo ha preceduto: uno sparo, una bastonata, poi si andrà a sindacare se lo sparo o la bastonata erano giustificabili, ma questo non muta la realtà che ne è risultata. La stessa logica ferrea dovrebbe essere usata per il reato di opinione, posto che le opinioni, espressione del pensiero né sparano né bastonano, in quanto tali, non modificano la realtà.

Il reato, secondo i corollari del principio di legalità, deve rispondere al criterio della tassatività e della sufficiente determinatezza. Diversamente si risolve nell'incriminare chi per povertà di linguaggio o perché in preda ad uno stato emozionale proferisce certe parole, mentre non lo farebbe se fosse in uno stato psicologico di tranquillità o avesse un alto grado di istruzione.

La storia, anche recente, insegna che questa tipologia di reati, a parte il deficit di offensività, proprio perché fondati su criteri interpretativi del tutto arbitrari, hanno la capacità, nel momento in cui vengono contestati, di autoalimentarsi: prendere le difese di una persona che ha fatto apologia, diventa a sua volta apologia, frequentare una persona che fa parte di un gruppo militare ever-sivo diventa associazionismo, ritrovare su un volantino di rivendicazione di un sequestro le frasi scritte in un libro diventa istigazione a delinquere o insurrezione armata contro i poteri dello Stato, e così via.

¹¹⁶ Giovanni PALOMBARINI e Gianfranco VIGLIETTA, *Magistratura democratica e la tutela del dissenso. Cronache di un'esperienza* «La stessa Corte costituzionale, dopo aver affermato che la libertà di manifestazione del pensiero si estende anche alla propaganda, ha però negato l'illegittimità costituzionale del delitto di vilipendio previsto dall'art. 290 codice penale (ordinanza 26.6.1975, n. 168) implicitamente accogliendo la distinzione tra critica ragionevolmente motivata e affermazioni grossolane di propaganda o dispregio, con la conseguenza che il reato può essere commesso spesso da persone poco acculturate, ignare dell'arte della retorica, della dialettica o della logica formale. Ma al momento giusto anche le persone culturalmente preparate possono essere colpite». *Op. cit.* pag. 4.

10. La legge di riforma 85/2006

Per motivi del tutto contingenti¹¹⁷, ovvero per depenalizzare o mutare il tipo di pena in origine prevista dalla codificazione penale, nel 2006 il legislatore è intervenuto su alcuni articoli fin qui analizzati. La “*riforma*” (la parola riforma non si nega ormai a nessun provvedimento legislativo) tuttavia, ha lasciato in essere i reati di opinione nella forma di delitti contro la personalità dello Stato e valori *sovra-individuali* che riguardano proprio l’area del dissenso che, a cominciare dal 1968, è stata sempre criminalizzata.

La relatrice alla proposta di legge per la modifica degli articoli del codice penale riguardo ai reati di opinione rileva, a ragione, che le norme ancora presenti nel codice penale sono in aperto contrasto con le libertà (di pensiero, di opinione, di associazione) previste dalla Costituzione, e segnala che parte della dottrina da tempo ritiene che esse siano state implicitamente abrogate già all’atto della sua promulgazione. «La *ratio* del testo deve essere rinvenuta nell’esigenza di carattere costituzionale di distinguere nettamente le condotte che sono manifestazione di una opinione o di una convinzione politica da quelle che, invece, si concretizzano in atti violenti diretti ad imporre quella opinione o convinzione. Solo le seconde possono essere punite penalmente. Nel nostro ordinamento, al pari di quanto avviene negli altri Stati democratici, le opinioni devono avere una rilevanza penale solo se associate a fatti concreti e violenti»¹¹⁸, e, a tal proposito, la proposta si dipana lungo quattro direttrici:

¹¹⁷ Giovanni PALOMBARINI e Gianfranco VIGLIETTA, *Magistratura democratica e la tutela del dissenso. Cronache di un’esperienza*: «Le norme sui vilipendi sono rimaste immutate con il loro carico sanzionatorio (reclusione fino a tre anni, elevabile a quattro ed oltre per effetto di aggravanti specifiche previste) fino al 24 febbraio 2006, quando per l’impossibilità e l’inopportunità politica di colpire esponenti di spicco e militanti della Lega, allora al Governo, il legislatore ha sostituito le pene con semplici multe», pag. 4.

¹¹⁸ Camera dei deputati, Resoconto stenografico dell’Assemblea Seduta n. 645 del 27/6/2005. Discussione della proposta di legge Lussana: Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione (5490); e delle abbinare proposte di legge Pisapia ed altri; Cento; Zeller ed altri; Pisapia ed altri (A.C. 2443-3402-3975-5552) (ore 15,37). (Discussione sulle linee generali - A.C. 5490). Relatrice della proposta di legge Carolina Lussana, pagg. 8 e ss.

1. riformulazione della condotta, accompagnata da un adeguamento della sanzione penale alla reale gravità della medesima;
2. variazione della pena comminata da detentiva a pecuniaria;
3. depenalizzazione di alcuni reati, derubricati a illecito amministrativo;
4. abrogazione di alcune fattispecie criminose.

Tuttavia, dalla lettura degli atti parlamentari che riportano il dibattito generale in parlamento si evince che la cd *riforma dei reati di opinione*, ha in realtà riguardato pochi articoli che hanno per effetto il mutamento della comminatoria edittale e l'abrogazione di un paio di articoli, i cui reati sono, fra l'altro, abbondantemente coperti da altri articoli.

10.1 La novella dell'art. 292 c.p.

L'art. 292, il vilipendio alla bandiera, rimane sempre un delitto, non più punito con la reclusione ma con una multa, nella rubrica è stato aggiunto all'originario *vilipendio* anche il *danneggiamento*.

Il primo comma per la consumazione del reato richiede il ricorso a *espressioni ingiuriose*. Non è chiaro a cosa si intenda alludere con questa aggiunta, poiché il vilipendio è espressione di un disprezzo. A meno che non si è inteso limitare il vilipendio alla sola espressione verbale, escludendo gesti equivalenti. Ma una persona che non ha l'uso della parola annuirà per esprimere l'assenso o farà il gesto "ok"; allo stesso modo potrebbe fare uno straniero che non conosce la lingua italiana per esprimere assenso o dissenso, apprezzamento o disapprovazione. Se l'intento era quello di precisare la condotta, in realtà, si è aggiunto un ulteriore elemento di confusione.

Nel secondo comma, ovvero per il *danneggiamento* pubblico e intenzionale di bandiera, o altro simbolo che ne assume i colori, vengono precisate alcune tipologie che lo determinano (imbrattamento, dispersione, distruzione). Per esempio, per imbrattamento si intende il versare qualsiasi tipo di materiale idoneo ad insudiciare un oggetto, quindi dovrebbero essere escluse altre azioni,

non meno vilipendiose, ma non idonee ad insudiciare. Non si comprende bene se l'articolo, così come modificato, nell'esemplificare le modalità del vilipendio, voglia escludere alcune forme di vilipendio. Di certo non è in grado di aggiungere alcun contributo alla determinatezza, semmai aumenta il grado di incertezza.

La stessa novella porta a confermare che un tale tipo di reato non ha motivo di essere perpetuato poiché non c'è il riferimento alla *persona* (nell'originario articolo era lo Stato) che quel simbolo rappresentava. Nemmeno serve a qualificare il fatto, la circostanza che il vilipendio avvenga nel corso di una cerimonia ufficiale, perché, in tal caso si potrebbe ben far rientrare la fattispecie nella provocazione, che non è detto che debba essere accolta, anzi sarebbe meglio non accoglierla.

10.2. La novella dell'art. 404 c.p.

Il nuovo secondo comma dell'art. 404 c.p., recita: «*Offese a una confessione religiosa mediante vilipendio o danneggiamento di cose.* Chiunque pubblicamente e intenzionalmente distrugge, disperde, deteriora, rende inservibili o imbratta cose che formano oggetto di culto o siano consacrate al culto o siano destinate necessariamente all'esercizio del culto è punito con la reclusione fino a due anni», mentre l'art. 635 c.p., (*Danneggiamento*), dopo ultima novella 2022, punisce «(...) chiunque distrugge, disperde, deteriora o rende, in tutto o in parte, inservibili le seguenti cose altrui: edifici pubblici o destinati a uso pubblico o all'esercizio di un culto o immobili compresi nel perimetro dei centri storici, ovvero immobili i cui lavori di costruzione, di ristrutturazione, di recupero o di risanamento sono in corso o risultano ultimati o altre delle cose indicate nel numero 7) dell'articolo 625 (...)».

Si aggiunge per completezza anche il nr. 7 del co. 1 dell'art. 625, *circostanze aggravanti* nel caso di furto «se il fatto è commesso su cose esistenti in uffici o stabilimenti pubblici, o sottoposte a sequestro o a pignoramento, o

esposte per necessità o per consuetudine o per destinazione alla pubblica fede, o destinate a pubblico servizio o a pubblica utilità, difesa o reverenza».

In primo luogo, si può notare che la novella del 2006 dell'art. 404, co. 2, c.p. non protegge alcunché che non sia già protetto dagli artt. 635 e 625 c.p., laddove è possibile rintracciare, senza alcun dubbio, la materialità del reato.

In secondo luogo, è vero che l'articolo 404 c.p. fa riferimento a danni materiali ma lo qualifica come reato a sé, confermando per questa via, che se il *bene materiale* è la cosa *tangibile* distrutta, il *bene giuridico offeso* è la religione, ovvero un sentimento, un valore *sovra-individuale*, quindi, come asseriva Thomasius, uno di quei reati immaginari.

Infine, e cosa più importante, leggendo insieme gli articoli citati (404, 635, 625 c.p.) si perviene ad un grado di confusione e di indeterminatezza che contrasta con quel sano principio che imporrebbe proprio alle leggi penali di essere “*semplici, brevi e chiare*” di immediata comprensione, per evitare di stimolare la fantasia di chi è chiamato ad applicarle. Infatti, non è facile comprendere, in quale fattispecie possa rientrare un reato consumato su un oggetto di culto, del quale si potrebbe benissimo non conoscerne la qualità del bene materiale leso o potrebbe essere stato oggetto di deterioramento perché appartenente ad una determinata persona.

La riforma, in realtà, non ha nulla di sistematico, infatti, se uno degli obiettivi era quello di circostanziare la condotta dei reati, come il vilipendio, per affrancarli dall'indeterminatezza, non può sfuggire la circostanza che altri articoli riguardanti il medesimo reato (vilipendio alla nazione italiana, art. 291 c.p., il vilipendio della Repubblica, delle Istituzioni costituzionali e delle Forze armate, art. 290 c.p.), sui quali si è pure intervenuti, per variare la pena della reclusione in multa, si è lasciata immutata la dicitura “*pubblicamente vilipende*” e non si è aggiunto, come nel caso dell'art. 292 c.p. la dicitura “*con espressioni*

ingiuriose”, mentre allo stesso 1° co. dell’art. 292 non si è aggiunta la parola “*pubblicamente*”¹¹⁹.

Perciò nel codice penale sussistono reati di vilipendio *tout court*, reati di vilipendio che vengono perpetrati per mezzo di *espressioni ingiuriose*, altri invece che ricorrono se perpetrati *pubblicamente* e altri sui quali si tace circa il luogo della consumazione.

10.3. Gli articoli abrogati

La “riforma” del 2006 ha abrogato l’art. 269, *attività antinazionale del cittadino all’estero*, reato tipico di coloro che erano riparati all’estero durante il “*ventennio*” per sfuggire al carcere o alla pena di morte, ed è stato abrogato il reato di lesa prerogativa del presidente della repubblica (art. 279 c.p.) e le aggravanti ad esso collegate.

Inoltre, nella novella del 2006, a seguito però di un emendamento dell’opposizione, si è proceduto all’abrogazione dell’art. 272 c.p., che merita di essere commentato¹²⁰, poiché riguarda *la propaganda ed apologia sovversiva o antinazionale*. Nelle incriminazioni *teorematriche* degli anni ’70 del secolo scorso, sulle prime, l’art. 272 c.p. veniva usato unitamente all’art. 270 c.p.¹²¹

¹¹⁹ Alessandro SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*. Dagli atti dell’incontro studio (Palermo, 9 maggio 2006): *Le novelle penalistiche del 2006 – Legittima difesa, reati associativi politici e reati di opinione*. Organizzazione Centro Studi Giuridici e Sociali Cesare Terranova, pagg. 730-731.

¹²⁰ Art. 272. c.p. Propaganda ed apologia sovversiva o antinazionale: “Chiunque nel territorio dello Stato fa propaganda per la instaurazione violenta della dittatura di una classe sociale sulle altre, o per la soppressione violenta di una classe sociale o, comunque, per il sovvertimento violento degli ordinamenti economici o sociali costituiti nello Stato, ovvero fa propaganda per la distruzione di ogni ordinamento politico e giuridico della società, è punito con la reclusione da uno a cinque anni. Se la propaganda è fatta per distruggere o deprimere il sentimento nazionale, la pena è della reclusione da sei mesi a due anni. Alle stesse pene soggiace chi fa apologia dei fatti preveduti dalle disposizioni precedenti”.

¹²¹ *Qui si riporta nella versione usata nei processi fino dal 1931 fino al 2006*: Art. 270. (Associazioni sovversive) Chiunque nel territorio dello Stato promuove, costituisce, organizza o dirige associazioni dirette a stabilire violentemente la dittatura di una classe sociale sulle altre, ovvero a sopprimere violentemente una classe sociale o, comunque, a sovvertire violentemente gli ordinamenti economici o sociali costituiti nello Stato, è punito con la reclusione da cinque a dodici anni. Alla stessa pena soggiace chiunque nel territorio dello Stato promuove, costituisce, organizza o dirige associazioni aventi per fine la soppressione violenta di ogni

(*Associazioni sovversive*), poi fu abbandonato, poiché l'art. 270 c.p., in combinato con il reato di banda armata (art. 306 c.p.) e con l'art. 110 c.p., *pena per coloro che concorrono nel reato*, avevano una capacità di attrarre, nella fattispecie di concorso di reato, come *capi* di strutture terroristiche-militari che sequestravano e uccidevano, persone che scrivevano libri, insegnavano, partecipavano a convegni, poiché i volantini che rivendicavano atti criminali ripetevano frasi riportate nei libri scritti da queste persone o negli atti dei convegni a cui queste persone partecipavano¹²².

Sul punto vale la pena riportare un brano dell'intervento alla Camera dei deputati del penalista Giuliano Pisapia (a sua volta incorso, in quegli stessi anni, in quello che, per stessa ammissione del giudice istruttore, fu un errore giudiziario per il quale scontò qualche mese di carcerazione preventiva) che spiega la consistenza del diritto di manifestare liberamente il pensiero: «(...) il diritto penale democratico dovrebbe rinunciare alla penalizzazione del “tradimento ideologico, ma dovrebbe anche astenersi, con ciò eliminando il conflitto esistente con i principi ordinatori dell'ordinamento, dall'incriminare ogni attività di propaganda e di proselitismo, anche se ispirata ad una ideologia di contestazione dell'ordine costituito” [Carlo Fiore in *I reati di opinione*]; quando - ben inteso - non si concretizzi nell'inizio o nella materiale predisposizione dei mezzi di un'azione violenta, che sia idonea concretamente a mettere in pericolo la sicurezza dello Stato. (...) vi sono, fra i cosiddetti reati di opinione o di associazione, alcune fattispecie caratterizzate da una notevole genericità ed indeterminazione, che ben possono comportare incriminazioni in particolare, gli articoli 270, 272, 304 e 305 del codice penale, che riguardano, rispettivamente, l'associazione sovversiva, la propaganda ed apologia sovversiva o antinazionale, la cospirazione politica mediante accordo e la cospirazione politica mediante

ordinamento politico e giuridico della società. Chiunque partecipa a tali associazioni è punito con la reclusione da uno a tre anni. Le pene sono aumentate per coloro che ricostituiscono, anche sotto falso nome o forma simulata, le associazioni predette, delle quali sia stato ordinato lo scioglimento.

¹²² Il Riferimento è al processo “7 aprile”, Toni Negri e brigate rosse.

associazione. Come rilevato da autorevoli giuristi, la libera manifestazione del pensiero - oggi garantita dal nostro ordinamento - dovrebbe essere comunque in funzione delle garanzie delle minoranze - di tutte le minoranze! - e, perciò, anche di quelle che professino, eventualmente, un'ideologia di contestazione rispetto allo stato di cose esistente, piuttosto che alle scelte politiche, sociali ed economiche dell'esecutivo.

Come sottolineato dalla dottrina moderna più autorevole, da Vassalli a Conso, da Ettore Gallo al professor Marcello Gallo, dal professor Pulitanò al professor Fiore (nel suo bellissimo scritto sui *reati di opinione*), l'idea che uno Stato democratico, obbedendo al criterio strategico di un'estrema prevenzione, debba opporsi non solo alla violenza politica ma anche alla mera circolazione delle idee (anche se non condivise e non condivisibili), piuttosto che alla disubbidienza civile, non tiene conto dei rischi che questo ragionamento comporta per lo sviluppo della società democratica.»

Il semplice confronto fra l'originaria versione dell'art. 272 c.p.¹²³ con l'art. 270 c.p. che contenevano una dicitura uguale del tipo di reato e del tipo di autore (“*instaurazione violenta della dittatura di una classe sociale sulle altre*”, il primo; “*associazioni dirette a stabilire violentemente la dittatura di una classe sociale sulle altre*”, il secondo) con l'attuale testo dell'art. 270 c.p. che bandisce le “*associazioni dirette e idonee a sovvertire violentemente gli ordinamenti economici o sociali costituiti nello Stato*” fa restare il quadro repressivo immutato nonostante l'inserimento dell'avverbio “*violentemente*”, che lungi dal poter restringere le fattispecie incriminate dei reati di opinione, ha, invece, la portata di squalificare quel principio pluralistico «che si fonda sull'art.2 Cost. e su tutto il sistema delle libertà che hanno al centro l'art.21 Cost. (pietra angolare del sistema democratico, come lo ha definito la Corte costituzionale) e su tutte le altre libertà costituzionali che si ricollegano alla libertà di pensiero. Al centro,

¹²³ Si rammenta che l'art. 272 c.p. era nel Libro II, Capo V, Crimini contro la personalità internazionale dello Stato per cui non aveva alcun senso tenerlo ancora vigente.

all'incrocio tra tutte queste libertà si colloca la tutela del pensiero critico»¹²⁴ che non sempre può usare le buone maniere.

¹²⁴ Roberto ZACCARIA, *La tutela del dissenso e delle formazioni minoritarie in una società pluralista*, *Questione giustizia, Riv. Trimestrale promossa da Magistratura Democratica*, n. 4/2015 Il valore del dissenso, pag. 14

Capitolo II

Diversi dissensi e diverse repressioni

1. Premessa

Provvedimenti idonei a condannare stili di vita o idee sono sempre esistiti fin dai tempi dell'antichità¹²⁵, e, invero, il diritto (almeno quello scritto) ha fatto passi in avanti solo dopo le immani tragedie della storia, di cui la Costituzione italiana è stata l'esempio, ma, come sin qui dimostrato, la prassi *normalizzatrice* e *moraleggiante* ha avuto la meglio sulle moderne teorie progressiste.

In Italia, i Costituenti, con la scelta del sistema elettorale proporzionale puro, vollero un parlamento il più possibile rispondente all'immagine del paese. Nelle Disposizioni finali e transitorie, XII, 2° co., Cost., per esempio, si limitò a cinque anni l'elettorato attivo e passivo per i gerarchi fascisti, e vollero, al tempo stesso, un parlamento che tenesse sotto controllo anche il governo.

Il pluralismo, ad eccezione della ricostituzione del PNF, *era* elemento fondativo della Repubblica, poiché convivevano partiti omologati al sistema e partiti rivoluzionari.

Uno dei primi e clamorosi episodi di dissenso collettivo fu proprio opera di un popolo in larga parte contadino, di sicura fede cattolica che, con le macerie della devastazione della guerra nazi-fascista ancora fumanti, seppe dimostrare tutta la sua disapprovazione alle elezioni del 1953 verso la Legge 31 marzo 1953, n. 148, (*Modifiche al testo unico delle leggi per l'elezione della Camera dei Deputati approvato con decreto Presidenziale 5 febbraio 1948, n. 26*),

¹²⁵ VOLTAIRE, *Trattato sulla tolleranza*, (a cura, e prefazione del 1949, di P. TOGLIATTI) Ed. Riuniti (I edizione, per la Collana Universale idee ottobre 1982. «Socrate, che si avvicinò più di tutti alla conoscenza del Creatore, ne portò la pena - si dice - e morì martire della Divinità: è il solo uomo che i greci abbiano fatto morire per le sue opinioni. Se questa fu veramente la causa della sua condanna, la cosa non fa onore all'intolleranza, poiché si punì il solo che rendesse gloria a Dio, e si onorano tutti coloro che difendevano le nozioni più indegne della Divinità. (...) gli si fa dire, in generale, che egli rimproverava di instillare nei giovani massime contrarie alla religione e al governo. È ciò che sogliono fare sempre i calunniatori; ma davanti a un tribunale occorrono fatti provati, capi d'accusa precisi e circostanziati», pagg. 38-39.

punendo i partiti che vollero quella “*legge truffa*”, nome affibbiatogli dallo stesso estensore Scelba¹²⁶.

A pagare il prezzo più alto fu proprio il partito della DC, che ebbe un impressionante calo nei consensi elettorali (circa il 12% alla Camera e l’8,4% al Senato) voti che si riversarono sui partiti che a quella legge si erano opposti.

Passati, dunque, i momenti dei “*buoni propositi*”, l’*establishment* iniziò ad organizzarsi e la “*legge truffa*” non fu che il primo tentativo.

Nell’Italia repubblicana si possono descrivere diversi momenti di acceso conflitto sociale e con diversi esiti.

2. I fatti di Genova del 1960.

Nel 1960, il governo Tambroni aveva ottenuto la fiducia con il voto dell’MSI, i cui capipartito erano a vario titolo coinvolti nella dittatura fascista e nella vicenda repubblicana. Provocatoriamente quel partito convocò, per il 2 luglio dello stesso anno, il VI congresso nazionale a Genova, città Medaglia d’oro della Resistenza.

Due giorni prima del congresso, la locale *Camera del Lavoro* organizzò un corteo di protesta che sfociò in feroci scontri con la polizia. La repressione poliziesca perpetrata a Genova diede luogo ad altre manifestazioni e scioperi in tutta Italia e, alla fine, si contarono dodici vittime.

Il MSI (partito fascista) fu costretto ad annullare il congresso¹²⁷, però quarantuno manifestanti, appartenenti ai partiti di sinistra, al sindacato e varie associazioni antifasciste, difesi da Umberto Terracini (già condannato per reati di opinione dal tribunale speciale fascista e presidente dell’Assemblea

¹²⁶ Indro MONTANELLI, Mario CERVI, *Storia d’Italia*, Ed. Sp. C.d.S., su licenza RCS Libri S.p.A. Milano 2004, pagg. 130 e ss.

Fra l’altro, il premio di maggioranza era previsto per la coalizione o partito che avesse ottenuto il “50% + 1 dei voti”, al confronto con i maggioritari odierni, quella legge la si può considerare la più democratica possibile.

¹²⁷ Una ricostruzione degli eventi si può trovare al seguente sito del Quirinale <https://archivio.quirinale.it/aspr/gianni-bisiach/AV-002-000360/30-giugno-1960-rivolta-genova>

costituente), alla conclusione del processo nel 1962, furono *esemplarmente* condannati anche a quattro anni di reclusione. Fra l'altro, uno degli imputati fu condannato ad un mese e mezzo, mentre aveva già scontato due anni di carcere preventivo. Nessun accertamento fu fatto sulle forze di polizia che a Genova, a Reggio Emilia e in Sicilia uccisero, sparando sulla folla, 11 persone, la dodicesima fu un agente di polizia.

3. Gli anni Settanta del XX secolo.

Altro periodo di forte contrapposizione si ebbe a partire dal 1968 e si prolungò per tutti gli anni '70. Del pacchetto di leggi che ottennero queste lotte, tutte applicative di diverse previsioni costituzionali, si è già detto (V. sopra pag. 24). La *normalizzazione* avvenne con strumenti leciti (ovvero, incostituzionali, ma previsti dal codice penale e, anche, con l'adozione di decreti-legge in materia penale¹²⁸) e con mezzi illeciti, adoperando le tecniche della “*strategia della tensione*”¹²⁹.

¹²⁸ Decreto-legge Cossiga in materia penale nr.625/1979, convertito con L. nr. 16 del 6 febbraio 1980: Misure d'urgenza per la tutela dell'ordine democratico (antiterrorismo). Introdusse: Art. 3, il nuovo reato per associazione ai fini di terrorismo con condanne che si aggiungono a quelle per il reato di associazione sovversiva (270 bis c.p.); L'aggravante del reato di terrorismo, che prevale sempre su qualsiasi circostanza attenuante. L'art. 6, norma che rimarrà in vigore per un anno: il fermo per individui che stanno per commettere un reato legato al terrorismo per 96 ore. L'art.9, estende i poteri di perquisizione e la permette per causa d'urgenza anche senza il mandato del magistrato competente. L'art.10, in casi riguardanti il terrorismo, estende di un terzo il periodo massimo di carcerazione preventiva a ogni fase di giudizio. Incentivo per il pentitismo, con sconti di pena per chi collabora con la giustizia.

¹²⁹ Uno dei principali protagonisti di quella stagione fu il presidente emerito della repubblica, Cossiga, che venne riconfermato alla carica di ministro degli interni il giorno in cui fu rapito Moro e i cinque uomini di scorta furono uccisi (la strage di via Fani). Suo un decreto-legge. Nel 2008 rilasciò ad alcuni quotidiani la seguente intervista.

Francesco Cossiga: «*Voglio sentire il suono delle ambulanze*»

Ripubblichiamo il testo dell'agghiacciante intervista che Francesco Cossiga ha rilasciato ad alcuni quotidiani nazionali. Cossiga come ministro degli Interni negli anni 1976-'78 guidò la spietata repressione del movimento, e la sua azione in questo periodo è stata legata, in circostanze avvolte da un impenetrabile muro di omertà, ad alcuni dei fatti più tragici e oscuri della storia recente della Repubblica: Gladio, la P2, l'omicidio di Giorgiana Masi. Come ex presidente della Repubblica siede ancora in Parlamento come senatore a vita. <https://archivio.micromega.net/francesco-cossiga-voglio-sentire-il-suono-delle-ambulanze/>

Intervista di Andrea CANGINI, Quotidiano Nazionale (Il Giorno /Resto del Carlino/La Nazione), 23 ottobre 2008. «Presidente Cossiga, pensa che minacciando l'uso della forza

Con i fatti di Genova del 1960 e quelli della stagione iniziata con il 1968, venne appurato che i cittadini, organizzati in *movimenti* politici che avevano una valenza nazionale, coordinandosi nonostante la repressione, erano in grado di smuovere dal torpore il parlamento.

Successivamente, con la caduta dell'impero sovietico si aprirono ampi spazi oltre la "cortina di ferro" (V. nota 201) e si poté approfittare di manodopera a buon mercato e non sindacalizzata, per cui il processo di deindustrializzazione ridusse a poca cosa il movimento operaio che non aveva più la forza contrattuale del ventennio 60 -70.

A completare il quadro, con un'azione di forza venne cambiato il volto all'informazione televisiva che riuscì a proporre modelli di riferimento che hanno portato all'addormentamento, se non all'eutanasia, della coscienza politica di vaste aree della popolazione¹³⁰.

pubblica contro gli studenti Berlusconi abbia esagerato? «Dipende, se ritiene d'essere il presidente del Consiglio di uno Stato forte, no, ha fatto benissimo. Ma poiché l'Italia è uno Stato debole, e all'opposizione non c'è il granitico Pci ma l'evanescente Pd, temo che alle parole non seguiranno i fatti e che quindi Berlusconi farà una figuraccia». *Quali fatti dovrebbero seguire?* «Maroni dovrebbe fare quel che feci io quand'ero ministro dell'Interno». *Ossia?* «In primo luogo, lasciare perdere gli studenti dei licei, perché pensi a cosa succederebbe se un ragazzino rimanesse ucciso o gravemente ferito...». *Gli universitari, invece?* «Lasciarli fare. Ritirare le forze di polizia dalle strade e dalle università, infiltrare il movimento con agenti provocatori pronti a tutto, e lasciare che per una decina di giorni i manifestanti devastino i negozi, diano fuoco alle macchine e mettano a ferro e fuoco le città». *Dopo di che?* «Dopo di che, forti del consenso popolare, il suono delle sirene delle ambulanze dovrà sovrastare quello delle auto di polizia e carabinieri». Nel senso che... «Nel senso che le forze dell'ordine non dovrebbero avere pietà e mandarli tutti in ospedale. Non arrestarli, che tanto poi i magistrati li rimetterebbero subito in libertà, ma picchiarli e picchiare anche quei docenti che li fomentano». *Anche i docenti?* «Soprattutto i docenti». *Presidente, il suo è un paradosso, no?* «Non dico quelli anziani, certo, ma le maestre ragazzine sì. Si rende conto della gravità di quello che sta succedendo? Ci sono insegnanti che indottrinano i bambini e li portano in piazza: un atteggiamento criminale!». *E lei si rende conto di quel che direbbero in Europa dopo una cura del genere? In Italia torna il fascismo», direbbero.* «Balle, questa è la ricetta democratica: spegnere la fiamma prima che divampi l'incendio». *Quale incendio?* «Non esagero, credo davvero che il terrorismo tornerà a insanguinare le strade di questo Paese. E non vorrei che ci si dimenticasse che le Brigate rosse non sono nate nelle fabbriche ma nelle università. E che gli slogan che usavano li»

¹³⁰ Un'analisi dei guasti determinati dagli assetti proprietari del sistema televisivo è offerta da Giovanni SARTORI, *Homo Videns*, Ed. Laterza, 2000

Alla scuola pubblica furono man mano ridotte le risorse e, attraverso vari stratagemmi, si iniziò, in dispregio della Costituzione, a finanziare le scuole private.

L'ultima grande manifestazione collettiva, che indusse il governo dell'epoca ad accantonare il progetto di eliminare l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori dove parteciparono tre milioni di italiani¹³¹, risale all'aprile del 2002, ma laddove non riuscì un governo di destra ci è riuscito, senza colpo ferire un governo cd di centro-sinistra.

4. I movimenti antagonisti del terzo millennio

Oggi la situazione dei movimenti antagonisti è totalmente diversa. L'idea al fondo dei movimenti degli anni '70 non era quella semplicemente di riformare il sistema ma di superarlo. La frammentazione attuale dell'area del dissenso non è più in grado di avere riflessi sul piano nazionale, talché le manifestazioni si esauriscono in un raggio territoriale determinato.

Il movimento NO-TAV in Val di Susa o NO-TAP in Puglia rimangono fenomeni locali che, per la maggior parte, assumono risonanza sui media nazionali solo per qualche giorno, giusto in corrispondenza di episodi di cronaca nera che li riguarda; una sapiente comunicazione, per altro verso, riesce ad occultare le ragioni politiche al fondo di tali movimenti o, comunque, a farli passare in secondo piano.

Una carica della polizia su un corteo di studenti, al massimo, crea qualche fiaccolata nella città dove il fatto è avvenuto, non mobilita più tutte le scuole d'Italia.

La devastazione della sede nazionale della CGIL, avvenuta a Roma il 9 ottobre 2021, da parte di partiti neofascisti è stata, a stretto giro, derubricata fra le varie ed eventuali, senza contare che i danni materiali dell'irruzione erano

¹³¹ Repubblica online <https://video.repubblica.it/dossier/articolo-18/modifica-articolo-18-quel-no-di-cofferati-nel-2002-davanti-a-3-milioni-di-persone/181351/180151>

ben poca cosa rispetto al significato politico del gesto, mentre, in altri tempi, avrebbe mobilitato l'intero paese.

Al congresso dei docenti penalisti di Genova, del novembre 2016, sulla criminalizzazione del dissenso, sia Carlo Fiore che Pietro Gaeta (Sostituto procuratore generale presso la Corte di Cassazione) sostennero che l'incriminazione per reati inerenti alla manifestazione del pensiero era ormai molto rara.

Sui reati di opinione contestati dai PM agli imputati, ormai i giudici decidono *motu proprio*, non ritenendo necessario sollevare la questione di legittimità costituzionale, questo perché sono diverse «(...) le caratteristiche odierne dell'antagonismo politico e la comunicazione sociale.

In altre parole, l'argomento è che negli anni '70 i reati d'opinione sono stati un'arma impropria contro il dissenso politico: si impiegava la censura, il sequestro di materiale propagandistico sovversivo etc. Oggi questo non accade in quanto non c'è più una ideologia chiara, forte, e rivoluzionaria, dunque quelle armi sono rimaste senza foderò *di fatto*»¹³².

Il dissenso non si manifesta più con le parole. Infatti, l'incriminazione di Erri De Luca (V. oltre) per un'intervista che riguardava due arresti avvenuti nel 2013 sul cantiere TAV, ai sensi dell'art. 414 c.p. (istigazione a delinquere e apologia di delitto), ha destato scalpore. Oggi, sono in aumento le incriminazioni per devastazione e saccheggio, ai sensi dell'art. 419 c.p.¹³³, perché «[f]orse ... le parole contano quasi nulla quando sono spese nel modo più volgare senza distinzione di provenienza e al posto delle parole si va dritti alle pratiche, le quali – lascino o meno senza parole i benpensanti – sono “*the language of the unheard*”»¹³⁴.

¹³²Xenia CHIARAMONTE, *Cosa vuol dire criminalizzare il dissenso?* in Tamar PITCH (a cura di), *Devianza e questione criminale. Temi, problemi e prospettive*, Carocci Editore, 2022, pagg. 243-253 https://www.academia.edu/25325602/Cosa_vuol_dire_criminalizzare_il_dissenso,

¹³³ *Ivi*, pagg. 243-253

¹³⁴ *Ivi*, pag. 6. (La citazione completa di Martin Luther King è “*a riot is the language of the unheard*” (*Ivi* pag. 6, nota 9).

Un mutamento del titolo di reato non di poco momento. Mentre l'art. 414 c.p., ovvero l'istigazione a delinquere e/o l'apologia di delitto, comporta un massimo edittale di cinque anni di reclusione, l'art. 419 c.p. (*devastazione e saccheggio*, ovvero la rivolta di coloro che non sono ascoltati) prevede un minimo edittale superiore al massimo del reato di cui all'art. 414 c.p., otto anni, con un massimo di quindici. Se il confronto fra l'art. 419 c.p. viene fatto, invece, con il reato di "*danneggiamento*", art. 635 c.p., il massimo edittale è di tre anni. Ma, e qui è il punto, mentre l'art. 419 c.p. è a presidio dell'ordine pubblico, quindi, si configura come reato di carattere politico, l'art. 635 c.p. è fra i reati contro il patrimonio.

Quindi, anche qui, ritorna la diversa incriminazione che riguarda non il danno in sé ma l'autore del danno. Cioè si punisce in modo diverso una stessa tipologia di reato a seconda di chi e perché lo commette. Cioè se un delinquente comune danneggia il cantiere TAV per fare semplicemente profitto personale della refurtiva, viene punito in maniera più mite rispetto allo stesso fatto perpetrato da un esponente del movimento NO-TAV che usa invece il provento, ad esempio, per finanziare un volantinaggio contro l'opera pubblica che, a suo giudizio, è dannosa per il luogo in cui vive.

4.1 La svolta oligarchica

D'altra parte, le riforme costituzionali quelle approvate e quelle respinte¹³⁵, che in maniera inaudita si ripropongono ad ogni legislatura così come

¹³⁵ Legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2 - Inserimento dei principi del giusto processo nell'articolo 111 della Costituzione.

Legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 - Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione

Riforma del 2005, soggetta a referendum confermativo non fu approvata. Testo del quesito referendario: «Approvate il testo della Legge Costituzionale concernente 'Modifiche alla Parte II della Costituzione' approvato dal Parlamento e pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 269 del 18 novembre 2005?»

Legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1 - Introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale

Riforma del 2016, soggetta a referendum confermativo non fu approvata. Testo del quesito referendario: «Approvate il testo della legge costituzionale concernente "Disposizioni per il

le leggi elettorali, anche queste approvate o respinte o dichiarate incostituzionali, hanno dimostrato l'insofferenza *bipartisan* verso un parlamento quale sede istituzionale in cui portare, almeno in parte, i conflitti presenti nel paese.

La modifica costituzionale, che ha ridotto il numero dei parlamentari, a parte lo spregevole e qualunquista concetto di considerare “*poltrone*” quelli che sono “*seggi parlamentari*”, ha introdotto uno sbarramento occulto ben al di sopra di quello nominale (anche per l'elezione del parlamento europeo, laddove non si pone un problema di governabilità, è previsto uno sbarramento sulla relativa legge elettorale proporzionale al 4%).

Dietro il paravento della stabilità di governo, tanto cara “*ai mercati*”, si cela la svolta oligarchica, dimodoché l'alternanza degli schieramenti politici sia puramente nominale ma rimanga programmaticamente stabile, poiché per vincere le elezioni è necessario contendersi lo stesso bacino elettorale.

Storicamente, invece, in Italia ai partiti tradizionali gerarchizzati le cui azioni si piegavano ad un bieco realismo politico, piccoli ma combattivi partiti politici, insieme ad un nutrito gruppo di “*indipendenti di sinistra*”, formato da intellettuali, che operavano al di fuori della stretta disciplina di partito, erano in grado di portare nelle istituzioni anche le istanze di quei movimenti che non si

superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del Titolo V della parte II della Costituzione”, approvato dal Parlamento e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 88 del 15 aprile 2016?».

Legge costituzionale 19 ottobre 2020, n. 1 - Modifiche agli articoli 56, 57 e 59 della Costituzione in materia di riduzione del numero dei parlamentari

https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/le_leggi_costituzionali_e_di_revisione_costituzionale_1948_2022.pdf. Al momento presente è in corso la modifica costituzionale che introduce il premierato forte, tutti i poteri in mano al presidente del consiglio, che esautorata ulteriormente il già esautorato parlamento; che riduce i poteri del presidente della repubblica che viene eletto da un parlamento schiacciato sulle posizioni del governo; che, infine, nomina, di fatto, quasi tutti i membri della Corte costituzionale (quelli eletti dal parlamento e nominati dal presidente della repubblica). Mentre è in discussione la separazione delle carriere fra magistratura giudicante e PM, primo passo per porre sotto controllo governativo il soggetto che ha in mano l'iniziativa dell'azione penale (riforma Nordio).

riconoscevano in quelli che una volta venivano definiti i “*partiti dell’arco costituzionale*”¹³⁶.

Sicché, oggi, anche nelle istituzioni parlamentari qualsiasi voce dissonante, rispetto a coloro che antepongono la governabilità alla rappresentatività, diventa *dissidente, dissenziente*, ostacolo all’azione del governo.

Impressionante, fra l’altro, la sintonia fra la tentata riforma costituzionale del 2016 con il *Report* del maggio 2013 di una grande banca d’affari americana, che additava nelle costituzioni socialiste, adottate, per esempio, in Italia e Spagna dopo la caduta dei regimi dittatoriali e nelle eccessive tutele dei lavoratori, un limite al pieno dispiegarsi dell’efficienza del *mercato*¹³⁷.

¹³⁶ Tutti quei partiti dai liberali ai comunisti, escluso il gruppo dell’MSI, che avevano partecipato alla stesura della Costituzione.

¹³⁷ JP Morgan, *The Euro area adjustment: about halfway there*, Europe Economic Research 28 May 2013 *The journey of national political reform*, «At the start of the crisis, it was generally assumed that the national legacy problems were economic in nature. But, as the crisis has evolved, it has become apparent that there are deep seated political problems in the periphery, which, in our view, need to change if EMU is going to function properly in the long run.

The political systems in the periphery were established in the aftermath of dictatorship and were defined by that experience. Constitutions tend to show a strong socialist influence, reflecting the political strength that left wing parties gained after the defeat of fascism. Political systems around the periphery typically display several of the following features: weak executives; weak central states relative to regions; constitutional protection of labor rights; consensus building systems which foster political clientalism; and the right to protest if unwelcome changes are made to the political status quo. The shortcomings of this political legacy have been revealed by the crisis. Countries around the periphery have only been partially successful in producing fiscal and economic reform agendas, with governments constrained by constitutions (Portugal), powerful regions (Spain), and the rise of populist parties (Italy and Greece).

There is a growing recognition of the extent of this problem, both in the core and in the periphery. Change is beginning to take place. Spain took steps to address some of the contradictions of the post-Franco settlement with last year’s legislation enabling closer fiscal oversight of the regions. But, outside Spain little has happened thus far.

The key test in the coming year will be in Italy, where the new government clearly has an opportunity to engage in meaningful political reform. But, in terms of the idea of a journey, the process of political reform has barely begun», pag. 12-13.

<https://culturaliberta.wordpress.com/wp-content/uploads/2013/06/jpm-the-euro-area-adjustment-about-halfway-there.pdf> V. anche: JP Morgan all’Eurozona: «Sbarazzatevi delle costituzioni antifasciste» Redazione Wall Street Italia Pubblicato 18 Giugno 2013. Aggiornato 18 Ottobre 2016. <https://www.wallstreetitalia.com/jp-morgan-all-eurozona-sbarazzatevi-delle-costituzioni-antifasciste/>

4.2 La politica neoliberista della UE

Dall'altro lato, posto che l'art. 11 Cost. abbia qualcosa a che fare con la recezione del diritto UE come diritto sovraordinato rispetto a quello nazionale, atteso che nella Costituzione si parla di *limitazione* e non di cessione *della sovranità, in condizioni di parità con gli altri Stati, allo scopo di assicurare la pace*, oggi le istituzioni dell'Unione, prive di qualsiasi legittimazione democratica, hanno in mano le leve della politica monetaria e, per questa via, anche della politica economica, che, unitamente con l'inserimento in Costituzione del vincolo di bilancio (artt. 81 e 97 Cost.), hanno dato un colpo letale alle già scarse politiche redistributive, aumentando il disagio sociale.

I vincoli imposti al bilancio pubblico operano in maniera negativa in termini di erogazione di servizi (intesi come interventi di politica sociale equitativa) che alimentano i classici fenomeni di microcriminalità e la lotta fra gli ultimi, si pensi, ad esempio, al fenomeno dell'impossessamento abusivo degli immobili ad uso abitativo.

Ovviamente restano fuori, e si sta lavorando per rendere ancor meno punibili o, comunque, difficilmente perseguibili, i reati più importanti, quelli dei *colletti bianchi* che non pongono problemi di "ordine pubblico", esclusivamente inteso come *disordini di strada*, concepito come "circuito chiuso", che sarebbe originariamente causato dalla naturale propensione a delinquere.

In quest'ottica, come spiegava Alfredo Rocco al re, si provvede con le leggi di pubblica sicurezza, che si attivano *priusquam peccatum est*, ma anche successivamente. Poiché il codice penale viaggia su un "*doppio binario*", si possono, in caso di recidiva, abitudine e professionalità, attivare norme che non attengono al reato per il quale si sta scontando la pena, ma consentono di

intervenire *postquam peccatum est* secondo quanto di *buono* aveva elaborato il Lombroso¹³⁸.

Invece, l'ordine pubblico non è un *circuito chiuso* che nasce da frange di facinorosi e si esaurisce con la loro repressione. I disordini e i reati di strada, il vagabondaggio, restituiscono, al contrario, la dimensione a spirale dell'ordine pubblico, che parte dall'austerità imposta dalle politiche neoliberiste e dalla contestuale produzione di un *diritto penale dell'amico*¹³⁹ che è *garantista con garantiti*, ovvero ieri i *galantuomini*, oggi i *colletti bianchi*, che, con elusione ed evasione fiscale e corruzione, sottraggono risorse allo *stato sociale* il cui danno, i disordini e i reati di strada, poi, sono al fondo della produzione del *diritto penale del nemico*, il diritto *giustizialista per i già giustiziati*.

5. L'art. 270 c.p.: il reato di associazione sovversiva

Le categorie dei reati costruiti sull'opinione politica sono uno specifico portato della rivoluzione industriale. La loro origine, tuttavia, sta nell'estensione per analogia con altro tipo di reati che ha a che fare con soggetti e non con fatti: quelli che appartengono alla classe che è stata spogliata di tutto¹⁴⁰. All'inizio erano i vagabondi, senza fissa dimora poi rientrarono anche gli oziosi, insomma «(...) tutti quegli individui che essendo sprovvisti di mezzi necessari di sussistenza, vivono nell'ozio e nel vagabondaggio a spese degli altri cittadini;

¹³⁸ Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia, Parte prima Anno 71° Roma - Domenica, 26 ottobre 1980 - Anno VIII Numero 251 (Straordinario) Roma, Istituto Poligrafico Dello Stato Libreria 1930 - Anno VIII, *Relazione al Codice Rocco*: «Vi sono tuttavia mezzi di difesa preventiva dello Stato contro le cause dei reati consistenti anch'essi in provvedimenti amministrativi di polizia sostanzialmente non diversi da quelli disciplinati dalla legge di pubblica sicurezza, i quali forma indubbio oggetto delle cure della legislazione penale e sono stati infatti avvocati alla legislazione penale propriamente detta (...). Sono queste le cosiddette misure di sicurezza delle quali il codice che viene sottoposto all'Alta approvazione della Maestà Vostra ha fornita una disciplina così ampia, così dettagliata e precisa (...), [però] le misure di sicurezza del codice penale [vengono applicate al già reo in previsione] di nuovi reati e perciò contro il pericolo della recidiva, dell'abitualità e professionalità»

¹³⁹ Giuseppe LOSAPPIO, *Diritto penale del nemico, diritto penale dell'amico, nemici del diritto penale*, in Alessandro Gamberini – Renzo Orlandi (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Ed. Brossura, Bologna, 2007, p. 254;

¹⁴⁰ Luigi LACCHÈ, *La paura delle «classi sociali pericolose». Ritorno a futuro?* In “quaderno di storia del penale e della giustizia, nr. 1, pagg. 158- 178

calpestando la legge suprema dell'uomo che è quella del lavoro, (...) costituiscono un pericolo permanente all'ordine sociale»¹⁴¹, e, in questo clima, le misure di sicurezza saranno presenti, come già visto, anche nelle codificazioni del XIX sec. e saranno lo strumento attraverso il quale si tenderà a neutralizzare individui a prescindere da un fatto di reato, ma unicamente per il loro stile di vita.

L'art. 270 c.p. rappresenta uno di quei reati che, a parte la sua indubbia *utilità e necessarietà* per i regimi nei quali un tale articolo fu teorizzato, positizzato e perpetuato, si presta ad una serie di interessanti considerazioni, non solo nella sua originaria formulazione ma anche nella versione di cui alla novella del 2006 (Riforma reati di opinione, L. 85/2006), laddove, sparito il riferimento alla "*lotta di classe*" e scopi connessi, al momento presente si pone a tutela degli *ordinamenti economici e sociali* o dell'*ordinamento politico e giuridico dello Stato*.

Nella novella del 2006 si prende in considerazione, oltretutto il mutamento *violento* dell'ordine economico e sociale, anche il mutamento *violento* dell'ordinamento politico e giuridico dello Stato, sulle cui differenze potrebbe aprirsi un lungo inciso.

Tuttavia, anche in questa più edulcorata versione dell'articolo, nondimeno, è necessario analizzarlo in relazione all'art. 18 Cost., secondo il quale, a parte le *organizzazioni segrete* o che perseguono scopi politici con un'*organizzazione di tipo militare*, il limite all'*associazione* si deve ritrovare nelle leggi penali. Alla luce di quanto espressamente previsto nell'art. 270 dovrebbe intendersi che un'associazione sovversiva che non faccia uso di *violenza* oggi non dovrebbe trovare alcuna limitazione, poiché è l'avverbio "*violentemente*" che qualifica la fattispecie e che, probabilmente, giustifica l'esistenza in vita dell'articolo in parola.

¹⁴¹ (Ivi. pag. 173) Giovanni BOLIS, *La polizia e le classi pericolose della società. Studi*, Bologna, Zanichelli 1871, pagg. 459-460

Ora però è necessario capire cosa si intenda con *violentemente*.

La *ratio* originaria della norma è spiegata, senza che dia adito a dubbi, nella *Relazione* al codice penale: le associazioni sovversive sono quelle *bolsceviche* e quelle *anarchiche*¹⁴², ma se oggi in sede di applicazione della norma fosse ancora questa l'interpretazione andrebbe da sé che questa sarebbe incostituzionale¹⁴³: «(...) nessuna dottrina, la quale vagheggi trasformazioni radicali della società, può esimersi dal prospettare il ricorso all'azione rivoluzionaria come più o meno remota eventualità di lotta politica: almeno come *estrema ratio* là dove e quando potenti poteri costituiti si oppongono invincibilmente alla evoluzione dell'ordinamento per vie pacifiche. Se, dunque, si dovesse escludere dalla tutela della manifestazione del pensiero ogni discorso intorno alla "rivoluzione", il dibattito politico - e non solo esso - rischierebbe la paralisi totale»¹⁴⁴.

Ovvio che se dalla teoria si passa alla pratica, se oggi si dovesse far ricorso ad attività violente quale mezzo di lotta politica, gli associati incorrerebbero nel divieto già previsto nell'art. 18 Cost., e l'intervento della censura sarebbe legittimo, anche in caso preventivo, poiché si sarebbe in presenza di un *pericolo concreto*¹⁴⁵.

¹⁴² Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia, Parte prima Anno 71° Roma - Domenica, 26 ottobre 1980 - Anno VIII Numero 251 (Straordinario) Roma, Istituto Poligrafico Dello Stato Libreria 1930 - Anno VIII: «Nel progetto, mentre si provvedeva alla repressione delle associazioni sovversive a carattere bolscevico o anarchico, mancava un'apposita disposizione atta a reprimere l'attività di quelle associazioni che, pur non essendo come le prime egualmente pericolose per la sicurezza dello Stato, tuttavia, svolgendo o proponendosi di svolgere un'attività diretta a distruggere o deprimere il sentimento nazionale, attuano un'azione che costituisce un grave pericolo per la predetta sicurezza. Poiché la necessità di tale disposizione appariva evidente, per sopperire alla lacuna in discorso, accanto e a integrazione delle norme con cui è represso il delitto anarchico, ho redatto un apposito articolo In rispondenza, poi, a quest'ultima nuova disposizione, ho provveduto a reprimere la propaganda avente per oggetto infatti in essa preveduti e l'apologia dei fatti medesimi», Pag. 4483

¹⁴³ Nella teoria marxiana, ad un certo punto, la lotta di classe evolve in rivoluzione per instaurare la dittatura del proletariato. Nel codice penale del 1930 la funzione di questo articolo era di anticipare la tutela al semplice fatto di essere comunisti. Ovvio che, anche oggi, chi si professa comunista rivoluzionario, ovvero marxista, soggettivamente è nelle stesse condizioni, ovvero si propone di rovesciare l'ordine neoliberista per instaurare la medesima dittatura, il cui passo finale è l'abolizione delle classi e, quindi, dello Stato, quindi l'anarchia.

¹⁴⁴ Carlo FIORE, *I reati di opinione*, CEDAM Padova, pag. 132

¹⁴⁵ Giovanni ZUCCALÀ, *Personalità dello Stato, ordine pubblico e tutela della libertà di pensiero*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1966, pag. 1167

Ciò detto, considerato che l'art. 272 c.p. (*reati di propaganda e apologia sovversiva o antinazionale*) è stato abrogato con legge n. 85/2006¹⁴⁶, se la lettura dell'art. 270 c.p. non può non essere che questa, cioè la manifestazione di un pensiero rivoluzionario che preveda il ricorso alla violenza ma non la pratici non è censurabile, tuttavia il concetto di *associazione sovversiva* è talmente indefinito che è capace di attrarre, anche in questa limitata accezione conforme all'art. 21 Cost., per mezzo della norma generale dell'art. 110 c.p. (*concorso di persone nel reato*), il ben più consistente, e difficilmente opinabile in termini di legittimità costituzionale, art. 306 c.p., ovvero *il delitto banda armata*.

Infatti, si può dare luogo ad un sillogismo perfetto anche senza la partecipazione fisica al *fatto*: posto che l'associazione sovversiva si ponga l'obiettivo di instaurare la dittatura del proletariato o, parafrasando, «*sovvertire violentemente gli ordinamenti economici o sociali costituiti nello Stato ovvero a sopprimere violentemente l'ordinamento politico e giuridico dello Stato*»; posto ancora che questo obiettivo di sovvertimento violento dell'ordine costituito venga manifestato pubblicamente, nelle forme di cui al co. 4 dell'art. 266 c.p.; in considerazione del fatto che, contemporaneamente, gruppi militarmente organizzati stiano operando sul territorio rivendicando i delitti da loro compiuti ispirandosi alla stessa dottrina di coloro che si è presupposto essersi costituiti in associazione; *ergo*, è *incontestabile* il nesso che corre fra chi, operando alla luce del sole, quelle idee diffonde e chi, richiamandosi alle idee medesime, commette reati¹⁴⁷.

La capacità magnetica del concorso nel reato di cui all'art. 110 c.p., è in grado di coinvolgere nel reato di banda armata (*ex art. 306 c.p.*) persone, tramite il rinvio che l'art. 306 c.p. fa all'art. 302 c.p., che a sua volta richiama il Capo I e II del codice penale (*delitti contro la personalità internazionale e interna dello*

¹⁴⁶ Si ricorderà che la sent. 87/1966 della Corte costituzionale lo aveva considerato legittimo poiché la propaganda non essendo un pensiero puro poteva avere dei limiti.

¹⁴⁷ Il famoso *teorema* Calogero nel processo cd 7 aprile, di cui si dirà oltre.

Stato) del Libro II, per il solo fatto di avere alcune idee politiche contrapposte all'ordine costituito informato alle politiche economiche capitalistico-borghesi.

Si tenga presente che il Capo II del Libro II, fra gli altri, prevede all'art. 283 c.p. l'attentato alla Costituzione, con pena edittale minima di cinque anni di reclusione, e l'art. 284 c.p., insurrezione armata contro i poteri dello Stato, in cui la pena prevista è l'ergastolo.

Dunque, dall'associazione sovversiva (art. 270 c.p.), tramite il concorso di reato (art. 110 c.p., e se gli associati sono cinque o più scatta l'aggravante di cui all'art. 112 c.p.), si può essere coinvolti in una banda armata (ex art. 306 c.p.) e in questa *escalation* di reati si può giungere sino all'ergastolo.

Qualche considerazione merita anche il numero degli associati. Secondo il codice penale per contestare l'insurrezione armata contro i poteri dello Stato (art. 284 c.p.) o l'attentato alla Costituzione (art. 283 c.p.), che dovrebbe porsi come norma complementare rispetto all'art. 241 c.p. (*Attentati contro l'integrità, l'indipendenza e l'unità dello Stato*) che reprime atti violenti *diretti e idonei a sottoporre il territorio dello Stato o una parte di esso alla sovranità di uno Stato straniero, ovvero a menomare l'indipendenza o l'unità dello Stato*, sarebbero sufficienti, stando al numero di associati minimo previsto o desunto, due o tre persone mentre a cinque troverebbe applicazione l'aggravante. Al netto di altri ed eventuali reati che possono essere compiuti, quali omicidi, danneggiamento, sembra poco verosimile che un gruppo di persone così esiguo possa porre in pericolo la *personalità dello Stato*, la qualcosa, per essere concretamente lesiva, dovrebbe configurarsi o come una sollevazione popolare o nelle forme di un colpo di Stato militare in stile sud-americano. Per cui si pone un concreto problema di ragionevolezza, da un lato, e di proporzionalità delle pene, dall'altro.

5.1 Il caso “7 aprile” (1979)

Gli articoli qui commentati sono riferiti ad un caso concreto che accomunò un gruppo di professori e giornalisti (insomma di teorici) ad un gruppo propriamente armato che commetteva fatti di reato in senso materiale. I “teorici”, poiché discutevano alla luce del sole, cioè non erano in clandestinità ma lavoravano, insegnavano, si riunivano negli uffici dell’università, furono chiamati a rispondere dei seguenti capi di imputazione

«A: reato p.p. dagli artt. 110, 112, n. 1, 306 I e II co. in relazione agli artt. 283 e 284 c.p. per avere, in concorso fra loro e con altre persone, essendo in numero non inferiore a cinque, organizzato e diretto un’associazione denominata Brigate Rosse, costituita in banda armata [al fine di realizzare i reati di cui agli artt. 283 e 284 c.p.].

B: del reato p.p. dagli artt. 110, 112 n. 1, 270 I co. c.p., per aver, in concorso fra loro ed altre persone, essendo in numero non inferiore a cinque, organizzato e diretto una associazione denominata Potere Operaio e altre analoghe associazioni, variamente denominate (*sic!*) ma collegate tra di loro e riferibili tutte alla cosiddetta Autonomia Operaia Organizzata, diretta a sovvertire violentemente gli ordinamenti costituiti dello Stato sia mediante propaganda e l’incitamento alla c.d. illegalità di massa e di varie forme di violenza e di lotta armata (espropri, perquisizioni proletarie, incendi e danneggiamenti di beni pubblici e privati, rapimenti e sequestri, di persone, di pestaggi e ferimenti, attentati a carceri, caserme, sedi di partiti di associazione cc.dd. covi del lavoro nero) sia mediante l’addestramento e all’uso delle armi, munizioni, esplosivi e ordigni incendiari sia infine mediante ricorso ad atti di illegalità, di violenza e di attacco armato contro taluni degli obiettivi precisati»¹⁴⁸.

Si noti il generico richiamo a *fatti* che pur in quel periodo avvenivano, senza alcun riferimento che li circostanziasse, sicché al gruppo di teorici fu

¹⁴⁸ Dario FIORENTINO – Xenia CHIARAMONTE, *Il caso 7 aprile. Il processo politico dall’Autonomia Operaia ai No Tav*, Ed. MIMESIS, 2019, Ordine di cattura emesso da sostituto procuratore Pietro Calogero contro Antonio Negri e altri a Padova il 7 aprile 1979, pagg. 77-78.

contestato una quantità indefinita di operazioni concrete in base al criterio della “*riferibilità*”.

Il sostituto procuratore che all’epoca firmò i primi ordini di cattura sulla base di un suo *teorema* fu intervistato dal quotidiano Corriere della Sera il 5 luglio 1979 (tre mesi dopo l’esecuzione degli ordini di cattura). Incalzato dal giornalista con diverse domande sui reati concretamente contestati agli indiziati, il giudice negò che si trattasse di reati di opinione. A fronte della reticenza del PM, alla fine, il giornalista pose al giudice la seguente domanda

“*Quali prove concrete ha raccolto contro i cosiddetti capi dell’organizzazione? Fatti specifici?*”

Risposta: “Pretendere questo mi sembra ingenuo e sbagliato. L’accusa non ritiene di aver individuato i manovali del terrorismo, ma i loro dirigenti e mandanti. Un dirigente, per la natura stessa del ruolo e del tipo di organizzazione certamente non va a fare attentati. Sarebbe una rinuncia alla sua funzione che è quella di dirigere e non eseguire. Non nascondo che è un problema sottile. Un operatore del terrore non può praticare il terrorismo e insieme fare politica. (...) Perciò non ci possiamo attendere, in questo caso, prove di fatti specifici. Noi abbiamo cercato e crediamo di aver scoperto le prove che accusano i dirigenti del partito armato. (...)»¹⁴⁹.

Nelle parole dello stesso giudice inquirente si precisa che fra gli arrestati nessuno apparteneva al gruppo armato (o quantomeno aveva le mani sporche di sangue), quindi non avevano commesso alcun delitto, cioè nessuno di loro aveva commesso atti di modifica del mondo reale, ma furono indiziati e consegnati al carcere preventivo perché *facevano* [certa] *politica*.

I capi di imputazione, dunque, collegavano l’associazione sovversiva (ex art. 270 c.p.), la cui evocazione della *violenza* era solo nelle parole, al delitto di banda armata (ex art. 306 c.p.) il cui fine non è generico, come nell’art. 416 c.p.

¹⁴⁹ Corriere della Sera Intervista, 5 luglio 1979, intervista al giudice Pietro Calogero sugli arresti del 7 aprile, in Dario FIORENTINO – Xenia CHIARAMONTE, *Il caso 7 aprile*, Ed. MIMESIS Milano 2019, pagg. 100-101.

(associazione per delinquere), ma è specifico tramite il rimando che, come si è già detto, il 306 fa al 302 codice penale.

È necessario a tal punto aprire una parentesi. La teoria filosofica cui si riferivano i professori e giornalisti arrestati, postulava che l'azione soggettiva (la rivoluzione, l'azione violenta) interveniva solo al verificarsi di determinate condizioni oggettive (ovvero, la contraddizione fra i modi di produzione e i rapporti sociali) come, d'altra parte, era avvenuto con la Rivoluzione Francese.

Tale circostanza non è secondaria ai fini della distinzione fra reati di pericolo concreto o astratto e pericolo presunto per comprendere, in quest'ultimo caso, quanto remoto sia il momento in cui le idee che preconizzano eventi violenti rispetto al momento futuro in cui tale pericolo da presunto diventerà concreto¹⁵⁰. E, tuttavia, non si può non rilevare un'altra e più decisiva obiezione: l'*ordonnance criminelle* del 1670 non riuscì a bloccare gli eventi rivoluzionari del 1789, cioè a fronte di eventi rivoluzionari nel senso vero del termine il codice penale si presenta come la scodella con la quale si tenta di svuotare l'oceano.

Questo serve a comprendere la differenza che passa fra un'organizzazione che si propone di effettuare un *semplice* colpo di stato, anche nelle forme che possono richiamare la "*marcia*" del 28 ottobre 1922 ("*sopprimere violentemente l'ordinamento politico e giuridico dello Stato*", la seconda forma di delitto previsto dal co. 1 dell'art. 270 c.p.), e la teoria che è al fondo della "*dittatura del proletariato*" (*sovvertire violentemente gli ordinamenti economici o sociali costituiti nello Stato*, la prima forma di reato prevista sempre dal co. 1

¹⁵⁰ Dario FIORENTINO – Xenia CHIARAMONTE, *Il caso 7 aprile. Il processo politico dall'Autonomia Operaia ai No Tav*, Ed. MIMESIS, 2019, pag. 123. Si legge nell'ordinanza del giudice Amato (pagg. 182-183): «[nelle] riunioni degli organi direttivi di Potere Operaio (...) secondo un primo indirizzo, l'insurrezione armata si sarebbe potuta concretamente attuare il "tempi brevi"... [si opponeva] il gruppo facente capo a Negri, che pur condividendo i programmi della violenza, della "militarizzazione, dell'armamento, obiettava che il processo insurrezionale andava considerato come processo di "lunga durata" e doveva essere gestito e diretto da tutta intera la "classe operaia", senza perciò "deleghe" a gruppo ad essa sovraordinati.»

dell'art. 270 c.p.). Elemento questo che non sfugge a molti studiosi, fra i quali Carlo Fiore¹⁵¹.

5.2. Associazione sovversiva o riunione di sovversivi

Chiusa questa parentesi di non poco rilievo, perché, come si diceva, riguarda la distinzione fra pericolo astratto/concreto e pericolo presunto (o pretesuoso), se la logica incriminatrice è quella che traspare dall'intervista sopra riportata, confermata inoltre dalla lettura degli atti formali che riguardarono il processo "7 aprile", è necessario delimitare il campo di operatività dell'art. 270 c.p., *associazionismo sovversivo*, per distinguerlo da una semplice *riunione*, anche sistematica, di persone che hanno idee rivoluzionarie. Perché ciò che accadde nella realtà, tramite il collegamento fra i vari articoli del codice penale, è proprio quello di aver trasformato una *riunione di teorici marxiani* in un'associazione sovversiva.

Nell'articolo 270 c.p. si usa la parola *associazione*. In diritto è ben chiara la differenza che intercorre fra *società* e *associazione*, ma nondimeno vi è un riferimento nel primo caso ai soci e nel secondo agli associati. Ma sia gli uni che gli altri accettano di attenersi a delle regole stabilite nello *statuto*, scritto o non scritto che sia. Infatti, l'articolo in parola si riferisce a chi *promuove, costituisce, organizza e dirige* l'associazione. Tali attività sono elementi necessari affinché si abbia un'associazione ma anche una *società*: vi è la prospettazione di un'offerta che si estrinseca nella *promozione*, che successivamente, a seguito di adesione dà luogo alla nascita dell'associazione (la sua *costituzione*); dopodiché, sia il momento *organizzativo* che quello *direttivo* sono necessari per la sopravvivenza dell'associazione o della *società*.

Nel caso che qui riguarda, l'associazione può avere un oggetto lecito o anche, per espressa previsione legislativa, un oggetto illecito, ovvero, nel caso di specie, si propone di arrecare un danno a beni giuridici tutelati

¹⁵¹ Carlo FIORE, *I reati di opinione*, CEDAM Padova, 1972, pagg. 97-103.

dall'ordinamento: *il sovvertimento dell'ordine costituito*, non certo attraverso il metodo democratico, come previsto dalla Costituzione, ma con metodo violento. Ne risulta che, qualora il reato di cui all'art. 270 c.p. venga contestato ad una riunione fra persone che si professano rivoluzionarie, si sta attivando un meccanismo penale che non criminalizza un fatto nemmeno nella forma di pericolo né astratto e tanto meno concreto, poiché la *riunione* difetta degli elementi essenziali dell'associazione, quelli fondativi (promozione, costituzione) e degli elementi per mantenersi in vita (organizzazione, direzione).

Continuando ancora vi è la finalità sovversiva che necessita di essere analizzata. Nel caso della violenta sovversione, i beni giuridici protetti sono l'ordinamento economico e sociale e l'ordinamento politico e giuridico.

Come già si è detto, secondo la lettura costituzionalmente orientata dell'art.270 c.p., la violenza non deve, però, essere contemplata solo nella teoria ma deve essere attuata nella pratica. La rivoluzione, cioè la sovversione dell'ordinamento economico e sociale e/o dell'ordinamento politico e giuridico, per essere penalmente rilevante deve manifestarsi nel mondo reale o, quanto meno nella forma, di pericolo concreto, non già nei discorsi¹⁵².

5.3. Associazione sovversiva e banda armata

Per la configurazione del *pericolo concreto* si deve, almeno, configurare la fattispecie di cui all'art. 306 c.p., banda armata - magari non anticipando di molto la tutela in presenza di *atti preparatori* in materia di delitti contro lo Stato¹⁵³ - che si propone lo specifico fine di cui al rimando dell'art. 302 c.p., che, a sua volta, presuppone altri e più complessi elementi di individuazione.

¹⁵² A tal proposito, basterebbe leggere - senza fermarsi al titolo - proprio i due libri indicati dalle procure dell'epoca per incriminare Antonio NEGRI, *Il dominio e sabotaggio*, Ed. Feltrinelli, 1978 e *Proletari e Stato* Ed. Feltrinelli, 1976/77, laddove l'autore dedica diverse pagine al significato della parola violenza.

¹⁵³ Carlo FIORE, *Il reato di opinione*, CEDAM Padova, 1972, nella nota 61 a pag. 107 cita la "la prospettiva istituzionale in merito all'associazione a delinquere di cui agli artt. 416 e ss. c.p., quale reato di danno, poiché il bene tutelato e offeso dall'associazione è l'unicità dell'ordinamento dello Stato"

Ma a questo punto, però, si deve immaginare che l'*associazione sovversiva* - come sopra individuata - dalle parole stia passando ai fatti. Cioè che sia in atto un processo progressivo attraverso il quale l'associazione sovversiva si va trasformando in *banda armata*. Va da sé che la fattispecie meno offensiva ex art. 270 c.p. sarebbe assorbita, in tal caso, dall'art 306 c.p.: questo si verifica per mutazione di una fase importante del momento organizzativo, ovvero almeno il possesso di armi, laddove per armi si deve far riferimento al co. 2 dell'art. 585 c.p.¹⁵⁴, mentre l'art. 270 c.p. fa riferimento alla violenza che è un concetto generico rispetto alla struttura banda armata. Quest'ultima, quasi in senso militare, detiene come banda le armi, non rilevando il possesso di armi di uno o più singoli componenti¹⁵⁵. Quindi, la banda armata non è un'aggravante dell'associazione sovversiva ma fattispecie diversa. E poiché, ancora, l'un sodalizio esclude l'altro, a meno che un singolo non appartenga contemporaneamente ad una banda e ad una associazione, per diversità di organizzazione, va da sé che non può darsi il concorso di reati, come invece è stato fatto nel caso analizzato.

5.4 Il "teorema" di Napoleone.

Difficile non collegare le analogie del caso sopra riportato con quella tendenza criminologica di fine '800, "*quale risultante delle teorie personologiche della Scuola positiva e del teologismo dei valori neokantiani*", che condurrà a "*tarare la responsabilità penale da fatto al reo*"¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Art. 585, co.2., c.p.: Agli effetti della legge penale, per armi s'intendono: 1) quelle da sparo e tutte le altre la cui destinazione naturale è l'offesa alla persona; 2) tutti gli strumenti atti ad offendere, dei quali è dalla legge vietato il porto in modo assoluto, ovvero senza giustificato motivo. 3. Sono assimilate alle armi le materie esplodenti e i gas asfissianti o accecanti.

¹⁵⁵ Cfr. Ordinanza-sentenza 4 settembre 1981. Giudice Istruttore Palombarini. Imputati Del Re ed altri. "il Foro Italiano", vol. 106, n.4 (aprile 1983), pp. 179,180 – 199, 200, in Dario FIORENTINO – Xenia CHIARAMONTE, *Il caso 7 aprile. Il processo politico dall'Autonomia Operaia ai No Tav*, Ed. MIMESIS, 2019, pagg. 124 -153

¹⁵⁶ Francesco FORZATI, *L'illecito personologico fra destrutturazione del tatstrafrecht e affermazione del Täter-princip*, in Rivista italiana di diritto e procedura penale, Anno LXII Fasc. 4 – 2019: «Il principio di materialità dell'offesa subirà dunque, fra la fine dell'Ottocento e gli inizi del secolo scorso, due attacchi concentrici di matrice soggettivistica e sostanzialistica: alle teorie personologiche della Scuola Positiva — che struttureranno la categoria del "delinquente naturale", delineando una pericolosità biologica e caratteriologica slegata dal disvalore

Il codice penale francese del 1810 si servì di una particolare tecnica che ha contaminato le codificazioni successive e, per quanto si è detto, anche il vigente codice penale italiano. Nel corpo del medesimo codice, ad una prima parte, quella generale, formalmente rispettosa dei principi di derivazione illuminista, ovvero rispettosa del principio della materialità del reato, si viene a contrapporre una parte speciale che, in funzione preventiva, si orienta ad arginare le manifestazioni esteriori di disagio collettivo e individuale. Le categorie delittuose dell'associazionismo delinquenziale (art. 265 *code pénal*) e della banda armata (art. 266 *code pénal*) si prestano, proprio perché sono categorie in grado di autodefinirsi, ad essere incriminate indipendentemente dal compimento di un fatto di reato, il primo per reprimere in via preventiva sia il banditismo che l'associazione sovversiva, il secondo già per il solo fatto di aver costituito una *banda*. L'altro versante di incriminazione è rivolto a criminalizzare lo *status* di povero o di disoccupato o, magari, una semplice scelta di vita, nella misura in cui *non può non delinquere* chi versa in quelle condizioni, ed anche qui la tutela, rispetto all'eventuale fatto di reato, è in via preventiva.

Il diritto penale è sempre stato il cordone sanitario eretto a difesa del patto fra l'*élite* e il *princeps*: la protezione degli interessi di una parte sociale in cambio del consenso. È il crimine di *lesa maestà* che, in modo camaleontico, ha la capacità di assumere, nel corso del tempo, le più svariate coloriture. Una volta che il diritto privato è impostato secondo una visione classista e patriarcale, il diritto penale non può che essere con questo coerente. Quando si imposta come valore assoluto, intoccabile e sacro il diritto di proprietà, (e il codice civile italiano all'art. 832 non fa che una traduzione dell'omologo articolo del *code civil* del 1804, ignorando il 2° co. dell'art. 42 Cost.), quando la donna non ha che una ridotta capacità di agire rispetto all'uomo, va da sé che sul versante criminale si

del fatto — si affiancherà il teleologismo dei valori neokantiano 10 che intaccherà, sin dal primo novecento in Germania, il concetto di legalità formale, compromettendo, attraverso l'idea di scopo, la neutralità descrittiva del Tatbestand e la sua struttura oggettiva.» op. cit. pagg. 1991-1997

punisce, come propaganda apologetica, il socialismo e si condanna l'adulterio della moglie e non quello del marito.

D'altro canto, sin dal *Termidoro*, passando per la dittatura napoleonica fino alla Restaurazione¹⁵⁷, dagli Stati liberali al fascismo, la borghesia ha avuto come unico terrore e nemico la classe di coloro che non avevano altro che le braccia o il loro corpo¹⁵⁸ da vendere, ponendosi, apparentemente, al servizio del sovrano ma in realtà servendosene.

Il problema è prima politico e, solo in seconda battuta, giuridico.

6. Apologia di delitto e istigazione a delinquere.

Sebbene la Corte costituzionale abbia asserito che «non esiste dovere imposto dalla legge penale che possa limitare l'esercizio di un diritto concesso dalla norma costituzionale»¹⁵⁹ nelle sentenze, non di rado, tale libertà incontra un «*limite costituzionale*» afferente ad un bene giuridico individuato nelle

¹⁵⁷ Carlo FIORE, *I reati di opinione*, CEDAM Padova, 1972: [Dopo il 1794] «(...) la borghesia è alla ricerca di un "ordine", che consolidi i vantaggi acquisiti e li garantisca dal temuto assalto delle classi inferiori. (...) per assolvere a questa funzione ... già nel codice napoleonico la materia dei delitti contro lo stato riceve le maggiori attenzioni dal legislatore, e viene elaborata all'insegna della prevenzione occhiuta e feroce. La Restaurazione sociale, avviata fin dal Termidoro, esige, infatti, la massima energia nella protezione di questo apparato difensivo della "società dei proprietari": e l'ottiene nel modo più completo dal legislatore francese del 1810, e dai codici "liberali" che ad esso costantemente si ispirano.», pagg. 146-147

¹⁵⁸ «La sfera della circolazione, cioè dello scambio delle merci, nel cui ambito avvengono l'acquisto e la vendita della forza lavorativa, era in effetti un vero *Eden dei diritti naturali dell'uomo*. In essa dominano solo *Libertà, Uguaglianza, Proprietà, e Bentham. Libertà!* In quanto acquirente e venditore d'una merce, p. es. della *forza lavorativa*, sono spinti solo dalla loro *libera volontà*. Fanno il loro contratto quali *persone libere*, uguali giuridicamente. Il *contratto* è il risultato ultimo in cui le loro volontà, ricevono una comune espressione giuridica. *Uguaglianza!* In quanto essi si pongono in reciproco rapporto solo quali *possessori di merci*, e permutano equivalente con equivalente. *Proprietà!* In quanto ognuno dispone solo di quello che gli è proprio. *Bentham!* In quanto per ognuno dei due si tratta solo di sé stesso. L'unico potere che li fa avvicinare e che li pone in rapporto è quello del *proprio utile*, del loro personale vantaggio, dei loro *privati interessi*. E proprio *in quanto* ognuno agisce solo per sé e nessuno agisce per l'altro, tutti compiono, come per una *armonia prestabilita delle cose*, o con gli auspici di una astuta provvidenza, soltanto l'opera del loro reciproco vantaggio, dell'utilità generale, del comune interesse». Karl MARX, *il Capitale*, Libro primo, Newton Compton Editori, prima edizione "I millepagine" (a cura di E. Sbardella), ottobre 1976 pag. 209-210

¹⁵⁹ Corte costituzionale Sent. 19/1962, su art. 656 c.p., per contrasto con gli artt. 18, 21 e 49 Cost.

pieghe della Costituzione, come «*non discredito delle istituzioni*», la «*pacifica convivenza*», secondo quanto, di volta in volta, è stato oggetto di contestazione da parte di un pensiero manifestato¹⁶⁰. Però, tale bene giuridico non è fissato a priori ma è invece una sorta di bersaglio mobile, in tale prospettiva si rischia che «della libertà di espressione non [rimanga] veramente niente, visto che non c'è quasi nessun bene-interesse della vita individuale o collettiva a cui la Costituzione non faccia in qualche modo riferimento. È stato argutamente rilevato che la Costituzione menziona, assegnandovi rilievo costituzionale, anche i partiti politici, i sindacati, e perfino l'artigianato (art. 45, co. 2, Cost.): il che non basta certo a far ritenere ammissibile una futura incriminazione del vilipendio dei partiti, dei sindacati e dell'artigianato»¹⁶¹.

Però nella Costituzione non vi è alcun riferimento all'ordine pubblico e, men che mai nell'art. 21 Cost. e non poteva essere diversamente. Anzi, inserendo il limite del «*buon costume*» si è voluto segnalare che ci si doveva riferire alla regola “*tam dixit quam voluit*”, per evitare sconfinamenti verso la categoria omnicomprensiva del “*nimus dixit quam voluit*”: proprio la presenza di quel limite espresso ne esclude altri, poiché la Costituzione è talmente *lunga* che avrebbe sopportato due parole in più; inoltre, sebbene il concetto di «*buon costume*» sia molto vago, per sua essenza, contiene il limite storico della desuetudine dei costumi, al di là del quale non si può andare nella censura.

¹⁶⁰ Roberto ZACCARIA, *La tutela del dissenso e delle formazioni minoritarie in una società pluralista*, *Questione giustizia, Riv. Trimestrale promossa da Magistratura Democratica*, n. 4/2015, *Il valore del dissenso*, pag. 18: [A proposito di bilanciamento:] «Le varie opinioni, anche in un confronto particolarmente aspro, come diceva Esposito, si bilanceranno tra di loro. Nessuno potrà appellarsi ad una verità ufficiale rispetto alla quale si deve prestare obbedienza, nessuno potrà invocare una delle tante nozioni di ordine pubblico ideale che in definitiva rappresenta l'ideologia politica dominante.»

[A proposito di ordine pubblico:] «Lo stesso valore della tranquillità e della sicurezza pubblica sono richiamati in altre norme costituzionali sulle libertà (primi fra tutti gli art. 16 e 17 Cost. sulla libertà di circolazione e di riunione) e in quei casi possono essere pacificamente applicate. Sarebbe assurdo e incoerente reintrodurre per la finestra ciò che è stato fatto uscire dalla porta. Il riferimento esplicito è proprio all'art. 21 Cost.»

¹⁶¹ Carlo FIORE, *I reati di opinione*, CEDAM Padova, 1972, pag. 89, vedi anche nota 22 pag. 90.

6.1 Vilipendio o istigazione?

Né, d'altra parte, sembra essere convincente un altro argomento dedotto dalla Corte costituzionale a proposito della confermata legittimità del reato di vilipendio verso la Repubblica, le assemblee elettive, il governo, le forze armate, e l'ordine giudiziario, di cui all'art. 290 c.p. Secondo la Corte, l'espressione di pubblico disprezzo non rilevarebbe come offesa dei valori etici o sociali o politici dell'entità verso cui l'espressione offensiva è diretta, ma solo in quanto la lesione del prestigio, del rispetto e della fiducia di cui godono le stesse porterebbe «in modo idoneo a indurre i destinatari della manifestazione (...) al disprezzo delle istituzioni o addirittura ad ingiustificate disobbedienze. Ciò con evidente e inaccettabile turbativa dell'ordinamento politico - sociale»¹⁶².

Dunque, in tal caso il reato di vilipendio, anche espresso esclusivamente in forma verbale, sarebbe costituzionalmente compatibile poiché atto a prevenire situazioni di pericolo, nella misura in cui le espressioni critiche siano ipoteticamente idonee a causare disordine o disobbedienza¹⁶³. In questo caso, però, a parte l'entità disprezzata, risulta difficile comprendere dove finisca il vilipendio e dove inizi l'istigazione.

6.2 L'art. 414 del codice penale.

Il richiamo all'idoneità a causare la commissione di reati, porta anche ad indagare su un'altra forma di tutela anticipata, la pubblica istigazione a delinquere e la pubblica apologia di delitto di cui, rispettivamente, al co. 1 e co. 2 dell'art. 414 c.p.

La lettera della norma sembra essere abbastanza chiara e del tutto coerente con lo spirito del periodo in cui vide la luce: il co. 1 prevede la censura di chi

¹⁶² Corte costituzionale, Sent. 24 gennaio 1974, n. 20, in Consulta online, <https://giurcost.org/decisioni/1974/0020s-74.html>

¹⁶³ Alessandro SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*. Dagli atti dell'incontro studio (Palermo, 9 maggio 2006): *Le novelle penalistiche del 2006 – Legittima difesa, reati associativi politici e reati di opinione*. Organizzazione Centro Studi Giuridici e Sociali Cesare Terranova, pag. 726.

pubblicamente istiga, vuole indurre, vuol convincere, ordina ad altri di commettere un reato e questo anche se l'istigazione non è accolta; il co. 3, invece, censura l'esaltazione, la condivisione personale, la manifestazione di un giudizio positivo su un fatto delittuoso.

Nel primo caso si stimola o si tenta di stimolare un comportamento; nel secondo caso si manifesta un pensiero in cui lo stato d'animo di chi ascolta non rileva ai fini della configurazione del reato, poiché il reato si perfeziona con un *dicere*. Perciò, se in conseguenza della manifestazione del pensiero qualcuno commette un delitto della specie apologizzata, i reati rimangono due e distinti. L'apologeta sarà incriminato in quanto tale, mentre l'attore del reato concreto sarà condannato in quanto ha commesso un fatto di reato corrispondente alla fattispecie esaltata.

Questa fu l'interpretazione che, a suo tempo, diede la Corte di cassazione (SS. UU. Cass. Pen, Sent. 18 novembre 1958) e la stessa precisò che non era necessaria la *glorificazione*, ma per incorrere nel reato di apologia era sufficiente il semplice *giudizio positivo* sul delitto¹⁶⁴. Quindi, si configurava un puro *reato di opinione*.

La Corte costituzionale, non potendo ammettere l'esistenza di un puro reato di opinione, per mantenere in vigore il co. 3 del predetto articolo ha diversamente argomentato. Nella sentenza di legittimità n. 65/1970 - nel caso di specie, il delitto apologizzato era l'obiezione di coscienza al servizio militare¹⁶⁵ - in via preliminare la Corte costituzionale asserisce che non è specifica

¹⁶⁴ Cass. Pen, Sent. 18 novembre 1958, in Rivista di diritto e procedura penale, anno 1960, pag. 189. V. in Carlo FIORE, *I reati di opinione*, CEDAM Padova, pagg.51 e ss, e Ilaria NEBULOSI, *Il confine tra i reati di opinione e libertà di espressione*, maggio 2020. <http://www.salvisjuribus.it/il-confine-tra-reati-di-opinione-e-liberta-di-espressione/>, pag. 4

¹⁶⁵ Il pensiero censurabile ai sensi del divieto di apologia di delitto contenuta nell'art 414 c.p. appare in un articolo di giornale "L'obiettore di coscienza" a firma del Traniello, nel quale si afferma che «(...) forse, oggi è prematuro abolire l'obbligo del servizio militare; ma per questo è anche preziosa la presenza di coloro che, a costo di pagare di persona, portano avanti l'idea che un giorno bisognerà farne a meno se ci si vorrà considerare ancora popoli civili». Sent. 23 aprile 1970, n. 65 Corte costituzionale, in Consulta online, <https://giurcost.org/decisioni/1970/0065s-70.html>, pag. 1

caratteristica dei regimi totalitari la contemplazione del reato di apologia di delitto, poiché ogni ordinamento democratico prevede l'iter per la modificazione delle leggi non più rispondenti al *comune sentimento di giustizia*¹⁶⁶ (i valori *sovra-individuali* sono inevitabilmente sottesi quando si tratta di decidere della legittimità costituzionale di norme del regime fascista, poiché, per quanto ci si sforzi di eclissarli, per la coerenza del ragionamento non si può che partire da lì), perciò sia nei regimi liberali (v. l'art. 247 codice penale 1889), sia in quelli totalitari, ma anche nei regimi democratici e quelli popolari, tale delitto è stato sempre previsto (il che, a ben guardare, non è un gran ragionamento, poiché si è nel campo del “*così è sempre stato!*”)¹⁶⁷. Ma ciò non toglie, prosegue la Corte, che si possa criticare la legge, che si possa propagandare un suo aggiornamento, sino a «*dare un giudizio positivo sui moventi dell'autore*» perché tutto questo rientra nella libera manifestazione del pensiero; quello che invece è vietato «(...) è la pubblica apologia diretta, e idonea, a provocare la violazione delle leggi penali.

Plaudire a fatti che l'ordinamento giuridico punisce come delitto e glorificare gli autori (...) attacc[are] le basi stesse di ogni immaginabile ordinamento è da molti considerata una ipotesi di istigazione indiretta.

L'apologia punibile ai sensi dell'art. 414, ultimo comma, del codice penale non è, dunque, la manifestazione di pensiero pura e semplice, ma quella che per le sue modalità integri comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti»¹⁶⁸.

¹⁶⁶ Si legge nella sentenza 65/1970: «Ogni ordinamento statale prevede e indica i mezzi per mutare le leggi penali quando esse appaiono non più rispondenti al *comune sentimento della giustizia*. Non solo, quindi, i regimi autoritari, ma altresì quelli liberali, democratici, popolari hanno sempre preveduto e prevedono il reato d'apologia del delitto, già contemplato nell'art. 247 del codice penale italiano del 1889».

¹⁶⁷ Un equivoco sul quale si è fondata tanto la giurisprudenza della Corte di cassazione, quanto quella della Corte costituzionale nel momento in cui queste hanno ritenuto che gli strumenti di tutela di cui si deve servire uno “*Stato liberale, o demo-sociale e persino... comunista*” siano quelli dello Stato autoritario: V. a tal proposito Carlo FIORE, *I reati di opinione*, pagg. 86-87.

¹⁶⁸ Sentenza Corte costituzionale n. 65/1970

In questa interpretazione della Corte scompare la differenza dell'elemento psicologico fra istigazione a delinquere e apologia, presente, invece, nella sentenza delle SS.UU. della Cassazione del 1958¹⁶⁹, poiché la condotta incriminata come istigazione indiretta si sostanzia nella «*pubblica apologia diretta o idonea alla violazione delle leggi penali*» (*sic!*) che, però, proprio perché *idonea e diretta*, va a duplicare la fattispecie di cui al 1° co. art. 414 c.p.: paradossalmente, la dichiarazione di incostituzionalità sarebbe stata opportuna proprio per le stesse ragioni addotte dalla Corte per confermare la legittimità e avrebbe meglio fatto risaltare la differenza fra «la pubblica istigazione (diretta o indiretta) a commettere reati e la *semplice* apologia di reato, non punibile - secondo la stessa Corte costituzionale - quando non assuma il carattere di deliberata (e idonea) provocazione al delitto. E, per conseguenza, avrebbe assunto un significato assai rilevante, ai fini della qualificazione, sul piano costituzionale, di altre incriminazioni, relative ad ipotesi di apologia e propaganda, ben difficilmente inquadrabili nella figura generale della provocazione a commettere delitti»¹⁷⁰.

Come la stessa Corte asserisce, l'apologia deve essere *integrata da un comportamento idoneo a provocare la commissione del reato*: quindi si può distinguere un momento *narrativo* (apologia), enfatico per quanto si voglia, ma sempre narrativo e poi, ma non necessariamente, un momento *deliberativo* (istigazione), ma se questo avviene si configura il reato di istigazione. Ma, in questo senso, il comma uno dell'art. 414 c.p. (il ragionamento, come si vede è circolare) già ricomprende entrambe le ipotesi, perché se l'apologia si spinge sino all'istigazione non si è più nella prima fattispecie ma nella seconda. A questo punto è necessario trovare la motivazione al fondo di tale decisione.

¹⁶⁹ Come visto sopra, distingue fra l'istigazione, sia diretta che indiretta, che comporta l'ipotesi del concorso di persone, dall'apologia che, se dolosa, è un delitto a sé stante, indipendentemente se altri sarà a tal punto influenzato da indursi a delinquere.

¹⁷⁰ Carlo FIORE, *I reati di opinione*, cit., pag. 106.

6.3 Art. 414 c.p. e ordine pubblico.

All'epoca di questa decisione della Corte costituzionale esistevano delle norme, ed alcune ancora esistono, nel codice penale che coprivano specifiche forme di apologia: *istigazione di militari a disobbedire alle leggi* (art. 266); *attività antinazionale del cittadino all'estero* (art. 269, abrogato 2006); *propaganda ed apologia sovversiva o antinazionale* (art. 272, abrogato 2006); *istigazione privata a commettere dei delitti preveduti dai capi I e II* (art. 302); *pubblica istigazione e apologia dei reati di cui all'art. 302* (art. 303, abrogato 1999) *incitamento a pratiche contro la procreazione* (art. 553, abrogato 2006).

Quindi la configurazione dell'istigazione a delinquere di cui al co. 1 e l'apologia dei delitti, non diversamente qualificati, erano (e sono) vere e proprie «*norme "sussidiarie" o "di chiusura del sistema"*», volte a reprimere quanto non era stato specificamente previsto nelle predette norme, rilevando la sola turbativa dell'ordine pubblico, quindi in grado di colpire ad ampio raggio espressioni di dissenso politico¹⁷¹.

Infatti, nella sent. n. 65/1970 della Corte costituzionale, il bene giuridico posto sull'altro piatto della bilancia rispetto al diritto di libera manifestazione del pensiero è proprio l'ordine pubblico (che, nel caso in considerazione, è declinato come «*sicurezza pubblica*»): «(...) la libertà di manifestazione del pensiero, garantita dall'art. 21, primo comma, della Costituzione, trova i suoi limiti non soltanto nella tutela del buon costume, ma anche nella necessità di proteggere altri beni di rilievo costituzionale e nell'esigenza di prevenire e far cessare turbamenti della *sicurezza pubblica*, la cui tutela costituisce una finalità immanente del sistema»¹⁷².

È necessario a questo punto comprendere come opera il mantenimento in vita del reato di apologia, ovvero se questa semplicemente duplica o invece espande ulteriormente il reato di istigazione.

¹⁷¹ Carlo FIORE, *I reati di opinione*, cit., pag. 107

¹⁷² Sentenza Corte costituzionale n. 65/1970

L'ordine pubblico interno è l'oggetto degli articoli del Capo II, Titolo V, Libro II, ovvero degli artt. 414 – 421 del codice penale. All'interno di essi è possibile distinguere due forme di tutela anticipata: istigazione a delinquere, co. 1 art. 414 c.p.; associazione a delinquere art. 416 e ss. c.p.

La prima, secondo la definizione di Barile, è «*quasi azione*», per cui, una volta dimostrata la connessione fra questa e l'azione concreta, il problema è risolto (ovviamente si fa per dire); la seconda, l'associazione a delinquere, è un'*istituzione criminale*¹⁷³. Quest'ultimo reato rientra fra i *reati di danno*, poiché la lesione consiste nella distruzione del bene tutelato che è l'*esclusività* dell'istituzione statale¹⁷⁴. Questo è il motivo per cui l'art. 18 Cost. (*libertà di associazione*) ha un ambito di operatività più ristretto perché il limite è espressamente previsto nello stesso articolo e, nel codice penale, si sostanzia nel reato di banda armata quale tutela più o meno ragionevolmente anticipatoria del fatto di reato.

L'art. 21 Cost., a parte il buon costume, non ha limiti espressi, e, quindi, la libera manifestazione del pensiero ha una portata più ampia della libertà di associazione. Però ricorrendo al principio di bilanciamento, qualificando alcune manifestazioni di pensiero come apologetiche, si ritrova un limite idoneo e di rilievo costituzionale, *sebbene implicito*, a circoscrivere la portata dell'art. 21 Cost.

Quindi, l'apologia di delitto, ex co. 3 art. 414 c.p., arriva un "*po' più là*" rispetto al co. 1 art. 414, l'istigazione a commettere uno *specifico* reato.

Nell'ipotesi in cui il reato di apologia di delitto fosse stato abrogato sarebbe successo che sul tema libertà di pensiero non si sarebbe più potuto distinguere fra materie privilegiate, che godono della speciale protezione di cui all'art. 33 Cost., perché queste non hanno il limite dell'ordine pubblico, e quelle

¹⁷³ Così S. PATALANO, V. in Carlo FIORE, *I reati di opinione*, cit., pag. 107, nota 61.

¹⁷⁴ La logica è chiara: ogni associazione ha le sue regole. Nel caso dell'associazione a delinquere le regole a cui gli associati rispondono sono censurate dalle leggi dello Stato, per cui il danno consiste nella costituzione o nella partecipazione all'associazione per cui si ubbidisce ad altro codice non più a quello esclusivo dello Stato.

materie che invece ricadono nella tutela *semplice* dell'art. 21 Cost. per le quali scatta la censura dell'ordine pubblico. In poche parole, se il parlamentare può commentare un determinato fatto delittuoso e farne apologia, non così può fare il semplice cittadino. Abrogando il co. 3 art. 414 c.p. divieti indiscriminati imposti alla manifestazione del pensiero non sarebbero stati più ammissibili. Quindi, in realtà, si conserva ancora intatta la tutela verso quei valori spirituali e morali che, *ex lege*, tali devono essere per tutti¹⁷⁵, nonostante l'abrogazione degli artt. 269, 272, 303 codice penale.

6.4 Il caso Erri De Luca.

Nella ricostruzione dogmatica dell'art. 414 c.p. «[a]l fine di recuperare la compatibilità con i principi di materialità e offensività, dopo un'intensa attività ermeneutica si è giunti a collocar[e il reato di opinione] fra le forme di anticipazione della tutela penale, in particolar modo fra i reati di pericolo»¹⁷⁶, laddove il bene posto in pericolo è, appunto, l'ordine pubblico, fattispecie tipica che si costruisce sull'autore e non sul fatto.

Illuminante, a tal proposito, è un passaggio della requisitoria del P.M. al procedimento penale contro Erri De Luca del 21 settembre 2015, svoltosi a Torino, incriminato dei reati di cui all'art. 414 c.p.: «Nel suo libro De Luca si duole del fatto che, parlando della sua intervista, si sia fatto un paragone dicendo: "*Lui non è un quisque de populo, non è il barbiere di Bussoleno*". Quello che noi si intendeva dire, che è quello che la giurisprudenza richiede, è che le parole vanno rapportate anche alla qualità dell'agente. La qualità dell'agente è fondamentale! È indubbio che se parole del genere sono pronunciate in un contesto [*materie privilegiate?*], abbiamo visto, diverso, od anche in quel contesto, da un soggetto che non ha un peso, una pregnanza, una possibilità di incidere sulla volontà di altri, così come ha De Luca - e diremo perché - siamo su un altro terreno.

¹⁷⁵ Carlo FIORE, *I reati di opinione*, cit., pag. 107 e seg.

¹⁷⁶ Ilaria NEBULOSI, *Il confine tra i reati di opinione e libertà di espressione*, maggio 2020. <http://www.salvisjuribus.it/il-confine-tra-reati-di-opinione-e-liberta-di-espressione/>

Invece, la qualità di De Luca - ahimè! - gli piaccia o non gli piaccia, è quella che si *porta dietro* e quindi le sue parole seguono da chi provengono.

Innanzitutto, la sua notorietà, è uno scrittore di *fama*. *Ha alle spalle un passato che conosciamo*, che è noto, non sto qui a ripercorrerlo, non voglio sembrare persecutorio»¹⁷⁷.

Poco oltre il PM riferisce delle partecipazioni dell'imputato alle manifestazioni in qualità di «*invitato*» (cosa importa?), «*non di clandestino*» (perché mai?), e, a carico della capacità di influenzare la psiche altrui, cioè istigare a delinquere, si riporta l'appello firmato da intellettuali, oltretutto dall'allora presidente francese Hollande¹⁷⁸.

Importante in questi passaggi del PM, il riferimento alla *qualità dell'agente* come condizione di imputabilità, quale requisito richiesto dalla giurisprudenza circa la sussistenza o meno del reato e alle *circostanze* in cui le parole vengono proferite: risuona l'eco della sentenza n. 9 del 1965 della Corte costituzionale sull'art. 553 c. p., *pubblico incitamento o la propaganda a ricorrere a pratiche abortive* (V. sopra pag. 36), e del reato che può o meno essere contestato alla medesima persona a seconda che il suo ragionamento lo svolga in un'aula scolastica (coperto dall'art. 33 Cost.) o se il medesimo ragionamento viene svolto in un'intervista (*pubblicamente*, ex art 266, co. 4, c.p.) poiché l'art. 21 Cost. trova il suo limite nella legge penale.

Nel periodo successivo il PM riferisce della *notorietà* (in qualità di scrittore e poeta) e, soprattutto, della "*fama*": dato il tenore della frase usata poco dopo, («*Ha alle spalle un passato che conosciamo, che è noto, non sto qui a*

¹⁷⁷ *Processo Erri De Luca: la requisitoria del Pm Rinaudo*, Sito WEB Giurisprudenza penale 20 ottobre 2015. <https://www.giurisprudenzapenale.com/2015/10/20/processo-erri-de-luca-la-requisitoria-del-pm-rinaudo/>. Requisitoria nel procedimento penale contro Erri De Luca del Sostituto Procuratore. Dott. Antonio Rinaudo Torino, 21 Settembre 2015, rintracciabile all'indirizzo: https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2015/10/gp_REQUISITORIA-RINAUDO-ERRI-DE-LUCA-21.09.2015.pdf

¹⁷⁸ Anais GINORI, *Non si processa un intellettuale. Hollande in difesa di De Luca*, Su Repubblica on-line 22/3/2015 https://www.repubblica.it/esteri/2015/03/22/news/non_si_processa_un_intellettuale_hollande_in_difesa_di_erri_de_luca-110173114/

ripercorrerlo, non voglio sembrare persecutorio»), si tratta di *mala-fama*, poiché è notorio che, come Valpreda e Pinelli, anche De Luca era, ed è, anarchico¹⁷⁹.

Veramente strana l'idea di chiedere all'intellettuale di autocensurarsi, di non mettere in dubbio le scelte del governo di un paese, di non usare la sua autorevolezza per *aprire gli occhi* ai cittadini comuni. Un ragionamento che porta a mettere al rogo una sterminata quantità di libri, come fecero alcuni artisti americani, temendo che le perquisizioni ordinate dalla *Commissione McCartney* potesse trovare nelle loro librerie "*Il giovane Holden*"¹⁸⁰.

¹⁷⁹ Erri DE LUCA, *La parola contraria*, Ed. Feltrinelli, prima edizione in "Fuori collana" gennaio 2015: «A sostegno del pericolo sociale delle mie parole è stata portata la mia vita, il mio passato di militante della sinistra rivoluzionaria italiana negli anni settanta. (...) Non sono incriminato per quello che ho fatto, ma per quello che ho detto», pag. 42.

¹⁸⁰ L'episodio è rievocato nel film *Indiziato di reato*, USA 1991. Regia di Martin Scorsese.

Appendice: l'idealtipo dei soggetti pericolosi

I capelloni

Rapporto del prefetto di Milano del 27 febbraio 1967, in A.C.S., M.I., Gab., 1967 -'70, b. 39, f. 11001/98:

«Si comunica che in questa città, dall'autunno scorso, hanno fatto la loro apparizione, in numero sempre crescente, gruppi di giovani cosiddetti «capelloni», in gran parte studenti, elementi immigrati dal sud e disoccupati.

L'orientamento politico di siffatti elementi è, in prevalenza, “anarchico-libertario”, mentre piccole frange, che agiscono autonomamente, si ispirano alla “non violenza”, all’“obiezione di coscienza” o all’ideologia delle guardie rosse”».

«Dichiarano di “operare con il loro cervello”, contro tutte le forme di paternalismo borghese; rifiutano la famiglia con tutte le sue repressioni sessuali»

«Lo schieramento conta attualmente, in città e in provincia, oltre 500 aderenti»¹⁸¹.

¹⁸¹ Mondadori Education, *I capelloni. Una generazione d'emergenza*, pagg. 7-8. https://www.mondadorieducation.it/media/contenuti/multimediale/casilio_documenti/documenti_pdf/04casilio_capelloni.pdf (consultato il 15 aprile 2024).

Pietro Valpreda condannato in diretta televisiva

Il 12 dicembre 1969 è il giorno della strage di Piazza Fontana a Milano nella Banca Nazionale dell'Agricoltura; altri attentati dinamitardi avvennero nella stessa giornata a Roma e Milano.

Dal Telegiornale RAI, edizione della sera, del 16 dicembre 1969

Bruno Vespa: *“Pietro Valpreda è un colpevole, uno dei responsabili della strage di Milano e degli attentati di Roma. La notizia, la conferma è arrivata qui, un momento fa nella Questura di Roma”*.

Bruno Vespa chiede a Parlato, funzionario della Questura di Roma: *“Come siete arrivati ad una così rapida identificazione dei responsabili?”*

Parlato: *“Attraverso un lavoro molto intenso che, come lei sa, è stato svolto in questi giorni da tutti i componenti dalle questure di Roma e di Milano e dall'arma dei carabinieri”*

Vespa: *“Voi avete avuto subito i primi indizi?”*

Parlato: *“Sì, li abbiamo avuti dopo qualche ora. Quando si è cominciata a delineare più chiaramente la situazione, l'ufficio politico [della questura] ha cominciato ad individuare qualche elemento... gli elementi che potessero essere responsabili di attentati criminosi, come quelli che sono avvenuti”¹⁸².*

Valpreda, prima di essere completamente scagionato, restò in carcere per tre anni. Fu scarcerato per decorrenza dei termini della carcerazione preventiva, ma grazie ad un provvedimento legislativo adottato nel frattempo, poiché la legge vigente al momento dell'arresto prevedeva la carcerazione preventiva sino alla eventuale assoluzione.

¹⁸² Telegiornale RAI del 16 dicembre 1969, dal sito RAI raiply.it. Bruno VESPA intervista il Prefetto Parlato della Questura di Roma <https://www.raiply.it/video/2019/11/Piazza-Fontana-racconto-di-una-strage---Tg2-del-16121969-larresto-di-Valpreda-e-la-morte-di-Pinelli-8b7fd49e-0c81-4d5c-912a-aaf71109dfd6.html>

*Don Lorenzo Milani: l'obbedienza non è più una virtù*¹⁸³

L'ordine del giorno dei cappellani militari in congedo della Toscana.

Nell'anniversario della conciliazione tra la Chiesa e lo Stato italiano, si sono riuniti ieri, presso l'Istituto della Sacra Famiglia in via Lorenzo il Magnifico, i cappellani militari in congedo della Toscana.

Al termine dei lavori, su proposta del presidente della sezione don Alberto Cambi, è stato votato il seguente ordine del giorno:

«I cappellani militari in congedo della regione toscana, nello spirito del recente congresso nazionale della associazione, svoltosi a Napoli, tributano il loro riverente e fraterno omaggio a tutti i caduti per l'Italia, auspicando che abbia termine, finalmente, in nome di Dio, ogni discriminazione e ogni divisione di parte di fronte ai soldati di tutti i fronti e di tutte le divise che morendo si sono sacrificati per il sacro ideale di Patria.

Considerano un insulto alla patria e ai suoi caduti la cosiddetta "obiezione di coscienza" che, estranea al comandamento cristiano dell'amore, è espressione di viltà».

L'assemblea ha avuto termine con una preghiera di suffragio per tutti i caduti. [da: *La Nazione* del 12 Febbraio 1965]

Risposta di don Lorenzo Milani ai cappellani militari toscani che hanno sottoscritto il comunicato dell'11-2-1965

(...) perché avete insultato dei cittadini che noi e molti altri ammiriamo. E nessuno, ch'io sappia, vi aveva chiamati in causa. A meno di pensare che il solo esempio di quella loro eroica coerenza cristiana bruci dentro di voi una qualche vostra incertezza interiore.

(...) perché avete usato, con estrema leggerezza e senza chiarirne la portata, vocaboli che sono più grandi di voi. (...)

¹⁸³ Don Lorenzo MILANI, *L'obbedienza non è più una virtù*, Documenti del processo di Don Milani, Libreria Editrice Fiorentina, 1965

Se voi però avete diritto di dividere il mondo in italiani e stranieri allora vi dirò che, nel vostro senso, io non ho Patria e reclamo il diritto di dividere il mondo in diseredati e oppressi da un lato, privilegiati e oppressori dall'altro.

Gli uni sono la mia Patria, gli altri i miei stranieri.

E se voi avete il diritto, senza essere richiamati dalla Curia, di insegnare che italiani e stranieri possono lecitamente anzi eroicamente squartarsi a vicenda, allora io reclamo il diritto di dire che anche i poveri possono e debbono combattere i ricchi. E almeno nella scelta dei mezzi sono migliore di voi: le armi che voi approvate sono orribili macchine per uccidere, mutilare, distruggere, far orfani e vedove.

Le uniche armi che approvo io sono nobili e incruente: lo sciopero e il voto.

Abbiamo dunque idee molto diverse.

Posso rispettare le vostre se le giustificherete alla luce del Vangelo o della Costituzione. Ma rispettate anche voi le idee degli altri.

Soprattutto se sono uomini che per le loro idee pagano di persona.

Capitolo IV

Il Negazionismo

1. La storia per alzata di mano.

Nel 2019 il parlamento europeo approvò una Risoluzione¹⁸⁴ per celebrare l'ottantesimo anniversario dello scoppio della Seconda guerra mondiale. In questa solenne deliberazione si mescolò¹⁸⁵ il nazifascismo con lo stalinismo e, addirittura, con il comunismo¹⁸⁶ e, a riprova del *concreto* impegno della UE, nella citata risoluzione si richiamò «la decisione quadro 2008/913/GAI¹⁸⁷ del Consiglio, del 28 novembre 2008, sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale».

La politica, per ribadire il suo impegno in favore della legalità, per ogni tragedia (di mafia, di terrorismo, di crimini contro l'umanità, etc.) istituisce una

¹⁸⁴ P9_TA (2019)0021. Importanza della memoria europea per il futuro dell'Europa. Risoluzione del Parlamento europeo del 19 settembre 2019 sull'importanza della memoria europea per il futuro dell'Europa (2019/2819(RSP)) https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2019-0021_IT.pdf

¹⁸⁵ Da un lato, nelle sei pagine che compongono la Risoluzione, con voto quasi unanime il parlamento fa opera di *revisionismo* (nel senso originario del termine, ovvero falsa rivisitazione della storia) di oltre un secolo di storia europea se non mondiale, dall'altro offende la storia di un paese che vedeva un partigiano come presidente dell'Assemblea Costituente.

¹⁸⁶ Primo LEVI (in *“Se questo è un uomo”*, Einaudi, Torino, 1958, rist. 2007, pag. 241): «è possibile, persino facile, raffigurarsi un socialismo senza campi di prigionia. Un nazismo senza campi di concentramento, invece, è inimmaginabile»: si veda sul punto Vladimiro GIACCHÉ, *La fabbrica del falso*, Ed. Imprimatur, 2016, seconda ristampa novembre 2017, specie Capitolo 6: *Totalitarismo: triste storia di un non-concetto*, pagg. 175-179, dove l'A. spiega l'assoluta arbitrarietà dell'equiparazione fra Germania nazista e Unione Sovietica, risultato ultimo di tre fasi sviluppatasi nel dopo guerra: la prima “nazismo=stalinismo” (dovuta a H. Arendt), la seconda fase “nazismo=comunismo” (dovuta a F. Brzezinski e altri) per giungere infine alla identificazione tout court del comunismo col totalitarismo ed, in realtà, leggendo la Risoluzione del parlamento europeo si ripercorrono esattamente queste tre fasi. Si tenga presente che l'A. scrive il saggio nel 2016 e la presa di posizione del parlamento europeo è del 2019. V. inoltre, Alessandro BARBERO: *“La Ue che equipara nazismo e comunismo? I Parlamenti non dovrebbero esprimersi sulla storia”*: Lo storico torna sulla risoluzione votata a Strasburgo: “Uno esita a dire: siamo governati da una manica di analfabeti. Però...”. <https://www.ilfattoquotidiano.it/in-edicola/articoli/2020/01/23/i-parlamenti-non-dovrebbero-esprimersi-sulla-storia-mai/5682465/>

¹⁸⁷ Decisione quadro 2008/913/GAI del Consiglio del 28 novembre 2008 sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex%3A32008F0913>

qualche giornata celebrativa. Al di là della discutibile efficacia concreta di tale produzione legislativa che non mira a finanziare programmi educativi, ma ad imporre un qualche minuto di silenzio, questa ulteriore sacralizzazione di beni sovraindividuali, non di rado, comporta ulteriore produzione legislativa che appalta al diritto penale la repressione della loro offesa. Ma, come si sa, inutilmente perché, ad esempio, l'antifascismo in Italia non è un valore condiviso, anche se in positivo significa *Liberazione* e godimento di tutte le libertà e nonostante tutte le testimonianze dirette di cui almeno quattro generazioni hanno potuto usufruire.

La tendenza alla rilettura della storia non si basa solo, perciò, su pseudo scienziati che, da parte loro, hanno già una letteratura pronta per la svolta verso regimi (*a*)*fascisti*, ma gode di un consenso politico che è diventato maggioritario, in considerazione dell'alta percentuale di *indifferenti*.

Da un lato, sul piano politico, riemergono formazioni che esplicitamente si richiamano ai regimi totalitari del Novecento e si propongono elettoralmente. Si pensi al partito di Alba Dorata in Grecia che prima di essere sciolto nel 2020 quale associazione a delinquere, ha collezionato un buon successo elettorale,¹⁸⁸ o al partito *Alternative für Deutschland*, ad oggi, presente nel parlamento tedesco e nel parlamento europeo, che nel marzo 2020 è stato giudicato dall' *Ufficio federale per la protezione della Costituzione* non compatibile con la Legge Fondamentale di Bonn¹⁸⁹. Quest'ultimo è un caso eclatante, perché queste norme difficilmente colpiscono quella parte politica dalla quale si tenta di difendere la democrazia e spesso finisce per colpire la parte opposta in maniera definitiva: in Germania si è messo fuori legge il partito comunista, quello di Rosa

¹⁸⁸ Ettore LIVINI, *Grecia, 13 anni di carcere per il leader di Alba Dorata*, la Repubblica online 14/10/2020 https://www.repubblica.it/esteri/2020/10/14/news/omicidio_fys-sas_13_anni_di_carcere_per_il_leader_di_alba_dorata-270546709/

¹⁸⁹ *Alternative für Deutschland*: https://it.wikipedia.org/wiki/Alternative_f%C3%BCr_Deutschland#cite_ref-26. Danilo TAINO, *Germania dopo il voto: i partiti e l'ascesa dell'estrema destra*, Venerdì, 22 Settembre, 2017, dal sito WEB Istituto per gli studi di politica internazionale, <https://web.archive.org/web/20170927095624/http://www.ispionline.it/it/pubblicazione/germania-dopo-il-voto-i-partiti-e-lascesa-dellestrema-destra-17261>

Luxembourg, tanto per fare un esempio, mentre il partito xenofobo è in parlamento¹⁹⁰: dietro le sbarre, insomma, finiscono sempre gli intellettuali, i “*professorini*,” i “*cattivi maestri*”.

Con le stesse tecniche, dunque, dei regimi autoritari si è tentato, e si continua a tentare, di arginare il fenomeno attraverso il codice penale. Si è pensato, non si sa quanto convintamente, di punire penalmente quel fenomeno (oggettivamente preoccupante) ma poi nel calderone sono finite diverse dottrine politiche facendo di tutto un minestrone (ma non è una novità: ché, forse, Robespierre non finì ghigliottinato come Luigi XVI?).

In Italia, fra l’altro, la pena dovrebbe mirare alla “*ri-educazione*” del reo, ma, posto che questo sia vero, quel che è mancato è proprio l’*educazione*, e questo è dipeso dalla politica.

1.1. La supplenza giudiziaria.

Il fenomeno della “*supplenza giudiziaria*”¹⁹¹ alle inefficienze della politica non è nuovo: «(...) negli anni Settanta e Ottanta [del XX sec.], il mandato alla magistratura fu: “combattete il terrorismo” e non: “arrestate i terroristi”; “combattete la mafia”, non: “individuate e condannate i mafiosi”. Si afferma il fenomeno della supplenza della magistratura nei confronti della politica, fenomeno che porterà a vere e proprie forme di ingresso della magistratura nella forma di governo. Questa inedita attribuzione di funzioni latamente politiche trasforma il magistrato in “giudice di scopo”, organo cui non è più affidata solo

¹⁹⁰ Carlo FIORE, *I reati di opinione*, CEDAM, Padova, 1972, nota 73, pag. 166: «Čopič (...) rileva come l’originaria ispirazione *antinazista* degli artt. 18 e 21 della costituzione di Bonn non abbia impedito affatto che queste disposizioni venissero utilizzate, nel periodo della “guerra fredda”, esclusivamente in funzione anticomunista. L’A. giudica, pertanto, estremamente positivo il fatto che la XII Disposizione transitoria della Costituzione italiana, abbia chiamato i supposti “nemici” politici del nuovo stato “con il loro nome”»

¹⁹¹ Gaetano INSOLERA, *I percorsi di una egemonia*, Criminalia 2015 Copyright 2016 Edizioni ETS www.edizioniets.com, <https://discrimen.it/wp-content/uploads/Criminalia-2015.pdf>, «il fenomeno della “supplenza” giudiziaria propiziata dalle difficoltà del sistema politico di fronte ai conflitti e a nuove emergenze sociali ed economiche, con l’abbandono della tradizionale dimensione esecutoria del potere giudiziario» pag. 371

l'applicazione della legge, ma anche il conseguimento di una finalità generale, che sarebbe compito proprio della politica»¹⁹².

Sulla stessa linea sembra svilupparsi anche il processo di integrazione europea. Si richiede un “ravvicinamento” / “armonizzazione” delle disposizioni penali degli Stati membri poiché «Il razzismo e la xenofobia costituiscono violazioni dirette dei principi di libertà, di democrazia, di rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nonché dello Stato di diritto, principi sui quali l'Unione europea è fondata e che sono comuni agli Stati membri»¹⁹³.

Per quanto deprecabili siano le convinzioni razziste, xenofobe e altre idee discriminatrici, sembra difficile inquadrare quale sia bene giuridico concretamente leso. Razzismo, xenofobia lederebbero un diritto altrui solo se fossero presupposti di azioni concrete: si immagini la situazione in cui, una persona, a motivo del colore della sua pelle, non dovesse essere ammessa in un locale pubblico (per esempio, negli USA nemmeno personaggi famosi avevano, per legge, il diritto di avere un tavolo al ristorante nello stesso ambiente in cui desinavano i bianchi). In questo caso quell'idea si sarebbe concretizzata in un atto di discriminazione e, almeno oggi, persino negli Stati Uniti, sarebbe qualificata come reato.

Proprio per questo motivo, cioè in ragione del fatto che il codice penale ha già strumenti di intervento per reprimere le concrete manifestazioni di reati connessi a motivi di discriminazione, i governi non possono sfuggire dalle loro responsabilità ripetendo gli errori del passato. Non si può pensare che la destrutturazione dello *stato sociale* (diritto alla salute, diritto alla scuola, diritto alla casa, diritto al lavoro) non sia direttamente collegato con la diffusione del fenomeno dell'odio verso il migrante, individuato come percettore di risorse distolte al benessere dei disagiati indigeni.

¹⁹² Luciano VIOLANTE, *L'evoluzione del ruolo giudiziario*, Criminalia 2015 Copyright 2016 Edizioni ETS www.edizioniets.com, <https://discrimen.it/wp-content/uploads/Criminalia-2015.pdf>, pag. 350.

¹⁹³ Punto (1) del “considerato” della direttiva quadro 2008/913/GAI

Ciò detto, il nazionalsocialismo non è sorto all'improvviso, ma fu l'esito dell'umiliante accordo di pace imposto alla democratica Repubblica di Weimar col Trattato di Versailles del 1919. Un accordo che ridusse la Germania ad avere milioni di disoccupati che iniziarono a covare un rancore che trovò ristoro dapprima nelle parole di Hitler e poi nei fatti del Terzo Reich.

Non si tratta di una supposizione, poiché, proprio mentre si concludeva quello sciagurato accordo che poneva fine alla Prima guerra mondiale, la deflazione di un altro e più terribile conflitto mondiale fu anticipata da uno dei partecipanti alla conferenza parigina in un saggio scritto nello stesso anno (1919), quando Hitler era poco più di un teppista¹⁹⁴.

La richiesta della repressione penale di comportamenti che hanno origine nelle scelte politiche è una cura che non ha mai funzionato, poiché, come dice Vladimiro Giacché «(...) *la storia non si può tagliare a fette*»¹⁹⁵, per avere concretezza delle conseguenze nefaste della pace di Versailles, basta dare un rapido sguardo al libro che il Führer scrisse nel 1926, ben sette anni prima di diventare cancelliere¹⁹⁶.

¹⁹⁴ John Maynard KEYNES, *Le conseguenze economiche della pace*, (1919), Ed. F.lli Treves, traduzione in italiano Vincenzo Tasco, 1920 «La politica di ridurre la Germania in uno stato di servitù per una generazione, di degradare la vita di milioni di esseri umani, e di privare di benessere un'intera nazione, dovrebbe essere aborrita e detestabile anche se fosse possibile attuarla, anche se ci si dovesse arricchire, anche se essa non spargesse il seme della decadenza di tutta vita civile dell'Europa. Taluni fanno appello alla giustizia. Nei grandi eventi della storia dell'uomo, nello svolgimento dei complessi destini delle nazioni, l'idea di giustizia non è così semplice. E se lo fosse, le nazioni non sono autorizzate, da religione o da naturali principi di moral, a far ricadere sui figli del nemico i misfatti dei loro padri o dei loro governanti», pag. 206. La citazione di Keynes è commentata nella prefazione all'estratto, J.M. KEYNES, *La conferenza di pace*, da Eleonora Belloni: «Non era solo ingiusta la "pace cartaginese" che i vincitori avevano imposto ai vinti. Era una pace "impossibile", che coltivava in sé i semi di nuove guerre (...)», Ed. Fondazione G. Feltrinelli, agosto 2018, pag. 7.V. anche Yanis VAROUFAKIS, *I deboli sono destinati a soffrire? L'Europa, l'austerità e la minaccia alla globalità sociale*, La nave di Teseo Editore, ed. "I fari", Milano 2016: «Nel 1919 il trattato di Versailles condannò i tedeschi ad un'orribile miseria, umiliò l'orgoglio di una nazione e fu la base per la presa del potere da parte di teppisti nazisti. I nazisti sarebbero rimasti una nota a piè di pagina della storia se non ci fossero state le impossibili condizioni di pagamento dei danni di guerra che gli Alleati vincitori non avevano il diritto di imporre e il governo tedesco aveva il diritto morale di non accettare», pag. 296

¹⁹⁵ Vladimiro GIACCHÉ, *La fabbrica del falso*, Ed. Imprimatur, 2003.

¹⁹⁶ HITLER, *Mein Kampf*, Ed. Homerus, aprile 1971, «Dopo la pace del novembre 1919 iniziò una politica che secondo le comuni concezioni, doveva condurci lentamente alla schiavitù.

Se in Europa la diffusione delle idee proprie del nazifascismo fanno breccia nell'opinione pubblica, è bene segnalare che anche allora l'ascesa al potere, del fascismo prima e del nazismo poi, fu accompagnata dal consenso popolare nonostante i metodi adoperati e le idee che professavano fossero ben conosciuti. Perciò difficilmente la galera comminata a qualche xenofobo o razzista potrà apportare un qualche contributo ad arginare il fenomeno di una svolta autoritaria. E, comunque sia, come si è cercato di descrivere nell'introduzione, da quando è nata la *democrazia moderna*, almeno in Italia, non si è dovuto certo aspettare il 1922 per avere uno Stato autoritario: l'autoritarismo non sta nella forma dello Stato ma nella sua sostanza e il codice penale è la sostanza. Quindi è inutile chiudere in cella il *peccatore* se il motivo del peccato rimane irrisolto.

2. Il revisionismo negazionista

Già all'indomani della fine della II guerra mondiale, circolavano testi e altro materiale scritto che ridimensionava, sino al disconoscimento, la barbarie nazifascista¹⁹⁷ culminata nello sterminio di sei milioni di ebrei, oltre a zingari, omosessuali e altre «*categorie "subumane"*».

Si negava l'esistenza delle camere a gas o si declassava il fenomeno ad un normale atto di guerra e così via. Un salto qualitativo pseudo-scientifico si ebbe

Infatti, da altri esempi che possiamo riscontrare nella storia notiamo che quando un popolo che senza gravi minacce deponesse le armi in seguito preferisce sopportare i disagi e le angherie più terribili piuttosto che cercare di ristabilire la loro sorte riprendendo nuovamente la guerra», pag. 244. Conclude però, «(...) nel novembre 1926, [il partito nazionalsocialista] è nuovamente risorto e riconosciuto in tutta la Germania, più potente e più solido di prima. (...) Così la Germania si inserirà nel posto che le compete al mondo, se sarà guidata e preparata seguendo i propri ideali. Una nazione che, nell'era della soppressione delle razze, pensa ai migliori elementi della propria stirpe deve essere padrona del mondo», pagg. 260-261.

¹⁹⁷ Giuliano BALBI nel suo articolo su *Criminalia*, in *Discrimen* dell'11/12/2019, *Il negazionismo tra falso storico e post-verità*, nel par. 4, *Una forma di negazionismo ante litteram, la rimozione delle responsabilità italiane nella Shoah*, pag. 16 – 19, pone in evidenza la collaborazione degli organi di polizia e prefettizi, ma anche dei carabinieri italiani nei rastrellamenti e nella delazione per l'individuazione delle famiglie ebraiche, ascrivendo alla necessità di rimozione di tale collaborazionismo, la difficoltà della dottrina italiana a riconoscere il negazionismo come delitto *tout court*. <https://discrimen.it/wp-content/uploads/Balbi-II-negazionismo-tra-falso-storico-e-post-verit%C3%A0.pdf>

negli anni '70 del XX sec. con le pubblicazioni dell'*Institute for Historical Review*¹⁹⁸.

Gli autori di tale letteratura, comunque, rifiutavano, e rifiutano, la qualifica di propagandisti nazisti o *negatori* di una realtà che, fra l'altro, all'epoca dei fatti, contava molti testimoni oculari, tanto fra gli scampati quanto fra coloro che abbattono il filo spinato dei campi di sterminio. I negazionisti vorrebbero pregiarsi del titolo di *revisionisti*, nella presunzione, evidentemente, che questo termine abbia un valore positivo. Invero, magari sulla base di documenti che emergono dagli archivi di qualche servizio segreto, a volte la storia va riscritta, ma non si tratta di *revisionismo* anche perché, se si tiene in considerazione l'origine del termine, coloro che lo coniarono diedero ad esso una valenza polemicamente negativa¹⁹⁹.

Più specificamente, con il termine *negazionismo* si intende quel *revisionismo unidirezionalmente orientato* verso la *negazione* dello sterminio

¹⁹⁸ Corrado DEL BÒ, *Menzogne che non si possono perdonare ma nemmeno punire, alcune osservazioni filosofiche sul reato di negazionismo*, in *Criminalia* 2013, Ed. ETS, «[Nella diffusione della teoria negazionista] ... decisivo è stato il ruolo svolto dall'*Institute for Historical Review*, (...). A uno dei suoi direttori, Austin J. App, va il dubbio merito di aver formulato nel 1973 gli otto assiomi di cui si è detto:

1. La "soluzione finale" consisteva nell'imposizione agli ebrei di emigrare, non nello sterminio;
2. non si verificò mai l'utilizzo dei gas per uccidere gli ebrei;
3. la maggior parte degli ebrei scomparsi durante la guerra emigrarono negli Stati Uniti e nell'Unione Sovietica, facendo perdere le loro tracce;
4. i pochi ebrei giustiziati dai nazisti erano criminali eversivi;
5. la comunità ebraica mondiale perseguita chiunque cerchi di studiare seriamente e onestamente la storia della Seconda guerra mondiale, per paura che emerga la verità dei fatti;
6. non vi sono prove del genocidio degli ebrei;
7. l'onere della prova spetta agli "sterminazionisti";
8. le contraddizioni presenti nei calcoli demografici della storiografia ufficiale dimostrano senza alcun dubbio il carattere menzognero della loro tesi.» pagg. 285 -286

¹⁹⁹ Eugenio ZAGARI, *Marxismo e revisionismo*, Guida Editori s.r.l., Napoli 1975. Caposcuola del revisionismo marxista fu Bernstein, che proponeva l'abbandono della prospettiva rivoluzionaria per modificare "dall'interno" il capitalismo, servendosi delle strutture parlamentari borghesi., al quale fece seguito Sorel, che fondava invece l'evoluzione verso il socialismo fondata sulla forza eversiva del sindacalismo rivoluzionario. In tal modo veniva intaccato uno dei temi fondamentali del socialismo scientifico, cioè la teoria del valore-lavoro.

V. anche, BOBBIO, PASQUINO (diretto da), *Dizionario di politica*, alla voce *Revisionismo* curata da Domenico SETTEMBRINI, Ed. Matteucci TEA – I dizionari UTET, prima Ed. 1990.

sistematico degli ebrei da parte del regime nazista a seguito delle teorizzazioni di Hitler, anche perché un revisionismo nell'altro senso poco potrebbe aggiungere all'orrore di cui ormai si è al corrente. Per quanto qui interessa il *negazionismo*, questo è legato all'*Olocausto* tanto che, almeno nella lingua italiana, il termine si usa senza specificare il riferimento alla *Shoah* essendo il richiamo implicito. Il suffisso *-ismo*, fra l'altro, aggiunto alla parola *negazione* indica una posizione ideologica infondata, perché nega una realtà evidente, storicamente acquisita che viene propalata in malafede. Insomma, è una *negazione dell'evidenza* però collegata ad una precisa ideologia politica o, quanto meno, fondata su una posizione personale di razzismo antiebreo.

Il fenomeno del negazionismo, unitamente ad altre manifestazioni apologetiche o minimizzanti della Shoah, ha iniziato a destare preoccupazioni per la sua diffusione o, quantomeno per la pubblica emersione, negli anni '90 del XX secolo. Il comune denominatore che teneva "uniti" nel '900 i due blocchi in cui si divideva il mondo, plasticamente rappresentato dal gruppo di paesi aderenti al *Patto Atlantico*²⁰⁰ contro quelli aderenti al *Patto di Varsavia*²⁰¹, era la guerra condotta in comune contro il nazifascismo, infatti, in sede processuale a Norimberga la Corte giudicante era rappresentata da quattro giudici, inglese, francese, statunitense e sovietico.

Perciò, tanto nei paesi del blocco sovietico quanto nei paesi del blocco atlantico non era molto di moda professarsi fascisti o nazisti. Con il crollo del regime sovietico non solo si ebbe la liberalizzazione dei mercati ma anche l'emersione del nazi-fascismo, del razzismo, della xenofobia e dell'antisemitismo, che in occidente si era camuffato per la maggior parte nei partiti centristi, più che in quelli della destra liberale, e nell'est europeo era stato represso *manu*

²⁰⁰ Di fatto sotto il comando USA, i paesi dell'Europa occidentale si erano riuniti sotto un'alleanza difensiva militare denominata NATO, tutt'ora inspiegabilmente attiva atteso che essa si contrapponeva ai paesi del cd "comunismo reale", sotto l'influenza dell'URSS.

²⁰¹ Il Patto di Varsavia era l'omologo organismo militare difensivo che faceva capo all'Unione Sovietica che riuniva i paesi al di là della cd "*cortina di ferro*" (espressione coniata da Churchill)

militari da una *minoranza* di “*comunisti*” che aveva imposto *l’antifascismo di Stato* ad una diffusa rete di ex collaboratori nazisti²⁰².

Pertanto, la tesi è che il fenomeno del *negazionismo* è ritornato prepotentemente in auge non per la perdita della memoria dei fatti, ma per la ben più preoccupante convinzione politica che, fino ad un certo punto, è rimasta repressa o sommersa.

3. Il negazionismo come reato

Una posizione netta in materia di negazionismo è quella di Giuliano Balbi, secondo il quale quanti paventano che la criminalizzazione del negazionismo *tout court* ponga seri problemi rispetto all’art. 21 Cost., commettono un errore di fondo. La *negazione* di un *fatto* acclarato, documentato, forte di migliaia di deposizioni, di testimonianze dirette, di immagini girate dagli stessi carnefici, non è un’opinione ma è un falso: «Il negazionista non esprime ... un’opinione dissenziente: molto meno nobilmente, è uno che non dice la verità»²⁰³, sicché la negazione dell’evidenza, l’asserzione di una menzogna, non è un diritto costituzionalmente protetto, tanto che il diritto di cronaca non può essere invocato se viene diffusa una notizia non vera, ancorché di interesse pubblico e rilasciata nei limiti della continenza²⁰⁴, in realtà, la notizia deve essere *verosimile* ed essere stata sottoposta, nei modi professionalmente adeguati, al processo di verifica delle fonti.

²⁰² Sull’argomento si rinvia a Luciano CANFORA, *Il fascismo non è mai morto*, (un libro «Per tutto coloro che sono impegnati a convincere soprattutto sé stessi che il fascismo “è finito nell’aprile del 1945”»). Ed. Dedalo 2024.

²⁰³ Giuliano BALBI nel suo articolo su *Criminalia*, in *Discrimen* dell’11/12/2019, *Il negazionismo tra falso storico e post-verità*, op. cit. pag. 12.

²⁰⁴ *Ibidem*, pag. 14.

3.1. Il valore politico della verità

La verità è sicuramente un valore politico: nelle dittature viene taciuta; nelle *democrazie*, ora si sa, si usano altre tecniche, per esempio, i depistaggi²⁰⁵. La manipolazione della verità non permette una *cosciente autodeterminazione di sé stessi* e, quindi, di operare scelte basate sulla consapevolezza.

Se sul piano filosofico, teologico o delle scienze naturali è necessario non accontentarsi della verità, o delle verità acquisite, *sul piano penale, al contrario, il giudice va alla ricerca della verità*: l'inganno, la manipolazione dei fatti, l'induzione in errore attraverso false rappresentazioni della verità sono condotte punite dal codice penale in vari articoli²⁰⁶, argomenta l'Autore, e non si vede dunque perché questo non debba essere anche per il negazionismo. Chi è indotto in errore non è un uomo libero, poiché la verità è presupposto della libertà, si usa il falso per orientare il consenso, per alimentare l'odio verso gli altri, sviluppare sentimenti razzisti, per far invocare svolte autoritarie, in poche parole il

²⁰⁵ Famoso è il caso della fialetta di antrace mostrata il 5 febbraio 2003 al Consiglio di Sicurezza dell'ONU da Colin Powell, Segretario di Stato dell'amministrazione Bush per avere la copertura dall'ente internazionale per intervenire militarmente, insieme all'UK in Iraq. Qualche anno dopo gli stessi protagonisti ammisero che si trattava di un'invenzione. V. la Repubblica on line, 20 maggio 2023, Iraq 20 anni dopo: «La "Grande Bugia" di Colin Powell che diede il via alla guerra» di Anna Lombardi, https://www.repubblica.it/esteri/2023/03/20/news/grande_bugia_discorso_colin_powell_guerra_iraq-392844001/

²⁰⁶ «A parte i casi paradigmatici dei delitti contro la fede pubblica e le tante ipotesi che prevedono l'inganno tra le opzioni modali adeguate a integrare la tipicità del fatto – dalla riduzione in schiavitù (art. 600, co. 2, c.p.) alla violenza sessuale per induzione (art. 609 bis, co. 2, n. 2, c.p.), all'attentato contro i diritti politici del cittadino (art. 294 c.p.), e così via –, a parte i casi in cui l'inganno determina un aggravamento della pena, come nella bigamia (art. 556, co. 2, c.p.), a parte l'art. 48 c.p. che lo vede come strumento traslativo di responsabilità rispetto a qualsiasi tipologia di fattispecie, a parte i casi in cui è la verità a ricondurre a ius il fatto posto in essere – come nel comma 2 dell'art. 341 bis in tema di oltraggio –, citerò ipotesi meramente a campione: la supposizione o soppressione di stato (art. 566 c.p.), la pubblicazione o diffusione di notizie false, esagerate o tendenziose (art. 656 c.p.), le manovre speculative su merci (art. 501 c.p.), il procurato allarme (art. 658 c.p.), la vendita di prodotti industriali con segni mendaci (art. 517 c.p.), le false comunicazioni sociali (art. 262, co. 1 c.c.), la manipolazione del mercato (art. 185 TUF); tutte le ipotesi di falsità giudiziarie: dalla falsa testimonianza (art. 372 c.p.) alla falsa perizia o interpretazione (art. 373 c.p.), dalla simulazione di reato (art. 367 c.p.) alla calunnia (art. 368 c.p.) e all'autocalunnia (art. 369 c.p.), dal falso giuramento della parte (art. 371 c.p.) alle false informazioni al pubblico ministero (art. 371 bis c.p.) alle false dichiarazioni al difensore (art. 371 ter c.p.), e così via.»

bene offeso è la democrazia; quindi, considerare il *negazionismo della Shoah* come reato non comprime la libertà, poiché il *falso politicamente sensibile* è un attacco alla libertà.

In quest'ottica, limitarsi a punire il negazionismo se e nella misura in cui si ravvisi un pericolo per l'ordine pubblico significa lasciare per la maggior parte dei casi il reato impunito per la presupposta mancanza di concretezza del pericolo. Inoltre, è riduttivo porre il *negazionismo* come offesa alla *dignità* del popolo ebraico o alla sua *identità*. La dignità del popolo ebraico è un «*un concetto estremamente volatile per dare corpo ad un bene giuridico*» e nemmeno, come fa la Corte costituzionale tedesca, l'*identità del popolo ebraico* è unicamente legata alla Shoah.

La punizione della falsità, in quanto tale, restituisce alla verità il suo valore, poiché la falsità è l'acido nel quale si dissolve la democrazia²⁰⁷.

La posizione dell'Autore è ampiamente condivisibile perché è vero che la democrazia non gode di ottima salute, è vero che il *negazionismo consapevole* fa i suoi proseliti fra gli inconsapevoli, ma è anche vero che il *negazionismo* è un “*di cui*” del nazifascismo.

Ma, attenzione, la Costituzione italiana, per chiara scelta di metodo, ha voluto declinare in positivo il contenuto dello Stato democratico. Ha rifiutato la logica del divieto, ha affermato in che cosa consiste la democrazia, non in che cosa consiste l'autoritarismo: sarebbe stata troppo simile alle costituzioni (il)liberali, sarebbe stata troppo ridondante dei comandamenti scritti chissà da chi e chi sa dove (non nominare, non dire, non fare, non desiderare): è lo Stato etico che si fonda sui divieti.

Il Costituente ha preferito porre i divieti nelle Disposizioni finali e transitorie (il divieto di ricostituzione del PNF), perché incontaminata da elementi negativi rimanesse la democrazia costituzionale. La Costituzione più che

²⁰⁷ CFR. Giuliano BALDI, nel citato articolo, non prende in considerazione l'apologia o la minimizzazione, ma in controtendenza rispetto alla dottrina maggioritaria, egli propende, nel modo in cui si è cercato di riassumere, che il negazionismo sia considerato reato in quanto tale.

rifiutare un tipo di società, prefigura quella che vorrebbe, ben conoscendo i pericoli che si nascondono dietro un divieto: i divieti si sa da dove iniziano ma non si sa poi dove vadano a finire. La Costituzione ha rifiutato la logica del diritto penale del nemico, ma non di meno ha dato sicure indicazioni della direzione in cui andare.

Però a chi discute se sia ancora necessario conservare nell'art. 3 Cost. il concetto di *razza*, e trova questo antistorico e antiscientifico, ormai desueto atteso che parlare di razze non ha più senso si deve controbattere che tale parola va conservata per ricordare che un tempo c'era chi sul concetto di razza scriveva leggi penali, non perché la Costituzione creda che esistano razze, non avrebbe senso l'art. 2 della Costituzione.

La XII Disposizione finale e transitoria, sebbene abbia avuto scarsa o nulla applicazione nella giurisprudenza²⁰⁸, nonostante la legge Scelba, va mantenuta perché è lì che si dichiara quale tipo di società è rifiutata.

Quando, Costituzione alla mano, si va ad indagare sulla liceità o meno di un pensiero, a parte la giurisprudenza che, come si è visto nei capitoli precedenti, a volte adotta delle sentenze che lasciano stupiti, il dilemma che agita la dottrina è quello di trovare il bene giuridico avente rilevanza costituzionale che abbia più peso della libera manifestazione del pensiero, quindi, in via pregiudiziale, è chiamata a risolvere un altro dilemma: fino a quale punto uno Stato costituzionale di diritto può fare ricorso alla repressione penale prima di diventare uno Stato autoritario?

²⁰⁸ Spesso le sentenze hanno stabilito che il fatto non sussiste.

3.2. ... e allora le “foibe”?

A tal proposito Baldi rileva (per semplificare) un certo *iper-garantismo* da parte della dottrina verso questi pensieri (che qui, in verità, si considerano criminali), in nome della libertà di espressione, invero, a volte, con eccessiva enfasi.

Però, vero è che in quel laboratorio di repressione che è l'Italia, nella quasi totalità dei casi, la continuità fra le idee criminalizzate durante il fascismo e quelle, sempre allo stadio di idee, finite sotto processo nella Repubblica antifascista è imbarazzante.

Ciò che probabilmente sfugge al ragionamento di Baldi è che le verità storiche sancite per legge - cioè da una maggioranza parlamentare, anche se democraticamente eletta - non sono mai una buona idea. Nell'ottica del bilanciamento che contrappone, e mette sullo stesso piano fascismo, nazismo e comunismo, tutto a vantaggio del neoliberalismo (che qui si considera un *alias* del fascismo, sia detto una volta per tutte)²⁰⁹, se i governi di “*sinistra*” hanno introdotto il “*Giorno della Memoria*”, va da sé che quando al potere arrivano i neofascisti, succede che nell'ottica del “*siamo contro tutte le dittature di qualunque colore*”, equiparando eventi storici non commensurabili, si sentono autorizzati ad istituire una “*Giornata del Ricordo*” delle “foibe”. Quindi, questi e quelli uguali furono e sono, col rischio che, avendo letto la storia fin qui conosciuta sulla vicenda delle foibe, e contestando la parificazione arbitraria fra i due eventi si possa correre il rischio essere incriminati per “*negazionismo*”²¹⁰.

²⁰⁹ Luciano CANFORA, *Il fascismo non è mai morto*, Ed. Dedalo, 2024

²¹⁰ Per una critica al modo alla ricostruzione per via legislativa della vicenda delle “foibe” si veda Vladimiro GIACCHÉ, *La fabbrica del falso*, Ed. Imprimatur, 2003, pagg. 20 e ss.

3.3. “Mai più!”.

Sul piano internazionale e *regionale*, dopo il II conflitto mondiale, sono sorte Organizzazioni, Tribunali e Convenzioni *ad hoc*, sono stati emanati Statuti, Carte, il cui riassunto potrebbe essere “*mai più!*”. Ovviamente il tema interessa anche quell’Ente sovranazionale che è la UE.

Fino agli anni Ottanta del XX sec., in tema di legislazione penale che riguardava il ventennio fascista, nell’ordinamento italiano erano contemplati, nella cd Legge Scelba, i reati di *ricostituzione del disciolto partito fascista* e *l’apologia di fascismo*, per i quali la maggior parte dei processi finiva con “*il fatto non sussiste*”. Ma successivamente, per la loro diffusione, i movimenti di evidente ispirazione hitleriana hanno iniziato a destare preoccupazioni e l’idea *negazionista* o *apologetica* della Shoah ha avuto ben più ampia diffusione, soprattutto nelle fasce più giovani della popolazione ed in ambienti che per motivi di tifoseria non erano alieni dal far ricorso alla violenza²¹¹.

Si possono contare, perciò, diversi livelli di intervento delle organizzazioni *inter-sovranzionali* e con diversi documenti, con diverse descrizioni del medesimo fenomeno a cui si intende porre argine, che *impongono*, *invitano*, *suggeriscono*, a seconda dei casi, agli Stati-parte l’adozione di provvedimenti

²¹¹ L’episodio è ricordato da Giuliano BALDI nel già citato *Il negazionismo tra falso storico e post-verità*, pag. 19. A tal proposito è appena il caso di ricordare l’episodio degli adesivi di “*Anna Frank con la maglietta della squadra della Roma*” diffusi da i tifosi della Lazio che diventa quasi un elemento identitario di appartenenza ad un determinato gruppo. Il collegamento fra negazionismo o apologia con una più o meno cosciente fede politica verso tipologie di partiti che in diversi Stati sono fuorilegge fa scattare la necessità di configurare figure di delitto autonome riguardanti la infondata “*menzogna di Auschwitz*”, tanto a livello interno dei singoli Stati quanto a livello delle varie organizzazioni internazionale.

Nella nota 110 viene riportata la motivazione del GUP di Roma, 5 dicembre 2015, quando questi si esprime in occasione del coro sempre dei tifosi laziali “*romanista ebreo*”: «*Al di là della scurrilità il coro esprime mera derisione sportiva. (...) Sebbene l’accostamento giallo-rosso con ebreo possa aver assunto nelle intenzioni del pronunciante valenza denigratoria, ricollegabile latamente a concetti di razza, etnia o di religione, le modalità di esternazione non costituiscono alcun concreto pericolo di diffusione di un’idea di odio razziale o di superiorità etnica*»

legislativi anche di carattere penale e repressivo. In realtà, il problema del *negazionismo* poi si amplia anche verso episodi di apologia, di xenofobia, di razzismo, di orientamento sessuale e così via.

Al di là di quello che si dirà specificamente sull'efficacia dei provvedimenti, è necessario fare una prima considerazione di carattere generale. La produzione di una tale quantità di *materiale* che stigmatizza fenomeni di intolleranza, di denigrazione, di discriminazione non solo verbale, è sintomatico del fallimentare modello di *sviluppo* occidentale, sia economico che culturale, ma nel pur abbondante *materiale* non emerge alcun tipo di autocritica. Va da sé che se il delinquere non ha cause a monte (ovvero *con il neoliberismo si vive nel migliore dei mondi possibili*) è evidente che si ritorna alla classificazione antropologica del crimine.

Riguardato sotto questo punto di vista, la pur legittima posizione di chi vede nella *verità denegata* un antefatto pericoloso verso svolte autoritarie, non è detto che la sua repressione non possa avere uguali risvolti autoritari. In fondo, lo si è visto, le *leggi fascistissime* possono sopravvivere, con l'avallo persino degli organi di garanzia costituzionale e trovare nuovi beni giuridici meritevoli di tutela proprio nelle Costituzioni scritte da chi quei sistemi ha rovesciato *violentemente*, perché, è bene ribadirlo, in Italia la democrazia fu partorita dalla *violenza* o, come altri vogliono, quantomeno da una *guerra giusta*, in ogni caso, non si trattò certo di “*un pranzo di gala*”!

«Le premesse su cui si fonda l'attuale ordinamento costituzionale obbligano a respingere la tentazione di utilizzare per la sua difesa – invece di affrettare ad eliminarli – gli strumenti apprestati dal precedente regime per la tutela del suo ordine giuridico-istituzionale»²¹². Dunque, se si sono aborriti e combattuti quei regimi dittatoriali che hanno imposto normative penali per sopprimere le *idee democratiche*, può un regime democratico ricorrere alla stessa tipologia di norme per reprimere le manifestazioni di idee che si richiamano a quei

²¹² Carlo FIORE, *I reati di opinione*, Ed. CEDAM Padova, 1972, pag. 155

regimi? Ma poi, quali potrebbero essere gli strumenti idonei a delimitare la valenza di questa normativa autoritaria alle sole idee deprecabili? E chi decide quali sono le idee deprecabili²¹³?

In generale, in tali casi, la dottrina si preoccupa degli eccessivi limiti posti alla libera manifestazione del pensiero, perché si anticipa troppo la tutela, atteso che l'intervento penale è previsto per il fatto della pura e semplice *negazione* che non prefigura ancora un danno e se pericolo c'è questo è solo potenziale.

In questi casi, l'attivazione di un procedimento penale, qualsiasi sia la sentenza, pone poi un altro tipo di pericolo: in caso di proscioglimento i *negazionisti* otterrebbero il riconoscimento di legittimità del loro pensiero per mezzo di una sentenza; nel caso di condanna i nazifascisti accuserebbero lo Stato democratico di usare metodi autoritari²¹⁴. Come sopra si è detto, è inutile attivare i

²¹³ In verità, non è che la Costituzione poi non contenga norme di salvaguardia che si potrebbero attivare nel caso in cui dalla *semplice* propaganda di idee odiose si decida di passare a concretamente porre in pericolo la “società prefigurata nei Principi fondamentali”.

Vi sono norme di salvaguardia che non sono rivolte solo a organizzazioni di esagitati ma rivolte a tutti, legislatore compreso, compreso il potere esecutivo, compresa la magistratura.

Intanto, si pensi all'art. 28, co. 1, Cost. «*I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti.*», al comma 1 dell'art. 98 Cost., «*I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione.*», che vanno letti in coordinazione con l'art. 54 Cost. «*I cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche hanno il dovere di adempierle con disciplina ed onore, prestando giuramento nei casi stabiliti dalla legge.*»:

così il Presidente dell'Assemblea Costituente Umberto Terracini nella seduta del 4 marzo 1947 introduce l'inizio della discussione generale del progetto di Costituzione della Repubblica italiana: «La imminente discussione, onorevoli colleghi, deve assolvere — oltre che quello costituzionale — un altro compito, che non dirò gli sovrasta, ma certo gli sta a paro. Essa deve dare conforto a tutti coloro — e sono incommensurabilmente i più, fra il popolo italiano — che nell'istituto parlamentare vedono la garanzia maggiore di ogni reggimento democratico; a tutti coloro che, soffrendo in sé — nel proprio spirito — di ogni offesa ed ingiuria che venga portata contro il principio rappresentativo e gli istituti nei quali esso storicamente oggi s'incarna, vogliono però a buon diritto, e si attendono, che questi non vengano meno al proprio dovere: che non è solo quello di elaborare testi legislativi e costituzionali, ma anche di essere in tutti i propri membri esempio al Paese di intransigenza morale, di modestia di costumi, di onestà intellettuale, di civica severità; ed ancora — me lo si permetta — di reciproco rispetto, di responsabile ponderatezza negli atti e nelle espressioni, di autocontrollo spirituale ed anche fisico, di sdegnosa rinuncia ad ogni ricerca di facili popolarità pagate a prezzo del decoro e della dignità dell'Assemblea.»

²¹⁴ CFR, per una compiuta analisi, Corrado DEL BÒ, *Menzogne che non si possono perdonare ma nemmeno punire, alcune osservazioni filosofiche sul reato di negazionismo*, in *Criminalia* 2013, Ed. ETS, pagg. 285-298

meccanismi della *rieducazione*, come vorrebbe il comma 3 dell'art 27 Cost., quando è l'educazione che non ha funzionato o addirittura vi è stata cattiva educazione, il che non sempre è opera della famiglia.

4. Negazionismo: fattispecie specifica della “menzogna di Auschwitz”

Il negazionismo, si è visto, è un reato di recente introduzione che va ad aggiungersi a quelli storici di *apologia di delitto* e *istigazione all'odio razziale*, ricollegato però all'*unicità della Shoah*. Poiché chi nega l'Olocausto dice qualcosa di assurdo, nega l'evidenza, per estensione questo termine viene usato nel linguaggio corrente per tacciare di assoluta infondatezza alcune prese di posizione, così ultimamente il termine è stato spesso usato verso quel movimento che asseriva che la pandemia da Covid 19 fosse un complotto.

4.1. Il reato di negazionismo in Germania

Nel 1986 Israele per primo ha introdotto il delitto di negazionismo o di ridimensionamento dei crimini nazisti.

Il 28 ottobre del 1994 la Germania ha introdotto il reato *Auschwitzlüge*, aggiungendo un terzo comma al §130 c.p. tedesco. In tal caso il reato consiste nell'*approvazione, negazione o minimizzazione in pubblico o in una riunione «delle azioni commesse durante il periodo nazionalsocialista contemplate dal § 6 comma 1²¹⁵ del codice penale internazionale in maniera idonea a turbare la pace pubblica»²¹⁶*.

²¹⁵ § 6 Crimine di genocidio

Ai fini del presente Statuto, per crimine di genocidio si intende uno dei seguenti atti commessi con l'intento di distruggere, in tutto o in parte, un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso, in quanto tale:

- a) uccidere membri del gruppo;
- b) cagionare gravi danni all'integrità fisica o psichica di membri del gruppo;
- c) sottoporre deliberatamente persone appartenenti al gruppo a condizioni di vita tali da comportare la distruzione fisica, totale o parziale, del gruppo stesso;
- d) imporre e misure volte ad impedire le nascite all'interno del gruppo;
- e) trasferire con la forza bambini appartenenti al gruppo in un gruppo diverso.

²¹⁶ Matteo CAPUTO, *La “menzogna di Auschwitz”, le “verità del diritto penale”, la criminalizzazione del cd negazionismo tra ordine pubblico, dignità e sensi di umanità*, in *Diritto*

Prima della novella del 1994²¹⁷ i reati prefigurati nel §130 c.p. (istigazione all'odio razziale) si erano dimostrati insufficienti a colpire la fattispecie “*negazionismo*”²¹⁸. Il problema della impossibilità di applicare la norma esistente risiedeva nel fatto che la manifestazione delle idee negazioniste non sempre assumeva le forme previste da quegli articoli, la turbativa dell'ordine pubblico o l'uso di espressioni ingiuriose verso le vittime. Perciò, la facilità di diffusione di tali idee, facilitata anche dai *social network*, indusse il governo a prefigurare il delitto *per il solo fatto di negare* l'esistenza dei crimini nazisti.

Un aiuto in questo senso venne dalla Corte costituzionale tedesca che, giusto qualche mese prima della novella §130 c.p. (marzo 1994) aveva statuito che la *negazione della Shoah non fosse un'opinione ma un fatto* che nega una verità storica accertata (lo sterminio di esseri umani nelle camere a gas, in maggior parte ebrei e solo in quanto tali) perciò negare questa verità è un reato, quindi non rientra nella protezione di cui all'art. 5 della L.F. di Bonn²¹⁹, perché «*negare l'Olocausto significa negare la dignità e il diritto alla autocomprensione delle vittime e degli eredi*»²²⁰.

penale contemporaneo,2014
<https://www.penaleuomo.org/upload/1389084288CAPUTO%202014a.pdf>

<https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/1389084288CAPUTO%202014a.pdf>

²¹⁷ CFR Emanuela FRONZA, *Il negazionismo come reato*, Giuffrè ed. 2012, pagg. 31 e ss.

²¹⁸ Ivi, pag. 33. Si tratta del caso *Deckert I*. L'allora presidente del NPD, nel 1991, aveva invitato Fred Leuchter – famoso negazionista statunitense delle camere a gas – a tenere una conferenza in Germania, al quale fece da interprete, mostrando adesione alle tesi esposte. Subito dopo entrambi furono accusati di avere violato le disposizioni sul divieto di propaganda razzista. Nel 1992 Deckert fu processato e condannato (Leuchter era tornato negli Stati Uniti), ma la Corte federale di giustizia lo mandò assolto, poiché le pubblicazioni opinioni negazioniste di un'altra persona non costituiscono incitamento all'odio razziale.

²¹⁹ (1) Ognuno ha diritto di esprimere e diffondere liberamente le sue opinioni con parole, scritti e immagini, e di informarsi senza impedimento da fonti accessibili a tutti. Sono garantite le libertà di stampa e d'informazione mediante la radio e il cinema. Non si può stabilire alcuna censura.

(2) Questi diritti trovano i loro limiti nelle disposizioni delle leggi generali, nelle norme legislative concernenti la protezione della gioventù e nel diritto al rispetto dell'onore della persona.

(3) L'arte e la scienza, la ricerca e l'insegnamento sono liberi. La libertà d'insegnamento non dispensa dalla fedeltà alla Costituzione.

²²⁰ CFR. Giulio Enea VIGEVANI *Radici della Costituzione e repressione della negazione della Shoah*, in *Rivista Associazione Italiana Costituzionalisti*, n. 4 del 2014 pubblicata il 12/12/2014, pagg. 8-9 <https://www.rivistaaic.it/it/rivista/ultimi-contributi-pubblicati/giulio-enea-vigevani/radici-della-costituzione-e-repressione-della-negazione-della-shoah>

Come sopra rilevato, il co. 3 dell'articolo in parola prefigura tre tipi di condotta possibile: la *negazione*, l'*approvazione* e anche la *minimizzazione* dei crimini commessi dal regime nazionalsocialista nei modi descritti dal § 6 dello Statuto del tribunale penale internazionale. In pratica dalla lettura coordinata delle due norme, si evince che si vuol restringere il campo di applicazione della norma punitiva all'esaltazione o negazione o minimizzazione di ciò che avvenne nei campi di concentramento, anche operata da singole persone, in definitiva si vuol punire gli atteggiamenti propri del regime nazista. Altre fattispecie di condotte che non rientrano in questa tipologia trovano, eventualmente, copertura in altre norme qualora siano da qualificarsi come offese.

Viene da porre un paragone fra la costruzione dogmatica di questa norma con la disposizione costituzionale italiana della vietata ricostituzione del PNF e la legge attuativa (cd Legge Scelba) che vieta anche l'apologia del fascismo. Si sa che queste due fattispecie in sede di applicazione giurisprudenziale hanno avuto scarso successo, non solo o non tanto per effetto dell'art. 21 Cost., ma proprio come fattispecie incriminatrici che non soddisfano i requisiti di determinatezza, di offensività, di tassatività, di frammentarietà.

Come regimi dittatoriali ispirati al fascismo più prossimi al tempo attuale, si sono avuti quello franchista in Spagna (il più longevo in Europa e caduto fra il 1975 e 1978) e il regime dei colonnelli in Grecia (rovesciato nel 1971). Anche tali regimi, ovviamente, reprimevano il dissenso ma facendo ricorso, in prima istanza, a pesanti pene per reati di opinione, o, nel caso di recidiva, "*suicidavano*" i dissidenti: *unum castigabis, centum emendabis*.

Il legislatore tedesco, invece, isolando, proteggendo, delimitando la norma di cui al co. 3 del par. 130 c.p., ha descritto il nazionalsocialismo come regime che non possa darsi se non in collegamento con l'Olocausto, cioè se non si fosse verificato l'Olocausto il nazionalsocialismo sarebbe una *semplice* dittatura, perché non si trattò di eliminazione di dissidenti, ma dello sterminio di persone operato in ragione del fatto che erano nate. E, in realtà, chi nega o minimizza

l'Olocausto, intende ridurre il nazionalsocialismo ad una dittatura *qualsiasi*: un uomo solo al comando, dotato di particolari capacità taumaturgiche, che fa il bene della nazione, senza i fronzoli della democrazia. A fronte di tale tentativo di riduzione della brutalità del nazismo, la condotta punibile ex co. 3 del § 130 c.p. tedesco, ovvero la manifestazione in pubblico o in una riunione delle idee negazioniste, si pone come bene giuridico da proteggere la pace pubblica. Se tale bene protetto ha un'estensione spazio-temporale maggiore e più tangibile rispetto all'offesa alla memoria delle vittime o ai sentimenti dei superstiti e dei loro parenti, non di meno pone problemi di determinatezza. Cioè se le teorie negazioniste fossero manifestate in una riunione alla quale partecipano, per esempio, storici che hanno affermato l'esistenza e condannato l'Olocausto, la turbativa della pace pubblica sarebbe difficilmente dimostrabile. Ma anche nel caso cui queste teorie siano ribadite in un contesto i cui partecipanti sono nazisti o nazistoidi, c'è poco da turbare, perché il conferenziere che nega o minimizza non turba la pace pubblica più di quanto non sia stata già turbata dall'esserci un gruppo di persone che queste convinzioni già professano.

Comunque in qualsiasi modo si cerchi di sostanziare la turbativa della pace pubblica, a meno che non si risolva in problemi di ordine pubblico, nel senso di disordini, non è facile dimostrare in che senso la pace pubblica possa essere messa in pericolo. È ovvio che la Germania sia molto sensibile all'argomento, ma, in realtà, il reato di negazionismo difficilmente lo si riesce ad estrarre da quella categoria di reati puramente simbolici, perché la verità è nel fatto che il disvalore sta proprio nella *negazione*.

4.2. *Il reato di negazionismo in Francia*

A partire dall'anno 2000 la Francia ha varato una serie di leggi rivolte alla perpetuazione della *memoria* (o stimolare un sentimento condiviso) su drammatici accadimenti storici²²¹. Nei regimi democratici, si è detto, legiferare sulla

²²¹ Maria Francesca BENVENUTO, *Sulla dichiarazione di illegittimità costituzionale della legge francese che incrimina la contestazione dell'esistenza dei genocidi "riconosciuti come tali dalla legge francese"*, *Diritto penale contemporaneo*, 21 marzo 2012: «(...) lois

storia non è mai una buona idea²²², il rischio è quello di tacciare di eresia le eventuali e certamente non infrequenti letture diverse della storia medesima: insomma il *MinCulPop* ha senso solo nei regimi dittatoriali.

La prima legge a prevedere un reato legato a manifestazioni di tesi negazioniste dei crimini contro l'umanità è stata la *Loi Gayssot* del 1990 che è intervenuta a modificare la legge sulla stampa del 1881. Anche qui la necessità di un intervento così drastico si ravvisò a seguito della diffusione di scritti sulla negazione dell'esistenza delle camere a gas, iniziata negli anni Settanta²²³.

Da premettere che il preambolo alla Costituzione francese attribuisce valore di diritto positivo alla *Dichiarazione dei diritti fondamentali dell'uomo e del cittadino del 1789* la quale, all'art. 11, asserisce che la libera manifestazione del pensiero è fra i diritti più preziosi ma, nondimeno, è un diritto del quale non si può abusare²²⁴.

mémorielles, ... mirano a commemorare e riconoscere un evento storico particolarmente drammatico, evitandone la caduta nell'oblio. Tra esse si annoverano: la legge *Gayssot* del 13 luglio 1990 (che prevede l'incriminazione degli atti razzisti, antisemiti e xenofobi); la legge del 29 gennaio 2001 sul "riconoscimento del genocidio armeno del 1915"; la legge *Taubira* del 21 maggio 2001 sul riconoscimento della "tratta e della schiavitù quali crimini contro l'umanità" e la legge del 23 febbraio 2005 sul riconoscimento della "Nazione e contribuzione nazionale in favore dei francesi rimpatriati"» <https://archiviodypc.dirittopenaleuomo.org/d/1350-sulla-dichiarazione-di-illegittimita-costituzionale-della-legge-francese-che-incrimina-la-contestaz>

²²² Luciano CANFORA, *Il fascismo non è mai morto*, Ed. Dedalo, 2024. La Francia, nella parte non occupata dai nazisti, era sotto il governo collaborazionista Pétain con capitale a Vichy (*État National*): «Ancora nel 1992 le autorità francesi vietavano, a figli o discendenti delle vittime dell'antisemitismo omicida di Vichy, di avere accesso ai documenti relativi a quel capitolo vergognoso e rimosso della Shoah. (...) il governo di Vichy continuava a far partire [treni] verso i Lager della morte quando ormai il regime stava crollando e si volevano "cancellare le tracce" su suolo francese», pag. 35

²²³ Emanuela FRONZA, *Profili penalistici del negazionismo*, in DIDPP, Anno XLII, Fasc. 3, 1999, «Il filone negazionista, diffusosi in [Francia] soprattutto dalla fine degli anni '70, sotto l'impulso di Robert Faurisson e di Paul Rassinier, ha assunto dimensioni sempre più vaste, rivelandosi più frequente degli episodi di antisemitismo, che sebbene gravi sembrano più rari», pag. 1056.

²²⁴ Art. 11 Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e del cittadino: *La libera manifestazione dei pensieri e delle opinioni è uno dei diritti più preziosi dell'uomo; ogni cittadino può dunque parlare, scrivere, stampare liberamente, salvo a rispondere dell'abuso di questa libertà nei casi determinati dalla Legge*

L'ambito di operatività della legge francese sul negazionismo del 1990 è delimitato dal richiamo allo Statuto del Tribunale internazionale militare²²⁵ dove, all'art. 6, elenca il tipo di reati contestati ai gerarchi del regime nazista (*crimini contro la pace, crimini di guerra, crimini contro l'umanità, perpetrati dalle potenze dell'Asse*²²⁶). Infatti, la norma che istituisce il reato di negazionismo (art. 9 *Loi Gayssot*) prevede di punire coloro “*contestano l'esistenza di uno o diversi crimini contro l'umanità come definiti dall'articolo 6 dello Statuto del Tribunale Militare Internazionale allegato all'Accordo di Londra dell'8 agosto 1945 e che furono commessi dai membri di un'organizzazione dichiarata criminale in applicazione dell'art. 9 Statuto medesimo, ovvero da persona colpevole di tali reati da Giurisdizione francese o internazionale*”²²⁷.

Quindi la negazione riguarda specifici avvenimenti sottoposti al giudizio del Tribunale di Norimberga e da detto tribunale accertati nella loro esistenza, come anche, sempre in relazione agli stessi reati a suo tempo rilevati da un tribunale francese o internazionale.

²²⁵ Patto di Londra e Statuto del Tribunale internazionale militare di Norimberga (1945)

²²⁶ «Articolo 6. Il Tribunale istituito in base all'Accordo menzionato nel precedente articolo 1 per il giudizio e la punizione dei grandi criminali di guerra dei paesi europei dell'Asse sarà competente a giudicare e punire tutti coloro che, agendo per conto dei Paesi Europei dell'Asse, avranno commesso sia individualmente, sia quali membri di una organizzazione, uno dei delitti seguenti.

Gli atti sotto menzionati, o uno qualunque di essi, costituiscono crimini sottoposti alla giurisdizione del Tribunale e comportano una responsabilità individuale:

- a) Crimini contro la pace: (...)
- b) Crimini di guerra: (...)
- c) Crimini contro l'umanità: (...)

I dirigenti, gli organizzatori, gli istigatori o i complici che abbiano preso parte alla elaborazione o all'esecuzione di un piano concertato o di un'intesa criminosa per commettere uno qualunque dei crimini sopra definiti, sono responsabili di tutti gli atti compiuti da parte di qualsiasi persona in esecuzione di tale piano.»

²²⁷ L'art 9 della Loi Gayssot modifica l'art. 24 bis della Legge 29 luglio 1881 francese sulla libertà di stampa che recita: «Seront punis des peines prévues par le sixième alinéa de l'article 24 ceux qui auront contesté, par un des moyens énoncés à l'article 23, l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité tels qu'ils sont définis par l'article 6 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945 et qui ont été commis soit par les membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'article 9 dudit statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale »

Successivamente, in Francia, con la *legge 29 gennaio del 2001* venne riconosciuto il *genocidio degli armeni del 1915*. Anche qui, come sembra ovvio, al dovere della *memoria* è poi seguita, nel 2006, una proposta di legge, approvata dall'Assemblea Nazionale nel 2012, che elevava a reato la *contestazione* o la *minimizzazione oltraggiosa* del crimine di genocidio²²⁸ che tale fosse stato riconosciuto da un tribunale francese.

Il *Conseil constitutionnel*, in un giudizio preventivo di legittimità, giudicò incostituzionale questa legge per violazione dell'art. 11 della *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e del cittadino*, poiché difettava del requisito di un giudizio da parte di un tribunale internazionale come era stato per il processo di Norimberga; quindi, non era assimilabile alla *Loi Gayssot* sebbene si ponesse anch'essa lo stesso obiettivo ma con riferimento ad un evento differente.

In realtà, però, la dichiarazione di incostituzionalità ha ben altra valenza. La legge sul reato di negazionismo del genocidio degli armeni sembrava quasi introdurre la regola dello "*stare decisis*" nello scrivere la storia. Si può facilmente immaginare la sorte che sarebbe toccata all'autore di un libro che avesse diversamente argomentato su un fatto storico sul quale era intervenuta la sentenza di un tribunale. Sul versante più propriamente giuridico è stato rilevato che il *negazionismo* di cui si occupa la *Loi Gayssot* è riferito quantomeno, a parte ogni altra eccezione, ad un processo che si svolse con degli imputati, con

²²⁸ Il crimine di genocidio è descritto nel *code pénal* francese dall'art. 211-1 «Genocidio è l'atto, in esecuzione di un piano concordato volto alla distruzione totale o parziale di un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso, o di un gruppo determinato sulla base di qualsiasi altro criterio arbitrario, di commettere o provocare uno dei seguenti atti da commettere contro i membri di questo gruppo:

- danno intenzionale alla vita;
- grave lesione all'integrità fisica o psichica;
- sottomissione a condizioni di vita suscettibili di comportare la distruzione totale o parziale del gruppo;
- misure volte a prevenire le nascite;
- trasferimento forzato di figli.

Il genocidio è punibile con l'ergastolo.

Al reato previsto dal presente articolo si applicano i primi due commi dell'articolo 132-23 relativi al periodo di sicurezza.»

testimoni ed in contraddittorio fra le parti; per quanto riguarda la valutazione del genocidio sugli armeni, a parte la legge commemorativa, verosimilmente non vi sono né imputati e nemmeno testimoni da ascoltare. Cioè il processo si svolgerebbe fra l'imputato *negazionista* di un evento storico e la pubblica accusa, la quale dovrebbe dimostrare, in base ad una sua ricostruzione storica, la falsità delle idee dell'imputato negazionista e il giudice avrebbe dovuto emettere una sentenza scrivendo la storia. Oltre a ciò, sulla base di questa sentenza gli altri tribunali, eventualmente aditi per casi della stessa specie, avrebbero dovuto formulare un atto di accusa sulla base di una sentenza del primo tribunale decidente.

Ovviamente, come detto, tale legge non superò il giudizio di legittimità costituzionale in quanto lesiva di diversi articoli della *Dichiarazione universale dei diritti*²²⁹, perché, in primo luogo, sarebbe paradossale che un tribunale contesti quale reato una lettura della storia, in secondo luogo, ed in genere, un tribunale applica la legge non introduce reati²³⁰. Operando in tal modo sarebbe difficile trovare argini alla fantasia punitiva di governi e legislatori. Prendendo questo o quell'accadimento tragico in questa o quella parte del mondo e associando all'evento medesimo l'ideologia politica alla quale si richiama il regime

²²⁹ Maria Francesca BENVENUTO, *Sulla dichiarazione di illegittimità costituzionale della legge francese che incrimina la contestazione dell'esistenza dei genocidi "riconosciuti come tali dalla legge francese"*, *Diritto penale contemporaneo*, 21 marzo 2012 «Il Conseil ritiene, infatti, che una disposizione legislativa che abbia per oggetto puramente di "riconoscere" un crimine di genocidio non sarebbe rivestita della portata normativa che, al contrario, dovrebbe necessariamente caratterizzare la legge; cassa, dunque, la *loi* in esame, in quanto in contrasto con l'art. 6 della Dichiarazione e di rimando in contrasto con la libertà di espressione e comunicazione. Inoltre, si ritengono assorbiti in questa violazione 'a catena' tutti i motivi di censura che erano stati rilevati dai Parlamentari nella *saisine: in primis*, la violazione del principio di legalità della legge penale (così come espresso dall'art. 8 della Dichiarazione); poi, il conseguente principio di necessità delle pene (art. 9); la separazione dei poteri (art. 16); la libertà di ricerca quale ulteriore aspetto della stessa libertà di espressione; il principio di uguaglianza (in quanto la legge, nel connettere ad un rinvio arbitrario e generico la definizione di "genocidi", comporterebbe un'ingiustificata differenza di trattamento delle stesse vittime); ed infine, il libero esercizio dell'attività dei partiti politici (art. 4 Cost.).»

²³⁰ V. sull'argomento Marta TOMASI, *Il caso Pastörs v. Germany: un nuovo tassello nell'inquadramento delle multiformità del negazionismo in Europa*, DPCE, Sentenza 3 ottobre 2019, ric. N. 55225/14 Pastörs v. Germania, pagg. 3089 - 3103 <https://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/868>

sotto il quale questi eventi si sono verificati, rimarrebbero ben poche correnti filosofico-politiche legali, o forse nessuna o solo una.

Questo invita ad una riflessione: dell'enormità della Shoah è necessario perpetuare la memoria, ma quello fu l'effetto di un pensiero criminale che si chiamava e si chiama nazifascismo che coinvolse in una guerra, con milioni di morti, il mondo intero sino ad arrivare all'uso dell'arma atomica. Sotto questo aspetto, il pericolo è quello che si perda il senso di specificità del nazifascismo, che è una fattispecie contemporanea di brutalità dittatoriale, non una tirannia monocratica di *antico regime*, come ancora esistono al mondo. Il nazifascismo fu un pensiero politico condiviso basato sul consenso, ciò che rende concretamente attuale una sua riedizione: i "ricordi", le "memorie" sono *monete* ad alto rischio inflazionistico, ogni regime può coniare le sue, così la *Shoah* finirebbe per essere una delle tante che opera sul mercato dei sentimenti come qualsiasi altra moneta che ha corso legale²³¹!

Lo si è visto con la Direttiva Quadro 2008/913/GAI in cui, nei paesi dell'ex blocco sovietico si è infilato di tutto. Ciò ha dato la stura ad un'ondata revisionista che anche in Italia, paese dove è nato il fascismo, e che il fascismo ha esportato in ogni luogo del mondo, il cui trasversalismo è preoccupante, ha messo sullo stesso piano carnefici e vittime e sovente ne ha invertito i ruoli²³².

²³¹ Come dicono, e commemorano, i neofascisti in Italia, "anche noi abbiamo i nostri morti da piangere"!

²³² Si veda la recensione al libro di Pansa, *Il sangue dei vinti*, su Avvenire on-line del 14 gennaio 2020, di Agostino Giovagnoli: *Pansa, quella visione controcorrente*: «(...) ha finito per spingere verso una liquidazione complessiva di tutto l'antifascismo. Tale liquidazione ci ha lasciato tutti più deboli e indifesi: è come se avessimo smesso di vaccinarci contro una malattia pericolosa. Il fascismo, infatti, non è oggi un problema lontano e in definitiva irrilevante, anche se molti negano la sua esistenza o ne contestano la pericolosità. La strage di settantadue giovani a Utøya, in Norvegia, compiuta da Anders Breivick nel 2011 e quella di cinquanta immigrati musulmani realizzata da Brenton Tarrant del 2019 in Nuova Zelanda hanno avuto esplicite matrici fasciste.» <https://www.avvenire.it/agora/pagine/pansa-quella-visione-controcorrente>

4.3. Il reato di negazionismo in Spagna

La Spagna, ultima delle nazioni europee ad affrancarsi dalla dittatura *fascio-franchista* nel 1978, ha oggi una Costituzione ispirata a quella italiana e alla Legge Fondamentale di Bonn²³³. La Corte costituzionale spagnola ha operato una distinzione fra “*negazionismo*” e “*giustificazione*” circa i delitti riferiti a quelli condannati a Norimberga, dichiarando incompatibile l’incriminazione del negazionismo con l’art. 20 *lett. a)*²³⁴ della Costituzione spagnola.

La *Ley organica* 10/2005 aveva introdotto l’art. 607, co. 2, del *código penal* che mirava “*a reprimere la diffusione con qualsiasi mezzo di idee o dottrine o la giustificazione di crimini miranti a distruggere totalmente o parzialmente un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso o che siano rivolte a riabilitare regimi o istituzioni che generano pratiche di genocidio*”.

Sempre nel codice penale spagnolo vi è invece un’altra norma, art. 501, co. 1, che reprime i reati di *istigazione*²³⁵ «*alla discriminazione, all’odio o alla violenza contro gruppi o associazioni, per motivi razziali, antisemiti o ideologici, a causa di religioni o credenze, situazioni familiari, o per l’appartenenza dei membri ad una etnia o razza o ancora per ragioni legate alle origini nazionali, all’infermità o ad altre menomazioni fisiche*»²³⁶.

²³³Federico PALLONE, Pablo Iglesias attacca Vox in Parlamento, su *Giornalettismo.com*, 2 maggio 2020 <https://www.giornalettismo.com/pablo-iglesias-vox-fascisti-parassiti/>

²³⁴ Articolo 20 Costituzione spagnola: Si riconoscono e tutelano i diritti:

a) a esprimere e diffondere liberamente il pensiero, le idee e le opinioni per mezzo della parola, degli scritti o con qualunque altro mezzo di riproduzione (...)

²³⁵ Corrado CARUSO, *Tra il negare e l’istigare c’è di mezzo il giustificare. La problematica distinzione del Tribunale Costituzionale spagnolo (commento alla sent. n. 235/2007)*, 3 aprile 2008: «Il codice spagnolo definisce cosa debba intendersi per istigazione ed apologia, (...)

L’art. 18 c.p. descrive l’istigazione come quel comportamento volto ad incitare direttamente per mezzo della stampa, della radiodiffusione o di qualsiasi altro mezzo di efficacia simile, la *publicidad a la perpetracion de un delito*. Al contrario, il II comma dello stesso indica l’apologia sanzionabile penalmente come quella forma di esaltazione del delitto diretta a perpetuare una fattispecie criminale (concetto assai simile a quell’istigazione indiretta con cui la nostra Corte -sent. 65/1970- ha individuato le condotte apologetiche rilevanti penalmente).»

²³⁶ Corrado Caruso, *Tra il negare e l’istigare c’è di mezzo il giustificare. La problematica distinzione del Tribunale Costituzionale spagnolo (commento alla sent. n. 235/2007)*, 3 aprile 2008. In *forumcostituzionale.it*, https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/telescopio/0003_caruso.pdf

La novità, dunque, consiste nell'introduzione del reato di *diffusione di idee* per le quali era già configurato il reato di istigazione. In base all'art. 607, co. 2, c.p. spagnolo ad un libraio, specializzato nella vendita di stampe negazioniste, furono comminati due anni di arresto²³⁷.

In sede di appello si era posta la questione di legittimità costituzionale, poiché reprimere la semplice diffusione a mezzo stampa di idee negazioniste anticipava la tutela penale in maniera non compatibile con la concretezza del pericolo. Fra l'altro, la tesi a difesa dell'Avvocatura dello Stato sulla norma impugnata confermava che la negazione o la giustificazione erano *potenzialmente* in grado di porre in pericolo beni giuridici di massima importanza per l'ordinamento spagnolo, perciò, in questa prospettiva, la diffusione di idee antisemite e negazioniste non potevano godere della protezione di cui all'art. 20 *lett. a)* della Costituzione. Con sent. 235/2007, la Corte costituzionale spagnola dichiarò che la diffusione, anche a mezzo stampa, di idee *negazioniste*, poiché non idonea a configurare il reato di istigazione o di apologia, rientrasse nella tutela della libera manifestazione del pensiero. Diversamente invece la Corte argomentò per la *giustificazione* del crimine di genocidio, sempre nella forma perpetrata dal regime nazifascista, perché in tal caso non solo si è coscienti che lo sterminio sia avvenuto ma lo si considera giusto. In realtà, la distinzione è capziosa perché il negazionista non è raffinato fino a questo punto.

Si pone, inoltre, un altro problema: è più pericoloso un pensiero che *giustificativo*, il quale può anche trovare un pubblico che considera tale fatto repellente rispetto ad un pensiero *negazionista*, che, invece, operando in maniera pseudo-scientifica può inoculare l'idea che il nazismo non fu altro che un evento qualunque. In realtà, in materia di bilanciamento dei valori costituzionalmente protetti la giurisprudenza del Tribunale costituzionale spagnolo è stata abbastanza

²³⁷ Il caso sottoposto alla valutazione della Corte era una sentenza di condanna in primo grado di un libraio specializzato nella vendita di stampe che negavano l'Olocausto oltreché di chiaro orientamento antisemita.

ondivaga. Nella sentenza 214 del 1991 aveva affermato che «né la libertà di pensiero, né la libertà di espressione possano essere intese in senso assoluto e che esse non “includono il diritto a porre in essere manifestazioni, espressioni o campagne di carattere razzista o xenofobo” ponendosi queste esternazioni in contrasto con altri beni costituzionali, come la dignità umana»²³⁸ (e la norma dell’art. 607, co. 2 sembrava essere coerente con questa sentenza), mentre nella sentenza n. 176/1995 aveva statuito, non per il fatto del “*negazionismo*”, ma relativamente ai valori cui la Costituzione si ispira che essa «*protegge anche chi la nega*».

Evidentemente, dunque, il “*negazionismo*” in sé non lede alcun bene giuridico meritevole di tutela costituzionale o, quanto meno, rimane indimostrata la sua capacità di creare un pericolo, sia pur astratto; perciò, la previsione come reato anticiperebbe di molto la tutela.

Partendo dall’assunto, questo sì difficilmente contestabile, che quanto di bene e di male esiste nel mondo lo si deve esclusivamente alle scelte politiche, tentare di mettere a riparo i prodotti avariati della politica attraverso la legge penale è ciò che si è sempre fatto nella storia: esternalizzare la cura dei malesseri sociali alle agenzie repressive. In fin dei conti cosa di diverso facevano i regimi dei cui crimini oggi si criminalizza la negazione?

4.4. *Considerazioni*

Si sono analizzati in via paradigmatica tre esperienze, con diverso grado di intensità e di collaborazione, che hanno avuto a che fare con regimi nazifascisti. Pur in una sostanziale uniformità di principi e valori costituzionali adottati all’indomani della caduta dei medesimi, c’è chi come la Germania tenta di punire specificamente il negazionismo e, nel tentativo di sottrarre il reato a valori che via via possono perdersi con il decorrere del tempo, pone come bene

²³⁸ Marta TOMASI, *Il caso Pastörs v. Germany: un nuovo tassello nell’inquadramento delle multiformità del negazionismo in Europa*, DPCE, Sentenza 3 ottobre 2019, ric. N. 55225/14 Pastörs v. Germania, pagg. 3101

giuridico leso il turbamento della “*pace pubblica*”, concetto molto più ampio dell’ordine pubblico. Probabilmente proteggendo tale bene giuridico si intende che il popolo tedesco può vivere in pace se, e solo se, riconosce i crimini del nazionalsocialismo come qualcosa di unico e irripetibile.

Dall’altro lato si ha la Francia che fu “*gratuitamente*” complice con il nazismo per via del “*governo di Vichy*” ma fu onorata, nonostante tutto e in maniera scandalosamente non comprensibile, dello *status* di potenza non cobelligerante e vincitrice. Forse proprio per questo inconfessabile complesso di colpa, in modo abbastanza goffo, ha tentato, come si è visto, perseguendo strade avventurose e in contrasto con lo Stato di diritto, di stabilire per via giudiziaria le complesse vicende della storia.

Infine, la Spagna, con una lunga dittatura che almeno per quanto riguarda complicità in termini di “*rastrellamento di ebrei*”, allo stato attuale delle conoscenze, non sembra aver avuto complicità. Per cui se la giustificazione dei crimini dell’Olocausto può assumersi all’interno della categoria dell’apologia, non ritiene, a giudizio del Tribunale costituzionale, di spingere la tutela fino alla fase del mero negazionismo.

Risulta pertanto una eterogeneità delle condotte incriminabili all’interno di paesi che ad oggi fanno parte dell’Unione Europea. Perciò, in considerazione della libertà di circolazione, un cittadino italiano che in un paese dell’est europeo si trovi a protestare contro commemorazioni nazifasciste rischia undici anni di galera, essendo incriminato di associazione a delinquere e di appartenenza ad un gruppo antifascista (*sic!*)²³⁹.

Se xenofobia e razzismo, frutto di pure convinzioni personali o anche del terrore della pianificata “*sostituzione etnica*” teorizzata da Kalergi, recentemente rilanciata quale minaccia alla razza bianca e italica da esponenti

²³⁹ V. il caso di Ilaria Salis detenuta e incatenata, Mario DI VITO, *Ilaria Salis: due attacchi a tre neonazi, ma soltanto ferite leggere, Le accuse della procura di Budapest. Gli episodi avvenuti durante il Giorno dell’onore Usati bastoni telescopici, martelli di gomma e spray. Gli inquirenti contestano anche l’appartenenza a un gruppo antifascista tedesco*, su il manifesto, 2 febbraio 2024

dell'attuale governo²⁴⁰, possono sfociare in atti concreti di discriminazione perseguibili in quanto tali, per quanto riguarda il reato di negazionismo esiste sicuramente il problema di individuare le specifiche caratteristiche del reato²⁴¹. Infatti, a livello di paesi europei vi sono posizioni differenziate per individuare il bene giuridico protetto che può essere l'ordine pubblico, la pace pubblica, la dignità umana: è difficile trovare un bene giuridico da proteggere che metta tutti d'accordo a meno che non si voglia rievocare il reato di eresia.

Nondimeno, ancora più varia è la categoria della *condotta* che può essere apologetica, di approvazione, di giustificazione, di negazione, di minimizzazione, di messa in discussione dei fatti, anche mettere in dubbio, come pur si è anche fatto, il coinvolgimento diretto di Hitler nel genocidio.

A questa varietà di norme incriminatrici, poi, fanno riscontro le varie teorie interpretative in sede di applicazione nei giudizi di merito e non di rado si perviene al controllo di costituzionalità, il cui parametro è il limite alla libera manifestazione del pensiero. In quest'ultimo caso, poiché si tratta di diritti umani per i paesi firmatari della Convenzione EDU, concluso il giudizio nazionale, non di rado, si richiede la verifica da parte del Tribunale di Strasburgo.

Insomma, anche in questa materia l'Europa dimostra i suoi difetti costitutivi, le cui scelte politiche ed economiche non sono certo secondarie rispetto alla deflagrazione del fenomeno al quale si tenta di dare una risposta invitando ad

²⁴⁰ Roberto CICCARELLI, «Sostituzione etnica»: *il fantasma di una teoria infondata e proteiforme*, il manifesto, 19 aprile 2023: «Il 6 ottobre 2016 è stato il turno di Giorgia Meloni. Allora accusò un governo Renzi-Alfano di “prove generali di sostituzione etnica in Italia”. È la stessa persona che oggi siede a Palazzo Chigi ma non ha letto cosa è scritto sul sito della presidenza del Consiglio. Alla voce “pregiudizi antisemiti” si cita una variante della «sostituzione etnica», il cosiddetto e infondato “Piano Kalergi” secondo il quale esisterebbe “un piano d’incentivazione dell’immigrazione africana e asiatica verso l’Europa al fine di rimpiazzarne le popolazioni. La teoria trova credito soprattutto in ambienti di estrema destra (nazionalisti, sovranisti e separatisti)”. Proprio quelli che oggi sono al governo. È a questi discorsi che ha fatto riferimento ieri Francesco Lollobrigida, ministro dell’agricoltura, quando ha ribadito che “non possiamo arrenderci all’idea della sostituzione etnica: gli italiani fanno meno figli e li sostituiamo con qualcun altro”».

²⁴¹ V. sull'argomento Marta TOMASI, *Il caso Pastörs v. Germany: un nuovo tassello nell'inquadramento delle multiformità del negazionismo in Europa*, DPCE, Sentenza 3 ottobre 2019, ric. N. 55225/14 Pastörs v. Germania, pag. 3097

ampliare, come ogni *buon* Stato autoritario, gli spazi di intervento del codice penale. Ma, al tempo stesso, l'Unione Europea rimane balzubiente su punti decisivi non riuscendo, nella defatigante opera di mediazione fra l'eterogenea concezione della democrazia che informa gli Stati membri, a trovare coordinate che traccino una rotta comune, perciò è costretta a navigare a vista senza poter distinguere fra le acque agitate di un *pensiero differente* rispetto al *mainstream* e quelle rotte che portano direttamente nel porto della barbarie. Sicché, a fronte «di una comune tendenza punitiva, si rinvergono differenze significative tra le varie disposizioni riguardanti *le condotte punibili, l'oggetto della negazione e l'individuazione del bene giuridico protetto*. Emerge dunque un'Europa *a geografia variabile*, in cui, nonostante l'esistenza di norme internazionali in questo settore e di principi generali in materia penale cristallizzati nelle Carte Costituzionali e nei Codici penali, è vano ricercare un'uniformità di realizzazioni, pur di fronte ad esigenze e ad una tipologia di risposta comuni»²⁴².

5. La giurisprudenza della Corte EDU

I riferimenti normativi che riguardano il rapporto fra reato di negazionismo e la libera manifestazione del pensiero, com'è noto, sono l'art. 10 e 17 della CEDU. La portata dell'art. 10, primo comma, è stata descritta in una sentenza della Corte del 1976, «(...) la libertà di espressione costituisce uno dei fondamenti essenziali di una società democratica, una delle condizioni basilari per il suo progresso e per lo sviluppo di ogni singola persona. Salvo quanto previsto dall'art. 10, n. 2, la libertà di espressione è applicabile non solo in relazione all'informazioni o alle idee accolte con favore o considerate come inoffensive od indifferenti, ma anche a quelle che urtino, sconvolgano od inquietino lo Stato o una parte della popolazione: tale impostazione è imposta dal pluralismo, dalla

²⁴² Emanuela FRONZA, *Il negazionismo come reato*, Ed. Giuffrè, 2012, pag. 17.

tolleranza e dallo spirito di apertura senza i quali non vi è una società democratica»²⁴³.

Nel brano della sentenza citato il caso preso in considerazione riguardava questioni legate al buon costume o al comune senso del pudore, non crimini di guerra. Poi, comunque, nonostante questa definizione dell'ampiezza della libera manifestazione del pensiero, la Corte non ravvisò motivi di lesione del diritto, poiché il tribunale inglese era il migliore interprete dei locali concetti di buon costume e comune senso del pudore.

Dagli artt. 10, co. 1, CEDU e 19 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani ONU del 1948 si evince l'importanza che gli organismi internazionali hanno dato alla libertà di espressione all'indomani della caduta delle dittature nell'Europa occidentale. Questo è diritto fondamentale e servente rispetto ai diritti umani, sia per l'esercizio dei diritti politici e sociali che per la specifica funzione affidata ai *media (public watchdog)* di essere erogatori di informazioni non censurate o non censurabili²⁴⁴.

È rilevante a tale proposito, però, sottolineare che l'intervento della Corte EDU non è da concepirsi come ulteriore grado di giudizio rispetto al giudicato dei paesi firmatari della Convenzione. Aderendo alla Convenzione EDU gli Stati aderenti si sono impegnati ad attenersi al rispetto dei diritti umani poiché ogni "*persona sottoposta alla giurisdizione delle parti contraenti gode di diritti*

²⁴³ Sentenza *Handyside v. United Kingdom*, ric. n. 5493/72, 7 dicembre 1976, par. 49: The Court's supervisory functions oblige it to pay the utmost attention to the principles characterising a "democratic society". Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of such a society, one of the basic conditions for its progress and for the development of every man. Subject to paragraph 2 of Article 10 (art. 10-2), it is applicable not only to "information" or "ideas" that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the State or any sector of the population. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no "democratic society".

²⁴⁴ CFR Pierpaolo GORI, *Libertà di manifestazione del pensiero, negazionismo, hate speech*, in *Questioni di giustizia*, Gli speciali di Questioni di giustizia, aprile 2019, La Corte di Strasburgo, pagg. 447-457 https://www.questionegiustizia.it/data/speciale/pdf/32/qg-speciale_2019-1.pdf

e di libertà” (art. 1 CEDU), diritti che sono elencati nella Parte prima della Convenzione²⁴⁵.

Il secondo comma dell’art. 10 CEDU riguarda la limitazione ad una così ampia libertà di manifestazione del pensiero, però in un’ottica di bilanciamento degli interessi, quali, ad esempio la sicurezza nazionale, la salute pubblica, informazioni riservate, la reputazione e i diritti altrui, ma vi è anche il riferimento alla pubblica sicurezza e all’ordine e alla prevenzione dei reati. Tuttavia, quando adita, la Corte EDU ha dimostrato molta prudenza nel negare la copertura dell’art. 10, co. 1, CEDU

La Corte nell’applicazione dell’art. 10, co. 1, in via preliminare verifica se la sentenza del tribunale nazionale abbia interferito con la libera manifestazione del pensiero. Se interferenza vi è stata, va a verificare se il bene giuridico tutelato, che ha indotto a limitare la libertà di manifestazione del pensiero, risponda ai requisiti previsti dal secondo comma del predetto articolo.

La Corte verifica se la limitazione imposta abbia un fondamento legale, ovvero se nell’ordinamento dello Stato, vuoi per legge o fonte ad essa subordinata o per recezione di norme di diritto internazionale, sia esistente una norma prevalente rispetto alla sentenza (si pensi alle concessioni per le frequenze radiotelevisive, alle autorizzazioni del tribunale per la stampa periodica o a limitazioni che riguardano l’età degli utenti, etc.). Ad ogni modo si tratta di limitazioni che devono essere conosciute o conoscibili per potersi dire che si sono superati i limiti alla libera manifestazione del pensiero e, quindi, che l’agente sia stato colpevole consapevolmente.

In secondo luogo, verificata l’esistenza della previsione legislativa, si indaga sulla necessità o necessarietà del limite imposto alla libera manifestazione del pensiero o se, magari, vi sia uno specifico obbligo imposto allo Stato,

²⁴⁵ La Convenzione EDU è riportata al seguente indirizzo internet sul sito della Presidenza del Consiglio: https://presidenza.governo.it/CONTENZIOSO/contenzioso_europeo/documentazione/Convention_ITA.pdf

insomma si indaga sulla legittimità di una tale limitazione, ovvero si verifica se la norma limitatrice non sia arbitraria. Si verifica, altresì, che non vi sia interferenza fra diritti contrapposti. In Italia, per esempio, si è manifestato un conflitto fra il *diritto di accesso agli atti* e il diritto del giornalista di tenere riservate le proprie fonti di informazione²⁴⁶.

Infine, appurata la legittimità della limitazione, la Corte in maniera decisiva compie la verifica se la sia pur legittima interferenza sia necessaria in uno Stato democratico²⁴⁷.

5.1. Negazionismo e art. 17 CEDU

Posto che, nella quasi totalità dei casi, i negazionisti sono nazisti, non si va lontano dal vero se si dice che se nel *foro esterno* sono negazionisti nel *foro interno* sono sicuramente giustificazionisti o apologeti. La necessità di intervento penale basata su una *negazione*, non su un'asserzione, è legata all'ampliamento della platea nei confronti della quale il cd *storico* negazionista si pone ormai come ideologo.

In materia di reato di negazionismo, quando adita da coloro che invocavano la lesione della libertà di manifestare il pensiero, la Corte sembrava essersi posta nella stessa prospettiva della Corte costituzionale tedesca, la quale, come si è già visto, ha distinto fra “*fatti*” e “*opinioni*”. Se *opinabili* sono, appunto, le opinioni quando, invece, si *negano i fatti* in cui si è sostanziata la Shoah, non è

²⁴⁶ Si pensi all'incredibile sentenza del TAR Lazio 2021, aveva contrapposto al diritto del giornalista di non rivelare le fonti il diritto di accesso agli atti da parte della persona coinvolta nel servizio televisivo, incredibilmente difesa anche da altri magistrati. V. sul caso: *Report e la sentenza del Tar Lazio: quali esiti per la libertà di stampa? Quali sono le implicazioni sulla libertà di stampa in Italia a seguito di una recente amministrativa sentenza del Tar del Lazio sul "caso Report"?* di Chiara EVANGELISTA, 24 gennaio 2022, https://www.treccani.it/magazine/agenda/articoli/istituzioni/evangelista_Tar_Lazio.html; Magistrati Amministrativi: *Report: le ragioni del Tar non ledono il giornalismo*, 22 giugno 2021, <http://magistratiamministrativi.it/report-le-ragioni-del-tar-non-ledono-il-giornalismo/>; ANSA: *Il Tar "Report sveli le fonti", Rai in rivolta*, 19/06/2021, <https://www.ansa.it/sito/notizie/cultura/2021/06/19/il-tar-report-sveli-le-fonti-rai-in-rivolta-d3470915-c3ce-4c6b-b5eb-0837eba9266f.html>

²⁴⁷ Per una completa analisi de “*I tre livelli della revisione effettuata dalla Corte*”, vedi Pierpaolo GORI, Libertà di manifestazione del pensiero, negazionismo, hate speech, in *Questioni di giustizia*, Gli speciali di *Questioni di giustizia*, aprile 2019, La Corte di Strasburgo, pag. 450

possibile accedere allo scrutinio della vicenda ai sensi dell'art. 10 (che prevede un bilanciamento fra diritti). In tal caso la Corte si dichiara incompetente, *ratione materiae*, poiché l'art. 17 CEDU esclude che si possa abusare di un diritto umano, nella fattispecie la *libertà di dire*, per “*distruggere altri diritti o libertà riconosciuti*” dalla Convenzione medesima²⁴⁸.

La Shoah è un *fatto storico accertato*, la sua negazione non è un'opinione, cioè non è un giudizio di valore, ma l'attestazione di una falsità. La negazione, fra l'altro dovuta a malafede, mette in dubbio che in Europa siano stati *rastrelati* su specifica disposizione del capo del partito nazionalsocialista degli appartenenti ad un popolo, quindi per motivi razziali, oltre ad altre persone che potevano inquinare la purezza della razza ariana; perciò, si configura come *abuso del diritto di parola*. La protezione e il riconoscimento di un tale diritto umano, argomenta la Corte, ha altre finalità, ovvero quella di rendere l'uomo libero e di godere in condizioni di eguaglianza di tutti i diritti.

Il sospetto che vi sia una relazione fra l'espansione del fenomeno del negazionismo e la sua repressione è legittimo nutrirlo, nella misura in cui gli Stati Uniti hanno fondato la loro fortuna sull'esproprio di un intero continente, su uno sterminio avvenuto tanto con le armi quanto con la prima guerra chimica, ovvero le malattie endemiche dei *conquistadores* che infettavano i nativi che non avevano sviluppato gli anticorpi per difendersi, oltre, ovviamente, alla più recente deportazione dei milioni di africani che erano ricompresi nel *capitale circolante* delle aziende dei bianchi²⁴⁹. In tal caso, quando queste tragedie, altrettanto vere e certe, poiché le riserve indiane sono ancora lì e i neri non sono certi emigrati, sono state denunciate piuttosto che creare un reato di

²⁴⁸ Art. 17 CEDU, Abuso del diritto «Nessuna disposizione della presente Convenzione può essere interpretata nel senso di comportare il diritto di uno Stato, un gruppo o un individuo di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla stessa Convenzione.»

²⁴⁹ A proposito della stima degli schiavi “*negri*” come facenti parte del capitale aziendale e come veniva calcolato il suo valore in caso di compravendita, V. Thomas PIKETTY, *Il capitale del XXI secolo*, Ed. Bompiani, Prima Ed. Giunti Editore S.p.A., aprile 2018

“*affermazionismo*”, sono state lasciate cadere e non sono state considerate nemmeno degne di essere smentite. L’indignazione verso questi *fatti* lasciata libera di sfogarsi non ha impedito a quella nazione di ergersi a giudice e pubblico ministero nel processo di Norimberga, perché è *una grande democrazia*, anzi ne ha in quantità tale da *esportarla*.

Il tema fondamentale in queste vicende è che probabilmente vi è un errore di fondo. Il rispetto dei diritti umani è certamente un problema che riguarda, come è ovvio, i regimi autoritari e fin qui nulla di nuovo, ma la Convenzione EDU si pone come sistema di monitoraggio delle democrazie attraverso un giudizio sui *giudicati* dei tribunali dei paesi contraenti e, in quanto tribunale, non interviene se non adito, anche in via consultiva, sicché, sussumendo nella fattispecie penale determinate ipotesi di reato, più che il rischio, vi è la certezza che ai negazionisti ricorrenti si dia una tribuna privilegiata, nella quale come si vedrà fra poco i giudici devono abbandonare il loro mestiere, che è quello di qualificare il reato per offensività e determinatezza, finendo per diffondere al di là della loro plausibile platea quelle idee che si vogliono censurare.

Nell’ottica di una politica che ha smarrito gli orientamenti o anche il minimo di dignità, nel criticare il diritto penale del nemico, di cui ultimamente se ne fa abbondante uso, da sinceri democratici ci si trova costretti a difendere l’indifendibile per poter poi tentare di difendere il difendibile.

La sentenza spartiacque della Corte EDU è quella del caso *Garaudy vs. Francia* del 2003 che ha visto coinvolti i giudici in un complesso argomentativo che riguardava le “*verità della storia*”, non che la Shoah non sia una verità, ma è inevitabile in questi casi chiamare sul banco dei testimoni la “*storia*”.

Roger Garaudy, noto negazionista, pubblicò un libro in cui asseriva che la storia degli eventi della II guerra mondiale erano il frutto di un mito diffuso dagli ebrei. Per tale motivo fu condannato in Francia «per negazionismo

(*contestation*) di crimini contro l'umanità, diffamazione razziale avvenuta pubblicamente, istigazione (*provocation*) all'odio razziale»²⁵⁰.

Ne seguì un ricorso alla Corte EDU da parte dell'autore, poiché si riteneva ingiustamente condannato ai sensi dell'art. 10 CEDU. La citata *loi Gayssot* del 1990 prevede la reclusione ad un anno e la multa di 300.000 franchi per coloro che contestano l'esistenza di reati così come descritti dallo Statuto del Tribunale militare internazionale all'art. 6²⁵¹, inoltre, sempre la stessa legge, elenca i soggetti attivi legittimati a ricorrere avverso tali reati²⁵². Inevitabilmente l'unico testimone possibile era, appunto, “*la storia*”. In questo caso, la Corte fece ricorso alla distinzione fra *fatti storici* sui quali è ancora aperto il dibattito fra gli storici²⁵³ e “*fatti storici chiaramente accertati*”, come l'Olocausto. Garaudy

²⁵⁰ CFR Emanuela FRONZA, *Il negazionismo come reato*, Ed. Giuffrè, 2012, pagg. 146 e ss.

²⁵¹ Affaire Lehideux et Isorni c. France 24662/94. Judgment (Merits and Just Satisfaction) Court (Grand Chamber) 23/09/1998: «La legge n. 90-615 del 13 luglio 1990 (“legge Gayssot”) ha inserito nella legge sulla libertà di stampa un articolo 24 bis in base al quale si incorrono in un anno di reclusione e in una multa di 300.000 franchi, oppure una sola di queste pene, coloro che hanno “contestato l'esistenza di uno o più crimini contro l'umanità come definiti dall'articolo 6 dello statuto del tribunale militare internazionale allegato all'accordo di Londra dell'8 agosto 1945 e che sono stati commessi sia da membri di un'organizzazione dichiarata criminale ai sensi dell'articolo 9 di detto statuto, o da una persona condannata per tali crimini da un tribunale francese o internazionale.»

[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-62802%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-62802%22]})

²⁵² Ivi: «L'articolo 48-2 della legge sulla libertà di stampa, inserito anche dalla legge Gayssot, prevede che “[ogni] associazione regolarmente dichiarata da almeno cinque anni alla data dei fatti, che si propone, con il proprio statuto, di difendere gli interessi morali e l'onore della Resistenza o dei deportati può esercitare i diritti riconosciuti alla parte civile per quanto riguarda l'apologia di crimini di guerra, crimini contro l'umanità o delitti o delitti di collaborazione con il nemico e per quanto riguarda il reato previsto dall'articolo 24 bis”»

²⁵³ A quest'ultimo proposito si può richiamare la sentenza *Perinçek c. Svizzera*, 17 dicembre 2013. *Perinçek*, un esponente politico turco, nel corso di alcune conferenze in Svizzera aveva definito il genocidio degli armeni nel 1915 da parte degli ottomani “*una menzogna internazionale*”, non perché negasse i fatti, ma perché la pur cruenta vicenda doveva inquadrarsi come atto di guerra. Ma oltre a ciò, la Corte ritenne in quel caso che le affermazioni del politico non erano idonee a creare quelle situazioni di pericolo in Svizzera atteso che questa nel contesto dell'episodio contestato non aveva avuto alcun ruolo e quindi a livello di opinione pubblica non poteva darsi quella partecipazione emotiva che, invece, poteva darsi, per esempi, in Germania per la negazione dell'Olocausto. In tal caso la Corte non ritenne di ricorrere alla “*ghi-gliottina*” dell'art. 17 CEDU, ma di risolvere il caso alla luce del primo e secondo comma dell'art. 10, laddove si diede prevalenza al primo

Per la ricostruzione del caso, CFR Irene SPIGNO, *Ancora sul negazionismo, ma sul genocidio armeno. Considerazioni a margine della sentenza della Grand Chambre nel caso Perinçek c. Svizzera* 15 ottobre 2015, posted on 21 Dicembre 2015, su Diritti comparati - Comparare i

partiva dall'assunto che gli ebrei avevano creato il mito dell'Olocausto, che perciò non era mai avvenuto, pertanto Hitler non poteva essere responsabile di ciò che non era mai avvenuto. Ai sensi della *Loi Gayssot*, Garaudy fu condannato per aver contestato la fondatezza delle accuse di cui all'art. 6 dello Statuto del Tribunale militare internazionale nei confronti delle persone processate a Norimberga. Cioè le vittime, o per Garaudy le presunte vittime, avevano falsificato la storia e da quella storia erano emersi dei valori che sono tuttora a fondamento degli ordinamenti democratici sui quali si sono riorganizzati gli Stati nel dopoguerra.

La Corte EDU, ovviamente, argomentò in senso diametralmente opposto, cioè che le accuse di cui al richiamato articolo dello Statuto avevano avuto riscontro all'esito di un processo e che pertanto gli imputati furono condannati per tali *fatti*. Quindi, considerando le affermazioni di Garaudy fondate su un falso presupposto (l'invenzione dello sterminio da parte dei sionisti) al fine di negare quanto in un tribunale si era accertato, questi aveva fatto abuso del diritto; perciò, il ricorso non fu considerato ammissibile ex art. 17 CEDU.

5.2. *Negazionismo e art. 10 CEDU*

Più di recente, nel 2019, la Corte EDU si è espressa sul caso *Williamson c. Germania*²⁵⁴. Il vescovo Williamson, cittadino del Regno Unito era stato intervistato, nel 2008, in Germania da un giornalista svedese che, conoscendo le sue posizioni, aveva chiesto un parere sulla Shoah. Il vescovo aveva negato l'esistenza delle camere a gas. L'intervista fu trasmessa in Svezia, ma attraverso vari canali fu trasmessa in TV anche in Germania, oltre poi ad essere rilanciata

diritti fondamentali in Europa <https://www.diritticomparati.it/ancora-sul-negazionismo-ma-del-genocidio-armeno-considerazioni-a-margine-della-sentenza-della-grand/?print-posts=pdf>
²⁵⁴ Corte EDU, decisione depositata il 31 gennaio 2019 nel caso *Williamson c. Germania* (ricorso n. 64496/17).

anche in rete e pubblicata sui giornali tedeschi²⁵⁵. Si è visto che in Germania con il §130 c.p., co. 3 viene punita la *negazione*, l'*approvazione*, la *minimizzazione* dei reati di genocidio²⁵⁶ perciò, giudicato colpevole, gli fu comminata una multa di 1.800 euro.

Per contestare la condanna, divenuta definitiva solo in ultima istanza, in considerazione di due contrastanti sentenze di merito, il vescovo si rivolse alla Corte EDU e, oltre alla lesione del diritto alla libera manifestazione del pensiero, eccepì il difetto di giurisdizione da parte del tribunale tedesco.

Su quest'ultimo punto, la Corte trovò che la competenza della Germania era incontestabile sia secondo la *teoria dell'azione* (il luogo della registrazione), sia secondo la *teoria dell'evento* (luogo della diffusione dell'intervista) poiché ex § 130, co. 3, c.p. la diffusione di idee negazioniste è reato in quanto posto a presidio della pace pubblica. L'intervistato non aveva posto limiti alla diffusione, si era solo premurato di chiedere al giornalista di posticipare la diffusione dell'intervista dopo aver lasciato il territorio tedesco, quindi era consapevole che in Germania quel tipo di affermazioni erano considerate reato.

²⁵⁵ Il caso è ricostruito da Marina CASTELLANETA, *Il negazionismo tra abuso del diritto e limite alla libertà di espressione in una decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in Media Laws, Law and Policy of the Media in a Comparative Perspective, Rivista quadrimestrale - Rivista di diritto dei media – nr. 2/2019, pagg. 311 – 322. <https://www.medialaws.eu/il-negazionismo-tra-abuso-del-diritto-e-limite-alla-liberta-di-espressione-in-una-decisione-della-corte-europea-dei-diritti-delluomo/>

²⁵⁶ Camera dei deputati XVII Legislatura. Biblioteca – Legislazione Straniera, *Il reato di negazionismo in alcuni paesi europei ed extraeuropei* (10 aprile 2015): «§130 c.p., comma 3, del Codice penale tedesco punisce con pena detentiva fino a cinque anni o con pena pecuniaria “chiunque apprezza, nega o banalizza in un modo idoneo a turbare la pace pubblica, in pubblico o in una riunione, fatti di cui al § 220a, comma 1, del Codice penale (genocidio) commessi sotto il regime nazionalsocialista”. Si puniscono pertanto non solo la negazione, ma anche l'approvazione, espressa o tacita, e la minimizzazione.

Nel diritto penale tedesco, la perseguibilità d'ufficio dei reati di apologia e negazione dei genocidi nazionalsocialisti è contenuta nel § 194, comma 2, secondo periodo, del Codice penale tedesco, in base al quale, se il fatto è commesso con la diffusione o la messa a disposizione del pubblico di uno scritto, in una riunione o tramite una rappresentazione radiofonica, la querela non è richiesta quando il defunto ha perso la vita come vittima della tirannia o del dispotismo nazionalsocialista o di altri ed il vilipendio sia connesso a ciò». <http://documenti.camera.it/leg17/dossier/pdf/GAD15023.pdf>

Ma la questione che è rilevante segnalare è che in questo caso, pur trattandosi di negazionismo, la Corte non fece ricorso alla cd *ghigliottina* dell'art. 17, ma procedette alla luce dell'art. 10 CEDU²⁵⁷. La qualcosa è interessante perché l'inammissibilità del ricorso fu dichiarata ai sensi del co. 2 dell'art. 10 (par. 19 della sentenza), ovvero come legittimo limite imposto da uno Stato alla libera manifestazione del pensiero, poiché tale diritto “*comporta doveri e responsabilità e può essere limitato per motivi di sicurezza pubblica, di difesa dell'ordine o per prevenire reati*”. Quindi, nel caso Williamson la Corte osserva che interferenza vi è stata, che tale interferenza era prevista dalla legge, che il prete sapeva di violare, che la norma era legittima e necessaria per una società democratica. Però la Corte, avendo perseguito la strada dell'art. 10 CEDU, dovette intervenire anche sulla pena. In merito alla multa irrogata osservò che si trattava di somma di modesta entità (...) *facendo sorgere il dubbio che in caso di importi elevati la soluzione sarebbe stata diversa*²⁵⁸. In realtà nel testo della sentenza si legge che il Tribunale regionale tedesco era stato “*molto indulgente*” nel comminare 90 giorni di reclusione tramutandoli in 20 euro di multa al giorno²⁵⁹.

5.3. *Garaudy vs. Williamson*

Nell'ultima sentenza commentata, la Corte ha optato, dunque, per l'applicazione dell'art. 10 invece dell'art. 17 CEDU. Si può dire che almeno fino al 2010 l'indirizzo della Corte EDU era stato abbastanza chiaro, il negazionismo dell'Olocausto *tout court* non va indagato nel merito ma respinto quale abuso

²⁵⁷ La sentenza è rintracciabile a questo indirizzo: [http://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:\[%22001-189777%22\]](http://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:[%22001-189777%22])

²⁵⁸ Marina CASTELLANETA, *Il negazionismo tra abuso del diritto e limite alla libertà di espressione in una decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Media Laws, Law and Policy of the Media in a Comparative Perspective*, Rivista quadrimestrale - Rivista di diritto dei media – nr. 2/2019, pag. 318.

²⁵⁹ Par. 27 “Observing that the applicant’s sentence of ninety day-fines of EUR 20 each was very lenient, the Court finds that the domestic authorities, adducing relevant and sufficient reasons, accordingly did not overstep their margin of appreciation”

del diritto ex art. 17, mentre diversamente si pone il problema per *altri tipi di negazionismo* non passati al vaglio di un tribunale penale internazionale²⁶⁰.

Quali conclusioni trarre da questo cambio di orientamento giurisprudenziale, se di cambio si tratta, da parte della Corte EDU? Si è visto a quali critiche sostanziali si presta l'applicazione dell'art. 17 CEDU anche in materia di Olocausto, il giudice deve argomentare intorno alla storia, le sue verità acquisite e *passate in giudicato*.

In un altro caso sempre di negazionismo, il *Tribunal de Grande Instance* di Lione il 3 gennaio 2006²⁶¹, il giudice nazionale aveva condannato George Theil per «*contestation des crimes contre l'humanité*», (ai sensi dell'art. 24 bis della Legge sulla libertà di stampa dell'ordinamento francese), perché aveva negato l'esistenza delle camere a gas durante un'intervista televisiva».

In tal caso i giudici del tribunale francese avevano asserito che essi non possono ergersi a “*guardiani della storia*”, quindi evitarono di esprimersi sulla questione strettamente attinente alla negazione della Shoah, ma intrapresero un'altra strada, in considerazione della evidente forzatura della ricostruzione dei fatti all'interno del libro. Essi indagarono sul *metodo scientifico* seguito dall'autore, attestando che questo non corrispondeva ai parametri dello scienziato della storia, il che, evidentemente, non è ammissibile.

Nella sentenza che riguardava il vescovo Williamson la Corte evita di far riferimento a “*verità storiche acquisite*”. In questo caso l'accento è stato posto, invece, sul fatto che in Germania il negazionismo è punito dal §130, co. 3, c.p.

²⁶⁰ Marina CASTELLANETA, *Il negazionismo tra abuso del diritto e limite alla libertà di espressione in una decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Media Laws, Law and Policy of the Media in a Comparative Perspective*, Rivista quadrimestrale - Rivista di diritto dei media – nr. 2/2019, «L'utilizzo dell'art. 17 della Convenzione europea per escludere l'applicazione dell'art. 10 della medesima Convenzione nei casi di negazionismo è stato confermato, seppure in modo indiretto, più di recente, nella sentenza *Fatullayev c. Azerbaijan* depositata il 22 aprile 2010,25 nella quale la Corte ha rilevato che l'art. 17 non poteva trovare applicazione nel caso di specie perché la vicenda sottoposta al suo esame non riguardava una vicenda di negazionismo o la revisione di «*clearly established historical facts such as the Holocaust*», con ciò confermando che in questi casi la Convenzione non accorda la specifica protezione prevista per il negazionismo.», pag. 321

²⁶¹ CFR Emanuela Fronza, *Il negazionismo come reato*, Edizioni Giuffrè, 2012 pagg. 149 e ss

con un massimo edittale di cinque anni, sul fatto che l'agente era consapevole dell'esistenza di un tale tipo di reato nel paese in cui rilasciava l'intervista (*il luogo dell'azione*), era anche consapevole del fatto che l'intervista sarebbe stata trasmessa in Germania (*il luogo dell'evento*).

Sul caso la Corte esplicitamente al par. 26 della sentenza asserisce che «il ricorrente ha cercato di avvalersi del suo diritto alla libertà di espressione allo scopo di promuovere idee contrarie al testo e allo spirito della Convenzione»²⁶²; in pratica si rileva un abuso del diritto, però evita di argomentare intorno alla verità storica (distinguendo fra fatti e opinioni), perciò evita di ricoprire il ruolo di “guardiano della storia”, concentrandosi sulla lesione di una bene giuridico, la pace pubblica, evidentemente considerando che il ruolo ricoperto nella gerarchia ecclesiastica dal chierico potesse risultare con un autorevole *endorsement*.

6. Il reato di negazionismo in Italia

Il primo comma della XII Disposizione finale (non transitoria) della Costituzione recita «È vietata la riorganizzazione, sotto qualsiasi forma, del disciolto partito fascista».

Come si vede questa norma non contiene alcuna riserva di legge: è una disposizione finale, ovvero una norma precettiva, è una norma di carattere penale sancita nella Carta fondamentale che alla legge ordinaria affida, ovviamente, solo la commisurazione della pena. La Legge Scelba (n. 645/1952), lungi dall'attuarela, ha trasformato una norma penale costituzionale in una norma ordinaria, consentendo in sede processuale di avere le più disparate interpretazioni, piuttosto che lasciare all'unico giudice, quello costituzionale, il compito di misurarne la sua portata.

²⁶² Par. 26 «This leads the Court to the conclusion that the applicant sought to use his right to freedom of expression with the aim of promoting ideas contrary to the text and spirit of the Convention»

Infatti, in sede giurisprudenziale l'art. 1 della L. 645/1952 è passato al vaglio degli artt. 21, 18²⁶³, 2, 3, 49, oltre che dei principi tacitamente ricavabili dalla Costituzione, per disapplicare la Disposizione costituzionale finale.

Il divieto della XII Disp. Fin. Cost. si aggiunge, come divieto, alle associazioni segrete e militari di cui all'art. 18 della Costituzione. Strano, fra l'altro, che la Corte costituzionale, in relazione all'art. 21, a parte il co. 6, come limite esplicito alla libera manifestazione del pensiero non abbia mai rilevato il limite esplicito contenuto nella predetta disposizione e abbia rivolto la sua attenzione a ricerca di limiti impliciti.

Per comprendere la portata della norma che vieta la ricostruzione del disciolto partito fascista basta dare una rapida occhiata alla discussione in Assemblea Costituente. In un primo momento si era immaginato di inserire il divieto nello stesso art. 49 Cost. A tal proposito Calamandrei²⁶⁴ caldeggiava, addirittura, l'ipotesi di istituire un'apposita sezione della Corte costituzionale non per

²⁶³ Vi è, infatti, chi ritiene che la Legge Scelba possa porre problemi soprattutto in relazione agli artt. 18 e 21 Cost., così in Andrea NOCERA, *Manifestazioni fasciste e apologia del fascismo tra attualità e nuove prospettive incriminatrici*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 9 maggio 2018, pag. 3: «L'attuale quadro normativo, frutto di interventi stratificati, esprime la tensione tra la necessità di mantenere ferma l'applicazione della XII Disposizione transitoria e finale della Costituzione, che ha ispirato le scelte di politica criminale in tema di reati di apologia di fascismo, di istigazione e reiterazione delle pratiche tipiche e proprie del partito e del regime cessati, ed i dubbi di legittimità costituzionale, in relazione al diritto alla libera manifestazione del pensiero ex art. 21 Cost. - ma anche della libera possibilità di associarsi ex art. 18 Cost. per le fattispecie di carattere associativo - che accompagnano la previsione di reati di mera condotta di istigazione o propaganda di carattere discriminatorio, che si risolvono nella esternazione di ideologie.» <https://archiviopdc.dirittopenaleuomo.org/d/5987-manifestazioni-fasciste-e-apologia-del-fascismo-tra-attualita-e-nuove-prospettive-incriminatrici>.

²⁶⁴ Il 4 marzo 1947 l'Assemblea Costituente inizia la discussione generale del progetto di Costituzione della Repubblica italiana: Calamandrei. [...] C'è nelle disposizioni transitorie, del progetto, un articolo che proibisce «la riorganizzazione sotto qualsiasi forma del partito fascista». Non so perché questa disposizione sia stata messa fra le transitorie: evidentemente può essere transitorio il nome «fascismo», ma voi capite che non si troveranno certamente partiti che siano così ingenui da adottare di nuovo pubblicamente il nome fascista per farsi sciogliere dalla polizia. Se questa disposizione deve avere un significato, essa deve esser collocata non tra le disposizioni transitorie, e non deve limitarsi a proibire un nome, ma deve definire che cosa c'è sotto quel nome, quali sono i caratteri che un partito deve avere per non cadere sotto quella denominazione e per corrispondere invece ai requisiti che i partiti devono avere in una Costituzione democratica. <https://www.nascitacostituzione.it/04finali/12/index.htm?disp12-011.htm&2>

controllare il nome – fascista – ma lo statuto del partito; inoltre, la formulazione esplicita del divieto di organizzazione del partito fascista fu voluta da Togliatti²⁶⁵ che, quindi, non volle un generico richiamo a partiti organizzati militarmente. Ancora più esplicito sulla portata della XII Disp. Fin. fu il Presidente della “*Commissione dei 75*”. Vale la pena riportare quanto Ruini disse nella seduta pomeridiana del 29 novembre 1947: «Il Comitato, lo ripete ancora una volta, ritiene che si debba concedere perdono ed oblio agli ex fascisti, salvo che non abbiamo colpe speciali o che vi siano incompatibilità insuperabili (come vi sono, in certi casi, in materia elettorale). Nel tempo stesso bisogna essere severi con i fascisti recidivi; e spietatamente severi per i perdonati che tornano ad insidiare l'Italia. (*Applausi*).»

Rispetto a tale significato del primo comma della XII Disp. Fin. Cost., del tutto fuorviante risulta la serie di condotte in cui si sostanzierebbe la ricostituzione del partito fascista previste nella legge Scelba. Questa impone al giudice

²⁶⁵ Il 19 novembre 1946 la prima Sottocommissione della Commissione per la Costituzione prosegue la discussione sui principî dei rapporti politici: Togliatti dichiara che domani potrebbe svilupparsi in Italia un movimento nuovo, anarchico, per esempio, e si domanda su quali basi lo si dovrebbe combattere. È del parere che dovrebbe essere combattuto sul terreno della competizione politica democratica, convincendo gli aderenti al movimento della falsità delle loro idee, ma non si potrà negargli il diritto di esistere e di svilupparsi, solo perché rifiuta alcuni dei principî contenuti nella formula in esame.

Ritiene che l'articolo debba essere limitato concretamente, riferendolo a movimenti politici già esistenti; ed è disposto pertanto a votare la formulazione dell'onorevole Basso, ove la limitazione in essa contenuta venga riferita al partito fascista.

Togliatti [in risposta a Dossetti che chiedeva spiegazioni su cosa intendesse per fascista] replica che la sua aggiunta non è affatto imprecisa, perché si riferisce ad un fatto e non ad un concetto. Il movimento e il partito fascista sono determinati storicamente, se ne conoscono il programma, l'attività, l'azione, i quadri; se un partito sorgesse con simili manifestazioni, sarebbe facile riconoscere in esso il partito fascista.

Dichiara di voler evitare la discussione ideologica generale, perché sa che non se ne uscirebbe: è fascista quel movimento politico che prese corpo in Italia dal 1919 fino al 25 luglio 1943, e che si chiamò fascismo.

Dossetti dichiara che le spiegazioni dell'onorevole Togliatti lo tranquillizzano completamente. È disposto ad accettare la formula dell'onorevole Togliatti così come questi l'ha modificata, in quanto viene ad assumere un significato storico. Propone inoltre all'onorevole Togliatti che, per maggiore chiarezza e per voler significare che si tratta di un dato storico, l'articolo venga così formulato: «È proibita sotto qualsiasi forma la riorganizzazione del partito fascista».

<https://www.nascitacostituzione.it/04finali/12/index.htm?disp12-011.htm&2>

valutazioni che la Costituzione non pretende²⁶⁶. In un recente caso di una adunata di militanti neofascisti a sfondo commemorativo, sono state usate frasi e gesti propri del regime che sono vietati dall'art. 5 della L. 645/1975, ma la Suprema Corte di cassazione ha ritenuto che quando gesti e parole che richiamano il passato regime se non espressi in modo violento (!) o se non prefigurano la riorganizzazione del disciolto partito fascista non rappresentano un caso di pericolo concreto²⁶⁷.

Il partito fascista, in quanto organizzazione a carattere militare, incorre intanto nel generico divieto di cui all'art. 18, co. 2, Cost., ma oltre a ciò, con la previsione della XII Disp. Fin. Cost., ne rifiuta l'ideologia, quindi è una norma di carattere eccezionale con la quale si rifiuta il pensiero fascista. In linea di principio, infatti, qualsiasi partito, anche quelli di cui se ne riconosce la legittimità, può costituire un'organizzazione militare e per ciò sarà soggetto al divieto di cui all'art. 18, co. 2, Cost., ma l'ordinamento non ne disconosce l'ideologia.

²⁶⁶ Art. 1. L. 654/1952 (Riorganizzazione del disciolto partito fascista). Ai fini della XII disposizione transitoria e finale (comma primo) della Costituzione, si ha riorganizzazione del disciolto partito fascista quando una associazione o un movimento persegue finalità antidemocratiche proprie del partito fascista, esaltando, minacciando o usando la violenza quale metodo di lotta politico o propugnando la soppressione delle libertà garantite dalla Costituzione o denigrando la democrazia, le sue istituzioni e i valori della Resistenza o svolgendo propaganda razzista, ovvero rivolge la sua attività alla esaltazione di esponenti, principii, fatti e metodi propri del predetto partito o compie manifestazioni esteriori di carattere fascista.

²⁶⁷ Dal sito di Giurisprudenza penale, *Sulla rilevanza penale del "saluto romano": non è reato se fatto con intento commemorativo*, 5 febbraio 2018: Secondo i giudici di legittimità, il saluto romano, se fatto con *intento commemorativo* e non violento, *non è penalmente rilevante*, in quanto la legge non punisce «*tutte le manifestazioni usuali del disciolto partito fascista, ma solo quelle che possono determinare il pericolo di ricostituzione di organizzazioni fasciste*» e, di conseguenza, solo «*i gesti idonei a provocare adesioni e consensi*».

Quello di cui si discute – precisa la Corte – è infatti un reato di pericolo concreto, «*che non sanziona le manifestazioni del pensiero e dell'ideologia fascista in sé, ma soltanto quelle che possano determinare il pericolo di ricostituzione di organizzazioni fasciste, in relazione al momento ed all'ambiente in cui sono compiute, attentando concretamente alla tenuta dell'ordine democratico e dei valori ad esso sottesi*».

<https://www.giurisprudenzapenale.com/2018/02/21/sulla-rilevanza-penale-del-saluto-romano-non-e-reato-se-fatto-con-intento-commemorativo/>

Se non si pone questo punto fermo della Costituzione italiana, a differenza di quella tedesca che è *anti-qualsiasi cosa*, non si comprende il significato di Costituzione antifascista.

È interessante in questo caso richiamare due pronunce della Corte EDU di cui si è già detto, la prima è il caso *Perinçek c. Svizzera*, ricorso nr. 27510/08 del 15 ottobre 2015, (art. 17 CEDU, sospetto di negazionismo su genocidio degli armeni del 1915) e il caso *Williamson c. Germania*, ricorso nr. 64496/17 decisione depositata il 31 gennaio 2019, (art. 10 CEDU – negazionismo Shoah). In questa sede interessa soffermarsi sulle condizioni su cui la Corte considera fondata la legittima interferenza dello Stato sulla libera manifestazione del pensiero:

l'esercizio di un tale diritto comporta delle responsabilità (art. 10, co. 2, CEDU);

il divieto deve essere previsto da una legge;

la legittimità dello scopo che giustifichi un tale divieto imposto per legge;

la necessità di un tale divieto per una società democratica.

Poiché la manifestazione del pensiero fascista si pone non solo in contrasto con l'intero sistema di valori antifascisti della Costituzione ma specificamente con gli artt. 1, 2, 3, 10, co. 3, 11, 13, 17, 18, 21, 49, 54, nonché con il sistema di bilanciamento fra i poteri dello Stato di cui alla Parte seconda della Costituzione, del tutto giustificata risulta, in questo caso, la tutela preventiva basata sulla condotta. Nessun altro partito è vietato in Italia, nemmeno lo sono stati partiti comunisti e socialisti esplicitamente rivoluzionari, anzi nella Costituzione essi hanno lasciato la più rivoluzionaria delle idee che è contenuta nella norma di cui al secondo comma dell'art. 3. Questo perché anche questi partiti rivoluzionari partivano da un assunto fondamentale: *l'assoluto pregio della persona umana*.

Questa premessa è necessaria per comprendere che quando ricorrono atteggiamenti di carattere xenofobo, razzista, negazionista, si diffondono

messaggi di odio razziale, di suprematismo bianco si è all'interno dello *statuto* fascista che, appunto, non è solo un nome: non esiste un fascismo con altri valori, non esiste un fascismo democratico. Fra l'altro la Legge 645/1952 (Scelba) e la Legge 654/1975, nell'appesantire il sistema penale, si connettono l'una all'altra con la clausola "*salvo che il fatto non costituisca reato più grave*" (riserva transitata anche nell'attuale art 604 bis c.p.) ma in termini di applicazione processuale né l'una né l'altra legge sono state efficaci o, quantomeno, le sentenze di condanna sono state esigue rispetto ai casi portati davanti al giudice. Ciò perché si va alla ricerca del bene giuridico posto concretamente in pericolo o al quale si è recato danno. Se invece si opta per un diritto penale limitato al necessario, così come uno Stato democratico non può aver paura di asserire che persino i diritti inalienabili dell'uomo trovano un limite nel dovere di solidarietà (art. 2 Cost.), esattamente, come nel solco della giurisprudenza della Corte EDU, si può tranquillamente dire che chi ideologicamente non accetta l'art. 2 Cost. è fuorilegge.

Comunque sia, è bene ricordare che con D. Lgs. del Capo Provvisorio dello Stato del 28 novembre 1947, n. 1430 si diede esecuzione al Trattato di pace di Parigi del 10 febbraio 1947 che non consente all'Italia di far giungere al potere, evidentemente nemmeno con libere elezioni, un partito fascista²⁶⁸. Anche questa è norma di rango costituzionale ed essendo di fonte atipica gode di riserva aggravata di legge, ovvero non può essere sottoposta a procedura di revisione se non tramite una variazione del Trattato di Pace del 1947 con le potenze alleate.

²⁶⁸ Trattato di pace fra l'Italia e le Potenze Alleate ed Associate, firmato a Parigi il 10 febbraio 1947. (GU Serie Generale n.295 del 24-12-1947) PARTE II Clausole politiche Sezione I - Clausole generali Art. 17: *L'Italia, la quale, in conformità dell'Articolo 30 della Convenzione di Armistizio, ha preso misure per sciogliere le organizzazioni fasciste in Italia, non permetterà, in territorio italiano, la rinascita di simili organizzazioni, siano esse politiche, militari o militarizzate, che abbiano per oggetto di privare il popolo dei suoi diritti democratici.*

6.1. L'art. 3 della Legge 654/1975.

Il punto di partenza per l'introduzione di reati di xenofobia e razzismo è la legge nr. 654/1975 di ratifica ed esecuzione della *Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale* del 21 dicembre 1965. Nella formulazione originaria, l'art. 3²⁶⁹ della L. 654/1975, che recepisce l'art. 4 della predetta Convenzione, opera in un ambito più ampio rispetto a quello della legge Scelba nonostante la sovrapposizione di alcune tipologie di reato. Infatti, l'articolo fa salva l'ipotesi che *il fatto non costituisca reato più grave*, che dovrebbe appunto essere l'ulteriore connotazione fascista della medesima condotta.

L'art. 4 della Convenzione del 21 dicembre 1965 nel ribadire che gli Stati contraenti condannano le molteplici forme in cui si sostanzia la discriminazione razziale, impegna i medesimi alla loro "eliminazione" e, richiamando la *Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo*, all'art. 5 delinea una serie di diritti che se non riconosciuti sono da considerare atti di discriminazione (per esempio, il diritto di liberamente circolare o il libero accesso a tutti agli esercizi pubblici). Ma proseguendo nella lettura dell'articolo si invitano gli Stati firmatari ad applicare una serie di sanzioni penali, non già ai diritti non riconosciuti, ma alla diffusione di idee di superiorità razziale o discriminatorie.

Nell'art. 3 della L. 654/1975 tali reati basati sulla manifestazione di pensiero vengono puniti con la reclusione fino a quattro anni. Non si contesta la

²⁶⁹ Formulazione originaria dell'art. 3 L. 654/1975 Art. 3

Salvo che il fatto costituisca più grave reato, ai fini dell'attuazione della disposizione dell'articolo 4 della convenzione è punito con la reclusione da uno a quattro anni:

a) chi diffonde in qualsiasi modo idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale;
b) chi incita in qualsiasi modo alla discriminazione, o incita a commettere o commette atti di violenza o di provocazione alla violenza, nei confronti di persone perché appartenenti ad un gruppo nazionale, etnico o razziale.

È vietata ogni organizzazione o associazione avente tra i suoi scopi di incitare all'odio o alla discriminazione razziale. Chi partecipi ad organizzazioni o associazioni di tal genere, o presti assistenza alla loro attività, è punito per il solo fatto della partecipazione o dell'assistenza, con la reclusione da uno a cinque anni.

Le pene sono aumentate per i capi e i promotori di tali organizzazioni o associazioni.

criminalità del pensiero razzista però se le leggi esistono dovrebbero essere applicate. Poiché ciò non è stato, se non in casi marginali, più efficace probabilmente sarebbe stato fermarsi all'invito ad “*eliminare*” le discriminazioni. Questo però non prevede la scorciatoia del diritto penale, sicuramente si prevedono sanzioni in caso di diritti denegati ma, soprattutto, politiche che vedano espandere l'intervento dello Stato sociale e non la sua destrutturazione.

Le violazioni alla Legge Scelba e alla Legge 654/1975 sono ormai ricorrenti non solo nel paese ma soprattutto fra i parlamentari italiani, segno che ormai il razzismo è un concetto assimilato ed è ormai diventato punto programmatico di proposte elettorali che, a quanto è dato di vedere, riscuote consenso almeno nella parte della popolazione che va a votare (sommando a questi anche la quota non meno consistente degli *indifferenti*).

6.2. Il D.L anti-naziskin 1993

Nel 1993, ormai archiviata la fase dell'emergenza terrorismo che aveva però lasciato le stimate con altra Legge Reale del 1975, la nr. 152, della quale si è già detto, per fronteggiare un'altra emergenza, cioè l'evoluzione nazistoide del già violento tifo calcistico, si tornò a porre mano all'art. 3 della L. 654/1975.

Come è facile constatare, la violenza da qualsiasi parte sgorgi non può non richiamarsi ai paradigmi dell'esperienza nazifascista. Questa volta l'emergenza si chiamava *naziskin*, per fronteggiare la quale si fece ricorso alla decretazione d'urgenza ad opera del Ministero degli Interni. Si tratta del cd Decreto Mancino convertito con Legge 205 del 1993, che modifica nel modo seguente il co.1 dell'art. 3:

prima del D.L. Mancino ²⁷⁰	dopo il D. L. Mancino ²⁷¹
Salvo che il fatto costituisca	Salvo che il fatto costituisca
più grave reato, ai fini	più grave reato, anche ai fini

²⁷⁰ Versione sino all'approvazione della DL Mancino convertito in L. nr. 205/1993: in <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:1975-10-13:654~art3-com3>

²⁷¹ Novella post L. nr. 205/1993

dell'attuazione della disposizione dell'articolo 4 della convenzione è punito con la reclusione da uno a quattro anni:

a) chi diffonde in qualsiasi modo idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale;

b) chi incita in qualsiasi modo alla discriminazione, o incita a commettere o commette atti di violenza o di provocazione alla violenza, nei confronti di persone perché appartenenti ad un gruppo nazionale, etnico o razziale

dell'attuazione della disposizione dell'articolo 4 della convenzione, è punito:

a) con la reclusione sino a tre anni chi diffonde in qualsiasi modo idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, ovvero incita a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi;

b) con la reclusione da sei mesi a quattro anni chi, in qualsiasi modo, incita a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi

A livello di pene edittali si distingue fra la *diffusione* di idee di superiorità razziale o di odio e la *commissione* o l'*incitamento* a commettere atti di discriminazione (massimo tre anni di reclusione) e l'*uso* della violenza sempre per motivi razziali o *commettendoli* o *incitando* a commetterli (reclusione da sei mesi a quattro anni)²⁷². Inoltre, si introduce il comma 3 nell'art. 3 che sostituisce

²⁷² Il clima nel quale venne approvato il decreto legge, poi convertito in legge, è descritto in questo articolo di "la Repubblica" del 24 aprile 1993 a firma di Maria Stella CONTE, *I naziskin fuori legge ora scatterà l'arresto*. Le dichiarazioni dei partiti che più si sentivano colpiti dal provvedimento furono sprezzanti: «L' onorevole Maceratini, Msi, sostiene che "non c'è nessuna intenzione di fare barricate, anche se, francamente, a noi non sembrava ci fosse tutta questa urgenza. Si vede che Mancino, nell' incertezza del governo futuro, ha voluto lasciare questo segno...va bene così. Il tempo per discuterne in aula ci sarà..."»; «Più seccata la Lega nord. Gianmarco Mancini è lapidario: "E' solo l'ennesimo colpo di mano, il tentativo di fare ancora la voce grossa: ma facciamo pure, stanno solo preparando piccoli scud contro le

il comma 2. Questo riconferma la reclusione da uno a cinque anni dei medesimi reati commessi in forma associativa aumentando ulteriormente, fino a sei anni, la reclusione per i *promotori, organizzatori o dirigenti* di tali associazioni.

6.3. L'art. 3 L. 654/1975 e la L. 85/2006

Si è sopra richiamata (V. pag. 64) la cd *riforma del reato di opinione*, riguardo ad alcuni articoli del codice penale. Non si era commentato in quella sede l'art. 3 della L. 654/1975 che subisce le seguenti variazioni:

prima della L. 85/2006

Salvo che il fatto costituisca più grave reato, anche ai fini dell'attuazione della disposizione dell'articolo 4 della convenzione, è punito:

a) con la **reclusione sino a tre anni** chi **diffonde** in qualsiasi modo idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, ovvero **incita** a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi;

b) con la reclusione da sei mesi a quattro anni chi, in qualsiasi modo, **incita** a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi

dopo la L.85/2006

Salvo che il fatto costituisca più grave reato, anche ai fini dell'attuazione della disposizione dell'articolo 4 della convenzione, è punito:

a) con la reclusione fino ad un anno e sei mesi o con la multa fino a 6.000 euro chi **propaganda** idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, ovvero **istiga** a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi;

b) con la reclusione da sei mesi a quattro anni chi, in qualsiasi modo, **istiga** a commettere o commette violenza o atti di

bombarde della lega".» <https://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/1993/04/24/naziskin-fuori-legge-ora-scattera.html>

razziali, etnici, nazionali o religiosi

provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi

Come si può notare, in controtendenza rispetto all'allarme che destavano ormai i reati di discriminazione razziale e i discorsi di odio, per cui anche a livello internazionale si auspicava un giro di vite, in Italia invece il co. 1 dell'art. 3 - che prevedeva la reclusione sino a tre anni per i reati di "incitamento" di cui alla lettera a), mentre per quelli di "incitamento" di cui alla lettera b) prevedeva la reclusione da sei mesi a quattro anni - in sede di novella 2006 si muta la condotta punibile da *incitamento* in *istigazione*²⁷³, così anche per i reati di cui alla lettera a) non è più punito l'*incitamento* ma l'*istigazione*, però in questo caso viene diminuita la pena irrogata, non più la reclusione ad un massimo di tre anni, ma un anno e sei mesi o con la multa sino a 6.000 euro.

Il lavoro del legislatore del 2006 proseguì con la sostituzione, sempre del testo di cui al primo comma dell'art. 3 L. 654/1975, della parola "diffonde" con "propaganda"²⁷⁴.

A seguito di quest'ultima modifica si intervenne anche sul codice penale. Nell'art. 2 c.p. (*successione delle leggi penali nel tempo*) si inserisce un nuovo comma. Il già esistente comma 3 diventa comma 4, ed il nuovo comma 3

²⁷³ Giuseppe PAVICH e Andrea BONOMI, *Reati in tema di discriminazione: il punto sull'evoluzione normativa recente, sui principi e valori in gioco, sulle prospettive e sulla possibilità di intervenire in senso conforme a Costituzione la norma vigente*, in *Diritto penale contemporaneo*, 13 ottobre 2014, «Naturalmente ci si interroga sulla diversità di significato sottesa alla modifica terminologica che definisce le condotte incriminate: dove, ad esempio, sia il discrimine fra la "diffusione in qualsiasi modo" e la "propaganda", e dove sia il discrimine fra "incitamento" ed "istigazione".» pagg. 4-5. <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/3329-reati-in-tema-di-discriminazione-il-punto-sull-evoluzione-normativa-recente-sui-principi-e-valori-i>

²⁷⁴ Con riferimento evidentemente alla sentenza 87/1966 della Corte costituzionale, in cui la diffusione resta fra le "goliardate" (sostantivo spesso usato dai politici di destra per declassare, pestaggi, scritte xenofobe, razziste e antisemite, e varie manifestazioni di intolleranza), mentre la propaganda ha ben altro spessore; quindi, volendo restringere all'azione suscettibile di proselitismo, mentre nelle radunate di partito tali atteggiamenti restano delle parole d'ordine identitarie.

prevede l'*automatica ed immediata conversione* della pena detentiva in pena pecuniaria anche nei casi giudicati se previsto dalla legge. Questa, invece di essere prevista all'interno del modificato art. 3, co. 1, L. 654/1975 per salvare chi si doveva salvare, inserendola nel codice penale diventa norma di sistema con tutti gli effetti che si possono immaginare: di fatto si introduce un'amnistia in via surrettizia. Sui motivi contingenti che hanno portato alla modifica delle due norme predette si è già argomentato sopra e per il resto ci si può riferire al dibattito parlamentare dell'epoca in cui furono rilevate tutte queste anomale modificazioni²⁷⁵.

Ma qui occorre rilevare un'altra circostanza, cioè che gli esponenti di partito che incapparono nella vicenda giudiziaria per la quale approntarono la cd riforma dei reati di opinione del 2006, all'epoca usarono espressioni che appartengono allo *statuto* fascista della superiorità razziale, ma furono incriminati ai sensi della legge 654/1975 che, vale la pena ribadire, era di *Ratifica ed esecuzione della convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, aperta alla firma a New York il 7 marzo 1966*, poiché essi non si dichiaravano fascisti ma *semplicemente* secessionisti.

Ciò non solo a riprova che non tutti si è uguali di fronte alla legge, perché, una volta che si è incappati nei suoi rigori, avendo la possibilità di cambiarla non si ha alcuna remora a cambiarla (e qui l'*occasio legis* certo che dovrebbe essere motivo rilevante per sollevare la questione di costituzionalità, dichiarandola non infondata, perché andrebbe da sé che l'imputato non può legiferare) ma il diritto penale diventa merce di scambio negli accordi segreti che portano alla formazione dei governi di coalizione.

²⁷⁵ Resoconto stenografico dell'Assemblea Seduta n. 645 del 27/6/2005 Pag. 8 Discussione della proposta di legge Lussana: Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione (5490); e delle abbinare proposte di legge Pisapia ed altri; Cento; Zeller ed altri; Pisapia ed altri (A.C. 2443-3402-3975-5552) (ore 15,37). <http://documenti.camera.it/Leg14/Banche-Dati/ResocontiAssemblea/sed645/s040.htm>

6.4. La Direttiva Quadro 2008/913/GAI

Già il 15 luglio 1996 il Consiglio dei ministri al ramo dell'allora CEE, aveva sollecitato gli Stati membri, nell'ambito del *pilastr*o riguardante *Giustizia e Affari Interni*, con l'Azione Comune 96/443/GAI²⁷⁶ *non legally binding*, ad adottare provvedimenti per reprimere, fra gli altri, reati a sfondo razziale e anche il sempre più diffuso fenomeno «[del]la negazione pubblica dei crimini definiti all'articolo 6 dello Statuto del tribunale militare internazionale, allegato all'accordo di Londra dell'8 aprile 1945, qualora comprenda un comportamento sprezzante e degradante nei confronti di un gruppo di persone definito rispetto al colore, alla razza, alla religione o all'origine nazionale o etnica».

Nel 2008, a seguito di un'iniziativa voluta dalla ministra della giustizia tedesca dell'epoca, il medesimo Consiglio della UE ha, invece, adottato la Direttiva Quadro 2008/913/GAI²⁷⁷ con ben altro valore obbligatorio nei confronti degli Stati membri nella quale specificamente alla *lettera c)* e *d)* dell'art. 1 prevede che gli Stati membri devono punire «l'apologia, la negazione o la minimizzazione grossolana dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, quali definiti agli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale (...) e i crimini definiti all'articolo 6 dello statuto del Tribunale militare internazionale, allegato all'accordo di Londra dell'8 agosto 1945 dirette pubblicamente contro un gruppo di persone, o un membro di tale gruppo, definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica, quando i comportamenti siano posti in essere in modo atto a istigare alla violenza o all'odio nei confronti di tale gruppo o di un suo membro» laddove questi si rilevino essere *comportamenti intenzionali*.

²⁷⁶ Azione comune del 15 luglio 1996 adottata dal Consiglio a norma dell'articolo K.3 del trattato sull'Unione europea, nell'ambito dell'azione intesa a combattere il razzismo e la xenofobia (96/443/GAI):

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31996F0443&from=CS>

²⁷⁷ D. Q.2008/913/GAI del Consiglio dell'Unione Europea del 28 novembre 2008 sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex%3A32008F0913>

La stesura definitiva dell'intera Direttiva è stata un'opera di mediazione poiché l'Unione Europea, come un *centauro*, è metà organizzazione *sovranazionale* e metà organizzazione *internazionale* e le decisioni più importanti vengono prese dall'*organizzazione internazionale* (Consiglio e Consiglio europeo) e non da quel simulacro della sovranità popolare che è il parlamento europeo. Comunque sia, l'iniziativa non mancò di destare proteste nell'ambiente degli storici e della dottrina.

Probabilmente, a tal proposito, le critiche più calzanti sono quelle degli storici, perché, sovente, la dottrina indulge a categorie ideali per cui *qualsiasi* manifestazione di pensiero, anche quella che si ispira a forme di Stato che escludono la libera manifestazione del pensiero, è un pensiero e, in quanto tale, non può trovare un limite se non quelli generici e se non si prospetta, quantomeno, la concretezza di un pericolo. Al contrario gli storici²⁷⁸, nell'opporsi, affermarono che «[f]are una legge crea la perversa convinzione che il problema sia risolto, e quindi possa essere accantonato e rimosso. Mentre occorrerebbe una incisiva campagna educativa, nelle scuole e nei mezzi di comunicazioni di massa, chiamando a partecipare l'intera società. Il razzismo si sconfigge con l'educazione, la cultura e la ricerca; le manifestazioni di odio e apologia di razzismo con le leggi che già esistono. È la società civile, attraverso una costante battaglia culturale, etica e politica, che può creare gli unici anticorpi capaci di estirpare o almeno isolare le posizioni negazioniste.

Che lo Stato aiuti la società civile, senza sostituirsi ad essa con una legge che rischia di essere inutile o, peggio, controproducente.»

Non che non sia vero quanto affermato nella conclusione del *manifesto* degli storici, né tantomeno si può negare che si sia in presenza di un pensiero criminale, ma, in realtà, il tema è se l'attuale classe dirigente abbia la volontà di attuare politiche volte a non alimentare l'odio e a ristabilire i valori della

²⁷⁸ Vedi l'appello proposto da Marcello FLORES, sottoscritto da diversi storici sul sito Storicamente pubblicato il 22 gennaio 2007, *Contro il negazionismo, per la libertà della ricerca storica*, <https://storicamente.org/02negazionismo>

convivenza, ciò che, fra l'altro, e non è un dettaglio, richiederebbe fare degli investimenti e, come si sa, i cordoni della borsa sono tenuti ben stretti da un'istituzione privata a tutela del totem del 2% del tasso d'inflazione e della mitologia del pareggio di bilancio.

Ma la politica legislativa, si sa, vive di emozioni: subito dopo l'emanazione della DQ 2008/913/GAI, il ministro della giustizia italiano aveva in animo di presentare un disegno di legge per introdurre il reato di *negazionismo*, di *apologia* e di *grossolana minimizzazione*, ma la levata di scudi di cui al predetto manifesto e le critiche per la lesione della libertà di pensiero agitati dalla dottrina avevano fatto desistere dall'iniziativa e così si optò semplicemente per un inasprimento delle pene per i reati già previsti dalle leggi vigenti.

Su sollecitazione dell'UE, un altro tentativo di applicazione della DQ fu fatto nel 2012 dal parlamento italiano per introdurre specificamente il reato di "negazionismo". Il D.d.L. fu presentato dalla senatrice Amati²⁷⁹. Questo recepiva "*pressoché interamente il contenuto della Decisione Quadro*:

a) *prevedeva un'identica comminatoria edittale della DQ (reclusione fino a tre anni);*

b) *manteneva i rinvii a entrambi gli atti internazionali citati;*

c) *subordinava la punibilità dell'apologia a una concreta esposizione a pericolo dell'ordine pubblico o a comportamenti costituenti minaccia, offesa o ingiuria*"²⁸⁰.

²⁷⁹ Si tratta del disegno di legge nr. 3511 presentato in Senato con prima firma Silvana Amati, il quale aggiungeva oltre alle lettere a) e b) dell'art. 3 della L. 654/1975, la *lettera b-bis* che prevedeva la pena della reclusione fino tre anni per coloro che, turbando l'ordine pubblico, avesse, «con comportamenti idonei a turbare l'ordine pubblico o che costituiscano minaccia, offesa o ingiuria, fa apologia dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello Statuto istitutivo della Corte penale internazionale, ratificato ai sensi della legge 12 luglio 1999, n. 232, e dei crimini definiti dall'articolo 6 dello statuto del tribunale militare internazionale, allegato all'Accordo di Londra dell'8 agosto 1945, ovvero nega la realtà, la dimensione o il carattere genocida degli stessi»

²⁸⁰ CFR Matteo CAPUTO, *La menzogna di Auschwitz, le "verità" del diritto penale. La criminalizzazione del c.d. negazionismo tra ordine pubblico, dignità e senso di umanità*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 7 gennaio 2014, pagg. 3-4, <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/2737-la-menzogna-di-auschwitz-le-verita-del-diritto-penale-la-criminalizzazione-del-cd-negazionismo-tra>

«Un accento di novità si coglie[va] invece nel tentativo di precisare meglio il divieto di negazionismo: il disegno di legge non riporta[va] le formulazioni della Direttiva Quadro in punto di «negazione» e «minimizzazione grossolana», ma nomina[va] gli oggetti della negazione («la realtà» «la dimensione», «il carattere genocida»). Per tale via, però, si consegu[iva] l'effetto, non si sa quanto voluto, di aumentare il perimetro della punibilità, estendendola a revisioni storiografiche, incidenti ad esempio sul dato quantitativo, che [potevano] risolversi anche in minimizzazioni non grossolane»²⁸¹.

Proprio mentre il D.d.L. era in discussione, però, l'11 ottobre del 2013 morì il responsabile della strage delle Fosse Ardeatine ai ccdd *arresti domiciliari in Italia*²⁸². Sull'onda degli accadimenti provocati dal funerale, invece di modificare la L. 654/1975, si considerò l'ipotesi di inserire al quarto comma dell'art. 414 c.p. (istigazione a delinquere) anche il reato di negazione dell'*esistenza di crimini di genocidio o contro l'umanità o di guerra*, laddove, ai sensi del co. 1 dell'articolo 414 c.p. la pena prevista era da uno a cinque anni, non più fino a tre anni previsti nella formulazione della suddetta *lettera b-bis*) di cui alla DQ.

Se si ritorna indietro nel tempo e si evoca il *Manifesto di Ventotene*, che il Trattato di Roma del 1957 ha tradotto abbastanza liberamente, i sei paesi dell'Europa occidentale, tramite la CEE e la CECA, tentarono di porre in sicurezza il continente sedando le diatribe di carattere economico che potevano alimentare i nazionalismi che furono all'origine dell'orrore della prima parte del '900. È indubbio, quindi, che quella tragedia è stato un evento fondativo della costruzione europea, perciò, ancora oggi, il negazionismo non fa che agitare quei fantasmi. Se il negazionismo lede il valore etico e *laicamente* religioso sul quale si fonda l'Europa, le diverse tecniche di incriminazione del reato non riescono a definire in maniera certa il bene giuridico protetto. Anche la messa in

²⁸¹ Ivi pag. 4

²⁸² il manifesto 16 ottobre 2013, Andrea Paladini, *Funerale lefebvrano, ma Priebke è respinto*. <https://ilmanifesto.it/funerale-lefebvrano-ma-priebke-e-respinto-2>

pericolo dell'ordine pubblico o della pace sociale è sfuggente perché, in sede di giudizio, secondo i canoni delle *leggi statistiche di copertura*, questo non risulta né concreto ma nemmeno astratto, e si rimane intrappolati nelle sabbie mobili del pericolo presunto (come il semplice possesso di armi senza autorizzazione), ma anche l'incriminazione per falsa attestazione di un fatto (che non è un'opinione), nondimeno, crea problemi per le sue variegate implicazioni.

Il problema sembra non avere soluzione se non si perviene all'unica conclusione possibile e cioè che il negazionismo, l'apologia dell'Olocausto, la sua minimizzazione grossolana, l'odio razziale appartengono al vocabolario del nazi-fascismo.

7. L'art. 604bis del codice penale

Nella L. 654/1975 che, come sopra commentato conteneva l'art. 3 con la L. 115/2016, per la prima volta comparì nell'ordinamento penale italiano la parola *negazionismo* (art. 3-bis), meglio definito come "*negazione della Shoah*". Nel 2017, con L. 20 novembre 2017, n. 167, modificando l'art. 3 bis, si completò la recezione della DQ 2008/913/GAI, aggiungendo la minimizzazione grossolana e l'apologia. Infine, il D.lgs. 1° marzo 2018, n. 21 ha disposto (con l'art. 8, comma 1) che "Dalla data di entrata in vigore del presente decreto, i richiami alle disposizioni abrogate dall'articolo 7, ovunque presenti, si intendono riferiti alle corrispondenti disposizioni del codice penale come indicato dalla tabella A allegata al presente decreto"²⁸³.

Per cui gli artt. 3 e 3-bis vanno a comporre l'attuale articolo 604 bis del codice penale, rubricato "*Propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale etnica e religiosa*".

²⁸³ LEGGE 13 ottobre 1975, n. 654, Ratifica ed esecuzione della convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, aperta alla firma a New York il 7 marzo 1966.

<https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:1975-10-13:654~art3-com3>

In particolare, il co. 1 *prevede la reclusione fino ad un anno e sei mesi o la multa di 6.000 euro per il reato di propaganda, (ex lettera a) co. 1, art. 3), mentre chi istiga a commettere o commette violenza o atti di provocazione è punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni, (ex lettera b) co. 1, art. 3 L. 654/75).*

Il co. 2 punisce i reati associativi del medesimo tipo con la reclusione da 6 mesi a quattro anni e per i *partecipanti, i promotori, gli organizzatori, i dirigenti* la pena è aumentata da uno a sei anni di reclusione.

Infine, il co. 3 prevede la pena da due a sei anni se la *propaganda, l'istigazione, l'incitamento* si fondano, anche parzialmente, sulla *negazione, sulla grave minimizzazione o sull'apologia della Shoah*, o crimini di genocidio, contro l'umanità o di guerra, così come previsti dagli artt. 6/7/8 dello Statuto della Corte penale internazionale²⁸⁴, nel caso in cui però la condotta sia idonea a creare *concreto pericolo di diffusione* delle idee medesime.

7.1. *L'efficacia dell'art 604bis c.p.*

La Germania, non potendo riscrivere la storia, comprensibilmente, tenta di espiare il suo “*sünde*”, la sua “*schuld*”, e pagare suo “*schulden*”²⁸⁵ inserendo nel suo codice penale il già commentato § 130, co. 3²⁸⁶.

²⁸⁴ Recepito con Legge di ratifica 12 luglio 1999, nr. 232, Ratifica ed esecuzione dello statuto istitutivo della Corte penale internazionale, con atto finale ed allegati, adottato dalla Conferenza diplomatica delle Nazioni Unite a Roma il 17 luglio 1998.

²⁸⁵ *Sünde, Schuld, Schulden*: peccato, colpa, debito nella lingua tedesca hanno stessa origine etimologica. In maniera preoccupante il debito, *schulden*, è stato l'effetto collaterale delle due guerre che la Germania unita ha scatenato, perdendole entrambe. Debito che, nella forma vorace di iperinflazione, ha portato nei due dopoguerra a stampare l'allora moneta tedesca, il Reich Mark prima, il Deutsche Mark dopo, in quantità tale da non valere nemmeno la carta sulla quale era stampato. Una nemesi che oggi, con la Germania di nuovo unita, porta ad esportare l'austerità - *sünde, schuld, schulden* - in tutto il continente europeo tramite la *succursale* della Deutsche Bundesbank, ovvero la BCE, alimentando per questa via le derive nazi-fasciste che si pretende poi di combattere imponendo il reato di negazionismo, che è il delitto dei delitti, ma che non si può combattere nemmeno con il più illiberale dei codici penali.

²⁸⁶ Si ricorda che “chiunque apprezza, nega o banalizza in un modo idoneo a turbare la pace pubblica, in pubblico o in una riunione, fatti di cui al § 220a, comma 1, del Codice penale (genocidio) commessi sotto il regime nazionalsocialista” è punito con pena detentiva fino a cinque anni o anche con pena pecuniaria

Ma la Direttiva Quadro 2008/913/GAI introdotta nell'ordinamento italiano, che non ha mai fatto e nemmeno lo vuol fare il conto con il padre del nazismo, cioè il fascismo, recependo la DQ *de quo* e adeguandosi al testo letterale ha introdotto un elemento di ulteriore complicazione nel non poter dare applicazione alla XII Disposizione Finale della Costituzione.

Infatti, se si considera che il negazionismo, come menzogna della storia, è indissolubilmente legato alle leggi razziali, non potendo negare queste ultime (non lo fanno nemmeno i diretti eredi della politica mussoliniana perché sono stampate nella Gazzetta Ufficiale) allora se ne negano gli effetti (le deportazioni nei campi di concentramento e tutto quel che ne seguì). Annacquando con una ulteriore serie di condotte (negazionismo, minimizzazione grossolana, apologia della Shoah) posto che sia possibile rintracciare una possibile differenza fra queste, sfugge la proposta complessiva che queste condotte riassumono che è puramente politica, ovvero, l'auspicio del ritorno al potere di quel partito che queste pratiche adottò e questa propaganda svolse per autoassolversi.

Fra l'altro, come si vuole definire il reato di clandestinità della Bossi-Fini? o la ipocrita distinzione fra il richiedente asilo politico perseguitato dal regime dittatoriale e il rifugiato economico che fugge dalla fame? Forse che le due cose non si tengono insieme²⁸⁷? non sono queste leggi razziste? forse che queste norme non urtano frontalmente con l'art. 10, co. 3, Cost.: «Lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge».

Questo scrissero i Costituenti memori del fatto che molti fra loro dovettero riparare all'estero per sfuggire alla sorte loro assegnata dal fascismo.

²⁸⁷ Questo succede nel paese che ha dato i natali a Nicola Sacco e Bartolomeo Vanzetti giustiziati perché anarchici, ma emigrati in America perché l'alternativa in Italia era morire di inedia. Ed in questo senso l'Italia era proprio unita perché il secondo proveniva dalle terre del Regno di Sardegna il secondo dal Regno delle Due Sicilie.

7.2. Negazionismo come aggravante

Dalla lettura dell'art. 604bis, terzo comma, c.p. il negazionismo, come gli altri delitti ivi previsti, sembra porsi come un'aggravante. Posto che i reati di cui al primo comma (*propaganda* di idee fondate sulla superiorità razziale e odio razziale e *istigazione* a commettere o *commissione* di atti di discriminazione, le condotte punite alla *lettera a)* e *istigazione* a commettere o *commissione* di violenza o *atti di provocazione* alla violenza, le condotte punite alla *lettera b)*), abbiano i requisiti di concretezza, quando queste stesse condotte hanno ad oggetto la negazione, l'apologia e la minimizzazione grossolana della Shoah o crimini internazionali ad essa equiparati, sono punite con pene maggiori, escludendo l'alternativa della multa.

Ciò detto, nel co. 3 dell'art. 604 bis si ha un riferimento preciso, cioè la Shoah, e poi alle tre forme di crimini contro l'umanità, crimini di genocidio e crimini di guerra, ovvero crimini internazionali come definiti dagli articoli richiamati dello Statuto della Corte penale internazionale, tenendo conto che questo non ha competenza per fatti antecedenti al 1° luglio 2002. Dunque, l'incriminazione davanti ad un giudice nazionale per *propaganda* o *istigazione* di un crimine che si presuppone rientri nella fattispecie del crimine internazionale, a parte la Shoah, richiederebbe al giudice, al suo eventuale consulente scientifico, una ricostruzione della vicenda storica in un'aula di tribunale²⁸⁸.

²⁸⁸ CFR per l'indeterminatezza del co. 3 dell'art. 604 bis, Giuseppe PUGLISI, *A margine della c.d. "aggravante di negazionismo: tra occasioni sprecate e legislazione penale simbolica*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 15 luglio 2016, pagg. 1-36.

Sulle variegati ipotesi del richiamo agli artt. 6, 7 e 8 dello Statuto della Corte penale internazionale l'A. così si esprime «Dando una scorsa a queste disposizioni, infatti, ci si avvede di come tali *crimina*: da un canto, siano integrati da un ampio novero di condotte materiali, che, e.g., nel caso della definizione giuridica di genocidio non comprendono il target colpito per motivi politici e economici o, per i crimini di guerra, si differenziano in sei sottogruppi ("violazioni gravi delle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949", "altre gravi violazioni delle leggi e delle consuetudini (*sic!*) applicabili in un conflitto armato internazionale" etc.); dall'altro, di come essi si sostanzino di accertamenti da compiere a livello intellettuale e in base al contesto: "l'intento di distruggere in tutto o in parte un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso", per il crimine di genocidio (art. 6); l'intenzionalità di atti commessi "nell'ambito di un attacco a vasto raggio o sistematico diretto contro qualsiasi popolazione civile", per i crimini contro l'umanità (art. 7); la circostanza che i crimini di guerra siano "commessi come parte di un piano, di una politica o della commissione su vasta scala" (art. 8). In mancanza di

All'indomani dell'approvazione della L. 115/2016 molti giornali titolavano “*Il negazionismo è reato*”²⁸⁹, in realtà il puro e semplice negazionismo, nella prospettiva dell'aggravante di altri reati, non è considerato reato autonomo, ma il negazionismo deve essere “*qualificato*” da un'istigazione alla discriminazione razziale: «non la punizione del negazionismo *se e quando istiga*, dunque, ma la punizione più severa dell'istigazione *se e quando nega*.»²⁹⁰.

Se ciò è vero, quindi, il semplice negare la Shoah in Italia non si configura come reato. Sembrerebbe anche che nella formulazione della norma *de quo* non si tenga nemmeno in considerazione né la sentenza Corte EDU che giustifica l'interferenza statale nella libera manifestazione di *quel* pensiero, ex art. 10 - responsabilità nell'esercizio della libera manifestazione del pensiero - e nemmeno la norma *tranchant* dell'art. 17 CEDU - la Shoah è un fatto e chi lo nega dice una menzogna abusando del diritto di parola.

In Italia la norma richiede che prima si sia xenofobi e antisemiti e, per i crimini a tali convinzioni collegati (violenza, propaganda, istigazione), si prevedono pene edittali di un certo tipo, se poi a tali condotte si aggiunge la negazione della Shoah o altri crimini internazionali della specie, si incorre in una maggiorazione di pena per reato circostanziato, anche per la semplice propaganda o apologia.

Ma configurando il reato di negazionismo come aggravante di idee razziste o xenofobe tale aumento di pena si va a collegare ad una deprecabile per

riferimenti precisi, la norma autorizza l'interprete a ritenere che debba essere il giudice nazionale a compiere delle operazioni funamboliche, che vanno ben oltre le capacità e le risorse della propria funzione.» <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/4899-a-margine-della-cd-aggravante-di-negazionismo-tra-occasioni-sprecate-e-legislazione-penale-simbolica>
Ivi. pag. 32

²⁸⁹ Il Sole 24 ore, 8 giugno 2016, *Il negazionismo è reato: la Camera approva*, anche se nel testo si precisa che si tratta di aggravante. <https://st.ilsole24ore.com/art/notizie/2016-06-08/il-negazionismo-e-reato-approvata-camera-legge-223738.shtml?uuid=ADbQNoY>

²⁹⁰ Luigi DANIELE, *Negazionismo e libertà di espressione: dalla sentenza Perinçek c. Svizzera alla nuova aggravante prevista nell'ordinamento italiano*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, nr. 10/2017 pag. 96.
https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/pdf-viewer/?file=%2Fpdf-fascicoli%2FDPC_10_2017.pdf#page=79

quanto si vuole convinzione personale *pubblicamente* manifestata. In altri ordinamenti, si è visto, punendo il negazionismo *tout court* il pericolo concreto lo si ravvisa nella turbativa dell'ordine pubblico o nell'asserzione di un fatto *falso*.

Sia ben chiaro, che si tratta di pensieri deprecabili, ma che nella loro enunciazione, nella misura in cui qualificano il soggetto come persona socialmente deprecabile si va a punire, appunto, questo aspetto, cioè l'autore, che sarebbe senz'altro punibile nel caso in cui l'offesa fosse diretta verso un soggetto in ragione della sua *condizione personale*, della sua *etnia*, della sua *nazionalità*²⁹¹.

Nel solco della DQ 2008/913/GAI probabilmente sarebbe stato più concreto anziché prevedere l'art. 3 bis della L. 654/1975, aumentare fino a tre anni la condotta punita dalla *lettera a)* dell'art. 3 della medesima legge che, come visto, prevede un massimo di un anno e sei mesi o la multa fino a 6.000 euro²⁹² e si sarebbe così rientrati nei parametri richiesti dalla DQ, perché posto in questi termini, se è vera questa lettura, la norma sembra abnorme nella comminatoria edittale e abbastanza inapplicabile per un anticipo insopportabile della tutela nella ipotesi di mera condotta.

7.3. *Sentenza Corte di cassazione n. 3808/2022*²⁹³

A seguito di due decisioni di merito, la prima con rito abbreviato dinnanzi al GUP, e alla conseguente sentenza della Corte d'appello di Milano, l'imputato, appartenente ad un movimento [evidentemente nazistoide], veniva condannato

²⁹¹ Vedi il caso di questi giorni, Vannacci, che asserisce che gli omosessuali non sono “*normali*” nella misura in cui questi non rientrano nella “*norma*” quale concetto statistico. Ovviamente si tratta di una via di fuga ma per dimostrarla sarebbe necessario ricorrere al “processo alle intenzioni”.

https://www.ilgazzettino.it/nordest/padova/vannacci_gay_omosessuali_non_normali_dibattito_tv_alessandro_zan_quarta_repubblica-8101895.html

²⁹² CFR Luigi DANIELE, *Negazionismo e libertà di espressione: dalla sentenza Perinçek c. svizzera alla nuova aggravante prevista nell'ordinamento italiano*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, nr. 10/2017.

²⁹³ CFR Corte Suprema di Cassazione, Sezione prima penale, Sent., (ud. 19/11/2021) 03-02-2022 nr. 3808.

<https://www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/clean/hc.dll?verbo=attach&db=snpen&id=./20220203/snpen@s10@a2022@n03808@tS.clean.pdf>

a sei mesi di reclusione, con sospensione condizionale della pena, per aver «diffuso idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico e sulla negazione della Shoah; in particolare, durante la celebrazione del Giorno della Memoria avvenuta del 27 gennaio (OMISSIS), svolgevano attività di propaganda, diffondendo col mezzo della stampa, in alcune vie del centro milanese, volantini, affiggevano striscioni e realizzavano scritte che s'ispiravano al Nazional Socialismo, inneggiando alla superiorità della razza bianca contro ogni presenza di giudaismo in Europa, negando l'Olocausto ebraico.»

All'epoca dei due giudizi di merito erano vigenti gli artt. 3 e 3 bis della L. 654/1975 nella versione in essere dal 13 luglio 2016 ove, all'art. 3 bis, era prevista solo l'*aggravante* di negazionismo della Shoah e altri crimini internazionali come definiti dagli artt. 6, 7, 8 dello Statuto della CPI, ancora, quindi, non era stata introdotta la novella 2017 (ex DQ 2008/913/GAI), *grave minimizzazione e apologia della Shoah*.

I giudici della Suprema Corte osservano che, in sede di ricorso, la parte soccombente, non contro deduce avverso le motivazioni dei giudici di merito, i quali avevano concordemente rilevato in sede di motivazione afferenti «al contenuto aberrante dei volantini che il ricorrente contribuiva a distribuire ed affiggere nelle vie cittadine; alla stretta interrelazione tra il fatto e il Giorno della Memoria (istituito con L. 20 luglio 2000, n. 211); all'accertata (e non contestata) adesione del ricorrente alle idee discriminatorie (superiorità e difesa della razza ariana) e negazioniste dell'Olocausto ebraico, proprie del movimento Nazional Socialista sotto la cui egida si è svolta l'azione (i volantini riportano il logo del (OMISSIS)).», bensì riproponeva al giudice di legittimità di inquadrare la diffusione di stampe come adesione, in buona fede, alle idee degli “*storici revisionisti*”: «Il ricorso, sottoscritto dal difensore, si diffonde nell'invitare la Corte di legittimità a “verificare quali siano le tesi revisionistiche e i fatti storici su cui si basano le idee propalate dal (OMISSIS)”».

Pertanto, secondo il ricorrente, non vi era stato alcun intento di istigazione all'odio razziale, di antisemitismo, di riaffermazione della superiorità della razza bianca, ma semplicemente l'imputato si era limitato a diffondere una versione non accettata dalla storiografia ufficiale, basata, fra l'altro, sulla *falsa propaganda da parte degli ebrei*.

I messaggi contenuti negli stampati distribuiti, acquisiti agli atti, erano in realtà chiaramente offensivi, mistificatori e negatori, poiché asserivano che i gerarchi nazisti, Göring ed Eichmann, non aveva dato alcun ordine di sterminio ma semplicemente quello di esiliare in Madagascar gli ebrei in quanto responsabili della guerra che aveva visto coinvolta la Germania nel 1939.

Inoltre, il volantaggio richiamava l'attenzione sui numerosi casi di genocidio sui quali era lecito dubitare (es. genocidio degli armeni, caso *Perinçek c. Svizzera*, così come deciso dalla Corte EDU) a differenza della Shoah, "*posto che fosse mai esistita*", per la quale vi era un divieto legale di porla in dubbio perfino nelle dimensioni, poiché, si asseriva nelle stampe distribuite, i decessi verificatisi nei campi di concentramento erano statisticamente confrontabili con quelli dei soldati morti sul fronte.

Pertanto, la condanna subita dal ricorrente era basata sul fatto di essere aderente ad una corrente *storica*, magari minoritaria, quindi, oltre a non configurare i reati di cui agli artt. 3 e 3 bis della L. 654/1975, i giudici di merito avevano leso i requisiti richiesti dall'art. 43 c.p., nella misura in cui non di negazionismo si era trattato ma di "*revisionismo*", perciò insussistente era il dolo quale elemento soggettivo del fatto tipico, e, di conseguenza, si reclamava la lesione del diritto di manifestare il proprio pensiero ex art. 10 CEDU.

La Suprema Corte, a tal punto, osserva:

a) che l'auto-attribuita etichetta di *revisionisti storici* mal si addiceva a coloro che, lungi da rileggere la storia alla luce di nuovi documenti, come fa ogni storico, rifiutavano l'esistenza di abbondante documentazione atta a poter rivedere le loro posizioni, ed è motivo per il quale essi vengono qualificati come

negazionisti perché rifiutano la ben evidente realtà storica, poiché il loro intento è quello di una rivalutazione del nazionalsocialismo e del fascismo; che la negazione *della Shoah* si pone in continuità con la linea di difesa del partito nazionalsocialista che ha sempre negato l'esistenza di fatti ampiamente documentati dalle truppe dell'Armata Rossa quando irruperono nel campo di concentramento di Auschwitz;

b) che, proprio per tale motivo, tutti coloro che (V., ad esempio, la decisione Corte EDU caso *Garaudy c. Francia*,) riproponevano l'inesistenza delle camere a gas non facevano altro che riproporre, propagandisticamente, quanto già il regime nazista aveva propagandato;

c) infine, sulla sentenza Corte EDU riguardante il *genocidio degli armeni*, i giudici ricordano che nel caso *Perinçek c. Svizzera* la Corte di Strasburgo aveva applicato l'art. 10 e non l'art. 17 CEDU, poiché «(il ricorrente [Perinçek] non aveva negato tali crimini, ma aveva sostenuto che non si trattasse di genocidio e che si trattasse di uno sterminio giustificato da ragioni belliche) ... Sul caso si è poi pronunciata, il 15 ottobre 2016, la Grande Chambre che ha confermato la violazione della libertà di espressione, di cui all'art. 10 CEDU, sul presupposto, che rileva nel caso in esame, secondo il quale l'Olocausto ebraico è storicamente accertato e non discutibile.»

Perciò, ribadisce la Corte di cassazione, nel solco della Corte EDU, vi sono fatti storici accertati, quali la Shoah, sui quali è lecito discutere, ma non negarli, e altri fatti storici, anch'essi accertati nella loro drammaticità, ma la comunità scientifica non è concorde nell'attribuire la qualifica di genocidio, che risponde alla volontà predeterminata di eliminare un popolo solo perché appartenente ad una determinata etnia, o nazione.

Infine, concludono i giudici della Suprema Corte, in materia di dolo, per costante sua giurisprudenza, chiarisce che il caso di specie è connotato da dolo generico e non quello specifico.

A tal proposito, rilevato infatti che la data di nascita dell'imputato era 1992 e che il *Giorno della Memoria* è stato istituito con L. 20 luglio 2000, nr. 211 e che nel 2005, con Risoluzione nr. 60/7, durante la 42^a Assemblea plenaria, l'ONU ha proclamato il 27 gennaio come *Giorno della Memoria*, non assumeva rilevanza la presunzione della legge ex art. 5 c.p., ma in considerazione dell'età dell'imputato i giudici di merito, giustamente, non avevano presunto ai sensi dell'art. 5 c.p. la conoscenza della norma, piuttosto che non vi poteva essere alcun ragionevole dubbio sulla conoscenza e il significato della ricorrenza del 27 gennaio, data in cui l'imputato diffondeva stampe incitanti all'odio razziale, poiché essendo in età scolastica, proprio in quel giorno le scuole per legge, come tutte le istituzioni nazionali e mondiali, sono impegnate in momenti di dibattito, di informazione e di formazione, perciò pretestuosa era la difesa di accampare l'*ignoranza incolpevole*.

Ciò detto, la Corte di cassazione conferma la condanna a sei mesi di reclusione con la sospensione condizionale della pena, come previsto nei due giudizi di merito.

7.4. *Considerazioni sulla sent. 3808/2002 Corte di cassazione*

Preso atto del *quantum* di pena irrogata (sei mesi di reclusione con sospensione condizionale), è ragionevole pensare che l'imputato sia stato giudicato colpevole ai sensi dell'allora *lett. a)*, co. 1, art. 3 L. 654/1975 (ora co. 1, *lett. a)*, art. 604 bis c.p.) il cui massimo edittale è di un anno e sei mesi di reclusione o multa fino a 6.000 euro, non applicando l'ipotesi di reato circostanziato di cui all'art. 3 bis della legge medesima trasfuso nell'attuale co. 3 del predetto art. 604 bis del c.p., il cui minimo edittale è di due anni.

Interessante anche notare che i giudici intervenuti nei tre gradi di giudizio rilevano:

che, a seguito di perquisizione nell'abitazione dell'imputato, erano stati rinvenuti stampe uguali, però il fatto non costituiva reato per difetto del requisito della pubblicità;

che, oltre alle altre idee di odio e suprematismo bianco che appartengono, per così di dire, al reato base ex co. 1 *lett. a)* art. 3 L. 654/1975, le idee negazioniste pubblicamente diffuse appartengono alla propaganda del partito nazional-socialista e fascista;

che l'ordinamento nazionale e la comunità internazionale rifiutano forme di governo che mortificano la dignità umana e che, quindi, come già asserito dalla Corte di Strasburgo, i presunti *storici revisionisti* altro non sono che aderenti alle idee nazi-fasciste che quella propaganda perseverano per riabilitare quei regimi dittatoriali;

infine, con il riferimento alle sentenze *Garaudy c. Francia* e *Perinçek c. Svizzera* della Corte EDU, laddove gli artt. 10 e 17 CEDU si invertono nella loro applicazione, emergerebbe che l'imputato abbia fatto abuso del diritto per propalare idee offensive proprio nel *Giorno della Memoria* con chiaro intento provocatorio.

In questa dimensione o almeno nella lettura che qui si dà della sentenza, il reato di negazionismo non sembra avere avuto autonoma rilevanza²⁹⁴. La Corte

²⁹⁴ Come riportato l'art. 3 bis della L. 654/1975 sembrerebbe non essere coinvolto nella decisione, stando alla pena comminata. Ben prima della sentenza, Antonio CAVALIERE in *La discussione intorno alla punibilità del negazionismo. I principi di offensività e la libera manifestazione del pensiero e la funzione della pena* (nota n. 3, pag. 1004), rilevava che: «In relazione alla punibilità del negazionismo, configurato quale comportamento 'atto ad istigare', dobbiamo chiederci, quindi, se la negazione di un accadimento storico del passato, in quanto tale, possa mai essere 'atto ad istigare' - il che appare quanto meno discutibile già sul piano logico; ove riuscissimo a dimostrarlo, dovremmo chiederci se quella negazione che sia 'atto ad istigare' sia, a sua volta, 'atto' a far nascere un sentimento interiore di odio o un'intima intenzione violenta nell'istigato, da cui rischi, poi, di nascere uno specifico proposito criminoso che, successivamente, possa tradursi, magari, in attività preparatoria, alla quale possa, eventualmente, far seguito una condotta esecutiva... Ma, a questo punto, dovrebbe apparire a tutti evidente che quella negazione è così sideralmente distante dall'offesa che una sua punibilità non si concilia in alcun modo con il principio costituzionale di necessaria offensività, a meno che esso non venga ridotto ad una mera effigie, cui rendere un ipocrita inchino, prima di voltarle decisamente le spalle» (si riporta la nota 67 Luigi DANIELE, *Negazionismo e libertà di espressione*:

di cassazione stigmatizza, forse non a caso, che non è reato possedere nella propria abitazione stampe della stessa fatta rispetto a quelle distribuite; invece, è reato servirsi degli stessi metodi propagandistici che portarono il nazismo in Germania, ovvero il complotto ebraico all'origine delle difficoltà economiche del paese²⁹⁵.

Non dunque il negazionismo in sé è il pericolo, ma il pericolo concreto è la tecnica propagandistica usata anche nel caso portato all'attenzione delle Corti di cassazione nella sentenza in discussione. Sotto questo punto di vista, certo si deve provare orrore per lo sterminio, ma sull'orrore non si crea un reato, perché quello fu un effetto. Si deve conservare memoria della causa. Ed il patto costituzionale proprio quelle *cause* vorrebbe *rimuovere*.

Ciò perché, e questo è un fatto storico incontestabile, la soppressione di tutte le libertà segue alla conquista del potere per via democratica, cioè vincendo le elezioni. E quando fascisti e nazisti giungono al potere non possono far altro che quello che hanno già fatto: dunque questo è il pericolo concreto²⁹⁶.

7.5. *Confronto fra 1° e 3° co. art. 604bis codice penale.*

Il comma 1 dell'art. 604bis c.p. prevede due motivi di incriminazione: alla *lettera a)* viene punita con la reclusione fino a 18 mesi la «propaganda di idee

dalla sentenza *Perinçek c. Svizzera alla nuova aggravante prevista nell'ordinamento italiano*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, nr. 10/2017 pag. 97)

²⁹⁵ I periodi di crisi economica, o di scarsità indotta di moneta, sono i momenti delicati per la democrazia, la propaganda di Hitler si basava sul complotto ebraico quale origine della miseria in cui era piombata la Germania dopo il Trattato di Versailles. Un accorto economista collaboratore di Roosevelt nel periodo del New Deal e ambasciatore in India con J.F.K., John Kenneth GALBRAITH nel suo saggio *Soldi* del 1975 (Ed. italiana BUR saggi Mondadori feb. 2021, pag. 218) scrive: «In Germania, all'inizio del 1933, arrivò al potere Adolf Hitler. Gran parte del suo successo deve essere attribuito alla diffusa disoccupazione e alla dolorosa contrazione dei salari, degli stipendi, dei prezzi dei valori delle proprietà determinate dalla folle politica di Brüning [Cancelliere della Repubblica di Weimar dal 1930 al 1932] in difesa del marco». Le avverse congiunture economiche sono le più pericolose per la diffusione di idee che spingono l'opinione pubblica verso i regimi autoritari, come insegna la storia economica.

²⁹⁶ Il primo step oggi è la riforma costituzionale che introduce il premierato e, ovviamente, punto fondamentale è collegare le difficoltà economiche alla instabilità politica (ovvero alla dialettica democratica). Vedi: *Intervento del Presidente Meloni all'incontro "La Costituzione di tutti. Dialogo sul premierato"*, mercoledì, 8 Maggio 2024: <https://www.governo.it/it/articolo/intervento-del-presidente-meloni-allincontro-la-costituzione-di-tutti-dialogo-sul>

fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, ovvero istiga a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi»; alla *lettera b)* si punisce con la reclusione da sei mesi a quattro anni chi «istiga a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi»; al *comma 3* la pena è aumentata da un minimo di due ad un massimo di sei anni di reclusione «se la propaganda ovvero l'istigazione e l'incitamento, commessi in modo che *derivi concreto pericolo di diffusione*, si fondano in tutto o in parte sulla negazione, sulla minimizzazione in modo grave o sull'apologia della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale».

Ci si deve chiedere se la *propaganda*, l'*istigazione* e l'*incitamento* di cui al comma 3 sono le medesime di cui al comma 1 ovvero se si tratta di fattispecie autonome. Perché si ponga il caso che, quale aggravante, il co. 3 si applichi alla *lettera a)* del co. 1, allora ci si troverebbe nell'ipotesi in cui la propaganda di idee fondate sulla superiorità della razza, sull'odio razziale o etnico sarebbe punita più pesantemente dei reati di violenza di cui alla *lettera b)* del comma medesimo, il che, evidentemente, non è possibile. Infatti, provando a riscrivere il comma 3 su una delle condotte incriminate si ha, per esempio, che: «Se la propaganda si fonda, in tutto o in parte, sulla negazione della Shoah ed è commessa in modo che *derivi concreto pericolo di diffusione*, si applica la pena della reclusione da due a sei anni», è pacifico che il comma 3 non ha niente in comune con il comma 1, perché il pericolo concreto è quello della *diffusione della propaganda della negazione*²⁹⁷.

Cioè non viene in rilievo la propaganda in sé, ma il pericolo è la diffusione delle idee negazioniste e la diffusione non necessariamente richiede una

²⁹⁷ L'ipotesi di un reato diverso configurato nell'art 3 bis rispetto all'art. 3 L. 654/1975 (ora co. 1 e co. 3 dell'art. 604 bis c.p.), piuttosto che di un'aggravante, è ricostruita da Emma VENAFRO, *Il nuovo reato di negazionismo: luci e ombre*, in *Legislazione penale* 8 febbraio 2018. <https://www.la-legislazione-penale.eu/wp-content/uploads/2018/02/Contributo-E.-Venafro.pdf>

pluralità di persone ma può avvenire anche fra due persone e, come conseguenza, svilupparsi come una sorta di schema Ponzi.

Conclusioni

A due secoli e mezzo dalla pubblicazione del saggio di Cesare Beccaria “*Dei delitti e delle pene*” (1764) e dalla “*Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino*” (1789), dove su 17 articoli ben 11 erano dedicati all’aspetto penale, ci si trova ancora a considerarli come un *punto di riferimento* nella penalistica contemporanea e non un *punto di partenza*. Quindi è di tutta evidenza che le scienze sociali non seguono lo stesso percorso di progressione delle scienze naturali che fissano delle tappe quale trampolino di lancio per nuovi sviluppi.

Queste due scienze hanno fondamenti e presupposti diversi. Nelle seconde si possono fare esperimenti in laboratorio, non sono democratiche, non sono classiste o razziste, a parte i nazisti che consideravano quella di Einstein fisica ebrea. Della tecnologia, quale applicazione delle scoperte delle scienze naturali, certamente si può fare un uso *politico* ma nelle scienze sociali le *scelte politiche* sono un presupposto.

Lo Stato di diritto, contrapposto alla Stato autoritario, non è garanzia di per sé del rispetto delle condizioni ulteriori e qualificanti che richiede uno Stato democratico. Così fu il percorso della Rivoluzione francese del 1789. Questa, travolto il sistema monarchico e assolutistico, stabilizzò al potere la classe borghese, la quale prima generò Napoleone e poi la Restaurazione che lo spazzò via. Così il *liberismo* ha attraversato indenne tutti gli eventi, anche quelli più drammatici, che hanno segnato tanto il “*secolo lungo*” (1789 – 1914) quanto il “*secolo breve*” (1918 – 1989), fino a diventare *ordine mondiale*.

Il reato di opinione anche nel momento presente ha un’efficacia operativa che arriva sino al paradosso:

nel 2016 sono stati comminati due mesi di carcere con la condizionale ad una studentessa di antropologia di Ca’ Foscari, per aver scritto una tesi dal titolo

«Ora e sempre No Tav: identità e pratiche del movimento valsusino contro l'alta velocità», buttando giù anche la barriera delle materie privilegiate²⁹⁸;

nel 2018 una maestra, che partecipava ad un corteo di protesta al di fuori dell'orario di lavoro, a sua insaputa fu ripresa da una telecamera mentre proferiva una frase colorita all'indirizzo delle forze dell'ordine; il filmato rilanciato sui media causò il licenziamento della cittadina perché fu riconosciuta dal solerte dirigente scolastico²⁹⁹;

nel maggio 2024, infine, la più paradossale delle vicende: un rifugiato politico algerino è finito dalla cattedra di una scuola di *élite* di Roma in un CPR per un commento in favore di Hamas scambiato su una chat privata e diventato pubblico³⁰⁰; cioè, questo straniero rifugiato politico in Italia perché nel *suo paese non poteva godere dei diritti garantiti dalla Costituzione italiana* (ex art. 10, co. 3, Cost.), potrebbe essere espulso per aver esercitato un diritto (manifestazione di pensiero in privato) per il quale gli era stato concesso lo *status* di rifugiato oltretutto violando la segretezza della corrispondenza: il che dimostra il paradosso fra Costituzione e codice penale e l'incompatibilità di fondo fra legge sovraordinata e legge ordinaria.

Poiché, per definizione il problema non può essere nella Costituzione, dunque il problema sta nel codice penale: il reato di opinione si affianca ai reati

²⁹⁸ Roberta, condannata per la tesi di laurea. Appello. «Ora e sempre No Tav: identità e pratiche del movimento valsusino contro l'alta velocità»: uno studio che vale un procedimento giudiziario. Il manifesto, Ed. 22 giugno 2016 <https://ilmanifesto.it/roberta-condannata-per-la-tesi-di-laurea>

²⁹⁹ La maestra Lavinia Cassaro licenziata per reato di opinione. Il caso. Aveva inveito, ripresa in Tv, contro la polizia dopo le cariche a un corteo antifascista a Torino, Roberto Ciccarelli, <https://ilmanifesto.it/la-maestra-lavinia-cassaro-licenziata-per-reato-di-opinione>

³⁰⁰ Diritti dello straniero, libertà di opinione. Cosa ci consegna il caso Seif Bensouibat. Il cittadino algerino, rifugiato politico e con un lavoro di educatore, ha perso tutto e rischia ancora di essere espulso per dei commenti disgraziati su una chat privata. C'è da domandarsi se per conservare il diritto di asilo sia necessario nel nostro paese non solo rispettare le leggi, ma anche adeguarsi a una sorta di conformismo ideologico. Luigi Manconi, Marica Fantauzzi, Chiara Tamburello. <https://ilmanifesto.it/diritti-dello-straniero-liberta-di-opinione-cosa-ci-consegna-il-caso-seif-bensouibat>

propri della “povertà” e del collegato disagio sociale, cioè agli ostacoli che la Repubblica - ovvero il Popolo - dovrebbe rimuovere.

Si tratta di delitti d'autore perché i reati di strada colpiscono le fasce sociali meno abbienti, i migranti, persone con limitata scolarizzazione, mentre per gli “*intellettuali*”, rei di animare il dissenso per mezzo della denuncia delle falsità della propaganda *mainstream*, vale la stessa *legislazione d'eccezione* da sempre usata nei regimi autoritari.

Il legislatore nazionale, esautorato in materia di disponibilità di risorse di bilancio dalla UE, si ripiega in campagne elettorali dove la partita si gioca proprio sulla punibilità dei reati di strada e quelli che pongono in discussione l'ordine economico mondiale. Inoltre, dettaglio non di poco conto, la qualità del *legislatore ordinario* è andata peggiorando dopo il 1994: «La politica non manca solo di capi: l'indipendenza intellettuale e il sentimento del diritto si sono profondamente abbassati nella borghesia e l'organizzazione democratica e parlamentare che poggia su quella indipendenza è stata sconvolta in molti paesi; sono nate dittature e sono state sopportate perché il sentimento della dignità e del diritto non è più sufficientemente vivo. (...) l'attuale decadenza sociale dipende dal fatto che lo sviluppo dell'economia e della tecnica e quindi della libera evoluzione degli individui ha subito colpi durissimi»³⁰¹.

A questi dati si aggiunge il fatto che la magistratura, quando adita per reati di opinione, non solleva nemmeno più la questione di legittimità costituzionale: come si è sopra visto, sebbene in alcuni casi il giudice si orienti verso l'assoluzione, *perché il fatto con sussiste*, rimangono quelle norme che

³⁰¹ Albert Einstein, *Come io vedo il mondo*, Universale Tascabile Newton, 1975, pagg. 15-16. Purtroppo chi scrive questa tesi, oggi 2024, si vede costretto ad inserire una citazione già riportata nella discussa il 27 gennaio 1982 (a.a. 1980/1981) in Diritto Pubblico dal titolo *La Corte costituzionale e i diritti sociali*, Napoli Facoltà di Economia e Commercio, Relatore Prof. Salvatore Cattaneo.

inquinano il codice penale e, come si può anche constatare, membri del governo attualmente in carica ne stanno facendo largo uso³⁰².

Invero, il codice penale Rocco andrebbe cestinato e relegato nello studio dei codici dell'Italia pre-costituzionale per riformare il diritto penale sulla base dei valori e dei principi costituzionali. Si è visto, infatti, che la supposta riforma dei reati di opinione, L. 85/2006, proposta in maniera servile dalle forze che appoggiavano il governo per evitare pene pesanti ai propri ministri o capipartito, ha restituito l'idea del codice penale come materiale di consumo: si acquistano le dosi necessarie di *delitti e pene* quando servono per essere esposte nelle vetrine per poi riporle in magazzino quando capita qualcuno che *non dovrebbe capitare*.

E allora è necessario che riemerge la funzione critica dello scienziato del diritto penale, qualsiasi ruolo esso rivesta (sia che insegni nelle accademie sia che giudichi dalla “*cattedra di un tribunale*”³⁰³).

È necessario richiamare alla mente la risoluzione finale del Congresso dell'ANMI di Gardone del 1965. La legge non deve essere solo applicata ma anche criticata alla luce dei valori dei principi e delle norme precettive costituzionali, cioè rinviata alla Corte costituzionale affinché sancisca l'incompatibilità di tutte quelle leggi che vedono “*delinquenti nati*” dove c'è povertà, mancanza di servizi sociali, mancanza di lavoro (cioè assenza dello Stato che è occupato a spiare i sondaggi e gli umori del *mercato*) o “*terroristi*” dove c'è chi osa rompere la consegna del silenzio e manifestare la propria opinione.

³⁰²Luciana Cimino, *Querelato da Meloni, Canfora rinviato a giudizio. Il filologo aveva definito la presidente del Consiglio «neonazista». In suo sostegno migliaia di cittadini e associazioni, con l'Anpi in prima fila: «Si punta a intimidire le voci libere»*, il manifesto, ed. 17 aprile 2024. <https://ilmanifesto.it/querelato-da-meloni-canfora-rinviato-a-giudizio> (10 giugno 2024)

ANSA, 15 maggio 2024, *Prosciolta prof della Sapienza querelata da Lollobrigida. Docente, soddisfatta ma mi preoccupa criminalizzazione dissenso*. https://www.ansa.it/canale-legality-scuola/notizie/universita-news/2024/05/15/prosciolta-prof-della-sapienza-querelata-da-lollobrigida_d494eebf-790c-4beb-be36-404690bbdf45.html.

³⁰³ Da *Un giudice* di Fabrizio De André, tratta da *Antologia di Spoon river* di Edgar Lee Master

Si sono criticate le sentenze manipolative / interpretative perché il giudice non può creare nuove norme e men che mai nel campo penale. In questo senso solo i lavori dell'Assemblea costituente possono porsi come strumento di esegesi delle norme costituzionali non visioni antecedenti il *Potere costituente*: prima di questo vi era solo “*l'orrore*” direbbe il colonello Kurtz³⁰⁴.

Mentre si stendono queste note finali, l'esito delle elezioni europee dell'8 e 9 giugno 2024 dà la netta indicazione che oggi l'Europa si trova nelle stesse condizioni della Repubblica di Weimar e le responsabilità dei tecnocrati di Bruxelles non sono meno gravi di quelle delle potenze vincitrici della I guerra mondiale che nel 1919 si riunirono a Versailles.³⁰⁵

Insomma o l'Italia accetta di vivere ancora secondo i principi preannunciati dalla *Prolusione* sassarese del 1910 del Prof. Arturo Rocco, poi codificati secondo le indicazioni date al re nella Relazione del Ministro Alfredo Rocco o cerca di attuare la Costituzione della Repubblica Italiana democratica e antifascista, *tertium non datur*.

³⁰⁴ Personaggio del film *Apocalypse now*, film USA del 1979 diretto da Francis Ford Coppola: narra la storia di Kurtz, brillante e pluridecorato ufficiale dell'esercito USA. Durante la guerra in Vietnam disertò e si mise a capo di un villaggio di vietnamiti. Con una radio rilanciava per tutto il paese messaggi in cui denunciava le brutalità della guerra di occupazione.

³⁰⁵ I risultati delle elezioni del Parlamento europeo dell'8 e 9 giugno 2024 dimostrano un chiaro avanzamento delle forze dell'estrema destra in Francia, Austria, Spagna, Italia e Germania. Dal sito “Affari internazionali”: *Elezioni europee 2024: la vittoria dell'estrema destra*, 10 giugno 2024 <https://www.affarinternazionali.it/elezioni-europee-2024-lavanzata-delle-strema-destra/>

Ringraziamenti.

L'impresa di ritornare sui "banchi di scuola" nel 2021, a quarant'anni esatti dalla Laurea in Economia e Commercio (a.a. 1980/1981), non sarebbe stata possibile se l'Università degli Studi Federico II di Napoli non mi avesse fornito gli strumenti culturali per affrontare questa fatica e, al tempo stesso, non mi avesse stimolato a rimanere curioso.

Ho affrontato questa prova per completare un percorso di studi che mi ero prefissato tanti anni fa, ma non posso non rilevare che oggi il diritto porta i segni preoccupanti della svolta verso una tradizione che non ci appartiene, quella del *common law*, e verso valori sui quali non si può fondare la *convivenza*, quali la concorrenza (sul cui dogma è, invece, fondata l'UE) e, soprattutto, porta i segni della mediocrità di un legislatore nazionale che, dopo il 1994, ogni giorno viola l'art. 54 della Costituzione. Su questo siamo tutti noi, Cittadini e Cittadine, impegnati a non far peggiorare le condizioni della nostra civiltà giuridica.

Certo l'esame è il momento in cui lo studente deve dimostrare di conoscere la materia ma, ad un certo punto, mi sono reso conto che non studiavo tanto per l'esame, quanto invece per poter rispondere ai "*forum*", cioè avere quella preparazione sufficiente per poter poi "manifestare il mio pensiero" e aspettare con ansia il *feedback* della/del docente sia del Master che del corso di Laurea.

Per questo e per la pazienza che hanno avuto nel leggere e commentare le mie considerazioni, ringrazio i docenti del "Master in Studi Giuridici Avanzati di I Livello" dell'a.a. 2021/2022 e del "V anno di Giurisprudenza" dell'a.a. 2022/2023, il Prof. Alessio Guasco, la Prof.ssa Giuseppina Nardone, la Prof.ssa Maria Iele, il Prof. Giangiuseppe Matarazzo, la Prof.ssa Francesca D'Alessandro, la Prof.ssa Maria Mazzocca, il Prof. Paolo Palumbo, il Prof. Giuseppe Accocella, il Prof. Giuseppe Santilli, il Prof. Alessandro Di Martino, il Prof. Fabrizio

Corona, il Prof. Andrea Pastore, la Prof.ssa Serena Ucci, la Prof.ssa Silvia De Marco, la Prof.ssa Luz Karime Angel, la Prof.ssa Katia La Regina, il Prof. Aniello Parma, la Prof.ssa Floriana Aiezza, la Prof.ssa Fulvia Staiano, la Prof.ssa Angela Correra, il Prof. Emiliano Marchisio, la Prof.ssa Daniela Grimaldi, che cito nell'ordine in cui li ho conosciuti, che hanno saputo coinvolgermi e mantenere alto il mio interesse.

Non posso non rivolgere un saluto particolare al Prof. Paolo Palumbo con il quale ho sostenuto i primi due esami in questo Ateneo che, in ragione delle materie da Egli insegnate (Ecclesiastico e Canonico), ha sopportato le intemperanze di chi si è sempre riconosciuto nelle lotte del movimento studentesco degli anni '70.

Come sarà per me difficile dimenticare l'esame di Filosofia del diritto sostenuto con il Rettore, Prof. Giuseppe Acocella, che fu un esame molto vivace, anzi, direi, quasi scoppiettante.

Un ringraziamento speciale va alla Prof.ssa Serena Ucci che mi ha introdotto in una materia della quale non conoscevo nulla e ogni volta che trovavo difficoltà nel testo dove studiavo, per chiarirmi le idee dovevo riascoltare le Sue lezioni sull'argomento. Soprattutto, la Chia.ma Relatrice mi ha gratificato assegnandomi un argomento di tesi che forse supera le mie capacità argomentative ma che, al di là del risultato, mi ha tenuto concentrato per cinque mesi a svolgere un lavoro di ricerca.

Questa Università mi ha dato quello di cui andavo in cerca che non era solo la voglia di tornare a misurare la mia capacità di apprendere, ma soprattutto avere un confronto con persone qualificate e acquisire nuove idee.

È stata un'avventura faticosa, ho trascorso due anni senza alcun periodo di ferie, ma sono sicuro che già da domani mi mancherà.

Non posso non ringraziare il mio giovane amico Giovanni, un liceale che mi ha aiutato a *sbobinare* alcune lezioni e a correggere la tesi, che, avendo avuto cotanto *cattivo maestro* quale io sono, al di là del buon profitto, si è beccato un

bel “7 *in condotta*” perchè, di fronte alle ingiustizie perpetrate da *baroni* e *baronesse* del suo liceo, non si è girato dall’altra parte, non ha fatto finta di non vedere, ha invece preso carta e penna e ha contestato i loro *editti*!

And the last but not the least, se è vero, come diceva Freud, che ogni uomo cerca nella propria moglie la propria madre, tutto questo non sarebbe stato possibile se Anna non mi avesse assistito in questi due anni “*come un figlio agli studi*”.

Luigi Crespino

Benevento,

P.S.: “*Non è mai troppo tardi*”!

Maestro Alberto Manzi (1924 – 1997)

Bibliografia

Fonti dottrinarie

BALBI, Giuliano, *Il negazionismo tra falso storico e post-verità*, *Criminologia*, in *Discrimen*, 11/02/2019,

BECCARIA, Cesare, *Dei delitti e delle pene*, in *I classici del pensiero italiano*, Ed. Biblioteca Treccani – Il sole 24 Ore, 2006

BENVENUTO, Maria Francesca, *Sulla dichiarazione di illegittimità costituzionale della legge francese che incrimina la contestazione dell'esistenza dei genocidi "riconosciuti come tali dalla legge francese"*, in *Diritto penale contemporaneo*, 21 marzo 2012

CALAMANDREI, Pietro, *Discorso agli studenti milanesi di Piero Calamandrei (1955)*, https://www.anpi.it/patria-indipendente/media/uploads/patria/2010/3-4/16-17_CALAMANDREI.pdf

CALAMANDREI, Pietro, *Sulla riforma dei codici, la truffa delle etichette*, in *La Nuova Europa*, 4 marzo 1945

CAPUTO, Matteo, *La "menzogna di Auschwitz", le "verità del diritto penale", la criminalizzazione del cd negazionismo tra ordine pubblico, dignità e sensi di umanità*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014

CARUSO, Corrado, *Tra il negare e l'istigare c'è di mezzo il giustificare. La problematica distinzione del Tribunale Costituzionale spagnolo (commento alla sent. n. 235/2007)*, in *forumcostituzionale.it*, 3 aprile 2008

CASATI, Ettore, *Considerazioni e proposte sulla riforma dei codici penali*, in *Archivio penale*, 1945

CASTELLANETA, Marina, *Il negazionismo tra abuso del diritto e limite alla libertà di espressione in una decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Media Laws, Law and Policy of the Media in a Comparative Perspective, Rivista quadrimestrale - Rivista di diritto dei media* – nr. 2/2019

CHIARAMONTE, Xenia, *Cosa vuol dire criminalizzare il dissenso?* in Tamar PITCH (a cura di), *Devianza e questione criminale. Temi, problemi e prospettive*, Carrocci editore 2022

DANIELE, Luigi, *Negazionismo e libertà di espressione: dalla sentenza Perinçek c. Svizzera alla nuova aggravante prevista nell'ordinamento italiano*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, nr. 10/2017

DEL BÒ, Corrado, *Menzogne che non si possono perdonare ma nemmeno punire, alcune osservazioni filosofiche sul reato di negazionismo*, in *Criminologia* 2013, Ed. ETS

DINACCI, Elvira, *Scrivere il nuovo codice penale: una sfida culturale prima che giuridica*, in *Rivista del diritto e procedura penale*, 5 aprile 2023

DONINI, Massimo, *L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali*, Prologo alla traduzione spagnola della *Teoria generale del reato* di Franco Bricola, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 2/2012

EVANGELISTA, Chiara, *Report e la sentenza del Tar Lazio: quali esiti per la libertà di stampa? Quali sono le implicazioni sulla libertà di stampa in Italia a seguito di una recente amministrativa sentenza del Tar del Lazio sul "caso Report"*? in www.treccani.it, 24 gennaio 2022.

IORE, Carlo, *I reati di opinione*, CEDAM Padova, 1972

IORENTINO, Dario –CHIARAMONTE, Xenia, *Il caso 7 aprile. Il processo politico dall'Autonomia Operaia ai No Tav*, Ed. MIMESIS, 2019

FRONZA, Emanuela, *Profili penalistici del negazionismo*, in *DIDPP*, Anno XLII, Fasc. 3, 1999

FORZATI, Francesco, *L'illecito personologico fra destrutturazione e del *tatstrafrecht* e affermazione del Täter-princip*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4 -2019, Ed. Giuffrè Francis Lefebvre

GENTILE, Emilio - LANCHESTER, Fulco - TARQUINI, Alessandra [a cura di], *Alfredo Rocco: dalla crisi del parlamentarismo alla costruzione dello Stato nuovo*, Carrocci editore, luglio 2010

GORI, Pierpaolo, *Libertà di manifestazione del pensiero, negazionismo, hate speech*, in *Questioni di giustizia*, in *Gli speciali di Questioni di giustizia*, aprile 2019,

GRANDE, Elisabetta, *I mobili confini della libertà di espressione negli Stati Uniti e il metro della paura*, in *Questione giustizia* n. 4/2015

INSOLERA, Gaetano, *I percorsi di una egemonia*, in *Criminalia* 2015 Copyright 2016 Edizioni ETS

LACCHÈ, Luigi, *La paura delle «classi sociali pericolose». Ritorno a futuro?* in *Quaderno di storia del penale e della giustizia*, nr. 1

LEONE, Giovanni, *Contro la riforma del codice penale*, in *Archivio penale*, 1945

LOSAPPIO, Giuseppe, *Diritto penale del nemico, diritto penale dell'amico, nemici del diritto penale*, in Alessandro Gamberini – Renzo Orlandi (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Ed. Brossura, Bologna, 2007,

TOMASI, Marta, *Il caso Pastörs v. Germany: un nuovo tassello nell'inquadramento delle multiformità del negazionismo in Europa*, in *DPCE*, Sentenza 3 ottobre 2019, ric. N. 55225/14 Pastörs v. Germania.

MILETTI, Marco Nicola, *Il diritto penale da Beccaria al Codice Rocco*, in AA.VV., *“I tempi del diritto”*, TAVILLA, Elio (a cura di), Giappichelli Editore, III Ed., 2022

MIRAULO, Gaetano, *Discorso per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 1951*, in *Rivista penale*, 1951 LXXVI

MUSIO, Sarah, *L'elaborazione del Codice Rocco tra principi autoritari e continuità istituzionale*, in *ADIR – Centro di ricerca interuniversitario su carcere, devianza, marginalità e governo delle migrazioni*, 1999 – Cap. I e II

NANTES, Vittorio, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005

NEBULOSI, Ilaria, *Il confine tra i reati di opinione e libertà di espressione*, in *Salvis Juribus*, 26 maggio 2020

ORLANDI Renzo, *La giustizia penale. Il Contributo italiano alla storia del Pensiero: Diritto* (2012) *Una pluralità di significati*, in www.treccani.it.

PALOMBARINI, Giovanni - VIGLIETTA, Gianfranco, *Magistratura democratica e la tutela del dissenso. Cronache di un'esperienza*, in *Questioni di giustizia* n. 4/2015

PAVICH, Giuseppe - BONOMI, Andrea, *Reati in tema di discriminazione: il punto sull'evoluzione normativa recente, sui principi e valori in gioco, sulle prospettive e sulla possibilità di intervenire in senso conforme a Costituzione la norma vigente*, in *Diritto penale contemporaneo*, 13 ottobre 2014

PIASENZA, Paolo, *Tecnicismo giuridico e continuità dello Stato: il dibattito sulla riforma del codice penale e della legge di pubblica sicurezza*, in *Politica del diritto*, 1979

PEPINO, Livio, *Appunti di una storia di Magistratura Democratica*, in *Questioni di giustizia*, Rivista trimestrale promossa da Magistratura democratica n. 1/2002

PUGLISI, Giuseppe, *A margine della c.d. "aggravante di negazionismo: tra occasioni sprecate e legislazione penale simbolica*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 15 luglio 2016

RIBERI, Mario, *Sicurezza vs. libertà costituzionali: la «Legge Reale» n. 152 del 22 maggio 1975*, Università degli Studi di Torino, *Italian Review of Legal History*, 4 (2018), n. 06

ROCCO, Arturo, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale. Prolusione sassarese 1910*, in <https://www.avvocati-imperia.it/Arturo-Rocco.htm>

ROCCO, Alfredo, *La dottrina del fascismo*. Discorso pronunciato il 25 agosto del 1925 a Perugia nell’Aula dei Notari al Palazzo dei Priori, in *Scritti e discorsi politici di Alfredo Rocco. La formazione dello Stato fascista 1925-1934 (III)*”, Milano 1938 -Seconda edizione Lulu.com 2013.

SBRICCOLI, Mario, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in *Rivista “Il Politecnico”, Il pensiero del Cattaneo in materia è nella Prefazione al nr. IX (1860)*, fasc. 49, pagg. 15-18) e nr. XI (1861) fasc. 61

SCHIAFFO, Francesco, *La criminalizzazione della parola: considerazioni tra diritto e processo su un probabile ossimoro*, in *Diritto e procedura penale*, 10 febbraio 2020

SPENA, Alessandro, *Libertà di espressione e reati di opinione*. Dagli atti dell’incontro studio (Palermo, 9 maggio 2006). *Le novelle penalistiche del 2006 – Legittima difesa, reati associativi politici e reati di opinione*. Organizzazione Centro Studi Giuridici e Sociali Cesare Terranova

SPIGNO, Irene, *Ancora sul negazionismo, ma sul genocidio armeno. Considerazioni a margine della sentenza della Grand Chambre nel caso Perinçek c. Svizzera*, 15 ottobre 2015, posted on 21 Dicembre 2015, su Diritti comparati - Comparare i diritti fondamentali in Europa, 15 aprile 2024

STONE, Geoffrey R, *Restrictions of Speech Because of its Content: The Peculiar Case of Subject-Matter Restrictions*, The University of Chicago Law Review, 1978

VIGEVANI, Giulio Enea, *Radici della Costituzione e repressione della negazione della Shoah*, in *Rivista Associazione Italiana Costituzionalisti*, nr. 4, 4/2014

VENAFRO, Emma, *Il nuovo reato di negazionismo: luci e ombre*, in *La legislazione penale*, 8 febbraio 2018.

VIOLANTE, Luciano, *L’evoluzione del ruolo giudiziario*, in *Criminalia* 2015

ZACCARIA, Roberto, *La tutela del dissenso e delle formazioni minoritarie in una società pluralista*, in *Questione giustizia*, n. 4/2015

ZUCCALÀ, Giovanni, *Personalità dello Stato, ordine pubblico e tutela della libertà di pensiero*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1966

Provvedimenti legislativi citati

Legge 15 agosto 1863, n. 1409, Colla quale sono date disposizioni dirette alla repressione del brigantaggio.

Regio Decreto 19 gennaio 1878, n. 4260 Col quale è concessuta piena amnistia per alcuni reati, e sono condonate, commutate o diminuite le pene pronunciate o da pronunciarsi per alcuni altri.

Regio Decreto 30 giugno 1889, n. 6144 Che approva il testo della legge di pubblica sicurezza, coordinato col Codice penale.

Legge 23 dicembre 1888, n. 5888 decies (5888) Sulla pubblica sicurezza

Legge 26 novembre 1925, n. 2029, Regolarizzazione dell'attività delle Associazioni, Enti ed Istituti e dell'appartenenza ai medesimi del personale Dipendente dallo Stato, dalle Provincie, dai Comuni e da Istituti sottoposti per legge alla tutela dello Stato, delle Provincie e dei Comuni

Legge 24 dicembre 1925, n. 2263, Attribuzioni e prerogative del Capo del Governo, Primo Ministro Segretario di Stato

Legge 31 dicembre 1925, n. 2307, Disposizioni sulla stampa periodica

Legge 31 gennaio 1926, n. 100, Sulla facoltà del potere esecutivo di emanare norme giuridiche

Legge 31 gennaio 1926, n. 108, "Modificazioni ed aggiunte alla legge 13 giugno 1912, n. 555, sulla cittadinanza"

Legge 4 febbraio 1926, n. 237, Istituzione del Podestà e della Consulta municipale nei Comuni con popolazione non eccedente i 5000 abitanti

Legge 3 aprile 1926, n. 563, Disciplina giuridica dei rapporti collettivi del lavoro

Regio decreto 3 settembre 1926, n. 1910, Estensione dell'ordinamento postulare a tutti i Comuni del Regno

Regio decreto 6 novembre 1926, n. 1848, Approvazione del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza

Legge 25 novembre 1926, n. 2008, Provvedimenti per la difesa dello Stato

Legge 12 dicembre 1926, n. 2061, che dichiara il Fascio Littorio emblema dello Stato

Regio. Decreto del 19 ottobre 1930, n. 1398

Regio Decreto 18 giugno 1931, n. 773, Approvazione del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza.

Legge 31 marzo 1953, n. 148, Modifiche al testo unico delle leggi per l'elezione della Camera dei Deputati approvato con decreto Presidenziale 5 febbraio 1948, n. 26

Legge 20 maggio 1970, n. 300, Norme sulla tutela della libertà e dignità dei lavoratori, della libertà sindacale e dell'attività sindacale, nei luoghi di lavoro e norme sul collocamento.

Decreto del Presidente della Repubblica 31 maggio 1974, N. 416, Istituzione e riordinamento di organi collegiali della scuola materna, elementare, secondaria ed artistica

Legge 8 marzo 1975, n. 39, Attribuzione della maggiore età ai cittadini che hanno compiuto il diciottesimo anno e modificazione di altre norme relative alla capacità di agire e al diritto di elettorato.

Legge 19 maggio 1975, n. 151, Riforma del diritto di famiglia.

Legge 23 dicembre 1978, n. 833, Istituzione del servizio sanitario nazionale.

Legge 1° dicembre 1970, n. 898, Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio.

Legge 22 maggio 1978, n. 194, Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza.

Legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1, Norme sui giudizi di legittimità costituzionale e sulle garanzie d'indipendenza della Corte costituzionale

Legge 22 maggio 1975, n. 152, Disposizioni a tutela dell'ordine pubblico.

Decreto del Presidente della Repubblica 22 settembre 1988, n. 447, Approvazione del codice di procedura penale

Legge 24 febbraio 2006, n. 85, Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione.

Legge 31 marzo 1953, n. 148, Modifiche al testo unico delle leggi per l'elezione della Camera dei Deputati approvato con decreto Presidenziale 5 febbraio 1948, n. 26

Legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2 - Inserimento dei principi del giusto processo nell'articolo 111 della Costituzione.

Legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1 - Introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale

Legge costituzionale 19 ottobre 2020, n. 1 - Modifiche agli articoli 56, 57 e 59 della Costituzione in materia di riduzione del numero dei parlamentari

Legge 20 giugno 1952, n. 645, Norme di attuazione della XII disposizione transitoria e finale (comma primo) della Costituzione

Legge 13 ottobre 1975, n. 654, Ratifica ed esecuzione della convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, aperta alla firma a New York il 7 marzo 1966.

Decreto Legislativo del Capo Provvisorio dello Stato del 28 novembre 1947, n. 1430 in esecuzione al Trattato di pace di Parigi del 10 febbraio 1947

Legge 25 giugno 1993, n. 205, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 26 aprile 1993, n. 122, recante misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa.

Giurisprudenza

Corte di cassazione

Corte di Cassazione, Sentenza 17 gennaio 1950, Sez. III, Pres. Di Blasi; rel. Rosso; p. m. Pioletti, l'ic. P. M. C. Rossi e Fatti. «Riv. Pen.» 1950, p. 104, n. 39

Corte di cassazione, SS.UU. Sentenza del 15 aprile 1950, Pres. Mancini; rel. Consalvo; p. m. Bernieri, ric. P.M. c. Bonazzi. «Riv. Pen.» 1950, p. 377, n. 138.

Corte di cassazione, SS.UU., Sentenza 12 ottobre 1950, in *Giurisprudenza penale*, 1951, II, pag. 14

Corte di cassazione, SS. UU., Sentenza 18 novembre in *Rivista di diritto e procedura penale*, anno 1960, pag. 189

Corte di Cassazione, Sezione I penale, Sentenza 3 febbraio 2022, nr. 3808.

Corte costituzionale

Corte costituzionale, Sentenza 5 giugno 1956, n. 1

Corte costituzionale, Sentenza. 4 febbraio 1965, n. 9

Corte costituzionale, Sentenza. 22 giugno 1966, n. 87

Corte costituzionale, Sentenza 23 aprile 1970, n. 65

Corte costituzionale, Sentenza. 10 marzo 1971 n. 49

Corte costituzionale, Sentenza 24 gennaio 1974, n. 20

Atti parlamentari

LA NASCITA DELLA COSTITUZIONE

Discussione generale del progetto di Costituzione della Repubblica italiana, seduta dell'Assemblea costituente del 4 marzo 1947 l'Assemblea Costituente, <https://www.nascitacostituzione.it/04finali/12/index.htm?disp12-011.htm&2> 10 aprile 2024

LA NASCITA DELLA COSTITUZIONE

Prima Sottocommissione della Commissione per la Costituzione, Discussione sui principî dei rapporti politici, seduta del 19 novembre 1946
<https://www.nascitacostituzione.it/04finali/12/index.htm?disp12-011.htm&2> 10 aprile 2024

CAMERA DEI DEPUTATI (dal sito WEB)

Resoconto stenografico dell'Assemblea Seduta n. 645 del 27/6/2005 pag. 8, Discussione della proposta di legge Lussana: Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione (5490); e delle abbinare proposte di legge Pisapia ed altri; Cento; Zeller ed altri; Pisapia ed altri (A.C. 2443-3402-3975-5552) (*ore 15,37*), <http://documenti.camera.it/Leg14/BancheDati/ResocontiAssemblea/sed645/s040.htm>, 15 aprile 2024

CAMERA DEI DEPUTATI XVII LEGISLATURA. Biblioteca – Legislazione Straniera, *Il reato di negazionismo in alcuni paesi europei ed extraeuropei*, <http://documenti.camera.it/leg17/dossier/pdf/GAD15023.pdf> 15 aprile 2024

Altra bibliografia

BELLONI, Eleonora, *J.M. KEYNES. La conferenza di pace*, Ed. Fondazione G. Feltrinelli, agosto 2018

BOBBIO, Norberto, PASQUINO Gianfranco (diretto da), *Dizionario di politica*, alla voce *Revisionismo* curata da Domenico SETTEMBRINI, Ed. Matteucci TEA – I dizionari UTET, prima Ed. 1990

BOLIS, Giovanni, *La polizia e le classi pericolose della società. Studi*, Bologna, Zanichelli 1871

CANFORA, Luciano, *Il fascismo non è mai morto*, Ed. Dedalo, 2024

DE LUCA, Erri, *La parola contraria*, Ed. Feltrinelli, prima edizione in “Fuori collana” gennaio 2015

FASANELLA, Giovanni, *Il puzzle Moro. Da testimonianze e documenti inglesi e desegretati la verità sull’assassinio del leader DC*, Ed. Chiarelettere, marzo 2018

FIORI, Giuseppe (a cura di), “*Antonio Gramsci. Cronaca di un verdetto annunciato*”, Ed. L’Unità, 1994

FLAMIGNI, Sergio, *La tela del ragno. Il delitto Moro*, Kaos Ed. Milano, 1988, Ed. aggiornata 1993

FLAMIGNI, Sergio *Convergenze parallele*, Kaos Ed. Milano, 1998

FLORES, Marcello, *Contro il negazionismo, per la libertà della ricerca storica*, dal sito Storicamente pubblicato il 22 gennaio 2007, l’appello di Marcello Flores è stato sottoscritto da diversi storici, <https://storicamente.org/02negazionismo> 18 aprile 2024

GALBRAITH, John Kennet, *Soldi* Ed originale del 1975 Ed. italiana BUR saggi Mondadori feb. 2021

HITLER *Mein kampf*, Ed. Homerus, aprile 1971

KEYNES, John Maynard, *Le conseguenze economiche della pace*, (1919), Ed. F.lli Treves, traduzione in italiano Vincenzo Tasco, 1920

LEVI, Primo, *Se questo è un uomo*, Einaudi, Torino, 1958, rist. 2007

MARX, Karl, *il Capitale*, Libro primo, Newton Compton Editori, prima edizione “I millepagine” (a cura di E. SBARDELLA), ottobre 1976

MARX, Karl, *Per la critica dell'economia politica. Introduzione e Prefazione*, Anno di pubblicazione 1857. Editrice Clinamen, 1^a Ed. novembre 2011

MILANI, Don Lorenzo, *L'obbedienza non è più una virtù*, Documenti del processo di Don Milani, Libreria Editrice Fiorentina, 1965

MONTANELLI, Indro - CERVI, Mario *Storia d'Italia*, Ed. Sp. C.d.S., su licenza RCS Libri S.p.A. Milano 2004

PIKETTY, Thomas, *Il capitale del XXI secolo*, Ed. Bompiani, Prima Ed. Giunti Editore S.p.A., aprile 2018

SARTORI, Giovanni, *Homo Videns* Ed. Laterza, 2000

VAROUFAKIS, Yanis, *I deboli sono destinati a soffrire? L'Europa, l'austerità e la minaccia alla globalità sociale*, La nave di Teseo Editore, ed. “I fari”, Milano 2016.

VOLTAIRE, *Trattato sulla tolleranza*, A cura, e prefazione del 1949 di Palmiro TOGLIATTI ED. Riuniti I edizione, per la Collana Universale idee ottobre 1982

ZAGARI, Eugenio, *Marxismo e revisionismo*, Guida Editori s.r.l., Napoli 1975 Centro iniziativa Luca Rossi (a cura di), AA.VV, “625. *Libro bianco sulla Legge Reale*”, 10 aprile 2024

TAINO, Danilo, *Germania dopo il voto: i partiti e l'ascesa dell'estrema destra*, Venerdì, 22 Settembre, 2017

Fonti giornalistiche citate

GRAMSCI, Antonio, *L'Ordine Nuovo*, 1920

VESPA, Bruno, *Intervista il Prefetto Parlato della Questura di Roma del 16 dicembre 1969*, dal sito RAI raiply.it

REDAZIONE, Corriere della Sera, 5 luglio 1979, *Intervista al giudice Pietro Calogero sugli arresti del 7 aprile*, riportata in Dario Fiorentino – Xenia Chiaromonte, *Il caso 7 aprile*, Ed. MIMESIS Milano 2019, pagg. 100-101

CONTE, Maria Stella, *I naziskin fuori legge ora scatterà l'arresto*, in *La Repubblica* del 24 aprile 1993, <https://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/1993/04/24/naziskin-fuori-legge-ora-scatte.html>, 18 aprile 2024

CANGINI, Andrea, Intervista a Francesco Cossiga «*Francesco Cossiga: "Voglio sentire il suono delle ambulanze"*» *Quotidiano Nazionale (Il Giorno /Resto del Carlino/La Nazione)*, 23 ottobre 2008, <https://archivio.micro-mega.net/francesco-cossiga-voglio-sentire-il-suono-delle-ambulanze/> 20 aprile 2024

PALADINI, Andrea, *Funerale lefebvriano, ma Priebke è respinto*, il manifesto 16 ottobre 2013, <https://ilmanifesto.it/funerale-lefebvriano-ma-priebke-e-respinto-210> aprile 2024

GINORI, Anais, *Non si processa un intellettuale. Hollande in difesa di De Luca*, Repubblica on-line, 22 marzo 2015, https://www.repubblica.it/esteri/2015/03/22/news/_non_si_processa_un_intellettuale_hollande_in_difesa_di_erri_de_luca-110173114/ 18 maggio 2024

REDAZIONE, *Il negazionismo è reato: la Camera approva*, Il Sole 24 ore, 8 giugno 2016, <https://st.ilsole24ore.com/art/notizie/2016-06-08/il-negazionismo-e-reato-approvata-camera-legge-223738.shtml?uuiid=ADbQNoY>, 15 aprile 2024

REDAZIONE, Wall Street Italia «*JP Morgan all'Eurozona: "Sbarazzatevi delle costituzioni antifasciste"*», Pubblicato 18 Giugno 2013. Aggiornato 18

Ottobre 2016. <https://www.wallstreetitalia.com/jp-morgan-all-eurozona-sbarazzatevi-delle-costituzioni-antifasciste/> 15 aprile 2004

TORTUGA, *Nord e Sud sempre più lontani. Così l'Italia resta un'espressione geografica*, in *Il sole 24 ore*, 13/1/2019

GIOVAGNOLI, Agostino, *Pansa, quella visione controcorrente* Avvenire on-line del 14 gennaio 2020, <https://www.avvenire.it/agora/pagine/pansa-quella-visione-controcorrente> , 18 aprile 2024

RANIERI, Daniela, *Alessandro Barbero: "La Ue che equipara nazismo e comunismo? I Parlamenti non dovrebbero esprimersi sulla storia"*, *Il fatto quotidiano*, 23 gennaio 2020

LIVINI, Ettore, *Grecia, 13 anni di carcere per il leader di Alba Dorata*, la Repubblica online 14 ottobre 2020

SPAGNOLO, Chiara, *Peluche di protesta contro le auto blu del governo a Cutro. Meloni e i ministri ignorano le bare*, Repubblica online, 9 marzo 2023

CICCARELLI, Roberto, *«Sostituzione etnica»: il fantasma di una teoria infondata e proteiforme*, in *Il manifesto*, 19 aprile 2023

LOMBARDI, Anna, *Iraq 20 anni dopo: «La "Grande Bugia" di Colin Powell che diede il via alla guerra»*, Repubblica on line, 20 maggio 2023

DI VITO, Mario *Ilaria Salis: due attacchi a tre neonazi, ma soltanto ferite leggere, Le accuse della procura di Budapest*, in *Il manifesto*, 2 febbraio 2024

REDAZIONE, *Corriere della Sera Meloni: "Più carceri, no diminuzione reati. In disaccordo con Schlein, ma io non sono di sinistra"*, Video Corriere della Sera, 5 febbraio 2024

REDAZIONE CULTURA, *Il manifesto*, ed. 22 giugno 2016. *Roberta, condannata per la tesi di laurea. Appello. «Ora e sempre No Tav: identità e pratiche del movimento valsusino contro l'alta velocità»: uno studio che vale un procedimento giudiziario.*

ROBERTO CICCARELLI, *il manifesto*, ed. 14 giugno 2018, *La maestra Lavinia Cassaro licenziata per reato di opinione. Il caso. Aveva inveito, ripresa in*

Tv, contro la polizia dopo le cariche a un corteo antifascista a Torino. (10 giugno 2024)

MANCONI, Luigi – FANTAUZZI, Marica – TAMBURELLO, Chiara - il manifesto, ed. 24 maggio 2024, *Diritti dello straniero, libertà di opinione. Cosa ci consegna il caso Seif Bensouibat...* 10 giugno 2024)

CIMINO, Luciana, il manifesto, ed. 17 aprile 2024. *Querelato da Meloni, Canfora rinviato a giudizio. Il filologo aveva definito la presidente del Consiglio «neonazista». In suo sostegno migliaia di cittadini e associazioni, con l'Anpi in prima fila: «Si punta a intimidire le voci libere»*, (10 giugno 2024)

ANSA, 15 maggio 2024, *Prosciolta prof della Sapienza querelata da Lolobrigida. Docente, soddisfatta ma mi preoccupa criminalizzazione dissenso.* (10 giugno 2024)

Sito web “Affari internazionali”: *Elezioni europee 2024: la vittoria dell'estrema destra*, 10 giugno 2024

<https://www.affarinternazionali.it/elezioni-europee-2024-lavanzata-dellestrema-destra/>

Sommario

CAPITOLO I

LE ORIGINI DEL DIRITTO PENALE MODERNO	1
1. Introduzione	1
2. La legge Pica e il codice penale del 1865 dell'Italia unita	2
3. Il codice penale Zanardelli del 1889	5
3.1 <i>La critica della Scuola positiva</i>	7
3.2. <i>La critica del socialismo giuridico</i>	8
4. Il tribunale speciale per la difesa dello Stato	10
5. La <i>Proklusion</i> sassarese di Arturo Rocco del 1910	12
6. Gli ordinamenti non-omogenei	20
6.1 <i>Il contributo dell'antagonismo alla democrazia</i>	21
7. La mozione al Congresso ANMI di Gardone del 1965	22
7.1 <i>I magistrati ortodossi</i>	23
7.2. <i>I magistrati eretici</i>	26
8. La legge Reale del 1975	28

CAPITOLO II

I REATI DI OPINIONE AL VAGLIO DEL PRINCIPIO DELLA LIBERTÀ DI MANIFESTAZIONE DEL PENSIERO	32
1. L'art. 21 Cost.: un articolo sovversivo	32
2. L'art. 21 Cost. alla luce delle sentenze della Corte di Cassazione	33

3. L'art. 21 Cost. alla luce delle sentenze della Corte costituzionale	36
3.1. <i>Una sentenza manipolativa</i>	36
3.2. <i>Propaganda politica e pensiero puro.</i>	39
4. I criteri guida sulla libertà di pensiero della Corte costituzionale	43
5. I reati di opinione	45
5.1 <i>L'opinione quale forma percepibile del pensiero</i>	46
6. Restrizioni <i>content-neutral</i> e <i>content-based</i>	49
6.1 <i>Il Primo emendamento della Costituzione americana</i>	49
7. I reati di opinione alla luce dei principi fondamentali in materia penale	51
8. Il principio di offensività	52
8.1 <i>La costituzionalizzazione del principio di offensività</i>	55
8.2 <i>La funzione negativa e quella positiva dei principi costituzionali</i>	57
9. Principio di determinatezza	62
10. La legge di riforma 85/2006	64
10.1 <i>La novella dell'art. 292 c.p.</i>	65
10.2. <i>La novella dell'art. 404 c.p</i>	66
10.3. <i>Gli articoli abrogati</i>	68
 CAPITOLO II	
 DIVERSI DISSENSI E DIVERSE REPRESSIONI	72
 1. Premessa	72
 2. I fatti di Genova del 1960.	73
 3. Gli anni Settanta del XX secolo.	74

4. I movimenti antagonisti del terzo millennio	76
4.1 <i>La svolta oligarchica</i>	78
4.2 <i>La politica neoliberista della UE</i>	81
5. L'art. 270 c.p.: il reato di associazione sovversiva	82
5.1 <i>Il caso "7 aprile" (1979)</i>	87
5.2 <i>Associazione sovversiva o riunione di sovversivi</i>	90
5.3 <i>Associazione sovversiva e banda armata</i>	91
5.4 <i>Il "teorema" di Napoleone.</i>	92
6. Apologia di delitto e istigazione a delinquere.	94
6.1 <i>Vilipendio o istigazione?</i>	96
6.2 <i>L'art. 414 del codice penale.</i>	96
6.3 <i>Art. 414 c.p. e ordine pubblico</i>	100
6.4 <i>Il caso Erri De Luca</i>	102
Appendice: l'idealtipo dei soggetti pericolosi	105
<i>I capelloni</i>	105
<i>Pietro Valpreda condannato in diretta televisiva</i>	106
<i>Don Lorenzo Milani: l'obbedienza non è più una virtù</i>	107
 CAPITOLO IV	
 IL NEGAZIONISMO	109
 1. La storia per alzata di mano.	109
1.1. <i>La supplenza giudiziaria</i>	111
 2. Il revisionismo negazionista	114
 3. Il negazionismo come reato	117
3.1. <i>Il valore politico della verità</i>	118
3.2. <i>... e allora le "foibe"?</i>	121

3.3. <i>“Mai più!”</i> .	122
4. Negazionismo: fattispecie specifica della “menzogna di Auschwitz”	125
4.1. <i>Il reato di negazionismo in Germania</i>	125
4.2. <i>Il reato di negazionismo in Francia</i>	128
4.3. <i>Il reato di negazionismo in Spagna</i>	134
4.4. <i>Considerazioni</i>	136
5. La giurisprudenza della Corte EDU	139
5.1. <i>Negazionismo e art. 17 CEDU</i>	142
5.2. <i>Negazionismo e art. 10 CEDU</i>	146
5.3. <i>Garaudy vs. Williamson</i>	148
6. Il reato di negazionismo in Italia	150
6.1. <i>L’art. 3 della Legge 654/1975.</i>	156
6.2. <i>Il D.L anti-naziskin 1993</i>	157
6.3. <i>L’art. 3 L. 654/1975 e la L. 85/2006</i>	159
6.4. <i>La Direttiva Quadro 2008/913/GAI</i>	162
7. L’art. 604bis del codice penale	166
7.1. <i>L’efficacia dell’art 604bis c.p.</i>	167
7.2. <i>Negazionismo come aggravante</i>	169
7.3. <i>Sentenza Corte di cassazione n. 3808/2022</i>	171
7.4. <i>Considerazioni sulla sent. 3808/2002 Corte di cassazione</i>	175
7.5. <i>Confronto fra 1° e 3° co. art. 604bis codice penale</i>	177
CONCLUSIONI	180
RINGRAZIAMENTI.	185
BIBLIOGRAFIA	

Fonti dottrinarie	188
Provvedimenti legislativi citati	193
Giurisprudenza	196
<i>Corte di cassazione</i>	196
<i>Corte costituzionale</i>	196
Atti parlamentari	197
Altra bibliografia	198
Fonti giornalistiche citate	200