

La criminalizzazione del dissenso

(Presentazione Tesi di Laurea in Diritto penale – Università “G. Fortunato” Benevento)

Luigi Crespino

18 luglio 2024

L’opinione è la manifestazione fenomenica, percepibile, di approvazione, di disprezzo, di disapprovazione o di esaltazione su un “valore” (quelli che possiamo definire beni sovraindividuali) oppure su un accadimento o su una persona o sulla funzione che questa persona esercita. L’opinione qui presa in considerazione è quella che si può definire, in senso lato, politica e non altre.

Negli Stati autoritari vi sono pensieri legali e pensieri, e quindi opinioni, illegali. Teniamo sullo sfondo i reati di eresia e quelli di lesa maestà che, sotto mutate forme, persistono anche nell’attuale ordinamento costituzionale italiano nonostante l’art. 21 Cost. che, ricordiamo pone come unico limite, al comma sesto, il buon costume. Con buona pace di chi intravede altri limiti impliciti o addirittura una riserva di legge, il legislatore costituente *tam dixit quam voluit*.

Prendendo in considerazione il periodo post-unitario, in Italia non si è dovuto attendere certo Alfredo Rocco per avere una legislazione penale informata ad una politica criminale di stampo autoritario. Il codice penale del 1865, quello del 1889, collegato alle leggi di polizia dell’epoca, recepirono le indicazioni dell’Editto Albertino sulla stampa del 28 marzo 1848 che, all’art. 24, dava attuazione all’art. 28 dello *Statuto Albertino* in cui veniva penalmente protetta *l’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. Una concezione che impone obbedienza agli imperativi morali e agli assetti economici della classe proprietaria. Per la prima volta in una legge penale, ci informa il giurista Carlo Fiore, compare il delitto di “*apologia*”. Come si può notare in detta norma non vi è alcun fatto di reato, non si fa cenno a omicidi o a furti, c'è puramente la criminalizzazione di chi criticava lo *status quo* o magari propendeva per un *contro-valore*, ad esempio la proprietà collettiva. Ciò che assume rilevanza penale è il pensiero, quindi il suo autore: cioè la condotta punibile non si sostanzia in un'azione che modifica la realtà, si sostanzia semplicemente in un *dicere*. Tale concezione tutt'ora persiste nell'Italia repubblicana poiché il grande giurista Arturo Rocco, autore della Prolusione sassarese del 1910, fu l'artefice della codificazione penale del 1930, che porta la firma, strano ma vero, oltre che del re e del duce – cioè le due massime autorità dello Stato che la storia ricorda, con alterne fortune, come fuggiaschi – anche dell'allora ministro della giustizia suo fratello Alfredo.

Arturo Rocco propone un diritto penale come scienza autonoma affrancata dalle categorie valoriali metafisiche della *scuola classica* e quelle socio-antropologiche della *scuola positiva*. Nella Prolusione si legge che il 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*”, ed è questo l'indirizzo *tecnico-giuridico*. Così come il civilista per verificare la validità di quel documento *a-causale* ed *astratto* che è il titolo di credito guarda solo alla forma di questo, a nulla rilevando il negozio giuridico sottostante dal quale esso prende vita, nel diritto penale,

assunto il dogma della potestà punitiva dello Stato, la norma non rileva per il suo *valore* ma per il rispetto *formale* dei principi dogmatici. Per Arturo Rocco il diritto penale è *a-politico*.

Dall'altro lato, Alfredo Rocco nella relazione al re sul codice penale del 1930 asserisce che *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 (...)* pertanto *la filosofia giuridica penale, che ispira la nuova opera legislativa, non è che una derivazione della filosofia giuridica generale del Fascismo*.

Queste ed altre considerazioni nelle quali si dilunga il ministro Rocco nella predetta Relazione mi hanno indotto a ritenere che il suo non fu solo o non fu semplicemente un codice penale, ma fu una vera costituzione. Nell'Italia repubblicana, infatti, alcune sentenze tanto della Corte di cassazione, che fino al 1956 svolse anche la funzione di giudice delle leggi, ma anche della stessa Corte costituzione, videro l'inversione nelle fonti del diritto: si legge nella sentenza del 15 aprile del 1950 della Corte di cassazione (Cass., 12 ottobre 1950, in Giurisprudenza penale, 1951, II, pag. 14) che l'efficacia del principio formulato nell'art. 21 Cost. *«non può intendersi rivolta alla sovversione delle leggi vigenti»*, poiché non è possibile che *«il massimo della libertà dei consociati venga ottenuto con il minimo delle limitazioni»*. Cioè qui l'art. 21 Cost. viene considerato come un articolo sovversivo, il che è vero rispetto alla legislazione penale fascista, e la giurisprudenza dell'epoca, formatasi in massima parte nel regime fascista e in qualche caso anche prefascista faceva, e forse fa ancora, fatica a considerare la Costituzione come fonte sovraordinata, ritenendola subordinata alla legge ordinaria anche di derivazione pre-costituzionale.

Da qui lo storico negli anni '70 del secolo scorso, con i nuovi magistrati. Questi ultimi, formati nelle università repubblicane, prima di studiare il diritto penale dovevano studiare il diritto costituzionale.

Dobbiamo al giurista Franco Bricola le chiare indicazioni del diritto penale costituzionale e la sua incompatibilità con il codice penale fascista. Dobbiamo a Lui la sussunzione fra i principi costituzionali del *principio di offensività* o di *necessaria lesività*, di cui all'art. 49 del c.p., in difetto del quale non si può avere un reato, che è difficile rintracciare nella manifestazione del pensiero.

La ricostruzione storica è servita a rendere conto della permanenza nel nostro ordinamento del reato di *eresia* e di *lesa maestà*, che sopravvive nelle forme dell'*istigazione*, dell'*apologia*, del *vilipendio*. Terminologia della quale si abusa nella parte speciale del codice penale Rocco, ponendosi come normativa eccezionale per i delitti politici che presiedono alla difesa dello *Stato-persona* (*rectius*, re o duce) e di *valori sovraindividuali*, insomma quei reati che già Thomasius nel XVII sec. definiva immaginari, ma idonei a colpire le aree del disagio sociale e gli intellettuali, per così dire, eretici.

Questa visione è il filo rosso che collega il processo del tribunale speciale per la difesa dello Stato istituito con la L. 25 novembre 1926, n. 208, «*Provvedimenti per la difesa dello Stato*», una delle *leggi fascistissime* che, con efficacia retroattiva, fece processare e condannare nel 1926 a Gramsci e Terracini e altri 20 componenti di un partito che non avevano commesso alcun fatto di reato ma semplicemente perché propugnavano valori diversi da quelli del regime, con il processo a Don Milani del 1965 (reo di essersi schierato a favore dell'obiezione di coscienza) e con il processo a Erri De

Luca del 2015 (reo di aver contestato le improvvise asserzioni di un magistrato che dava dei terroristi ai “sabotatori” del TAV), tutti incriminati per istigazione a delinquere e apologia di delitto. Oggi questi reati sono legge positiva nell’art. 414 c.p.

Si criminalizza il dissenso facendo ricorso alla separazione fra *materie privilegiate* (tutelate dall’art. 19 e 33 della Cost.), mentre il cittadino comune ha come unica tutela l’art. 21 Cost. che, implicitamente, asserisce la Corte costituzionale, contiene il limite dell’ordine pubblico. Sarebbe molto strano che il presidente dell’assemblea costituente Umberto Terracini avesse dato il suo assenso ad un articolo che *implicitamente* contenesse un richiamo ad un concetto indefinito quale l’ordine pubblico turbato dalla manifestazione di un pensiero, reato per il quale egli stesso era stato condannato dal Tribunale speciale.

Per le loro parole hanno scontato anni carcere, sulla base di un famoso *teorema*, docenti universitari e giornalisti che si professavano rivoluzionari e per questo furono incriminati per associazione sovversiva (art. 270 c.p.) con l’aggravante della banda armata (art. 306 c.p.). Nel lavoro si è tentato di dimostrare, al contrario, che il *reato di banda armata* è reato diverso dall’*associazione sovversiva* e che una riunione di rivoluzionari non è un’*associazione sovversiva* e che, comunque sia, nell’uno o nell’altro caso non potevano contestarsi il reato di concorso in fatti di sangue (art. 110 e relativa aggravante dell’art. 112 del c.p.) accomunando per questa via chi di violenza *parlava* con chi la violenza la *praticava*.

Forse questo stupirà, ma c’è un altro limite esplicito nella Costituzione che però non è mai stato preso in considerazione in alcuna sentenza, né di merito né di legittimità, e lo si ritrova nel primo comma della XII Disposizione

Finale (non transitoria) della Costituzione cioè il *divieto di ricostituzione del disciolto* PNF, norma di carattere eccezionale certamente, tanto eccezionale che fu voluta in Costituzione e sulla cui portata si deve ritornare a leggere la trascrizione dell'intervento alla Costituente di Ruini il Presidente della *Commissione dei 75* che testualmente disse: *Nel tempo stesso bisogna essere severi con i fascisti recidivi; e spietatamente severi per i perdonati che tornano ad insidiare l'Italia.* Sul punto bisogna ricordare l'art. 10 del Trattato di pace di Parigi del 10 febbraio 1947 fa divieto all'Italia di far giungere al potere partiti di ispirazione fascista, il riferimento è ovviamente non ad un colpo di stato, ma al ritorno per via democratica. E qui c'è poco da discutere perché o si cambia la Costituzione o come, si sa, si modifica il Trattato di Parigi del 1947 stretto con le potenze alleate, poiché i trattati internazionali quali norme interposte godono della riserva rafforzata di legge.

Questa riflessione sul regime rifiutato in Italia ci porta a fare alcune considerazioni sulla fattispecie *negazionismo della Shoah*. Per quanto si tratti di deprecabili prese di posizione, nel diritto penale informato al fatto di reato, la semplice *negazione* difetta dei requisiti di *offensività* e di *determinatezza*. La Direttiva Quadro della UE 2008/913/GAI ha disposto l'adozione da parte degli Stati membri di apposita normativa penale idonea a punire il *negazionismo, l'apologia e minimizzazione grossolana della Shoah*. A livello di legislazione adottata dai singoli Stati si notano però diversi *beni giuridici* protetti, diverse *condotte* richieste per la contestazione dei reati. Anche qui, è stato argutamente osservato, esiste un Europa a geometria variabile

La Germania, che sconta un evidente complesso di colpa, ha dapprima punito il *negazionismo* quale offesa all'autocomprensione del popolo ebraico, poi ha individuato quale bene giuridico più duraturo la *pace sociale* e pur essendo una democrazia protetta, di fatto oggi in quel paese è vietato il partito a cui apparteneva Rosa Luxembourg mentre AFD è presente sia nel parlamento tedesco che in quello europeo;

la Francia, prostratasi gratuitamente al nazismo con il governo di Vichy, del quale oggi ne risuonano gli echi, aveva addirittura statuito *negazionismi* nella quantità decisa dai tribunali francesi ma fu stoppata in questo *stare decisis* sulla storia dal *Conseil constitutional*;

la Spagna, ultima ad affrancarsi dal regime franchista, non riconosce il *negazionismo* come reato per difetto di *determinatezza*, ma condanna i *giustificazionisti*.

Sovente i *negazionisti* condannati nei paesi che hanno sottoscritto la Convenzione EDU, hanno fatto ricorso alla Corte di Strasburgo, lamentando la lesione di un diritto umano, quale la manifestazione di un pensiero *revisionista* (ovvero negazionista) rispetto ai crimini internazionali e segnatamente rispetto alla Shoah, Si sono analizzate alcune sentenze della Corte Internazionale dei Diritti dell'Uomo, *Garaudy c. Francia* del 2003, *Perinçek c. Svizzera* del 2015, (art. 17 CEDU, sospetto di negazionismo su genocidio degli armeni del 1915) e il caso *Williamson c. Germania*, del 2019, (art. 10 CEDU – negazionismo Shoah).

L'art. 10, primo comma, descrive l'ampiezza del diritto alla libera manifestazione del pensiero, mentre secondo comma dell'art. 10 CEDU asserisce che *l'esercizio di un tale diritto comporta delle responsabilità*. Per tale motivo la Corte EDU verifica

che il divieto sia previsto da una legge;

la legittimità dello scopo che giustifica un tale divieto imposto per legge;

la necessità di un tale divieto per una società democratica.

L'altro articolo della Convenzione EDU è il 17, che configura l'abuso del diritto di parola, la cd *ghigliottina*, in base al quale la Corte considera la negazione della Shoah non un'opinione ma l'asserzione di una notizia falsa propalata in malafede e, quindi, si dichiara incompetente *ratione materiae*. La vicenda dell'Italia si riassume nel travaglio della modifica della Legge Mancino, che modificava la Legge 654/1975, con l'aggiunta degli artt. 3 e 3 bis, passati al vaglio della cd riforma sui reati di opinione varata con la L. 85/2006, oggi confluiti, per via della *riserva di codice*, nel codice penale (art. 604 bis - *Propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale etnica e religiosa*). In detto articolo, apparentemente, vi è un reato base, previsto al comma 1, e un'aggravante prevista al comma 3. Se così fosse, si avrebbe che una semplice enunciazione di pensiero xenofobo sarebbe punita più pesantemente dell'atto concreto di violenza per motivi di odio razziale, il che non è ovviamente possibile. In realtà, ricostruendo la frase del terzo comma in modo meno burocratico ma secondo la corretta logica (soggetto, predicato e complemento) si evince che il terzo comma prefigura non la discriminazione xenofoba aggravata dalla negazione della Shoah, ma si propone di incriminare la *diffusione* della propaganda del negazionismo della Shoah, che non necessariamente deve avvenire pubblicamente ma anche per mezzo di quello che ho definito la *schema Ponzi*, cioè una diffusione piramidale, il che, evidentemente, rende la norma simbolicamente repressiva ma sostanzialmente inutilizzabile.

Infatti, la sentenza della Corte di cassazione del 2022 nr. 3808 sembra aver ignorato totalmente il terzo co. dell'art. 604 bis, in considerazione della pena irrogata ad un giovane appartenente ad uno gruppo neonazista, che è quella prevista nel primo comma dell'articolo, massimo 18 mesi, e non quella del 3° comma che ha minimo edittale due anni reclusione, per concentrarsi sull'uso dei metodi già usati dal nazifascismo per sdoganarsi come una normale e paterna dittatura occultando non le leggi razziali, incise a chiare lettere nella Gazzetta Ufficiale dello Stato Italiano come in quello della Germania, ma ascrivendo la Shoah ad un complotto ebraico.

In conclusione, il *negazionismo*, la *xenofobia* non si combattono con la *rieducazione* del codice penale ma con l'*educazione* dello stato sociale di diritto.

Per quanto riguarda l'eresia e la lesa maestà, il giurista è di fronte ad un bivio o continua ad adagiarsi acriticamente sul codice penale Rocco, che spesso e volentieri cede all'*illecito personologico* di stampo napoleonico e alle categorie del *delinquente nato* (sia esso un intellettuale o un poveraccio) del Dr. Lombroso o, seguendo l'insegnamento di Bricola, si batte per un codice penale costituzionale che giudichi sul fatto di reato e non sul reo: *tertium non datur*