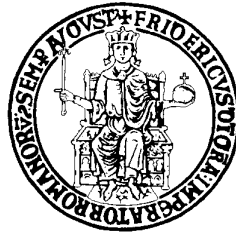


UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA



**Dottorato di ricerca in Sistema penale integrato e
processo
XXVI ciclo**

Tesi di Dottorato

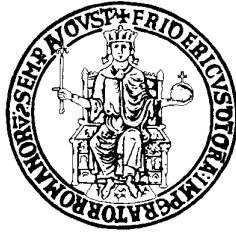
**La repressione penale delle opinioni dal
codice Rocco al diritto dell'Unione
Europea**

**Problemi politico-criminali e dogmatici e prospettive di
riforma**

Relatore
Ch.mo Prof. Antonio Cavaliere

Dottorando
Emanuele De Franco

anno accademico 2013-2014



candidato: Emanuele De Franco

**La repressione penale delle opinioni dal
codice Rocco al diritto dell'Unione
Europea
Problemi politico-criminali e dogmatici e prospettive di
riforma**

**Relatore Prof. Antonio Cavaliere
Coordinatore del corso di dottorato Prof. Sergio Moccia**

In Nome del Popolo Tedesco

Nella causa contro

1. Hans Fritz Scholl, Monaco,
nato a Ingersheim il 22 settembre 1918,
2. Sophie Magdalena Scholl, Monaco,
nata a Forchtenberg il 9 maggio 1921,
3. Christoph Hermann Probst, di Aldrans da Innsbruck,
nato a Murnau il 6 novembre 1919

attualmente in custodia investigativa con l'accusa di assistenza sediziosa al nemico, preparazione a commettere alto tradimento e indebolimento della sicurezza armata della nazione, la Corte del Popolo, Prima Sezione, a seguito del processo celebratosi il 22 febbraio 1943

Accertato che:

gli accusati hanno, in tempo di guerra e per mezzo di volantini, incitato al sabotaggio dello sforzo bellico e degli armamenti, e al rovesciamento dello stile di vita nazionalsocialista del nostro popolo, hanno propagandato idee disfattiste e hanno diffamato il Führer in modo assai volgare, prestando così aiuto al nemico del Reich e indebolendo la sicurezza armata della nazione.

Per questi motivi essi devono essere puniti con la morte.

Il loro onore e i loro diritti di cittadini sono revocati per sempre.

**Estratto dalla sentenza a carico di
Hans Scholl, Sophie Scholl e Christoph Probst
a seguito del processo celebratosi il 22 Febbraio 1943**

Indice

Cap. I – I reati di opinione nel codice Rocco

1. I tratti autoritari della ‘difesa dello Stato’ nel codice Rocco	p. 1
2. La repressione penale del dissenso politico nel codice Rocco: i reati di opinione	p. 18
3. I reati di istigazione	p. 24
3.1 L’istigazione a tutela della “personalità dello Stato”	p. 24
3.1.1 L’istigazione dei militari a disobbedire alle leggi	p. 28
3.1.2 Il concetto di pubblicità	p. 30
3.2 Istigazione e ordine pubblico	p. 35
3.3 Il bene giuridico. L’ordine pubblico	p. 35
3.4 Le fattispecie istigative speciali	p. 46
3.4.1 Istigazione a delinquere	p. 46
3.4.2 Istigazione a disobbedire alle leggi	p. 50
3.4.3 Pubblica intimidazione	p. 55
3.5 Il completamento della cornice repressiva a tutela dell’ordine pubblico	p. 57
3.6 Il rapporto tra le fattispecie istigative speciali e il fenomeno concorsuale	p. 60
3.6.1 Premessa in tema di concorso di persone	p. 60
3.6.2 L’art. 115 c.p. e l’interpretazione delle fattispecie istigative speciali	p. 65
3.6.3 L’art. 110 c.p. come disposizione ‘regolare’ in tema di istigazione penalmente rilevante	p. 71
3.7 La fenomenologia dell’istigazione quale figura sintomatica di un diritto penale d’autore	p. 75
4. L’apologia	p. 79
4.1 Introduzione ai reati di apologia	p. 79
4.2 L’apologia tra autonomia di incriminazione e natura indiretta di istigazione	p. 81
4.3 L’apologia sovversiva o antinazionale	p. 83
4.4 La propaganda sovversiva e antinazionale	p. 89
4.5 L’apologia di reato	p. 93
5. Introduzione allo studio dei reati di vilipendio	p. 102
5.1 Il vilipendio politico	p. 114
5.2 Il vilipendio religioso nell’impianto originario del codice Rocco	p. 119
5.2.1 Il superamento della <i>ratio</i> originaria dell’incriminazione nel nuovo contesto costituzionale	p. 126
6. Conclusioni. Perché sono state punite le opinioni	p. 133

Cap. II – Reati di opinione e Costituzione

1. Reati di opinione e determinatezza	p. 155
2. Il problema della materialità della condotta	p. 161
3. Offensività e bene giuridico	p. 168
3.1 Ordine pubblico e Costituzione	p. 175
3.2 Personalità dello Stato e Costituzione	p. 181
3.3 La verifica dell’offensività	p. 184
4. Reati di opinione, responsabilità penale e funzioni della pena	p. 196
5. La libertà di manifestazione del pensiero	p. 204

6. Conclusioni.	p. 212
Cap. III – I reati di opinione nella legislazione repubblicana	
1. Antifascismo e diritto penale: la legge Scelba	p. 215
1.1 Il bene giuridico tutelato dalla legge Scelba e la XII disp. trans. della Costituzione	p. 217
1.2 Il reato di riorganizzazione del disciolto partito fascista	p. 223
1.3 L’istigazione pubblica alla riorganizzazione del partito fascista	p. 231
1.4 L’apologia del fascismo	p. 232
1.5 Le manifestazioni fasciste	p. 235
1.6 Un personale bilancio	p. 237
2. La repressione penale del genocidio: la l. 9 ottobre 1967, n. 962 e la Convenzione del 9 dicembre del 1948	p. 249
2.1 I delitti di pubblica istigazione e apologia di genocidio	p. 251
3. Discriminazione e diritto penale: la Convenzione internazionale di New York del 1966 e l. 13 ottobre 1975, n. 654	p. 253
3.1 La c.d normativa anti- <i>naziskin</i> e il rafforzamento ‘repressivo’ della legge n. 654/1975: l’art. 1 del decreto Mancino	p. 254
3.1.1 I reati di opinione di cui all’art. 3 l. n. 654/1975: la propaganda discriminatoria e l’istigazione alla discriminazione	p. 256
3.1.2 Il reato di ‘associazione discriminante’	p. 260
3.1.3 Il delitto di manifestazioni ‘razziste’ o ‘discriminatorie’	p. 262
3.1.4 Il completamento del cerchio repressivo: complementarietà sanzionatoria e disposizioni processuali	p. 264
3.2 Considerazioni critiche	p. 268
4. Problemi di coordinamento in materia di <i>discrimen</i> tra ‘antifascismo’ e ‘antirazzismo’	p. 274
5. La riforma del codice penale in materia di reati di opinione: un intervento disomogeneo e ai limiti dell’ipocrisia	p. 277
6. La nuova frontiera dei reati di opinione: il nuovo art. 414 <i>bis</i> del codice penale.	p. 283
Cap. IV – I reati di opinione nella legislazione europea e le prospettive di riforma	
1. La Decisione quadro 2008/913	p. 287
1.1 Il reato di negazionismo	p. 296
2. I reati di opinione e i loro rapporti con gli artt. 9 e 10 CEDU	p. 305
3. La proposta di riforma della Commissione “Pagliaro”	p. 313
Bibliografia	p. I-XII

Capitolo I

I reati di opinione nel codice Rocco

Sommario: 1. I tratti autoritari della ‘difesa dello Stato’ nel codice Rocco - 2. La repressione penale del dissenso politico nel codice Rocco: i reati di opinione - 3. I reati di istigazione - 3.1 L’istigazione a tutela della “personalità dello Stato” – 3.1.1 L’istigazione dei militari a disobbedire alle leggi - 3.1.2 Il concetto di pubblicità – 3.2 Istigazione e ordine pubblico – 3.3 Il bene giuridico. L’ordine pubblico – 3.4 Le fattispecie istigative speciali – 3.4.1 Istigazione a delinquere – 3.4.2 Istigazione a disobbedire alle leggi – 3.4.3 Pubblica intimidazione - 3.5 Il completamento della cornice repressiva a tutela dell’ordine pubblico 3.6 Il rapporto tra le fattispecie istigative speciali e il fenomeno concorsuale - 3.6.1 Premessa in tema di concorso di persone - 3.6.2 L’art. 115 c.p. e l’interpretazione delle fattispecie istigative speciali - 3.6.3 L’art. 110 c.p. come disposizione ‘regolare’ in tema di istigazione penalmente rilevante – 3.7 La fenomenologia dell’istigazione quale figura sintomatica di un diritto penale d’autore – 4. L’apologia – 4.1 Introduzione ai reati di apologia – 4.2 L’apologia tra autonomia di incriminazione e natura indiretta di istigazione – 4.3 L’apologia sovversiva o antinazionale – 4.4 La propaganda sovversiva e antinazionale - 4.5 L’apologia di reato - 5. Introduzione allo studio dei reati di vilipendio – 5.1 Il vilipendio politico – 5.2 Il vilipendio religioso nell’impianto originario del codice Rocco - 5.2.1 Il superamento della *ratio* originaria dell’incriminazione nel nuovo contesto costituzionale - 6. Conclusioni. Perché sono state punite le opinioni.

1. I tratti autoritari della ‘difesa dello Stato’ nel codice Rocco

Rispetto al codice Zanardelli, il codice Rocco è dominato da “uno spirito nuovo e da una concezione ben diversa dei rapporti tra lo Stato e il cittadino”¹. Il titolo dei reati in cui più profondamente è impresso il suggello dello Stato fascista è quello dei delitti contro la personalità dello Stato, posti all’apice della scala dei valori espressa dalla parte speciale. In quel titolo vengono introdotte, oltre a quelle tradizionali, nuove figure di reato idonee alla repressione di ogni altro fatto che possa compromettere l’azione politica dello Stato, in qualsiasi campo essa si svolga. E ciò implica, naturalmente, una precisa presa di posizione valorativa intorno alla significatività dei singoli oggetti di tutela riconosciuti dal legislatore.

¹ A. ROCCO, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. IV, III, Roma 1929, p. 8.

Le opzioni fondamentali che caratterizzano il codice sono essenzialmente quattro: a) il primato della difesa dello Stato sull'individuo, in cui si scorge l'esatto ribaltamento di uno dei pilastri della tradizione liberale, e cioè il primato della persona². Nel rapporto tra beni personali e beni superindividuali, infatti, il rovesciamento della prospettiva assiologica di matrice illuministica³ si compie nel subordinare la persona ad interessi statuali; b) la pubblicizzazione artificiale dei beni giuridici, in virtù della quale beni che sarebbero personali vengono artificiosamente dilatati in entità, quasi trascendenti, empiricamente inafferrabili⁴;

² Si veda ancora A. ROCCO, *Lavori preparatori del codice penale*, cit., p. 8, dove si legge che “la ragione della collocazione dei delitti contro l'attività politica del cittadino fra quelli contro la personalità dello Stato *si giustifica* in quanto la protezione penale prima esclusivamente accordata a vantaggio dell'individuo per il godimento delle libertà politiche dalla legge conferitegli, ora mira prevalentemente al migliore funzionamento dello Stato e alla necessità che i cittadini vi concorrano con l'esercizio dell'attività politica”. Secondo F. COLAO, *Il delitto politico tra ottocento e novecento. Da “delitto fittizio” a “nemico dello Stato”*, Milano 1986, p. 348, “dalla difesa sociale deriva la definizione teorica di uno stato assolutamente sovrano, moralmente e giuridicamente superiore al delinquente; che proprio in nome della tutela della società può emanare disposizioni penali che addirittura contraddicono i principi fondamentali del diritto penale moderno”.

³ A dimostrazione di ciò si legge in A. ROCCO, *Relazione a S.M. il Re del Ministro Guardasigilli Rocco, per l'approvazione del testo definitivo del Codice penale*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, cit., p. 10, che “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 la stessa codificazione legislativa penale del primo Napoleone, che fu il modello a cui si attennero, per più di un secolo tutte le altre legislazioni che dominarono all'estero e in Italia, non escluso il codice penale del 1889”. Ancora si veda G. DELITALA, *Criteri direttivi del nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, XIII, 1935, p. 586, il quale evidenzia che la concezione contrattualistica propria dell'illuminismo porta a considerare il diritto esclusivamente in funzione della libertà dei singoli.

⁴ In ordine al fenomeno della “pubblicizzazione” degli oggetti di tutela, all'interno della progressione discendente realizzato dal codice *Rocco*, cfr. PADOVANI/STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose*, Bologna 1991, p. 49 ss.; in riferimento al concetto di ‘Stato totale’ accolto dalla dottrina fascista si veda ancora A. ROCCO, *Relazione a S.M. il Re*, in *Lavori preparatori del codice penale*, cit. p. 9, dove si legge che per il fascismo lo Stato è concepito come un organismo, ad un tempo, economico e sociale, politico e giuridico, etico e religioso. “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 passati, presenti e future”. Inoltre, i caratteri che distinguono la tradizione liberale dall'ideologia fascista sono principalmente in ciò che l'una è esclusivamente individualista, l'altra essenzialmente sociale o collettiva o statale, in quanto si pone l'obiettivo di subordinare la persona “all'interesse supremo dell'esistenza e della conservazione dello Stato e impedisce che la libertà degli individui trascenda in licenza od arbitrio”, cit., p. 10.

A riprova dell'intensità e della convinzione con le quali i compilatori del codice perpetuarono la strategia penalistica della pubblicizzazione degli interessi protetti, vanno menzionati i reati contro la moralità e il buon costume; nell'ambito di tale categoria, infatti, “la tutela della libertà sessuale dell'individuo finisce con l'atteggiarsi a mero riflesso di un interesse pubblico al rispetto di un

c) l'anticipazione della soglia della punibilità verso fasi dell'*iter criminis* ancora lontane dalla effettiva lesione di beni giuridici penalmente tutelabili⁵; d) il drastico inasprimento delle sanzioni.

Il codice del 1889, invece, proprio perché elaborato sotto la spinta di concezioni liberali, limitò la tutela penale dello Stato a quei soli interessi politici che concernessero la sua sicurezza, pur non rinunciando alla repressione penale laddove il dissenso politico e/o ideologico si mostrasse pericoloso per la tenuta degli assetti statuali. Coloro che diedero vita al codice Rocco affermarono, invece, vigorosamente un principio di più vasta estensione: “Tutti gli interessi politici fondamentali dello Stato debbono avere una corrispondente protezione penale”, da quelli elementari, da cui dipende la sua integrità, a quelli del suo progresso e della sua prosperità economica e sociale, incluso “il diritto di conseguire e conservare quel maggiore grado di potenza che in un determinato momento storico possa competergli nel mondo”⁶. Ciò si tradusse in un ampliamento della visuale precedente della “sicurezza dello Stato” nel concetto di ‘personalità’, nel cui *humus* l’aspirazione ad un codice onnicomprensivo condusse la Commissione ministeriale⁷, fin dalle sue primissime sedute, a bocciare sistematicamente ogni

astratto e paternalistico modello di buon costume, che lo Stato si fa carico di imporre come valore ‘deontologico’ anche in contrasto con atteggiamenti di una sensibilità collettiva che va emancipandosi da vietati tabù”. La dottrina ravvisa però una sostanziale continuità istituzionale dell’impianto codicistico con la tradizione liberale, visto che l’intento primario della borghesia ottocentesca era quello di imporre, nel costume pubblico, un rigore e una morigeratezza strumentali allo sviluppo del sistema produttivo e dell’accumulazione della ricchezza: in questi termini G. FIANDACA, *Il codice Rocco e la continuità istituzionale in materia penale, Dibattito su “Il codice Rocco cinquant’anni dopo”*, in *La questione criminale*, 1981, I, pp. 76-77. Si tratta in sostanza di una generale strategia di controllo ideologico delle masse, che si proietta anche nei reati in materia religiosa.

⁵ Cfr. F. SCHIAFFO, *Alle origini dei reati di opinione: modelli di incriminazione e opzioni politico-criminali*, in *Studi in onore di G. Melillo*, III, Napoli, 2010, p. 1175, secondo il quale l’anticipazione della soglia della punibilità è una conseguenza necessaria ed esclusiva di un orientamento soggettivista, di derivazione etica, della legislazione penale, che postula il superamento della necessaria distinzione tra diritto e morale; Sulla confusione tra diritto e morale cfr., per tutti, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1989), Roma-Bari 2000, pp. 199 ss.

⁶ Ancora A. ROCCO, *Lavori preparatori del codice penale*, cit., pp. 9, 16.

⁷ Dalla lettura dei verbali delle sedute della Commissione è facile scorgere l’influenza predominante del c.d. metodo tecnico-giuridico, secondo cui il compito e la funzione della scienza del diritto penale consiste nella mera elaborazione del diritto penale positivo e vigente. Per un maggiore approfondimento vedi A. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale. Prelezione al corso di diritto e procedura penale nella R. Università di Sassari il 15 genn. 1910*, in *Riv. dir. proc. pen.*, I, 1910, pp. 497 ss.; in proposito, v. G. FIANDACA, *Il codice ‘Rocco’ e la continuità istituzionale in materia penale*, cit., p. 68, secondo il quale “il processo di formazione di un codice ha sempre alle spalle un ceto di giuristi che non solo suggeriscono

proposta strutturata nel senso di una maggiore precisazione dei modelli comportamentali tipizzati nei singoli *Tatbestände*⁸. In quel contesto, la potestà di punire veniva, infatti, considerata uno dei massimi attributi della sovranità, in quanto antichissima ed essenziale manifestazione dell'*imperium*⁹. La nuova denominazione risultò, quindi, coerente con una visione dello Stato, quale organismo politico e giuridico, concepito come la popolazione organizzata sotto un potere supremo, come un tutt'uno, in modo da acquistare una distinta ed autonoma personalità, funzionale al perseguimento degli scopi autoritari del regime¹⁰.

In ciò va ravvisato il sovvertimento dell'imperativo categorico kantiano, secondo cui l'individuo, essendo fine, non può essere ridotto al valore di mero mezzo. Nel codice Rocco, invece, l'individuo è appunto mezzo dei fini sociali¹¹. Come registrato da autorevole dottrina, la questione appare interna agli stessi

soluzioni tecniche, ma contribuiscono alla stessa 'individuazione dei fini' della nuova legislazione [...]. C'erano, quindi, solide premesse perché il codice Rocco fosse, almeno in parte, figlio dell'indirizzo 'tecnico-giuridico', e in conseguenza si uniformasse da un lato al principio legalistico e, dall'altro, poggiasse su di un'impalcatura dogmatica a prevalente sfondo liberale"; Per un'approfondita panoramica sui rapporti tra dottrina italiana e regime fascista si veda M. SBRICCOLI, *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXVIII, 1999, II, pp. 829 ss.; In ordine alla considerazione secondo cui il metodo tecnico-scientifico costituisce il riflesso dottrinale dell'involuzione autoritaria di un sistema liberale che, nel primo decennio del secolo, si sente minacciato dai conflitti sociali che accompagnano le rivendicazioni del nascente movimento socialista cfr. G. NEPPI MODONA, *Tecnicismo e scelte politiche nella riforma del codice penale*, in *Dem e dir.*, 1997, p. 661; In merito all'analisi del rapporto tra fascismo e dottrine penali vedi anche F. COLAO, *Il delitto politico tra ottocento e novecento. Da "delitto fittizio" a "nemico dello Stato"*, cit., pp. 330 ss.

⁸ In tal senso appare emblematico il dibattito che ebbe ad oggetto il termine "associazione" negli artt. 278 e 279 e che vide coinvolti Rocco, Manzini e Gregoraci, in A. ROCCO, *Lavori preparatori*, cit., p. 39, dove si optò facilmente per la definizione maggiormente comprensiva, perché più compatibile con i principi generali del fascismo, intento a costruire una forte azione di 'ortopedia' e di controllo delle azioni del cittadino in Italia e all'estero nel campo delle associazioni. Allo stesso modo, nei *Lavori preparatori*, cit., pp. 50-51, in relazione al reato di vilipendio alla bandiera o altro emblema dello Stato ex art. 295, si possono facilmente notare gli sforzi della Commissione nella direzione di conferire alla nozione di 'bandiera' una maggiore capacità di inclusione, fino a ricomprendervi anche il tricolore impresso sopra un fazzoletto.

⁹ A. ROCCO, *Relazione a S.M. il Re*, cit., p. 7.

¹⁰ V. A. ROCCO, *Relazione*, cit., p. 10.

¹¹ A. ROCCO, *Relazione*, cit., p. 16, secondo cui "nessuna meraviglia che ai fini immanenti della società si sacrificino, se sia necessario, i fini dell'individuo". I precedenti culturali di quest'impostazione vanno ravvisati nel Platone de '*La Repubblica*' o de '*Le leggi*' e nel pensiero cattolico medioevale del Tommaso d'Aquino della '*Summa theologica*'. Quest'ultimo riferimento è in Rocco, *Relazione*, cit., p. 16; Sul punto, cfr. anche G. MARINI, *Delitti contro la persona*, Torino 1996, p. 202, il quale nota che il processo di personificazione dello Stato può comportare una pericolosa svalutazione nella protezione della sfera personale, con specifico riferimento ai beni dell'onore e della reputazione della persona umana, ad oggi costituzionalmente garantita dall'art. 2 Cost.

meccanismi di legittimazione dell'autorità statale: la priorità accordata ad uno Stato-persona non può che comportare, sul piano degli effetti, un processo di identificazione ideologica e morale con tale valore, a cui i cittadini sono chiamati ad adeguarsi, pena l'attivazione del sistema di repressione. Non a caso, l'ispirazione autoritaria e statalistica di tale indirizzo ben si prestò a divenire strumento dell'assolutismo di marca fascista¹².

In questa direzione, si colgono gli aspetti di novità della parte generale del nuovo codice rispetto a quello previgente¹³: la causalità concepita come equivalenza di condizioni; la finzione di imputabilità e l'inasprimento sanzionatorio in caso di ubriachezza e intossicazione da stupefacenti; l'irrilevanza degli stati emotivi e passionali; l'anticipazione della punibilità del tentativo agli atti idonei diretti in modo non equivoco alla commissione del reato; la parificazione della responsabilità sulla base del criterio causale nel concorso di persone¹⁴; anche i sistemi delle misure di sicurezza¹⁵ e delle misure di prevenzione quali rigide strutture di difesa sociale sono sicuri indici di un forte rigorismo repressivo¹⁶, "dettato soprattutto dall'intento di assegnare allo strumento penale la funzione di rappresentare lo Stato fascista come Stato forte anche nella lotta contro la criminalità"¹⁷. Ma, per unanime riconoscimento, è la parte speciale del codice¹⁸ a

¹² G. FIANDACA, *Il codice 'Rocco' e la continuità istituzionale in materiale penale*, cit. p. 69.

¹³ Sui rapporti tra codice Rocco e codice Zanardelli, vedi DELOGU, *L'elemento politico nel codice penale*, in *Arch. pen.*, 1954, pp. 161 ss.; PIASENZA, *Tecnicismo giuridico e continuità dello Stato: il dibattito sulla riforma del codice penale e della legge di pubblica sicurezza*, in *Pol. dir.*, 1979, pp. 261 ss.; NEPPI MODONA, voce *Legislazione penale*, in *Storia d'Italia*, a cura di F. LEVI, U. LEVRA, N. TRANFAGLIA, II, Firenze, 1978, pp. 597 ss.

Sui rapporti tra parte generale e parte speciale del codice penale v. T.PADOVANI/L.STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose*, cit. pp. 11-36.

¹⁴ V. ancora T.PADOVANI/L.STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose*, cit., pp. 21 e 22, che mettono in evidenza l'indubbia matrice autoritaria e la valenza liberticida della disciplina generale in tema di concorso di persone nel reato.

¹⁵ Nello stesso senso vedi E.R. ZAFFARONI, *Alla ricerca del nemico: da Satana al diritto penale cool*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano 2006, p. 763, che individua nelle misure di sicurezza - *pene che non erano pene* - lo strumento principale utilizzato dalla legislazione per neutralizzare i soggetti presunti inferiori. In tal senso si esprimeva il pensiero lombrosiano in C. LOMBROSO, *Gli anarchici*, Torino 1894; LOMBROSO/LASCHI, *Le crime politique et les révolutions*, Paris 1892; l'Autore rileva che persino i soggetti considerati dotati di capacità superiori alla norma destavano sospetti: v. C. LOMBROSO, *L'uomo di genio in rapporto alla psichiatria, alla storia ed all'estetica*, Torino 1894.

¹⁶ Per un'esemplificazione esauriente degli aspetti autoritari contenuti nella parte generale del codice Rocco si veda F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, III ed., Padova 2009, *passim*.

¹⁷ G. FIANDACA, *Il codice 'Rocco' e la continuità istituzionale in materiale penale*, cit., p. 72, il quale, però, ritiene che "questa accentuazione di rigore repressivo non sembra presentare elementi

rappresentare l'architettura più compiuta del regime, dove la considerazione del catalogo dei beni selezionati dal legislatore dà l'esatta consapevolezza della complessità dell'operazione politica realizzata dal 'nuovo' Stato¹⁹. La collocazione al vertice della parte speciale delle disposizioni a tutela dello Stato, infatti, "presuppone l'idea che sia questo apparato a costituire la fonte di ogni ulteriore tutela"²⁰. Costituiscono prove in tal senso sia la proliferazione delle fattispecie poste a tutela della personalità dello Stato (dalle 34 del codice liberale alle 72 del codice 'Rocco'), sia la tendenza ad una maggiore frammentazione casistica e ad un generale inasprimento del livello sanzionatorio, che si pongono quali affidabili rivelatori dell'importanza che una tutela rafforzata dello Stato riveste per un sistema autoritario. In secondo luogo, la presenza di alcune fattispecie, quali il "disfattismo, "l'associazione sovversiva" e la "propaganda sovversiva", era volta a difendere il regime dai suoi 'nemici'²¹. Il settore dei delitti

di novità da un punto di vista qualitativo: nella misura in cui non sfocia in una vera e propria rottura dei principi del diritto penale del fatto, la stretta rigoristica intervenuta nell'ambito dei criteri generali di responsabilità rimane, infatti, pur sempre inquadrabile in un modello astratto di risposte repressive potenzialmente non estranee alla fase liberale-autoritaria di uno Stato borghese"; nello stesso senso anche C. FIORE, *I reati di opinione*, Padova 1972, p. 15, secondo il quale "si deve prendere atto che la differenza rimane essenzialmente di carattere quantitativo: invariato si presenta, infatti, sia il catalogo dei beni protetti, sia la direzione verso cui si appunta la repressione penale".

¹⁸ Nel senso che la parte speciale del codice penale rappresenta il centro di riferimento fondamentale delle opzioni di valore espresse da un ordinamento v. S. MOCCIA, *Diritto penale politico e giurisprudenza costituzionale in materia di libertà di riunione e di associazione (articoli 17 e 18 Cost.)*, in G. VASSALLI, *Diritto penale e Giustizia Costituzionale*, Napoli 2006, p. 213; nello stesso senso v. E.GALLO/E. MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, Bologna 1984, p. 17; cfr. anche T. PADOVANI/L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose*, cit. pp. 12 ss., dove si legge che "le norme di parte speciale, al di là del dato formale, si rivelano peculiari sotto il profilo sostanziale in quanto individuano i beni giuridici tutelati dal sistema", cit., p. 15; cfr. anche E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. di dir. e proc. pen.*, 1992, p. 886, secondo il quale la parte speciale rappresenta il banco di prova prioritario anche per un'analisi sociologica della criminalizzazione primaria.

¹⁹ Ancora una volta si tengano in gran considerazione le riflessioni di G. FIANDACA, *Il codice 'Rocco' e la continuità istituzionale in materia penale*, cit., p. 73, secondo il quale non sempre il codice 'Rocco' è figlio della dittatura e "bisogna sottrarsi al tranello di ripetere oggi acriticamente che è riforma fascista ogni realizzazione dovuta al Fascismo". Ci si accorge, infatti, che ben più della metà delle norme incriminatrici contenute nel titolo I del libro II trova riscontro, in tutto o in parte, nel codice penale del 1889.

²⁰ T.PADOVANI/L.STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose*, cit., p. 45; anche per E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, cit., p. 887, "la posizione topografica è certamente un mero dato tecnico, ma può espletare una funzione pedagogica per rafforzare il consenso sulla scelta di tutela. [...] Tale scelta tecnica si traduce in un forte messaggio ai destinatari, circa la riqualificazione dei beni giuridici in questi settori e la ferma stigmatizzazione delle relative condotte tipizzate".

²¹ G. VASSALLI, *Propaganda sovversiva e sentimento nazionale*, in *Giur. cost.*, II, 1966, p. 1097. Il riferimento è ai nemici storici della dittatura: comunisti, socialisti e anarchici; ancora F.

politici di matrice fascista nasce, dunque, con l'intento di rappresentare il 'simbolo' della rottura del nuovo codice rispetto alla tradizione liberale, enfatizzando la riaffermazione del principio di autorità²². Questa legislazione potrebbe essere definita 'espressiva', perché varata a scopo 'simbolico', come vessillo ed emblema di un certo sistema assiologico e di una certa ideologia, che utilizza lo strumento penale come veicolo di auto-affermazione. Contestualmente, i modelli di incriminazione ivi contenuti appaiono strumentali proprio al riconoscimento di valori controversi attraverso la stigmatizzazione sociale (mediante pena) di precise 'classi' di comportamenti e di soggetti²³. Come segnalato dalla dottrina, infatti, un effetto di questo modello a "progressione discendente" consiste nell'attrazione della maggior parte degli interessi tutelati all'interno di un'orbita 'istituzionale', in virtù della quale i beni non riconducibili nei confini di questa prospettiva sono 'espulsi' dal sistema penale²⁴. La precedenza gerarchica degli interessi pubblici su quelli privati e la massima valorizzazione dello Stato contribuirono a fondare diverse opzioni di parte speciale, che differenziarono il codice fascista da quello previgente: a) la particolare cura dedicata alla costruzione capillare ed organica delle figure dei

COLAO, *Il delitto politico tra ottocento e novecento*, cit., p. 348, secondo cui la definizione di delitto politico, o meglio di delinquente politico, è condizionata dall'ottica della primaria esigenza della difesa della società (stato) dalla pericolosità criminale dell'autore.

²² Per la tesi secondo cui il codice penale del '30 esprime o porta alle estreme conseguenze inclinazioni autoritarie già emergenti nello Stato liberale cfr. ancora G. FIANDACA, *Il codice 'Rocco' e la continuità istituzionale in materia penale*, cit. p. 76; P. PISA, *Il segreto di Stato. Profili penali*. Milano 1977, p. 59; C. FIORE, *I reati di opinione*, cit. pp. 19 ss.; nello stesso senso cfr. E.R. ZAFFARONI, *Alla ricerca del nemico: da Satana al diritto penale cool*, cit., pp. 760 ss., secondo il quale la ricerca e l'identificazione dei nemici ha rappresentato la funzione costante del potere punitivo dei regimi autoritari. L'insigne Autore sottolinea che i soggetti pericolosi furono ritenuti *parassiti* dal regime sovietico, *subumani* da quello nazista e *nemici dello stato* dai fascisti. La base ideologica comune, infatti, fu rinvenuta nella teoria della *pericolosità di matrice medico-poliziale* (razzismo), di ascendenza ottocentesca, cit., p. 767; così anche L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1989), cit. p. 848, che individua nella 'ragione di Stato' il principio filosofico-politico che informa invariabilmente la concezione del 'delinquente politico' come 'nemico', da sopprimere nell'interesse generale, e che lo identifica *extra legem* in base a criteri sostanzialistici e a strumenti inquisitori, in un modello illiberale e antigarantistico di diritto penale.

²³ V. E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, cit., p. 893, dove si legge che le normative, che rispecchiano "i prodotti del consenso gestito dall'*attore-Stato*, nelle occasioni in cui sono in gioco beni in definitiva 'personali' dello Stato stesso, come la sicurezza interna, o la struttura istituzionale [...], non mirano alla direzione sociale, bensì alla ri-legittimazione, non tanto delle norme in sé, quanto dello Stato stesso, nella sua idoneità a risolvere la conflittualità sociale anche più grave". L'Autore cita in nota (138) KINDERMANN, *Symbolische Gesetzgebung*, in *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik*, Band 13 *JbRSoz*, Opladen 1988, p. 234.

²⁴ Ancora magistralmente T.PADOVANI/L.STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose*, cit., p. 45.

reati associativi, tese a colpire prima di tutto quelle associazioni politiche che “limitavano la loro attività alla diffusione delle idee, cioè all’affermazione teorica degli obiettivi politici, che costituivano il loro programma”²⁵; b) l’inserimento nel titolo I degli attentati contro i diritti politici del cittadino (art. 294); norma che pur presente in termini sostanzialmente analoghi nel codice Zanardelli nel titolo II dedicato ai delitti contro la libertà, nel codice Rocco trasmigrò nel titolo relativo alla personalità dello Stato, a testimonianza del mutamento della concezione dei rapporti fra cittadino e Stato; c) l’allargamento dell’area della punibilità, ottenuto sia con la creazione di nuove figure criminose, sia con l’ampliamento della rilevanza di attività meramente preparatorie²⁶.

Sono, però, altresì presenti elementi di continuità del diritto penale politico del codice vigente con quello delle legislazioni precedenti²⁷: a) anzitutto, la collocazione delle fattispecie criminose; la tutela rafforzata degli assetti statali inaugura sempre, con storica sistematicità e fin dal periodo dell’illuminismo, le parti speciali in quasi tutte le codificazioni penali europee²⁸; b) in secondo luogo, la ricezione nel titolo I di alcune fattispecie ricavate dal codice allora vigente²⁹; c) infine, in materia di delitti contro gli stati esteri, il codice Rocco, oltre a conservarne la medesima denominazione, continuò a lasciarsi guidare dall’idea che l’oggetto della tutela fosse dato comunque e sempre da un interesse italiano.

²⁵ A. ROCCO, *Relazione a S.M. il Re*, cit., n. 275.

²⁶ Cfr. approfonditamente M. ROMANO, *Il codice Rocco e i lineamenti di una riforma del diritto penale politico*, Dibattito su “*Il codice Rocco cinquant’anni dopo*”, in *La questione criminale*, 1981, I, p. 150 e 151; nello stesso senso v. E. GALLO/E. MUSCO, *Delitti contro l’ordine costituzionale*, cit. p. 19, dove si legge che la creazione di questi gruppi di fattispecie fu mirata a reprimere ogni attività politica in conformità al principio del partito unico fascista.

²⁷ Cfr. C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., p. 15, il quale mette in evidenza che le previsioni del codice Rocco, là dove si distaccano più nettamente dal codice Zanardelli, svelano più remote ascendenze, rinvenibili nel codice del 1859, nell’Editto sulla stampa, o addirittura nel codice sardo-piemontese del 1839.

²⁸ M. ROMANO, *Il codice Rocco e i lineamenti di una riforma del diritto penale politico*, cit., p. 147.

²⁹ Si tratta degli attentati contro l’integrità, l’indipendenza o l’unità dello stato ex art. 241; delle intelligenze con lo straniero a scopo di guerra contro lo stato italiano ex art. 243; gli atti ostili verso uno stato estero che espongono lo stato italiano al pericolo di guerra ex art. 244, da ricondurre agli artt. 104, 106 e 113 del codice del 1889; dell’attentato contro il re, la sua libertà, il suo onore e la lesa prerogativa della sua irresponsabilità ex art. 176 ss.; dell’attentato contro la costituzione dello stato e contro gli organi costituzionali ex artt. 283, 289, da porre in rapporto con i previgenti artt. 117, 118 e 122; l’insurrezione armata contro i poteri dello stato ex art. 284, ristrutturato sul precedente art. 120; In argomento cfr. M. SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano 1979, *passim*.

In virtù di questa impostazione la tutela dello stato estero si configura come una tappa funzionale al mantenimento della sicurezza dello stato italiano³⁰.

Il codice Rocco - in modo particolare il titolo I del libro II -, quindi, oltre ad aver immesso nel nostro ordinamento elementi nuovi, risulta al contempo il portato di precedenti legislazioni italiane e straniere³¹. In termini analoghi, va ravvisata una sostanziale continuità storica del diritto penale politico in Europa, al di là dei particolarismi dei singoli processi continentali di codificazione³². Già i riformatori settecenteschi dovettero fare i conti con la variegata e inafferrabile tipologia del *crimen laesae maiestatis*, il cui “precipitato ultimo si risolveva nella repressione di qualsiasi atteggiamento in contrasto con l’obbligo di fedeltà dovuto al sovrano”³³, il quale concedeva le ‘terre’ ai propri sudditi in cambio di una forma di asservimento morale, prima che giuridica. Il modello di incriminazione, coadiuvato da un regime processuale affatto semplificato sotto il punto di vista soprattutto probatorio³⁴, si traduceva, infatti, in uno strumento di mera repressione

³⁰ M. ROMANO, *Il codice Rocco e i lineamenti di una riforma del diritto penale politico*, cit., p. 149, il quale evidenzia la condivisione a livello comparatistico dell’orientamento in tutte le normazioni positive europee di fine Ottocento.

³¹ Nello stesso senso E.GALLO/E. MUSCO, *Delitti contro l’ordine costituzionale*, cit., p. 19, i quali, in merito alla polemica tra i sostenitori della continuità sostanziale del codice Rocco con la legislazione liberale e i sostenitori della rottura autoritaria, ritengono che la “*querelle*” sia meno radicalizzata di quanto possa sembrare. “E’ infatti utopico pensare che una legislazione così imponente possa considerarsi sganciata da tutta la tradizione normativa che la precede”; così anche C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., p. 14, secondo il quale “sarebbe un errore prendere alla lettera le enunciazioni del guardasigilli e ritenere, conseguentemente, che la promulgazione del Codice Rocco abbia realmente segnato, in questa materia, una svolta radicale, rispetto alla legislazione antecedente”. L’insigne Maestro ricorda che, sotto il vigore del codice Zanardelli, la Cassazione ritenne costantemente che “inneggiare all’anarchia” costituisse “apologia di delitto” e “istigazione all’odio tra le classi sociali”; il semplice grido: “Viva l’anarchia!” integrava il reato di incitamento alla disobbedienza della legge; mentre le espressioni: “Evviva la bandiera rossa; avanti tutti alla riscossa; evviva l’anarchia, abbasso il re”, costituivano, secondo la giurisprudenza della Cassazione, *istigazione a delinquere*, cit., pp. 31 e 32; per un approfondimento cfr. ESCOBEDO, *A proposito del reato di incitamento alla disobbedienza della legge e d’istigazione all’odio tra le classi sociali, in modo pericolo per la tranquillità pubblica*, in *Giust. pen.*, 1895, pp. 1434 ss.; nello stesso senso v. anche T.PADOVANI/L.STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose*, cit., p. 32, secondo i quali “se pure può condividersi l’opinione più accreditata circa la caratterizzazione del codice secondo la quale esso non costituirebbe una aperta rottura nella linea di politica criminale dello Stato liberale precedente, cionondimeno, è indubbio che la matrice autoritaria sia particolarmente evidente”.

³² Sulla storia del diritto penale politico si vedano M. SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis*, cit., *passim*; ID., *Dissenso politico e diritto penale in Italia tra Otto e Novecento*, in *Quaderni fiorentini*, II, 1973, pp. 607-702; F. COLAO, *Il delitto politico tra ottocento e novecento. Da “delitto fittizio” a nemico dello Stato*, cit; SCHMINK, *Stato di diritto e movimento operaio - Per la storia del diritto penale politico in Italia*, in *Studi storici*, 1970, pp. 445 ss.

³³ Così T. PADOVANI, *Bene giuridico e delitti politici*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1982, p. 5.

³⁴ G. ALESSI PALAZZOLO, *Prova legale e pena - La crisi del sistema tra evo medio e moderno*, Napoli 1979, pp. 25 ss.

di qualsiasi dissenso ideologico; il tutto votato alla difesa del superiore principio di autorità delle strutture politiche vigenti. Il pensiero riformatore, infatti, non sciolse neanche una delle anomalie e delle storture del delitto penale politico, che continuò ad esigere, sin da allora, l'abbassamento della soglia della punibilità verso fasi dell'*iter criminis* ancora ben lontane dalla realizzazione effettuale di un evento o di un pericolo concreto³⁵. La scelta degli oggetti di tutela, incentrata su beni quali l'integrità territoriale, l'indipendenza statale o la libertà del sovrano, comportava che il disvalore penale si incentrasse su mere intenzioni, senza che le condotte avessero qualsiasi possibilità di essere adeguatamente tipizzate³⁶. Per questa via, la repressione penale del dissenso politico si configurò storicamente come lo strumento principale di cui le classi dominanti si servirono per conservare il proprio potere politico³⁷. A proposito di ciò, Anselm Feuerbach scriveva: "Questo concetto che determina l'alto tradimento semplicemente in base all'intenzione è adeguato ad una legislazione morale che voglia sottoporre al giudice atteggiamenti interiori di alto tradimento, non ad una legislazione civile³⁸. A definire il reato politico intervengono non già "verità filosofiche", dunque, ma la "prevalenza dei partiti e delle forze" e le "sorti di una battaglia"³⁹.

³⁵ Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1989), cit., pp. 849 ss., dove, tuttavia, si dà conto del tentativo, messo in atto dal pensiero illuminista, di circoscrivere la categoria dei delitti politici alle sole lesioni basilari del contratto sociale. Ma se si esclude la Toscana, dove per pochi anni i delitti di lesa maestà furono esplicitamente aboliti dalla riforma leopoldina del 20 novembre 1786, ben presto i reati politici tornarono ad espandersi in tutte le legislazioni ottocentesche.

³⁶ T. PADOVANI, *Bene giuridico e delitti politici*, cit., p. 6.

³⁷ Così C. FIORE, *Libertà di espressione politica e reati di opinione*, in *Pol. dir.*, 1970, p. 499, il quale mette in evidenza che il *diritto penale politico* consiste in un sistema normativo che, "configurandosi come *reazione penalistica all'accadere politico*, tende a fare del delitto penale uno strumento del potere politico".

La prospettiva tracciata riprende il filone del c.d. paradigma conflittuale del diritto penale (Marx, Dahrendorf, Turk, Vold, Chambliss, Sack, Haferkamp e Baratta) secondo cui il diritto penale è essenzialmente strumento di rielaborazione di conflitti e, quindi, espressione dei gruppi dominanti, i quali, per conservare le loro posizioni di privilegio, sfruttano il potere statale per controllare coattivamente l'universalità dei consociati.

³⁸ Cfr. P.J.A. FEUERBACH, *Kritik del Kleinschrodischen Entwurfe zu einem peinlichen Gesetzbuch für die Chur-Pfalz-Bayerischen Staaten*, Theil III, 1804, pp. 33. T. PADOVANI, *Bene giuridico e delitti politici*, cit., p. 6.

³⁹ Così F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, Parte speciale*, VII, 1898, 3913 ss., pp. 659 ss., il quale, come mette in evidenza parte della dottrina, non riteneva si trattasse soltanto di uno "stato di fatto" e di un prevalere arbitrario della forza politica sulla ragione giuridica. L'analisi del Maestro era tesa ad evidenziare l'assenza di un criterio razionale di distinzione del reato politico, e quindi l'assurdità di delinearlo, visto che in esso residua sempre e solo una valutazione politica schematizzata sotto le false spoglie degli schemi esteriori del diritto, per utilizzarne la forza repressiva; Sull'argomento si veda anche C. FIORE, *Libertà di espressione*

Date queste premesse, il fascismo non solo garantì la sopravvivenza di questi moduli repressivi, ma, sotto la spinta di pressanti ragioni di difesa del regime, elaborò una normativa “francamente e scopertamente svincolata dal principio di offensività, sia sotto il profilo dell’individuazione dei beni protetti, che sotto quello della struttura della fattispecie”, rinunciando alla facciata liberale mantenuta nell’impianto del codice⁴⁰. I reati di associazione sovversiva (art. 270),

politica e reati di opinione, cit., p. 500, secondo cui dietro l’idea che uno Stato possa imbavagliare i suoi oppositori c’è l’idea della perfezione dello stato, e della sua conseguente immutabilità. Come per il “Reich dei mille anni”, nulla deve cambiare; perciò si combattono prima di tutto le idee rivoluzionarie e non solo le azioni. A dimostrazione di quanto siano vecchie queste verità, l’insigne Maestro scrive che “il diritto penale politico non è altro che una lotta alle idee, nella forma della repressione penalistica della circolazione delle idee contrarie al sistema politico vigente; esso obbedisce ad una tecnica legislativa di anticipazione del pericolo; ad una strategia di estrema prevenzione”. A tal proposito appare calzante anche la riflessione di M.PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, Napoli 2000, p. 18: “Sembra che il settore del diritto penale posto a tutela dell’ordinamento costituzionale-democratico porti con sé un vizio d’origine che riappare, sempre rivestito di nuove forme, più o meno autoritarie, più o meno democratiche, nei momenti in cui più acuta si fa sentire l’esigenza di tutela della collettività, ossia tutte le volte in cui si palesi la necessità di ricorrere a queste fattispecie”; in questo senso v. anche DE MARSICO, *I delitti contro lo Stato nella evoluzione del diritto pubblico*, in *Studi di diritto penale*, Napoli 1930, p. 128.

In ordine al fenomeno della relatività dell’incidenza dell’istanza politica sulle tecniche di tutela v. anche SANTOSUOSSO, *Forme di rinuncia alla pena in materia politica*, in *Crit. Dir.*, 1992, n.29-30, p. 79; E.GALLO/E.MUSCO, *Delitti contro l’ordine costituzionale*, cit., p. 9; PAGLIARO, *La nozione di reato politico agli effetti dell’extradizione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 813; in ordine alla tesi per cui quest’incidenza dell’istanza politica riflette maggiormente le esigenze del gruppo dominante più di quanto non accada per altri settori del diritto penale cfr. MESSINA, *Introduzione allo studio dei delitti contro la personalità interna dello Stato*, Milano 1981, p. 94.

⁴⁰ T. PADOVANI, *Bene giuridico e delitti politici*, cit., p. 3, il quale non disconosce il dato secondo cui gli elementi qualificanti le storture e le anomalie del delitto penale politico “salpano in realtà da lidi ben più lontani di quelli del fascismo, ed esprimono, a ben vedere, una continuità di fondo con la legislazione e con la tradizione giuridica liberale, non dissimile da quella che ispira l’impianto complessivo del codice Rocco”; così anche E. GALLO, *Insurrezione armata contro i poteri dello Stato*, in *Giust. pen.*, 1981, II, c. 237 s.; in termini parzialmente difforni v. E. GALLO/E. MUSCO, *Delitti contro l’ordine costituzionale*, cit., p. 19, secondo i quali “è altrettanto vero che la repressione del dissenso politico, nella sua articolata e compiuta conformazione, la estrema severità delle pene non possano in alcuna maniera rapportarsi, nel senso della continuità, con la precedente legislazione penalistica dello Stato liberale; magistralmente C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., p. 38, secondo cui “pur nella continuità della tutela di determinati interessi, dal nuovo testo normativo emerge, nettissima, l’accentuazione del profilo autoritario dello Stato, nei suoi rapporti con i cittadini, quale sarebbe apparso indispensabile, nel quadro dell’orientamento liberale”; nello stesso senso E.R. ZAFFARONI, *Alla ricerca del nemico: da Satana al diritto penale cool*, cit., p. 767, secondo il quale la legislazione penale dei regimi autoritari presentava soltanto l’aspetto esteriore del sistema penale formali ed alcuni tratti del sistema penale parallelo, mentre ad un livello più profondo operava quello sotterraneo, privo di leggi come di limiti. Sul principio di offensività, nell’ambito di una vasta letteratura, vedi, F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nss.D.I.*, XIX, 1973, pp. 15 ss.; F. MANTOVANI, *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in *Scritti di C. Mortati*, IV, 1977, p. 465 ss.; G. FIANDACA, *Note sul principio di offensività e sul ruolo del bene giuridico tra elaborazione dottrinale e prassi giudiziaria*, in *AA.VV.*, *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, a cura di A.M. STILE, Napoli, 1991, 61; MANES, *Il principio di offensività. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino 2005; A.

di associazione antinazionale (art. 271), propaganda ed apologia sovversiva o antinazionale (art. 272), illecita partecipazione ad associazioni aventi carattere internazionale (art. 274) non trovano, infatti, alcun precedente nella legislazione liberale, costituendo un'espressione diretta della dottrina nazionalistica del fascismo⁴¹.

Sul piano dell'oggetto di tutela, poi, l'architettura del codice impedisce al bene giuridico di esercitare le funzioni che gli sono propriamente assegnate, *in primis* quella ideologica e quella dogmatica⁴². Lo svuotamento della funzione sistematico-classificatoria è legato alla scelta legislativa di rapportare i reati ad un bene, quale la "personalità interna ed internazionale dello Stato", che in verità non esprime alcuna capacità di attrarre a sé ipotesi criminose diverse, né di configurarsi come un oggetto di categoria. Al di là delle critiche che la dottrina di allora rivolse alla dicotomia tra personalità interna ed internazionale⁴³, è lo stesso concetto di "personalità dello Stato" ad assumere patologicamente i caratteri di sbocco categoriale⁴⁴ di una sintesi politica, che vede(va) nell'idea dello Stato-persona l'espressione più compiuta di una concezione totalitaria⁴⁵, "per la quale, come non esiste rapporto politico da cui sia estraneo lo Stato-persona, così non può darsi reato politico che non si rivolga contro quell'unico soggetto"⁴⁶. Più che

CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, in AA. VV., *Costituzione, diritto e processo penale*, a cura di G. GIOSTRA e G. INSOLERA, Milano 1998, pp. 133 ss.

⁴¹ E. GALLO/E. MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, cit., p. 20.

⁴² Sulle funzioni del bene giuridico cfr. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, I, Milano 1983, pp. 8 ss.

⁴³ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale - Parte speciale*, II, Milano, 1977, pp. 913 ss.; DEAN, voce *Personalità interna dello Stato (delitti contro la)*, in *Nss. dig. it.*, XII, Torino, 1968, pp. 1100 ss.

⁴⁴ Nel senso che il codice Rocco segue la classificazione legata al bene giuridico categoriale cfr. PADOVANI/STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose*, cit., pp. 41 ss.; S. MOCCIA, *Diritto penale politico e giurisprudenza costituzionale in materia di libertà di riunione e di associazione (articoli 17 e 18 Cost.)*, cit., pp. 213 e 214.

⁴⁵ In argomento cfr. T. PADOVANI, *Bene giuridico e delitti politici*, cit., p. 9; vedi anche P. NUVOLONE, *Il problema dei limiti della libertà di pensiero nella prospettiva logica dell'ordinamento*, in AA. VV., *Legge penale e libertà di pensiero, (Atti del III Convegno di diritto penale - Bressanone)*, Padova 1966, p. 356, il quale mette in evidenza che lo "stato totalitario di diritto" criminalizza le manifestazioni di pensiero incompatibili quanto al contenuto, e indipendentemente dalla loro forma, con lo scopo che qualifica lo stato totalitario: "Il margine di libertà che può sussistere anche nello stato totalitario non deriverà mai dal riconoscimento del valore primario della libertà, ma avrà sempre un carattere *funzionale* o discenderà dal principio logico di *indifferenza*".

⁴⁶ A. ROCCO, *Relazione a S.M. il Re*, cit., pp. 7 ss.; in argomento v. anche S. MOCCIA, *Diritto penale politico e giurisprudenza costituzionale in materia di libertà di riunione e di associazione*

un bene giuridico, infatti, il concetto di personalità si configura come una sorta di ‘macrofunzione’, dal cui funzionamento e dalla cui tutela dipende la conservazione degli assetti pubblici. E’ evidente l’assolutizzazione di questo percorso: per lo Stato autoritario, non a caso, non esistono propriamente “diritti” ma “funzioni” e “ogni persona, ogni gruppo o istituzione sociale in tanto può sussistere, in quanto rappresenti un mezzo per il fine costituito dallo Stato”⁴⁷. Il principio di subordinazione gerarchica, quindi, mina alle basi l’attitudine del diritto penale politico a fungere da strumento di protezione dei beni giuridici e le fattispecie di incriminazione sono ben lontane dal descrivere fatti portatori di una minima attitudine offensiva⁴⁸. Oltre questo requisito v’è spazio soltanto per reati di mera disobbedienza⁴⁹. La “personalità dello Stato” non può assumere i connotati di un bene tutelato, ma rappresenta piuttosto una mistificazione dello Stato fascista, desideroso di reprimere tutti quei comportamenti essenzialmente concepiti quali sintomi di disobbedienza nei confronti dell’idea di una volontà politica superiore: quella del regime⁵⁰. Da un punto di vista storico il cerchio si chiude: il codice Rocco perpetua il modello strutturale della “lesa maestà”, intesa quale volontà *superiorem non recognoscens*⁵¹. Questa conclusione è confermata da due significativi elementi. Il primo consiste nella previsione in forma monosoggettiva di numerose tra le più gravi fattispecie del Titolo, laddove è evidente che per realizzare eventi come la guerra civile o il mutamento della forma di governo sarebbe necessario disporre di ben altri mezzi e funzioni, comportanti, sul piano dell’esecuzione dei reati, una dimensione necessariamente concorsuale o associativa. E’ ovvio, allora, che la monosoggettività di alcune

(articoli 17 e 18 Cost.), cit., p. 214, secondo cui la stessa espressione “personalità dello Stato”, lungi dal garantire parametri di descrittività e sistematicità, “dimostra la sola, spiccata attitudine ad una rappresentazione antropomorfa della compagine statale, sottraendo ad essa quella rassicurante funzione strumentale agli interessi dei singoli e delle concrete, legittime aggregazioni superindividuali, tipica dell’esperienza democratica, per lasciar prefigurare una dimensione etica e totalizzante, secondo le consuete modulazioni di una struttura statale autoritaria”.

⁴⁷ T. PADOVANI/L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose*, cit., p. 46.

⁴⁸ Sul ruolo del bene giuridico vedi pure S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it di dir. e proc. pen.*, 1995, pp. 343 ss.

⁴⁹ F. MANTOVANI, *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, cit., pp. 462 ss.

⁵⁰ Per una sintetica ma esemplare ricostruzione storica dei caratteri dell’autoritarismo penale cfr. E.R. ZAFFARONI, *Alla ricerca del nemico: da Satana al diritto penale cool*, cit., pp. 757-789.

⁵¹ Si vedano al riguardo le osservazioni di S. PANAGIA, *Il delitto politico nel sistema penale italiano*, Padova 1980, p. 80.

previsioni sta ad indicare la regressione della soglia di punibilità a condotte meramente sintomatiche⁵².

La seconda circostanza, segnalata da attenta dottrina⁵³, risiede nell'assenza totale dei reati politici provenienti dall'interno dello Stato, cioè da parte di chi sia detentore del potere politico. La prospettazione essenzialmente 'esterna' della criminalità politica corrisponde all'idea "che la formazione e l'espressione della volontà sovrana siano di per sé sottratte ad ogni sindacato e ad ogni regola valutativa, ed anzi precedano e condizionino l'interesse politico, senza esserne condizionate, formino la regola dell'attività politica, senza esservi soggette"⁵⁴.

Lo svincolo dell'apparato normativo dal bene giuridico emerge anche sul piano dogmatico, nella misura in cui l'oggetto di tutela non riesce a coadiuvare la comprensione e la ricostruzione del fatto punibile in termini di offesa. Questa sorta di gioco patologico, in cui diverse strutture normative si confondono in reciproche interferenze, è causato, da una parte, dai *deficit* delle norme in termini di tassatività/determinatezza, dall'altra, dalla labilità dei contenuti, che innesca un meccanismo di pluralità artificiosa delle qualificazioni⁵⁵. In poche parole, l'inafferrabilità del bene "personalità dello Stato" porta con sé necessariamente una tutela molto anticipata, impostata sulla criminalizzazione di condotte ancora distanti dalla realizzazione effettiva di un'offesa. In questo contesto, venendo del tutto a cadere la funzione di delimitazione del bene, l'esigenza che viene sottolineata è quella, tutta pragmatica, dell'efficienza del controllo⁵⁶. Nell'esperienza del tecnicismo formalistico di derivazione positivista, che diede vita alla codificazione del '30, si assistette, quindi, ad "un'emarginazione del bene giuridico dalla teoria dell'illecito o ad una sua utilizzazione riduzionistica, in

⁵² In argomento C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., pp. 36 ss.; T.PADOVANI/L.STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose*, cit., p. 47.

⁵³ Cfr. ancora T. PADOVANI, *Bene giuridico e delitti politici*, cit., pp. 13 e 14; T.PADOVANI/L.STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose*, cit., p. 47.

⁵⁴ T. PADOVANI, *op. loc. cit.*, p. 14.

⁵⁵ In merito ai fenomeni di *interscambio delle valutazioni di rilevanza penale* e di *pluralità artificiosa delle qualificazioni* cfr. T. PADOVANI, *op. loc. cit.*, p. 17; nello stesso senso S. MOCCIA, *Diritto penale politico e giurisprudenza costituzionale in materia di libertà di riunione e di associazione (articoli 17 e 18)*, cit., p. 220, che segnala il fenomeno della 'doppia o plurima tipicità', secondo cui uno stesso fatto, a causa di una carente tecnica di normazione, può rientrare in più fattispecie, al di fuori dei casi di concorso apparente.

⁵⁶ S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, cit., p. 346, che parla di "pragmatismo efficientistico".

chiave meramente interpretativa”⁵⁷. Con questo modello di incriminazione, il codice Rocco orientò le norme penali alla protezione della propria organizzazione politica, sociale ed economica, facendo di quest’ultima la *ratio* di tutela della norma penale⁵⁸: “ e il rischio dell’assunzione di schemi di tutela di funzioni è quello di trasformare l’illecito penale in un illecito di mera trasgressione”⁵⁹. In un diritto penale meramente inteso quale violazione dell’obbligo, “è la disobbedienza a venire in risalto, secondo l’antica, opprimente matrice del crimenlese”⁶⁰.

Riassumendo, seppur in termini diacronici, l’autoritarismo del codice, di stampo ideologico, porta con sé, sul piano della concezione del bene giuridico, il paradigma jakobsiano dell’assegnazione al diritto penale di una mera funzione di ‘prevenzione generale integratrice’⁶¹: dove il compito della pena è l’attestazione della validità della norma e il suo ruolo funzionale non è quello di tutelare i singoli beni giuridici, bensì di garantire la pratica vincolatività della norma. In questa prospettiva, infatti, “la pena è una dimostrazione di validità della norma a spese di chi l’ha violata” e serve “a confermare le aspettative di comportamento dei consociati dimostrando l’inadeguatezza del comportamento trasgressivo e confermando contestualmente in negativo l’adeguatezza del comportamento conforme al diritto”⁶². In questo contesto, a conferma che la ‘Grundnorm’ del codice risiede esclusivamente nella tutela del potere costituito, i destinatari della

⁵⁷ ancora S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, cit., p. 347; vedi in argomento anche A. ROCCO, *L’oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Milano-Torino-Roma 1913, pp. 553 ss.

⁵⁸ In ordine al fenomeno secondo cui il diritto penale non tutela vittime, ma funzioni, cfr. HASSEMER, *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, p. 108; MAZZACUVA, *La legislazione penale in materia economica: normativa vigente e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 509; T. PADOVANI, *Il problema del bene giuridico e la scelta delle sanzioni*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, p. 119; ID., *Tutela dei beni e tutela di funzioni nella scelta fra delitto, contravvenzione e illecito amministrativo*, in *Cass. pen.*, 1987, pp. 675-676.

⁵⁹ Così ancora S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, cit. p. 348.

⁶⁰ S. MOCCIA, *Delitto penale politico e giurisprudenza costituzionale in materia di libertà di riunione e di associazione (articoli 17 e 18 Cost.)*, cit., p. 214; Sul punto per tutti cfr. M. SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis*, cit., p. 79 ss. e *passim*.

⁶¹ Uno dei massimi teorizzatori della c.d. ‘prevenzione generale integratrice’ è JAKOBS, *Strafrecht - Allgemeiner Teil*², Berlin 1991, pp. 6 ss.

⁶² Si esprime in questi termini JAKOBS, *op. loc. cit.*, p. 9.

pena non sono i potenziali autori, bensì l'intera collettività, in un *training* pedagogico in cui i consociati 'imparano ad obbedire'⁶³.

Inoltre, una parte cospicua delle norme incriminatrici del "diritto penale politico" fascista, oltre ad essere il portato di un'impostazione alquanto autoritaria, risulta eludere anche quelle regole garantistiche contenute nella parte generale dello stesso codice Rocco, quali il divieto di criminalizzazione degli atti preparatori ex art. 56 c.p., nonché l'irrelevanza penale della mera istigazione o del mero accordo di cui all'art. 115 c.p.⁶⁴.

Le peculiarità del diritto penale politico fascista possono, dunque, essere individuate: a) negli esasperati deficit di tassatività/determinatezza delle norme poste a presidio dell'interesse politico dello Stato; b) nell'eccessiva anticipazione della tutela in cui la materialità delle condotte e il carattere di offendibilità del fatto si estinguono a favore di fattispecie di opinione, di attentato, di mera istigazione, di accordo e di associazione. Il tutto è funzionale, com'è stato più volte ribadito, alla difesa aprioristica del potere e di chi lo detiene, prospettando un diritto penale dell'autore, da cui neanche il legislatore repubblicano saprà rendersi immune. Da questo punto di vista, l'intera disciplina in tema di delitto politico si configura quale il banco di prova privilegiato della tenuta delle tradizionali categorie dogmatiche del fatto tipico, antiggiuridico e colpevole, la cui storica flessibilità, da sempre ossequiosa dell'imprescindibile 'ragion di Stato'⁶⁵, si pone in perenne contraddizione con l'imperativo liziano del diritto penale

⁶³ Per un magistrale approfondimento del pensiero di Jakobs, in riferimento al rapporto tra consenso sociale e diritto penale, cfr. E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, cit., pp. 915 ss.; per un'analisi critica della concezione 'jakobsiana' del c.d. 'diritto penale del nemico', cfr. A. CAVALIERE, *Diritto penale del "nemico" e "di lotta": due insostenibili legittimazioni per una differenziazione, secondo tipi d'autore, della vigenza dei principi costituzionali*, in *Critica del diritto*, 2006, pp. 295-321.

⁶⁴ In questo senso, tra gli altri, anche M. PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, cit., pp. 1 e 19.

⁶⁵ Sul concetto di "ragion di Stato" cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1989), cit. pp. 846 ss., che lo definisce come il "principio normativo della politica che fa del 'bene dello stato', identificato con la conservazione e l'accrescimento della sua Potenza, il fine primario e incondizionato dell'azione di governo. L'illustre Maestro sottolinea che nella concezione dei delitti politici e prima ancora dei *crimina laesae maiestatis* s'intrecciano e s'alternano, storicamente, due tradizioni filosofiche opposte. La prima tradizione è quella del *diritto di resistenza*, concepito come diritto naturale di gruppi sociali organizzati o di tutto il popolo ad opporsi con ogni mezzo contro l'esercizio abusivo e tirannico del potere statale. La seconda tradizione che concorre, in maniera sicuramente prevalente, nella configurazione e nel trattamento del delitto politico è quella che si informa all'opposto principio, in gran parte moderno, della *ragion di Stato*.

come limite della politica criminale; esso, piuttosto, sembra mostrare al suo interno l'apertura di un varco incontrollabile e sensibile alle valutazioni politiche dominanti⁶⁶, le cui dinamiche di funzionamento necessitano di un adeguato approfondimento sia sul piano tecnico-scientifico, che su quello più propriamente politico-criminale.

⁶⁶ In argomento ancora M.PELISSERO, *op. loc. cit.*, p. 22.

2. La repressione penale del dissenso politico nel codice Rocco: i reati di opinione

E' nel contesto del codice Rocco⁶⁷ che vengono a calarsi numerose fattispecie di opinione, classificabili, sotto il punto di vista sistematico, in diversi sottogruppi: a) reati di istigazione; b) reati di apologia e di propaganda; c) reati di offesa a persone rivestite di funzioni costituzionali o comunque politiche; d) fattispecie di vilipendio di organi, istituzioni o entità ideali⁶⁸.

Storicamente⁶⁹ i delitti di opinione, fin dall'epoca liberale⁷⁰, vennero funzionalizzati in chiave interpretativa alla repressione del mero dissenso politico e/o ideologico attraverso gli strumenti dogmatici del dolo generico e del pericolo presunto. In questo quadro, il fascismo, ereditando dalla legislazione liberale un terreno fertile su cui rafforzare le basi della lotta agli oppositori politici⁷¹, non

⁶⁷ Il fenomeno della criminalizzazione delle mere opinioni era un fenomeno ben conosciuto anche alla tradizione liberale, anche se all'indomani del primo conflitto mondiale la crescita dei delitti di opinione rispetto al passato è un dato abbastanza vistoso. Per un approfondimento v. F. COLAO, *Il delitto politico tra ottocento e novecento*, cit., pp. 236 ss.; In argomento v. anche C. FIORE, *Libertà di espressione politica e reati di opinione*, cit., p. 486, secondo cui tanto nella giurisprudenza ordinaria, quanto in quella costituzionale, affiora largamente la tendenza a trascurare il dato storico dell'origine fascista delle fattispecie di mera opinione, riducendolo a mera "occasio legis" del tutto irrilevante; Sul punto v. *Corte costituzionale*, sentenza del 6-7-1966, n. 87, in *Giur. cost.*, 1966, p. 1091.

⁶⁸ Per la classificazione secondo cui i reati di apologia e di istigazione appartengono ad un'unica categoria v. anche T. PADOVANI, *Bene giuridico e delitti politici*, cit., p. 39; Per la quadripartizione in reati di istigazione, apologia, propaganda e vilipendio v. M. PELISSERO, *op. loc. cit.*, p. 112.

⁶⁹ Per un'analisi dei modelli di incriminazione, risalenti nel tempo, connessi alla criminalizzazione delle opinioni v. F. SCHIAFFO, *Alle origini dei reati di opinione: modelli di incriminazione e opzioni politico-criminali*, cit., pp. 1169 ss.

⁷⁰ V. C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., p. 19 secondo cui "la manifestazione del pensiero non sfuggirà ai rigori della tutela repressiva del potere, che si accanirà, sempre più ferocemente, contro ogni moto di dissenso politico, che in qualche modo si connetta ad istanze di cambiamento degli ordinamenti economici e giuridici della società: rimasti praticamente immutati, rispetto all'ancien régime"; nello stesso senso v. G. FIANDACA, *Il codice Rocco e la continuità istituzionale in materiale penale*, cit., pp. 73 ss.; cfr. anche GOVERNATORI, *Stato e cittadino in tribunale*, Bari 1970, p. 50, dove si legge che gli orientamenti della magistratura invalsi nel periodo liberale non rappresentavano altro che "un'anticipazione dell'impostazione della repressione più assoluta e formale di ogni manifestazione di dissenso politico, che è la regola del fascismo"; più recentemente L. ALESANI, *I reati di opinione. Una rilettura in chiave costituzionale*, Milano 2006, pp. 9 ss.

⁷¹ Di un'accentuazione soltanto in senso quantitativo della repressione fascista delle opinioni parla M. PELISSERO, *op. loc. cit.*, p. 116; nello stesso senso cfr. V. FAZIO/C. VIAZZI, *Istigazione a delinquere e apologia di reato nella giurisprudenza dall'unità ad oggi*, in *Pol dir.*, 1972, p. 541, secondo i quali "il modo autoritario di pensare e di giudicare, i giudizi valutativi sulle opposizioni politiche che caratterizzarono il periodo liberale, non subirono mutamenti o deviazioni al mutare

fece altro che assecondare una naturale convergenza delle scelte giurisprudenziali verso l'asservimento ad una generale politica penale autoritaria, che vedeva nella pericolosità del "nemico politico"⁷², e non nella lesività del fatto, la nuova frontiera della rilevanza penale⁷³. Bisogna, infatti, prendere atto che, nella nostra tradizione legislativa, "la tendenza a difendere con lo strumento del diritto penale l'attuale modo di essere della società e dello stato, prevalse regolarmente sui postulati teorici del liberalismo, mostrandosi assai poco riguardosa delle esigenze della libertà ideologica"⁷⁴. Con il codice Rocco, gli aspetti involutivi presenti lungo tutto il solco della legislazione liberale - dall'Editto Albertino sulla stampa del 26 marzo 1848, al codice Zanardelli del 1889, senza dimenticare le tre leggi antianarchiche, n. 314, 315 e la del 19 luglio 1894 - trovarono il loro apice trionfante e brutale nella chiusura del ciclo "liberale"⁷⁵.

I primi precedenti istituzionali e normativi della futura legislazione penale furono le famose leggi del 1925, le cui *rationes* risiedevano nella volontà del regime di sopprimere i partiti politici tradizionali, la libertà di stampa e di associazione. Si continuò con la legge 25 novembre 1926, n. 2008, rubricata "Provvedimenti per la difesa dello Stato", istitutiva del Tribunale speciale "per la difesa dello Stato", della pena di morte per i più gravi delitti "contro la sicurezza dello Stato", e di un

dell'ordinamento istituzionale, ma anzi si trovarono a convergere con l'ideologia politica del fascismo" [il corsivo è nostro].

⁷² Sulla matrice politico-culturale dei reati di opinione nel regime fascista vedi l'interessante prospettiva tracciata da D. PULITANO, *Libertà di pensiero e pensieri cattivi*, in *Quale giust.*, 1970, pp. 187 ss.

⁷³ A titolo esemplificativo, va registrato il dato secondo cui, durante il fascismo, si consolida la tendenza giurisprudenziale a conferire sempre maggiore ampiezza alle fattispecie relative al vilipendio. Il profondo mutamento istituzionale realizzato tra il 1925 e il 1926 suggerì, infatti, ben presto di definire l'esecutivo organo costituzionale, al fine di ampliare l'ambito di applicazione del reato di vilipendio di istituzione costituzionale.

⁷⁴ C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., p. 19.

⁷⁵ Colpisce, infatti, già nel periodo anteriore all'emanazione del Codice, l'assoluta futilità dei fatti incriminati. A titolo esemplificativo si citano: Sent. Trib. Spec. n.1, 1-2-1927, in AA. VV., *Aula IV*, Roma 1961, p. 31, dove due operai di Roma vennero condannati a 9 mesi di reclusione per apologia di reato, per aver detto in un cantiere, riferendosi al fallito attentato a Mussolini: "Li mortacci sua, poteva morire!"; Sent. Trib. Spec. n. 6, 24-1-1938, in *Aula IV*, cit., p. 342: qui un marinaio fu condannato ad un anno di reclusione, per apologia di comunismo, per aver detto: "Sarei disposto ad andare in Spagna, ma per passare dalla parte dei Rossi"; Sent. Trib. Spec. n. 97, 19-7-1940, in *Aula IV*, cit., p. 408, dove due casalinghe furono condannate ad un anno di reclusione, per apologia del sovvertimento dell'ordinamento statale, per aver previsto come vicina la rivoluzione e l'uccisione del Duce; Sent. Trib. Spec. n. 153, 21-12-1939, in *Aula IV*, cit., p. 391, che condannò a due anni di reclusione, per istigazione alla disobbedienza delle leggi, un soldato per aver incitato alla protesta quattro commilitoni scontenti delle divise logore e delle scarpe sfondate. I riferimenti giurisprudenziali sono contenuti in V. FUSCO/ C. VIAZZI, *Istigazione a delinquere e apologia di reato nella giurisprudenza dall'unità ad oggi*, cit., p. 545.

trattamento sanzionatorio aggravato in caso di concorso criminoso nei medesimi reati e nel caso di ricostituzione o partecipazione alle associazioni e ai partiti, disciolti a norma delle leggi del '25. Inoltre, vennero introdotti alcuni delitti di opinione, il cui contenuto anticipò pedissequamente quello di numerose previsioni del futuro codice penale⁷⁶.

Nel codice Rocco, com'è stato già osservato, la linea di confine dalla quale dipendeva la criminalizzazione o meno di un'opinione risiedeva nell'esigenza - statalistica - di impedire *in radice* lo sviluppo di un qualsiasi germe rivoluzionario, anche se pericoloso soltanto in potenza. L'obiettivo era quello di realizzare un'acuta operazione di ortopedia sociale, dalla forte vocazione preventiva, la cui estrinsecazione venne tradizionalmente affidata ai meccanismi repressivi del diritto penale, che si attivavano, infatti, "non appena l'espressione del dissenso *ponesse* seriamente in discussione le basi attuali del potere politico", oppure quando ci si richiamasse semplicemente ad una ideologia di contestazione del sistema⁷⁷. Per questa ragione, l'azione del fascismo fu diretta a neutralizzare, in primo luogo, l'azione dei raggruppamenti politici avversi al nuovo regime, impossibilitati a svolgere la propria attività politica, perché destinatari di incriminazioni di ogni tipo: dalle manifestazioni associative a quelle di propaganda e di proselitismo. A tal fine, è utile far riferimento al divieto di costituzione e di partecipazione a qualsiasi associazione internazionale "senza l'autorizzazione del Governo" (artt. 273 e 274), ai reati di associazioni "sovversive" e "antinazionali" (artt. 270 e 271), a quello di relativa "propaganda" e "apologia" (art. 272), al delitto di attività "antinazionale" del cittadino all'estero

⁷⁶ L'art. 3 co. 2 della legge 25-11-1926, n. 2008, stabiliva, infatti: "Chiunque pubblicamente o a mezzo della stampa, istiga a commettere alcuno dei delitti preveduti nei precedenti articoli o ne fa l'apologia, è punito, per il solo fatto dell'istigazione o dell'apologia, con la reclusione da cinque a quindici anni". L'ultimo co. dell'art 4 puniva con la reclusione da due a cinque anni e con l'interdizione perpetua dai pubblici uffici, chi facesse "in qualsiasi modo propaganda della dottrina, dei programmi e dei metodi d'azione" delle disciolte associazioni, organizzazioni o partiti. L'art. 5 stabiliva: "Il cittadino che, fuori del territorio dello Stato, diffonde o comunica sotto qualsiasi forma, voci o notizie false, esagerate o tendenziose sulle condizioni interne dello Stato, per modo da menomare il credito o il prestigio dello Stato all'estero, o svolge comunque un'attività tale da recar nocimento agli interessi nazionali, è punito con la reclusione da cinque a quindici anni, e con l'interdizione perpetua dai pubblici uffici". A queste pene si aggiungevano, nel caso di condanna in contumacia, la perdita della cittadinanza e la confisca dei beni. Nel senso di un rapporto di ininterrotta continuità, sostanziale e formale, tra codice Rocco e la legge del '26 cfr. C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., pp. 37 ss.

⁷⁷ C. FIORE, *op. loc. cit.*, p. 43.

(art. 269), alla “conspirazione politica mediante accordo” (art. 304) o “mediante associazione” (art. 305), alle corrispondenti figure di istigazione e di apologia (art. 302 e 303), al requisito della pubblicità così come tracciato nel reato di “istigazione di militari a disobbedire alle leggi” (art. 266), che assicurò all’intervento repressivo un’amplissima estensione, dovuta al principio secondo cui la propaganda vietata fosse sempre punibile, anche quando si trattasse di comunicazione individuale e privata⁷⁸.

Queste disposizioni incriminavano evidentemente la manifestazione del pensiero sovversivo⁷⁹, portando all’eccesso l’asticella della severità delle pene, anche per effetto della previsione di numerose circostanze aggravanti, e anticipando la soglia della tutela ad un momento largamente antecedente a quello segnato, per i reati comuni, dall’art. 115 c.p.⁸⁰

In più, la stretta repressiva della cornice penale si intensificava, considerando la configurabilità di diverse ipotesi di concorso, materiale e formale, fra più reati, visto che la tecnica di redazione delle norme permise non solo di configurare regolarmente il “concorso tra un qualsiasi delitto contro la personalità dello Stato e i fatti di pubblica istigazione ed apologia degli stessi, ma rese punibile anche

⁷⁸ Così anche A. ROCCO, *Relazione sul progetto definitivo*, cit., p. 57: “L’apologia e la propaganda sovversiva saranno punibili anche se commesse in privato”.

⁷⁹ A. ROCCO, *Relazione sul progetto definitivo*, cit., n. 275, p. 50, dove si legge che queste fattispecie sono orientate a colpire l’attività che si limiti “alla diffusione delle idee, cioè, all’affermazione teorica degli obiettivi politici, che costituiscono il loro programma”. La conseguenza di tale orientamento viene messa in luce da VASSALLI, *Propaganda sovversiva e sentimento nazionale*, cit., p. 1100, secondo il quale se da ciò si fosse passati alla preparazione ed attuazione concreta di tali programmi, avrebbero trovato applicazione altre, e più severe, disposizioni; in argomento v. C. FIORE, *op. loc. cit.*, p. 42, secondo il quale il tenore degli artt. 270 e 272 si riferisce alle associazioni “comunistiche o bolsceviche” e a quelle anarchiche, così come confermato dalla *Relazione sul progetto definitivo*, cit., n. 277. In questo caso il regime puntava alla severa incriminazione di raggruppamenti politici, attraverso il divieto della propaganda relativa ai loro programmi e ai loro metodi di azione. Nella *Relazione, op. loc. cit.*, n. 277, p. 52 si legge che quelle categorie, “essendo dirette a sostituire ai modi attuali di ripartizione della ricchezza [...] i modi socialisti di tale ripartizione, hanno un obiettivo comune, la distruzione della proprietà individuale”. “Nessuno equivoco è possibile, dunque, - continua Fiore - circa il fatto che, nella tutela della “personalità” dello Stato contro le *associazioni sovversive*, il regime fascista assumesse, fra l’altro, in prima persona, la tutela repressiva dei “modi della ripartizione della ricchezza”, propri del precedente ordinamento borghese.

⁸⁰ V. ancora C. FIORE, *op. loc. cit.*, pp. 39 e 40. In ordine al pericolo che la parte speciale o certi settori di essa possano esprimere regole generali devianti rispetto a quelle previste nella parte generale del codice, cfr. T. PADOVANI/L.STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose*, cit., pp. 16 ss.

l'apologia del proprio delitto da parte dell'autore e perfino l'apologia dell'apologia (cfr. artt. 272 cpv., 303 cpv.)”⁸¹.

In questo quadro, trovano un'adeguata sistemazione anche varie ipotesi di vilipendio⁸², mentre la chiusura del sistema repressivo della libertà di espressione è affidata, da una parte, ad alcuni reati non compresi nel tit. I del lib. II c.p.⁸³ e, dall'altra, all'utilizzazione delle misure di prevenzione come strumento di difesa del regime politico dalle idee sovversive⁸⁴. Queste brevi considerazioni permettono di registrare il dato per cui il delitto d'opinione appare fagocitato dalla categoria del delitto politico, sia per il notevole numero di ipotesi presenti nel Titolo I del Libro II, sia perché, pure al di fuori della classica collocazione a difesa dello Stato, le altre disposizioni sembrano comunque assumere elementi di una certa politicità dell'oggetto tutelato, la cui estensione fu enfatizzata sino alla soglia di una tutela pubblicizzata degli assetti del regime⁸⁵.

Diventa allora indispensabile individuare un criterio di classificazione che consenta di raggruppare le fattispecie secondo un criterio di omogeneità. Si tratterà in ogni caso di una suddivisione che, oltre la specificità di ogni singolo raggruppamento, non contribuirà a chiarire - quanto meno in questa sede - i margini dell'estensione dell'intervento penale riservato dal codice Rocco alla

⁸¹ Cfr. C. FIORE, *op.loc. cit.*, p. 40.

⁸² A tal riguardo, vanno citati il “vilipendio delle istituzioni costituzionali” (art. 290), tra i cui organi risultano considerati: il Governo, le Forze Armate, l'Ordine giudiziario, e il Gran Consiglio del Fascismo; il “vilipendio della bandiera”; il “vilipendio della Nazione italiana”; il “vilipendio della religione di Stato” ed altre ipotesi di offesa alla religione. In più vanno citati i delitti di “offesa al Re e ai membri della famiglia regnante” e il “reato di offesa all'onore del Capo del Governo”

⁸³ Vanno citati l'art. 654 (“Grida e manifestazioni sediziose”), l'art. 656 (“Diffusione di notizie false, esagerate o tendenziose”) e gli artt. 414 (istigazione a delinquere ed apologia di delitto) e 415 (istigazione a disobbedire alle leggi e incitamento all'odio di classe). Inoltre, vanno considerate tutte quelle disposizioni costruite a tutela del *buon costume*, accolto in una prospettiva completamente diversa rispetto a quella del legislatore del 1889, attraverso la separazione dei delitti contro la moralità pubblica e il buon costume, inseriti nel Titolo IX del Libro II, da quelli contro la famiglia. Ipotesi delittuose come quella di pubblicazioni e spettacoli osceni (art. 528) dimostrano, infatti, la forte spinta eticizzante del legislatore del '30.

⁸⁴ Si prevedeva, infatti, che fossero assegnati al domicilio coatto per un tempo non inferiore a tre anni “coloro che avessero manifestato il deliberato proposito di commettere vie di fatto contro gli ordinamenti sociali” (art. 3).

In ogni caso va registrato che in ordine al sistema delle misure di prevenzione, gran parte della dottrina evidenzia un filo conduttore tra legislazione c.d. liberale e codice penale del 1930, rinvenibile sul terreno delle riforme che a fine secolo hanno ridimensionato l'impianto garantista del codice Zanardelli. Cfr. inoltre G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano 1967, p. 255; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1989), cit., pp. 818-824.

⁸⁵ così anche L. ALESIANI, *I reati di opinione*, cit., p. 111.

repressione del dissenso politico e/o ideologico, che al di là del titolo relativo ai delitti contro la personalità dello Stato, ha usufruito di altre previsioni normative sparse nell'intera disciplina codicistica. Deve essere allora attentamente riconsiderata la proposta avanzata da parte della dottrina di “passare dallo studio dei singoli reati, a quello dei gruppi di reati, riuniti secondo gli elementi costitutivi comuni che essi presentano”⁸⁶. A nostro avviso, visto che il legislatore, nella redazione delle fattispecie, ha concentrato l'attenzione sulla tutela degli interessi politici, risulta opportuno raggruppare le fattispecie secondo elementi omogenei per struttura e per capacità di esprimere la politicità dell'oggetto giuridico tutelato. In tal modo dovrebbe giungersi alla ricostruzione sistematica dei reati di opinione nel codice Rocco, evidenziando in quali elementi emerga l'interesse alla salvaguardia dell'ordinamento statale, e in quali altri invece sia maggiormente manifesto il momento più puro della repressione. In un sistema così ricostruito, oggetto di interesse è la specifica tecnica di tutela scelta da quel legislatore, in relazione anche al ruolo che riveste il modo della tutela⁸⁷.

⁸⁶ GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, II, *La struttura della fattispecie legale oggettiva*, Milano 1947, p. VIII.

⁸⁷ SANTORO, *Manuale di diritto penale*, II, *Parte speciale*, Torino 1962, p. 19.

3. I reati di istigazione.

Le fattispecie di istigazione⁸⁸ non caratterizzano esclusivamente la tutela del bene “personalità dello Stato”, ravvisandosi al contempo un numero esiguo di fattispecie-chiave formulate a difesa del c.d. ‘ordine pubblico’: Il Titolo V del codice risulta così strategicamente coinvolto nel completamento del circuito repressivo del dissenso politico e/o ideologico.

3.1 L’istigazione a tutela della “personalità dello Stato”

Per ciò che riguarda i delitti di istigazione posti a tutela della “personalità dello Stato”, essi sono descritti negli artt. 302 e 303 c.p.⁸⁹, che prevedono due condotte dal nucleo essenziale comune, e nell’art. 266 c.p., rubricato “istigazione dei militari a disobbedire alle leggi”. Va preliminarmente osservato che l’accertamento di questi reati era di competenza del Tribunale speciale⁹⁰ per la difesa dello stato, istituito nel 1926 e soppresso nel 1943. Ciò comportava l’utilizzo di certi meccanismi procedurali, che meglio di un inasprimento del diritto sostanziale potevano servire a determinate politiche repressive: la totale segretezza del procedimento, la dipendenza dei giudici dall’esecutivo, l’assenza del diritto di difesa, l’inoppugnabilità delle sentenze e le deroghe alla competenza dei tribunali ordinari in caso di imputazioni connesse con altre di competenza del Tribunale speciale furono serventi, infatti, alla configurazione di un diritto penale politico particolarmente votato all’organizzazione di una costante repressione dei

⁸⁸ Sul concetto di “istigazione” v. P. NUVOLONE, *Il diritto penale della stampa*, Padova, 1971, p. 165, che la definisce come “l’azione di colui che cerca di influire direttamente sulla volontà altrui con una particolare energia psichica motrice”.

⁸⁹ Le due disposizioni trovano i loro più immediati antecedenti nell’art. 3 della legge 25-11-1926, n. 2008 (“Chiunque, pubblicamente o a mezzo stampa, istiga a commettere alcuni dei delitti previsti nei precedenti articoli [delitti contro la personalità dello Stato] è punito, per il solo fatto dell’istigazione o dell’apologia, con la reclusione da 5 a 15 anni”) e nell’art. 6 R.D. 13-3-1927 n. 313 (“L’apologia dei delitti [contro la personalità dello Stato] è punita tutte le volte che sia fatta in modo pericoloso per l’ordine pubblico o per la pubblica tranquillità”).

⁹⁰ Cfr. AA. VV., *Aula IV*, Roma 1961, che riporta tutti i processi celebrati dal Tribunale speciale. Per alcuni riferimenti v. nota 77; per L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale (1989)*, cit., p. 849, l’istituzione di un Tribunale speciale, durante il fascismo, è uno degli elementi che, sul piano storico, dimostra con quale grado di continuazione la ‘ragion di Stato’ abbia da sempre ispirato prassi repressive, non solo sul piano del diritto sostanziale, ove ha informato gran parte della legislazione di polizia emanata in tutta Europa dopo la seconda metà dell’Ottocento, ma anche sul piano del diritto processuale.

dissidenti politici⁹¹.

Per l'art. 302 c.p. "chiunque istiga taluno a commettere uno dei delitti, non colposi, previsti dai capi primo e secondo di questo titolo, per i quali la legge stabilisce l'ergastolo o la reclusione, è punito, se l'istigazione non è accolta, ovvero se l'istigazione è accolta ma il delitto non è commesso, con la reclusione da uno ad otto anni. Tuttavia, la pena da applicare è sempre inferiore alla metà della pena stabilita per il delitto al quale si riferisce l'istigazione". A sua volta l'art. 303⁹² c.p. puniva con la reclusione da tre a dodici anni "chiunque pubblicamente istiga a commettere uno o più fra i delitti indicati nell'articolo precedente, per il solo fatto dell'istigazione".

Entrambe le disposizioni non chiariscono cosa debba intendersi per "istigazione", concetto la cui determinazione risulterà in seguito fondamentale, per dottrina e Corte costituzionale, ai fini della verifica della legittimità costituzionale dei reati in questione. In realtà, il rilevato *deficit* di 'determinatezza' delle norme è strumentale alla tutela - il più ampia possibile - degli assetti ideologici esistenti e, in più, coerente con la generale vocazione autoritaria del codice. La determinazione degli elementi di struttura dell'istigazione va operata, infatti, in funzione della *ratio* che si assume a fondamento dell'incriminazione⁹³. Se si parte dall'ideologia del sistema politico che realizzò il codice, va rilevato che i reati di istigazione mirano a tutelare l'ordine giuridico costituito in maniera assoluta, impedendo il formarsi di stati d'animo e di sentimenti ad esso contrari. Tale impostazione 'assiologica' condusse ad un processo di estrema dilatazione del concetto di 'istigazione', i cui confini si estesero, nelle applicazioni giurisprudenziali finanche repubblicane⁹⁴, fino a ricomprendere "qualsiasi

⁹¹ In argomento cfr. V. FAZIO/ C. VIAZZI, *Istigazione a delinquere e apologia di reato nella giurisprudenza dall'unità ad oggi*, cit., p. 545.

⁹² La norma risulta abrogata dall'art. 18 co. 1 l. 25-6-1999, n. 205. Tuttavia, il mancato coinvolgimento degli artt. 302, 414 e 415 c.p. nell'opera di risistemazione ridimensiona di molto il risultato perseguito dalla legge di riforma (in questi termini si esprime VALLINI, *Commento all'art. 18, l. 25.6.99 n. 205*, in *Legge Penale*, 2001, pp. 68 ss.). Si rileva, infatti, già in questa sede, che, nonostante l'abrogazione, le condotte di istigazione e di apologia aventi ad oggetto delitti contro la personalità dello Stato potranno ancora essere punite in virtù dell'art. 302 c.p., se rivolte comunque a persone individuate e individuabili, oppure risulteranno riconducibili nell'ambito dell'art. 414 c.p., di cui l'art. 303 c.p. costituiva una forma "aggravata" e speciale: così FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale parte speciale*, vol. I, IV ed, Bologna 2007, p. 90.

⁹³ Così si avverte in E.GALLO/ E. MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, cit., p. 99.

⁹⁴ Per tutte si veda Cass., 1° giugno 1964, in *Cass. pen. mass. ann.* 1965, p. 693, ove si precisa che il reato *ex art.* 266 c.p. si verifica anche quando "la tessitura del discorso presenta ed esalta

condotta diretta ad eccitare, determinare, rafforzare o alimentare l'altrui risoluzione"⁹⁵. Da ciò si deduce che, fino alla sopravvenienza del modello liberal-democratico, che sul piano dommatico significò l'inserimento nella fattispecie del requisito dell'idoneità/offensività, le istigazioni sussistettero nell'ordinamento fascista sotto forma di reati di pericolo presunto.

Quanto appena riferito trova un'evidente conferma nel dato per cui questi reati costituiscono una deroga al principio generale espresso nell'art. 115 c.p., per il quale l'istigazione a commettere un reato non è punibile⁹⁶. Per l'art. 302 c.p., infatti, l'istigazione non deve essere accolta o, se accolta, non dev'essere commesso il reato istigato. Se l'istigazione viene accolta e l'istigato commette il reato, la disposizione non si applica e l'istigatore sarà ritenuto responsabile di concorso nel reato istigato. La medesima circostanza è confermata nell'art. 303 c.p. dall'espressione "per il solo fatto dell'istigazione": da essa discende che, se qualcuno degli istigati commette il delitto, l'istigatore risponderà per partecipazione morale nel reato istigato in concorso con il delitto di cui all'art. 303 co. 1 c.p.⁹⁷. La rinuncia al principio espresso per i reati comuni dall'art. 115 c.p., simbolo di un 'liberalismo' residuo della parte generale del codice, si spiega facilmente sulla base dell'opzione politico-criminale del legislatore fascista, che accordò una tutela più avanzata agli interessi 'pubblici' ritenuti essenziali. Infatti, l'autonoma incriminazione dell'istigazione fissa la punibilità ad una soglia anticipata rispetto a quella del tentativo, arrivando a punire in ogni caso le condotte meramente preparatorie dei delitti istigati. In più, appare in tutt'evidenza

all'altrui intelletto come degne di ammirazione e di esempio determinate azioni, che devono, invece, essere assunte come riprovevoli, perché penalmente perseguite.

⁹⁵ Così si esprime Cass. 1° giugno 1964, in *Giust. pen.*, 1964, II, c. 737; Inoltre, v. DE MARSICO, *Premessa dommatica all'esame dei reati di istigazione, cospirazione e banda armata (artt. 302-309 c.p.)*, in *Scritti giuridici in onore di Carnelutti*, vol. IV, Padova 1950, p. 476, il quale ritiene che "la sicurezza dello Stato si esplica in una atmosfera che tutto avvolge, si chiama ordine pubblico e consiste essenzialmente nell'osservanza delle leggi, nel riconoscimento dell'autorità dello Stato. L'istigazione, se è appena la prima scintilla, non sempre vitale, che si lancia contro gli aspetti specifici della sicurezza dello Stato, è però sempre già un turbamento di questa atmosfera, e contro di essa lo Stato deve mettere in moto i congegni almeno della prevenzione. Remoto è il pericolo del reato-fine, ma attuale, grave o lieve che sia, è l'alterazione (danno) dell'ordine di cui la vita dello Stato ha bisogno per svolgersi. L'obiettivo finale dell'istigazione rende, cioè, più penetrante, più profonda l'esteriorizzazione del pensiero criminoso; dà alla condotta una indiscutibile evidenza ed oggettività".

⁹⁶ Così anche C. GALDENZI, sub *art. 302 c.p.*, in AA. VV., *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI/ G. MARINUCCI, Milano 2006, p. 2055; F. MARENGHI, sub *art. 302 c.p.*, in *Codice commentato*, a cura di T. PADOVANI, Milano 2011, p. 1931.

⁹⁷ Così ancora E. GALLO/ E. MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, cit., p. 104.

teoricamente configurabile l'istigazione dell'istigazione⁹⁸, nonché l'istigazione alla propaganda e all'apologia⁹⁹, il che consente l'incriminazione di condotte molto remote dal risultato lesivo, come tali troppo poco pericolose per legittimare il ricorso alla pena¹⁰⁰.

L'elemento che sostiene, nella prospettiva del codice Rocco, la legittimazione politico-criminale di tale disciplina è senza dubbio la politicità dell'oggetto tutelato. In questo caso assistiamo, infatti, ad una sorta di doppio binario, per cui il principio sancito dall'art. 115 c.p. vale per i reati comuni ma non per quelli politici. Gli artt. 302 – 303 c.p., non a caso, saranno sospettati di illegittimità costituzionale per violazione del principio di uguaglianza sotto il profilo della ragionevolezza del trattamento sanzionatorio, sproporzionato al valore del bene tutelato: la disciplina legislativa in questione crea un meccanismo del tutto perverso, per il quale le istigazioni private, se dirette a commettere delitti contro la personalità dello Stato, sono punibili con la reclusione; se dirette, invece, a commettere delitti comuni, anche puniti con l'ergastolo, sono al contrario esenti da pena, per l'attivazione di un principio liberale, che non vale se l'oggetto considerato attiene agli interessi politici dello Stato.

Inoltre, le due fattispecie in esame costituiscono delle ipotesi speciali rispetto alla figura generica del reato di istigazione a delinquere prevista dall'art. 414 c.p., dove l'oggetto della condotta appare specifico e limitato a determinati reati¹⁰¹.

Per ciò che riguarda l'oggetto giuridico, le due norme mirano a tutelare il medesimo bene protetto dalle disposizioni incriminatrici ivi richiamate, giungendo, attraverso un percorso di eccessiva anticipazione della soglia del 'punibile', a sanzionare comportamenti meramente sintomatici di una pericolosità socio-politica del reo. Sul piano più squisitamente strutturale, l'art. 302 c.p. disciplina la sola ipotesi di istigazione *privata* a commettere reati. L'istigazione deve essere diretta verso una o più persone; oggetto della stessa devono essere i delitti non colposi contro la personalità interna ed internazionale dello Stato

⁹⁸ A titolo esemplificativo si pensi all'istigazione a commettere il delitto di istigazione di militari a disobbedire alla legge *ex art.* 266 c.p.

⁹⁹ Si pensi agli artt. 266 e 272 c.p.

¹⁰⁰ MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, IV, Torino, 1981, p. 686; più recentemente ancora C. GALDENZI, *op. loc. cit.*, p. 2057; F. MARENGHI, *op. loc. cit.*, p. 1933.

¹⁰¹ E.GALLO/E. MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, cit., p. 98.

punibili con l'ergastolo o la reclusione. L'art. 303 c.p. disciplina, invece, una forma di istigazione *pubblica*"; qui entra in gioco l'art. 266 c.p., che, al co. 2, definisce in via generale il concetto di "pubblicità".

3.1.1 L'istigazione dei militari a disobbedire alle leggi

Nel sistema originario del codice, l'art. 266¹⁰² c.p. tutelava l'ordine interno dell'esercito¹⁰³, inteso quale istituzione da cui dipendeva la difesa del regime fascista e, perciò, bisognoso di ricevere dalla legge penale la più ampia forma di tutela, fino alla repressione di ogni aggressione al principio della subordinazione del militare a tutti gli obblighi di cui era destinatario¹⁰⁴.

La fattispecie, pertanto, incrimina ogni forma di compromissione derivante da condotte istigatorie o apologetiche rivolte verso militari e invitanti alla trasgressione ai propri doveri o, più generalmente, alla disobbedienza ai dettami dell'ordine costituito, puntando alla tutela del buon andamento e dell'ordine interno della funzione militare¹⁰⁵. Quale che sia il "punto di vista" tracciato, rimane comunque confermato l'orientamento del delitto teso ad assicurare l'assoluta fedeltà dell'esercito allo Stato, tramite la repressione anticipata di qualsiasi comportamento che tenda a minare l'atteggiamento di cieca osservanza

¹⁰² Nonostante la Relazione ministeriale sul progetto designi questo delitto come reato di *disfattismo* (ROCCO, *Relazione ministeriale al Progetto del codice penale*, cit., p. 41), esso da quest'ultimo si differenzia sia per il fatto di non presupporre il "tempo di guerra", essendo il delitto realizzabile anche in tempo di pace, sia per la circostanza di non incriminare esclusivamente la disgregazione della capacità di resistenza della nazione, ma altresì l'istigazione diretta ai militari, e non al pubblico, consistente nell'indurli a contravvenire ai loro doveri. Non è, quindi, un reato di vero e proprio *disfattismo* (MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 319).

Diversa ne è poi l'origine: il delitto previsto nell'art. 266 c.p., di cui non ve n'è traccia nel codice Zanardelli, non ispirandosi alle norme speciali emanate durante il primo conflitto bellico mondiale (v. *sub artt.* 265 e 267 Cod. Pen.), proviene, invece, dall'art. 2, l. n. 315 del 19-7-1894, emesso per porre freno all'antimilitarismo anarchico.

¹⁰³ In argomento v. pure GAMBERINI, *Forze armate e tutela penale delle istituzioni*, in *Dem. e dir.*, 1974, pp. 83 ss., il quale considera la norma, insieme all'art. 290 c.p., appartenere alla sfera repressiva predisposta dal codice Rocco a tutela delle Forze Armate nei rapporti con la società civile.

¹⁰⁴ FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale parte speciale*, cit., p. 89; così anche VIOLANTE, *Istigazione di militari a disobbedire alle leggi*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 1014.

¹⁰⁵ Di 'ordine pubblico militare' parla P. NUVOLONE, *Il diritto penale della stampa*, cit., p. 210; A proposito della funzione della norma v. anche C. FIORE, *Libertà di manifestazione del pensiero e reati di istigazione*, in *Giur. merito*, 1974, p. 8, che ritiene la disposizione una manifestazione dell'ideologia dell'obbedienza "cieca" ai dettami della Patria.

degli obblighi cui sono tenuti i military in un ordinamento autoritario¹⁰⁶. La matrice fascista spiega l'indeterminatezza della previsione della norma; quindi, la pressoché illimitata ampiezza dell'incriminazione. Anche quest'istigazione nasce come reato di pericolo presunto e solo successivamente, nel quadro dei valori democratici espressi dalla Costituzione, sarà ricollegata all'effettiva e concreta messa in pericolo dell'interesse tutelato da parte di chiunque inciti alla violazione dei doveri militari.

L'istigazione ex art. 266 c.p. ripropone lo schema e i problemi delle fattispecie deroganti alla regola generale sancita dall'art. 115 c.p. L'opzione legislativa si spiega, con tutt'evidenza, come per i reati analizzati in precedenza, con considerazioni di opportunità di una tutela più avanzata di interessi ritenuti essenziali. Il “*per ciò solo*” della fattispecie in esame manifesta inequivocabilmente che l'istigazione in questione non ha ad oggetto il compimento di altri reati, conferendo rilevanza autonoma alle condotte descritte dalla norma¹⁰⁷.

Sul piano classificatorio, emerge qui la dicotomia istigazione diretta/indiretta, che rappresenterà, per la giurisprudenza costituzionale e la dottrina dominante, uno dei pilastri interpretativi dell'intera disciplina in tema di istigazione. Si definisce istigazione “diretta” quella comprendente ogni enunciazione che immediatamente suggerisce la commissione di un fatto, anche non direttamente esercitata sui militari¹⁰⁸; si verifica, invece, un'istigazione “indiretta” quando il comportamento produca il suo effetto psichico sul destinatario attraverso deduzioni e conclusioni che non siano immediata conseguenza delle premesse sostenute¹⁰⁹. La distinzione è funzionale a comprendere l'estrema ampiezza della norma. E' stato, infatti, correttamente notato come anche un discorso apparentemente innocuo, argomentato con malizia, possa formalmente essere ricondotto entro gli ambiti categoriali dell'istigazione “indiretta”. In effetti, l'esasperata genericità del

¹⁰⁶ MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, IV, Torino, 1981, p. 321; così anche NOTARO, sub art. 266 c.p., in AA. VV., *Codice Commentato* a cura di T. PADOVANI, Milano 2011, p. 1785.

¹⁰⁷ NOTARO, *op. loc. cit.*, p. 1789; MANZINI, *op. loc. cit.*, p. 322.

¹⁰⁸ MANZINI, *op. loc. cit.*, p. 323; MARCONI, *Stato (delitti contro la personalità internazionale dello)*, in *Digesto pen.*, XIII, Torino, 1997, p. 634; BERNAZZANI, sub art. 266 c.p., in CADOPPI-CANESTRARI-MANNA-PAPA, *Trattato di diritto penale*, PS I, Torino, 2008, p. 231.

¹⁰⁹ MANZINI, *op. loc. cit.*, p. 324; NOTARO, *op. loc. cit.*, p. 1789.

concetto e, in più, l'eccessiva ampiezza dell'incriminazione, non conforme agli scopi di una politica criminale costituzionalmente orientata, faranno dubitare della legittimità della figura. Manca nella norma, infatti, una precisa tipizzazione delle forme, dei modi e dei mezzi attraverso i quali la sobillazione può raggiungere il risultato d'indurre i militari a violare i doveri e la disciplina cui sono tenuti¹¹⁰. Vi sarebbe, quindi, il rischio di ricondurre nell'ambito della punibilità tutte le forme di espressione di idee attraverso discorsi, scritti, disegni, figure e proiezioni filmate, risultando, così, compresso l'esercizio del diritto costituzionale alla libera manifestazione del pensiero¹¹¹.

La norma in esame fa emergere anche evidenti problemi di determinatezza, legati sia alla definizione del concetto di "disobbedienza", aggravati dalla successiva puntualizzazione di "altri doveri inerenti al proprio stato", sia alla definizione contenutistica di "giuramento" e "doveri della disciplina militare".

Fattispecie come quella in esame, dubbie sotto il profilo della materialità e carenti sul piano concreto dell'offensività, realizzando un'exasperata anticipazione della tutela ad un momento remoto rispetto al pericolo, assecondano una *ratio* meramente repressiva non compatibile con quelli che saranno gli scopi costituzionali del diritto penale, sostanziandosi in strumenti di neutralizzazione del mero dissenso politico e/o ideologico.

3.1.2 Il concetto di 'pubblicità'

Il concetto di 'pubblicità' così come definito dal codice Rocco rappresenta senza dubbio un esempio tipico di indeterminatezza della tecnica redazionale fascista, data anche la sua portata di definizione a carattere generale. La sua ampia estendibilità era stata, infatti, espressamente raccomandata dal legislatore al tempo dei lavori preparatori¹¹².

L'art. 266 c.p. prevede, infatti, due ipotesi circostanziali aggravanti speciali: *a)* "se il fatto è commesso in tempo di guerra; *b)* "se il fatto è commesso

¹¹⁰ Così precisamente NOTARO, *op. loc. cit.*, pp. 1789-1790.

¹¹¹ A conferma della concretezza del rischio, anche in epoca repubblicana, cfr. Cass., I, 19-5-1978, Campobello, in *G PEN*, 1978, II, p. 686.

¹¹² La nota è di VASSALLI, *La nozione di pubblicità in relazione ai mezzi di propaganda*, in *Giust. pen.*, 1943, II, p. 346, il quale si riferisce al passo della Relazione contenuto in Rocco, *Lavori preparatori, cit.*, vol. V, II, p. 46.

pubblicamente”.

La “pubblicità” del fatto incarna la seconda circostanza ad effetto special (sanzionata con la reclusione da due a cinque anni). La legge ne fornisce una definizione, da ritenersi valida agli effetti dell’intera legge penale, articolata in tre distinte ipotesi.

Per fatto compiuto pubblicamente deve intendersi quello commesso:

1) “col mezzo della stampa o con altro mezzo di propaganda”.

La nozione di “mezzo della stampa” è definita ai sensi dell’art. 1 l. n. 47/48 (disposizioni sulla stampa) come “la riproduzione tipografica o comunque ottenuta con mezzi meccanici o fisico-chimici, in qualsiasi modo destinata alla pubblicazione”. Si ritiene indispensabile ai fini della sussistenza dell’aggravante che gli stampati siano diffusi e, per tale via, conosciuti o resi conoscibili ad un numero indeterminato di persone, ivi compresi uno o più militari¹¹³: un messaggio o uno *slogan* mediante un supporto trainato in cielo da un aereo possono, quindi, rientrare nell’ambito categoriale della circostanza in esame¹¹⁴.

Va subito evidenziato che la nozione, così descritta, oggi è inadeguata a ricomprendere i c.d. prodotti telematici o prodotti della rete¹¹⁵. Va da sé che qualora la condotta istigatoria sia diffusa tramite *internet* non vi è spazio per l’integrazione della circostanza, pena la violazione, in tale ipotesi, del divieto di analogia *in malam partem*. E però, se è vero che la nozione di “mezzi della stampa” non può ricomprendere gli strumenti telematici, non può dirsi lo stesso per la categoria dei “mezzi di propaganda” che, annoverando entro i propri confini categoriali di appartenenza qualunque modalità di manifestazione del pensiero, finisce per ricomprendere anche i messaggi mediatici o via *internet*¹¹⁶. Per “altro

¹¹³ MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 338; NUVOLONE, *Il diritto penale della stampa*, cit., p. 211; Cass. pen., sez. I, 10-11-1982, in Riv. pen., 1984, p. 163, la quale ha specificato che non è necessaria l’effettiva conoscenza da parte del pubblico del prodotto della stampa, risultando sufficiente la sua conoscibilità, cioè la concreta possibilità di conoscenza.

¹¹⁴ L’esempio è di NOTARO, *op. loc. cit.*, p. 1798.

¹¹⁵ Da ultimo cfr. da ultimo Cass. pen., sez. V, 28-10-2011, n. 44126, in *Diritto & Giustizia*, 2011, XI e Cass. pen., sez. V, 16-7-2010, n. 3551.

¹¹⁶ Si veda anche L. VIOLANTE, Violante, *Istigazione di militari a disobbedire alle leggi*, in *ED*, XXII, p. 1018, che, a dimostrazione dell’eccessiva ampiezza della formula, porta l’esempio dell’attività c.d. di “speakeraggio”; nello stesso senso MANZINI, *op. loc. cit.*, p. 341, che annovera nella categoria di “propaganda” qualunque modalità figurativa anche non duratura e non riprodotta in esemplari fissati chimicamente e meccanicamente, quali conferenze, rappresentazioni teatrali e canzoni cantate; cfr. Cass. pen., 18-4-1983, in *Foro it.*, 1984, II, p. 391, che individua

mezzo di propaganda”¹¹⁷ s’intende, quindi, qualsiasi forma di comunicazione idonea a trasmettere ad un numero indeterminato di persone, anche in modo non duraturo, un’idea o una manifestazione di pensiero¹¹⁸.

La suddetta interpretazione estensiva “toglie di mezzo le tradizionali barriere del diritto penale *aprendo* la strada ad un arbitrio senza confini¹¹⁹”.

2) “in luogo pubblico o aperto al pubblico e in presenza di più persone”.

Il “luogo pubblico” è quello liberamente accessibile per chiunque in maniera continuativa ed in un numero indeterminato; il “luogo aperto al pubblico” è quello al quale il pubblico può accedere, ma in modo non illimitato e non continuativo, bensì in determinate occasioni o adempiendo a speciali condizioni poste da chi esercita un diritto sul luogo medesimo (ad es., pagamento di un biglietto): vi rientrano perciò teatro, cinema, luoghi di spettacolo, aule di giustizia, ospedali, edifici scolastici ed esercizi pubblici. Dalla previsione restano esclusi i luoghi semplicemente esposti al pubblico: ad es. la vetrina chiusa di un negozio o l’automobile parcheggiata in strada¹²⁰. La “pubblicità” del luogo è peraltro condizione necessaria ma non sufficiente all’aggravamento di pena, occorrendo la

l’elemento della pubblicità nell’ipotesi di scritti apologetici delle Brigate Rosse verniciati sui muri interni dei locali di una scuola.

¹¹⁷ In merito alla nozione di “propaganda” contenuta nell’art. 266 c.p. si vedano le conclusioni di VASSALLI, *La nozione di pubblicità in relazione ai mezzi di propaganda*, cit., p. 347, il quale avverte che essa “non va interpretata nel senso politico di affermazione ed esaltazione di idee che si vogliono ad altri imporre o con le quali, comunque, si mira a far presa su determinati soggetti o sulla collettività intera; bensì [...] nel suo significato etimologico di *propagazione*, diffusione, divulgazione di idee, di concetti, di apprezzamenti e valutazioni”. L’Autore, in definitiva, sottolinea il duplice uso che il legislatore fascista fece del termine “propaganda”, da una parte, come autonoma fattispecie di reato, dall’altra, come circostanza aggravante o condizione obiettiva di punibilità.

Per l’impostazione opposta si veda MANZINI, *Trattato*, cit., pp. 338 ss., per il quale il concetto di pubblicità usato dal legislatore in alcune fattispecie di parte speciale (cfr. art. 272 c.p.) è il medesimo dell’art. 266 c.p. Per l’Autore, infatti, la pubblicità è insita nel concetto giuridico di propaganda.

¹¹⁸ BERNAZZANI, sub *art. 266 c.p.*, cit., p. 237; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale parte speciale*, vol. I, IV ed, Bologna 2007, p. 92; L. VIOLANTE, *op. loc. cit.*, p. 1028; GRASSO, sub *art. 266 c.p.*, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di Crespi-Forti-Zuccalà, Padova, 2008, p. 620.

¹¹⁹ La considerazione è di VASSALLI, *La nozione di pubblicità in relazione ai mezzi di propaganda*, cit., p. 344, il quale commenta la giurisprudenza del Tribunale militare speciale che aveva condannato, per vilipendio della nazione italiana *ex art. 291* e *ex artt. 81 e 82 c.p.m.* di pace, un prigioniero di guerra, il quale, con più cartoline aperte e indirizzate a familiari residenti in Paesi in stato di guerra con lo Stato italiano, si era espresso in termini volgarmente oltraggiosi per gli italiani in generale (“porci” e “bastardi”), attirando con questo l’attenzione di un numero indeterminato di estranei su supposti maltrattamenti ed abusi commessi da italiani contro i prigionieri di guerra.

¹²⁰ NOTARO, *op. loc. cit.*, p. 1798; MANZINI, *op. loc. cit.*, p. 342; BERNAZZANI, *op. loc. cit.*, p. 327; FIANDACA/MUSCO, *op. loc. cit.*, p. 92.

presenza effettiva di più persone, sicché il fatto denoti quella potenzialità diffusiva che giustifica l'inasprimento di pena: requisito soddisfatto - secondo la dottrina - dalla presenza di almeno due soggetti, nel caso di specie militari¹²¹.

3) “in una riunione che, per il luogo in cui è tenuta, o per il numero degli intervenuti, o per lo scopo od oggetto di essa, abbia carattere di riunione non privata”.

La disposizione è idonea a ricomprendere tutte quelle riunioni che per una serie di circostanze non possono essere considerate private. L'ipotesi aggravante è, infatti, integrata da un convegno di due o più militari, avvenuto in un determinato luogo e di carattere non privato¹²².

In realtà, si tratta di una previsione molto ampia, e per questo residuale, motivata dall'intento di estendere il più possibile il controllo penale sui convegni sobillatori¹²³. La nozione è, pertanto, a tal punto generica che nessun fatto le può sfuggire, quando commesso in presenza di più persone al di fuori della cerchia familiare o di relazioni strettamente confidenziali¹²⁴. Per questi motivi, la disposizione appare – a parere di chi scrive - censurabile sul piano della legittimità costituzionale, oltre che per la violazione del canone di determinatezza e tassatività della fattispecie penale¹²⁵, per l'eccessiva compromissione dell'esercizio della libertà di riunirsi pacificamente e senza armi, garantito in via generale dall'art. 17 Cost.¹²⁶. Data la violazione del canone della determinatezza¹²⁷, indiscutibile rimane il tasso notevole di discrezionalità rimessa

¹²¹ MANZINI, *op. loc. cit.*, p. 343; MARIOTTI, *sub art. 266*, in *Codice penale ipertestuale*, 2° ed., Torino, 2007, p. 1202; BERNAZZANI, *op. loc. cit.*, p. 237; NOTARO, *op. loc. cit.*, p. 1798.

¹²² BERNAZZANI, *op. loc. cit.*, p. 238.

¹²³ ROCCO, *Relazione ministeriale al Progetto del codice penale*, *cit.*, p. 46; NOTARO, *op. loc. cit.*, p. 1799.

¹²⁴ MANZINI, *op. loc. cit.*, p. 345; NOTARO, *op. loc. cit.*, p. 1799.

¹²⁵ VIOLANTE, *op. loc. cit.*, p. 1018.

¹²⁶ NOTARO, *op. loc. cit.*, p. 1799, il quale ricorda la Corte cost., 8 aprile 1958, n. 27, in *Giur. Cost.*, 1958, 115, che ha dichiarato illegittimo l'art. 18 comma 2, t.u.p.s., che, in contrasto con il principio costituzionale, equiparava alle riunioni pubbliche, onde imporre agli organizzatori l'obbligo di darne preavviso al questore, le riunioni che per un numero di persone, scopo od oggetto di esse, non potessero considerarsi in forma privata.

¹²⁷ Autorevolmente VASSALLI, *La nozione di pubblicità in relazione ai mezzi di propaganda*, *cit.*, p. 345, avverte che l'elencazione contenuta nell'art. 266 c.p. è tassativa e non è suscettibile di applicazione analogica: “La nozione, cioè, della pubblicità non ha un contenuto autonomo da quello delle tre ipotesi di cui essa consta, sì che non sarebbe consentito all'interprete di risalire, assumendo le dette ipotesi come meramente esemplificative, per via d'induzione ad un concetto giuridico di pubblicità, che abbracci le ipotesi stesse e una serie indeterminata di altre”. E', quindi, vietata qualsiasi applicazione analogica, sia che la pubblicità costituisca un elemento del reato, sia

al giudice, tenuto conto, oltre tutto, che gli indici posti dalla norma per qualificare come non privata la riunione rilevano anche alternativamente tra loro. La pubblicità della riunione verrà, quindi, desunta in relazione al luogo in cui essa si svolge - sicché sarà non privata ove ciò che in essa avviene sia percepibile, senza particolari accorgimenti, dall'esterno -, il numero degli intervenuti - a tal fine dovrà essere presente un numero di persone notevole o un pubblico ridotto, escludendo da essa, in via d'interpretazione teleologica, solo i convegni di due persone¹²⁸ - e, infine, lo scopo o l'oggetto, vale a dire l'argomento discusso o quanto viene deliberato¹²⁹. Per tutte e tre le circostanze aggravanti l'inasprimento della pena si spiega in considerazione della maggiore portata diffusiva della condotta ed è di per sé evidente "quale estensione questa norma assicuri all'intervento repressivo della manifestazione del pensiero: ne deriva, fra l'altro, il principio che la propaganda vietata sia sempre punibile, anche quando si tratti di comunicazione individuale e privata"¹³⁰. Il manifesto politico del legislatore è, infatti, quello di affermare che "l'apologia e la propaganda sovversiva saranno punibili anche se commesse in privato"¹³¹. Non solo. Per l'integrazione del requisito "non occorre che [la pubblicità] sia effettiva e concreta, potendo essere anche potenziale, nel senso che basta la semplice possibilità concreta che altri possa vedere"¹³².

quando essa rappresenti una circostanza aggravante o una condizione obiettiva di punibilità. L'Autore guarda criticamente agli orientamenti di legittimità dell'epoca (al riguardo cfr. Cass. 6 giugno 1941, Bastiani, in *Mass. Riv. pen.*, 1941, p. 743) che avevano, invece, ritenuto non tassativa l'elencazione dell'art. 266 c.p.

¹²⁸ *Contra* Cass., SS.UU., 15-7-1992, n. 7979, in Rv. 191179, che ritiene sufficiente che il fatto sia commesso in presenza di due persone.

¹²⁹ BERNAZZANI, *op. loc. cit.*, p. 238; MANZINI, *op. loc. cit.*, p. 346.

¹³⁰ C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., p. 39.

¹³¹ A. ROCCO, *Relazione ministeriale al Progetto del codice penale*, cit., p. 57; v. anche V. FAZIO/ C. VIAZZI, *Istigazione a delinquere e apologia di reato nella giurisprudenza dall'unità ad oggi*, cit., p. 546, secondo i quali dall'art. 266 c.p. si desume che "private sono solo, ma non sempre, le riunioni di famiglia".

¹³² Ancora VASSALLI, *op. loc. cit.*, p. 346, che cita, tra le tante Cass. 27 maggio 1942, Vicario, in *Giust. Pen.*, 1943, II, col. 344 m. 414.

3.2 Istigazione e ordine pubblico

3.3 Il bene giuridico. L'ordine pubblico

La violazione del principio “*cogitationis poenam nemo patitur*” trova nella tutela penale dell'ordine pubblico un momento privilegiato¹³³, da sempre storicamente¹³⁴ in grado di determinarne effetti e contenuto sia sul piano dell'offensività/inoffensività delle condotte, che su quello, più eminentemente di natura tecnico-giuridica, dell'oggetto della tutela.

In riferimento all'ordine pubblico, si è innanzitutto affermata una concezione declinabile in termini “ideali”¹³⁵, la quale “si riconnette all'esigenza del rispetto di determinati principi che l'ordinamento ritiene indispensabili per la sua sopravvivenza”¹³⁶, in quanto “recepisce le connotazioni sociali e politiche di fondo dello specifico assetto ordinamentale”, coincidendo “ora con il bene comune o con l'interesse generale, ora con i principi fondamentali su cui poggia l'organizzazione dello stato o le leggi che ne assicurano la conservazione, ora – congiuntamente – con i postulati essenziali relativi ai fondamentali principi politici e con le principali strutture politiche”¹³⁷. All'origine l'ordine pubblico esprimeva, quindi, unicamente un'esigenza politica e conservatrice, “manifestazione della volontà della classe dirigente di assicurare la stabilità del regime contro ogni attività condotta sul piano giuridico e diretta a porre in discussione le fondamenta su cui la società, da essa espressa, si regge”¹³⁸. Così

¹³³ Per tutti, C. FIORE, (voce) *Ordine pubblico (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 1092.

¹³⁴ Il codice penale del 1930 ha riproposto, infatti, lo stesso concetto di ordine pubblico del codice Zanardelli: la *Relazione ministeriale al progetto del codice penale* lo definiva con gli stessi termini impiegati nella *Relazione* al codice previgente. Va rilevato che la ‘rarefazione’ della nozione va ulteriormente ricercata nei codici preunitari, di influenza napoleonica: il codice del Regno d'Italia del 1811; quello del Regno delle Due Sicilie del 1819; il codice sardo-italiano; il codice penale toscano.

¹³⁵ Per la matrice illuministica del c.d. ‘ordine pubblico normativo’, v. C. FIORE, *Ordine pubblico*, cit., pp. 1085-1091.

¹³⁶ C. FIORE, *op. loc. cit.*, p. 1085.

¹³⁷ G. RICCIO, *Ordine pubblico*, in *Dizionario di diritto e procedura penale*, diretto da G. VASSALLI, Milano, 1986, p. 729.

¹³⁸ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XVI ed., Napoli, 2009, p. 799, il quale avverte che l'esigenza di difesa dell'ordinamento oggettivo, sul piano tecnico, è messa in luce dal meccanismo con cui il criterio opera. “Esso deve, infatti, intervenire quale *ultima ratio* quando una determinata operazione non è di per sé vietata da puntuali norme imperative ma si presenta in opposizione o comunque è reputata eversiva rispetto alle strutture sociali”.

costruita la premessa in termini normativi, nella struttura della fattispecie, l'oggetto della tutela vive in un rapporto identificativo-ontologico con la *ratio* della tutela.

L'ordine pubblico ideale, inteso come bene giuridico – suppur di categoria – ha portato, sotto il profilo delle libertà, ad effetti particolarmente pericolosi¹³⁹: esso, identificandosi con i principi su cui si fonda l'assetto istituzionale, finisce, infatti, per risultare significativamente più importante di altre oggettività, la cui difesa finisce, in determinate circostanze, per essere sacrificata¹⁴⁰.

L'indeterminatezza assoluta della nozione, dovuta alla sua vocazione generalista, ha condotto taluni a risolvere l'ordine pubblico nel sentimento collettivo di sicurezza, escludendosi ogni riferimento alle condizioni obiettive di svolgimento della vita sociale¹⁴¹. Il concetto, infatti, ripropone un'ambiguità di significati che tradizionalmente lo caratterizza, tanto che Karl Binding lo definì “*Rumpelkammer von Begriffen*”¹⁴², ovverosia ripostiglio di concetti. Visto come tale, esso si rivela un concetto inafferrabile, perché fortemente condizionato storicamente¹⁴³, di cui si riconosce un'ontologica immaterialità¹⁴⁴.

¹³⁹ Cfr. approfonditamente S. MOCCIA, (voce) *Ordine pubblico (disposizioni a tutela dell')*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1990, p. 3. In ordine alla differenza tra bene giuridico e *ratio* della tutela v. S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, cit., 1995, pp. 345 ss.

¹⁴⁰ Proprio in riferimento alla tematica dei c.d. reati di opinione, apparirà emblematica in tal senso l'analisi del rapporto tra ordine pubblico e libertà di manifestazione del pensiero.

¹⁴¹ CONTIERI, *I delitti contro l'ordine pubblico*, cit., pp. 3 ss. Analogo atteggiamento si rinviene nella giurisprudenza di legittimità, laddove si individua l'offesa dell'ordine pubblico nell'offuscamento dell'atmosfera di comune fiducia nel rispetto delle leggi da parte dei consociati: Cass. Sez. Un. 18 novembre 1958, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, p. 199.

¹⁴² Secondo la nota definizione di BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, I, Leipzig 1922, p. 354; Condivide la dottrina italiana; a tal proposito vedi FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, I, 3° ed., Bologna 2002, p.451; ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 193; INSOLERA, *I delitti contro l'ordine pubblico*, in AA. VV., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, 2° ed., Bologna 2000, pp. 207-208; MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli 1992, pp. 238-239; S. MOCCIA, *Prefazione*, in AA. VV., *Delitti contro l'ordine pubblico*, a cura di S. MOCCIA, Napoli, 2007, XVII; BEVERE, *Ordine pubblico*, in *Dizionario critico del diritto*, a cura di Donati, Milano 1980, pp. 275-276; FORTI, *Dei delitti contro l'ordine pubblico. Nota introduttiva*, in CRESPI-STELLA-ZUCCALA', *Commentario breve al codice penale*, 3° ed., Padova 1999, p. 1030; C. FIORE, *L'ordine pubblico tra codice penale e leggi eccezionali*, in AA. VV., *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di Stile, Napoli 1985, p. 280.

¹⁴³ Così ancora S. MOCCIA, *Ordine pubblico*, cit., p. 3.

¹⁴⁴ Di “impossibilità di connotare di materialità la situazione di fatto nella quale l'ordine pubblico ideale opera” parla G. RICCIO, *Ordine pubblico*, cit., p. 730. Nello stesso senso, nella dottrina meno recente, v. ZERBOGLIO, *Istigazione a disobbedire alle leggi*, in *Scritti teorico-pratici sulla nuova legislazione penale*, II, Milano, 1933, p. 93, per il quale non si sa definire l'ordine pubblico perché non c'è, e quello che c'è è una creazione del legislatore che può venire accolta come tutte

Va inoltre sottolineato che la concezione ideale di ordine pubblico porta con sé un altro ineludibile rischio. Dal punto di vista della teoria generale, una tale impostazione è praticabile solo al costo di accettare una concezione metodica del bene giuridico, che lo identifica con il significato e lo scopo dei singoli precetti penali¹⁴⁵. Ma in tal modo viene vanificata la funzione di bene giuridico, quale imprescindibile strumento per la considerazione critica delle scelte legislative di incriminazione¹⁴⁶. E' indispensabile notare che la concezione ideale dell'ordine pubblico sopravvive senza particolari difficoltà all'avvento dei principi democratici della Costituzione repubblicana. Ne sono prova le sentenze della giurisprudenza della Consulta¹⁴⁷ che, ancora agli inizi degli anni Sessanta, ritiene compatibile e non affatto estranea agli ordinamenti democratici e legalitari l'esigenza dell'ordine pubblico, inteso nel senso di ordine legale su cui poggia la convivenza sociale¹⁴⁸. In particolare, alla struttura democratico-costituzionale "è connaturale – secondo la Corte - un sistema giuridico in cui tutti gli obiettivi consentiti ai consociati ed alle formazioni sociali non possono essere realizzati se

le creazioni del legislatore, ma solo sotto il profilo di una *ingiunzione*, di una *soluzione di forza*. Nota C. FIORE, *Ordine pubblico*, cit., pp. 1092-193, che "all'idea dell'ordine pubblico come creazione del legislatore, la dottrina ha giustamente opposto l'esigenza di rinvenire un dato sostanziale che preesista alla formulazione normativa; sottolineando che la determinazione del bene protetto non può farsi risalire all'arbitrio del legislatore, il quale può soltanto stabilire i *modi* di tutela ritenuti più efficaci, ma non può creare (nel significato proprio del termine) il bene giuridico". Per la tesi della delimitazione della sfera dei beni giuridici tutelabili penalmente in connessione con i valori dotati di rilievo costituzionale, cfr. F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., pp. 15 ss.

¹⁴⁵ Ancora S. MOCCIA, *Ordine pubblico*, cit., p. 3 e 4. L'Autore spiega, inoltre, che "ben altra è la funzione del concetto di *ratio* considerato autonomamente rispetto a quello di bene: un tale concetto, infatti, è in grado di adempiere, se correttamente adoperato, almeno a due funzioni fondamentali. Innanzitutto va utilizzato per una sistematizzazione della parte speciale improntata a criteri di razionalità; in secondo luogo si rivela strumento indispensabile per l'interpretazione teleologica delle norme e per la ricostruzione del sistema".

¹⁴⁶ Cfr. sul punto F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit.

¹⁴⁷ L'elaborazione del concetto di ordine pubblico ideale da parte della Consulta fa riferimento all'"ordine pubblico costituzionale".

¹⁴⁸ Si tratta della sentenza 16 marzo 1962, n. 19, in *Giur. cost.*, 1962, pp. 190 ss., con nota di C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero e l'ordine pubblico*. V. anche P. BARILE, *La libertà di espressione del pensiero e le notizie false, esagerate e tendenziose*, in *Foro it.*, 1962, I, c. 855 ss. In quest'occasione, l'intervento della Consulta dichiarò infondata la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 656 c.p., poiché la libertà di manifestazione del pensiero incontra un limite nell'esigenza di prevenire o far cessare turbamenti dell'ordine pubblico. In argomento si veda anche LAVAGNA, *Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali*, in *Dem. dir.*, 1967, 368. Va in questa sede rilevato che la Consulta, pur nella questione attinente alla presunta incostituzionalità dell'art. 650 c.p., reitererà la statuizione in termini idealistici dell'ordine pubblico con sentenza 8 luglio 1971, n. 168, in *Giur. cost.*, 1971, 1784, con nota di A. PACE, *Ordine pubblico, ordine pubblico costituzionale, ordine pubblico secondo la Corte costituzionale*.

non con gli strumenti ed attraverso i procedimenti previsti dalle leggi”. Ne consegue che l’esigenza di prevenire o far cessare turbamenti dell’ordine pubblico costituisce il limite di - seppur imprescindibili - principi costituzionali, quali la libertà di manifestazione, di associazione in generale e di associazione in partiti politici in particolare. Come già notato da autorevole dottrina, la tesi accolta è quella scorretta sul piano sistematico dell’ordine pubblico quale limite alla manifestazione del pensiero, con il corollario della punibilità di puri reati di opinione¹⁴⁹. L’indebita inversione assiologica operata dalla Corte rappresenta una delle espressioni più compiute della timorosa esaltazione della sicurezza e della c.d. ‘ragione di Stato’, come primi e assoluti beni da tutelare in un ordinamento fondato su una legalità intesa piuttosto alla stregua di un criterio legale di tipo formale. L’impostazione accolta dalla Consulta è, infatti, in sostanziale contrasto con i presupposti e con le ragioni ideali del riconoscimento della libertà di manifestazione del pensiero¹⁵⁰, che può così avviarsi, agli inizi degli anni Sessanta, a ricevere un nuovo – quanto antico –ridimensionamento interpretativo. “L’esigenza di conservare un determinato assetto politico economico e sociale postula, infatti, l’anticipazione della tutela dalle condizioni di effettiva permanenza dell’*ordre dans la rue* a quelle dell’integrità ideologica degli ordinamenti costituiti nello stato¹⁵¹”, fino a giungere a porre limiti alla manifestazione del pensiero solo in ragione della contrarietà al regime dei contenuti e delle finalità del pensiero manifestato, che si trova così ad essere criminalizzato in funzione di repulsione di tutte le istanze di cambiamento dell’ordinamento costituito.

In generale, può concludersi che la difesa del “bene-*ratio*” porta alla criminalizzazione di condotte che sicuramente sono contrarie all’ordine pubblico ideale, ma che sono – come vedremo– certamente lontanissime dall’effettiva lesione del bene che la condotta mira in realtà ad aggredire.

Secondo la dottrina, la definizione della Corte, che identifica l’ordine pubblico come bene di valore non inferiore alla libertà di manifestazione del pensiero, è

¹⁴⁹ C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero e l’ordine pubblico*, cit., pp. 192 e 194.

¹⁵⁰ Così testualmente ancora C. ESPOSITO, *op. loc. cit.*, p. 196.

¹⁵¹ Così testualmente G. DE VERO, *Istigazione, libertà di espressione e tutela dell’ordine pubblico*, in *Arch. pen.*, 1976, p. 8.

inconcludente, in quanto finisce per produrre l'effetto di far coincidere l'oggetto della tutela con il fine di pacifica convivenza sociale, che, al contrario, non può rilevare quale bene giuridico di una norma penale, ma che anzi precede, storicamente e logicamente, i diritti di libertà, appartenendo all'istante della nascita dell'ordinamento giuridico e non a quello della successiva articolazione del medesimo¹⁵². In questa logica, appare più corretto configurare l'ordine pubblico ideale come “*super-ratio*” del sistema penale¹⁵³, visto che ogni reato può essere considerato lesivo dell'ordine pubblico, sia pur in misura differenziata¹⁵⁴. Il riferimento all'ordine pubblico ideale, inteso quale *ratio*, trova, secondo i suoi sostenitori, fondamento nell'art. 54 Cost., che si sostanzia nella pretesa al rispetto dei *Grundrechte* anche da parte del legislatore¹⁵⁵; in termini strettamente penalistici ciò si traduce nell'assunto secondo cui, quando l'autorità organizza le proprie istanze punitive, il *corpus iuris* che ne deriva deve configurarsi piuttosto alla stregua di un *consensus iuris* conforme ai principi costituzionali del sistema penale. L'ordine pubblico ideale non presenta, pertanto, quelle coordinate tali da renderlo utilizzabile alla stregua di un legittimo oggetto di tutela. In primo luogo, l'estrema vaghezza della nozione crea un problema di indeterminatezza, e di non verificabilità empirica¹⁵⁶; di conseguenza, risulta manipolabile a fini repressivi¹⁵⁷.

¹⁵² In questo senso VIRGA, *La potestà di polizia*, Milano, 1954, p. 19; più recentemente P. BARILE, *La libertà di espressione del pensiero e le notizie false, esagerate e tendenziose*, cit., p. 859.

¹⁵³ La definizione è di S. MOCCIA, *Ordine pubblico*, cit., p. 4.

¹⁵⁴ Così C. FIORE, *Ordine pubblico*, cit., p. 1085 ss.

¹⁵⁵ Magistralmente S. MOCCIA, *Ordine pubblico*, cit., pp. 5-6; ID., *Prospettive non 'emergenziali' di controllo dei fatti di criminalità organizzata*, in AA. VV., *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. Tra efficienza e garanzia*, a cura di Moccia, Napoli 1999, pp. 157-158; Nello stesso senso A. CAVALIÈRE, *Associazione per delinquere*, in AA. VV., *Delitti contro l'ordine pubblico*, a cura di S. MOCCIA, Napoli, 2007, XVII, p. 235.

¹⁵⁶ Sulle implicazioni del principio di determinatezza/tassatività v. per tutti PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova 1979, p. 109, il quale plasticamente configura l'indeterminatezza come carattere irrinunciabile dello Stato totalitario, “dove, nel presupposto della concentrazione del potere, l'indeterminatezza della legge è perfettamente coerente con una visione in cui il potere politico trova limiti esclusivamente di contenuto, o meglio ancora di ‘conformità allo scopo’, senza nessuna distinzione per quanto riguarda il tipo o la forma di attività svolta, legislativa, amministrativa o giurisdizionale che sia”; cfr. anche MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta'. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli 2001, p. 30, ove si evidenzia che “in relazione a norme redatte con scarsa determinatezza, il rischio di un'applicazione poco tassativa è alto: in questi casi è la norma – e dunque lo stesso legislatore – che spinge l'interprete a passare dall'interpretazione alla vera e propria creazione, a prescindere da questioni di analogia”; FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 76; C. FIORE - S. FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 67; MARINUCCI - DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, Milano 2009, pp. 54 ss.

Quando poi la Corte costituzionale afferma che l'ordine pubblico costituisce "un limite insuperabile" alla tutela delle libertà, perchè è "bene egualmente garantito dalla Costituzione", dimostra di confondere entità fra loro incommensurabili, come "diritti", "beni" e "limiti ai diritti", disconoscendo che il problema correttamente inteso è quello dell'*ampiezza* dei diritti costituzionali, e quindi dei *limiti* al diritto; "*limiti* che debbono ricavarsi non da astratte entità, come i 'beni garantiti dalla Costituzione', ma da precise norme giuridiche *anch'esse di rango costituzionale*"¹⁵⁸. La critica è fondata: come si vedrà, infatti, l'ordine pubblico non può godere di alcun ancoraggio formale in Costituzione, quand'anche si trattasse di desumerlo in via implicita. In più, "dagli artt, 21, 49 e 139 Cost. può ricavarsi l'inammissibilità di limitazioni di diritti fondate su vincoli a principi o ideologie fondamentali e, come tali, indiscutibili"¹⁵⁹, dovendosi constatare che il principio di libertà di manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.) vale anche per un pensiero non democratico; la libertà di formazione partitica (art. 49 Cost.) incontra il solo limite del metodo democratico; infine, il potere di revisione costituzionale (art. 139 Cost.) non può abbracciare la sola forma repubblicana¹⁶⁰. Al contrario, l'ordine pubblico è 'trattato' dalla Consulta alla stregua di un limite generale capace di paralizzare tutti i diritti di libertà, nonostante l'assenza di una norma espressa in tal senso; 'vuoto normativo' di cui si comprende bene la ragione: una simile disposizione, per'altro inserita a livello costituzionale, sarebbe stata tale da vanificare tutte le garanzie liberali, di fronte al pericolo (solo soggettivamente e discrezionalmente determinabile in via giudiziaria dall'interprete) di turbamento della pace sociale. La discrezionalità pressocchè illimitata che ne deriverebbe non gioverebbe soltanto al potere giudiziario – che si troverebbe così *legibus solutus*– ma anche alla polizia¹⁶¹ che rafforzerebbe l'uso preventivo della forza a tutela dell'ordine pubblico, con totale eversione dei principi generali relative alla rigidità della Costituzione e alle riserve di legge e di

¹⁵⁷ G. RICCIO, *Politica penale dell'emergenza e Costituzione*, Napoli 1982, p. 72; INGROIA, *L'associazione di tipo mafioso*, Milano 1993, pp. 28-29; MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli 2000, pp. 67-67.

¹⁵⁸ Così testualmente ancora P. BARILE, *op. loc. cit.*, p. 859.

¹⁵⁹ A. CAVALIERE, *Associazione per delinquere*, cit., p. 233.

¹⁶⁰ G. CORSO, *Ordine pubblico (dir. pubbl.)*, in *Enc. dir.* XXX, Milano 1980, pp. 1060 ss.

¹⁶¹ In argomento, infatti, P. BARILE, *op. loc. cit.*, p. 860, nota che "solo l'art. 21 Cost. co. 2 vieta l'attività di prevenzione, mentre tutte le altre libertà sarebbero suscettibili di interventi anche preventivi in difesa dell'ordine pubblico – si pensi, ad es. alla libertà di sciopero".

giurisdizione. Come si vede, l'ordine pubblico ricostruito nei termini 'ideali' appena esposti assumerebbe una pericolosa dimensione¹⁶² servente al rafforzamento delle due 'stampelle' di cui la repressione si è storicamente servita nell'eterna lotta ai diritti di libertà: forze dell'ordine e magistratura. Corrispettivamente, si registra la tendenza ad interpretare in modo restrittivo la nozione costituzionalmente rilevante di manifestazione del pensiero, in modo da escludere *in radice* l'illegittimità della maggior parte dei reati di opinione¹⁶³. Si affermano qui, irriducibilmente, istanze di controllo sociale e di repressione ideologica¹⁶⁴.

Nella prospettiva di un'interpretazione conforme a Costituzione del concetto, diffuso in dottrina è il riferimento al bene giuridico dell'ordine pubblico materiale. Come già messo in luce¹⁶⁵, infatti, più che una mera concezione ideale dell'ordine pubblico, nell'impostazione autoritaria del codice Rocco¹⁶⁶, va scorta una posizione di incertezza tra 'ordine pubblico oggettivo' e 'ordine pubblico soggettivo', che si è risolta ben presto – come vedremo - in una deriva soggettivistica dell'ordine pubblico materiale, tale da avvicinarlo a “quello stesso

¹⁶² Negli stessi termini si esprime A. PACE, *Ordine pubblico, ordine pubblico costituzionale, ordine pubblico secondo la Corte costituzionale*, cit., pp. 1780-1781, secondo il quale l'accoglimento dell'ordine pubblico nella sua versione ideale costituirebbe “la premessa per l'involuzione del nostro ordinamento liberal-democratico in un sistema di democrazia guidata”.

Per la nozione di 'democrazia guidata', v. LÖWENSTEIN, *Militant Democracy and Fundamental Rights*, in *Am. Pol. Science Rev.*, XXXI, 1937, 417 SS.

¹⁶³ Si esprime negli stessi termini S. MOCCIA, *Ordine pubblico*, cit., pp. 4-5, il quale ritiene che il limite di ogni *Grundrecht* è immanente al diritto stesso. Così, “il complesso dei principi, sui quali viene a fondarsi la civile convivenza, deriva dall'astratto contrapporsi dei singoli diritti fondamentali [...], che possono venire compressi esclusivamente dal gioco delle autolimitazioni creato dall'esistenza di più diritti e più titolari”.

¹⁶⁴ Nello stesso senso A. CAVALIERE, *Associazione per delinquere*, cit., p. 235, secondo il quale la Corte costituzionale ha finito per sottovalutare i profili dinamici di tutela del dissenso e di promozione del superamento della disuguaglianza di fatto, finendo per legittimare un sistema di incriminazioni espressivo di opzioni autoritarie.

¹⁶⁵ Ci riferiamo *in primis* a F. SCHIAFFO, *Istigazione e ordine pubblico*, cit., p. 146- 147; così anche A. SESSA, *Tutela penale dell'ordine pubblico e teleologismo dei valori costituzionali: ambiti e prospettive di un riformismo razionale*, in AA. VV., *Delitti contro l'ordine pubblico*, a cura di S. MOCCIA, Napoli, 2007, XVII, p. 30.

¹⁶⁶ La *Relazione ministeriale* al progetto del codice Rocco sembra avvalorare una tale lettura. A tal fine si richiama A. ROCCO, *Relazione ministeriale al progetto del codice penale vigente*, II, cit., p. 202, dove si asserisce che l'ordine pubblico generale “specificamente riguarda il buon assetto ed il regolare andamento del vivere civile, a cui corrispondono nella collettività l'opinione e il senso della tranquillità e della sicurezza”; più avanti si legge che nei delitti contro l'ordine pubblico “difficilmente sarebbe dato rinvenire una obiettività giuridica immediata”; v. sul punto A. CAVALIERE, *L'associazione a delinquere*, cit., p. 239; cfr. pure ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, II, Torino, 1991, p. 224.

concetto elaborato secondo le funzioni proprie del diritto di polizia”.

Tali orientamenti, nell’escludere il fondamento costituzionale dell’ordine pubblico ideale, hanno correttamente evidenziato che le uniche indicazioni espresse dal costituente, risolvendosi nei motivi di “sanità”, “incolumità” e “sicurezza” pubbliche¹⁶⁷, imponessero una ricostruzione necessariamente materiale ed empirica del termine¹⁶⁸, in un’accezione equivalente a quella di “pubblica tranquillità”¹⁶⁹ ovvero comprensiva “della sicurezza delle persone e della proprietà, del rispetto del domicilio e della libertà individuale”¹⁷⁰, oppure come “salvaguardia dell’incolumità pubblica e della quiete collettiva”¹⁷¹. Tali formule, idonee a far emergere la materialità dell’ordine pubblico, ne sanciscono, in definitiva, due componenti, una oggettiva, di pace e sicurezza dei consociati in ordine al normale svolgersi dei rapporti sociali, ed una soggettiva, speculare alla prima, di pubblica quiete e tranquillità.

Nelle elaborazioni dottrinali e nella successiva giurisprudenza costituzionale¹⁷², la materialità della nozione equivale in sostanza alla riferibilità dell’ordine pubblico ad un *quid* passibile di divenire oggetto di verifica empirica, come lo “stato di concreta, tangibile, esteriore, pace sociale”¹⁷³, producendo immediati e sensibili miglioramenti rispetto alla concezione ideale. In questa prospettiva, infatti, ciò

¹⁶⁷ Cfr. artt. 14 co. 3, 16 co. 1, 17 co. 3 Cost.

¹⁶⁸ Per un’articolata ricostruzione dell’ordine pubblico in tal senso, v. S. MOCCIA, (voce) *Ordine pubblico (disposizioni a tutela dell’)*, cit.; G. RICCIO, *Ordine pubblico*, cit., p. 715 ss.; C. FIORE, (voce) *Ordine pubblico*, cit.; Per una critica all’ordine pubblico materiale e per un’efficace sintesi dell’evoluzione storica del concetto di ordine pubblico v. A. CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo. Le ipotesi delle associazioni per delinquere e di tipo Mafioso*, Napoli, 2003, *passim*.

¹⁶⁹ Cfr. Corte cost. 5 aprile 1974, sent. n. 108, in *Arch. pen.*, 1974, II, p. 317, con nota di G. DE VERO, *Istigazione, libertà di espressione e tutela dell’ordine pubblico*, cit.

¹⁷⁰ G. RICCIO, *Ordine pubblico*, cit., p. 729; S. MOCCIA, *Ordine pubblico (disposizioni a tutela dell’)*, cit., p. 3. In tal senso anche Corte costituzionale, 14 giugno 1956, n. 1, in *Giur. cost.*, 1956, pp. 1 ss., nonché Corte costituzionale, 4 maggio 1970, n. 65, in *Giur. cost.*, 1970, pp. 955 ss., con nota di JEMOLO, *Lo Stato può difendersi*, pp. 957 ss. e con nota di C. FIORE, *Libera manifestazione del pensiero e apologia di reato*, cit., pp. 15 ss.

¹⁷¹ L. PALADIN, *Ordine pubblico*, in *Nss. D. I.*, XII, Torino, 1965, pp. 130 ss.; Sulle diverse configurazioni del concetto di ordine pubblico, ideale e materiale, vedi anche G. DE VERO, *Tutela penale dell’ordine pubblico*, Milano 1988, pp. 8 ss.

¹⁷² Ci riferiamo alla sentenza Corte costituzionale 5 aprile 1974, n. 108, in *Arch. Pen.*, 1974, II, p. 317, commentata da G. DE VERO, *Istigazione, libertà di espressione e tutela dell’ordine pubblico*, cit., che ha dichiarato incostituzionale l’art. 415 c.p. in riferimento all’art. 21 Cost. nella parte in cui punisce chiunque pubblicamente istiga all’odio fra le classi sociali, in quanto il medesimo articolo non specifica che tale istigazione deve essere attuata in modo pericoloso per la pubblica incolumità.

¹⁷³ Questa prima definizione, per la verità ancora acerba, è di PACE, *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, in *Archivio Giuridico “Filippo Serafini”*, XXIV, 1963, pp. 113 ss.

che deve essere posto in particolare risalto è che l'ordine pubblico materiale è un oggetto di tutela, mentre l'ordine pubblico ideale – come precedentemente ribadito - è una *ratio* di tutela¹⁷⁴. Non solo. Nella concezione materiale assumono significato lesivo soltanto le azioni capaci di compromettere immediatamente la pacifica convivenza, e l'eventualità di porre limiti alla manifestazione del pensiero trova ragione esclusivamente in quelle circostanze concrete in grado di giustificare che il fatto costituisca un immediato pericolo per la sicurezza pubblica. Come è già stato magistralmente notato, in riferimento all'ordine pubblico materiale, “è consentito operare delle eterolimitazioni, desunte dalla stessa struttura dei *Grundrechte*, alle manifestazioni esteriori dell'esercizio dei diritti fondamentali a favore di un'effettiva attuazione della civile convivenza”¹⁷⁵ (*rectius*, ‘pubblica tranquillità’), pur nel rispetto dei principi fondamentali, non potendo [tali limitazioni] in alcun modo nascere da forze ‘normative’ eteronome¹⁷⁶.

Eppure, anche nell'arco di un sensibile miglioramento apportato dalla concezione materiale, la ‘trasformazione’ del concetto è in grado di dispiegare i suoi effetti unicamente su un piano quantitativo. Nella dottrina più recente, infatti, il concetto di ordine pubblico materiale è stato sottoposto a critica sotto un duplice profilo. Sotto il primo, riguardante il riconoscimento costituzionale del bene, si è opportunamente sottolineato che esso opererebbe in Costituzione “solo nei confronti di due o tre libertà (di riunione, di circolazione e, in parte, domiciliare)”¹⁷⁷, risultando, quindi, illegittima qualsiasi opera ermeneutica di estensione dell'operatività del limite al di là delle specifiche discipline in cui esso

¹⁷⁴ In questo senso v. S. MOCCIA, *Ordine pubblico*, cit., p. 3.

¹⁷⁵ Cfr. ancora S. MOCCIA, *op. loc. cit.*, p. 5, il quale ritiene che l'ordine pubblico materiale sia l'unica entità assorbibile dal sistema in termini di ‘bene giuridico’ in un sistema di diritto penale da stato sociale di diritto, che in una prospettiva non eticizzata assicura la finalità essenziale di garantire la civile convivenza, secondo l'insegnamento di Roxin. A tale riguardo, v. approfonditamente C. ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe* (1966), in *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin-New York, 1973, pp. 12-13; ID., *Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs* (1969), in *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin-New York, 1973, pp. 58 ss.

¹⁷⁶ In definitiva, come rileva bene A. SESSA, *Tutela penale dell'ordine pubblico e teleologismo dei valori costituzionali: ambiti e prospettive di un riformismo razionale*, cit., p. 12 “è più facile rinvenire un concetto a base normativo-ideale nell'ambito di un ordinamento funzionale alla conservazione e alla immutabilità di un dato ordine politico costituito, che verrebbe ad essere perseguito essenzialmente attraverso la criminalizzazione di atti preparatori ovvero la limitazione di forme di libertà di opinione e di manifestazione di dissenso”.

¹⁷⁷ CORSO, *Ordine pubblico*, cit., p. 1064.

è espressamente contemplato¹⁷⁸; in caso contrario, l'effetto prodotto andrebbe rinvenuto nell'alterazione dell'impalcatura costituzionale dei conflitti tra libertà ed autorità¹⁷⁹.

Sotto il secondo profilo, quello della conformità allo statuto costituzionale del diritto penale, va sottolineato che la debolezza strutturale delle note distintive del concetto rende poco agevole la distinzione tra idealità e materialità; il momento non è di poco conto, visto che la prevalenza di uno dei due termini della dicotomia decide della stessa natura dell'ordine pubblico come bene giuridico o *ratio* della tutela. Inteso come “buon assetto” e “regolare andamento” della convivenza civile, il concetto di ordine pubblico materiale si presta, in realtà già nelle sue note strutturali, a confondersi con la salvaguardia degli assetti generali dell'ordinamento, risultando, anch'esso, gravemente indeterminato. Non a caso, come già rilevato, “se l'aspetto oggettivo dell'ordine pubblico [...] può sicuramente apprezzarsi in una dimensione per così dire ideologicamente neutra – e quindi materiale in senso pieno –, il momento dell'*opinione* della sicurezza rischia invece di costituire il riflesso soggettivo di un ordine ideale”¹⁸⁰.

Nell'aspirazione alla materializzazione del concetto, dunque, non sarebbero del tutto espulsi fisiologici reflussi soggettivistici, quando il momento della tutela è finanche in grado di attivarsi in presenza di comportamenti che rilevano per una mera pericolosità – anche sintomatica – tale da ‘allarmare’ il sentimento di pubblica sicurezza¹⁸¹. Derive soggettivistiche della materialità della nozione da

¹⁷⁸ Ancora opportunamente A. CAVALIERE, *Associazione per delinquere*, cit., p. 240.

¹⁷⁹ A. CAVALIERE, *op. loc. cit.*, p. 240.

¹⁸⁰ G. DE VERO, *Istigazione, libertà di espressione e tutela dell'ordine pubblico*, cit., p. 11. Tuttavia, l'Autore, pur muovendosi all'interno della concezione materiale, non disconosce il ruolo del momento soggettivo, a condizione che esso non acquisti un rilievo prioritario nell'economia del concetto. Si fa riferimento in nota 34 di pensare, per esempio, alla “psicosi delle bombe o alla paura di attentati ai mezzi di trasporto, manifestazioni tipiche di un senso collettivo di insicurezza riferibile esclusivamente al disvalore inerente ai delitti contro l'incolumità pubblica, ed estraneo dunque a caratterizzazioni di tipo ideale”. Nonostante l'esemplificazione, però, a nostro sommo avviso, l'Autore sembra cadere nell'errore di legittimare una tipica manifestazione di deriva soggettivistica in senso ideale dell'ordine pubblico materiale. Non a caso, De Vero specifica che la tutela dell'interesse così definito (dove il profilo psicologico dell'insicurezza rappresenta il riflesso mediato della situazione di oggettivo turbamento) può spingersi fino all'incriminazione di un fatto espressivo, qual è l'istigazione. In tale ricostruzione, il riscontro costituzionale viene ritrovato nel limite dell'osservanza delle leggi penali posto per la libertà di associazione dall'art. 18 Cost., valorizzandosi il significato associativo insito nel fenomeno istigativo.

¹⁸¹ Condivide tale rischio A. SESSA, *op. loc. cit.*, p. 13, il quale rinviene nell'ordine pubblico materiale “la presenza di un concetto naturalmente predisposto all'avvio di un processo di relativizzazione”. “Lo stesso richiamo alla pubblica tranquillità – continua l'Autore – se riusciva,

segnalare da più parti: *in primis*, nelle evidenti anticipazioni di tutela previste da altre ipotesi di reato¹⁸² e che, pertanto, “smentiscono l’equazione: ordine pubblico = pubblica tranquillità”¹⁸³, alla stregua dei tipici meccanismi di funzionamento della concezione ideale; in secondo luogo, fattispecie, come quelle di cui agli artt. 414 e 415 c.p. rendono nulla la nota della materialità, visto che nella relazione tra pericolo concreto e ordine pubblico è il secondo ad avere nettamente il sopravvento. Quando la struttura del fatto, sul piano dell’offensività, non presenta gli opportuni connotati¹⁸⁴, il contesto è, quindi, quello della strumentalizzazione a fini repressivi di nozioni quali la “pubblica tranquillità”.

Il mero riferimento all’ordine materiale, pertanto, non garantisce, in termini di affidabilità sistematica, il rispetto di quell’ineliminabile esigenza di verificabilità empirica di un diritto penale del fatto, nè, da altro punto di vista, assicura che il *Tatbestand* esprima in pieno la sua portata garantistica; tutto ciò perché “indeterminatezza ed onnicomprensività della nozione rendono arduo verificare e distinguere”¹⁸⁵ il momento della lesione da quello della mera messa in pericolo dell’oggetto di tutela.

Ciò che rimane è un cauto ancoraggio all’ordine pubblico materiale oggettivo, figlio di un teleologismo sistematico costituzionale, che in rapporto all’istigazione comporta la necessità di un’“immediata connessione con il compimento di azioni delittuose”¹⁸⁶.

da un lato, in termini di pericolo concreto a produrre un effetto positivo rispetto a propositi di selettività seriale di tipo verticale, non consentiva, dall’altro, di capitalizzare un tale effetto sul piano orizzontale dal momento che l’incitamento non subiva nessun limite nella sua latitudine, essendo proiettato verso delitti e contravvenzioni riferibili ai beni più disparati, anche di dubbia rilevanza penale”, cit., p. 43.

¹⁸² Cfr. A. CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., p. 66 ss., 81 ss., in riferimento ai reati associativi di cui agli artt. 416 e 416 bis c.p.

¹⁸³ C. FIORE, *Ordine pubblico*, cit., p. 1091.

¹⁸⁴ Così ancora A. SESSA, *Tutela penale dell’ordine pubblico e teleologismo dei valori costituzionali: ambiti e prospettive di un riformismo razionale*, cit., p. 43.

¹⁸⁵ A. CAVALIERE, *L’associazione a delinquere*, cit., p. 241.

¹⁸⁶ Così S. MOCCIA, *Ordine pubblico (disposizioni a tutela dell’)*, cit., p. 4.

3.4 Le fattispecie istigative speciali

In apertura del titolo dedicato ai delitti contro l'ordine pubblico, gli artt. 414 e 415 c.p. descrivono due condotte di istigazione – quella a *delinquere* e quella a *disobbedire alle leggi* - contrassegnate da elementi in larga parte comuni e per certi aspetti differenziali.

L'art. 414 c.p. prevede innanzitutto tre distinte fattispecie di reato e punisce con la reclusione da uno a cinque anni, per il solo fatto dell'istigazione, chiunque istiga pubblicamente a commettere uno o più delitti; la medesima condotta, se ha per oggetto una o più contravvenzioni, viene sanzionata con la reclusione fino ad un anno ovvero con una multa. Alla pena comminata per l'istigazione a commettere delitti soggiace infine chi fa pubblicamente l'apologia di uno o più delitti.

Sotto la rubrica di “istigazione a disobbedire alle leggi”, l'art. 415 c.p. incrimina la pubblica istigazione, rispettivamente, a disobbedire alle leggi di ordine pubblico ovvero all'odio fra le classi sociali¹⁸⁷, prevedendo per entrambe le fattispecie la reclusione da sei mesi a cinque anni.

In entrambe le ipotesi, il legislatore utilizza la tecnica di tipizzazione propria delle fattispecie causalmente orientate, limitandosi ad indicare, nell'ambito della fattispecie oggettiva, l'efficacia causale della condotta istigativa rispetto a quella oggetto della sollecitazione morale¹⁸⁸.

3.4.1 Istigazione a delinquere

Anche l'art. 414 c.p. configura un'eccezione alla regola generale dell'art. 115 c.p., con esiti identici rispetto a quelli già analizzati in materia di istigazione a tutela della ‘personalità dello Stato’: la norma è, infatti, caratterizzata da una clausola di indifferenza rispetto ai risultati della manifestazione istigativa: “Essendo l'autore punito ‘per il solo fatto dell'istigazione’, la fattispecie trova riscontro anche se il reato o i reati istigati siano commessi, nel qual caso, ove ricorrano i requisiti della

¹⁸⁷ Va subito segnalato che questa ipotesi di reato è stata ‘manipolata’ dalla Corte costituzionale con sent. n. 108 del 23 aprile 1974, in *GiC*, 1974, pp. 773 ss., che in parziale accoglimento dell'eccezione di illegittimità sollevata in rapporto all'art. 21 Cost., ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 415 c.p. “nella parte in cui non specifica che l'istigazione all'odio fra le classi sociali deve essere attuata in modo pericoloso per la pubblica tranquillità”.

¹⁸⁸ F. SCHIAFFO, *Istigazione e ordine pubblico*, cit., 174.

compartecipazione morale con particolare riguardo al nesso di causalità, l'istigatore risponderà, oltretutto a titolo di pubblica istigazione, anche di concorso nel reato istigato¹⁸⁹.

A ben guardare, la medesima istigazione, descritta dagli art. 302 e 303 c.p., si pone in un rapporto di specie a genere con la pubblica istigazione a delinquere ex art. 414 c.p.

Sotto il profilo dell'oggetto della tutela, diverse sono state le accezioni con le quali si è assunta la nozione di 'ordine pubblico'. Secondo un'interpretazione più risalente¹⁹⁰, la pubblica istigazione a delinquere offende il sentimento collettivo di sicurezza in capo ai consociati, realizzando un effetto perturbativo assimilabile a quello della pubblica intimidazione¹⁹¹. Seguendo un'altra impostazione, invece, ci si può chiedere se oggetto della tutela penale del reato in esame non siano piuttosto "le fondamentali concezioni di valore della collettività"¹⁹², o "il consenso sui valori da parte della maggioranza dei consociati"¹⁹³. Sotto quest'angolo visuale, si tutelerebbe non più un generico sentimento collettivo di sicurezza, bensì l'adesione ad una cerchia di valori dominanti, accettati comunemente dalla società. Com'è stato opportunamente notato¹⁹⁴, quest'ultima spiegazione del significato offensivo della fattispecie appare maggiormente compatibile con la configurazione strutturale dell'art. 414 c.p., caratterizzato, da un lato, dalla presenza del requisito della pubblicità della condotta, di per sé sufficiente a prospettare l'eventualità di un turbamento della collettività generato dalla violazione dei valori sottesi alle norme penali di riferimento finale, dall'altro, dall'onnicomprendività del richiamo a queste ultime, dal momento che l'ambito applicativo della norma risulta fortemente ampliato

¹⁸⁹ G. DE VERO, (voce) *Istigazione a delinquere e a disobbedire alle leggi*, in *Dig disc. pen.*, VII, Torino, 1993, p. 293; nello stesso senso anche A. GARGANI, sub *art. 414*, in *Codice commentato*, a cura di T. PADOVANI, Milano 2011, p. 3050; in argomento vedi anche A. BARAZZETTA, sub *art. 414 c.p.*, in AA. VV., *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI/ G. MARINUCCI, Milano 2006, pp. 3010 ss.

¹⁹⁰ MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 162.

¹⁹¹ Secondo G. DE VERO, (voce) *Istigazione a delinquere e a disobbedire alle leggi*, cit., p. 295, nota n. 9, un articolato sviluppo di tale impostazione si rinviene di recente nella dottrina tedesca; JAKOBS, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, in *ZStW*, 1985, pp. 751 ss.

¹⁹² F.-C. SCHROEDER, *Die Straftaten gegen das Strafrecht*, Berlin-New York, 1985, p. 7.

¹⁹³ ARTZ-WEBER, *Strafrecht, Besonderer Teil, LH 5*, Bielefeld, 1982, p. 18.

¹⁹⁴ In argomento ancora G. DE VERO, (voce) *Istigazione a delinquere e a disobbedire alle leggi*, cit., p. 294.

dall'indeterminatezza del concetto di 'risentimento' che l'istigazione deve provocare in capo ai destinatari; 'risentimento' che va dall'esecrazione ed indignazione alla semplice sensazione di fastidio o di disagio per le eventuali frasi rivolte dall'istigatore all'istigato.

In ogni caso, quale che sia l'accezione di 'ordine pubblico' accolta, la norma in esame mira, attraverso il viatico dell'interesse dei consociati a non essere 'disturbati' nel processo di adesione ai valori del regime, a criminalizzare, in un'operazione di ortopedia sociale, la 'sofferenza' dell'individuo che manifesti un'aperta contraddizione alle ideologie della maggioranza.

A dimostrazione di ciò, va registrato che l'apparente sobrietà linguistica della fattispecie *ex art. 414 c.p.* non ha impedito lo sviluppo di un'interpretazione dominante, incline, anche nella fase post-repubblicana, ad assecondare la vocazione autoritaria della norma. E' invalso, infatti, in maniera pressoché unanime in dottrina e giurisprudenza, l'orientamento secondo il quale la condotta istigativa dell'*art. 414 c.p.* possa realizzarsi con le modalità e attraverso i mezzi più vari: da una dissimulazione apparentemente lecita all'esempio, ancorché muto¹⁹⁵.

La dimostrazione dell'indeterminatezza della norma si arricchisce anche di un altro elemento: l'assenza di puntualizzazione in ordine ai destinatari della manifestazione istigativa, il che è funzionale alla creazione di uno spazio di incriminazione pressoché illimitato. Al riguardo va rilevato il tentativo – peraltro fallito – di parte della dottrina di attribuire rilevanza esclusivamente all'istigazione indirizzata ad una o più persone determinate, in presenza del requisito di pubblicità della condotta¹⁹⁶. L'interpretazione forzava troppo il dato letterale della norma; da una parte, infatti, non si sarebbe più compresa la ragione della deroga al principio generale dell'*art. 115 c.p.*, posto che l'istigazione rivolta a persona determinata, sia pure in un regime di pubblicità, integrerebbe piuttosto

¹⁹⁵ FORTI, sub *art. 414 c.p.*, in *Commentario breve c.p.*, a cura di CRESPI-STELLA-ZUCCALA', Padova, 2003, pp. 691 ss.

¹⁹⁶ In questo senso MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 164; ANTOLISEI, *Manuale, parte spec.*, II, cit., p. 230; CONTIERI, *I delitti contro l'ordine pubblico*, Milano, 1961, pp. 11 ss.

un'ipotesi di tentativo di concorso nel reato istigato¹⁹⁷, dall'altra, la determinatezza dei destinatari è elemento che mal si concilia con la funzione di tutela della norma, e cioè con la protezione di un generico sentimento collettivo di sicurezza. La verità è che la norma, attraverso la caratteristica dell'indeterminatezza dei destinatari, assicura in maniera ottimale la difesa del regime, rendendosi servente alla criminalizzazione delle opinioni contrarie a quelle dell'ideologia dominante. Soltanto se l'istigazione si rivolge a destinatari illimitati è, infatti, idonea ad insinuare nei consociati il timore di essere esposti ad un pericolo.

Coerentemente, per ciò che riguarda più da vicino l'oggetto della manifestazione istigativa, non risulta difficile rilevare che il quadro testuale della norma si accontenta di un flebile livello di determinatezza, che di per sé postula la semplice riconoscibilità del tipo di reato evocato. In questo quadro è rilevante sia l'istigazione determinante le modalità di tempo, luogo e oggetto materiale di una concreta fattispecie criminosa, sia una generica eccitazione a violare le leggi penali. Quest'ultima generica fenomenologia di istigazione a delinquere risulta veramente inadatta ad offendere qualsiasi oggetto di tutela, quand'anche si tratti di un velleitario sentimento collettivo di sicurezza. Essa può tutt'al più intimidire, provocare o destabilizzare la propensione all'osservanza delle leggi penali, ma appare scarsamente adatta ad integrare una qualsiasi situazione di pericolo 'reale'. La dottrina più recente, infatti, tenderà a sottolinearne il mero carattere di pubblica istigazione inadatta a trapassare da mero pensiero, seppur 'attivizzante', a 'principio d'azione'¹⁹⁸. Questo stesso orientamento si preoccuperà di superare gli inconvenienti nascenti dalla conversione in via interpretativa di un reato di pericolo presunto in reato di pericolo concreto, consapevole che indubbiamente la formulazione attuale dell'art. 414 c.p. appare scarsamente idonea a recepire l'istanza di lesività nella specie del pericolo concreto della perpetrazione di reati. E' difficile, infatti, revocare in dubbio che, con la formula "per il solo fatto dell'istigazione", il legislatore fascista abbia inteso riferire la tutela penale ad un momento largamente anteriore alla produzione di un qualsiasi pericolo, avendo

¹⁹⁷ Così ancora opportunamente G. DE VERO, (voce) *Istigazione a delinquere e a disobbedire alle leggi*, cit., p. 296.

¹⁹⁸ Ancora G. DE VERO, *op. loc. cit.*, p. 297.

soprattutto riguardo a quella dimensione psicologica e ideale dell'ordine pubblico, consistente nel senso collettivo di sicurezza, che renderà estremamente arduo il tentativo di ricondurre questo modello di incriminazione entro i confini tracciati dalle istanze costituzionali: "si è così in presenza di quel limite di guardia oltre il quale l'adattamento in chiave costituzionale del profilo offensivo di un reato non può spingersi senza rinnegare il rilievo prioritario e irrinunciabile che riveste l'istanza di tipicità formale nell'accertamento dell'illiceità penale"¹⁹⁹. In questo senso, ci si può riferire ad alcune vicende giudiziarie del periodo repubblicano che, seppur conclusesi in termini favorevoli agli imputati, possono testimoniare la 'continuità culturale' con cui la giurisprudenza intese riferirsi a tal tipo di disposizioni, rinunciando a qualsiasi orientamento critico e, anzi, confermandone la matrice autoritaria e fortemente illiberale. Esempio, in proposito - avverte attenta dottrina²⁰⁰ -, la vicenda che coinvolse un cronista di un quotidiano nazionale che aveva scritto del bandito 'Salvatore Giuliano', ricostruendone le 'gesta' in tono enfatico: contro il giornalista fu esercitata l'azione penale per il reato di cui all'art. 414 co. 3 c.p.²⁰¹

3.4.2 Istigazione a disobbedire alle leggi

L'art. 415 c.p. prevede due distinte ipotesi delittuose: l'istigazione a disobbedire alle leggi di ordine pubblico e l'istigazione all'odio tra le classi sociali²⁰².

Per quanto riguarda la prima, l'ordine pubblico si presenta anche qui come il requisito esplicito e centrale della fattispecie, in quanto ne condiziona l'ambito applicativo, delimitando le leggi alla cui disobbedienza è illecito istigare. Va precisato che le leggi di ordine pubblico non possono consistere in norme

¹⁹⁹ Così G. DE VERO, *Istigazione, libertà di espressione e tutela dell'ordine pubblico*, in *Arch. Pen.*, 1976, p. 16.

²⁰⁰ V. F. SCHIAFFO, *Istigazione e ordine pubblico: tecnicismo giuridico ed elaborazione teleologica nell'interpretazione della fattispecie*, Napoli, 2004, pp. 121 ss., il quale ricostruisce una *summa* di applicazioni, tutte probanti l'atteggiamento 'illiberale' della giurisprudenza post-repubblicana.

²⁰¹ Cfr. Tribunale di Milano, 28 gennaio 1950, in *Giust. pen.*, 1950, II, p. 336. Cfr. ancora in F. SCHIAFFO, *op. loc. cit.*, p. 121, (nota 16).

²⁰² In argomento vedi L. VIOLANTE, (voce) *Istigazione a disobbedire alle leggi*, in *Enc. Dir.*, vol. XXII, Milano, 1972, pp. 1000 ss.; G. DE VERO, (voce) *Istigazione a delinquere e a disobbedire alle leggi*, cit., pp. 300 ss.; A. BARAZZETTA, sub *art. 415 c.p.*, in AA. VV., *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI/ G. MARINUCCI, Milano 2006, pp. 3027 ss.; A. GARGANI, sub *art. 415*, in *Codice commentato*, a cura di T. PADOVANI, Milano 2011, pp. 3055 ss.

incriminatrici determinate, poiché in tal caso troverebbe applicazione l'art. 414 c.p., che, punendo l'istigazione a commettere delitti o contravvenzioni, "evidentemente monopolizza, per il principio di specialità, la disciplina di tutte le istigazioni che abbiano ad oggetto uno o più reati determinati"²⁰³. Tuttavia, si tende a sostenere l'applicabilità dell'art. 415 c.p. in tutti quei casi in cui l'istigazione abbia ad oggetto la generale violazione di norme penali²⁰⁴. In ogni caso, l'interpretazione giurisprudenziale e dottrinale dominante fino agli inizi degli anni Novanta²⁰⁵, ha individuato nelle c.d. leggi di ordine pubblico l'insieme delle norme c.d. imperative, rispetto alle quali non è riconosciuta ai privati alcuna potestà dispositiva o derogatoria. La *ratio* dell'incriminazione traeva così origine dall'esigenza di tutela nei confronti del pericolo di violazione di questa tipologia di norme²⁰⁶. Quest'accezione, peraltro desumibile dai lavori preparatori, richiama come oggetto della tutela una nozione di 'ordine pubblico' chiaramente funzionale allo sviluppo di una stretta repressiva, entro la quale relegare i fenomeni di disobbedienza ideologica²⁰⁷.

L'istigazione a disobbedire alle leggi di ordine pubblico si pone in evidente contrasto con il canone di proporzione. E' stato, infatti, già da tempo registrato in dottrina che la pena edittale prevista dall'art. 415 c.p. per la pubblica istigazione a fatti illeciti non costituenti reato è notevolmente più grave di quella comminata dall'art. 414, comma 1, n. 2 c.p. per la pubblica istigazione a commettere

²⁰³ L. VIOLANTE, (voce) *Istigazione a disobbedire alle leggi*, cit., p. 1004, dove condivisibilmente si sostiene che "ogni istigazione che abbia ad oggetto la violazione di una norma penalmente sanzionata o comportamento costituente reato è istigazione a delinquere ed esula dall'ambito di operatività dell'art. 415 c.p. Conseguentemente assume tipicità l'istigazione a disobbedire a leggi di ordine pubblico sprovviste di sanzioni penali o a tenere un generico comportamento antiggiuridico che, senza costituire reato, violi una legge di ordine pubblico".

²⁰⁴ La prospettiva in parola viene sostenuta da ANTOLISEI, *Manuale*, cit., pp. 231 e 235; *contra* G. DE VERO, (voce) *Istigazione a delinquere e a disobbedire alle leggi*, cit., p. 300, il quale dubita della verificabilità empirica di una condotta istigativa che prescindendo dal riferimento a qualsiasi *nomen juris* o estremo di tipicità penalmente rilevante.

²⁰⁵ Per la dottrina vedi CONTIERI, *I delitti contro l'ordine pubblico*, cit., p. 47; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 181. Per la giurisprudenza più recente, v. Cass., 8-5-1985, *Cass. Pen.*, 1987, p. 533; Cass., 15-12-1980, *Cass. Pen.*, 1982, p. 952.

²⁰⁶ Così A. ROCCO, *Lavori preparatori*, cit., pp. 204 ss.

²⁰⁷ Vanno citati al riguardo i ricorrenti casi di istigazione all'astensione dal voto, ovvero i casi in cui si incitava alla c.d. disobbedienza fiscale con specifico riferimento alle spese militari: v. Cass., 7 novembre 1967, *Cass. Pen.*, 1968, p. 1250; Cass., 8-5-1985, cit. Parte della dottrina, agli inizi degli anni Settanta, sviluppò invece un'interpretazione restrittiva, sostenendo che leggi di ordine pubblico fossero solo quelle che lo Stato considerasse essenziali al mantenimento concreto della pace sociale. In questo senso v. NUVOLONE, *Il diritto penale della stampa*, cit., pp. 208 ss.

contravvenzioni²⁰⁸.

Per ciò che concerne la seconda ipotesi delittuosa contemplata dall'art. 415 c.p.²⁰⁹, oggetto della condotta istigativa è l'odio tra le classi sociali²¹⁰. Tra tutte le fattispecie istigative del codice Rocco, essa si configura come l'espressione più significativa del 'trattamento penale' col quale il regime intese disciplinare le condotte 'politiche': basti pensare che il contrasto anche acceso e violento tra 'classi' costituiva (e costituisce) il postulato teorico di varie dottrine politiche²¹¹, mentre l'ordinamento dello Stato in regime fascista presupponeva la collaborazione tra le classi. La criminalizzazione delle opposizioni politiche (si

²⁰⁸ L. VIOLANTE, (voce) *Istigazione a disobbedire alle leggi*, cit., p. 1004.

²⁰⁹ Va rilevato già in questa sede che la Corte cost. con sent. 23 aprile 1974, n. 108, con nota di BOGNETTI, *Il pericolo nell'istigazione all'odio di classe e nei reati contro l'ordine pubblico*, in *Giur. cost.*, 1974, p. 1433 ss., ha dichiarato costituzionalmente illegittimo tale articolo "nella parte in cui non specifica che l'istigazione all'odio fra le classi sociali deve essere attuata in modo pericoloso per la pubblica tranquillità". La giurisprudenza ordinaria si è fatta immediatamente carico dell'indicazione della Consulta, giungendo a precisare che l'incriminazione in parola deve allo stato ritenersi integralmente priva di rilevanza penale, anche se realizzata con modalità negative per la pubblica tranquillità. A dire il vero, già parte della dottrina aveva salutato negativamente l'intervento della Corte, bollato come 'sostanzialmente privo di incisività pratica', visto che la clausola della 'pericolosità' della condotta non faceva altro che ripristinare la formula già contenuta nell'art. 247 del codice 'Zanardelli', non garantendo alcun esito garantistico ai risultati dell'incriminazione. In questo senso vedi BOGNETTI, *Il pericolo nell'istigazione all'odio di classe e nei reati contro l'ordine pubblico*, cit., p. 1438. E' G. DE VERO, (voce) *Istigazione a delinquere e a disobbedire alle leggi*, cit., p. 302, ad aggiungere, infatti, che la 'pubblica tranquillità' è facilmente riducibile al 'mero sentimento collettivo di sicurezza', come del resto avveniva proprio sotto il vigore del codice Zanardelli. Anche L. VIOLANTE, (voce) *Istigazione a disobbedire alle leggi*, cit., p. 1002, sottolinea la sostanziale continuità storica tra l'art. 415 c.p. 1930 e l'art. 247 c.p. 1889; quest'ultimo fu applicato con significativa frequenza e severità nei confronti di coloro che esprimevano il proprio dissenso politico in una collocazione politica a sinistra dello schieramento governativo. Il codificatore del '30 si fece, quindi, forte di questa "più che quarantennale sperimentazione della funzionalità della norma". Sullo stesso argomento v. anche A. SESSA, *Tutela penale dell'ordine pubblico e teleologismo dei valori costituzionali: ambiti e prospettive di un riformismo razionale*, cit., p. 42, secondo il quale la Consulta, con la sentenza n. 108 del 1974, avrebbe trovato ancora una volta il modo di riconfermare quell'orientamento compromissorio che, manifestato già nel 1970, era essenzialmente rivolto ad eludere, negli effetti, eventuali aspettative di cambiamento.

²¹⁰ Per la nozione di "classe sociale" vedi per tutti L. VIOLANTE, (voce) *Istigazione a disobbedire alle leggi*, cit., p. 1005, che la definisce come "quella categoria di persone accomunate dall'esigenza di difendere comuni interessi economici, privilegi o prerogative di carattere economico".

²¹¹ In questo senso ancora G. DE VERO, (voce) *Istigazione a delinquere e a disobbedire alle leggi*, cit., p. 302. Va sottolineato che si è cercato invero di restringere l'ambito applicativo dell'incriminazione, proponendo la distinzione tra 'istigazione alla lotta di classe' e 'istigazione all'odio di classe', l'una coinvolgente il dibattito ideologico e politico, l'altra interessante la sfera emotiva. Ma si è replicato, a dimostrazione dell'irreversibilità del carattere autoritario della norma, che la distinzione, seppur valida sul piano teorico, risulta tutt'altro che sostenibile sul piano empirico, data l'impossibilità di configurare in termini materiali una propaganda e una programmazione della 'lotta di classe' che non sfoci fisiologicamente in un incentivo all'odio tra raggruppamenti contrapposti. Per questa prospettiva vedi NUVOLONE, *Il diritto penale della stampa*, cit., p. 209.

pensi anche al divieto di manifestazioni propagandistiche ed apologetiche, artt. 272 e 414 c.p.) intendeva evitare la circolazione di idee che propugnassero la lotta di classe, nel contempo rafforzando ideologicamente le basi economiche di quel tipo di società: ossia la proprietà privata.

Per converso, è molto significativo che l'art. 415 c.p. si limiti a prendere in considerazione solamente l'odio fra le "classi sociali"; nessuna incriminazione sarebbe, infatti, possibile per la propaganda o l'istigazione commessa contro un gruppo etnico o razziale. La disposizione è un'ulteriore conferma di quanto i meccanismi repressivi del codice Rocco abbiano inteso criminalizzare qualsiasi forma di opposizione politica, "e segnatamente quelle che possiamo, per comodità, definire di *sinistra*"²¹². Sarebbe difficile revocare in dubbio, infatti, che la fattispecie in esame protegga il sentimento di adesione dei consociati ai valori etico-politici rinnegati dalla condotta incriminata o anche il clima spirituale di fedeltà ad un determinato assetto politico²¹³, alla stregua di una variante tendenzialmente soggettiva della nozione di 'ordine pubblico', condizionante l'accertamento degli stessi indici di pericolosità in concreto utilizzabili dall'interprete. Non a caso la dottrina sottolineerà l'insanabilità del contrasto della norma con la Costituzione²¹⁴, visto che l'individuazione della condotta punibile risulta variare in funzione dell'accezione dell'oggetto di tutela che si prescelga. Anche la Corte costituzionale, con la sent. n. 108/1974²¹⁵, avvertì il pesante rischio che la norma creasse forti spinte all'emarginazione, in un periodo storico in cui la "lotta di classe" era il postulato teorico delle maggiori dottrine politiche della sinistra organizzata anche al di fuori del circuito parlamentare. L'estrema indeterminatezza della norma – secondo la Consulta – era il viatico attraverso cui

²¹² FIORE, *Libertà d'espressione politica e reati di opinione*, cit., p. 491.

²¹³ Condivide tale impostazione L. VIOLANTE, (voce) *Istigazione a disobbedire alle leggi*, cit., p. 1006, secondo cui la norma in questione è basata sul "bando delle manifestazioni ideologiche socialiste, comuniste ed anarchiche, contrarie all'assetto ed ai principi dello Stato fascista"; nello stesso senso G. VASSALLI, *Propaganda 'sovversiva' e sentimento nazionale*, cit., pp. 1095 ss. V. pure A. ROCCO, *Lavori preparatori*, cit., p. 52, dove si legge che non si intende lasciare spazio a quelle associazioni "dirette a sostituire ai modi attuali di ripartizione della ricchezza quelli che nella dottrina sono definiti comunemente i modi socialisti di tale ripartizione".

²¹⁴ Sostengono questa posizione NUVOLONE, *Il diritto penale della stampa*, cit., pp. 209 ss.; L. VIOLANTE, (voce) *Istigazione a disobbedire alle leggi*, cit., p. 1008; C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., pp. 134 ss.

²¹⁵ Corte cost., 23 aprile 1974 n. 108, in *Giur. cost.*, 1974, 773 ss., e in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, 444 ss., 447 con nota di PEDRAZZI, *Sentenze manipolative in materia penale?*.

giungere a vietare la mera manifestazione di ideologie politiche, sociali e filosofiche. Alla luce di ciò, è facile rilevare che la *ratio* originaria dell'incriminazione tutelava la collaborazione tra tutte le classi sociali, che si configurava, da una parte, come uno dei principi maggiormente qualificanti l'ideologia fascista e, dall'altra, come postulato teorico ineliminabile del corporativismo²¹⁶. Risultava coerente, infatti, sanzionare penalmente uno degli aspetti fondamentali della propaganda marxista, cioè l'emancipazione del proletariato inteso come classe sociale, contro l'egemonia economica e produttiva della borghesia²¹⁷, e reprimere talune forme di espressione del malcontento operaio, entrate nella tradizione del linguaggio politico di quella classe.

Come per l'art. 414 c.p., per entrambe le ipotesi vanno sottolineate funzione di tutela e indeterminatezza della norma. In riferimento a quest'ultimo profilo, è sufficiente evidenziare che l'oggetto della condotta tipica consiste in un'attività non tipicizzata²¹⁸. Essa risulta, quindi, realizzabile attraverso i mezzi più vari, dalle semplici parole agli scritti o alle raffigurazioni. Il costrutto letterale risulta così inidoneo ad integrazioni di carattere interpretativo, maggiormente rispettose delle esigenze proprie della tipicità, fino a rendere impossibile l'incorporazione di “una ineccepibile ed empiricamente plausibile relazione di pericolosità diffusa in ordine alla perpetrazione dei fatti istigati”²¹⁹.

²¹⁶ T. PADOVANI, *L'organizzazione della parte speciale*, in PADOVANI/STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose*, cit., p. 43, rileva come “il solo fatto che si consideri meritevole di tutela un presunto ‘rapporto armonico’ tra le classi sociali (di cui lo Stato non si fa garante) la dice lunga sul modo in cui il codice Rocco concepisce i conflitti sociali (o meglio, *non* li concepisce)”.

²¹⁷ E' BOGNETTI, *Il pericolo nell'istigazione all'odio di classe e nei reati contro l'ordine pubblico*, cit., p. 1442, a sottolineare che l'art. 415 c.p. e il corrispondente art. 247 del 1930 sono serviti in concreto a reprimere, nel corso di circa novant'anni, quasi esclusivamente gli incitamenti all'odio della classe “borghese”.

²¹⁸ L. VIOLANTE, (voce) *Istigazione a disobbedire alle leggi*, cit., p. 1000.

²¹⁹ Così testualmente G. DE VERO, (voce) *Istigazione a delinquere e a disobbedire alle leggi*, cit., p. 301. In questi termini si esprime anche L. VIOLANTE, (voce) *Istigazione a disobbedire alle leggi*, cit., p. 1001, secondo cui l'estrema concisione dell'art. 415 c.p. non consente di definire a livello meramente linguistico il significato dei termini delle proposizioni. “Non sfugge – continua l'Autore – che la sostituzione di una tecnica di formulazione sintetica a quella analitica, che ricorre con maggiore frequenza, è conseguente al significato certo e collaudato dei termini usati e rivela quindi il riferimento a valori di sicura identificazione nella società nella quale la norma era destinata ad operare”.

3.4.3 Pubblica intimidazione

L'oggetto specifico della tutela penale apprestata dalla norma è generalmente ravvisato nell'interesse di garantire l'ordine pubblico in sé e per sé considerato²²⁰ e la condotta punibile è ricondotta ad una forma qualificata di minaccia eziologicamente collegata all'evento naturalistico dell'incussione di pubblico timore, coincidente con la lesione del bene protetto. A ben vedere, però, la norma non esige l'effettiva realizzazione del bene minacciato e, per tale ragione, si reputa che la minaccia stessa debba non tanto esser seria nell'intenzione di chi la formula, ma piuttosto rivestire i caratteri esteriori della credibilità, cioè sia percepita tale da una parte cospicua dei consociati ai quali essa è rivolta²²¹.

La fattispecie è idonea ad essere ricondotta entro la categoria di quelle c.d. causalmente orientate, visto che le modalità di esternazione della minaccia non assumono decisivo significato: in tal senso sono indifferenti sia il modo e la forma come anche i mezzi attraverso i quali essa è formulata, purché idonei ad incutere pubblico timore. Discussa in dottrina è il ruolo dogmatico di quest'ultimo requisito: esso oscilla tra la riconduzione al rango di elemento costitutivo della fattispecie²²² e quello di condizione obiettiva di punibilità²²³. In ogni caso, se ne denuncia l'estrema vaghezza: esso, sul piano contenutistico, infatti, coincide con lo stato di apprensione o sgomento che interessa la collettività²²⁴.

Per ciò che riguarda l'elemento oggettivo della fattispecie, l'uso del plurale riferito al sostantivo "delitti" si stima sia stato adoperato a solo scopo indeterminativo così che anche la minaccia d'uno solo dei delitti o fatti menzionati integra il reato in esame quando ricorra l'indefettibile condizione per cui esso sia adeguato ad incutere timore. Pur tuttavia, la restrizione legislativa dell'oggetto della minaccia ai delitti contro la pubblica incolumità ed ai fatti di devastazione e saccheggio porta la dottrina ad escludere abbiano rilevanza penale

²²⁰ BARAZZETTA, sub *art. 421 c.p.*, in AA.VV., *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI/G. MARINUCCI, Milano 2006, 3175; GARGANI, sub *art. 421*, in *Codice commentato*, a cura di T. PADOVANI, Milano, 2011, 3135; MAIELLO, *Pubblica intimidazione*, in *Enc. dir.*, XXXVII, 1988, 911; DE VERO, *Intimidazione pubblica*, in *Disc. pen.*, VII, 1993, 237;

²²¹ Per tale impostazione, v. CONTIERI, *I delitti contro l'ordine pubblico*, *cit.*, p. 164.

²²² Per tale impostazione, v. MAIELLO, *Pubblica intimidazione*, *cit.*, p. 919.

²²³ Cfr. CONTIERI, *op. loc. cit.*, p. 165-166; DE VERO, *Intimidazione pubblica*, *cit.*, p. 238.

²²⁴ MAIELLO, *op. loc. cit.*, p. 918.

minacce formulate riguardo a contravvenzioni concernenti la pubblica incolumità di cui agli artt. 672-681 c.p. o ad altre che dovessero essere previste in leggi speciali, ai delitti colposi poste che l'evento ai medesimi correlato è per definizione involontario e, tra gli stessi delitti contro la pubblica incolumità, quelli di cui agli artt. 436, 422-447 c.p., poiché nella descrizione normativa delle relative fattispecie compaiono riferimenti ad eventi che non rientra nelle possibilità dell'agente determinare²²⁵.

²²⁵ BARAZZETTA, sub *art. 421 c.p.*, in AA.VV., *Codice penale commentato, cit.*, p. 3176.

3.5 Il completamento della cornice repressiva a tutela dell'ordine pubblico

L'ordine pubblico è l'oggetto di tutela prescelto dal legislatore in alcune contravvenzioni: l'art. 654 c.p. ("Grida e manifestazioni sediziose"), depenalizzato ex art. 45 d.lgs. n. 507/1999; l'art. 655 c.p. ("Radunata sediziosa") che, per il solo fatto della partecipazione, minaccia di pena chiunque faccia parte di una radunata sediziosa; l'art. 656 c.p. ("Pubblicazione o diffusione di notizie false, esagerate o tendenziose, atte a turbare l'ordine pubblico"); l'art. 657²²⁶ c.p., che sanciva la punibilità di chiunque, con la distribuzione o il commercio di scritti e disegni, destasse la pubblica o la privata tranquillità; l'art. 658 c.p., che prevede il procurato allarme presso l'Autorità.

Non vi è alcun dubbio che tali fattispecie, di natura contravvenzionale, mirino a completare la cornice repressiva posta a tutela dell'ordine pubblico, accolto nella sua versione ideale.

Il codice Rocco, infatti, si spinge fino a rendere rilevanti quelle condotte volte all'organizzazione di contenuti politici, come grida, manifestazioni, riunioni di un notevole numero di persone, pubblicazione o diffusione di notizie 'spiacevoli' per l'assetto degli interessi pubblici in gioco in un dato contesto storico.

La condotta prevista dall'art. 654 c.p. consiste nel compiere manifestazioni o emettere grida sediziose. Col termine 'manifestazione' si intende ogni azione diretta a rendere noto in forma adeguata, sia orale che scritta, il proprio pensiero; mentre nello stesso concetto non verrebbero ricomprese le 'grida', cui il legislatore ha voluto attribuire un'autonomia definitoria, data la loro particolare idoneità a creare suggestioni nella folla e, dunque, a creare pericolo per l'ordine pubblico²²⁷. Legato al requisito della pubblicità, il reato ha normalmente carattere

²²⁶ L'articolo è stato abrogato dall'art. 18 della legge n. 205 del 25 giugno 1999. Il testo era il seguente: "Chiunque, con lo scopo di smerciare o di distribuire scritti o disegni in luogo pubblico ovvero aperto o esposto al pubblico, annuncia o grida notizie, dalle quali possa essere turbata la tranquillità pubblica o private, è punito con l'ammenda fino a lire duecentomila".

²²⁷ U. GIANNOLA, sub art. 654 c.p., in AA. VV., *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI/ G. MARINUCCI, cit., p. 4802; F. FREZZA, sub art. 654 c.p., in *Codice commentato*, a cura di T. PADOVANI, cit., p. 4856. In argomento v. pure ARIENZO, *Nozione di grida e manifestazioni sediziose*, in *Riv. Pen.*, 1956, II, 726; DE VERO, *Inosservanza di provvedimenti di polizia e manifestazioni sediziose e pericolose*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, 81; NEPPI

istantaneo, pur potendo assumere eventualmente carattere permanente, giungendo a reprimere comportamenti come l'esposizione di bandiere o manifesti.

La riunione di almeno dieci persone che persegue un intendimento comune, invece, è il fatto descritto dall'art. 655 c.p., spesso interpretato dalla giurisprudenza di legittimità addirittura nei termini della ritenuta sufficienza di un'attitudine anche soltanto potenziale della condotta a creare pericolo per l'ordine pubblico²²⁸.

Il disvalore delle due condotte appena richiamate risiede nella 'sediziosità' (dal lat. *Seditio, -onis*); sedizione significa sommossa, azione collettiva e violenta contro il potere costituito²²⁹. Secondo la prevalente dottrina²³⁰, infatti, il termine renderebbe rilevanti solo quelle condotte volte a disconoscere i principi della Costituzione, sollecitando alla protesta e alla ribellione. La giurisprudenza ritiene sufficiente una manifestazione di rivolta, ostilità o anche soltanto di insofferenza verso i pubblici poteri.²³¹

L'ordine pubblico è tutelato suppletivamente anche dall'art. 656 c.p.²³², che punisce la pubblicazione o la diffusione di notizie false (cioè difformi dal vero), esagerate (amplificate, ingrandite o iperboliche) o tendenziose (tali da ingenerare in chi le apprende rappresentazioni deformate della realtà). Come precisato dalla Corte costituzionale²³³, la punibilità non deve comunque investire le interpretazioni, le valutazioni e i commenti ideologicamente qualificati, seppur tendenziosi, trattandosi di manifestazioni di pensiero costituzionalmente tutelate. Tuttavia, resta oscuro il *discrimen* che varrebbe a distinguere il momento

MODONA, *Manifestazioni e radunata sediziosa: concorso di reati o concorso apparente di norme*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963, 873.

²²⁸ Cfr. Cass. 21.1.1975, Maritati, CED 130185, in *Giur. it.*, 1976, 234; Cass. 19.1.1977, Grandi, CED 135628, in *Riv. pen.*, 1977, 550.

²²⁹ PALAZZI e FOLENA, *Dizionario della lingua italiana*, Torino, 1995, p. 1634.

²³⁰ LEONE, *Il reato di radunata sediziosa*, in *Arch. pen.*, 1965, II, p. 331; NEPPI MODONA, *Manifestazioni e radunata sediziosa: concorso di reati e concorso apparente di norme*, cit., p. 876; più recentemente U. GIANNOLA, sub art. 655 c.p., in AA. VV., *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI/ G. MARINUCCI, cit., p. 4805.

²³¹ Cfr. Cass. 16.12.1958, Mete, in *Giust. pen.*, 1959, II, 392; Cass. 10.6.1957, Corsaro, in *Giust. pen.*, 1957, II, 906.

²³² Minoritaria quella dottrina che rinviene l'oggetto di tutela della norma nella verità cronistica, cioè nell'interesse ad essere informati mediante notizie vere e obiettivamente esposte. Per tale impostazione vedi CHIAROTTI, *Diffusione o pubblicazione di notizie false o tendenziose*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 516.

²³³ Cfr. Corte cost. sent. n. 19 del 1962, in *Foro it.*, 1962, I, 595.

dell'informazione da quello della valutazione²³⁴.

Trattandosi di un reato di pericolo astratto, la giurisprudenza è pressoché concorde nel ritenere sufficiente l'astratta capacità dell'azione a poterlo produrre, senza che sia necessario accertare il concreto pericolo di turbativa²³⁵.

Ormai abrogato è invece l'art. 657 c.p. che addirittura prevedeva la punibilità di chiunque si adoperasse a favore del proprio 'credo' politico, annunciando o gridando notizie 'sovversive'.

²³⁴ Così U. GIANNOLA, sub *art. 656 c.p.*, in AA. VV., *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI/ G. MARINUCCI, *cit.*, p. 4808; così anche F. FREZZA, sub *art. 656 c.p.*, in *Codice commentato*, a cura di T. PADOVANI, *cit.*, p. 4860.

²³⁵ Cass. 1.7.1996, Natola, CED 205993; Cass. 4.2.1976, Catanese, in *Cass. pen. mass. ann.*, 1976, 734 con nota di MULLIRI, *Sul concetto di "notizia tendenziosa"*, 735. Va aggiunto un precedente riportato da FIORE, *Libertà d'espressione politica e reati di opinione*, *cit.*, p. 494: il 18 maggio 1970, il Pretore di Borgo Val di Taro ha emesso un decreto penale di condanna, a seguito della diffusione di volantini e manifesti, che nel preannunciare una conferenza dibattito di un parlamentare, esordivano con la frase: "Lavoratori, cittadini, minacce e pericoli gravano sulle istituzioni democratiche del Paese", in *Quale giustizia*, 1970, p. 83.

3.6 Il rapporto tra le fattispecie istigative speciali e il fenomeno concorsuale

3.6.1 Premessa in tema di concorso di persone nel reato

L'istigazione rappresenta una delle due principali modalità del contributo del concorrente, penalmente rilevante *ex art. 110 c.p.*²³⁶; infatti, la sollecitazione morale svolge causalmente un ruolo determinante nell'esecuzione dell'azione principale²³⁷. Nell'ambito del fenomeno concorsuale, l'istigazione risulta punibile solo ove venga accolta e sia seguita dalla commissione di un delitto²³⁸.

E' possibile rinvenire traccia di ciò già nei lavori preparatori del codice²³⁹, da cui emerge che la soluzione normativa ispirata al dogma causale della parificazione della responsabilità di tutti i concorrenti *ex art. 110 c.p.*, già accolta in sede di teoria della causalità, è figlia di “una precisa opzione ideologica di tipo

²³⁶ V. per tutti LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, Napoli, 1964, p. 14.

²³⁷ Una parte della dottrina designa con nomi diversi due tipi di condotte, che dipendono dal diverso grado di intensità con cui il contributo morale si presenta all'esterno. Può trattarsi di un comportamento che fa sorgere in altri un proposito criminoso prima inesistente (c.d. determinazione), ovvero di un comportamento che rafforza e rende definitivo un proposito criminoso già esistente ma non ancora consolidato (c.d. istigazione): per quest'impostazione v. FIANDACA e MUSCO, *Diritto penale. Parte generale, cit.*, p. 465. La dottrina maggioritaria, invece, pur riconoscendo la differenza tra le due condotte, ritiene di ricondurle entrambe sotto gli ambiti categoriali dell'*istigazione*, attribuendo a tale denominazione una portata generale, tale da inglobare in sé quella di *determinazione*: in questi termini v. VIOLANTE, *Istigazione, cit.*, p. 988; NORMANDO, *L'istigazione. Problemi generali della fattispecie e rapporti con il tentativo*, Padova, 1995, p. 26. Riteniamo di poter condividere quest'ultimo orientamento, data l'idoneità dell'art. 115 c.p. a ricomprendere ogni forma di partecipazione morale. Limitando la denominazione di istigazione alle ipotesi di mero rafforzamento del proposito criminoso, si giungerebbe all'assurda conclusione di escludere l'applicabilità di tale norma, e quindi anche la comminabilità della misura di sicurezza, proprio nei confronti dei soggetti potenzialmente più pericolosi, quali sono quelli che non si limitano a rafforzare un proposito criminoso già esistente, ma ne determinano il sorgere: così ancora VIOLANTE, *Istigazione, cit.*, p. 988; RINALDINI, sub *art. 110 c.p.*, in AA. VV., *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI/ G. MARINUCCI, *cit.*, p. 1117.

²³⁸ L'istigazione come figura autonoma di reato comparse nelle legislazioni immediatamente precedenti ai codici toscano e sardo. Per una più completa documentazione sui precedenti storici dei reati di istigazione, nonché di quelli di apologia, v. DI VICO, *Il delitto di apologia*, in *Ann. dir. proc. pen.*, 1936, 785 ss.

²³⁹ A. ROCCO, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. V, *cit.*, p. 165, dove si afferma che “il criterio di un'uguale responsabilità per tutte le persone, che sono concorse nel reato, è in diretta dipendenza del principio, che si è accolto nel regolare il concorso di cause nella produzione dell'evento; principio, in forza del quale tutte le condizioni che concorrono a produrre l'evento son cause di esso”.

autoritario-repressivo”²⁴⁰. Tuttavia, la normativizzazione di un concetto unitario di ‘autore’ avrebbe meglio realizzato la vocazione autoritaria della disciplina²⁴¹. Il concorrente, infatti, avrebbe rivestito la qualità di ‘autore’ anche in caso di contributi causali minimi. Ne sarebbe derivata in radice l’impossibilità di una differenziazione, seppur minima, tra le condotte principali (*rectius*, esecutive) e quelle accessorie. L’altro effetto distorsivo si sarebbe rinvenuto nella completa inutilità, ai fini della punibilità delle condotte atipiche, del ricorso a parametri di valutazione legale diversi e ulteriori rispetto alla norma incriminatrice, con un inaccettabile snaturamento della funzione garantistica della fattispecie. In giurisprudenza, tuttavia, sembra prevalente il riferimento ad una concezione *estensiva* di autore²⁴².

Per ciò che riguarda il fondamento dogmatico dell’istituto, come già messo in evidenza, è la c.d. concezione causale della compartecipazione ad essere accolta nel codice Rocco, secondo la quale il concorso si fonderebbe sulla teoria dell’equivalenza causale, risolvendosi nella mera (con) – causazione del fatto anti-giuridico²⁴³. Il reato andrebbe, quindi, ascritto integralmente a ciascun soggetto che abbia posto in essere una *condicio sine qua non* dello stesso. Tuttavia, rispetto al principio di legalità *sub specie* determinatezza, la teoria causale sembra riproporre problemi simili a quelli della concezione estensiva d’autore. Entrambe, infatti, risultano poco conciliabili con ordinamenti a legalità formale, ove la fattispecie deve corrispondere a precisi requisiti di determinatezza, risultando tipizzata in tutti i suoi requisiti. Inoltre, gli inconvenienti legati all’accoglimento del puro criterio condizionalistico ne impedirebbero comunque

²⁴⁰ SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milano 1987, p. 26; nello stesso senso T.PADOVANI/L.STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose*, cit., pp. 21 e 22, mettono in evidenza l’indubbia matrice autoritaria e la valenza liberticida della disciplina generale in tema di concorso di persone nel reato.

²⁴¹ Cfr. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, cit., pp. 13 e 185 ss.; F. SCHIAFFO, *Istigazione e ordine pubblico*, cit., pp. 159 ss. Nonostante l’assenza di un valido appiglio normativo, la c.d. *concezione estensiva d’autore* è stata tuttavia sostenuta in dottrina: essa intende come autore non solo chi realizza la condotta tipica descritta dalla fattispecie di parte speciale ma, in senso davvero ampio, chiunque presti un contributo per la realizzazione dell’evento di fattispecie. V. soprattutto PECORARO-ALBANI, *Il concorso di più persone nel reato*, Milano, 1961, pp. 100 ss.; *contra* la quasi totalità della dottrina.

²⁴² Così Cass. 17.4.1978, Parisi, CED 139449, in *Riv. pen.* 1978, 871; Cass. 6.11.1991, Afelba, CED 188929, in *Giust. pen.*, 1992, II, 290.

²⁴³ PAPA, sub *art. 110 c.p.*, in *Codice commentato*, a cura di T. PADOVANI, Milano 2011, p. 819.

l'accoglimento nel nostro sistema²⁴⁴.

Maggiormente accolta è, sul piano dogmatico, la teoria dell'accessorietà²⁴⁵, secondo cui la condotta concorsuale atipica troverebbe rilevanza solo per il fatto di collegarsi o di accedere ad una condotta principale conforme alla norma incriminatrice. Essa può essere intesa in senso qualitativo, se riferita all'esigenza che le condotte atipiche accedano ad un fatto principale, oppure in senso quantitativo, in relazione alla struttura del fatto principale. In riferimento a questa seconda accezione, ne vengono proposte tre versioni: a) quella dell'accessorietà estrema, secondo cui la condotta principale dovrebbe essere non solo tipica, ma anche obiettivamente anti giuridica e colpevole. Alla stregua di quest'impostazione, risulterebbe non punibile un'istigazione accolta da un non imputabile che poi esegue da solo la condotta tipica; b) per la teoria dell'accessorietà limitata, invece, risulterebbero sufficienti tipicità e anti giuridicità della condotta principale, risultando così punibile il concorso atipico con il non imputabile; c) l'accessorietà nella sua versione minima, infine, si accontenterebbe della mera tipicità della condotta esecutiva, rendendo punibile a titolo di concorso anche il contributo causale atipico di un soggetto che partecipi al fatto tipico altrui, quand'anche questo fosse coperto da una causa di giustificazione.

L'accoglimento nel nostro sistema di questa teoria sarebbe confermato proprio dall'art. 115 c.p., che, nel prevedere la non punibilità dell'accordo o dell'istigazione sterili, farebbe discendere dalla successiva commissione di un reato la rilevanza penale del comportamento atipico²⁴⁶.

La teoria dell'accessorietà risponde meglio ad esigenze di legalità e di garanzia, ribadendo la necessità che anche il concorso criminoso rispetti il principio di

²⁴⁴ Nella manualistica v. C. FIORE - S. FIORE, *Diritto penale, cit.*, pp. 503 ss.; in particolar modo gli Autori assegnano un ruolo costitutivo all'elemento psicologico del fatto concorsuale, al fine di ripudiare il vecchio concetto causale dell'azione, che lascerebbe affiorare, a sua volta, i residui della concezione psicologica della colpevolezza; *contra* quasi tutta la manualistica, v. per tutti FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale. Parte generale, cit.*, pp. 501 ss.

²⁴⁵ La teoria dell'accessorietà risale al più tardi a CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, III ed., 1867, 250 ed è sostenuta in dottrina da LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato, cit.*, p. 67 s.; PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952, pp. 22 ss.; MORSELLI, *Note critiche sulla normativa del concorso di persone nel reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 414 s.; nella manualistica, v. C. FIORE - S. FIORE, *Diritto penale, cit.*, pp. 503 ss.

²⁴⁶ PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato, cit.*, p. 28.

tipicità, quale ineludibile canone di un diritto penale del fatto²⁴⁷. Tuttavia, ad avviso di parte consistente della dottrina, il vizio di fondo di tale orientamento risiederebbe proprio nella pretesa che la rilevanza del contributo concorsuale dipenda dalla presenza necessaria di una condotta principale tipica, il che lascerebbe ‘scoperti’ i casi di c.d. esecuzione frazionata del reato²⁴⁸, dove non esiste per definizione una condotta principale, e le ipotesi di concorso nel reato proprio²⁴⁹, quando sia il soggetto sfornito di qualifica a porre in essere la condotta descritta dalla norma incriminatrice. Ma la critica più serrata è quella volta a porre in evidenza che la teoria in questione omette di chiarire quale sia il nesso di reale dipendenza tra la condotta accessoria e quella principale, limitandosi in realtà a postularlo. Anche nel caso in cui il legislatore specificasse i dettagli del contributo di compartecipazione accessoria, l'impostazione teorica in questione sarebbe sempre in difficoltà nell'individuare il “limite inferiore” della compartecipazione, cioè il criterio in base al quale assegnare effettiva rilevanza penale al singolo contributo²⁵⁰.

Agli inconvenienti dell'accessorietà cerca di porre rimedio la più recente teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale. Secondo tale orientamento, dalla combinazione tra la disposizione di parte speciale e la disciplina generale di cui all'art. 110 c.p. nascerebbe una fattispecie plurisoggettiva eventuale, che consentirebbe di fondare la tipicità del contributo concorsuale atipico rispetto alla fattispecie monosoggettiva di parte speciale. Secondo altra dottrina, dovrebbe

²⁴⁷ FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 454; PAPA, sub art. 110 c.p., in *Codice commentato*, cit., p. 820.

²⁴⁸ I sostenitori dell'accessorietà, in relazione alle ipotesi di esecuzione frazionata del reato, superano le difficoltà affermando che “l'accessorietà è, in queste ipotesi di coesecuzione, reciproca: ciascun contributo, per acquistare rilievo giuridico, ha bisogno di venire accostato ad un altro complementare; al tempo stesso nell'incontro, non si limita a ricevere, ma conferisce gli elementi del tipo che all'altro fanno difetto”: così testualmente PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, cit., p. 96; *contra* DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Milano, 1956, p. 83, il quale non manca di sottolineare criticamente che se l'accessorietà si risolve in un'integrazione reciproca di condotte atipiche essa viene, nella sostanza, ad essere superata.

²⁴⁹ Con riferimento al concorso nel reato proprio, la dottrina dell'accessorietà ha sostenuto la possibilità di qualificare l'ipotesi della condotta perpetuata dal soggetto privo di qualifica come concorso nel corrispondente reato comune: così LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, cit., p. 590; M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, 1957, p. 100.

²⁵⁰ INSOLERA, *Concorso di persone nel reato*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino, 1988, p. 437; SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, cit., p. 77; SEMERARO, *Concorso di persone nel reato e commisurazione della pena*, Padova, 1986, p. 82; più recentemente PAPA, sub art. 110 c.p., in *Codice commentato*, cit., p. 820.

piuttosto parlarsi di tante fattispecie plurisoggettive differenziate quanti sono i soggetti concorrenti, che avrebbero in comune il medesimo nucleo di accadimento naturale, ma si distinguerebbero per l'atteggiamento psichico di ciascun concorrente e per le caratteristiche delle varie condotte.

Anche se buona parte della recente dottrina accoglie la teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale, la teoria dell'accessorietà, intesa in senso qualitativo, non può ritenersi superata²⁵¹.

La teoria dell'accessorietà pare rispecchiare meglio, sul piano logico, la scelta politico-criminale effettuata dal legislatore nel subordinare l'incriminazione delle forme di partecipazione non solo alla rilevanza causale, ma anche all'integrazione di un fatto di reato, quanto meno tentato. Il nostro codice ha così recepito la massima 'carrariana', secondo cui un'azione non può assumere rilevanza penale a titolo di concorso "finché l'autore non ha dal suo canto posto in essere almeno un tentativo del delitto voluto. Si può essere complici di un tentativo; ma tentativo di partecipazione non si ammette"²⁵².

Venendo al sistema delineato dagli artt. 110 e ss., il codice Rocco ha adottato un modello di disciplina c.d. unitario²⁵³, fondato sulla pari responsabilità dei concorrenti e sull'equiparazione sanzionatoria delle condotte di partecipazione, rifiutando il modello differenziato, già vigente sotto il codice Zanardelli ed ancora oggi adottato in molti sistemi stranieri, dove è il legislatore a procedere alla tipizzazione delle diverse forme di partecipazione, distinguendole in funzione dei ruoli rivestiti dai concorrenti (ad es. autore, complice, istigatore, determinatore, etc.). Nonostante la struttura unitaria, la condizione di rilevanza di un atto di concorso deve realizzare un duplice ordine di requisiti: sul piano oggettivo, è necessario procedere alla verifica di una connessione causale tra gli atti di concorso e l'evento; sotto il profilo soggettivo, è indispensabile la presenza della

²⁵¹ RINALDINI, sub *art. 110 c.p.*, in AA. VV., *Codice penale commentato, cit.*, 1111.

²⁵² CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, cit.*, p. 262.

²⁵³ Tale innovazione era coerente con il principio accolto dal codice nel regolare il *concorso di cause*, in forza del quale tutte le condizioni che concorrono a produrre l'evento sono cause di esso. Inoltre, sotto l'influenza del positivismo criminologico, si intese diversificare le responsabilità non sul piano della diversità delle condotte di partecipazione, bensì su quello della "pericolosità sociale" dei singoli compartecipi: vedi sul punto RINALDINI, sub *art. 110 c.p.*, in AA. VV., *Codice penale commentato, cit.*, p. 1105.

volontà di concorrere da parte di ciascuno dei concorrenti²⁵⁴. Più analiticamente rispetto alla giurisprudenza, la dottrina individua quattro fondamentali elementi della compartecipazione: *a)* la pluralità di agenti; *b)* la realizzazione di una fattispecie oggettiva di reato; *c)* il contributo del singolo concorrente; *d)* l'elemento soggettivo.

Per ciò che riguarda il requisito *sub b)*, la maggioranza della dottrina lo ricava dall'art. 115 c.p. Poiché il tentativo punibile costituisce la soglia minima dell'area di rilevanza penale, per aversi concorso di persone è necessario che siano posti in essere quantomeno gli estremi di un delitto tentato²⁵⁵. Dal concorso nel delitto tentato si distingue dunque nettamente il c.d. tentativo di concorso, sussistente quando: *a)* l'atto di partecipazione non venga seguito dalla commissione di un reato (consumato o tentato) da parte di uno o più concorrenti; *b)* l'atto medesimo sia seguito da un reato, senza tuttavia che rispetto ad esso sussista un qualsivoglia nesso causale o di agevolazione. Tale soluzione è imposta, oltre che dai principi di materialità e offensività, anche dal già ricordato art. 115 c.p., che svolge, dunque, un ruolo insostituibile per l'elaborazione dommatica del concorso di persone nel reato. Dai commi 1 e 3 della disposizione si evince, in modo molto chiaro, che “le condotte con cui si può *concorrere* in un reato, assumono rilevanza per un'ipotesi di compartecipazione criminosa, solo in quanto, o costituiscono esse stesse azione *esecutiva* del reato, ovvero accedano a una condotta esecutiva altrui: se il reato non viene commesso – se, cioè, nella realtà esterna, non viene realizzato, almeno in parte, il fatto tipico – le condotte di partecipazione al reato progettato, eventualmente già compiute da taluno dei concorrenti risultano, infatti, irrilevanti per l'applicazione della pena”²⁵⁶.

3.6.2 L'art. 115 c.p. e l'interpretazione delle fattispecie istigative speciali

Tra le posizioni della dottrina prevale quella di chi, per la elaborazione dommatica delle fattispecie di istigazione di parte speciale, ha assunto come norma generale

²⁵⁴ E' di questa opinione la giurisprudenza (da ultimo Cass. I, 18.12.85, Fioravanti, in *CP* 1987, p. 1106) e la maggioranza della dottrina: v. per tutti FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale, cit.*, p. 459; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale, cit.*, p. 535; PALAZZO, *Corso di diritto penale*, III ed. Torino, 2010, p. 495; MARINUCCI - DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, III ed., Milano, 2009, pp. 395 ss.

²⁵⁵ PATERNITI, *Concorso di persone nel reato*, in *Enc. Giur.*, Roma, 2009, VII, p. 2.

²⁵⁶ C. FIORE - S. FIORE, *Diritto penale, cit.*, p. 506.

di riferimento l'art. 115 c.p. In questo contesto, i “soli fatti dell'istigazione” della parte speciale configurano eccezioni alla regola della non punibilità *ex art. 115 c.p.*²⁵⁷

Il fondamento della non punibilità dell'accordo o dell'istigazione sterili va individuato nel difetto di tipicità che contraddistingue entrambe le condotte²⁵⁸, che porterebbero con sé qualcosa di meno del tentativo punibile; quest'ultimo, costituendo, a sua volta, la soglia minima della responsabilità penale, contribuirebbe a sancire l'irrilevanza delle condotte *sub art. 115 c.p.* La *ratio* della norma in esame, come emerge dai lavori preparatori, svolgerebbe, quindi, la funzione di individuare il limite minimo del delitto tentato; “in mancanza di tale previsione, infatti, la responsabilità *ex art. 56 c.p.* tenderebbe ad espandersi enormemente”²⁵⁹.

Secondo l'impostazione della dottrina tradizionale, invece, va escluso che l'art. 115 esprima una mera logica interna all'istituto del concorso di persone, configurandosi, all'inverso, come un'applicazione del principio generale della tendenziale irrilevanza delle condotte meramente preparatorie²⁶⁰. E', del resto, pacificamente riconosciuto che lo stesso principio non si applica solo alle istigazioni e agli accordi non seguiti dalla commissione del reato, ma a tutte le condotte di agevolazione e a ogni altra forma di complicità. In base all'art. 115 c.p. non risultano, quindi, punibili gli atti che non sono esecutivi, quanto meno in una fase iniziale. Il criterio è quello del “cominciamento di esecuzione”, valido ai fini della determinazione della punibilità del tentativo. Va, infatti, rilevato che dottrina e giurisprudenza manifestarono ben presto “una crescente insofferenza rispetto all'idea della soppressione di ogni distinzione fra atti preparatori ed atti esecutivi”²⁶¹, che nel codice Rocco significò ripudio nell'art. 56 c.p. della formula del “cominciamento di esecuzione” sancita dall'art. 61 del codice Zanardelli. In

²⁵⁷ In tal senso, MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, VI, cit., p. 162; CONTIERI, *I delitti contro l'ordine pubblico*, cit., p. 12; DOLCE, *Istigazione a delinquere*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano 1972, pp. 995 ss.

²⁵⁸ VASSALLI, *Accordo (dir. pen.)*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, p. 36; nello stesso senso, più recentemente, BERGAMASCO, *sub art. 115 c.p.*, in *Codice commentato*, a cura di T. PADOVANI, Milano 2011, p. 910.

²⁵⁹ Così testualmente BERGAMASCO, *sub art. 115 c.p.*, in *Codice commentato*, cit., p. 910; VIOLANTE, *Istigazione*, cit., p. 990; TONINI, *Istigazione, tentativo e partecipazione al reato*, in *Studi Delitala*, vol. III, Milano, 1985, p. 1597.

²⁶⁰ Ancora C. FIORE - S. FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 506.

²⁶¹ C. FIORE - S. FIORE, *op. loc. cit.*, p. 467

tale contesto, l'art. 115 c.p. è l'argomento di interpretazione sistematica utilizzato dalla dottrina per rileggere l'art. 56 c.p., nell'ottica del recupero di una soglia garantistica della punibilità, maggiormente rispettosa dei principi costituzionali di materialità e offensività della condotta. Si riconosce, quindi, all'art. 115 c.p. "una forza di espansione logica che dovrebbe indurre a riservare lo stesso trattamento giuridico a tutti gli atti che, pur senza essere commessi nell'ambito di un accordo o di una istigazione, tuttavia, hanno la stessa natura di quegli atti dichiarati non punibili"²⁶² in base al principio di irrilevanza delle condotte meramente preparatorie.

Altra impostazione, invece, sostiene che istigazione e accordo sterili siano penalmente irrilevanti, non in quanto atti meramente preparatori, bensì in quanto privi dei requisiti di idoneità e univocità²⁶³. L'autentica ragione d'essere dell'art. 115 c.p., nella sua natura di *quasi-reato* (art. 49 co. 2 c.p.), si individuerrebbe nella previsione dell'applicabilità della misura di sicurezza della libertà vigilata ex art. 229 n. 2 c.p. in mancanza della realizzazione di un fatto costituente reato, più che nella necessità di riaffermare la non punibilità del mero accordo o della mera istigazione²⁶⁴; questo perché l'art. 115 c.p. risulta decisivo per la determinazione del ruolo che le condotte morali assumono nella disciplina del concorso; esse hanno, nella fattispecie plurisoggettiva, "lo stesso valore che hanno le condotte preparatorie nella fattispecie monosoggettiva: irrilevanti, fino a quando non si raggiunge la soglia di punibilità del tentativo"²⁶⁵. E allora, l'art. 115 c.p. sta alla disciplina generale del concorso, come l'art. 56 c.p. sta a quella del tentativo:

²⁶² C. FIORE - S. FIORE, op. loc. cit., p. 468 il quale si riferisce alla monografia di B. PETROCELLI, *Il delitto tentato*, Napoli, 1995.

²⁶³ L. VIOLANTE, *Istigazione, cit.*, p. 990; TONINI, *Istigazione, tentativo e partecipazione al reato, cit.*, p. 1597.

²⁶⁴ Così ancora C. FIORE - S. FIORE, op. loc. cit., p. 506, in nota 5. Va opportunamente precisato che la possibilità di applicare la misura di sicurezza rileva in due ipotesi strutturalmente diverse: nel caso in cui il fatto rappresentato dall'istigatore sia una contravvenzione, la misura di sicurezza sarà applicabile solo se l'istigazione, pur non essendo stata seguita dalla realizzazione del reato, sia stata comunque accolta. Se oggetto dell'istigazione è, invece, un delitto, la misura di sicurezza potrà essere applicata indipendentemente da qualsiasi effetto abbiamo prodotto l'istigazione, ovvero anche qualora essa non sia stata accolta.

In argomento vedi pure G. LA CUTE, (voce) *Apologia e istigazione*, in *Enc. giur. Trec.*, XIX, Roma, 1988, p. 3, dove si avverte, riferendosi a MARINI, *Lineamenti del sistema penale*, Torino, 1993, p. 779, che "l'art. 115 c.p. è un esempio di limitata accettazione delle istanze positivistiche dirette ad ottenere un effettivo apprezzamento della pericolosità sociale del soggetto".

²⁶⁵ Testualmente F. SCHIAFFO, *Istigazione e ordine pubblico, cit.*, pp. 160-161, che dimostra così di utilizzare, in premessa, la lezione manualistica di Fiore; nello stesso senso PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato, cit.*, pp. 25 ss.

entrambe le norme, funzionando da moltiplicatori della tipicità²⁶⁶, fissano, in contesti diversi, le condizioni dalle quali dipende l'accesso alla soglia della tipicità delle condotte tentate o accessorie. Nel caso dell'art. 56 c.p., la tipicità di una condotta soltanto tentata è desunta alla stregua dei criteri della idoneità e della univocità²⁶⁷; nel contesto dell'art. 115 c.p., diversamente, la rilevanza penale della condotta dipende dal nesso con una condotta altrui, esecutiva e principale. Il contributo morale, suppur legato in termini di accessorietà all'azione esecutiva, deve essere legato ad essa da un nesso di causalità, reale e non solo potenziale, accertabile secondo criteri *ex post* e non *ex ante*. Sotto questo punto di vista, infatti, soltanto la condotta esecutiva, tentata o consumata, riesce a possedere un "autonomo contenuto criminoso"²⁶⁸, tale da potersi elevare a punto di riferimento "per le condotte di istigazione ed agevolazione, che, rispetto ad essa, non possono che porsi in termini accessori e secondari"²⁶⁹. Discende anche da ciò l'impossibilità sostanziale, prima che formale, di un tentativo di concorso²⁷⁰. La disposizione dell'art. 56 c.p. non è invocabile, perché disciplina atti idonei e univocamente diretti a commettere un delitto che di fatto non si realizza, e non "atti di partecipazione che si inseriscono, invece, in una realizzazione collettiva che giunge a compimento"²⁷¹. In conclusione, l'art. 115 c.p. permette l'esclusione della punibilità delle forme di complicità soltanto potenziali, nelle quali cioè l'ausilio inizialmente prestato manca di convertirsi in un apporto effettivo e perdurante, che influisca concretamente sulla realizzazione del fatto²⁷². A ritenere diversamente, si finirebbe col configurare la rilevanza di un mero "tentativo di partecipazione".

²⁶⁶ Gli artt. 110 ss. c.p. assicurano che condotte non tali alla stregua di fattispecie di parte speciale possano essere considerate tipiche; l'art. 56 c.p. cura le condizioni di tipicità di una condotta che non realizzi tutti gli elementi oggettivi della fattispecie di parte speciale.

²⁶⁷ Nel tentativo, il giudizio prognostico è quello che, pur formulato *ex post*, si riporta idealmente alla situazione *ex antea*, deducendo dalle circostanze esistenti in quel momento la verosimiglianza di una probabile verifica del fatto che l'agente si proponeva di realizzare con la sua condotta; così testualmente C. FIORE - S. FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 473; nello stesso senso FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 468, dove si parla di "capacità potenziale, attitudine, congruità dell'atto compiuto rispetto alla realizzazione del delitto preso di mira".

²⁶⁸ PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, cit., pp. 26 ss.

²⁶⁹ F. SCHIAFFO, *Istigazione e ordine pubblico*, cit., p. 161.

²⁷⁰ SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, cit., p. 261; in proposito v. F. SCHIAFFO, *Istigazione e ordine pubblico*, cit., p. 161.

²⁷¹ FIANDACA e MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 507.

²⁷² CARRARA, *Grado della forza fisica del delitto*, in *Opuscoli di diritto criminale*, I, 1870, Lucca, p. 577.

Tale impostazione, tuttavia, continua a destare perplessità in dottrina, proprio in merito all'affermazione che ne costituisce presupposto, e cioè che l'istigazione e l'accordo sterili non potrebbero mai, di per se stessi, costituire tentativo punibile. Tali condotte, infatti, potrebbero rilevarsi in concreto idonee e dirette in modo non equivoco a commettere un delitto. Ne deriverebbe la possibilità di punirle a titolo di tentativo, qualora non vigesse l'art. 115 c.p., cui, a questo punto, si attribuisce una funzione costitutiva, seppur in termini negativi. Secondo tale indirizzo, il ruolo sistematico della norma sarebbe allora quello di stabilire il minimo della soglia di punibilità del tentativo, in relazione all'istigazione e all'accordo sterili, "ma non anche di confermare sul piano dogmatico la distinzione tra atti esecutivi e preparatori; né di porre una regola generale di irrilevanza di questi ultimi"²⁷³.

Riteniamo, tuttavia, di non poter condividere quest'ultimo orientamento, in quanto, per esso, nell'art. 115 c.p. residuerebbe una semplice valutazione di opportunità politico-criminale; contenuto minimo, volto, in sostanza, a giustificare, sul piano teorico-generale, la presenza di fattispecie istigative speciali, in quanto deroganti la norma in esame. Secondo questa dottrina, infatti, "il legislatore, di fronte all'esigenza di tutelare beni giuridici di particolare valore contro aggressioni che assumono la forma dell'istigazione o dell'accordo, sceglierebbe di anticipare la soglia della punibilità solo in relazione a determinate fattispecie di reato, e non in via generale, attraverso l'ampliamento del limite minimo di punibilità del tentativo"²⁷⁴. Ciò, però, postula l'assunto secondo il quale tutte le fattispecie istigative speciali configurano legittime deroge all'art. 115 c.p., non nella sua forma di norma di parte generale a funzione garantistica, bensì nelle vesti di una mera disposizione di disciplina. In questa limitata prospettiva risulterebbe poco concludente la configurazione del rapporto tra le norme in termini di regola ed eccezioni, visto che l'orientamento non chiarisce quali debbano essere le condizioni soddisfatte le quali l'eccezionalità della norma speciale si ponga in termini di legittimità rispetto alla portata garantistica del principio generale.

²⁷³ Così ancora testualmente BERGAMASCO, sub *art. 115 c.p.*, in *Codice commentato, cit.*, p. 910; TONINI, *Istigazione, tentativo e partecipazione al reato, cit.*, p. 1601.

²⁷⁴ Testualmente BERGAMASCO, sub *art. 115 c.p.*, in *Codice commentato, cit.*, pp. 910 e 911; v. pure TONINI, *Istigazione, tentativo e partecipazione al reato, cit.*, p. 1591 e 1601.

Non è, dunque, un caso che parte della dottrina, anche più recente, consideri pacifica l'ammissibilità del tentativo di istigazione²⁷⁵, a dispetto dell'insegnamento, ormai maggioritario, secondo cui il tentativo non è configurabile nei reati di pericolo, a meno che non si intenda punire, anticipando eccessivamente la soglia della punibilità, il pericolo di un pericolo²⁷⁶. L'orientamento favorevole fa dipendere la soluzione unicamente dalla struttura dell'azione incriminata così come descritta dalla norma; ad esempio la mera preparazione di un filmato apologetico di azioni suicide di terroristi, peraltro impedita, nell'immediatezza della trasmissione televisiva, è, per quest'orientamento, un'ipotesi di tentativo!²⁷⁷.

A fronte di tale quadro dottrinario, si registra l'atteggiamento ondivago della giurisprudenza che, da una parte, ha considerato reato consumato (art. 266 c.p.) la consegna di pubblicazioni antimilitaristiche ad un militare che non le ha lette²⁷⁸, dall'altro, ha ritenuto inidonea, e quindi non punibile neanche a titolo di tentativo, una pubblicazione in quanto di modestissima tiratura²⁷⁹. Quest'ultima impostazione ci sembra più convincente, perché amplia l'area dell'inidoneità dell'azione, verificando in concreto l'offensività della condotta pericolosa. In caso contrario, si dovrebbe escludere l'idoneità solo nel caso di assoluta refrattarietà dell'ambiente a recepire l'impulso istigatorio o apologetico²⁸⁰, mentre al contempo dovrebbe ammettersi il tentativo in caso di mancata percezione del messaggio, come nel caso del sequestro di volantini prima della loro distribuzione o in quello di una lettera, bloccata dalla censura, spedita ad un militare per istigarlo a disobbedire alla legge²⁸¹.

²⁷⁵ PATALANO, *Significato e limiti della dattiloscopia del reato di pericolo*, Napoli, 1975; nello stesso senso G. LA CUTE, (voce) *Apologia e istigazione*, cit., pp. 5 e 6.

²⁷⁶ V. per tutti B. PETROCELLI, *Il delitto tentato*, cit., p. 81; F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. Struttura oggettiva*, Milano, 1994, pp. 17 ss.

²⁷⁷ In tal senso G. LA CUTE, (voce) *Apologia e istigazione*, cit., p. 6.

²⁷⁸ Cass. pen., sez. I, 16 gennaio 1978, Campobello, in *Giust. pen.*, 1978, II, 646.

²⁷⁹ Ass. Roma, 5 marzo 1981, Di Giovanni, in *Giur. it.*, 1981, II, 481.

²⁸⁰ Per questa impostazione, v. Cass. pen., sez. I, 23 gennaio 1979, Paolozzi, in *Cass. pen. Mass.*, 1981, 772; in dottrina l'orientamento è sostenuto da G. LA CUTE, (voce) *Apologia e istigazione*, cit., p. 6.

²⁸¹ Così anche VIOLANTE, *Istigazione a disobbedire alle leggi*, cit., p. 1011; ID., *Istigazione di militari a disobbedire alle leggi*, cit., p. 1009.

3.6.3 L'art. 110 c.p. come disposizione 'regolare' in tema di istigazione penalmente rilevante

Assunta l'istigazione come contributo morale all'altrui esecuzione del reato, sembra, allora, che, nell'ordinamento giuridico, la disposizione generale sulle sue condizioni di rilevanza penale sia data dalla norma fondamentale in materia di concorso di persone, di cui all'art. 110 c.p., più che dalla disposizione di cui all'art. 115 c.p. Con ciò si vuole sostenere che le fattispecie istigative speciali, più che una deroga al principio di irrilevanza del mero accordo/istigazione, rappresentino un evidente 'problema' di compatibilità con l'attuale disciplina del concorso: da una parte, conferma di come il principio della parificazione delle responsabilità abbia saputo assicurare quella vocazione autoritaria e repressiva con cui il legislatore fascista intese guardare al fenomeno concorsuale; dall'altra, 'triste' confutazione di tutti i tentativi di interpretazione adeguatrice che la dottrina ha cercato di portare avanti nel corso degli anni.

L'individuazione dei requisiti che decidono della rilevanza della condotta del singolo concorrente, infatti, rappresenta il vero banco di prova dell'effettiva portata delle soluzioni adottate nei vari ordinamenti²⁸².

Secondo una prima impostazione, molto seguita in giurisprudenza, la partecipazione al reato dovrebbe soddisfare il c.d. criterio causale, in base al quale la rilevanza della condotta del concorrente si affermerebbe solo nell'ipotesi in cui essa risulti collegata eziologicamente con il fatto di reato. Tuttavia, il requisito in questione, sul piano delle esigenze nascenti dal rigore formale del principio di legalità, risulterebbe troppo impreciso: da un lato, perché il secondo termine del rapporto causale risente della non ancora sopita *querelle* in ordine alla concezione di 'evento' del reato (potendo esso consistere tanto nell'evento in senso naturalistico, quanto nell'evento in senso giuridico); dall'altro, il riferimento potrebbe addirittura essere rinvenuto nella condotta dell'autore principale²⁸³. Inoltre, sul piano politico-criminale, l'adozione del criterio causale-condizionalistico, mentre risulterebbero ampliare troppo l'area della punibilità nel

²⁸² MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale, cit.*, p. 539 ss.

²⁸³ In questo senso ALBEGGIANI, *Imputazione dell'evento e struttura obiettiva della partecipazione criminosa*, in *Ind. pen.*, 1977, pp. 407 ss.; VIGNALE, *Ai confini della tipicità: l'identificazione della condotta concorsuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pp. 1360 ss.

caso di reato monosoggettivo, nel concorso verrebbe, invece, a limitare eccessivamente la responsabilità²⁸⁴. La sua applicazione al concorso, infatti, escluderebbe sia i contributi di mera “agevolazione”, sia i contributi rivelatisi, a reato eseguito, del tutto inutili.

Le insufficienze strutturali della formula condizionalistica nelle ipotesi di partecipazione non necessaria hanno, quindi, indotto dottrina e giurisprudenza all’abbandono di tale prospettiva in favore di altri criteri anche di tipo prognostico e presuntivo.

Il primo correttivo, elaborato dalla dottrina tedesca e ripreso da parte della manualistica italiana, è costituito dalla teoria della causalità c.d. agevolatrice o di rinforzo²⁸⁵, in base al quale è ritenuto penalmente rilevante “non solo l’ausilio necessario, che non può essere mentalmente eliminato senza che il reato venga meno, ma anche quello che si limita ad agevolare o facilitare il conseguimento dell’obiettivo finale”²⁸⁶.

Altri indirizzi propongono l’abbandono definitivo del riferimento al nesso causale e la sua sostituzione con giudizi di tipo prognostico, dove sarebbe sufficiente che l’azione del partecipe appaia *ex ante* idonea a facilitare la commissione del reato, accrescendone le probabilità di verifica²⁸⁷.

Tuttavia, quest’ultima soluzione, come abbiamo già visto, è da escludere in forza delle ragioni sistematiche che sostengono la non invocabilità di un criterio probabilistico soprattutto in sede di concorso morale. Certamente, in queste ipotesi, particolarmente delicato è il problema causale, per la natura psichica dei dati da collegare eziologicamente. Parte della dottrina sottolinea la necessità che il contributo psichico intervenga nella fase ideativa del reato, in modo tale da riuscire a rinforzare e/o determinare effettivamente l’altrui proposito criminoso; altri orientamenti ritengono, invece, rilevante il concorso morale anche se solo

²⁸⁴ Ancora MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale, cit.*, p. 540 s.

²⁸⁵ CLASS, *Die Kausalität der Beihilfe*, in *Festschrift für U. Stock*, Würzburg, 1966. p. 116; nella manualistica italiana sono FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale, cit.*, p. 505 a ritenere che la teoria meriti fondamentalmente di essere accolta.

²⁸⁶ V. FIANDACA e MUSCO, *op. loc. cit.*, p. 505, secondo i quali neppure questo modello sarebbe dotato di validità generale, non risolvendo quelle ipotesi in cui partecipazioni non necessarie manchino di apportare qualsiasi agevolazione causale, nonostante sembrino meritevoli di pena. Si fa l’esempio del complice “maldestro” o della fornitura di uno strumento che non viene poi utilizzato dall’esecutore materiale.

²⁸⁷ In tal senso MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale, cit.*, p. 524; ALBEGGIANI, *Imputazione dell’evento e struttura obiettiva della partecipazione criminosa, cit.*, p. 427.

configurabile in termini di sostegno all'altrui attività esecutiva²⁸⁸. Va immediatamente rilevato che l'abbandono del criterio condizionalistico a favore di giudizi di tipo prognostico comporterebbe gravi inconvenienti soprattutto in questa sede, data l'immaterialità di questa forma di partecipazione; inconvenienti da collegare alla valorizzazione di momenti esclusivamente soggettivistici, che trasformerebbero la sollecitazione morale dell'istigatore in una mera adesione al fine comune, con la conseguenza di collegare agli stessi una sanzione priva di presupposti oggettivi²⁸⁹. Il reflusso soggettivistico, conseguenza della natura prognostica dei criteri di accertamento, comporterebbe l'inevitabile ricorso ad automatiche presunzioni probatorie che, nella dinamica del processo penale, porterebbero a pericolosi meccanismi di inversione dell'onere della prova.

La dottrina si rivela, però, fortemente critica verso i succitati orientamenti giurisprudenziali, sottolineando l'importanza di rimanere stabilmente ancorati al criterio causale anche nel caso del concorso morale: soltanto le sollecitazioni morali effettivamente incidenti sulla psiche dell'autore materiale dovrebbero, infatti, essere ritenute punibili, occorrendo la prova di un reale legame causale con il reato. Rispetto all'istigazione, ciò comporta, innanzitutto, la necessità che siano determinati oggetto e destinatari, non potendo risultare punibile il contributo psicologico non concernente un reato determinato e non indirizzato ad una categoria limitata di soggetti.

E' necessario, quindi, che l'istigazione produca un "doppio evento", costituito dall'effettiva incidenza della condotta istigatoria sia sul presupposto criminoso dell'esecuzione, sia sulla commissione del reato²⁹⁰. C'è, però, chi in dottrina ritiene che l'art. 115 co. 3 c.p. debba essere piuttosto inteso nel senso che "chi istiga risponde non già per aver posto in essere un antecedente causale [...], ma

²⁸⁸ MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 543; Cass. I, 10.5.1993, Algranati, in *MCP*, 1994, 53, n. 11344.

²⁸⁹ PAPA, sub *art. 110 c.p.*, in *Codice commentato*, cit., p. 837. Va avvertito che quest'ultimo orientamento è molto diffuso in giurisprudenza: valga per tutti il riferimento a Cass. VI, 8.3.1991, Jankson e altro, in *Giust. pen.*, 1991, II, p. 493.

²⁹⁰ Diffusamente sul punto SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, cit., p. 261, richiamato da F. SCHIAFFO, *Istigazione e ordine pubblico*, cit., pp. 1121 ss.; *contra*, per l'autonoma rilevanza dell'istigazione quale modalità tipica di partecipazione al reato, v. VIGNALE, *Ai confini della tipicità: l'identificazione della condotta concorsuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pp. 1404 ss.; VIOLANTE, *Istigazione*, cit., p. 993.

per aver tenuto una condotta rispondente al modello legale, e perciò tipica”²⁹¹. Con ciò vorrebbe sostenersi che nel nostro ordinamento assumono rilevanza non solo le condotte istigatorie che pongono in essere un antecedente causale del reato altrui, ma anche quelle che causalmente determinanti non sono, perché si limitano a rinsaldare l’altrui intenzione criminosa. In realtà, come è stato da più parti messo in luce, “nulla autorizza a ripiegare su giudizi di tipo prognostico”²⁹², perché “non può esservi complicità morale, a prescindere da un’effettiva influenza sulla psiche dell’esecutore materiale del reato”²⁹³.

L’attribuzione di un ruolo esegetico primario alla disposizione di cui all’art. 110 c.p. significa, allora, disporre di un punto di riferimento completo, che sposti i termini della questione dalla affermazione dell’irrelevanza della mera istigazione all’irrelevanza dell’istigazione non seguita dalla realizzazione del reato-scopo²⁹⁴.

Le fattispecie istigative speciali, infatti, per definizione, non risultano agganciate ad alcun secondo termine di riferimento, essendo l’istigazione punita indipendentemente dalla commissione di un reato-scopo. Sotto il profilo dell’elemento soggettivo, poi, “si richiede una precisa direzione finalistica delle condotte morali in esame, che devono essere volte alla realizzazione (pur se mediata dall’opera di altro soggetto) di un reato precisamente determinato”²⁹⁵. Ciò, nelle disposizioni di cui agli artt. 266, 302, 303, 414 e 415 c.p., non si verifica, visto che le norme si accontentano della presunta pericolosità di una generica istigazione, non collegata alla commissione di alcun fatto di reato.

²⁹¹ L. VIOLANTE, voce *Istigazione (nozioni generali)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 896.

²⁹² FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 510.

²⁹³ Ancora FIANDACA-MUSCO, *op. loc. cit.*, p. 510; nello stesso senso v., tra altri, SEMINARA, *Riflessioni sulla condotta istigatoria come forma di partecipazione al reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pp. 1123 ss.

²⁹⁴ Così ancora SCHIAFFO, *Istigazione e ordine pubblico*, cit., pp. 168 e 169.

²⁹⁵ Così testualmente BERGAMASCO, sub *art. 115 c.p.*, in *Codice commentato*, cit., p. 907; NORMANDO, *L’istigazione. Problemi generali della fattispecie e rapporti con il tentativo*, cit., pp. 9 ss.

3.7 La fenomenologia dell'istigazione quale figura sintomatica di un diritto penale d'autore

L'enucleazione di un unico ambito categoriale entro cui ricondurre tutte le fattispecie istigative dell'ordine pubblico e della personalità dello Stato possono essere considerate sino a cogliere, nella stessa istigazione, i segni di una vera e propria fenomenologia, nel significato attribuitole dal filosofo E. Husserl, quale metodo di indagine volto a cogliere il fenomeno nel suo offrirsi alla coscienza come pura essenza, attraverso la riduzione eidetica (cioè la riduzione del flusso delle esperienze vissute dalla coscienza individuale alle pure essenze) e la messa tra parentesi (*epoché*) dell'intero complesso dei giudizi scientifici e non. In questo quadro, le esperienze vissute dalla coscienza individuale sono rappresentate dalle applicazioni giurisprudenziali post-repubblicane che, ispirandosi, da un lato, ad un antistorico tecnicismo giuridico, e ignorando, dall'altro, il dato del mutamento istituzionale rappresentando dall'avvento della Costituzione, hanno sancito l'estraneità dal momento interpretativo di ogni implicazione di ordine sistematico, vincolandosi, invece, a canoni di tipo soggettivo, piegando le fattispecie in questione alla funzione di criminalizzare la mera ideologia. Negli anni Sessanta, infatti, la Corte di Cassazione²⁹⁶, con specifico riferimento all'art. 415 c.p., ancora escludeva la necessità di un accertamento in concreto della pericolosità, ritenuta intrinseca alla realizzazione della condotta, "tanto da affermare esplicitamente che il reato di istigazione alla disobbedienza delle leggi di ordine pubblico sussiste indipendentemente dalle conseguenze che possono derivare dalla condotta tipica"²⁹⁷. La mancata considerazione degli elementi del fatto espressivi del profilo offensivo ha caratterizzato anche l'esegesi giurisprudenziale dell'art. 414 co. 1 c.p., la cui realizzazione è stata affermata indipendentemente sia dall'accertamento della concreta pericolosità della condotta, sia dalla distanza temporale, nel futuro o nel passato, del reato evocato dall'autore della condotta²⁹⁸. Si tratta di applicazioni evidentemente dirette a far trionfare la logica del "reato

²⁹⁶ Cass., sez. I, 22 novembre 1974.

²⁹⁷ Così testualmente F. SCHIAFFO, *Istigazione e ordine pubblico*, cit., p. 140.

²⁹⁸ Cfr. Cass., sez. un., 18 novembre 1958, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, 183 ss., 200 s., con nota di BOGNETTI, *Apologia di delitto e principi costituzionali della libertà di espressione*.

formale” e del c.d. pericolo presunto, nella sua forma più lontana dai canoni del diritto penale del fatto. Sulla scorta di tali parametri, il piano dell’accertamento non coinvolge mai (o *quasi* mai) il verificarsi di un evento di pericolo come conseguenza di una condotta delittuosa e l’indagine probatoria si concentra unicamente sulla contrarietà dell’attività istigatoria rispetto alla norma penale. In tal caso, sembra quasi che si tratti di valutare unicamente l’avvenuta lesione del c.d. ‘oggetto giuridico formale’ del reato, ossia la mera violazione del ‘diritto subiettivo pubblico dello Stato’, del diritto all’obbedienza del pubblico potere, cui corrisponde l’obbligo di fedeltà del privato.

La fenomenologia dell’istigazione si disvela quale forma sintomatica di un diritto penale d’autore. Ciò che viene criminalizzato, infatti, e concretamente punito è la *Gesinnung* dell’agente, cioè il suo atteggiamento interiore, seppur manifestato con un’opinione, e la sua condotta di vita. Si finisce in sostanza per sanzionare unicamente una pericolosità soggettiva dell’agente e la tipicità è ridotta così a mero elemento di giudizio rivolto alla personalità del soggetto²⁹⁹. Il tipo d’autore dell’art. 266 c.p. sarebbe allora l’antimilitarista; il generico dissidente politico (comunista, bolscevico o socialista) quello degli artt. 302, 304, 414 e 415 c.p. In altre parole, tutte le fattispecie istigative, che siano a tutela dell’ordine pubblico o della personalità dello Stato, partecipano ad una complessa operazione di legittimazione *naturale* del potere costituito, che è tutelato “già semplicemente in quanto tale, ovvero perché è costituito”³⁰⁰. La difesa degli assetti del regime viene colta nella prospettiva giuridica di un rapporto tra autorità e libertà, evidentemente sproporzionato a favore del primo elemento, dove l’esigenza della legge di evitare che i sudditi diventino cittadini si inquadra nella funzione del legalismo etico, che non si preoccupa di ricercare alcuna forma di legittimità o legittimazione sostanziale (come quella che deriverebbe da una Costituzione rigida), accontentandosi di meri criteri di legalità, dove la legittimazione interna delle norme deriva dalla loro validità. In questa dimensione, l’opzione giuspositivista vuole le istigazioni del codice Rocco legittimate in base alla loro mera previsione in norme ordinarie che, in quanto unico criterio di giustizia richiamabile in chiave

²⁹⁹ In tal senso, rispetto al fenomeno più circoscritto della “disobbedienza” militare, v. anche GAMBERINI, *Forze armate e tutela penale delle istituzioni*, cit., p. 85.

³⁰⁰ Così anche F. SCHIAFFO, *Istigazione e ordine pubblico*, cit., p. 131.

assiologica, o sono ciecamente obbedite o inevitabilmente violate³⁰¹. Va da sè, infatti, che quando si criminalizza l'autore per le opinioni non dominanti che costui esprime in un contesto di regime, la contrarietà ai canoni del diritto penale del fatto si configura quale il viatico più efficiente per mettere sotto accusa un'intera ideologia, la cui contestazione da parte della maggioranza passa attraverso la punibilità dell'individuo, il quale si trova ad essere strumentalizzato per finalità politico-criminali.

A dimostrazione di ciò, basta riferirsi al c.d. caso Tolin³⁰². Si tratta della condanna per apologia e istigazione a delinquere del direttore responsabile di "Potere Operaio", che, nell'ottobre 1969, uscì con il titolo "Si' alla violenza operaia", all'indomani degli scontri tra forze dell'ordine e tute blu per l'occupazione degli stabilimenti FIAT di Torino. La condanna fu intesa dagli stessi giudici che la inflissero come un "monito per i poco accorti assertori dei diritti dei deboli che patrocinano l'adozione di metodi violenti di contestazione", che, quindi, ricorderanno che "la legge va sempre rispettata anche perché mai come nell'anarchia³⁰³ i deboli sono facile preda dei prepotenti"³⁰⁴. Quei giudici specificarono che tutte "le manifestazioni di pensiero che non siano una serena critica alla legge penale, ma eccitamento alla loro violazione e, quindi, attentato alle istituzioni" sono fatte oggetto dell'intervento punitivo; dove per "serena critica" si intende, con evidenza, un ossequioso e amorfe allineamento dell'individuo alle volontà dell'autorità. Ci si chiede, infatti, come sia possibile procedere al discernimento tra il 'criticare serenamente' e l'eccitare alla violazione. In più, il diritto di cronaca venne reso incompatibile con il delitto di cui all'art. 414 c.p., non potendo sussistere esercizio di un diritto relativamente

³⁰¹ Sul punto, per tutti, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 199 ss.; Sull'istigazione cfr. ancora F. SCHIAFFO, *Istigazione e ordine pubblico*, cit., p. 131. Di "conformismo ideologico" parla A. SESSA, *Tutela penale dell'ordine pubblico e teleologismo dei valori costituzionali: ambiti e prospettive di un riformismo razionale*, cit., p. 33.

³⁰² Tolin, professore di filosofia e direttore responsabile della rivista "Potere Operaio", fu condannato per istigazione a disobbedire alle leggi in concorso con apologia di delitto per aver scritto le seguenti frasi: "Si alla violenza operaia"; "la violenza operaia va difesa, fino in fondo"; "la lotta operaia contro lo sfruttamento va rafforzata ed attuata con metodi sempre più violenti".

³⁰³ Per il termine *anarchia* cfr. CURCIO, (voce) *Anarchia*, in *Novissimo Dig. It.*, I, Torino, 1957 p. 612 s.; GUELI, (voce) *Anarchia*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 384 s.

³⁰⁴ Tribunale di Roma 11 dicembre 1969, in *Giur. merito* 1970, II, pp. 232 ss., 248, con nota di CONSO-TOSI-ZUCCALA', *Note sul caso Tolin*, pp. 232 ss.; L'esempio e il riferimento bibliografico sono contenuti anche in F. SCHIAFFO, *Istigazione e ordine pubblico*, cit., p. 123.

all'approvazione di fatti preveduti dalla legge come reati. In definitiva, l'istigazione speciale posta a tutela dell'interesse pubblico, contraddice la stessa concezione 'moderna' delle categorie dommatiche del reato, che nell'odierna tripartizione dello stesso, sono orientate assiologicamente alla realizzazione di ben precisi compiti politico-criminali³⁰⁵. In particolare il *Tatbestand*, ben lontano dal soddisfare le esigenze di determinatezza e tassatività garantite dal principio di legalità, si riduce a mera violazione dell'ordine legalistico imposto dalla norma; l'antigiuridicità, nella sua funzione di risolvere i conflitti sociali che sorgono dalla collisione di interessi individuali e/o sociali, è praticamente annullata, visto che, ove si tratta di fatti previsti dalla legge come reato, l'esercizio di diritti fondamentali mai potrebbe produrre un effetto scriminante; la colpevolezza, concetto sconosciuto al legislatore del 1930, è, invece, in un contesto energicamente orientato alla difesa del regime, ben lontana dal costituire il presupposto ed il limite garantistico per l'esercizio della pretesa punitiva statale intesa in termini di prevenzione.

³⁰⁵ Per l'elaborazione di una metodologia assiologicamente orientata, che assegna alle tradizionali categorie del reato - fatto, antigiuridicità e colpevolezza – ben precisi compiti politico-criminali, v. C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, a cura di S. MOCCIA, Napoli, 1998, pp. 37 ss., *passim*.

4. L'apologia

4.1 Introduzione ai reati di apologia

“Apologia” (dal greco *apò-logos*) significa “esposizione di ragioni a favore di una dottrina o di una persona confutando le critiche, e consiste nell’esaltazione (*ex e altus*) che significa levare in alto, accrescere, magnificare con lodi”³⁰⁶.

Il legislatore del 1930 intese, in primo luogo, attribuire alla rilevanza penale di condotte apologetiche un’importante funzione politico-criminale di chiusura del cerchio repressivo: da un lato, infatti, l’art. 303 ult. co. c.p.³⁰⁷ si configura in sostanza quale valvola sussidiaria del sistema repressivo posto a tutela della ‘personalità dello Stato’; medesimo *τελος* risulta essere assegnato all’art. 414 co. 3 c.p. per ciò che riguarda i delitti contro l’ordine pubblico.

Va precisato che la tecnica di incriminazione che qui viene in rilievo conferì alla repressione delle ‘opposizioni politiche’ una funzione di clausola di sicurezza, nella misura in cui tutte quelle condotte (*rectius*, atteggiamenti interiori) non riconducibili negli altri delitti, poterono assurgere a fatti penalmente rilevanti in virtù di un ulteriore abbassamento della soglia della punibilità, idoneo a rendere punibili anche quei pensieri che “non esercitavano azione”³⁰⁸, ma che, nello stesso tempo, risultavano pericolosi per l’assetto pubblicistico-formale dell’ordinamento. In secondo luogo, l’apologia fu autonomamente incriminata. Ne risultò la creazione di fattispecie come l’art. 272 ult. co. (apologia sovversiva) accompagnate da altre fattispecie non classificabili come tipici reati di opinione: tra i tanti, l’art. 269 c.p. (attività antinazionale del cittadino all’estero)³⁰⁹, diretto, al tempo in cui fu emanato, contro gli antifascisti all’estero³¹⁰; l’art. 304 c.p.

³⁰⁶ Per comodità di esposizione riportiamo testualmente la definizione di G. LA CUTE, (voce) *Apologia e istigazione*, cit., p. 1.

³⁰⁷ La norma risulta abrogata dall’art. 18 co. 1 della l. n. 205 del 25 giugno 1999.

³⁰⁸ ARANGIO-RUIZ, *Il diritto di stampa*, Modena, 1905, p. 331.

³⁰⁹ La disposizione risulta abrogata ex art. 12, l. n. 85 del 24 febbraio 2006. Il testo originario così disponeva: “Il cittadino che, fuori del territorio dello Stato, diffonde o comunica voci o notizie false, esagerate o tendenziose sulle condizioni interne dello Stato, per modo da menomare il credito o il prestigio dello Stato all’estero, o svolge comunque un’attività tale da recare nocumento agli interessi nazionali, è punito con la reclusione non inferiore a cinque anni”.

³¹⁰ Il rilievo appartiene fondato nella misura in cui esso risponde coerentemente all’ideologia del legislatore del ’30 che vede la coesione delle istituzioni dello Stato all’interno in diretta funzione con una politica di potenza sul piano internazionale, e viceversa. Così FIORE, *Libertà di espressione politica e reati di opinione*, cit., p. 488; nello stesso senso GAMBERINI, *Forze armate e tutela penale delle istituzioni*, cit., p. 93.

(cospirazione politica mediante accordo) che punisce il complotto che si estrinseca nella forma dell'accordo, anche se il delitto non è commesso; l'art. 305 c.p. (cospirazione politica mediante associazione), dove oggetto di criminalizzazione è il complotto che si rivela unicamente nella forma dell'associazione. Le tre suddette esemplificazioni indicano con chiarezza un dato: quando il legislatore intese 'mettere mano' alla riorganizzazione delle proprie pretese punitive, prese di mira, anche nella stesura di delitti associativi (come l'art. 305), l'opinione dissenziente, consapevole che più che il 'fatto' può la 'parola'; più che una condotta materiale o un'associazione è l'accordo o la finalità a risultare pericolosa per un regime. Come già rilevò autorevole dottrina, l'*iter* progressivo di tutela della sicurezza dello Stato e del suo ordine pubblico può snodarsi attraverso diverse fasi, cui corrispondono tecniche di tutela penale differenziate: l'incriminazione della semplice risoluzione di commettere un delitto (che rende punibile la fase dell'opinione o addirittura dell'ideazione); l'incriminazione della proposta fatta e non accettata di commettere un tale delitto (qui, verrebbero in rilievo fattispecie istigative autonome); la punizione del complotto o della cospirazione, ossia della risoluzione di agire e dell'accordo di più persone nello scopo o nei mezzi (art. 304 c.p.); la punizione del complotto, seguito da taluni atti preparatori (artt. 305 e 306 c.p.); infine, l'incriminazione diretta dei delitti contro la personalità dello Stato e dell'ordine pubblico nella forma dell'attentato o della piena consumazione³¹¹.

Nella criminalizzazione delle *apologie*, pertanto, il legislatore ebbe a mente il pericolo di "infezione psicologica" che può derivare da tale forma di eccitamento³¹².

³¹¹ F. BRICOLA, (voce) *Cospirazione politica mediante accordo o associazione*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 122.

³¹² Di "infezione psicologica" parla OLIVERO, (voce) *Apologia e istigazione (reati di)*, in *Enc. Dir.*, II, Milano, 1958, p. 620, il quale pure ritiene, a certe condizioni, legittimo che il legislatore criminalizzi le semplici condotte istigatrici ed apologetiche, come attività preparatorie, in presenza di interessi particolarmente rilevanti o di fronte alla possibilità di danni socialmente gravissimi, *op. loc. cit.*, p. 619.

4.2 L'apologia tra autonomia di incriminazione e natura indiretta di istigazione

Come risulta dai lavori preparatori del codice, l'apologia rappresenta una tipica forma di istigazione indiretta³¹³ consistente in una manifestazione del pensiero esaltante un fatto illecito, considerato eticamente o socialmente riprovevole, o un fatto costituente reato³¹⁴. La tesi, oggetto di diversi ripensamenti interpretativi³¹⁵ e oscillazioni giurisprudenziali³¹⁶, fu fortemente sostenuta dalla dottrina³¹⁷, nel tentativo di limitare la punibilità dell'apologia a quei soli comportamenti concretamente idonei a provocare la condotta esaltata. In astratto, infatti, la deduzione di una natura istigativa (seppur indiretta) da sola sarebbe in grado di convertire la figura dell'apologia da reato di pericolo presunto in un reato di pericolo concreto.

Al fine di superare le frizioni tra il brocardo *cogitationis poenam nemo patitur* e i reati di opinione prevalse l'atteggiamento di legittimare la rilevanza penale dell'istigazione con l'argomento secondo cui essa, essendo espressione di un intendimento pratico di coniugazione tra un'intenzione e una volontà, rappresenta una "quasi azione"³¹⁸, come tale non coperta dalla garanzia costituzionale riferita alla semplice manifestazione del pensiero³¹⁹.

Evidentemente conclusioni diverse non poterono valere per l'apologia che, sostanziandosi in una condotta morale di difesa elogiativa, "si distingue naturalisticamente dall'istigazione nella misura in cui soltanto sul piano

³¹³ ROCCO, *Relazione sul progetto del codice penale*, cit., p. 44.

³¹⁴ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte speciale*, II, cit., p. 571; DI VICO, *Il delitto di apologia*, cit., 785 ss.; MANZINI, *Trattato*, cit., IV, p. 663.

³¹⁵ In antitesi alla ricostruzione dell'apologia come istigazione indiretta, cfr. NORMANDO, *L'istigazione*, cit., pp. 38 ss., secondo cui le fattispecie non sarebbero assimilabili, non solo sul piano dell'idoneità della condotta, ma anche su quello dell'univocità motivazionale, che non sussiste nei casi di apologia ove i destinatari sono indeterminati.

³¹⁶ La tesi dell'istigazione indiretta, già anteriormente sostenuta dalla dottrina, fu, infatti, prima accolta dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 65 del 4 maggio 1970, poi disattesa, in relazione alle diverse fattispecie di apologia di genocidio (art. 8 co. 2 l. 9 ottobre 1967, n. 962) e apologia di fascismo (art. 4 della l. n. 645 del 10 giugno 1952) da Cass., 29 marzo 1985, in *Foro it.*, 1986, II, v. 19, con commento di FIANDACA. Recentemente, nuove tendenze della giurisprudenza di merito sembrano aver recuperato l'orientamento tradizionale della natura istigativa dei reati di apologia: al riguardo v. Ass. Milano, Ud. 14 novembre 2001 (dep. 23 novembre 2001), in *Cass. pen.*, 2003, 1006, con nota di FRONZA, *Brevi note sulla teoria dell'istigazione indiretta in tema di apologia*, p. 1013 s.

³¹⁷ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 233; NUVOLONE, *I reati della stampa*, Milano, 1951; ; OLIVERO, (voce) *Apologia e istigazione (reati di)*, cit., p. 621.

³¹⁸ BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 267.

³¹⁹ ESPOSITO, *Libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, cit., p. 51.

dell'intelletto (e non anche su quello della volontà) è diretta a convincere all'azione il destinatario della manifestazione del pensiero: l'apologia non è azione e, quindi, sarebbe coperta dalla garanzia di cui all'art. 21 Cost.”³²⁰.

Se è così, quanto appena detto coglie nel segno: la teoria dell'istigazione indiretta serve a recuperare il concetto di “azione” anche per le fattispecie di apologia. L'orientamento fu seguito dalla Consulta, ma esso non portò mai – come vedremo – a risultati apprezzabili. In base a questa teoria, quindi, il momento essenziale dell'apologia è l'eccitamento, cioè lo stimolo che un soggetto esercita sul processo formativo della volontà di un altro soggetto. Il requisito dell'idoneità risulterà allora concretamente sussunto solo quando la sollecitazione, in relazione al contesto in cui opera, avrà in potenza un'efficacia eziologica tale da poter incidere sull'altrui volontà. Il suo accertamento, come ovvio, seguirà un tipico percorso prognostico, dove il nucleo ermeneutico centrale verrà assorbito dalla pericolosità intrinseca della condotta.

Ora se è vero – com'è vero – che anche le condotte istigative o apologetiche autonome sono rilevanti solo se manifestano concretamente un'intrinseca idoneità ad offendere gli interessi protetti dalle norme, va condiviso il rilievo circa la natura tautologica della distinzione tra istigazione e apologia. In questo contesto, infatti, visto che il contributo morale rileva solo se idoneo, cade, in definitiva, ogni motivo di distinguere³²¹. E', tuttavia, certo che la distinzione stessa non è superabile in via interpretativa e, anzi, risulta valida al punto da legittimare eventuali ipotesi di concorso tra le due figure; concorsi di norme tanto ineccepibili sul piano formale, quanto irricevibili sotto il profilo politico-criminale.

L'orientamento dell'istigazione indiretta, pertanto, va inserito nella più complessa operazione ermeneutica, addebitabile soprattutto alla giurisprudenza, volta ad una “progressiva, quanto indebita, assimilazione”³²² tra diverse forme di condotte (istigazione, apologia, propaganda e vilipendio) per accomunarle tutte nella

³²⁰ SCHIAFFO, *Istigazione ed apologia nei delitti contro l'ordine pubblico*, in AA. VV., *Delitti contro l'ordine pubblico*, a cura di S. MOCCIA, Napoli, 2007, p. 157.

³²¹ Così GAJOTTI, *Istigazione e determinazione nella teoria del reato*, Genova, 1948, pp. 90 ss.; nello stesso senso, seppur da un diverso angolo visuale, v. anche CONSO-TOSI-ZUCCALA', *Note sul caso Tolin, cit.*, p. 234, secondo i quali “l'istigazione indiretta non può che essere una semplice modalità dell'istigazione e non può essere quindi indicata con un *nomen iuris* diverso da quello dell'istigazione”.

³²² FIORE, *Libertà di espressione politica e reati di opinione, cit.*, p. 488.

fuoriuscita dagli ambiti di tutela dei diritti costituzionalmente riconosciuti, e segnatamente da quello di libera manifestazione del pensiero *ex art. 21 Cost.* La dottrina, infatti, ha più volte messo in evidenza che, soprattutto in coincidenza con i momenti più delicati e cruciali dello sviluppo democratico, la giurisprudenza di legittimità pervenne ad una definizione dell'apologia punibile implicante “puramente e semplicemente la soppressione della libertà di espressione”³²³.

4.3 L'apologia sovversiva o antinazionale

La disposizione di cui all'art. 272 c.p.³²⁴, considerata dalla dottrina “certamente la più significativa fra tutte”³²⁵ quelle dedicate al dissenso politico, è una novità del codice Rocco, ma trova generici e remoti precedenti nelle tre leggi anti-anarchiche del 1888, 1894 e 1898, e soprattutto nella legge istitutiva del Tribunale speciale fascista, la l. n. 2008 del 25 novembre 1926, denominata “provvedimenti per la difesa dello Stato”³²⁶. Il testo originario dell'art. 272 c.p., al primo comma, rendeva punibile con la reclusione da uno a cinque anni chiunque nel territorio dello Stato facesse propaganda per l'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 facesse propaganda per la distruzione di ogni ordinamento politico e giuridico della società. L'art. 272 co. 2 c.p. prevedeva la reclusione da sei mesi a due anni per la c.d. propaganda antinazionale, “fatta per distruggere o deprimere il sentimento nazionale”. Infine, il comma 3 dello stesso articolo comminava la stessa pena a chiunque facesse apologia dei “fatti preveduti dalle disposizioni precedenti”.

La norma descrive, quindi, tre condotte distinte: *a)* la propaganda sovversiva (comma primo); *b)* la propaganda antinazionale (comma secondo); *c)* l'apologia

³²³ FIORE, *op. loc. cit.*, p. 495.

³²⁴ La disposizione è stata abrogata dall'art. 12 l. n. 85/2006, recante “*Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione*”.

³²⁵ FIORE, *Libertà di espressione politica e reati di opinione*, cit., p. 488; Condivide tale assunto MARCONI, *Apologia sovversiva, violenza scritta ed eversione ideologica*, in *Giur. mer.*, 1979, 1179, il quale parla di “norma che più emblematicamente di ogni altra esprime una intensa portata persecutoria”, p. 1180.

³²⁶ Questa specie di illecito trovava riscontro nello *Sprengstoffgesetz* tedesco del 1894 che, oltre alla figura dello *Sprengstoffverbrechen* e dello *Sprengstoffkomplott*, prevedeva la provocazione (*Aufforderung*) e la apologia (*Anrühmung*) di codesti delitti.

della sovversione politica e sociale e l'apologia della depressione del sentimento nazionale (comma terzo).

In linea con quanto evidenziato in precedenza, la disposizione in esame era evidentemente volta a mettere sotto perenne accusa le ideologie marxiste o, più in generale, quelle anti-fasciste³²⁷. Il regime dichiarò il proprio obiettivo pubblicamente già nei lavori preparatori del codice, dove si legge che l'art. 272 c.p. incrimina il fatto di colui che “faccia propaganda dei programmi e dei metodi di azione propri delle associazioni comuniste e delle associazioni anarchiche”³²⁸. A conferma dell'ampio ambito di applicazione della norma, la dottrina dell'epoca non dubitava che rientrassero nel suo ambito di applicazione anche i circoli socialisti³²⁹. Il *trait d'union* era rinvenuto dal fascismo nella comune intenzione ideologica, che accomunava le formazioni comuniste o bolsceviche a quelle anarchiche e socialiste, di sostituire, o comunque di porre fortemente in discussione, le modalità fasciste di ripartizione della ricchezza; il Guardasigilli, infatti, scrive in Relazione³³⁰ che il comune obiettivo delle sinistre fosse quello di distruggere la proprietà individuale, che, come bene giuridico, gode(va) anche della protezione della prima parte dell'art. 270 c.p., dal momento che entrambe le disposizioni (art. 272 co. 1 e art. 270 c.p.) fanno menzione degli “ordinamenti economici costituiti nello Stato”. Ciò spiega anche il motivo per cui la disposizione in esame si conclude con la previsione di una pura apologia, a fronte delle due precedenti condotte di propaganda. Se fino ad allora, infatti, i regimi liberali avevano ritenuto sufficiente tutelare la proprietà individuale con le tecniche di incriminazione del vilipendio a tutela delle istituzioni costituzionali, quella tutela il regime fascista la rafforzò attraverso la previsione di una condotta di

³²⁷ Cfr. Corte di Assise di Bologna, 26-11-1968, in *Quale giustizia*, 1970, p. 30, citata da FIORE, *op. loc. cit.*, p. 496, che condanna, per il delitto di cui all'art. 272 c.p., i compilatori di alcuni manifesti elettorali contenenti citazioni dal “libretto rosso” di Mao-tse Tung, accompagnate dall'affermazione che “solo la rivoluzione può sopprimere lo stato borghese”.

³²⁸ ROCCO, *Relazione al codice penale*, vol. V, *cit.*, p. 56; Una conferma dell'assunto la si ritrova anche in G. VASSALLI, *Propaganda sovversiva e sentimento nazionale*, *cit.*, p. 1096 e 1097. Il grande giurista racconta di aver saputo personalmente da Arturo Rocco, all'epoca in cui fu un suo studente, che disposizioni, come quelle dell'art. 270 c.p. e 272 c.p., erano costate al tecnico una certa fatica, “perché si trattava di ridurre in termini astratti la repressione di ben concreti ed esistenti movimenti politici, anzi, diciamo pure, partiti politici”.

³²⁹ MANZINI, *Diritto penale italiano*, II ed., 1942, IV, n. 957, IV a).

³³⁰ ROCCO, *Relazione al codice penale*, *cit.*, p. 52.

apologia sovversiva, certamente più idonea, sul piano politico-criminale, ad “assicurare più opportunamente la repressione di tale vilipendio”³³¹.

Con le citate disposizioni si intendeva proprio colpire chiunque sostenesse l’idea della lotta di classe in contrapposizione con la collaborazione delle stesse voluta dalla dottrina fascista. Di qui il malizioso passo della Relazione dal quale si apprende che la violenza è ritenuta un requisito intrinseco dell’ideologia socialista o comunista³³².

Già tempo fa, la dottrina chiarì che l’art. 272 c.p., nella previsione dell’apologia, incrimina non già azioni, ma pure manifestazioni di pensiero. Ciò è dimostrato dal fatto che, quando il legislatore ha voluto rendere punibili forme ben più concrete di sovversione (come i fatti di organizzazione e di associazione), “il dispositivo di repressione scatta per l’applicazione di norme ben più severe”³³³.

Come risulta poi da un rapido raffronto con gli artt. 266 e 303 c.p., “l’apologia e la propaganda sovversiva saranno punibili anche se commesse in privato”³³⁴. Non v’è dubbio, pertanto, che se i fatti descritti dall’art. 272 c.p. sono commessi “pubblicamente” diventa quasi sempre applicabile l’art. 303 c.p. che punisce la pubblica istigazione e apologia.

Ma ciò che ancor più rileva è che l’art. 303 ult. parte c.p., riferendosi ai delitti non colposi, previsti nel capo I e II del titolo primo, per i quali sia prevista una pena detentiva, ingloba nel proprio ambito di applicazione lo stesso art. 272 c.p., rendendo punibile la pubblica apologia... dell’apologia³³⁵; la dottrina meno recente, infatti, considerava scontata la possibilità del concorso fra il delitto istigato e la sua (pubblica o privata) apologia, così come l’eventualità che lo stesso autore del fatto potesse rispondere per l’apologia del suo delitto³³⁶.

³³¹ ROCCO, *Relazione al codice penale, cit.*, p. 56.

³³² Approfondisci in G. VASSALLI, *Propaganda sovversiva e sentimento nazionale, cit.*, p. 1098, che cita a scanso di equivoci, l’ultima edizione precedente la caduta del regime fascista del MANZINI, *Diritto penale italiano*, II ed., 1942, vol. IV, n. 989, IV a), il quale, conformemente alla *Relazione*, sosteneva che la “propaganda socialista a favore dello sciopero, essendo lo sciopero violenza morale, rientrasse perfettamente negli schemi dell’art. 272 comma primo c.p.”.

³³³ FIORE, *Libertà di espressione politica e reati di opinione, cit.*, p. 489.

³³⁴ ROCCO, *Relazione al codice penale, cit.*, p. 57; cfr. anche BORGHESE, *Il codice penale italiano commentato*, 1953, p. 671.

³³⁵ Così ancora opportunamente FIORE, *Libertà di espressione politica e reati di opinione, cit.*, p. 489.

³³⁶ MANZINI, *Trattato, cit.*, IV, p. 620.

In più, le condotte descritte dall'art. 272 c.p. possono essere commesse indifferentemente tanto dal cittadino, quanto dallo straniero o dall'apolide, quanto dal "militare"³³⁷.

Per ciò che riguarda le applicazioni giurisprudenziali della norma, il delitto previsto dall'art. 272 c.p. fu interpretato quale reato formale, di pericolo presunto; per la sua concretizzazione fu, pertanto, costantemente ritenuto sufficiente il solo fatto dell'apologia sovversiva o della propaganda, in quanto "fatti" presunti dalla legge assolutamente pericolosi per la personalità dello Stato, indipendentemente dagli effetti che tale propaganda o apologia avessero prodotto.

Ciò provocò un effetto distorsivo anche sul piano della fattispecie soggettiva e, precisamente, su quello del dolo, per la cui integrazione era richiesta unicamente la prova dell'intenzionalità dell'espressione propagandistica o apologetica. Non si richiedeva, pertanto, né la consapevolezza dell'agente in ordine alla portata suggestiva della locuzione, né, soprattutto, la sua idoneità a porre in pericolo la sicurezza dello Stato.

La disposizione, salutata dalla Relazione di Rocco quale strumento di repressione delle apologie e delle propagande insidianti gli ideali di patria e di organizzazione socio-economica del fascismo, tornò utile alla giurisprudenza repubblicana per impedire lo smarrimento del 'senso' dello Stato e del suo ordine pubblico, enfaticamente ed idealmente posti, proprio in particolari momenti di tensione sociale³³⁸, quando l'apologia sovversiva fu utilizzata per reprimere gli autori di scritte murali inneggianti a quelle associazioni che avessero finalità eversive o che fossero organizzate in bande armate³³⁹.

Lo studio della giurisprudenza dimostra, ancora una volta, che norme come l'art. 272 c.p. sanzionano la violazione dell'obbligo di fedeltà imposto ai consociati,

³³⁷ Così MARCONI, *Propaganda ed apologia sovversiva*, in *Enc. dir.*, XXXVII, p. 149.

³³⁸ Condivide tale giudizio anche MARCONI, *Propaganda ed apologia sovversiva*, *cit.*, p. 148, secondo l'art. 272 c.p. è stato elevato, "nel contesto del sistema penale vigente – grazie soprattutto al prevalere di un diritto ermetico che ha sradicato la fattispecie dal suo *humus* originario e ne ha ingigantito le proiezioni di tutela degli interessi fondamentali dello Stato contro latenti minacce rivoluzionarie -, ad una sorta di palladio della democrazia"; in senso conforme GALLO e MUSCO, *I delitti contro l'ordine costituzionale*, *cit.*, p. 21.

³³⁹ Cfr., tra le tante, Corte di Assise di Teramo, 16 febbraio 1979, in *Giur. mer.*, 1979, con nota di MARCONI, *Apologia sovversiva, violenza scritta ed eversione ideologica*, *cit.*, che condannò, per apologia sovversiva ex art. 272 c.p., tre giovani per aver vergato sui muri dello stabilimento industriale SPEA di Teramo la scritta <<Il comunismo non si può processare, W le Brigate Rosse>>.

sicché prevale un incolore principio di obbedienza e di sudditanza, cui ogni cittadino deve piegarsi di fronte agli interessi vitali dello Stato³⁴⁰.

Lo scivolamento dell'apologia sovversiva in una forma di pura 'manifestazione del pensiero' fu, però, negato dalla Corte costituzionale che, con la sentenza n. 87/1966³⁴¹, rigettando come infondati i dubbi di legittimità costituzionale avanzati sull'art. 272 c.p., procedette all'*Inversionsmethode* in base alla quale è la norma ordinaria di apologia sovversiva a funzionare da limite ai *Grundrechte*, e non viceversa l'art. 21 Cost. a decretare l'illegittimità di una norma, il cui fine dichiarato era quello di imbavagliare la propagazione di messaggi politici di stampo marxista o anarchico³⁴². Il terreno era fecondo per affermare conseguentemente che attività di divulgazione, proselitismo ed esaltazione non si identificassero perfettamente con la manifestazione di pensiero, per l'intrinseca diversità finalistica dell'apologia sovversiva, connessa strettamente ad un'azione, e non ad una semplice conoscenza o sentimento.

I commenti della dottrina furono ragionevolmente drammatici: la motivazione della sentenza in oggetto fece giustizia sommaria di tutte le idee illuministico-liberali che avevano da sempre riconosciuto l'illimitatezza della libertà di manifestazione del pensiero, visto che le opinioni sovversive mai avrebbero potuto costituire un pericolo per la saldezza degli istituti fondamentali dello Stato³⁴³. Il messaggio apologetico-propagandistico, invece, fu ritenuto presuntivamente idoneo a porre in pericolo i valori sociali protetti, risultando esso legato da un rapporto immediato e 'magico' con un'azione, portante in sé un'intrinseca capacità di suscitare reazioni violente, compresa la distruzione dell'ordinamento politico-sociale³⁴⁴.

³⁴⁰ Così ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, p. 50 s.

³⁴¹ Già citata in nota 71, v. Corte costituzionale, sentenza n. 87/66, del 6-7-1966, in *Giur. cost.*, 1966, p. 1091.

³⁴² GALLI, *Brevi note sulla questione di incostituzionalità dell'art. 272 c.p.*, in *Temi* 1965, 1710.

³⁴³ ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, cit., p. 53; nello stesso senso v. MARCONI, *Apologia sovversiva, violenza scritta ed eversione ideologica*, cit., p. 1188.

³⁴⁴ Duro anche il giudizio di AMATO, *Libertà di pensiero e propaganda sovversiva*, in *Dem. e dir.*, 1966, p. 491, il quale ritiene che la Consulta abbia sminuito troppo la portata applicativa dell'art. 21 Cost., fino a degradare la libertà di manifestazione del pensiero a qualcosa di assai meno nobile e meno degno di garanzia; vedi sull'argomento anche F. MANTOVANI, *I reati di opinione*, in *Il Ponte*, I-II, 1971, secondo il quale l'opinione che pretende di dedurre dal divieto

Rispetto a tali conclusioni si può certo dire che, per quella giurisprudenza, il pensiero politico è ontologicamente legato all'azione, ed è la sua stessa essenza che lo destina ad influire sui comportamenti di tutti i consociati³⁴⁵.

Né appare fondata l'equivalenza tra contributo apologetico e violenza. E' pur sempre incontestabile, infatti, che la 'violenza', per essere antiggiuridica, ha necessità di tradursi in 'fatto'³⁴⁶, e diviene 'fatto' solo quando venga posta in essere o si tenti di farla porre in essere³⁴⁷, non già allorché se ne faccia esaltazione, elogio o proclamazione³⁴⁸. La Corte, invece, dimostra di confondere 'l'idea di violenza' con l'uso della violenza, legittimando l'interpretazione analogica del divieto costituzionale che ne copre l'uso anche all'area delle idee, con una conseguente restrizione della tutela assicurata dall'art. 21 Cost. alla libera manifestazione del pensiero³⁴⁹.

costituzionale della violenza anche il divieto delle *idee* sulla violenza prova troppo e impedisce, di fatto, la libertà del dibattito politico,

³⁴⁵ CERRI, *Libertà di manifestazione del pensiero, propaganda, istigazione ad agire*, in *Giur. cost.*, 1969, p. 1180; nello stesso senso PULITANO', *Giudice negli anni '70*, Bari, 1977, p. 243, per il quale una simile impostazione trasformerebbe in privilegio aristocratico la libertà di pensiero; più recentemente ancora MARCONI, *Apologia sovversiva, violenza scritta ed eversione ideologica, cit.*, p. 1189, il quale cita la suggestiva immagine di HOLMES, *Opinioni dissenzienti*, Milano, 1975, p. 132, secondo cui "ogni idea è un incitamento. Essa si offre come credo e, se accettata, si fa strada, a meno che un altro credo non la soppianti, o una insufficienza di energie non soffochi il movimento in sul nascere".

³⁴⁶ MARCONI, *Apologia sovversiva, violenza scritta ed eversione ideologica, cit.*, p. 1190.

³⁴⁷ PALMIERI, *Osservazioni in tema di istigazione a delinquere*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1968, 996.

³⁴⁸ FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957, pp. 113 ss.

³⁴⁹ In merito ai rapporti tra apologia sovversiva e apologia di fascismo, si veda MARCONI, *Apologia sovversiva, violenza scritta ed eversione ideologica, cit.*, p. 1191 s., il quale mette in evidenza una disparità di trattamento giurisprudenziale tra le due fattispecie. "Non si vede – scrive l'Autore – come possa apparire giustificato che la legittimità costituzionale degli art. 4 e 5 della l. 20 giugno 1952 n. 645, in combinato disposto con la XII Disp. trans. cost., sia stata subordinata, a differenza di quel che accade per l'art. 272 c.p., alla risultanza oggettiva che la manifestazione del pensiero o la difesa elogiativa delle teorie e dei personaggi del fascismo fosse idonea, in relazione all'ambiente ed al momento dell'attività, a ricostituire il partito o le organizzazioni fasciste. Viene cioè da chiedersi perché la Corte costituzionale abbia sentito solo in quest'ultimo caso la necessità di proteggere la libertà di pensiero, inducendo l'interprete a tener conto di un evento di pericolo concreto (cui la norma non faceva cenno), mentre la stessa esigenza non è stata avvertita riguardo all'apologia sovversiva"; in materia di apologia di fascismo l'Autore si riferisce a Corte cost., sent. 26 gennaio 1957, n. 1, in *Giur. cost.*, 1 s. e Corte cost., sentenza 6 dicembre 1958 n. 74, *ivi*, 1958, 958, con nota di C. ESPOSITO.

4.4 La propaganda sovversiva e antinazionale

L'art. 272 c.p. rendeva punibile al primo comma la propaganda c.d. sovversiva e, al comma successivo, la propaganda c.d. antinazionale.

La funzione politico-criminale assegnata alla disposizione è già stata analizzata. Per quel che riguarda la propaganda, va solo aggiunto che la volontà di sopprimere i partiti e le associazioni antifasciste (espressa dall'art. 270 c.p. "associazione sovversiva") si servì anche del logico corollario di vietarne la diffusione delle idee, e quindi, la propaganda degli elementi ideologici e degli obiettivi politici.

La norma sopravvisse, in parte, anche al vaglio della Corte costituzionale che si espresse con sentenza n. 87/1966³⁵⁰, dichiarando incostituzionale³⁵¹ soltanto la condotta di propaganda antinazionale di cui al comma secondo dell'art. 272 c.p.

Secondo la Consulta, la propaganda sovversiva appariva conforme alla Costituzione perché intrinsecamente diretta al ricorso alla violenza e perché ontologicamente costituente un mezzo per conseguire un mutamento nell'ordine sociale³⁵².

³⁵⁰ Corte costituzionale 6 luglio 1966 n. 87, in *Giur. cost.*, III-IV, 1966, 1090, con nota critica di G. VASSALLI, *Propaganda sovversiva e sentimento nazionale, cit.*; l'intervento della Consulta è stato altresì commentato da G. AMATO, *Libertà di pensiero e propaganda sovversiva*, in *Dem. e dir.*, I, 1966, p. 485.

³⁵¹ Corte cost. 6 luglio n. 87, *cit.*, p. 1104, dove si legge che il sentimento nazionale "è pur tuttavia soltanto un sentimento, che sorgendo e sviluppandosi nell'intimo della coscienza di ciascuno, fa parte esclusivamente del mondo del pensiero e delle idealità. La relativa propaganda non è indirizzata a suscitare violente reazioni, come nel caso della *propaganda sovversiva*, né è rivolta a vilipendere la nazione od a compromettere i doveri che il cittadino ha verso la patria od a menomare altri beni costituzionalmente garantiti. Non trattasi quindi di propaganda che ha finalità illecite, e pertanto qualsiasi limitazione di essa contrasta con la libertà garantita dall'art. 21 Cost."

³⁵² Per una visione critica dell'impostazione giurisprudenziale v. ancora G. VASSALLI, *Propaganda sovversiva e sentimento nazionale, cit.*, p. 1100, secondo il quale gli "artt. 270 e 272 configurano meri reati di opinione, sia pure in senso lato: di associazione a fine di promuovere l'affermazione teorica di idee politiche e di propaganda di tali idealità. Appena si entrasse nell'azione, subentrerebbero altri e ben più gravi titoli di reato"; *contra* P. ROSSI, *Lineamenti di diritto penale costituzionale*, Palermo, 1954, pp. 88 ss., secondo il quale le norme sarebbero conformi allo spirito della Costituzione; *contra* anche NUVOLONE, *Le leggi penali e la Costituzione*, Milano, 1953, pp. 48 ss., secondo il quale il riferimento che l'art. 272 c.p. faceva al termine "violenza" era concretamente idoneo a giustificare la costituzionalità della norma. L'Autore aggiunge, tuttavia, che "naturalmente, la propaganda illecita è soltanto quella diretta, concreta: la semplice esposizione di una dottrina su un piano ideologico astratto non può essere colpita: il concetto di propaganda politica implica infatti un elemento *pragmatistico*, la riserva di un risultato immediato, di un influsso sulla volontà collettiva, che si vuol dirigere in un determinato senso. Potremmo dire che la propaganda è un discorso *teleologico*; l'esposizione dottrinarla un discorso *logico*".

Quella sentenza conteneva due affermazioni importanti: la prima – come già detto in tema di apologia – riguarda la pretesa fungibilità delle norme penali in sistemi diametralmente opposti per matrice e propensione libertaria³⁵³; secondo la Corte, disposizioni chiaramente dirette contro determinati partiti poterono essere trapiantate, *mutatis mutandis*, in un ordinamento che quei partiti li vedeva addirittura al governo³⁵⁴; la seconda consiste nell’equiparare la propaganda ad un discorso teleologico, la cui nota finalistica, secondo la Corte, faceva del concetto un *quid* che avesse a che fare già con la formula di un ‘inizio d’azione’, diversamente dalla mera manifestazione del pensiero, che consisteva in un discorso logico, e che per questo si risolveva nel dare semplicemente ‘verbo’ ad una mera *cogitatio*³⁵⁵.

L’art. 272 c.p. fu, pertanto, nel nuovo contesto repubblicano, funzionalizzato alla tutela del metodo democratico³⁵⁶, del diritto al lavoro, dell’organizzazione sindacale e dell’iniziativa economica privata, ma non furono precisati i risultati del bilanciamento tra questi interessi – comunque di rilievo costituzionale – e la libertà di manifestazione del pensiero³⁵⁷. L’art. 272 c.p., pertanto, puniva il mero svolgimento di un’attività propagandistica, prescindendo dall’esistenza di qualsiasi pericolo.

³⁵³ G. VASSALLI, *Propaganda sovversiva e sentimento nazionale*, in *Giur. cost.*, 1966, pp. 1100 ss.

³⁵⁴ Così principalmente ancora G. VASSALLI, *op. loc. cit.*, p. 1101; *contra* G. AMATO, *Libertà di pensiero e propaganda sovversiva*, *cit.*, p. 486, che, pur arrivando alle stesse conclusioni del Vassalli, condivide la premessa della Corte, in base alla quale l’art. 272 c.p. non è da ritenersi illegittimo solo perché nato a difesa delle istituzioni fasciste.

³⁵⁵ La critica di Vassalli, *op. loc. cit.*, p. 1101 e 1102, si colora quasi di una nota umoristica quando il grande Maestro si chiede ironicamente: “Vorremmo domandare a quei valenti autori: a chi applichereste oggi l’art. 272 (e l’art. 270)? A un partito socialista che propugnasse apertamente come obiettivo finale l’instaurazione violenta della dittatura del proletariato? [...] Certo essi troverebbero qualche imbarazzo nella risposta”.

Tuttavia, ci pare molto emblematico che la speranza che il giurista nutriva per una veloce abrogazione della norma (il governo dell’epoca, infatti, pareva si accingesse a porre fine alla storia dell’art. 272 c.p.) si realizzerà soltanto quarant’anni dopo la data di pubblicazione dello scritto, con la l. n. 85/2006.

³⁵⁶ Cfr. sul punto VASSALLI, *op. loc. cit.*, p. 1102, secondo il quale non sarebbe seriamente sostenibile l’applicabilità dell’art. 272 c.p. contro movimenti e propagande diversi da quelli socialisti, anarchici e comunisti. Ciò significava che, nonostante la rifunzionalizzazione dell’art. 272 c.p. alla tutela del metodo democratico, la norma non poteva non continuare ad esercitare la sua originaria funzione politico-criminale, ossia quella di mettere sotto perenne accusa le ideologie della sinistra italiana.

³⁵⁷ V. sul punto G. AMATO, *Libertà di pensiero e propaganda sovversiva*, *cit.*, p. 487, secondo il quale la Corte rinunciò praticamente ad effettuare qualsiasi tipo di bilanciamento tra i diversi interessi costituzionali, sui quali pure aveva fondato le premesse della sua decisione.

Di qui la “malizia” della Corte in ordine alla distinzione tra “propaganda” e “manifestazione del pensiero”³⁵⁸.

I giudici, soffermandosi sulla circostanza che la propaganda politica dell’art. 272 c.p. fosse tesa a propugnare la necessità del ricorso alla violenza, quale mezzo di sovversione dell’ordine costituito, fecero del concetto un *quid* assimilabile all’azione. La propaganda veniva vista, cioè, alla stregua di un’attività mirante a plasmare le volontà politiche dei destinatari e a predisporre gli animi alla disobbedienza all’autorità dello Stato³⁵⁹.

Tale concezione era accolta anche da una parte della dottrina dell’epoca che, al pari dell’istigazione e dell’apologia, riteneva che l’attività propagandistica fosse già, nelle sue note connotative, volta ad eccitare, a commuovere, a spingere la volontà altrui verso fini non leciti e con mezzi antiggiuridici³⁶⁰.

A ben vedere, la premessa concettuale dell’orientamento riposava sull’assunto - mal dimostrato - che una manifestazione del pensiero in senso stretto comportasse unicamente l’astratta enunciazione di principi teorici, e non anche una convinta e appassionata adesione ai corollari e ai valori di una determinata *visione* del mondo. Come già la dottrina dell’epoca rilevò correttamente, una simile diversificazione non soltanto non godeva di alcuna base positiva in sé, ma addirittura risultava contraddetta dallo stesso art. 21 Cost., che non discrimina tra pensiero e pensiero, concedendo a tutte le espressioni lo stesso schermo di tutela³⁶¹.

In più, non si poteva non accusare la Corte costituzionale di aver scritto una sentenza a dir poco “maliziosa”, per aver espunto dall’area di tutela dell’art. 21 Cost. tanto la propaganda quanto l’apologia, per il fatto che entrambe si riannodassero ad una prassi teleologica a sfondo violento.

³⁵⁸ L’espressione è di AMATO, *op. loc. cit.*, p. 491.

³⁵⁹ In termini analoghi si esprime BOGNETTI, *Apologia di delitto punibile ai sensi della Costituzione, cit.*, p. 54, nota n. 60.

³⁶⁰ V. per tutti BETTIOL, *Sui limiti penalistici alla libertà di manifestazione del pensiero*, in *Scritti giuridici*, t. 2, Padova, 1966, p. 1041 ss. e NUVOLONE, *Il diritto penale della stampa, cit.*, p. 164 ss.

³⁶¹ Così MARCONI, (voce) *Propaganda sovversiva, cit.*, pp. 151 e 152.

La dottrina di quei tempi, infatti, trovava comunque incontestabile che il pensiero politico fosse ontologicamente legato all'azione³⁶² (perché “ogni idea è un incitamento”³⁶³, è un invito ad agire in una determinata direzione, è un costante e interminabile flusso di relazioni e di coscienze), ma non per questo condivideva l'apoditticità dell'assunto della Corte, in base al quale l'invito propagandistico all'uso della violenza veniva equiparato, in termini di efficienza causale, all'effettiva predisposizione di un sistema di lotta politica per l'instaurazione di una dittatura.

Sostenere – come ha fatto la Consulta – che la propaganda non è protetta perché è intrinsecamente capace di ‘recar danno’, ha significato negare le ragioni stesse di esistenza del sistema democratico³⁶⁴.

Tuttavia, dottrina e giurisprudenza tradizionali ammettevano che: *a)* i delitti in questione si consumassero nel momento e nel luogo di verifica del fatto propagandistico o apologetico, senza nessuno riguardo al risultato effettuale di esso; *b)* la propaganda e l'apologia sovversiva potessero assumere il carattere della permanenza e sussistere in vincolo di continuazione, ovviamente se unificati dal medesimo disegno criminoso; *c)* il partecipe ad un'associazione sovversiva che svolgesse anche opera di propaganda sovversiva potesse essere ritenuto responsabile ai sensi di entrambe le fattispecie (art. 270 e 272 c.p.).

In ultima istanza, va rilevato che l'orientamento del Giudice delle leggi confermò in pieno quello che era in quegli anni l'atteggiamento dei giudici di merito³⁶⁵ in materia di reati di opinione: la storia del salvataggio dell'art. 272 c.p. è storia di ‘conformismo’ e ‘conservatorismo’ giurisprudenziale rispetto ai dettami infausti del passato.

La Corte di Cassazione, dopo aver espresso, nei primi anni successivi al secondo conflitto mondiale, l'avviso secondo cui i reati di cui agli artt. 270 e 272 c.p.

³⁶² A. CERRI, *Libertà di manifestazione del pensiero, propaganda, istigazione ad agire*, in *Giur. cost.*, 1969, p. 1180.

³⁶³ V. HOLMES, *Opinioni dissenzienti*, Milano, 1975, p. 132, citato da MARCONI, *op. loc. cit.*, p. 152.

³⁶⁴ A. CERRI, *op. loc. cit.*, p. 1181.

³⁶⁵ Nel senso che la propaganda, oltre che manifestazione del pensiero diretta a più persone, è attività di diffusione delle idee e qualificata dal raggiungimento di un fine, v. Ass. La Spezia 9 febbraio 1970, in *Foro it.*, 1970, II, p. 310; Cass. 6 ottobre 1971, in *Cass. pen. mass.*, 1973, pp. 100 ss.; Cass. 29 gennaio 1975, in *Giust. pen.*, 1976, II, pp. 683 ss., con nota di ALBAMONTE, *La nozione di propaganda nel delitto previsto dall'art. 272 del codice penale, e sue implicanze sotto l'aspetto soggettivo del delitto*; cfr. MARCONI, (voce) *Propaganda sovversiva, cit.*, p. 149.

erano stati introdotti al fine di tutelare le istituzioni e gli organi creati dal fascismo, ragione per cui erano da ritenersi abrogati, con conseguente caducazione delle decisioni emesse alla stregua di tali fattispecie³⁶⁶, in virtù dell'art. 1 d.lgt. 27 febbraio 1944, n. 159, nel quale si stabiliva l'abrogazione di tutte le norme emanate a tutela di organi ed istituzioni fasciste³⁶⁷, divenne stranamente di parere contrario.

I giuristi, che pure avevano assecondato la volontà antidemocratica ed oppressiva del regime, “mai avrebbero immaginato che vent'anni dopo i giudici della Cassazione avrebbero scoperto che quelle norme esprimevano « non peculiari finalità del passato regime, ma obiettive esigenze dello Stato» e, meno ancora, che trent'anni dopo i giudici costituzionali dell'Italia democratica avrebbero colto proprio quegli esempi per affermare [...] il principio secondo cui «quali che siano il tempo e l'occasione che le hanno dato vita, la norma va esaminata nella sua obiettiva struttura ed interpretata nella sua reale portata»³⁶⁸.

4.5 L'apologia di reato

Il terzo comma dell'art. 414 c.p. commina la stessa pena prevista per l'istigazione pubblica a chiunque pubblicamente faccia apologia di uno o più delitti, confermando così che le due condotte appartengono ad ambiti concettuali distinti. Abbiamo già detto dell'apologia come quella particolare modalità di manifestazione del pensiero consistente nell'esaltazione di un fatto o del suo autore, accompagnata dall'intento di spronare o eccitare altri all'imitazione o, comunque, all'eliminazione del disvalore che generalmente, sotto il profilo

³⁶⁶ Vedi Cass. 13 marzo 1949, Aglietto, in *Riv. pen.*, 1949, 711; Cass., 22 marzo 1950, Mazzoni, in *Giur. compl. Cass. pen.*, 1950, n. 1886, 492; Cass., 12 giugno 1950, Cambi, *ivi* 1950, n. 4474, 471; Cass. 13 settembre 1949, Trezzi, *ivi* 1949, n. 4568, 1020. Cfr. MARCONI, *Apologia sovversiva, violenze scritte ed eversione ideologica, cit.*, p. 1186.

³⁶⁷ Sulle resistenze da parte della giurisprudenza a dare attuazione al dettato di tale articolo del d.lgt. n. 159 v. approfonditamente NATOLI, *Residui del regime nero e Corte costituzionale*, in *Dem. e dir.*, 1974, p. 197 s.

Gli artt. 270 e 272 c.p. anche secondo la giurisprudenza di legittimità consideravano la personalità dello Stato nei suoi aspetti essenziali e nelle sue permanenti necessità di difesa, non potendo così in alcun modo essere visti come retaggio esclusivo dell'ideologia fascista. Anzi, queste incriminazioni avrebbero provveduto alla tutela della personalità dello Stato indipendentemente dalle situazioni politiche che in esso si esprimono nel tempo, a prescindere dalle fluttuazioni di idee politiche e di valori morali; Cfr. sul punto MARCONI, *Apologia sovversiva, violenze scritte ed eversione ideologica, cit.*, p. 1186-1187; ID., *Propaganda ed apologia sovversiva, cit.*, p. 148.

³⁶⁸ G. VASSALLI, *op. loc. cit.*, p. 1097, che cita testualmente alcuni passaggi della sentenza della Corte costituzionale n. 87/1966.

giuridico o anche sociale, si riconosce a quelle condotte oggetto di ‘difesa’ apologetica³⁶⁹. Sotto questo profilo, l’apologia rappresenta, senza alcun dubbio, una forma di istigazione indiretta³⁷⁰ e, in tal senso, costituisce un’inutile ripetizione pleonastica della condotta di pubblica istigazione contenuta nel primo comma della disposizione in esame³⁷¹.

Tuttavia, fino al 1970³⁷², la disposizione visse nella giurisprudenza di merito e di legittimità quale mera fattispecie di pericolo presunto, a cui si assegnava il significato di difesa elogiativa di un fatto di reato, che dimostrasse, sul piano espressivo, la piena adesione spiriturale dell’apologeta al disvalore dell’incriminazione. La disposizione appariva, quindi, completamente svincolata dal requisito dell’idoneità, risultando sufficiente all’integrazione del reato “il semplice giudizio favorevole espresso su un fatto costituente reato che implicasse approvazione convinta dell’episodio verificatosi”³⁷³.

L’orientamento della Cassazione di fine anni Cinquanta fece dell’apologia di reato il più integrale e inflessibile strumento di protezione dell’ordine pubblico, ormai difeso senza più ‘pudori’ di sorta e senza sfumature³⁷⁴. Il caso dell’apologia dell’ammutinamento dei Bersaglieri della Caserma di Villarey di Ancona (v. nota

³⁶⁹ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale, cit.*, p. 235; CONTIERI, *I delitti contro l’ordine pubblico, cit.*, p. 29; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano, cit.*, p. 169; OLIVERO, (voce) *Apologia e istigazione (reati di)*, *cit.*, p. 621; ROSSO, *Ordine pubblico (delitti contro l’)*, in *Nss.D.I.*, XII, Torino, 1965, p. 154.

³⁷⁰ Per questa impostazione anche in giurisprudenza v. Tribunale di Roma 11 dicembre 1969, in *Giur. merito* 1970, II, pp. 232 ss., 248, con nota di CONSO-TOSI-ZUCCALA’, *Note sul caso Tolin, cit.*

³⁷¹ FIANDACA e MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale, cit.*, p. 459.

³⁷² E’, infatti, intervenuta sulla disposizione la Corte costituzionale con sent. 23 aprile 1970, n. 65.

³⁷³ Così Cass. S. U., 18.11.1958, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, p. 183, con nota di BOGNETTI, *Apologia di delitto e principi costituzionali di libertà di espressione*. La strumentalizzazione ‘politica’ della fattispecie arrivò al punto di suggerire che anche la rievocazione dello storico o del cronista potesse diventare apologia penalmente rilevante quando idonea, per il modo particolare in cui si manifestava, ad influenzare in modo deleterio la sfera intellettuale. Il caso di specie riguardava lo scritto di un giornalista che, sul numero 26 giugno 1954 del quotidiano “L’Unità”, dopo aver apostrofato il governo italiano come “il comitato d’affari della grossa borghesia nazionale”, giudicò l’ammutinamento dei Bersaglieri della Caserma Villarey di Ancona, che sfociò in violenti scontri con taluni reparti militari il 26 giugno 1920, come “un glorioso episodio della lotta democratica contro la guerra”. I militari si erano rifiutati di imbarcarsi per l’Albania, dove avrebbero dovuto occupare e presidiare la piazza di Valona. L’autore così concludeva: “Si era ancora agli albori del movimento popolare e democratico, ma si era già compresa una esigenza fondamentale: quella di stare insieme, combattere uniti le stesse battaglie per la pace, per il lavoro, per la democrazia”.

³⁷⁴ Così anche BOGNETTI, *Apologia di delitto e principi costituzionali di libertà di espressione, cit.*, p. 184; di orientamento capace di assicurare un “controllo politico dell’opposizione” parla FIORE, *I reati di opinione, cit.*, p. 52; v. pure INSOLERA, *Delitti contro l’ordine pubblico, cit.*, p. 213; FRONZA, *Brevi note sulla teoria dell’istigazione indiretta in tema di apologia, cit.*, p. 1017.

21) ad opera della redazione de “L’Unità”, peraltro ben 34 anni dopo i fatti, lo dimostra con lucida evidenza. Quei giudici, infatti, fecero dell’apologia un reato di mera condotta a pericolo presunto, svincolato, sotto il profilo dell’accertamento, anche dalla verifica della percezione esterna del messaggio apologetico. La Cassazione, quindi, a poco meno di un decennio dalla rivoluzione costituzionale, impartì ai giudici di merito l’ordine più inflessibile e conservatore di tutti: condannare sul semplice presupposto che l’apologia fosse tenuta in pubblico!³⁷⁵ In tal modo, fu messa in minoranza anche quella dottrina che affermava la necessità che il discorso apologetico implicasse in sé almeno una nota “suggestiva” finalizzata alla “propaganda” del disvalore dell’incriminazione; nota ‘suggestiva’ che permetteva, sotto il profilo strutturale, l’assimilazione dell’apologia al novero delle istigazioni indirette. Come si intuisce facilmente, la grossa difficoltà di questo orientamento era data dall’accertamento, da una parte, della presenza della qualità “suggestiva” dell’apologia, e dall’altra, dal correlativo intento ‘propagandistico’ dell’agente, ma risultava comunque in grado di assicurare la presenza di un’indagine diretta a stabilire se, in concreto, dalla condotta di apologia derivasse, o potesse derivare, il pericolo di una lesione di beni penalmente tutelati.

La Corte Suprema, invece, fornendo una definizione concettuale dell’apologia in termini puramente filologici³⁷⁶, la spogliò di quella intenzionale proiezione pratico-orientativa, che rappresentava l’unico ancoraggio ad un profilo, seppur minimo, di offensività. In tale contesto, infatti, l’apologia si distingueva dall’istigazione, sia diretta che indiretta, perché incideva – secondo la Corte - sull’intelletto e non sulla volontà dei destinatari. La distinzione servì a negare che

³⁷⁵ Al fine di dimostrare il generale contesto giurisprudenziale in cui visse la norma, si veda S. PASTORE, *L’apologia di Don Lorenzo Milani costituisce reato?*, in *Dem. e dir.*, I-II, 1969, p. 315 s., nel quale si segnala la vicenda giudiziaria capitata a Don Lorenzo Milani, il quale, in un articolo pubblicato su «Rinascita» (n. 10 del 1965), dopo aver sottolineato la soggettiva relatività del patriottismo, espresse una visione critica degli obblighi militari, spesso strumenti di complicità in imprese ingiuste e dannose, arrivando ad elogiare l’obiezione di coscienza. La Procura della Repubblica di Firenze, in relazione allo stesso fatto, aprì un procedimento penale per il delitto previsto dall’art. 414 c.p. (apologia di delitto) anche contro 28 consiglieri del Comune di Reggio Emilia che avevano votato un ordine del giorno nel quale si invitava il Parlamento italiano a procedere al riconoscimento giuridico dell’obiezione di coscienza. Don Lorenzo Milani fu assolto con formula piena dal Tribunale di Roma e condannato in grado di appello. Il giudizio della Corte di Cassazione non ci fu mai a causa della morte del prete.

³⁷⁶ L’osservazione è di FIORE, *I reati di opinione*, cit., p. 49.

nel reato di apologia occorresse “lo scopo dell’eccitamento a commettere immediatamente o quasi immediatamente un atto illecito”³⁷⁷. Di qui il severo giudizio della dottrina, secondo cui la definizione della Cassazione si riduceva ad un “semplice gioco di parole”³⁷⁸, funzionale ad orientare l’uso giudiziario della norma verso lidi di mera e autentica repressione; norma di cui si sarebbe garantita la ‘salvezza’ soltanto tramite il recupero, negli indirizzi giurisprudenziali, della concezione dell’apologia come ‘istigazione indiretta’³⁷⁹; soltanto quest’ultima categoria, infatti, fu giudicata capace di legare teleologicamente la condotta apologetica alla dimensione fattuale del reato oggetto dell’esortazione, cioè di cogliere il fine ‘dinamico’ dell’apologia. “Aderire spiritualmente” a un fatto accaduto, invece, – come bene sottolineò quella dottrina – significava affermare che, alle stesse condizioni, l’apologeta si sarebbe comportato esattamente come l’autore del reato³⁸⁰, escludendo *in radice* la possibilità di invocare qualsiasi forma di istigazione indiretta.

Va aggiunta solo un’ultima precisazione: la formula della c.d. “adesione spirituale” permise alla Corte di ampliare a dismisura l’ambito applicativo della norma, finalmente capace di ricomprendere anche le apologie implicanti una mera valutazione e approvazione retrospettiva di un accadimento storico (cioè di un fatto già accaduto!). Diventano, allora, punibili tutte le apologie³⁸¹.

³⁷⁷ BOGNETTI, *op. loc. cit.*, p. 184

³⁷⁸ L’espressione è usata da BOGNETTI, *op. loc. cit.*, p. 188. Tuttavia, l’Autore ritiene comunque che non sia “opportuno che lo Stato si limiti a punire i fatti materiali delittuosi trascurando di prevenire il male e di vietare quei discorsi che ci preparano gli animi”, *cit.*, p. 197.

³⁷⁹ Il giudizio, condivisibile, è ancora di BOGNETTI, *op. loc. cit.*, p. 188.

³⁸⁰ A dimostrazione dell’attualità della questione, v. Cass. pen., sez. I, 5 giugno 2001, Vencato, in *Riv. pen.*, 2001, 820, dove, ai sensi dell’art. 414 co. 3 c.p., è stata accertata la penale responsabilità di un sindaco che commemorando, in un’intervista televisiva e ad un giornale, l’omicidio di uno spacciatore di droga, aveva affermato che si sarebbe comportato allo stesso modo dell’omicida. L’esempio è contenuto in G. LA CUTE, (voce) *Apologia e istigazione*, *cit.*, p. 1

³⁸¹ Il commento di BOGNETTI, *op. loc. cit.*, p. 189, all’orientamento della Cassazione assume addirittura una nota umoristica quando l’Autore giustamente nota che anche “il severo libro di storia non meno dell’eccitante *pamphlet* politico diventa sede idonea per commettere reato, sol che si aggiunga alla narrazione di un fatto delittuoso qualche aggettivo di convinto elogio”. Ancor più duro è il giudizio che l’Autore dà in *Apologia di delitto punibile ai sensi della Costituzione e interpretazione della norma dell’art. 414 c.p., ultimo comma*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1971, p. 34, nota n. 29, dove si segnala che una coerente applicazione delle massime della Cassazione avrebbe portato all’incriminazione del “caldo elogio compiuto da qualche patriottico storico del Risorgimento, dello sdegno che spinse Gabriele Pepe ad affrontare in duello il Lamartine per mostrargli che l’Italia non era una ‘terra di morti’; dell’approvazione, espressa in un libro di storia letteraria, del sentimento informante i versi con cui Gabriele D’Annunzio bollò Francesco Giuseppe *angelo della forza sempiterna*”.

Ma le storture di questa impostazione non si fermarono al versante oggettivo della fattispecie.

Un secondo allargamento della portata della norma fu assicurato dall'orientamento secondo cui non era necessario che l'agente conoscesse il carattere delittuoso del fatto che stava elogiando, né che avesse l'intenzione di avviare in qualche modo terzi al delitto. La *communis opinio* della dottrina era, invece, nel senso che fosse necessaria la coscienza dell'illiceità del tipo di condotta oggetto dell'apologia³⁸². Va evidenziato che la riduzione dei requisiti della fattispecie soggettiva, non è altro che la logica conseguenza di quello che era accaduto sul versante oggettivo con l'oblio in cui era caduto il requisito dell'idoneità. Quest'ultimo ha, infatti, il suo correlativo in un fatto che la condotta apologetica deve essere in grado di generare. Va da sé che la condotta oggetto dell'esortazione deve essere voluta dall'apologeta, il quale, quindi, deve avere contezza del suo carattere delittuoso. Sotto questo profilo, il reato di apologia è, quindi, sempre doloso, visto che risulta ontologicamente proiettato verso la produzione dell'effetto che la legge vuole impedire. Disconoscere questo significa non condividere la definizione di apologia, quale sollecitazione morale volta all'esaltazione di un fatto di reato, ma optare per una generica manifestazione di pensiero che, quando mostra connotati ideologici e politici sgraditi al sistema repressivo, automaticamente risulta violare l'ordine pubblico, accolto – come ovvio – in un'accezione assolutamente ideale³⁸³.

³⁸² MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 153.

³⁸³ Al riguardo, riteniamo utile riportare integralmente le riflessioni di FIORE, *I reati di opinione*, cit., p. 49, nota 5, secondo il quale la Corte finì addirittura per “negare che l'apologia costituisca un'aggressione intenzionale dell'ordine pubblico, come dovrebbe, invece, apparire del tutto ovvio, trattandosi di un illecito doloso”. In questo contesto, pertanto, si risponderebbe di apologia, “non soltanto a prescindere dallo *scopo* di aggredire l'ordine pubblico (dolo *specifico*), ma indipendentemente dalla stessa coscienza e volontà di ledere o mettere in pericolo questo bene (dolo *generico*). Infatti se il soggetto ignora che il fatto di cui fa la *difesa elogiativa* corrisponde ad una o più ipotesi criminose, *egli non può neppure rendersi conto di offendere il bene tutelato, perché ignora di fare l'apologia di un fatto previsto come reato*: il che – conclude l'Autore – costituisce errore rilevante per l'art. 47 c.p., e non già errore sull'antigiuridicità! Nel punto di vista della Cassazione affiora, in realtà, una incerta consapevolezza dei confini tra dolo e coscienza dell'antigiuridicità. La confusione tra questi due concetti è, del resto, alla base della persistente tendenza giurisprudenziale ad escludere la coscienza della lesione del bene dai requisiti del dolo”. Si vedano in argomento GALLO, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, Milano, 1953, p. 165 ss.; SANTAMARIA, *Interpretazione e dottrina nella dottrina del dolo*, Napoli, 1961, p. 20 ss. Nello stesso senso di FIORE si vedano anche i rilievi di F. BRICOLA, (voce) *Cospirazione politica mediante accordo o associazione*, cit., p. 125.

La Corte costituzionale, al contrario, nel dichiarare non illegittimo l'art. 414 co. 3 c.p., lo interpretò nel senso che, per risultare punibile, l'apologia dovesse integrare un comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti, trascendendo la pura e semplice manifestazione del pensiero³⁸⁴. Il recupero del requisito di idoneità della condotta, fra l'altro, significò sul piano dogmatico riconfigurare l'apologia come una forma di 'istigazione indiretta', punibile solo nelle pubbliche riunioni, dove era pensabile, per il contatto diretto dell'apologeta con un pubblico di ascoltatori, che essa potesse assumere una carica di suggestione così intensa da funzionare come immediata provocazione al reato³⁸⁵.

La dottrina più attenta, però, si domandò se la Corte Costituzionale avesse bene operato, "nell'atto in cui rinunciava, ancora una volta, ad usare lo strumento dell'abrogazione, attingendo così risultati che erano raggiungibili già sul piano dell'interpretazione sistematica del diritto penale, e cioè all'interno del sistema normativo penale"³⁸⁶.

In termini dogmatici, il nuovo orientamento significò il recupero sul versante oggettivo dell'apologia quale reato di pericolo concreto; sul versante soggettivo, il dolo del reato, più che come dolo specifico, si concepì come dolo generico, accompagnato dal necessario fine "istigatorio".

E' vero, però, che, nonostante ciò, non si verificarono passi in avanti e la punibilità dell'apologia non fu mai legata al requisito di un'immediata connessione con la successiva condotta di reato. La presenza di un dolo

³⁸⁴ Corte cost., sent. n. 65/1970, in *Arch. Pen.*, 1970, vol. XXVII, p. 15 ss., con nota di C. FIORE, *Libera manifestazione del pensiero e apologia di reato*, che riconosce la svolta radicale dell'orientamento rispetto a quello precedente. La sentenza è altresì pubblicata in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, p. 18 ss., con nota di BOGNETTI, *Apologia di delitto punibile ai sensi della Costituzione e interpretazione della norma dell'art. 414 c.p., ultimo comma*.

³⁸⁵ BASILE, *Apologia di delitto*, in *Quale giustizia*, 1970, p. 87.

³⁸⁶ FIORE, *Libera manifestazione del pensiero e apologia di reato*, cit., p. 17; Anche BOGNETTI, *Apologia di delitto punibile ai sensi della Costituzione e interpretazione della norma dell'art. 414 c.p., ultimo comma*, cit., p. 28 ritiene che la Consulta, nell'occasione, abbia prescelto il tipo di intervento più blando e attenuato della sentenza di 'rigetto condizionato'; "forte indizio che la struttura del reato di apologia compatibile con i principi costituzionali non doveva essere nella sua mente così radicalmente rivoluzionaria rispetto a tutta la tradizione nostra in materia di apologia di delitto". Va, però, avvisato che nelle conclusioni lo stesso Autore mantiene fondamentalmente un giudizio molto positivo sull'operato della Corte. Sullo stesso argomento v. anche A. SESSA, *Tutela penale dell'ordine pubblico e teleologismo dei valori costituzionali: ambiti e prospettive di un riformismo razionale*, cit., p. 42, secondo il quale la Consulta, con la sentenza n. 108/1974, riguardante la diversa fattispecie dell'art. 415 c.p., avrebbe trovato ancora una volta il modo di riconfermare l'orientamento compromissorio del 1970, essenzialmente rivolto ad eludere, negli effetti, eventuali aspettative di cambiamento.

‘istigatorio’, infatti, si riduceva in sostanza alla coscienza e volontà di insinuare negli animi modelli di condotta votati alla commissione di delitti, visto che il termine di “istigazione” era allora un concetto molto generale, che poteva identificarsi anche solo con l’inculcare la doverosità o l’opportunità di commettere, in un futuro remoto o eventuale, delitti indicati anche solo nella specie³⁸⁷. Medesima fu la delusione sul versante oggettivo, poiché l’idoneità si identificava con la ragionevole possibilità che dall’apologia potessero derivare, in un futuro eventuale e indeterminato, altri reati.

Il cerchio delle apologie, pertanto, apparve poco più ristretto di quello circoscritto dai precedenti orientamenti di legittimità³⁸⁸.

La precisazione terminologica operata dalla Corte costituzionale, pertanto, non fu in grado di strappare il delitto di apologia alla sua possibile natura di pericolo presunto, “dal momento che alla concretizzazione del reato sul piano logico non *fece* seguito una correlata concretizzazione sul piano dell’oggetto della tutela”³⁸⁹.

Le risultanze appena evidenziate sul piano, sia oggettivo che soggettivo, del *Tatbestand*, infatti, risultarono determinate dalla riproposizione, in sede di bene giuridico, del discusso concetto dell’ordine pubblico³⁹⁰, quale limite implicito alla libera manifestazione del pensiero, e riproposto dalla Corte sotto forma di esigenza “di prevenire e far cessare turbamenti della sicurezza pubblica”: ove il “prevenire” è termine che, nella sua genericità, “giustifica ovviamente anche interventi su fatti espressivi non immediatamente (in senso temporale) prodromici a reati”³⁹¹. L’ordine pubblico è, ancora una volta, richiamato in termini ideali: la

³⁸⁷ La definizione è di MANZINI, *Trattato, cit.*, p. 146.

³⁸⁸ Condividiamo il giudizio di BOGNETTI, *Apologia di delitto punibile ai sensi della Costituzione e interpretazione della norma dell’art. 414 c.p., ultimo comma, cit.*, p. 41; anche MARCONI, *Apologia sovversiva, violenza scritta ed eversione ideologica, cit.*, p. 1181, parla, a proposito dell’apparato motivazionale sostenuto dalla Consulta, di “una impalcatura già aprioristicamente orientata ad escludere dalla garanzia costituzionale (*ex art. 21 Cost.*) la propaganda ed apologia di idee e pensieri contrastanti con l’ordine pubblico e costituzionale, o più in generale con l’interesse alla sicurezza dello Stato”.

³⁸⁹ SESSA, *Tutela penale dell’ordine pubblico e teleologismo dei valori costituzionali: ambiti e prospettive di un riformismo razionale, cit.*, p. 38, il quale, tuttavia, ritiene che l’aspetto più incoraggiante della sentenza della Consulta debba essere individuato nella fissazione di un preciso limite logico-interno alla libertà di pensiero di cui all’art. 21 Cost., che rappresenterà, in proiezione futura, un passaggio propedeutico necessario all’individuazione dei successivi limiti teleologico-esterni per la stessa libertà.

³⁹⁰ Per il concetto di ordine pubblico, v. quanto affermato già nel par. 3.3

³⁹¹ Così opportunamente BOGNETTI, *Apologia di delitto punibile ai sensi della Costituzione e interpretazione della norma dell’art. 414 c.p., ultimo comma, cit.*, p. 30.

Corte, infatti, non si lascia sfuggire l'occasione per ribadire che in ogni ordinamento non è immaginabile 'propagandare' l'abrogazione della legge, perché libertà e democrazia non sono concepibili "se non sotto forma di obbedienza alle leggi che un popolo libero si dà liberamente e può liberamente mutare". In realtà, proprio la conferma dell'indeterminatezza del bene giuridico fece dubitare dell'efficacia, in termini garantistici, del recupero della concezione istigatoria dell'apologia, punibile ancora in quanto idonea a determinare il "contagio psicologico", e non in quanto causa immediata di violenze e tumulti, alla luce di un'accezione materiale dell'ordine pubblico che, al contrario, non fu mai accolta dalla Consulta. Tutto questo, in verità, sembra confermare un dato più complessivo, che coglie tendenze più generali di una politica criminale dell'ordine pubblico, "incline a confondere le condizioni costituzionali di idoneità lesiva con quelle attinenti il bene protetto, sovrapprendendo il concetto di direzione a quello di idoneità"³⁹². Qualora, infatti, la Corte avesse veramente valorizzato la configurazione dell'apologia come istigazione (sia pure indiretta), avrebbe dovuto coerentemente giungere alla dichiarazione di parziale incostituzionalità della norma, perché "se ciò che conta per la punibilità del fatto è la qualità dei suoi possibili effetti (provocazione di altri a commettere delitti) non ha più senso conservare l'incriminazione dell'apologia di delitto, accanto a quella dell'istigazione a delinquere"³⁹³. Come già detto, infatti, il vero significato della distinzione legislativa tra le varie forme di condotte morali (apologia, istigazione, propaganda e vipendio), dalla difficile tracciabilità, è proprio quella di estendere l'incriminazione a quelle forme di manifestazione del pensiero che, per le loro modalità di tempo, di luogo e di consistenza dialogica, evidentemente istigatorie non sono, perché non possono apparire idonee a provocare la commissione di delitti. Qualora, pertanto, la Corte avesse effettivamente accolto un'idea dell'apologia come orientata a provocare la commissione di delitti, sarebbe bastato ed avanzato l'art. 414 co. 1 c.p. Sembra allora chiaro che, in quel contesto, disposizioni come l'art. 414 o l'art. 415 c.p. non furono espunte dal sistema perché rappresenta(va)no (è ancora oggi così!) norme di "chiusura" del sistema

³⁹² Sull'argomento v. ancora SESSA, *Tutela penale dell'ordine pubblico e teleologismo dei valori costituzionali: ambiti e prospettive di un riformismo razionale*, cit., p. 44.

³⁹³ FIORE, *Libera manifestazione del pensiero e apologia di reato*, cit., p. 18.

repressivo delle opinioni³⁹⁴, sussidiarie alla cornice normativa a tutela della “personalità dello Stato” (artt. 266, 269, 272, 303, ecc.). E in un tale contesto, come dimostrato, non si punisce un “fatto”, bensì la *Gesinnung* dell’autore.

Lo sforzo di razionalizzazione del legislatore fascista, allora, appare ancora una volta riuscito, nella misura in cui non ammette scappatoie o impunità di nessun tipo. La tecnica della creazione di fattispecie sussidiarie (si pensi anche all’art. 303 c.p. per ciò che riguarda l’istigazione a realizzare taluni dei delitti a tutela della personalità dello Stato) “rappresenta veramente il massimo della censura antiregime”³⁹⁵.

³⁹⁴ La valutazione è ancora una volta di FIORE, *op. loc. cit.*, p. 19.

³⁹⁵ E’ la dura constatazione di MARCONI, *Apologia sovversiva, violenza scritta ed eversione ideologica, cit.*, p. 1185.

5. Introduzione allo studio dei reati di vilipendio

Nel sistema penale italiano esistono diverse figure di vilipendio: il vilipendio c.d. politico, posto a tutela della “personalità dello Stato”, e il vilipendio inserito nel sistema dei delitti contro il sentimento religioso e la pietà verso i defunti. Alcune di queste fattispecie oggi risultano abrogate ma sta di fatto che, nel sistema originario predisposto dal codice Rocco, includendo anche i delitti c.d. di offesa alle autorità, si contavano numerose fattispecie di vilipendio, oltre all’istigazione e alla apologia relativa a tali reati. Nessuna di esse, però, contiene una definizione legislativa del termine; circostanza che ha costretto gli interpreti a fare affidamento sulla nozione corrente di «tenere a vile», cioè di negare ogni prestigio, manifestando il proprio disprezzo³⁹⁶. Secondo un’opinione non isolata in dottrina³⁹⁷, si tratterebbe di un concetto di carattere normativo extragiuridico³⁹⁸, come tale rientrante nella categoria dei c.d. *Wertbegriffe*³⁹⁹. Il legislatore fa uso di una tecnica di “normazione sintetica”⁴⁰⁰, rinviante a norme sociali o di costume (come ad esempio in materia di atti osceni o di “comune sentimento del pudore”), che costituiscono un parametro di riferimento sicuramente incerto: pertanto, l’intrinseca elasticità del criterio di giudizio “sconfina in un’indeterminatezza contrastante con il principio di tassatività, tutte le volte in cui il segno linguistico non riesce a connotare il parametro valutativo, ovvero il parametro valutativo non trova riscontro univoco nel contesto sociale di riferimento”⁴⁰¹.

³⁹⁶ Sul punto la dottrina è concorde. V. per tutti GALLO - MUSCO, *I delitti contro l’ordine costituzionale*, cit., p. 132; NUVOLONE, *Il diritto penale della stampa*, cit., p. 169; sul punto cfr. anche G. CONSO, *Contro i reati di vilipendio*, in *Ind. pen.*, III, 1970, pp. 545 ss, secondo il quale il “vilipendio”, essendo espressione dal significato estremamente opinabile, configurerebbe una nozione dai contorni assai pericolosi. L’insigne Autore osserva che se è vero che “vilipendere” significa “tenere a vile”, occorrerebbe chiedersi cosa significa “tenere a vile”.

³⁹⁷ Cfr. P. SIRACUSANO, *I delitti in materia di religione. Beni giuridici e limiti dell’intervento penale*, Milano, 1983, pp. 120 ss.

³⁹⁸ S. PROSDOCIMI, (voce) *Vilipendio (reati di)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, p. 738.

³⁹⁹ Per l’opinione secondo cui si tratta di un elemento *descrittivo*, v. MARINUCCI e DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 134.

⁴⁰⁰ Utilizza tale espressione FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 82.

⁴⁰¹ FIANDACA-MUSCO, *op. loc. cit.*, p. 83; in argomento vedi anche BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, vol. I, *Nozione ed aspetti costituzionali*, Milano, 1965, p. 188; C. FIORE e S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 69 ss.

Tale indeterminatezza⁴⁰² ha da sempre comportato una difficile tracciabilità dei limiti categoriali della nozione, soprattutto rispetto alle analoghe fattispecie dell'oltraggio⁴⁰³, dell'ingiuria e della diffamazione, che ugualmente presentano una condotta dispregiativa dell'altrui onore. Il *discrimen* tra le diverse ipotesi delittuose è stato individuato nelle differenti oggettività giuridiche tutelate dalle norme: il vilipendio consisterebbe, perciò, non solo e non tanto nell'offendere la persona o la cosa che costituisce l'oggetto o il soggetto passivo del reato, ma nel disprezzare ciò che essi rappresentano, ossia il valore simbolico che essi esprimono nell'ambito sociale di appartenenza; questo 'valore simbolico' si identificherebbe con il "prestigio" della cosa⁴⁰⁴, della persona o dell'istituzione, che la società generalmente riconosce e che la norma penale, proprio in virtù di questo riconoscimento sociale, tutela⁴⁰⁵.

Ancora più problematico appare il rapporto tra il vilipendio e i reati contro l'onore: art. 278 c.p. (offesa all'onore o al prestigio del Presidente della Repubblica)⁴⁰⁶; art. 279 c.p. (lesa prerogativa dell'irresponsabilità del Presidente

⁴⁰² Per la tesi secondo cui i reati di vilipendio sarebbero incompatibili con il principio costituzionale di determinatezza v. M.A. CATTANEO, *Il codice Rocco e l'eredità illuministico-liberale*, in *La questione criminale*, 1981, p. 107; *contra* S. PROSDOCIMI, (voce) *Vilipendio (reati di)*, cit., p. 738.

⁴⁰³ In materia v. G. CASALBORE, (voce) *Oltraggio e altre offese all'autorità*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino, 1994, 462.

⁴⁰⁴ Così anche TASCONE, (voce) *Vilipendio (reati di)*, in *Enc. giur. Trecc.*, XXV, Roma, 1994, p. 2.

⁴⁰⁵ Per una diversa ricostruzione v. R. PALMIERI, (voce) *Vilipendio politico*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, p. 753 ss., secondo cui il vilipendio è un'aggressione simbolica, che si differenzia dall'ingiuria, dalla diffamazione e dall'oltraggio, per le diverse modalità operative, per la pubblicità e per il particolare oggetto tipico del vilipendio politico, cioè le istituzioni dello Stato repubblicano. In tale contesto, il vilipendio si caratterizza per il fatto di essere idoneo ad incidere su qualcosa di più della semplice opinione dei terzi rispetto all'oggetto vilipeso (come accade, ad esempio, nella diffamazione), e cioè sui comportamenti delle persone, creando con ciò situazioni di pericolo, di particolare rilievo dal punto di vista del legislatore. Secondo l'Autore, lo stimolo all'azione, mentre resta sullo sfondo delle manifestazioni diffamatrici, nel vilipendio rientra nella fattispecie oggettiva. Questa diversa indagine consentirebbe un ampio ridimensionamento dei dubbi intorno alla legalità del vilipendio, perché le fattispecie verrebbero configurate come reati di pericolo concreto, visto che, anche grazie alla valorizzazione ermeneutica del requisito della pubblicità – definito quale parametro di altissimo pericolo – l'aggressione simbolica, in tale quadro, viene ritenuta idonea a suggerire l'immediata aggressione fisica a fini eliminativi dell'istituzione, col pericolo di un "passaggio immediato dal recepimento del messaggio all'atto aggressivo con possibili effetti di degradazione anche momentanea".

Per una critica all'impostazione di Palmieri, v. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, I, cit., p. 78, secondo i quali si aggiungerebbe così alla fattispecie "un elemento non scritto" e si trasformerebbe il vilipendio "in una sorta di istigazione dai contorni indefiniti".

⁴⁰⁶ La disposizione risulta modificata, dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, per effetto della l. 11 novembre 1947, n. 1317.

della Repubblica)⁴⁰⁷; art. 282 c.p. (offesa all'onore del Capo del Governo)⁴⁰⁸; art. 297 c.p. (offesa all'onore dei Capi di Stati esteri)⁴⁰⁹; art. 298 c.p. (offese contro i rappresentanti di Stati esteri)⁴¹⁰.

Una prima possibile opzione consiste nel ricondurre tali fattispecie entro gli ambiti categoriali del concetto di "vilipendio", sull'assunto che esse, in termini analoghi, sarebbero volte a tutelare il prestigio di un'istituzione. Una conferma di ciò sarebbe rappresentata dalla promiscuità con cui il legislatore utilizza i termini "offesa" e "vilipendio", considerandoli sostanzialmente come equivalenti: si guardi, a titolo esemplificativo, all'art. 299 c.p., ove nella rubrica appare la parola "offesa" a fronte dell'utilizzo nel testo del verbo "vilipendere".

La tesi contraria, invece, ritiene che i due ambiti vadano distinti sotto il profilo formale: a proposito, si è osservato che "nel verbo 'offendere' l'accento cade sul risultato; nel verbo 'vilipendere' principalmente, anche se non esclusivamente, sull'azione"⁴¹¹. In tale contesto, il rapporto tra vilipendio ed offesa risulta configurato come rapporto tra modalità della condotta e risultato della medesima, come dimostrerebbero gli artt. 403 e 404 c.p., nei quali l'offesa alla religione dello Stato avviene, appunto, "mediante" vilipendio di persone o di cose⁴¹².

A ben vedere, però, questo limite esegetico risulta incerto. E' pur sempre vero, infatti, che anche quando la condotta di vilipendio si dirige materialmente verso una persona umana (per esempio, il Presidente della Repubblica), essa viene interessata in quanto emanazione o simbolo di un determinato valore astratto⁴¹³.

L'identità dell'oggetto di tutela, ossia del prestigio di un'istituzione, pertanto, fa propendere nettamente per la riconduzione delle fattispecie c.d. di offesa entro i confini della nozione di "vilipendio"⁴¹⁴.

⁴⁰⁷ L'articolo, come precedentemente sostituito *ex l.* 11 novembre 1947, n. 1317, risulta abrogato per effetto della l. 24 febbraio 2006, n. 85.

⁴⁰⁸ L'articolo è stato abrogato per effetto d.lgs. lgt. del 14 settembre 1944, n. 288.

⁴⁰⁹ La disposizione risulta *oggi* abrogata per effetto della l. 25 giugno 1999, n. 205.

⁴¹⁰ La disposizione risulta *oggi* abrogata per effetto della l. 25 giugno 1999, n. 205.

⁴¹¹ Testualmente NUVOLONE, *Il diritto penale della stampa*, cit., p. 167.

⁴¹² La riflessione è di S. PROSDOCIMI, *Vilipendio*, cit., p. 739.

⁴¹³ MESSINA, *Teoria generale dei delitti contro l'onore*, Roma, 1953, p. 21.

⁴¹⁴ Per l'impostazione contraria, nel senso della discutibilità della propensione a ricondurre entro i reati di vilipendio fattispecie quale quella prevista dall'art. 278 c.p. (offesa all'onore o al prestigio del Presidente della Repubblica), v. S. PROSDOCIMI, *Vilipendio*, cit., p. 740, secondo il quale, pur riconoscendo l'Autore che i reati di vilipendio tendono ad imporre un particolare rispetto del prestigio di determinate entità, nei delitti c.d. di offesa del prestigio "la condotta e l'offesa si concentrano in modo diretto ed esclusivo sopra una persona fisica ben determinata ed individuata,

Nella variegata costellazione dei reati di vilipendio, l'oggetto giuridico è, quindi, costituito dal "particolare rispetto" che tutti i cittadini devono nutrire per il prestigio di determinate entità⁴¹⁵. Parte della dottrina ha criticato tale impostazione, richiamando sul punto il concetto emblematico, seppur extra-giuridico, di "riverenza"⁴¹⁶ dell'individuo nei confronti dell'autorità, arrivando a sottolineare che in uno stato democratico e pluralistico il prestigio va conquistato e non è qualcosa che può formarsi o rafforzarsi attraverso la minaccia penale⁴¹⁷.

Secondo un'altra tesi, non v'è dubbio che il legislatore fascista aspirasse a promuovere una concezione sacrale delle proprie istituzioni e auspicasse di assicurarne un certo ossequioso rispetto, ma il termine "prestigio" va adeguato al nuovo contesto costituzionale e, pertanto, non va identificato con il termine "*auctoritas*", bensì con quello della tutela del profilo funzionale dell'istituzione⁴¹⁸; istituzione che si ritiene posta in pericolo da determinate

anche se rivestita di una particolare qualifica, analogamente a quanto accade nel delitto di oltraggio". A nostro avviso, invece, quanto affermato dall'insigne Autore può valere per i delitti di ingiuria e diffamazione, ma non per quelli nei quali la tutela della persona viene assunta in una dimensione spiccatamente pubblicistica imposta dalla posizione del soggetto offeso. Non sarebbe un caso che l'art. 278 c.p. è fattispecie posta a tutela dello stesso bene giuridico pubblicizzato della 'personalità dello Stato', mentre gli artt. 594 e 595 c.p. rappresentano tipicamente delitti posti a tutela della persona.

⁴¹⁵ In questi termini, come abbiamo già anticipato, S. PROSDOCIMI, *Vilipendio, cit.*, p. 740.

⁴¹⁶ MESSINA, *Teoria generale dei delitti contro l'onore, cit.*, p. 20; nello stesso senso v. FIORE, *I reati di opinione, cit.*, p. 59; il termine a S. PROSDOCIMI, *Vilipendio, cit.*, p. 740, appare eccessivo, perché evoca ingiustificatamente "atmosfere storicamente obsolete".

⁴¹⁷ GALLO-MUSCO, *I delitti contro l'ordine costituzionale, cit.*, p. 140; nello stesso senso C. FIORE, *Il vilipendio davanti alla Corte costituzionale*, in *Quale Giust.*, 1974, p. 272; per un'efficace critica al 'prestigio' come bene giuridico, v. A. BATTAGLIA, *Il vilipendio del governo*, in *Riv. pen.*, 1951, p. 48 s., secondo il quale, in un regime democratico, non si deve alcuna riverenza al governo. La teoria sostiene che è necessario poter far sorgere nel popolo un vero e proprio senso di disistima nelle istituzioni che detengono il potere, giacché soltanto questa è la condizione o una delle condizioni politiche per l'eventuale rovesciamento della maggioranza al governo; in tale contesto, è la natura della competizione politica, è lo stesso gioco della democrazia, a rendere, oltre che incostituzionale, inopportuno criminalizzare manifestazioni di pensiero volte a disprezzare operati politici altrui.

⁴¹⁸ Per questa impostazione, v. PALMIERI, *Vilipendio, cit.*, p. 759; BOGNETTI, *Vilipendio del governo e principi costituzionali di libertà d'espressione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1960, p. 956. Quest'ultimo autore si schiera apertamente contro la teoria del Battaglia (*Il vilipendio del governo, cit.*, in nota 21), rimproverandogli di dimenticare che "anche in regimi democratici, al governo come organo concreto è conferita una *autorità* ed è necessario un certo qual *prestigio*. Non sono di certo – continua Bognetti – l'autorità e il prestigio che lo circondano in regimi autoritari: ma sta di fatto che il governo ha almeno il bisogno, in ogni evenienza, che la disistima nei suoi confronti non sia così profonda da generare nel pubblico una propensione a resistere o a non eseguire o ad eseguire solo parzialmente gli ordini che esso legittimamente impartisca". L'Autore conclude rinvenendo il referente costituzionale di questo diritto all'obbedienza, cui corrisponde un obbligo di fedeltà dei cittadini a sua volta positivizzato nell'art. 54 Cost., nell'art. 95 Cost., che provvede ad istituire un'istituzione come il governo e a conferirgli una potestà di imperio.

condotte vilipendiose idonee a indurre disobbedienza⁴¹⁹. A ben vedere, proprio recentemente, l'interesse alla serenità dello svolgimento di funzioni istituzionali è riemerso nella giurisprudenza di legittimità⁴²⁰ sotto forma di "bene giuridico", e negli stessi orientamenti della Consulta che, con sentenza n. 24/ 2004⁴²¹, ha stabilito che, nell'ipotesi di offesa ai titolari di alcune alte cariche dello Stato, il bene da tutelare debba essere ravvisato nel sereno svolgimento delle rilevanti funzioni che ineriscono a quelle cariche⁴²². Questa impostazione è stata sostenuta dalla giurisprudenza soltanto recentemente, a fronte di un quadro dottrinario prevalente, volto a individuare il bene giuridico delle disposizioni riguardanti, per esempio, il Capo dello Stato (artt. 276, 277 e 278⁴²³ c.p.) nella personalità morale del Presidente della Repubblica: da una parte, bene individuale (onore della persona), dall'altra bene "istituzionale" (prestigio dello Stato⁴²⁴). Prendendo a punto di riferimento l'art. 278 c.p., si sono altresì ritenute manifestamente infondate questioni di legittimità costituzionale della norma sollevate rispetto alla lesione del principio di pari dignità dei cittadini di fronte alla legge⁴²⁵ ed alla

⁴¹⁹ Corte cost., sentenza n. 20/1974, in *Giur. cost.*, cit., p. 73.

⁴²⁰ Cfr. Cass., sez. I, 4 febbraio 2004, n. 12625, in *Riv. pen.*, 2004, 622, secondo cui "è riconoscibile nella norma di cui all'art. 278 c.p. la finalità di assicurare non solo il prestigio dell'istituzione inteso in senso astratto ma la serenità dello svolgimento delle funzioni ad essa connesse"; da ultimo, Cass., sez. I, 28 settembre 2010, n. 45075, che conferma l'assunto precedente, seppure in via incidentale.

⁴²¹ Corte costituzionale, 20 gennaio 2004, n. 24, in *Cass. pen.*, 2004, IV, 1158, con nota di ROMEO, *Modelli normativi orwelliani al vaglio della Consulta*, 1172, e in *Giur. it.*, 2004, 1790.

⁴²² Più recentemente, v. Corte costituzionale, sentenza n. 1/2013, che ha ritenuto la serenità dell'esercizio delle funzioni del Presidente della Repubblica un supremo principio di rilievo costituzionale.

⁴²³ A dimostrazione della crucialità della questione, v. Cass., 16 gennaio 1978, Graziani, in CED 138970, in *CPMA*, 1979, p. 1509, per la quale sussiste il delitto di cui all'art. 278 c.p. nella pubblicazione di un articolo intitolato "Giovanni Leone il reazionario", ove tra l'altro si afferma che, in passato, il Presidente della Repubblica realizzava speculazioni edilizie e controllava, tramite il suo studio legale, il mercato ortofrutticolo di Napoli, dominato dalla camorra. Tal tipologia di condotta non costituisce lecito esercizio del diritto di critica in quanto tale libertà, sebbene garantita dall'art. 21 Cost., trova un limite invalicabile nella tutela del prestigio e dell'onore delle istituzioni costituzionali.

⁴²⁴ Il prestigio è definito da MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, TORINO, 1981, IV, p. 451, come "quella particolare essenza che assume il decoro quando l'offeso è rivestito di pubbliche funzioni". In argomento v. DEAN, *Personalità interna dello Stato (delitti contro)*, in *Noviss. Dig. it.*, XII, Torino, 1957, p. 1105; GALLO E MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, cit., p. 213; MARCONI, *Presidente della Repubblica (reati contro il)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 249; nella manualistica, per tutti v. FIANDACA e MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., I, p. 213; più recentemente v. C. GALDENZI, sub *art. 278 c.p.*, in *AA. VV.*, *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI/ G. MARINUCCI, cit., p. 1979; C. ZAZA, sub *art. 278 c.p.*, in *Codice commentato*, a cura di T. PADOVANI, cit., p. 1869.

⁴²⁵ Cass., sez. I, 21 novembre 1969, Castellini, in *MCP*, 1969, 113501. Cfr. C. ZAZA, sub *art. 278 c.p.*, cit., p. 1870.

asserita irragionevolezza della misura del minimo edittale rispetto alla dimensione del disvalore⁴²⁶ (la norma prevede per l'offesa all'onore o al prestigio del Presidente la reclusione da uno a cinque anni!), proprio sull'assunto che il fondamento dell'incriminazione e il *quantum* della pena risultano giustificati dal nuovo bene giuridico assegnato alla norma, coincidente con il profilo funzionale dell'entità. Come si vede, l'orientamento teso a sostituire il "prestigio" con la "funzionalità" delle istituzioni vilipese, è stato spesso utilizzato dalla giurisprudenza di legittimità per sottrarre all'area di tutela dell'art. 21 Cost. le condotte di vilipendio o di offesa⁴²⁷, confermando il presentimento di quella dottrina che aveva già denunciato il rischio di una tale deriva⁴²⁸.

In tale contesto, più precisamente, le norme del vilipendio non tutelerebbero quindi il prestigio, bensì il pericolo che da manifestazioni vilipendiose possano nascere tumulti e forme di resistenza idonee a rovesciare l'ordine costituito. In tal modo, il vilipendio – soprattutto quello politico - verrebbe utilizzato dal legislatore per scongiurare il pericolo di una possibile, quanto costituzionalmente tutelata, modifica degli assetti politici e sociali dominanti. Come ovvio, per gli studiosi⁴²⁹ che sostengono tale tesi, non tutte le espressioni intese a manifestare disprezzo e ludibrio verso il governo posseggono una tale attitudine, ma soltanto quelle che provocano un grave e immediato pericolo della disobbedienza. Ma anche ad accogliere quest'ultimo orientamento, risulta assai dubbia la capacità offensiva della condotta di vilipendio, né altrettanto sembra che, per questa via,

⁴²⁶ Cass., sez. I, 12 ottobre 1998, Ruocco, in *MCP*, 1998. Cfr. C. ZAZA, sub *art. 278 c.p. cit.*, p. 1870.

⁴²⁷ Per la verità, la Corte costituzionale con ordinanza n. 163 del 1996, nel bocciare la questione di costituzionalità riferita all'art. 27 Cost., aveva avuto già modo di precisare che l'art. 278 c.p. mira a preservare un valore di rango costituzionale, quale è il prestigio della stessa istituzione repubblicana e dell'unità nazionale che il Presidente della Repubblica, come capo dello Stato, è chiamato a rappresentare, sicché ben si giustifica la previsione di un trattamento sanzionatorio che adeguatamente colpisca, anche nel minimo edittale, il particolare disvalore che assume per l'intera collettività l'offesa all'onore e al prestigio della più alta magistratura dello Stato.

⁴²⁸ C. FIORE, *Il vilipendio davanti alla Corte costituzionale*, *cit.*, p. 271.

⁴²⁹ L'esponente più rappresentativo di tale orientamento è BOGNETTI, *Vilipendio del governo e principi costituzionali di libertà d'espressione*, *cit.*, p. 959: "Una continua, protatta, martellante campagna di vilipendio del governo può preparare – e non di rado nella storia ha preparato – il terreno alla resistenza ai suoi ordini. In circostanze particolari un'invettiva scagliata contro un governo tiranno può costituir addirittura la scintilla che accende torbidi, disordini pubblici, rivolte". L'Autore, nello stesso lavoro, con tono ironico, qualifica gli studiosi di quella dottrina pronta a denunciare l'incostituzionalità del vilipendio: "I campioni intransigenti della libertà di espressione [...] Ma è più che dubbio che la saggezza e l'esperienza politico-giuridica stiano dalla parte di questa intransigenza", *cit.*, p. 961.

possa aver successo il tentativo di recuperare un qualche profilo di offensività. Come già sottolineato da autorevole dottrina⁴³⁰, il richiamo al concetto di idoneità dell'azione suona del tutto improprio ed irrealistico, data l'estrema inconsistenza empirica del bene del "prestigio". Risulterebbe assolutamente arduo, infatti, collegare eziologicamente la condotta di vilipendio all'induzione alla disobbedienza, salvo che non si presuma, con automatismo pressoché costante, l'astratta pericolosità della condotta: ma allora il reato sarebbe di pericolo presunto!

Non solo, le fattispecie del vilipendio, se intese come volte ad evitare pericoli di tumulto o rivolte, finirebbero per tutelare l'ordine pubblico e non la personalità dello Stato, operando una tale interpretazione indebitamente sul piano della modifica delle scelte di criminalizzazione del legislatore.

In ogni caso, la presenza nell'ordinamento di una sequela graduale di fattispecie volte alla criminalizzazione di manifestazioni dispregiative (ingiuria, diffamazione, oltraggio e, infine, vilipendio) può prestarsi a qualche considerazione. La presa d'atto che si tratti di un'unica fenomenologia, in rapporto alla quale il legislatore si preoccupa di tutelare qualcuno o qualcosa dal diffondersi di un'opinione negativa, può aiutare a cogliere la reale funzione politico-criminale che, fin dai tempi del liberalismo penale, viene, con pressoché costante continuità, assolta da tale tipologia di reati. Come sempre, l'indeterminatezza delle formule normative utilizzate dai compilatori serve alla creazione di un'ampia area di incriminazione, i cui confini elastici possano essere gestiti, nella fase applicativa, a seconda delle contingenze del momento storico. L'esigenza di inventare una formula così ambigua (il "vilipendere"), pertanto, "dove tutto può entrare, a seconda delle simpatie o delle antipatie e dove tutto sa di arbitrio e di abuso"⁴³¹, soddisfa l'opinione inconfessata – che il legislatore anche attuale non ha mai abbandonato - secondo cui, in qualsiasi contesto, anche democratico, si può temere che il riconoscimento dei diritti di libertà possa portare a far vacillare la posizione di chi detiene le leve del potere politico. L'effetto di questa retorica è già da molto tempo chiaro: tutto ciò che non può rientrare, per ineliminabili esigenze legate al principio di tassatività/legalità, nei concetti di

⁴³⁰ V. per tutti, C. FIORE, *Il vilipendio davanti alla Corte costituzionale*, cit., p. 274.

⁴³¹ L'espressione è di G. CONSO, *Contro i reati di vilipendio*, cit., p. 549.

ingiuria, diffamazione e oltraggio, rientra dalla finestra nel concetto elastico di “vilipendio”, le cui norme sono, dunque, nate con tale preciso intento⁴³². Le norme diverse dal vilipendio, infatti, sarebbero già sufficienti a tutelare nozioni come quelle di onore, prestigio, decoro e reputazione (concetti, pertanto, anch’essi oscillanti) di tutti i cittadini, senza allontanarsi troppo da un diritto penale del fatto⁴³³.

Per ciò che riguarda l’elemento soggettivo, la letteratura appare tradizionalmente divisa.

Secondo l’orientamento dominante, il dolo consisterebbe nella mera consapevolezza e volontà di realizzare il vilipendio, essendo irrilevante lo scopo che anima l’agente. Altra impostazione, invece, tende a qualificare i delitti di vilipendio alla stregua di fattispecie “a dolo specifico”, dove l’integrazione del reato verrebbe fatta dipendere dalla sussistenza del fine particolare di “vilipendere”⁴³⁴.

La prima tesi appare sicuramente la più corretta, perché maggiormente ossequiosa del tenore letterale delle norme; tuttavia, è innegabile che i reati di vilipendio dimostrano una particolare pregnanza soggettiva, per la quale “l’offesa avviene attraverso l’esternazione di uno stato d’animo, di un convincimento: il disprezzo. Ciò che contraddistingue il vilipendio non è un fine particolare, ma un particolare atteggiamento interiore, una particolare *Gesinnung*, nella cui manifestazione la condotta consiste”⁴³⁵. Se fosse semplicemente così, però, nessuno mai avrebbe avuto dubbi circa l’illegittimità costituzionale del vilipendio. In realtà, le cose sono più complesse, visto che ciò che, nel vilipendio, acquista rilevanza non è

⁴³² E’ la considerazione conclusiva di G. CONSO, *op. loc. cit.*, p. 550.

⁴³³ Negli stessi termini anche P. BARILE, *Il vilipendio è da abolire*, in *Temi*, 1969, p. 540, che parla del “vilipendio” come “ipocrita invenzione dello Stato liberale per limitare le libertà che da poco erano state riconosciute (la Sinistra era al potere dal 1876), questa ‘trappola’ costituisce anche oggi un deterrente politico pericolosissimo, per il solo fatto di esistere”.

⁴³⁴ Questa impostazione è correttamente criticata da S. PROSDOCIMI, *Vilipendio, cit.*, p. 742, secondo il quale è errato parlare di dolo specifico, giacché, “anche se si dovesse ritenere necessario il fine di vilipendere, non si tratterebbe in ogni caso di un fine la realizzazione del quale stia al di là del fatto costitutivo del reato, secondo il concetto di dolo specifico generalmente accolto”.

⁴³⁵ Così S. PROSDOCIMI, *Vilipendio, cit.*, p. 742.

tanto il disvalore dello stato d'animo esternato, bensì il dolo generico riferito al bene giuridico del prestigio istituzionale che la norma intende tutelare⁴³⁶.

E' evidente sul punto la frizione con la libertà di manifestazione del pensiero *ex* art. 21 Cost⁴³⁷, perché non vi è dubbio che il vilipendio consista nell'esternazione di un pensiero, seppur dal tono o dal contenuto polemico o passionale,⁴³⁸.

Sull'opposto versante, però, parte della dottrina ha ritenuto opportuno indebolire l'ambito della tutela derivante dall'art. 21 Cost. attraverso la teoria dei c.d. limiti "esterni" e, in rapporto ai reati di vilipendio, rendere inapplicabile la garanzia costituzionale nei casi in cui la manifestazione di disprezzo manchi di una qualsivoglia consistenza e struttura dialogica e sia volta gratuitamente a 'disprezzare' l'istituzione. In base a tale teoria, alla libertà costituzionale di manifestazione del pensiero possono essere apposti limiti per effetto di altre norme che tutelino beni di rango costituzionale da considerarsi prevalenti rispetto alla libertà di manifestazione⁴³⁹; ma di tale costruzione la giurisprudenza ha fatto talvolta un uso disinvolto, e non di rado scorretto sul piano metodologico, ritenendo valori di rango costituzionale o finalità fondamentali dell'ordinamento beni (quali, ad esempio, l'ordine pubblico) che, francamente, pur essendo dotati di rilevanza giuridica, non risultano contemplati dalla Costituzione neanche in via indiretta⁴⁴⁰.

Si giunge a tali risultati proprio in materia di vilipendio, quando si conclude nel senso della piena conformità alla Costituzione della relativa normativa, per il fatto

⁴³⁶ In tal senso ancora S. PROSDOCIMI, *Vilipendio, cit.*, p. 742, per il quale il fatto che, ad esempio, "l'agente in cuor suo non disprezzi affatto le istituzioni che vilipende [...] non esclude certo la sussistenza del reato, se la manifestazione del disprezzo è dal soggetto consapevolmente voluta".

⁴³⁷ In senso contrario cfr. BETTIOL, *Sui limiti penalistici alla libertà di manifestazione del pensiero, cit.*, pp. 11 e 13; DELITALA, *I limiti giuridici alla libertà di stampa*, in *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, II, Milano, 1976, p. 959; di aperta incompatibilità della normativa con la Costituzione parla G. CONSO, *Contro i reati di vilipendio, cit.*, p. 545.

⁴³⁸ Nello stesso senso v. ancora S. PROSDOCIMI, *Vilipendio, cit.*, p. 744.

⁴³⁹ Per quest'impostazione, come abbiamo già visto, BRICOLA, *Teoria generale del reato, cit.*, p. 15 ss.; ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico, cit.*, p. 165 ss.

⁴⁴⁰ In tal senso S. PROSDOCIMI, *Vilipendio, cit.*, p. 745, secondo il quale "in questo modo, anche allorché l'ossequio formale alla teoria del bilanciamento dei beni costituzionalmente protetti venga salvato, si viene, di fatto, a fare ritorno all'idea secondo la quale la norma costituzionale potrebbe essere limitata per effetto del sistema nel suo complesso". Secondo l'Autore, l'unico limite all'art. 21 Cost. sarà quello esclusivamente "interno" del buon costume. In quest'impostazione, i reati di vilipendio, quindi, non sarebbero di per sé incostituzionali, ma ne risulterebbe assai ridotta la sfera di applicabilità. In definitiva, risulterebbero punibili le forme di vilipendio nelle quali non può essere ravvisata una manifestazione del pensiero e le manifestazioni di pensiero contrarie al buon costume.

che le istituzioni ed entità contro le quali la condotta di vilipendio può dirigersi trovano tutte una diretta o indiretta tutela costituzionale. In tale contesto, il “prestigio” di un’istituzione è considerato, pertanto, un bene costituzionalmente rilevante. Questa è la storia del vilipendio davanti alla Corte costituzionale: essa, chiamata a decidere della questione di legittimità dell’art. 290 c.p. – sollevata da alcuni giudici di merito negli anni ‘70, non solo in relazione all’art. 21 Cost. ma anche per violazione del principio di legalità *ex art. 25 co. 2 Cost.* – lo dichiarò costituzionalmente legittimo sostenendo che, nonostante in un regime democratico siano ammesse critiche anche severe alle istituzioni vigenti per assicurare l’adeguamento ai mutamenti nella coscienza sociale, il delitto sussiste “quando la manifestazione è diretta a negare ogni rispetto, prestigio, fiducia all’istituzione considerata, inducendo i destinatari al disprezzo di questa o addirittura ad ingiustificate disobbedienze”⁴⁴¹. Come si nota, la Consulta non fece altro che opporre alle pressanti critiche della dottrina la, più volte ribadita, teoria dei c.d. limiti esterni alla libertà di espressione, senza, tuttavia, addentrarsi in un quanto mai doveroso bilanciamento dei beni, allorché sosteneva che il “prestigio” delle istituzioni fosse un bene penalmente tutelabile. Neppure risultava condivisibile il riferimento all’essenzialità dei compiti e delle funzioni che pure vanno riconosciuti alle istituzioni dello Stato: infatti, a ragionare così si sarebbe potuto giustificare anche il vilipendio delle Ferrovie dello Stato, o dei partiti politici e dei sindacati, “visto che gli uni e gli altri svolgono un ruolo essenziale – e per di più di sicura rilevanza costituzionale – in seno alla comunità organizzata”⁴⁴².

Inoltre, per il nostro Giudice delle leggi – che lo ha ribadito recentemente⁴⁴³ - il vilipendio, consistendo nel “tenere a vile [...] *in modo idoneo* a indurre i destinatari della manifestazione al disprezzo delle istituzioni o addirittura ingiustificate disobbedienze” è un reato di pericolo concreto⁴⁴⁴. Si tratta

⁴⁴¹ Corte cost., sentenza n. 20 del 1974, *cit.*, p. 74.

⁴⁴² Cfr. C. FIORE, *Il vilipendio davanti alla Corte costituzionale*, *cit.*, p. 272.

⁴⁴³ Corte cost., sentenza 23 novembre 2000, in *Giur. it.*, 2001, I, p. 1317, con nota di GIANNOTTI, *Vilipendio alla bandiera nazionale da parte del militare in servizio: al vaglio della Corte costituzionale l’eccessiva severità del codice penale militare di pace*.

⁴⁴⁴ Corte cost., sentenza n. 20 del 1974, *cit.*, p. 79; *contra* CAMPISI, *I reati di vilipendio*, Padova, 1968, p. 99, secondo il quale il vilipendio politico è, invece, un tipico reato di pericolo presunto,

dell'implicita adesione all'idea del “pericolo della disobbedienza” come fondamento dell'incriminazione del vilipendio che, come si è cercato di dimostrare, non può essere accolta.

La casistica giudiziaria del vilipendio, relativa ai primi decenni successivi all'avvento della Costituzione, sembra rafforzare la tesi di chi scorgeva già da tempo i rischi di una deriva autoritaria del sistema penale del dissenso politico. Gli orientamenti tradizionali distinsero fra critica lecita e vilipendio sulla base delle caratteristiche formali del discorso, che, se “irriguardoso”, “immotivato” e “sommario”, risultava suscettibile di rientrare nell'ambito della punibilità. Solo le “contumelie”, le “ingiurie grossolane e volgari”, le “basse critiche” – in base a quegli indirizzi – vennero ritenute intrinsecamente idonee a ‘dispregiare’ le istituzioni; mentre risultarono lecite tutte le critiche “purché espresse in forma composta e dignitosa”⁴⁴⁵. Quella giurisprudenza di legittimità, però, non si preoccupò di rendere chiari i confini tra le nozioni di “critica legittima” e “vilipendio delittuoso”, né, forse per paura di conferire in modo indiretto rilevanza al meccanismo della c.d. *exceptio veritatis*, pensò mai di distinguere tra vilipendio giustificato e vilipendio ingiustificato⁴⁴⁶, creando di fatto una “zona franca”, nella quale i giudici di merito poterono muoversi senza legalità, ma guidati dalle proprie convinzioni ideologiche di fondo.

La differenza tra “critica lecita” e “vilipendio” e il conformismo giurisprudenziale che ne derivò resero chiaro, a certa dottrina, l'autentico fondamento dell'incriminazione del vilipendio, cioè la tendenza a limitare il più possibile la c.d. pratica popolare della libertà di espressione⁴⁴⁷. La dicotomia tra ciò che

che non ammette prova in contrario, “perché è indipendente dalla sussistenza o meno da una situazione di fatto pericolosa”.

⁴⁴⁵ Per un'efficace analisi della giurisprudenza post-repubblicana in materia di repressione del dissenso, v. C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., pp. 47 ss.; della stessa opinione della giurisprudenza parte della dottrina dell'epoca: cfr. V. DE FRANCO, *I limiti oggettivi del diritto di critica e l'art. 290 C.p.*, in *Riv. pen*, II, 1959, p. 447, dove si legge che “ove la critica o la censura colpisca l'istituzione attraverso una motivata e circostanziata disamina della sua attività politica ed amministrativa, non c'è nessun dubbio che il fatto s'inquadri nell'ambito dell'esercizio di un diritto. Ma ove invece la critica trascenda in una offesa [...] e sia diretta a denigrare l'istituzione e a diminuire quel senso di fiducia e di rispetto che ogni cittadino porta verso l'istituzione stessa, non v'ha dubbio che i limiti del diritto di critica siano superati”.

⁴⁴⁶ Così C. FIORE, *Il vilipendio davanti alla Corte costituzionale*, cit., p. 273.

⁴⁴⁷ Si esprime in questi termini ancora C. FIORE, *op. loc. cit.*, p. 274, il quale si chiede come mai la censura di una sentenza o di un orientamento giurisprudenziale è in genere cosa lecita, se trova

“formalmente conviene” e ciò che è “sconveniente”, prima di tutto sul piano quasi semiotico, implicò quello che qualche Autore ha chiamato “controllo qualitativo del linguaggio”⁴⁴⁸, che si tradusse in una pesante discriminazione tra il sapiente e l’incolto, perpetuazione dell’ideologia di una *élite* che rivendicò per essa il privilegio illuministico di educare le masse. Questa prassi risultò funzionale alle esigenze di chi deteneva il potere politico, giungendo all’atrofizzazione dell’esercizio del diritto di critica. E’ ovvio che, così ragionando, la libertà di espressione si tradusse in un privilegio aristocratico, facoltà di una ristretta cerchia di uomini di cultura, perdendo la sua capacità di penetrare ed informare l’intero assetto della società, che del ‘libero pensiero’ costituisce la fondamentale ragione d’essere⁴⁴⁹.

In merito alle censure in chiave di tassatività e determinatezza, ed al rischio che il distinguo tra critica lecita e condotta vilipendiosa si tramutasse in una discriminazione verso i soggetti meno colti e capaci di esprimere critiche argomentate, la Consulta ha ribadito che “non si viola il principio di legalità e di uguaglianza quando si ricorre per l’individuazione del fatto costituente reato a concetti diffusi e generalmente compresi dalla collettività in cui il giudice opera [...] il che vale anche ad escludere che la norma impugnata risulti applicabile solo in danno di persone meno colte o più sprovvedute”⁴⁵⁰. Va però subito sottolineato che l’orientamento in parola è precedente all’acuto collegamento tra legalità e personalità della responsabilità penale che, in seguito alle sentenze n. 364 e n. 1088 del 1988, rappresenta ormai un dato non più contestabile del sistema penale contemporaneo.

Si confermò comunque, già allora, che il vilipendio era stato concepito per assicurare, attraverso la minaccia penale, un certo grado di *reverentia* dei cittadini nei confronti delle istituzioni dello Stato⁴⁵¹. Se è così, il “tenere a vile” è un atto di

posto in un libro o in una rivista specializzata, ma può facilmente diventare reato, sol che gli stessi concetti vengano espressi in un volantino di propaganda o nel comizio di un paese”.

⁴⁴⁸ Così ancora C. FIORE, *op. loc. cit.*, p. 274.

⁴⁴⁹ Si esprime in questi termini D. PULITANO, *Spunti critici in tema di vilipendio della religione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, p. 235.

⁴⁵⁰ Corte cost., sentenza n. 20/1974, *cit.*, p. 79.

⁴⁵¹ Cfr. FIORE, *op. loc. cit.*, p. 59.

critica all'autorità, che fa del suo autore un dissenziente⁴⁵². Esempificazioni di questo atteggiamento giurisprudenziale si rinvengono in pronunce che hanno ravvisato il vilipendio di cui all'art. 290 c.p. in frasi come "l'esercito è una massa di manovra da impiegare a fianco della Polizia a scopo repressivo"⁴⁵³; "l'esercito è un'istituzione individualista, arrivista e finalizzata a picchiare selvaggiamente durante le manifestazioni e ad eseguire ordini contraddittori e insignificanti"⁴⁵⁴; "le forze di liberazione erano bande di criminali comuni"⁴⁵⁵. In tale contesto, ai cittadini era appena riconosciuto uno *ius murmurandi*, in luogo di un pieno diritto di critica e di censura che essi dovrebbero poter esercitare nei confronti delle istituzioni che detengono il potere⁴⁵⁶.

5.1 Il vilipendio politico

Il vilipendio politico, presente già nel diritto romano, dove il *crimen maiestatis* era considerato una delle offese più gravi commesse ai danni dello Stato e dell'intero popolo romano⁴⁵⁷, trova la sua *ratio* nella presunta necessità di ogni potere costituito di difendersi dagli attacchi che lo minano anche nel suo prestigio e non solo nelle sue strutture essenziali.

Esso è stato introdotto, nelle legislazioni moderne, dal codice Zanardelli proprio allo scopo di reprimere il dissenso delle minoranze politiche; vocazione 'autoritaria' che venne rafforzata dal codice Rocco, che inasprì le pene ed estese lo spettro dei possibili oggetti di vilipendio facendovi rientrare, tra gli altri, anche l'organo del Consiglio dei ministri e il Gran Consiglio del Fascismo, prima non

⁴⁵² Così P. BARILE, *Il vilipendio è da abolire*, cit., p. 539, secondo il quale "una delle caratteristiche della democrazia è la tutela della *critica*, non del *prestigio*, o della *reverenza* delle istituzioni, che le opposizioni debbono potere liberamente scalzare"; nello stesso senso v. F. MANTOVANI, *I reati di opinione*, cit., p. 217, secondo il quale i reati di vilipendio "rappresentano la super-tutela accordata da uno stato autoritario a sé stesso: a difesa del principio dell'intangibilità del prestigio meramente formale, che non tollerava controllo e critiche, né tanto meno prove della verità".

⁴⁵³ Cass. sez. I, 29 settembre 1976, Verzegnassi, in *Giust. pen.*, 1977 II, p. 452.

⁴⁵⁴ Cass. sez. I, 13 aprile 1977, Leoni, in *Giust. pen.*, 1977, II, p. 550.

⁴⁵⁵ Cass. sez. I, 17 ottobre 1977, Tatarella, in *Foro it.*, 1978, II, p. 371.

⁴⁵⁶ Così A. BATTAGLIA, *Il vilipendio del governo*, cit., p. 61.

⁴⁵⁷ TASCONE, *Vilipendio*, cit., p. 1.

contemplati dal corrispondente ‘liberale’ della norma, che si riferiva unicamente alla forma del governo⁴⁵⁸.

Nell’ambito dei delitti contro la personalità dello Stato, dunque, il codice Rocco prevede i seguenti reati contro il prestigio politico: l’art. 290, il vilipendio della Repubblica, delle istituzioni costituzionali e delle Forze Armate; l’art. 291, vilipendio alla nazione italiana; l’art. 292, vilipendio o danneggiamento alla bandiera o ad altro emblema dello Stato - cui accedevano le previsioni circostanziali aggravanti degli artt. 292 *bis* e 293 c.p.⁴⁵⁹; l’art. 299 c.p., offesa alla bandiera o ad altro emblema di uno Stato estero; l’art. 327⁴⁶⁰ – inserito nel titolo II dedicato ai delitti contro la P.A. –, eccitamento al dispregio e vilipendio delle istituzioni, delle leggi o degli atti dell’Autorità). A queste ipotesi – come già anticipato – vanno affiancate quelle degli artt. 278, 279, 282, 297 e 298 c.p.

Quella contemplata dall’art. 290 c.p., vilipendio della Repubblica, delle Istituzioni costituzionali e delle Forze Armate, è probabilmente la fattispecie più significativa in materia di vilipendio politico⁴⁶¹.

Il reato può essere commesso da chiunque, ivi compresi i membri degli organi costituzionali vilipesi⁴⁶². La norma indica tassativamente i soggetti istituzionali che possono essere destinatari di atti vilipendiosi: la Repubblica⁴⁶³, le assemblee legislative, il governo, la Corte costituzionale o l’ordine giudiziario nel suo complesso, le forze armate dello stato o quelle della liberazione⁴⁶⁴. Deve peraltro

⁴⁵⁸C. RUGA RIVA, sub *art. 290 c.p.*, in AA. VV., *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI/ G. MARINUCCI, *cit.*, p. 2021; per una ricostruzione del vilipendio nella legislazione liberale v. A. BATTAGLIA, *Il vilipendio del governo*, *cit.*, p. 48 ss.

⁴⁵⁹L’art. 292 *bis* c.p., introdotto *ex l.* 23 marzo 1956, n. 167, e l’art. 293 c.p. risultano oggi abrogati per effetto della l. n. 85 del 24 febbraio 2006.

⁴⁶⁰La disposizione è stata abrogata per effetto della l. 25 giugno 1999, n. 205.

⁴⁶¹La norma risulta così in seguito alle innovazioni apportate dall’art. 3 d.lgs. lt. del 14 settembre 1944, n. 288, dall’art. 2 l. 11 novembre 1947, n. 1317 e dall’art. 1 l. 30 luglio 1957, n. 655. La cornice sanzionatoria è stata rimodulata dalla l. 24 febbraio 1006, n. 85 che ha sostituito la precedente pena della reclusione da sei mesi a tre anni con la pena pecuniaria della multa da euro 1000 a euro 5000.

⁴⁶²C. ZAZA, sub *art. 290 c.p.*, in *Codice commentato*, a cura di T. PADOVANI, *cit.*, p. 1908.

⁴⁶³Per “Repubblica” si intende la forma istituzionale repubblicana, e non lo Stato italiano, posto che questo è già tutelato dall’art. 291 c.p., v. C. RUGA RIVA, sub *art. 290 c.p.*, in AA. VV., *Codice penale commentato*, *cit.*, p. 2024.

⁴⁶⁴Per “forze di liberazione” si intendono le formazioni partigiane che effettivamente combatterono contro le truppe d’occupazione tedesche e le forze militari della Repubblica di Salò, la cui posizione è stata assimilata dalla giurisprudenza a quella delle altre istituzioni contemplate nella norma in quanto la memoria dell’operato di tali forze rappresenta un patrimonio ideale e politico tuttora valido, composto dai principi poi trasfusi nella Costituzione: cfr. Cass. sez. I, 17

precisarsi che la tutela riguarda ogni singola istituzione nel suo complesso, e non gli uffici, gli organi o le persone che la compongono. Alla luce di ciò, risultava particolarmente criticabile la tendenza di certa giurisprudenza ad applicare la norma in presenza di attacchi personali ad esponenti delle singole entità, meglio sanzionabili come ipotesi di diffamazione⁴⁶⁵; tendenza giustificata dall'inconfessato proposito di troncare ogni eventuale ricorso alla *exceptio veritatis*⁴⁶⁶, visto che tale possibilità è prevista solo per l'ingiuria e la diffamazione. Ove la critica abbia un contenuto diffamatorio per i componenti delle istituzioni tutelate valgono, pertanto, le norme sulla diffamazione.

La condotta può essere realizzata con qualsiasi mezzo: con le parole, con gesti, con scritti o comportamenti materiali⁴⁶⁷, e può avere ad oggetto anche soltanto cose che rappresentino quell'istituzione⁴⁶⁸, come un singolo corpo militare, che rappresenta l'intero complesso della forza armata.

Dall'ambito di operatività della norma non è contemplata l'offesa diretta alle istituzioni genericamente intese, così come quella rivolta a meri principi astratti, quali il parlamentarismo o il militarismo, o ad atti legislativi o amministrativi, per la quale a determinate condizioni può configurarsi il reato di cui all'art. 327 c.p.⁴⁶⁹ Il fatto deve avvenire pubblicamente, ovvero nei modi indicati dall'art. 266 c.p. Secondo gli orientamenti dominanti, il tentativo è configurabile solo nei casi di condotta frazionabile⁴⁷⁰.

Il reato di cui all'art. 290 c.p. può concorrere con quello di vilipendio della nazione italiana quando siano state pronunciate diverse frasi, anche in un unico contesto⁴⁷¹.

ottobre 1997, Tatarella, cit., p. 371; C.ZAZA, sub art. 290 c.p., in *Codice commentato*, cit., p. 1908.

⁴⁶⁵ S. PROSDOCIMI, *Vilipendio*, cit., p. 739 e 740; contra BOGNETTI, *Vilipendio del governo e principi costituzionali di libertà d'espressione*, cit., p. 958.

⁴⁶⁶ In rapporto alla tematica dell'*exceptio veritatis*, v. approfonditamente TASCONE, *Vilipendio*, cit., p. 2 e 3; in ordine alla tesi dell'applicabilità della c.d. prova liberatoria anche ai reati di vilipendio v. NUVOLONE, *Cronaca (libertà di)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, pp. 427 ss.

⁴⁶⁷ GALLO e MUSCO, *I delitti contro l'ordine costituzionale*, cit., p. 133.

⁴⁶⁸ MANZINI, *Trattato*, IV, cit., p. 588.

⁴⁶⁹ C. ZAZA, sub art. 290 c.p., in *Codice commentato*, cit., p. 1909 e 1910.

⁴⁷⁰ FIANDACA e MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, I, cit., p. 98.

⁴⁷¹ Cass., 26 gennaio 1970, Matorcia, in *Cass. pen. mass. ann.*, 1971, P. 795, citata da C. RUGA RIVA, sub art. 290 c.p., in AA. VV., *Codice penale commentato*, cit., p. 2033.

La previsione dell'art. 291 c.p., vilipendio alla nazione italiana, è quella che risulta più fortemente debitrice dell'ideologia fascista e nazionalista sottesa al codice Rocco. Con la condotta sanzionata dalla norma, infatti, si offende più che altro un'idea, come nell'offesa alla bandiera si offende un simbolo, "ed è perciò che questi due vilipendi sono equiparati rispetto alla pena"⁴⁷². Il vero volto della norma consiste nella tutela dell'idea dello Stato etico, "depositario e custode anche del patrimonio spirituale del popolo, che deve essere preservato da ogni forma di vilipendio"⁴⁷³, ed è per questo che il vilipendio della nazione costituisce un fatto di per sé inidoneo a recare alcun pregiudizio.

Per ciò che riguarda il concetto di nazione italiana, essa è stata, in un primo momento, identificata dalla dottrina tradizionale come un concetto etnico-sociale legato alla razza, alla religione, alla lingua e alla storia. Come si vede, quello di nazione è un concetto gravato da ipoteche storico-ideologiche, che parte della dottrina ha tentato di modificare, eliminando i requisiti dell'unità di razza e di religione e limitandosi ad esigere l'unità etnico-sociale, originata da una comunione di lingua e costumi⁴⁷⁴.

Alla luce del quadro costituzionale contemporaneo va senz'altro condivisa l'opinione di chi ritiene che un concetto come quello della nazione non possa essere posto alla base di nessuna norma penale, né tanto meno costituire l'oggetto materiale della condotta ivi descritta⁴⁷⁵.

In definitiva, si tratta di una fattispecie contraria sia al principio di offensività, perché il fatto di reato è di per sé inidoneo ad aggredire un bene giuridico, sia al principio di legalità, perché alla nota dell'indeterminatezza del concetto di vilipendio si aggiunge quella del suo oggetto, la nazione.

L'art. 292 c.p., vilipendio o danneggiamento alla bandiera o ad altro emblema dello Stato, punisce con la multa chiunque vilipende con espressioni ingiuriose la bandiera nazionale o un altro emblema dello Stato, e con la reclusione fino a due

⁴⁷² C. RUGA RIVA, sub *art. 291 c.p.*, in AA. VV., *Codice penale commentato, cit.*, p. 2037.

⁴⁷³ MANZINI, *Trattato, cit.*, IV, p. 594.

⁴⁷⁴ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale - Parte speciale, cit.*, II, p. 633; nello stesso senso la giurisprudenza (Cass., 7 aprile 1952, Battisti, in *Giur. pen.*, 1952, II, p. 828, citata da C. RUGA RIVA, sub *art. 291, cit.*, p. 2038); in argomento v. anche MERENGHI, sub *art. 291 c.p.*, in *Codice commentato*, a cura di T. PADOVANI, *cit.*, p. 1912.

⁴⁷⁵ PADOVANI, *Bene giuridico e delitti politici, cit.*, p. 40.

anni chiunque distrugge, disperde, deteriora, rende inservibile o imbratta la bandiera nazionale o altro emblema dello Stato.

La norma tutela il valore simbolico e rappresentativo della bandiera italiana⁴⁷⁶ o, secondo un'altra impostazione, l'onore e il prestigio dello Stato in relazione ai suoi simboli⁴⁷⁷.

Come si nota, sono rese punibili due distinte modalità di offesa alla bandiera: l'una propriamente di vilipendio (co. 1), punibile con sola pena pecuniaria, e l'altra di danneggiamento (co. 2), punibile con pena detentiva. La disposizione risulta così sostituita dalla l. n. 85/2006: il legislatore della riforma ha ritenuto che il vilipendio alla bandiera, nella forma del danneggiamento, rappresenti la forma più grave di vilipendio, l'unica a meritare la pena detentiva.

Inoltre, nella lettera del primo comma, è stato sostituito l'originario "vilipende" con l'attuale formula "vilipende con espressioni ingiuriose", che attribuisce al vilipendio dell'art. 292 co. 1 c.p. un significato peculiare e distinto da quello impiegato negli artt. 290 e 291 c.p. Occorre, infatti, che la condotta si realizzi mediante espressioni ingiuriose, cioè tramite manifestazioni verbali, gesti, scritti, disegni o atti (come lo sputo) che abbiano l'attitudine a mostrare il disprezzo dell'agente verso la bandiera e i valori da essa incarnati⁴⁷⁸. Secondo parte della dottrina, in questa prospettiva, la previsione della modalità esecutiva dell'uso di espressioni ingiuriose è sicuramente funzionale all'intento politico-criminale diretto, da un lato, a conseguire una più accurata specificazione della condotta⁴⁷⁹, e dall'altro ad evitare la perseguibilità di manifestazioni di opinione⁴⁸⁰. A ben vedere però – secondo altra tesi - l'autonomia della formula dell'art. 292 c.p. è soltanto apparente, risolvendosi il suo effetto applicativo solamente nella sicura esclusione del vilipendio mediante omissione⁴⁸¹.

Il requisito della pubblicità, originariamente richiesto dalla norma, è ora elemento costitutivo della sola fattispecie di danneggiamento. Tale scelta è stata criticata da

⁴⁷⁶ FIANDACA e MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale, cit.*, I, p. 101.

⁴⁷⁷ CONTIERI, *Bandiera (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, p. 40.

⁴⁷⁸ C. RUGA RIVA, sub art. 292 c.p., in AA. VV., *Codice penale commentato, cit.*, p. 2040.

⁴⁷⁹ SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 729.

⁴⁸⁰ MERENGHI, sub art. 292 c.p., in *Codice commentato*, a cura di T. PADOVANI, *cit.*, p. 1912.

⁴⁸¹ Il vilipendio mediante omissione è astrattamente configurabile tutte le volte che non si tiene fede ad un obbligo giuridico di esposizione della bandiera ai sensi della l. 5 febbraio 1998, n. 22 e del D.P.R. 7 aprile 2000, n. 121.

chi ritiene che la parziale *abolitio* del requisito permetta sul piano formale l'irragionevole punizione anche di chi vilipende in privato il tricolore⁴⁸².

Per ciò che riguarda l'oggetto materiale dell'azione, la bandiera nazionale è il tricolore italiano *ex art. 12 Cost.* La giurisprudenza ha recentemente affermato che non occorre che la bandiera sia fisicamente presente sul luogo del delitto, non essendo essa tutelata come oggetto in sé, bensì per il suo valore simbolico; è sufficiente pertanto la percepibilità da parte di altri soggetti, e non anche la presenza della *res*⁴⁸³. Il terzo comma equipara alla bandiera nazionale "ogni altra bandiera portante i colori nazionali". Tale estensione di tutela trova la sua *ratio* nella volontà del legislatore di evitare assoluzioni "formalistiche", fondate sulla difformità del tricolore vilipeso rispetto al modello ufficiale italiano⁴⁸⁴. Secondo la dottrina prevalente, infatti, anche i colori nazionali disposti in ordine diverso da quello prescritto dalla legge possono essere oggetto di vilipendio⁴⁸⁵.

Per "emblema dello Stato" si intende, invece, ogni simbolo materiale che rappresenta lo Stato in sé e per sé considerato⁴⁸⁶. E' evidente anche in tal caso il grave *deficit* di tassatività/determinatezza della norma.

5.2 Il vilipendio religioso nell'impianto originario del codice Rocco

A differenza del codice Zanardelli, che tutelava non tanto la religione in sé considerata, quanto il sentimento religioso dei singoli⁴⁸⁷, il codice del 1930 offriva protezione alla religione nel suo complesso. Sotto questo profilo, l'art. 402 c.p. proteggeva un'entità astratta, qual è la religione, come "l'origine, il fondamento

⁴⁸² PADOVANI, *Un intervento normativo scoordinato che investe anche i delitti contro lo Stato*, in *Guida al dir.*, 2006, n. 14, p. 23.

⁴⁸³ Cass., 20 ottobre 2003, G., in *Foro it.*, 2004, II, p. 208.

⁴⁸⁴ C. RUGA RIVA, sub *art. 292 c.p.*, in AA. VV., *Codice penale commentato*, *cit.*, p. 2041.

⁴⁸⁵ CONTIERI, *Bandiera*, *cit.*, p. 42.

⁴⁸⁶ Sono "emblemi dello Stato", ad esempio, lo stemma ufficiale della Repubblica italiana, gli emblemi araldici della Marina militare e della Marina mercantile, il sigillo dello Stato e delle singole amministrazioni dello Stato, i sigilli dei notai, i cippi e gli altri segni di confine, che rechino lo stemma o il nome dello Stato italiano, le monete stemmate o portanti altri emblemi dello Stato.

⁴⁸⁷ Nell'ambito dei reati di vilipendio della religione, il codice Zanardelli prevedeva distinte ipotesi criminose agli artt. 140, 141 e 142. Era punibile chiunque, per offendere uno dei culti ammessi nel territorio dello Stato, impedisse o turbasse l'esercizio di funzioni o cerimonie religiose, oppure pubblicamente vilipendesse chi professava uno di tali culti (artt. 140 e 141 c.p. Zanardelli). Inoltre, era punibile la condotta di distruggere, guastare o in altro modo vilipendere in luogo pubblico cose destinate al culto, ovvero usare violenza contro il ministro di un culto (art. 142 c.p. Zanardelli).

della fede”⁴⁸⁸, a differenza delle altre disposizioni (artt. 403-406 c.p.) che punivano le offese alla religione dello Stato mediante vilipendio di cose e di persone, proiettando l’oggetto della protezione verso un *quid* di natura concreta.

Questa diversa considerazione del sentimento religioso trovava il suo fondamento nel mutato quadro politico. La dottrina liberale, che diede vita al codice del 1889, infatti, era dell’opinione prevalente che lo Stato dovesse rimanere estraneo al fenomeno religioso, “essendo suo compito esclusivamente quello di garantire ai cittadini libertà di professare la propria fede religiosa”⁴⁸⁹. Non va sottaciuto, inoltre, che per il codice Zanardelli acquistava rilevanza non solo la religione cattolica, bensì ogni altro culto non in contrasto con l’ordine pubblico e la pubblica morale. Uno dei grandi pilastri della tradizione liberale, infatti, non poteva non comportare un’uguale protezione per tutte le credenze religiose legittimamente professate nel Regno.

Per il legislatore fascista, invece, il sentimento religioso assunse rilevanza per l’intera collettività, raggiungendo il rango di valore fondamentale da tutelare, con la firma dei Patti lateranensi del 1929, il cui art. 1 faceva della religione cattolica, apostolica, romana “la sola religione dello Stato”.

Il superamento dell’impostazione liberale comportò non solo il disancoraggio dal precedente orientamento di indipendenza dello Stato dal problema religioso, ma l’introduzione di una tutela differenziata in relazione alla diversa importanza dell’una e delle altre religioni: infatti, da una parte, le fattispecie di cui all’art. 402 c.p. (vilipendio della religione dello Stato) e all’art. 724 co. 1 (bestemmia) disciplinavano soltanto le offese alla religione cattolica; dall’altra, l’art. 406 c.p. contemplava i medesimi delitti, di cui agli artt. 403 s. c.p., qualora compiuti contro le altre religioni, prevedendo una pena ridotta, non superiore ad un terzo, rispetto a quella contemplata per le offese specifiche contro la religione dello Stato. Tale impianto costituiva il frutto della deliberata scelta dei compilatori del codice del 1930 di dare rilievo, proprio a livello di legislazione penale, al c.d. principio confessionistico.

Il legislatore fascista fece, dunque, della religione un fenomeno sociale, in quanto tale travalicante i limiti del sentimento individuale. Mentre, infatti, i

⁴⁸⁸ A. ROCCO, *Relazione ministeriale, cit.*, vol. V, II, p. 189.

⁴⁸⁹ TASCONE, *Vilipendio, cit.*, p. 6.

comportamenti contro le manifestazioni religiose risultavano inquadrati nel codice penale del 1889 tra i delitti contro la libertà, e si concretavano strutturalmente come violazione del diritto individuale di libertà religiosa, quei “medesimi comportamenti sono stati valutati in posizione autonoma ed indipendente nel codice del 1930, che, nel riconoscere all’idea religiosa in sé un particolare valore, ha considerato direttamente sul piano giuridico il sentimento religioso e lo ha protetto con speciale tutela”⁴⁹⁰. Il rovesciamento della prospettiva assiologica di matrice liberale si è, pertanto, realizzato perfettamente in quanto l’interesse alla protezione dei valori spirituali e religiosi, inteso alla stregua di un’esigenza socialmente rilevante, ha prevalso sull’interesse del singolo ad essere tutelato nell’esercizio del suo diritto di libertà religiosa. Per assicurare il mutamento di prospettiva, dal liberalismo all’autoritarismo della personificazione della religione, fu sufficiente, rispetto ai precedenti del codice Zanardelli, procedere a semplici adattamenti strutturali: l’offesa alla religione, da contenuto del dolo specifico, divenne l’evento del reato e si sancì la perseguibilità d’ufficio, in coerenza con la rilevanza pubblicistica conferita agli interessi religiosi, in luogo della precedente procedibilità a querela. Inoltre, furono previste più severe cornici edittali, figlie della ‘nuova’ filosofia dell’estremo rigorismo sanzionatorio che ispirò tutta la compilazione del codice.

Il bene protetto da queste norme si identificò nella visione fascista del sentimento religioso, inteso come atteggiamento interiore del ‘nuovo uomo’ del regime, che doveva, quindi, dimostrare di avere una duplice coscienza, una interiore ed una esteriore: quest’ultima doveva conformarsi ai nuovi caratteri sociali della collettività. Nella nuova prospettiva, quindi, la fede fu ritenuta un bene sommo e anche coloro che non credevano dovevano vivere “nella comune accettazione dei valori religiosi”⁴⁹¹.

La funzione politico-criminale di quelle norme è, però, più complessa. Il legislatore fascista, infatti, guardò alla religione come ad un potente strumento di pacificazione della popolazione italiana e alla sua corrispondente tutela penale come ad un elemento capace di garantire una forte coesione della comunità

⁴⁹⁰ Così testualmente L. SPINELLI, *Appunti in tema di tutela del sentimento religioso nell’ordinamento penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1962, p. 374.

⁴⁹¹ Ancora L. SPINELLI, *op. loc. cit.*, p. 375.

popolare. Abbiamo già riscontrato la stessa *ratio* di incriminazione in altre norme del codice: tra queste l'art. 415 c.p., che descrive, ancora oggi, l'istigazione all'odio tra le classi sociali e l'art. 272 co. 1 c.p., nella parte in cui rendeva punibile la propaganda per l'instaurazione violenta della dittatura di una classe sociale sulle altre. Con le citate disposizioni – come abbiamo già detto - si intendeva proprio colpire chiunque sostenesse l'idea della lotta di classe in contrapposizione con la collaborazione delle stesse voluta dalla dottrina fascista. Si può sostenere che alla medesima 'funzionalizzazione' fossero orientate anche le norme sul vilipendio religioso, che, guardando alla religione cattolica come ad una forza di unione, costituirono la proiezione penalistica del particolare interesse politico a che fosse cementata la coesione dei diversi strati sociali del popolo italiano.

Chi volesse oggi sostenere la legittimità costituzionale delle norme sul vilipendio religioso, sull'argomento che il legislatore abbia voluto riconoscere in esse un valido strumento di elevazione morale dei cittadini⁴⁹², sarebbe costretto a giustificare, nel nuovo assetto costituzionale, la legittimità di un ruolo etico assegnato allo Stato tramite il diritto penale; di uno Stato non più regolatore, ma maestro 'Leviatano' di comportamenti, e connettore vincolante degli stessi contenuti della coscienza individuale. Questi orientamenti, in genere, ravvisano nella tutela penale del sentimento religioso un mezzo efficace per il raggiungimento di un obiettivo di ordine etico, appunto l'elevazione morale dei cittadini. Tuttavia, la validità del sostantivo "elevazione" può essere messa in discussione e sostituita agevolmente con il termine "appiattimento", solo che si cambi la visuale, attraverso cui guardare alla materia. C'è chi, infatti, vede nella religione non il tramite per risvegliare le passioni civili e politiche dei cittadini di uno Stato, ma piuttosto per produrre l'appiattimento e il torpore delle coscienze. Può, quindi, sostenersi che concetti così indeterminati difficilmente possano permettere ad una norma penale di rispettare il teleologismo di matrice costituzionale, anche perché è indubitabile che il fenomeno religioso per lo Stato risulta, invero, legato a contingenze di carattere politico che risentono non solo del livello di sensibilità religiosa della maggioranza dei cittadini, ma anche del ruolo

⁴⁹² Per questa impostazione, v. ancora L. SPINELLI, *op. loc. cit.*, p. 376 s., che giustifica così l'opportunità della permanenza delle norme in oggetto nel nuovo contesto democratico.

assunto dallo Stato italiano in un determinato momento nei confronti della Chiesa⁴⁹³. Non v'è dubbio, infatti, che il nuovo codice del 1930 predispose una tutela penale della religione che ben evidenziava il “passaggio da un uso religioso della politica ad un uso politico della religione”⁴⁹⁴, facendone uno degli strumenti di governo dello Stato.

Da ciò si può comprendere l'importanza che rivestiva per il legislatore fascista la tutela del sentimento religioso, che lo Stato volle difendere direttamente, per la sua rilevanza sociale.

Queste esigenze politiche si tradussero significativamente nell'introduzione di una norma, sconosciuta alle esperienze liberali, che rendeva punibile genericamente il “vilipendio della religione di Stato”, in qualsiasi modo commesso: l'art. 402 c.p., il quale intendeva tutelare la religione cattolica, divenuta “religione dello Stato”, nella sua base dogmatica, oltre che nelle sue manifestazioni rituali e nel suo elemento personale⁴⁹⁵.

Nella sistematica originaria dei delitti in materia di religione, l'oggetto della tutela nelle figure di vilipendio qualificato (artt. 403 ss. c.p.) fu ritenuto qualitativamente diverso da quello dell'art. 402 c.p.: mentre in quest'ultimo caso l'offesa alla religione acquistava rilievo in quanto tale, negli altri la condizione di rilevanza risultava mediata dall'offesa ad un altro bene o interesse, dotato di autonomo significato sociale e giuridico: l'interesse dell'uomo che ‘professa’ di non essere vilipeso nella sua dignità di religioso (403 c.p.), quello delle cose consacrate ai riti religiosi (404 c.p.) e quello della comunità religiosa al rispetto del rito (405 c.p.). Nello stesso tempo, l'art. 402 c.p., cioè il vilipendio generico, valeva solo per la religione cattolica. Il sistema instaurato dal codice Rocco, dunque, si basò sulla netta distinzione qualitativa fra la religione di Stato e i culti ammessi; la tutela della prima si estendeva anche alla sola base dogmatica; quella dei secondi era limitata all'elemento personale o reale; come a dire che la pubblicizzazione del

⁴⁹³ Sostiene questa prospettiva anche chi, come SPINELLI, *op. loc. cit.*, p. 379, ritiene che esistano ragioni per giustificare anche oggi la tutela del sentimento religioso così come predisposta dal codice del 1930.

⁴⁹⁴ ROMANO, *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 491.

⁴⁹⁵ D. PULITANO', *Spunti critici in tema di vilipendio della religione, cit.*, p. 197.

bene giuridico valse soltanto per la religione cattolica apostolica romana, visto che non era punibile il vilipendio generico anche dei culti ammessi.

Le interpretazioni della disciplina furono, però, diverse. Un primo orientamento ritenne che la condotta prevista dagli artt. 403 ss. c.p. fosse connotata da una 'pluridimensionalità'⁴⁹⁶, in mancanza della quale si sarebbe ricaduti nel vilipendio generico della religione in sé e per sé, incriminato solo ove diretto contro la religione di Stato. Secondo questo indirizzo, il vilipendio 'qualificato' si verificava, una volta integrata la duplice offesa alla religione in sé ed agli elementi 'qualificati' contemplati dalla norma (per esempio, le persone che 'professano' ex art. 403). In questa prospettiva, in breve, era necessario che la condotta fosse plurioffensiva, verso la religione da un lato, verso persone o cose religiose dall'altro. Per contro, l'offesa al mero valore ideale trovava un'adeguata tutela soltanto qualora essa fosse rivolta ex art. 402 c.p. contro la religione cattolica⁴⁹⁷.

Una seconda impostazione, per lo più fatta propria dalla giurisprudenza fino alla fine degli anni Settanta del secolo scorso estese a dismisura gli ambiti applicativi degli artt. 403 ss., respingendo di fatto la tesi della plurioffensività. Le disposizioni furono applicate, pertanto, anche alle offese rivolte contro singoli elementi della religione vilipesa, quand'anche esse non fossero idonee ad esprimere disprezzo per l'intero fenomeno religioso.

Per ciò che riguarda l'interesse protetto, nell'art. 402 c.p. la religione dello Stato costituiva sia l'oggetto della tutela, sia l'oggetto materiale della condotta vilipendiosa. Come "bene", essa veniva in considerazione nella sua complessa e unitaria realtà, "come *corpus* di credenze e di atteggiamenti storicamente individualizzato e istituzionalizzato, che si estrinseca in una pluralità di dogmi e di riti e altre manifestazioni"⁴⁹⁸. Quanto poi alla concreta determinazione di quali dogmi e quali riti costituissero la religione cattolica, occorre fare riferimento al diritto canonico o alla teologia ufficiale. Sotto questo profilo, appariva molto stringente la critica di parte della dottrina, secondo cui nessuna religione, in un

⁴⁹⁶ Assertore di tale teoria è D. PULITANO', *Spunti critici in tema di vilipendio della religione, cit.*, p. 198 ss.

⁴⁹⁷ Per la tesi secondo la quale, anche nel nuovo contesto costituzionale, sarebbe stato opportuno estendere una norma come quella dell'art. 402 c.p. anche alle altre confessioni religiose, v. R. VENDITTI, *Sul vilipendio della religione dello Stato*, in *Riv. it. di dir. proc. pen.*, 1958, 119.

⁴⁹⁸ D. PULITANO', *op. loc. cit.*, p. 207.

regime di libertà costituzionale, potrebbe tollerare che organi dello Stato si mettano a valutare i suoi dogmi, le sue idee, le sue tradizioni e ciò perché gli organi dello Stato ne ignorano i veri significati di fondo. Ragionando diversamente, dovrebbe accettarsi il paradosso secondo cui il potere secolare formula giudizi e chiede condanne in base a considerazioni teologiche⁴⁹⁹.

In ogni caso, invalsero due interpretazioni circa gli ambiti di estensione della nozione di ‘patrimonio dogmatico’ della religione cattolica: una, restrittiva, tendente a fare dell’art. 402 c.p. norma di tutela non di questo o di quel dogma, bensì della complessiva realtà culturale del fenomeno religioso⁵⁰⁰ e che correttamente distingueva tra fondamento e oggetto della tutela; l’altra, estensiva, che riteneva di far rientrare entro i confini categoriali della nozione di “religione” anche suoi singoli aspetti e beni. Quest’ultimo orientamento, evidentemente corrispondente all’opinione comune, ebbe molto successo nella prassi giurisprudenziale⁵⁰¹, la quale vide integrato il reato di vilipendio generico in qualsiasi offesa ai beni “propri” del cattolicesimo e alle sue componenti fondamentali. In quel contesto, decisiva risultava la semplice rilevanza religiosa dell’elemento preso di mira dalla manifestazione espressiva, da valutarsi secondo i consueti parametri del diritto canonico e degli insegnamenti della Chiesa di Roma. In tal modo, l’ambito dell’incriminazione venne esteso fino alla massima espansione logica del concetto di “religione”⁵⁰². Come anticipato, però, tale orientamento non seppe distinguere tra oggetto della tutela e oggetto materiale del vilipendio, i quali apparvero, sotto il profilo dogmatico, ricondotti ad un unico elemento. A questa equiparazione dogmatica corrispose in sostanza la prassi applicativa secondo cui “vilipendere” qualsiasi elemento religioso equivaleva ad offendere la religione stessa; prassi che contribuì certamente all’exasperazione in chiave autoritaria della normativa in materia di delitti religiosi. Sotto questo

⁴⁹⁹ G. CONSO, *Contro i reati di vilipendio, cit.*, p. 548.

⁵⁰⁰ Per tale orientamento, per tutti v. D. PULITANO’, *op. loc. cit.*, p. 207 e 209, il quale ritiene che “tra il fenomeno religioso nella sua globalità e le sue particolari componenti vi è una differenza qualitativa e una diversa importanza, sia dal punto di vista sociale-statuale sia da quello più strettamente religioso”.

⁵⁰¹ L’opinione fu sostenuta in dottrina da VITALI, *Vilipendio della religione dello Stato*, Padova, 1964, p. 189; v. anche CONSOLI, *Il reato di vilipendio della religione cattolica*, Milano, 1957, p. 113 s.; in giurisprudenza v. per tutte Cass. 23 novembre 1967, imp. Nobilini, in *Giust. pen.*, 1968, II, c. 756, m. 965-966.

⁵⁰² D. PULITANO’, *op. loc. cit.*, p. 211.

profilo, l'accoglimento della prima teoria avrebbe, invece, contribuito maggiormente allo sviluppo di una giurisprudenza tendente a ricondurre all'art. 402 c.p. solo l'offesa capace di discreditarlo cattolicesimo nella sua essenza ed interezza, giungendo, per contro, a ritenere irrilevante o inoffensiva l'offesa incapace di estendersi oltre l'elemento direttamente preso di mira.

A ben vedere, però, la Corte di Cassazione andò anche oltre i confini dell'interpretazione appena citata. In pratica, si finì per far rientrare nell'art. 402 c.p. qualsiasi attacco ad elementi rilevanti: essa, in uno dei casi più emblematici, condannò dei pacifisti per aver diffuso un volantino, in cui esprimevano delle critiche verso l'atteggiamento della Chiesa cattolica di fronte alla guerra⁵⁰³. In tale sentenza, la Corte ritenne necessario apprestare tutela non già al cattolicesimo nel suo tipico contenuto religioso, bensì all'*establishment* ecclesiastico nella sua onnicomprensività, in un'estensione potenzialmente illimitata⁵⁰⁴, giungendo quasi a configurare un vero e proprio delitto d'eresia. In tale contesto, "religione cattolica" significò anche "Chiesa cattolica" e l'intero ambito del "cattolicamente rilevante" si estese anche all'ecclesiasticamente rilevante. La tutela privilegiata apprestata dall'art. 402 c.p. si estese, quindi, a dismisura, giungendo a contemplare qualsiasi aspetto della vita non solo religiosa della Chiesa cattolica.

5.2.1 Il superamento della *ratio* originaria dell'incriminazione nel nuovo contesto costituzionale

Il profondo mutamento istituzionale derivato dall'entrata in vigore della Costituzione del 1948 - che ha accolto i principi della libertà e dell'uguaglianza religiosa, ma soprattutto che ha fugato ogni dubbio circa l'*aconfessionalità* del nostro ordinamento - non ha però immediatamente portato alla caducazione dei delitti posti a tutela della religione dello Stato; neppure il nuovo accordo del 18 febbraio 1984 tra Italia e Santa Sede, di modifica al Concordato Lateranense del 1929, secondo cui "si considera non più in vigore il principio [...] della religione

⁵⁰³ Ci riferiamo alla già citata Cass. 23 novembre 1967, Nobilini, in *Giust. pen.*, 1968, *cit.*

⁵⁰⁴ D. PULITANO', *op. loc. cit.*, p. 216.

cattolica come sola religione dello Stato italiano”⁵⁰⁵, ha condotto in tempi brevi all’eliminazione della tutela privilegiata di cui godeva una sola religione sulle altre.

Intorno a questo secondo ‘nodo’, infatti, nonostante si siano sviluppati orientamenti, come quello che sostiene l’abrogazione tacita degli artt. 402-406 c.p. - per sopravvenuta incompatibilità degli stessi con la nuova normativa concordataria e con l’ineliminabile posizione di neutralità e di autonomia che lo Stato deve rivestire rispetto ai fenomeni religiosi⁵⁰⁶ - o come quello, rimasto assolutamente minoritario, che ravvisava la sopravvenuta indeterminatezza del loro contenuto precettivo⁵⁰⁷, prevalse tuttavia la tesi della giurisprudenza, che, pur riconoscendo la sostanziale diversità del contesto democratico rispetto a quello fascista, negò per lungo tempo che lo Stato non accordasse più alla religione della maggioranza degli italiani quella protezione che l’art. 406 c.p. riconosce agli altri culti ammessi, di minore diffusione e, nello stesso tempo, che la previsione di una minor pena per colui che pubblicamente offenda un culto diverso dalla religione cattolica ledesse il principio di uguaglianza di cui all’art. 3 Cost.⁵⁰⁸ L’accoglimento di quest’ultima impostazione lasciava, tuttavia, persistere l’anomalia di una tutela penale privilegiata della religione cattolica rispetto alle altre religioni e fu, per lungo periodo di tempo, avallato anche dalla Corte costituzionale che lasciò sopravvivere l’impianto originario del codice⁵⁰⁹, ritenendo che la tutela rafforzata della religione cattolica trovasse “fondamento nella rilevanza che ha avuto ed ha la Chiesa cattolica in ragione dell’antica ininterrotta tradizione del popolo italiano, la quasi totalità del quale ad essa sempre appartiene”⁵¹⁰. La Corte, nel sancire la legittimità costituzionale delle norme, ne affermò anche la perfetta e sostanziale armonia con il precedente

⁵⁰⁵ Art. 1 Protocollo Addizionale all’Accordo del 18 febbraio 1984 tra Stato italiano e la Santa Sede, ratificato con L. 25 marzo 1985 n. 121.

⁵⁰⁶ FIANDACA e MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, I, *cit.*, p. 326.

⁵⁰⁷ Di tale orientamento dà notizia F. BASILE, sub *art. 403 c.p.*, in AA. VV., *Codice penale commentato, cit.*, p. 2955.

⁵⁰⁸ TASCONE, *Vilipendio, cit.*, p. 6 che cita Cass. pen., sez. III, 14.12.1987, imp. Patis.

⁵⁰⁹ Con riferimento all’art. 404 c.p. cfr. Corte Cost. 28 novembre 1957, n. 125, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, 119, con nota di VENDITTI, *Sul vilipendio della religione di Stato, cit.* Sull’art. 402 c.p. v. Corte Cost. 31 maggio 1965, n. 39, in *Foro it.*, 1965, I, 929, con nota di PIOLA, *Legittimità dell’art. 402 cod. pen., e nozione di religione dello Stato*; sugli artt. 303, 405 e 406 c.p. v. Corte Cost. 8 luglio 1975, n. 188, in *Giur. it.*, 1976, I, 19.

⁵¹⁰ Corte Cost. 31 maggio 1965 n. 39, *cit.*, p. 929.

assetto istituzionale, dimostrando di rimanere legata ad una concezione del bene giuridico ‘religione di Stato’ diretta a valorizzarne esclusivamente la “dimensione collettiva, funzionale al perseguimento dei fini etici dello Stato”⁵¹¹.

Successivamente, la Consulta pose fine progressivamente all’effetto discriminatorio del vilipendio delle religioni, procedendo ad introdurre una serie di correttivi di natura qualitativa, che hanno portato alla dichiarazione di illegittimità dell’art. 402 c.p. con sentenza n. 508/2000 e all’estensione anche ai culti acattolici dell’art. 724 c.p., con sentenza n. 440/1995⁵¹²; ma anche di natura quantitativa, in quanto le differenze di pena, previste originariamente dagli artt. 403, 404 e 405 rispetto alle ipotesi di cui all’art. 406 c.p., sono state eliminate⁵¹³. In tale percorso, la Corte abbandonò definitivamente il c.d. criterio della maggioranza, in quanto nel nuovo contesto costituzionale risultava ormai inaccettabile “ogni discriminazione basata soltanto sul maggiore o minore numero degli appartenenti alle varie confessioni religiose”⁵¹⁴. Contestualmente, sul piano dell’oggetto della tutela, la Corte operò un “progressivo spostamento del baricentro della tutela penale dalla religione in quanto tale – nella sua dimensione fideistica, quale valore di rilievo politico e sociale – al sentimento religioso, nella sua dimensione individuale e collettiva”⁵¹⁵.

Occorre, infatti, rilevare che, nel percorso di ‘costituzionalizzazione’ dei reati ‘religiosi’, la Consulta non rinunciò mai alla ‘pubblicità’ del bene giuridico, neanche quando ne valorizzò la dimensione individuale⁵¹⁶, tentando una ricostruzione dell’oggetto della tutela, che apparve subito, fin dai primi

⁵¹¹ S. D’AMATO, *Brevi note a margine della sentenza declaratoria di incostituzionalità del reato di vilipendio alla religione di Stato (Corte Cost. n. 508 del 13 novembre 2000)*, in *Crit. dir.*, 2000, p. 539.

⁵¹² Corte Cost. 18 ottobre 1995 n. 440, in *Foro it.*, 1996, I, 30, con nota di COLAIANNI, *La bestemmia ridotta e il diritto penale laico*.

⁵¹³ In relazione all’art. 403 v. Corte cost., sentenza n. 168/2005, in www.cortecostituzionale.it; in relazione all’art. 404, v. Corte Cost. 14 novembre 1997 n. 329 in *Leg. Pen.*, 1998, 499; in relazione all’art. 405, v. Corte cost., sentenza n. 327/2002, in www.cortecostituzionale.it.

⁵¹⁴ Corte Cost. 28 luglio 1988, n. 925, in *Giur. it.*, 1989, I, p. 1648, dove la Corte fu chiamata ancora una volta a pronunciarsi sul delitto di bestemmia, dopo le modifiche concordatarie del 1984, affermandone la costituzionalità.

⁵¹⁵ D’AMATO, *Brevi note a margine della sentenza declaratoria di incostituzionalità del reato di vilipendio alla religione di Stato, cit.*, p. 540.

⁵¹⁶ Corte Cost. 8 luglio 1975, n. 188, *cit.*, p. 19, dove si legge che “il sentimento religioso, quale vive nell’intimo della coscienza individuale e si estende anche a gruppi più o meno numerosi di persone legate tra loro dal vincolo della professione di una fede comune è da considerare tra i beni costituzionalmente rilevanti”.

commenti⁵¹⁷, difficilmente compatibile con l'impianto della disciplina codicistica, imperniato sul rilievo pubblicistico del bene originariamente protetto. Inoltre, a seguito delle modifiche concordatarie del 1984, la Corte precisò – in occasione della dichiarazione di parziale incostituzionalità dell'art. 724 c.p.⁵¹⁸ – che il superamento del c.d. principio confessionistico nulla avesse innovato, poiché la locuzione “religione di Stato” doveva essere intesa quale “mero tramite linguistico per mezzo del quale, ora come allora, viene indicata la religione cattolica”⁵¹⁹. L'aver tralasciato ogni considerazione sulla legittimità costituzionale del bene giuridico protetto, come già sostenuto in dottrina⁵²⁰, dunque, sollevò subito molte perplessità, legate soprattutto alla inopportunità di conservare nel nuovo assetto costituzionale forme di tutela penale dei fenomeni religiosi.

Anche se sganciata dal suo contenuto fideistico, infatti, la ricostruzione in chiave personale del bene protetto non sembra poter contraddire la forte valenza ideologica e repressiva di una protezione penale della religione, che continua ad assolvere la funzione di “potente fattore di stabilità sociale”⁵²¹. Se si considera la teoria generale del bene giuridico⁵²², il “sentimento religioso individuale”, per quanto dotato di una diretta copertura costituzionale nell'art. 8 Cost., “è decisamente privo dei requisiti di materialità, configurandosi piuttosto come mera idealità, come tale inafferrabile, che rischia di trasformare l'illecito penale in illecito di mera disobbedienza”⁵²³. L'aver espunto dal sistema penale l'art. 402 c.p. non ha implicato di certo l'eliminazione di qualsiasi forma di tutela penale della religione e, quindi, dei rischi per la libera manifestazione del pensiero, visto il perdurante vigore degli artt. 403 ss. c.p., che, come è stato autorevolmente

⁵¹⁷ In argomento v. ancora D'AMATO, *Brevi note a margine della sentenza declaratoria di incostituzionalità del reato di vilipendio alla religione di Stato*, cit., p. 540 e 541.

⁵¹⁸ Per una panoramica delle sentenze rese in riferimento all'art. 724 c.p., cfr. soprattutto Corte Cost., 30 dicembre 1958, n. 79, in *Foro it.*, 1959, I, 8; Corte Cost., 27 febbraio 1973 n. 14, in *Foro it.*, 1973, I, 970.

⁵¹⁹ Corte Cost. 18 ottobre 1995 n. 440, in *Foro it.*, 1996, I, 30, con nota di COLAIANNI, *La bestemmia ridotta e il diritto penale laico*

⁵²⁰ D'AMATO, *Brevi note a margine della sentenza declaratoria di incostituzionalità del reato di vilipendio alla religione di Stato*, cit., p. 541.

⁵²¹ STELLA, *Laicità dello Stato: fede e diritto penale*, in AA.VV., *Diritto penale in trasformazione*, a cura di MARINUCCI-DOLCINI, Milano, 1985, p. 309 ss.

⁵²² Esprime tale giudizio SIRACUSANO, *I delitti in materia di religione. Beni giuridici e limiti dell'intervento penale*, Milano, 1983, pp. 59 e 271 ss.

⁵²³ D'AMATO, *op. loc. cit.*, p. 542.

sostenuto, finisce per tenere ancora in piedi il vilipendio della religione⁵²⁴, dal momento che ciò che cambia è soltanto l'oggetto materiale del reato. Considerati i *deficit* già denunciati di tassatività/determinatezza anche delle norme in tema di vilipendio "qualificato", non possono ritenersi pertanto debellati i rischi che il vilipendio alla religione in sé e per sé - intesa cioè quale "bene di civiltà", seppur appartenente al patrimonio individuale del 'fedele' – possa tornare facilmente a rivivere nelle applicazioni giurisprudenziali degli artt. 403 ss. c.p.⁵²⁵

Va sottolineato che la posizione espressa dalla Consulta nella sentenza ablativa del 2000 è stata contraddetta dalla Corte europea di Strasburgo, il cui orientamento può assimilarsi a quello della prima "stagione" della Corte italiana: nelle decisioni rese in materia, infatti - in riferimento ai reati di vilipendio contro la religione e di blasfemia presenti negli ordinamenti austriaco e britannico – la Corte EDU ha escluso la sussistenza di un contrasto di tali norme col parametro della libertà di manifestazione del pensiero *ex art. 10 CEDU*, con argomentazioni che sembrano rievocare quelle del c.d. criterio "maggioritario"⁵²⁶.

Il nuovo assetto dei delitti in materia di religione, risultante dagli interventi della Corte costituzionale, è stato comunque accolto nella riforma del 2006, con cui il legislatore ha provveduto a cancellare ogni riferimento alla religione dello Stato/religione cattolica, con conseguente abrogazione dell'art. 406 c.p., che faceva riferimento ai culti *acattolici*. Le novità dell'intervento riformatore sono state: *a)* l'inserimento nelle fattispecie di cui agli artt. 403-405 c.p. della nozione di "confessioni religiose", con conseguenti ricadute sull'individuazione del bene giuridico tutelato; *b)* la riformulazione parziale del fatto tipico del vilipendio di cose attinenti al culto, di cui all'art. 404 co. 1 c.p.; *c)* l'inserimento nel *corpus* dell'art. 404 co. 2 c.p. della fattispecie di reato del danneggiamento di cose attinenti al culto; *d)* la modifica della cornice sanzionatoria dei delitti di cui agli artt. 403 e 404 co.1 c.p., ora puniti esclusivamente con una modesta pena pecuniaria.

⁵²⁴ SIRACUSANO, *I delitti in materia di religione, cit.*, p. 111.

⁵²⁵ Così già D'AMATO, *op. loc. cit.*, p. 545.

⁵²⁶ Cfr. Corte EDU, decisioni *Otto-Preminger Instituti/Austria* del 20 settembre 1994 e *Wingrove/Regno Unito* del 24 novembre 1996; sul punto VISCONTI, *La tutela penale della religione nell'età post-secolare e il ruolo della Corte costituzionale*, in *Riv. it dir. proc. pen.*, 2005, 1029; vedi anche C. SGROI, sub *art. 402 c.p.*, in *Codice commentato*, a cura di T. PADOVANI, *cit.*, p. 2989.

Tuttavia, la novità più importante dell'intervento del 2006 è stata la conferma della presenza all'interno del nostro ordinamento dei delitti in materia di religione, nonostante l'opinione dominante in dottrina sia oramai nel senso di non apprestare alcuna tutela penale, quanto meno in via principale, ai fenomeni religiosi.

Inoltre, l'attuale riferimento alle "confessioni religiose", in luogo di quello sicuramente discriminatorio ai c.d. "culti ammessi", pone due gravi problemi tra di loro connessi: il primo, di natura qualificatoria, concernente l'esatta individuazione delle confessioni religiose; il secondo, di natura sostanziale, consistente nell'esatta determinazione dei confini categoriali del concetto, proprio ai fini dell'individuazione del bene giuridico tutelato dalle nuove norme in materia. Tralasciando le esigenze connesse al problema qualificatorio⁵²⁷, intrinsecamente legato all'assenza di criteri legali precisi che definiscano la nozione, vale la pena ricordare che la dottrina ha già da tempo concluso nel senso dell'eccessiva ampiezza ed incertezza della nozione di "confessione religiosa", dalla quale sembrerebbero rimanere escluse soltanto le comunità sociali non religiose, le comunità sociali accomunate da una religiosità "negativa", i movimenti religiosi privi di qualsiasi elemento di visibilità all'esterno e le concezioni religiose individuali⁵²⁸. Per ciò che concerne il piano sostanziale, il processo di ridefinizione, costituzionalmente orientato, concluso dal legislatore non ha modificato in nulla i risultati esegetici di quanto affermato già dalla Corte costituzionale. Pertanto, il bene giuridico tutelato dai nuovi "delitti contro le confessioni religiose" va comunque correttamente individuato nel sentimento religioso, purificato dei patrimoni fideistici e dogmatici, del prestigio delle istituzioni terrene e del loro *establishment*. Ciò sembra comunque confermare, come è stato sostenuto⁵²⁹, la dimensione "istituzionale" della tutela penale e il definitivo abbandono della prospettiva, pur ventilata dalla Consulta, di una tutela del fattore religioso come dimensione del singolo. Che anche la scelta riformatrice si sia indirizzata proprio in questo senso sembra confermato dal "mantenimento

⁵²⁷ Per un'ampia trattazione della materia v. BASILE, sub *art. 403 c.p.*, in AA. VV., *Codice penale commentato, cit.*, pp. 2958 ss.

⁵²⁸ BASILE, sub *art. 403 c.p.*, *cit.*, p. 2960.

⁵²⁹ NOTARO, *Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione (l. 24.2.06 n. 85)*, in *Leg. Pen.*, 2006, 401; SALCUNI, *I delitti contro il sentimento religioso*, in CADOPPI-CANESTRARI-MANNA-PAPA, *Parte speciale*, III, 873.

della sanzione detentiva per la fattispecie di turbativa di predica, che definisce un'ipotesi in cui risalta la caratterizzazione istituzionale-collettiva del fatto religioso (art. 405)⁵³⁰.

In ultimo, va osservato che dopo la riforma del 2006, sembrano residuare ancora alcuni profili di illegittimità costituzionale per violazione degli artt. 3 co. 1 e 19 Cost., nella misura in cui le nuove norme danno rilievo solo alle offese al sentimento religioso di una confessione religiosa, in tal modo lasciando privo di tutela penale, per un verso il “sentimento religioso di chi non si riconosce in alcuna confessione religiosa e, per altro verso, il sentimento religioso negativo di chi abbia una concezione del mondo teosofica o ecosofica, ovvero atea o agnostica”⁵³¹.

⁵³⁰ C. SGROI, sub *art. 402 c.p.*, in *Codice commentato*, a cura di T. PADOVANI, *cit.*, p. 2989.

⁵³¹ PADOVANI, *Un intervento normativo scoordinato che investe anche i delitti contro lo Stato*, *cit.*, p. 28; nello stesso senso BASILE, *op. loc. cit.*, p. 2966; v. anche D'AMATO, *op. loc. cit.*, p. 542 e 543.

6. Conclusioni. Perché sono state punite le opinioni?

Il consiglio dei ministri del 5 novembre 1926 in una sola seduta deliberò l'annullamento di tutti i passaporti per l'estero; severe sanzioni contro gli espatri clandestini ed uso immediato delle armi contro chi passasse abusivamente il confine; la soppressione di tutti i giornali antifascisti; lo scioglimento di tutti i partiti, associazioni e organizzazioni contrari al regime; l'istituzione del confino di polizia per coloro che "abbiano commesso o manifestato il deliberato proposito di commettere atti diretti a sovvertire violentemente gli ordinamenti sociali, economici o nazionali costituiti nello Stato o a menomare la sicurezza o a contrastare ed ostacolare l'azione dei poteri dello Stato"⁵³²; l'istituzione del servizio d'investigazione politica presso ciascun comando di legione della milizia. Il provvedimento sortì effetti immediati: il 9 novembre, la Camera dei deputati approvò la mozione che dichiarava la decadenza dal mandato parlamentare di centoventi deputati dell'opposizione, tra cui Berlinguer, De Gasperi, Delitala e Gramsci; nella notte del 10 novembre furono occupate dalla polizia e chiuse le sedi di tutti i partiti e le associazioni antifascisti.

Il provvedimento per la difesa dello Stato fu approvato il 25 novembre, dopo solo un'ora di dibattito parlamentare. Uno dei tratti innovativi dell'intervento fu l'istituzione della pena di morte, ispirata all'antitesi fra la dottrina fascista dello Stato e la tradizione liberale; essa segna per molti, soprattutto sul piano simbolico (*rectius*, politico), la definitiva consacrazione formale di uno dei pilastri della dottrina fascista: quello secondo cui l'individuo rappresentava soltanto "un elemento infinitesimale e transeunte dell'organizzazione sociale", e quindi poteva essere legittimamente sacrificato alle esigenze dello Stato⁵³³.

⁵³² Sembra utile notare che il decreto del Consiglio dei ministri, insieme ai provvedimenti di polizia e alla legge per la difesa dello Stato, rappresenta un 'degnò' precedente del Codice del 1930. Espressioni quali "atti diretti a sovvertire violentemente" e "menomare la sicurezza" vennero tutte traslate nelle corrispondenti fattispecie contenute nella successiva codificazione. Soltanto a titolo di esemplificazione – visto che tali tecniche redazionali praticamente albergano nell'intera struttura del codice –, si vedano gli artt. 241 ss. c.p. (dove compaiono espressioni del tipo di 'atti diretti a *sottoporre, menomare l'indipendenza, etc.*) e gli artt. 264 e 265 c.p., dove si parla di "*menomazione della resistenza della nazione di fronte al nemico*".

⁵³³ La tematica dell'antitesi tra dottrina liberale e dottrina fascista è stato già adeguatamente trattata *supra*, nel par. 1.

Con gli otto articoli della legge, datata 25 novembre 1926⁵³⁴, veniva statuita: *a)* la pena di morte per chiunque commettesse “un fatto diretto contro la vita, l’integrità o la libertà personale” del re, della regina, del principe ereditario, del capo del governo, nonché per alcuni delitti tra i più gravi contemplati dal codice penale allora vigente (attentato all’indipendenza della patria, rivelazione di segreti militari, insurrezioni contro i poteri dello Stato, eccitamento alla guerra civile); *b)* la reclusione da quindici a trent’anni per i capi promotori od organizzatori dell’attentato; *c)* la reclusione da cinque a quindici anni per chi concertasse con altri un attentato da eseguire e per chi facesse istigazione od apologia di attentato; *d)* la reclusione da tre a dieci anni per chi ricostituisse associazioni, organizzazioni o partiti disciolti, da due a cinque anni per chi ne facesse parte o propaganda; *e)* la reclusione da cinque a dieci anni per il cittadino che all’estero svolgesse attività nociva agli interessi nazionali; la condanna pronunciata in contumacia comportava la perdita della cittadinanza e la confisca dei beni, anche di quelli alienati nell’anno antecedente al reato; *f)* la competenza per i suddetti reati, devoluta a un tribunale speciale, presieduto da un generale e formato da cinque consoli della milizia. Il “tribunale speciale per la difesa dello Stato” doveva funzionare con la procedura del tempo di guerra, e contro le sue sentenze non era ammesso ricorso. I giudici erano esortati a procedere in modo rapidissimo e con severità esemplare. Si legge nella relazione del governo: “La lotta che lo Stato ha intrapreso contro i suoi nemici è simile a quella che esso deve sostenere in tempo di guerra”.

Il legislatore fascista trattò con indifferenza, tra le fondamentali istanze della tradizione liberale, anche il principio di irretroattività della legge penale: al Tribunale speciale furono, infatti, devoluti i procedimenti già in corso per delitti già commessi, quando fossero contemplati dalla nuova legge. Questo doveva aver vigore per cinque anni: ma alla scadenza fu prorogato di altri cinque, e ciò più volte finché scomparve insieme al regime.

⁵³⁴ Nella seduta del Consiglio dei ministri del 5 novembre 1926 fu lo stesso Rocco ad illustrare il disegno di legge “per la difesa dello Stato”, che istituiva la pena di morte e il Tribunale speciale; il disegno di legge sarebbe stato presentato in Parlamento soltanto quattro giorni dopo, il 9 novembre.

Insieme al Tribunale speciale entrò in azione anche la polizia politica segreta, organizzata dal capo della polizia Bocchini nella forma di un “Ispettorato speciale”; esso cominciò la sua attività con l’arresto di Antonio Gramsci e con la denuncia di Palmiro Togliatti⁵³⁵.

In tale contesto, i vecchi organi costituzionali continuarono a funzionare. Rimase il re, che vide anzi ribadita la sua “prerogativa” di nominare e congedare il governo. Rimase la Camera dei deputati elettiva; rimase il Senato di nomina regia. Rimase gli organi amministrativi e giurisdizionali di controllo supremo: Corte dei Conti, Consiglio di Stato, Corte di Cassazione⁵³⁶. Questo apparato costituzionale, però, non era null’altro che la facciata ‘formale’ del regime che, invece, aveva radicalmente modificato gli assetti politici ed istituzionali dell’ordinamento italiano.

Ma la fine della lotta pubblica in Italia non significò la fine della resistenza al fascismo. Si trattò di una “disposizione di spirito e di una attitudine pratica, non organizzate secondo un piano e secondo i suggerimenti di centri politici, ma diffuse e radicate nei singoli individui, e tuttavia spontaneamente generanti incontri e ritrovi che davano al fenomeno una certa consistenza collettiva e finivano per formare attraverso il paese una specie di rete [...] Era la rete di coloro che seguitavano a professare – senza ostentarle, ma altresì senza nasconderle – idee liberali e democratiche, e pur non facendo professione pubblica di antifascismo [...] non tralasciavano le occasioni di criticare, e talora canzonare, questa o quella opinione, questo o quell’atteggiamento o atto fascista”⁵³⁷.

Mussolini, consapevole di ciò, architettò insieme a Rocco la più grande macchina della repressione del dissenso politico che la storia d’Italia avesse mai conosciuto. La costruzione della ‘parte speciale’ del codice, idonea a ricoprire di “disvalore” non solo l’acceso tono di distacco dai principi del regime bensì il più semplice ‘soffio’ di dissenso, fece dell’antifascista una vera e propria categoria criminologica da combattere ed annientare ad ogni costo. Antifascisti ve ne sono

⁵³⁵ Tutti i riferimenti storici sono tratti da SALVATORELLI e MIRA, *Storia d’Italia nel periodo fascista*, Torino, 1964, p. 381 – 385.

⁵³⁶ SALVATORELLI e MIRA, *Storia d’Italia nel periodo fascista, cit.*, p. 386.

⁵³⁷ Ancora SALVATORELLI e MIRA, *op. loc. cit.*, p. 387 e 388.

stati in Italia, nei venti anni di dittatura fascista, assai più che non si creda. E una riprova è fornita dalla serie innumerevole dei condannati, confinati, ammoniti, rimossi dai loro posti⁵³⁸.

In quegli anni si realizzò un processo di consolidamento normativo dell'estremismo fascista: il regime totalitario era già completo sostanzialmente alla fine del 1926⁵³⁹.

La morale normalizzatrice-totalitaria del fascismo si insinuava nella struttura del linguaggio non solo del dibattito politico, ma degli stessi decreti del Consiglio dei ministri; proposizioni come: “l'applicazione delle leggi per la difesa dello Stato non ha dato luogo ad incidenti di sorta ed è stata accolta con soddisfazione dal popolo” stava a significare che il popolo doveva ‘battere le mani’ al fascismo e ‘tenersi’ le leggi repressive, se non voleva il ritorno al 10 giugno 1924⁵⁴⁰, alla rappresaglia e allo squadristo. Lo stesso spirito animava pure le circolari di Mussolini; una del 5 gennaio 1927 invitava i prefetti ad un alacre e intelligente lavoro di repressione antifascista⁵⁴¹.

In questo passaggio dal 1926 al 1927 la storia d'Italia è cronaca di repressione.

Il 30 novembre 1926 fu annunciata l'avvenuta emanazione del provvedimento di confino per 522 oppositori politici, principalmente ex deputati e operai. Il fascismo, però, in tal caso non fu particolarmente cattivo: tutte le fonti storiografiche confermano che il trattamento riservato ai ‘confinati’ nelle principali sedi di Ustica, Lipari, Ponza, Ventotene, Amalfi e Forte dei Marmi non fu particolarmente ‘invasivo’. Ci si poteva prendere un'abitazione individuale e c'era una discreta libertà di movimento, accompagnata da un'indennità di lire cinque o dieci giornaliera⁵⁴².

⁵³⁸ SALVATORELLI e MIRA, *op. loc. cit.*, p. 388.

⁵³⁹ E' il giudizio di parte della storiografia: vedi in tal senso SALVATORELLI e MIRA, *op. loc. cit.*, p. 389; *contra* H. ARENDT, *The Origins of Totalitarianism*, New York, 1966, con traduzione italiana a cura di A. GUADAGNIN, Torino, 2009, p. 427 e 428, dove la studiosa tedesca non include il fascismo tra i regimi totalitari del Novecento.

⁵⁴⁰ E' la data dell'omicidio di Giacomo Matteotti. In argomento v. per tutti R. DE FELICE, *Mussolini il fascista. La conquista del potere 1921-1925*, Torino, 1966, cap. VII, *Dal delitto Matteotti al discorso del 3 gennaio*, pp. 619 – 730.

⁵⁴¹ Lo riferiscono SALVATORELLI e MIRA, *op. loc. cit.*, p. 390.

⁵⁴² Uno dei documenti storici che dimostrano le buone condizioni dei “confinati” è costituito dalle “lettere” di Antonio Gramsci raccolte in A. GRAMSCI, *Lettere dal carcere*, Torino, 1947, ed. Einaudi. L'intellettuale scrive, nella lettera a Tatiana del 9 dicembre 1926: “La mia impressione di Ustica è ottima sotto ogni punto di vista. L'isola è grande 8 chilometri quadrati e contiene una popolazione di circa 1300 abitanti, dei quali 600 coatti comuni, cioè criminali parecchie volte

Al di là del confino c'erano i processi e le condanne dei tribunali ordinari.

“Coronava l'apparato di repressione, alle dipendenze immediate del capo del governo da cui riceveva le istruzioni, il Tribunale speciale, che iniziò la sua attività il 1° febbraio 1927 sotto la presidenza del generale Sanna”⁵⁴³.

Vi fu una lunga sequela di condanne per reati di opinione: 9 mesi di reclusione furono inflitti ad un operaio di Roma, Giuseppe Pira, che aveva esclamato all'indirizzo del duce: «Li mortacci sui, 'sto puzzolente!»; stessa condanna per uno stuccatore pugliese, Cataldo D'Oria, per aver offeso Mussolini ed esaltato l'attentato Lucetti; condanna alla reclusione tra 1 e 14 anni per cospirazione contro lo Stato e incitamento all'odio di classe per un gruppo di comunisti toscani; condanna a pena detentiva per svariati anni inflitta agli onorevoli comunisti Grieco, Molinelli, Ravagnan, Innamorati, Pellegrini, Mancinelli, Tonon, Angelucci e Bernardini per adunanza sediziosa, eccitazione all'odio di classe e istigazione dei militari a disobbedire alle leggi; condanna alla reclusione tra 4 e 12 anni per nove comunisti, per aver scritto «Viva Lenin» sul manico di alcuni coltelli e per aver diffuso degli stampati; sei mesi di reclusione per distribuzione di giornali comunisti; un anno di reclusione per aver cantato 'Bandiera Rossa'; pene tra uno e sette anni e mezzo per tre comunisti torinesi, per diffusione di stampati, vilipendio della milizia, offese al capo del governo; infine, la condanna a quattro anni di reclusione per Alcide De Gasperi, ex segretario politico del partito popolare italiano, per tentato espatrio clandestino – nuova figura di reato

recidivi. La popolazione è cortesissima [...] oggi mi trovo in una camera d'albergo e forse domani o dopodomani andrò ad abitare una casetta che stanno ammogliando per noi: noi siamo trattati da tutti con grande correttezza”, *cit.*, p. 6; nella *lettera a Tania* del 19 dicembre 1926: “I nostri obblighi sono svariati e complessi; i più appariscenti sono quelli di non uscire di casa prima dell'alba e di rincasare alle 8 di sera; non possiamo oltrepassare determinati limiti che sono all'ingrosso rappresentanti dal perimetro dell'abitato. Abbiamo però ottenuto dei permessi che ci consentono di passeggiare per tutto il territorio dell'isola con l'obbligo di rientrare nei limiti alle 5 del pomeriggio”, *cit.*, p. 13; nella *lettera a Piero Sraffa* del 21 dicembre 1926: “La situazione finanziaria è ancora buona: ci danno, a noi confinati politici, 10 lire al giorno; la *mazzetta* dei coatti comuni a Ustica è di 4 lire al giorno”, *cit.*, p. 17; nella *lettera* del 2 gennaio 1927: “La vita scorre senza novità e sorprese; unica preoccupazione è l'arrivo del vaporetto che non sempre riesce a fare le quattro corse settimanali [...] con grande dispiacere di ognuno di noi che aspetta sempre con ansia la corrispondenza. Siamo già una sessantina, dei quali 36 amici di località diverse”, *cit.*, p. 18.

⁵⁴³ SALVATORELLI e MIRA, *op. loc. cit.*, p. 392.

introdotta dal fascismo proprio con i provvedimenti del 1926 – per aver portato con sé un passaporto scaduto⁵⁴⁴.

Spicca poi il processo al comitato centrale del partito comunista, giunto a dibattimento alla fine del maggio 1928, nel quale Gramsci fu condannato a vent'anni, quattro mesi e cinque giorni. Famosa fu la frase che rivolse contro di lui il pubblico ministero Isgrò: “Poiché risultava che l'imputato era il cervello del partito comunista, i giudici dovevano fare in modo che questo cervello non funzionasse più per venti anni almeno”⁵⁴⁵.

L'attività del Tribunale speciale era volta ad una feroce e costante caccia all'antifascista, messa dal governo al primo posto dell'agenda politica. Mussolini la architettò sapientemente, e per poter presentare la sua dittatura – all'estero e all'interno – come “il riparo provvidenziale contro il bolscevismo”⁵⁴⁶, additava, in ogni occasione pubblica, come primo suo compito la lotta contro i nemici del regime, sempre e comunque più importante di quella contro i delinquenti comuni. A quest'architettura del potere non sfuggì la regolamentazione processuale: l'imputato poteva avere un solo difensore; durante gli atti preliminari del dibattimento il presidente (spesso un generale dell'esercito o un console generale della milizia) poteva vietare di prendere visione dei documenti o delle cose sequestrate, qualora dalla loro conoscenza potesse derivare pubblico nocumento; non poteva mai essere concessa la libertà provvisoria.

La criminalizzazione delle opinioni servì quindi al processo di ‘fascistizzazione’ del paese. Venne potenziato l'autoritarismo già imposto al livello istituzionale in senso totalitario, giacché il regime non si accontentava dell'obbedienza passiva dei funzionari e dei cittadini ai *dictat* governativi, e auspicava una più complessa opera di trasformazione delle coscienze individuali alla fisionomia ideologica del partito che si era impadronito dello Stato. Non più solo obbedienza giuridica, quindi, ma vincolo delle coscienze e professione di fede.

⁵⁴⁴ Le date delle sentenze del Tribunale speciale sono rinvenibili in SALVATORELLI e MIRA, *op. loc. cit.*, p. 392 -394.

⁵⁴⁵ SALVATORELLI e MIRA, *op. loc. cit.*, p. 432.

⁵⁴⁶ SALVATORELLI e MIRA, *op. loc. cit.*, p. 392.

Tutte le opinioni non rientranti nella “mistica fascista”⁵⁴⁷ risultano, pertanto, attratte dall’ambito di rilevanza delle fattispecie dedicate dal codice alla repressione del dissenso, come è dimostrato principalmente dall’autonomia categoriale che il legislatore attribuì alle diverse forme di sollecitazione morale.

La vocazione totalitaria del regime emerge chiaramente in quello che molti storici italiani hanno chiamato «il regime Rocco»⁵⁴⁸, costituito non solo dai provvedimenti del 1926, i cui effetti furono solennemente consacrati dalla codificazione del 1930, ma anche dal regolamento per gli istituti di prevenzione e di pena promulgato il 18 giugno 1931, nel quale Rocco⁵⁴⁹ si preoccupò di esasperare il carattere afflittivo della pena e dell’esecuzione penale. Egli, difatti, vietò ogni gioco, festa, o altra forma di divertimento, come le attività sportive. Chi illumina in proposito gli storici è Mario Vinciguerra⁵⁵⁰ che, per esperienza personale, definì Rocco, un grande giurista, “testa forte del partito”, ma anche un uomo che “si aggirava in un’atmosfera mentale tenebrosa, che indurrebbe a dubitare della perfetta normalità di quel cervello, e che, più di ogni altro gerarca fascista, lo avvicinava al tipo hitleriano. Nel doppio fondo di quella scatola cranica dovevano posare sedimenti di sadismo”⁵⁵¹. Il giornalista italiano racconta dell’ideale penitenziario del Rocco, che oscillava “tra il Santo Uffizio e

⁵⁴⁷ Per il concetto che di “mistica” avevano i fascisti, v. N. GIANI, *Civiltà fascista, civiltà dello spirito*, in *Gerarchia*, 1937, pp. 513 – 514: “La fonte, la sola, l’unica fonte della mistica è [...] Mussolini, esclusivamente Mussolini. E questo esclusivamente è il punto fermo, è la fondamentale caratteristica della mistica [...]. Il fascismo per noi mistici è Mussolini, soltanto, esclusivamente, Mussolini”; cfr. anche ID., *Perché siamo dei mistici*, in *Gerarchia*, 1940, pp. 155 e 156: “Noi siamo mistici perché siamo degli arrabbiati, cioè dei faziosi, se così si può dire, del Fascismo, uomini partigiani per eccellenza e quindi anche assurdi. Sì, assurdi [...]. La storia, quella con la S maiuscola, è stata e sempre sarà un assurdo: l’assurdo dello spirito e della volontà che piega e vince la materia: cioè la mistica”.

I riferimenti bibliografici sono importanti perché dimostrano la vicinanza del fascismo ad un’idea nazista di *Volksempfinden*, dove il diritto si riduce ad essere identificato nella volontà del *Princeps* o del *Führer*.

⁵⁴⁸ SALVATORELLI e MIRA, *op. loc. cit.*, p. 618.

⁵⁴⁹ Condivide il giudizio anche BOBBIO, *La cultura e il fascismo*, in AA. VV., *Fascismo e società italiana*, Torino, 1973, p. 231, che lo definisce, insieme a Gentile e Volpe, tra i “grandi intellettuali del fascismo”.

⁵⁵⁰ Scrittore e giornalista (Napoli 1887 - Roma 1972); già redattore del Resto del Carlino e del Mondo (1925-26) di G. Amendola, si ritirò dalla professione perché ostile al fascismo: ostilità che gli procurò parecchi anni di carcere. Dopo la Liberazione fu redattore capo del settimanale ‘La nuova Europa’ e collaboratore di numerosi giornali e periodici; commissario (1944), presidente (1946-69), poi presidente onorario della Società italiana autori ed editori. La breve biografia appena riportata è tratta da www.treccani.it.

⁵⁵¹ Così M. VINCIGUERRA, in *Ponte*, marzo 1949, p. 257, citato in SALVATORELLI e MIRA, *op. loc. cit.*, p. 618.

l'Escuriale". Col primo, infatti, il giurista napoletano ebbe in comune proprio il concetto della punizione delle intenzioni, al di là della commissione di veri e propri fatti delittuosi. Ne è una prova la regolamentazione codicistica, non solo in tema di apologia, vilipendio e propaganda ma soprattutto nella materia dell'istigazione speciale, dove l'*intentio* originaria del legislatore era appunto punire la mera manifestazione istigativa al di là del pericolo concreto di commissione del reato istigato, al costo di sovvertire la coerenza sistematica dell'intera opera di codificazione, la cui indicazione generale (artt. 110 e 115 c.p.) era nel senso che la sollecitazione morale istigativa fosse punibile alla condizione della realizzazione del reato oggetto dell'istigazione.

Forza e consenso quindi: Mussolini sentenziò così. E quando il consenso non c'era e il dissenso prendeva, seppur di poco, il sopravvento interveniva la forza repressiva. Gli annali della repressione poliziesca che raccontano quegli anni sono ben nutriti e sui processi individuali prevalgono nettamente le "infortate" di gruppi di dissidenti politici.

Scrive Arendt: "L'elemento sconcertante nel successo del totalitarismo è piuttosto la genuina abnegazione dei suoi seguaci"⁵⁵². Eppure, secondo la studiosa tedesca, "Mussolini, che tanto amava il termine «stato totalitario»⁵⁵³, non riuscì ad instaurare un regime totalitario in piena regola, accontentandosi della dittatura del partito unico". Sarebbero prova della natura non totalitaria della dittatura fascista il numero sorprendentemente basso e la relativa mitezza delle condanne inflitte agli avversari politici. "Durante gli anni particolarmente attivi dal 1926 al 1932 i tribunali speciali pronunciarono 7 sentenze di condanna a morte, 257 a dieci anni o più di carcere, 1.360 a meno di dieci anni e molte di più al confino; inoltre, 12 mila persone arrestate vennero trovate innocenti, una procedura assolutamente inconcepibile in un regime di terrore totalitario"⁵⁵⁴. I nazisti, infatti, usavano criticare sdegnosamente i difetti degli alleati fascisti⁵⁵⁵, mentre la loro genuina

⁵⁵² H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, cit., p. 427.

⁵⁵³ Cfr. G. GENTILE e B. MUSSOLINI, (voce) *Fascismo*, in *Enciclopedia italiana*, Roma, 1932, 847 ss.

⁵⁵⁴ H. ARENDT, *op. loc. cit.*, p. 427, nota 10. La studiosa tedesca cita E. KOHN-BRAMSTEDT, *Dictatorship and Political Police: The Technique of Control by Fear*, Londra 1945, p. 51 ss.

⁵⁵⁵ I teorici nazisti affermarono sempre enfaticamente che "lo stato etico di Mussolini e lo stato ideologico di Hitler non possono esser menzionati insieme": cfr. G. NEESSE, *Die*

ammirazione per il regime bolscevico era frenata soltanto dal disprezzo per le razze dell'Europa orientale. Per Arendt, pertanto, il fascismo non fu mai un movimento totalitario non solo per l'uso assai minore della violenza terroristica, ma anche e soprattutto per la sua natura di movimento di massa organizzato nell'ambito dello stato esistente e per la sua disponibilità a coesistere con le altre istituzioni, come la monarchia e la Chiesa cattolica.

Sarebbe veramente complicato affrontare il campo delle discrasie e delle analogie tra autoritarismo e totalitarismo⁵⁵⁶; nonostante ciò, qualcosa va detto⁵⁵⁷, perché si potrebbero aggiungere elementi utili a capire perché, al di là delle vocazioni caratteristiche di un ordinamento, si puniscono le opinioni.

Il totalitarismo si differenzia radicalmente dall'autoritarismo nelle sue varie forme, con cui pure ha in comune la personalizzazione del potere, la violazione delle garanzie e dei diritti dei cittadini, la repressione degli oppositori e dei dissenzienti, perché, “mentre il secondo favorisce la passività degli individui e teme la militanza volendo sostanzialmente conservare gli assetti sociali esistenti,

verfassungsrechtliche Gestaltung der Ein-Partei, in *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 1938, vol. 98, no. 4, 1938.

Goebbels sintetizzava così la differenza tra i due movimenti: “[Il fascismo] ... non somiglia neppure lontanamente al nazionalsocialismo. Mentre questo va in profondità fino alle radici, quello rimane in superficie [...]. Il duce non è un rivoluzionario come il Führer o Stalin. Egli è così legato al popolo italiano che gli mancano le qualità essenziali per un rivoluzionario mondiale” (*The Goebbels Diaries, 1942-1943*, New York, 1948, p. 71 e 468).

Cfr. H. ARENDT, *op. loc. cit.*, p. 428, nota 11.

⁵⁵⁶ Sulla nozione di “totalitarismo” v. anche C.J. FRIEDRICH e Z.K. BRZEZINSKI, *Totalitarian Dictatorship and autocracy*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1956, autori dell'altra classica monografia sull'argomento. Gli Autori identificano anch'essi nell'ideologia totalizzante, nel terrorismo poliziesco e nel partito unico di massa tre elementi chiave che caratterizzano la sindrome totalitaria, ma vi aggiungono la direzione centralizzata dell'economia e il controllo monopolistico di tutti i mezzi di comunicazione di massa e di tutti gli strumenti della lotta armata. Essi trascurano invece sia la distruzione dello spazio politico e di ogni sfera di libertà, sia la posizione chiave del capo totalitario, che custodisce l'ideologia e definisce i fini collettivi. Secondo A. MARTINELLI, *Introduzione*, in H. ARENDT, *Le Origini, cit.*, XVIII, “la definizione di totalitarismo di Friedrich e Brzezinski è più ampia di quella della Arendt e consente di ricondurre al tipo totalitario tutta una serie di regimi, oltre al nazismo e allo stalinismo anche il fascismo italiano, il comunismo cinese e i regimi dei paesi comunisti europei”.

⁵⁵⁷ Si legge in A. MARTINELLI, *Introduzione, cit.*, XV, che “La tesi centrale della Arendt è che il totalitarismo è una forma politica radicalmente nuova ed essenzialmente diversa dalle altre forme storicamente conosciute di regime autoritario e di potere personale come il dispotismo, la tirannide, la dittatura. [...] il totalitarismo ha infatti distrutto tutte le tradizioni sociali, politiche e giuridiche del paese, creando istituzioni del tutto nuove. Ha portato alle sue estreme conseguenze le caratteristiche della società di massa, trasformando le classi sociali in masse di individui interscambiabili; ha sostituito il sistema dei partiti con un movimento di massa; non ha solo preteso la subordinazione politica delle persone ma ha invaso la loro sfera privata; ha perseguito una politica estera apertamente diretta al dominio mondiale. L'essenza di questa nuova forma di governo è il terrore e il suo principio di azione è il pensiero ideologico [...]”.

il primo si fonda su una mobilitazione continua e sostenuta dall'ideologia che è concepita come «il nucleo progettuale di trasformazione totale della realtà sociale»⁵⁵⁸.

Uno dei profili dei movimenti totalitari europei si scorge nel coinvolgimento politico di una “massa di gente manifestamente indifferente, che tutti gli altri partiti avevano lasciato da parte perché troppo apatica o troppo stupida”⁵⁵⁹. Il consenso di tutte queste persone, che prima di allora non erano mai apparse sulla scena politica, “consentì l'introduzione di metodi interamente nuovi nella propaganda e un atteggiamento d'indifferenza per gli argomenti degli avversari”⁵⁶⁰. Le opinioni contrarie, quindi, furono demonizzate come “innaturali” perché il dissenso veniva fatto risalire a profonde origini naturali, sociali o psicologiche, sottratte al controllo dell'individuo e al potere della ragione.

Potremmo trarne un primo dato, seppur sommario: si puniscono le opinioni contrarie perché il dissenso è concepito dall'autoritarismo e dal totalitarismo come qualcosa di “innaturale”. Il terrore dittatoriale – nelle Origini del Totalitarismo – ha in comune con quello totalitario la minaccia agli oppositori politici, senza spingersi, a differenza del secondo, alla ‘neutralizzazione’ degli innocui cittadini senza opinioni. La comunanza del dato è però rilevante: entrambe le forme antidemocratiche necessitano di un forte sistema repressivo delle opinioni dissenzienti.

“Il vero obiettivo del fascismo era solo quello di impadronirsi del potere e insediare la sua «*élite*» come incontrastata dominatrice del paese. Il totalitarismo non si accontenta mai di dominare con mezzi esterni, cioè tramite lo stato e un apparato di violenza; nell'ideologia che gli è peculiare e nel ruolo che gli è riservato nell'apparato coercitivo esso ha scoperto un mezzo per dominare e terrorizzare gli uomini dall'interno”⁵⁶¹.

Nella misura in cui il fascismo pretese, nel funzionamento della macchina dei reati di opinione, di affiancare al tipico sistema repressivo il binario di un controllo sociale teso ad ottenere un'adesione degli individui ai valori del

⁵⁵⁸ A. MARTINELLI, *Prefazione, cit.*, XXIII, che cita D. FISICHELLA, *Analisi del totalitarismo*, Firenze, 1976, p. 209.

⁵⁵⁹ H. ARENDT, *op. loc. cit.*, p. 431.

⁵⁶⁰ H. ARENDT, *op. loc. cit.*, p. 432.

⁵⁶¹ H. ARENDT, *op. loc. cit.*, p. 450.

fascismo, esso si colorava di una intrinseca vocazione totalitaria, perché esigeva dagli individui una dedizione alla «fedeltà» illimitata e incondizionata. La fedeltà totale è possibile soltanto quando è svuotata di ogni contenuto concreto. Anche il regime fascista chiese di pensare conformemente al regime, e se questo non era possibile, di non pensare. Sotto diverso profilo, esso intervenne con lo strumento penale non solo per ‘prevenire’ la diffusione di ‘pensieri’ avversi, ma anche per ‘punire’ il mutamento di opinione, quando era sgradito al sistema. Pertanto, nella strutturazione dei rapporti tra opinioni e sistema, il fascismo fu regime totalitario, perché pretese la riduzione del cittadino a mera ‘parte’ del tutto. Esso, tutto sommato, aspirò a riprodurre alcuni caratteri di quel regime. Tuttavia, si può parlare soltanto di un “totalitarismo dell’intenzione”, che nei fatti non si realizzò mai. Il totalitarismo, nel suo essere ‘forma politica moderna’, non è arbitrario, né opera senza legge, ma disprezza la legalità del diritto positivo; esso pretende di costituire una forma superiore di legittimità, “di attuare la legge della storia e della natura senza tradurla in principi di giusto e ingiusto per il comportamento individuale”⁵⁶². “La politica totalitaria non sostituisce un corpo di leggi con un altro, non instaura un proprio *consensus iuris*, non crea con una rivoluzione una nuova forma di legalità. La sua noncuranza per tutte le leggi positive, persino per le proprie, implica la convinzione di poter fare a meno di qualsiasi *consensus iuris*... perché promette di liberare l’adempimento della legge dall’azione e dalla volontà dell’uomo”⁵⁶³. Il risultato è che nel regime totalitario “il posto del diritto positivo viene preso dal terrore totale, inteso a tradurre in realtà la legge di movimento della storia o della natura”⁵⁶⁴. Ciò nel fascismo non si realizzò mai, ma non si può negare che la distruzione del *consensus iuris* fosse tra gli obiettivi del regime. La forte tradizione liberale – per cui Mussolini nutriva un odio viscerale – non fu mai sconfitta definitivamente dal fascismo ed entrò nella parte generale del codice penale, salvo essere sconfessata in quella speciale. Ma né Rocco né il duce poterono permettersi un’abdicazione totale dai principi liberali, a differenza di quel che avvenne in Germania, dove i giuristi ufficiali buttarono a mare con molta disinvoltura il principio di legalità in nome del “sano

⁵⁶² A. MARTINELLI, *Prefazione, cit.*, XVI.

⁵⁶³ H. ARENDT, *op. loc. cit.*, p. 633.

⁵⁶⁴ H. ARENDT, *op. loc. cit.*, p. 636.

sentimento del popolo”. Il fascismo, sotto questo profilo, fu Stato dispotico temperato, perché “mentre il nazismo si presentò sin dall’inizio come l’antitesi della costituzione di Weimar, di cui distrusse in breve tempo sin le minime vestigia, il fascismo amò piuttosto presentarsi come il salvatore della compagine dello Stato minacciato nella sua stessa sopravvivenza dalla forze della sovversione”⁵⁶⁵. E non poteva fare diversamente. La battaglia illuministica contro l’arbitrio dei potenti era ancora presente nella cultura e nella società italiana e il fascismo non poté non dichiararle guerra ed erigerla a nemico pubblico del regime. Ne è prova secondo Bobbio tutto il repertorio delle opere gentiliane⁵⁶⁶: “Il grande conflitto storico che appariva in quelle opere non era il conflitto tra borghesia e proletariato, tra capitalismo e socialismo, ma tra Stato liberale, il cui avanzamento era stato interrotto ma non troncato, e Stato fascista, era insomma l’antitesi caratteristica di ogni battaglia illuministica in periodi di oppressione, tra libertà e dispotismo”⁵⁶⁷.

Sul piano organizzativo, però, il fascismo puntò ai medesimi obiettivi e fu, in egual misura, ossessionato dalla stessa ansia del controllo delle opposizioni politiche. Anch’esso, come il nazismo e lo stalinismo, mirava a procurarsi una forma superiore di legittimità. Sotto questo profilo, se c’è continuità sul piano della tradizione liberale tra Zanardelli e Rocco, è altrettanto innegabile che il secondo esasperò in senso repressivo il settore dei *crimina laesae maiestatis*, introdusse il Tribunale speciale e la polizia politica, controllò terroristicamente gli oppositori attraverso ogni forma possibile di invasione della sfera individuale, concentrò il potere nelle mani di un solo uomo, decentralizzandolo, al momento opportuno, in direzione di piccoli centri di *élites* di ceto burocratico fascista, senza tuttavia mai giungere alla predisposizione di un controllo capillare dell’intera vita sociale. Mancarono del totalitarismo sia la mobilitazione permanente delle masse, sia l’uso sistematico del terrore poliziesco e, in tali campi, non possono non aver contato le profonde differenze non solo culturali tra le società tedesca, sovietica e italiana. Tuttavia, il fascismo condivise del totalitarismo l’approdo ad una legge

⁵⁶⁵ N. BOBBIO, *La cultura e il fascismo, cit.*, p. 228.

⁵⁶⁶ Bobbio si riferisce principalmente a G. GENTILE, *Il mio liberalismo*, in *La nuova politica liberale*, I, 1923, p. 9; ID., *Che cosa è il fascismo. Discorsi e polemiche*, Firenze, 1925, pp. 119-122.

⁵⁶⁷ N. BOBBIO, *op. loc. cit.*, p. 225.

dell'esclusione⁵⁶⁸ di chiunque fosse dannoso o superfluo nel processo di formazione di un astratto "uomo nuovo", non più cittadino, ma membro dell'organismo totalizzante costruito dal regime.

Appare condivisibile il pensiero di Renzo De Felice⁵⁶⁹ che a sua volta richiama quanto, a proposito della teoria del totalitarismo, ha affermato C.L. Mosse nella sua Intervista sul nazismo⁵⁷⁰. I sostenitori della teoria hanno dovuto concludere o, come Arendt, che almeno sino al 1938 il regime fascista non fu un vero regime totalitario, o, come D. Fisichella⁵⁷¹, che esso fu sempre un totalitarismo mancato, da annoverare tra i "regimi autoritari di mobilitazione"⁵⁷². Sotto diverso profilo, però, l'applicazione che il fascismo faceva dell'aggettivo totalitario esprime la concezione che questi aveva dello Stato e dell'assetto del regime che ne discendeva. I due piani, perciò, sono distinti e non vanno confusi.

In realtà, per motivi oggettivi (tra questi il modo compromissorio con cui si giunse al potere e il pragmatismo di fondo di Mussolini), il regime fascista non mirò o non riuscì a realizzare una compiuta transizione dallo Stato di diritto allo Stato di polizia, né tanto meno a realizzare il controllo totalitario del partito sullo Stato. Ma esso fu totalitario per come si difese dall'eventualità sia di una rivoluzione dal basso, popolare ed antifascista, sia di una rivoluzione che partisse dall'interno della sua classe dirigente. "Relativamente a questa seconda eventualità esso era certamente meno attrezzato dei regimi nazista e stalinista. E questo costituiva un handicap che non sfuggiva né a Mussolini né ai fascisti veri e propri, che si ponevano il problema del futuro del regime e in particolare del <<dopo Mussolini>>"⁵⁷³.

Ma, come per Neumann⁵⁷⁴, l'Italia fascista è stata un regime totalitario nella misura in cui si predisposero gli strumenti di potere, materiali, psicologici e

⁵⁶⁸ Sui meccanismi e le cause del processo di esclusione v. F. BASAGLIA e F. ONGARO, *La maggioranza deviante. L'ideologia del controllo sociale totale*, Torino, 1974, *passim*.

⁵⁶⁹ R. DE FELICE, *Mussolini il duce. Lo stato totalitario 1936-1940*, Torino, 1981, p. 9.

⁵⁷⁰ G. L. MOSSE, *Intervista sul nazismo*, a cura di M.A. Ledeen, Bari, 1977, pp. 76 ss.

⁵⁷¹ D. FISICHELLA, *Le origini del totalitarismo*, *cit.*, pp. 215 ss.

⁵⁷² Per il concetto v. G. GERMANI, *Autoritarismo, fascismo e classi sociali*, Bologna, 1972; R. DE FELICE, *Intervista sul fascismo*, a cura di M.A. Ledeen, Bari, 1975.

⁵⁷³ R. DE FELICE, *Mussolini il duce*, *cit.*, p. 11.

⁵⁷⁴ F. NEUMANN, *Lo stato democratico e lo stato autoritario*, Bologna, 1973, pp. 297 ss. e pp. 307 ss., il quale però ritiene il regime totalitario 'rovesciabile' a condizione che la rivoluzione contro di esso parta dall'interno della sua stessa classe dirigente e sia in grado di utilizzare il suo stesso apparato politico.

culturali per rendere impossibile un rovesciamento esterno del regime; e tra gli “strumenti di potere” c’è sicuramente quello della penalità e dei dispositivi di controllo. L’emanazione del codice penale e di procedura penale, infatti, si verificò a soli quattro anni dalla nascita del regime e soprattutto nel primo decennio, Mussolini, per «durare», aveva voluto operare sostanzialmente su due fronti: “Allargare e preservare il consenso di massa, soffocando il dissenso e l’opposizione organizzata, ed erodere a proprio vantaggio sempre nuovi margini di potere nei confronti della classe dirigente tradizionale [...] Pur sviluppandosi su entrambi i fronti, questa politica si era realizzata più sul primo che sul secondo [...] per la necessità di debellare ogni forma di opposizione attiva”⁵⁷⁵.

La creazione della macchina repressiva del dissenso fu, quindi, lo strumento principale scelto dal regime per difendersi da rivoluzioni esterne. Ma nel suo contenuto massimo essa rappresentò una strategia di *escalation* totalitaria, finalizzata sia alla tenuta economica di esso, sia a “ridurre drasticamente il residuo – ma sempre troppo consistente – potere della componente non propriamente fascista del regime”⁵⁷⁶.

Nel marzo del 1926 Roberto Forges Davanzati scriveva, nella prefazione a un opuscolo intitolato *Fascismo e cultura*⁵⁷⁷: “Il fascismo è una creazione comprensiva, ed è soprattutto un atteggiamento dello spirito, un’interpretazione religiosa, etica, artistica della vita, intesa come missione, prima ancora di essere una determinata politica. Ha cioè appunto, prevalenti e animatori, quei caratteri, così evidenti nella dominatrice umanità di Benito Mussolini, che la cultura vorrebbe negargli, per attribuirli a sé, in netta antitesi alla politica fascista. E invece proprio questa cultura, che qui si combatte, è priva dei segni essenziali e della stirpe, è spiritualmente inferiore”⁵⁷⁸.

Tutto ciò che è spiritualmente inferiore e, quindi, innaturale è antifascista e per questo va combattuto.

Continua Forges Davanzati: “In Italia lo Stato è fascista; la società nazionale è fascista. Si è combattuto, si combatte per questo. Strenuamente. Il Duce comanda

⁵⁷⁵ R. DE FELICE, *Mussolini il duce, cit.*, p. 11.

⁵⁷⁶ Per un maggiore approfondimento, v. ancora R. DE FELICE, *op. loc. cit.*, p. 12.

⁵⁷⁷ Esattamente così N. BOBBIO inizia il suo saggio *La cultura e il fascismo, cit.*, p. 211.

⁵⁷⁸ R. FORGES DAVANZATI, *Fascismo e cultura*, Firenze, 1926, pp. 5 e 6.

a tutti la disciplina, che egli per primo s'impone. Per l'Italia suonano ore grosse, che non tollerano dispersioni, diserzioni, deviazioni. E' assurdo ammettere che, in questo sforzo gigantesco, le scuole, universitarie e non, si costituiscano in asilo di antifascismo, e però oggi di antistato»⁵⁷⁹.

Su questi argomenti il fascismo impostò anche i termini del rapporto che lo legavano al mondo della cultura. L'unica rivista antifascista fu la Critica di Benedetto Croce che uscì ininterrottamente e regolarmente sino al 1944, per ricominciare subito dopo col nome di «Quaderni della Critica», ma tutte le altre riviste non allineate furono ben presto soppresse; come la «La cultura» di Cesare de Lollis – nella quale scrivevano Massimo Mila, Leone Ginzburg e Cesare Pavese – che fu censurata dopo pochi numeri, quando nel 1935, sotto la guida di un giovane Einaudi, “tentò di abbozzare un discorso politico, se pur larvato”⁵⁸⁰.

Tuttavia, il fascismo non riuscì a creare forme di coinvolgimento emotivo e irrazionale, come quelle che attuate nei confronti del popolo tedesco o russo. In Italia, infatti, la fedeltà al regime si esprime in varie forme e gradi di intensità: il “servilismo pervicace e continuato”, il “conformismo come abito che si mette e si toglie secondo le circostanze”, l’opportunismo dosato e controllato – come quello delle Università italiane⁵⁸¹ -, “lo sdoppiamento magari inconscio tra l’io pubblico e l’io privato, l’osservanza esteriore come prezzo da pagare per nuoversi più liberamente nella cerchia dell’opposizione, infine, il cedimento occasionale, o addirittura la consapevole finzione”⁵⁸².

Tuttavia, discorso diverso deve essere fatto circa i rapporti tra fascismo e i campi culturali che esso considerò di suo riservato dominio: tra questi l’economia e i settori del diritto pubblico, quello costituzionale e quello penale. Qui, il regime non si limitò ad una richiesta di “non dissentire”, ma pretese il convincimento e

⁵⁷⁹ R. FORGES DAVANZATI, *op. loc. cit.*, p. 8.

⁵⁸⁰ In argomento v. N. BOBBIO, *Fascismo e società italiana*, cit., pp. 219 ss.

⁵⁸¹ Per descrivere la situazione dell’Accademia e dell’Università italiana, Bobbio, *op. loc. cit.*, p. 221, utilizza il termine «nicodemismo», “consistente nella giustificazione dottrinale della prassi di coloro i quali «tenevano celata la propria fede, aspettando per manifestarla che cessasse il timore del martirio, e facendo intanto atto di ossequio alle autorità ecclesiastiche dei paesi dove si trovavano» (qui Bobbio cita D. CANTIMORI, *Eretici italiani del Cinquecento. Ricerche storiche*, Firenze, 1939, p. 70). «Nicodemismo» divenne specie negli ultimi anni del regime una parola d’ordine tra giovani docenti che avevano cominciato a impegnarsi in una resistenza attiva al regime”.

⁵⁸² BOBBIO, *op. loc. cit.*, p. 221

l'adesione al progetto fascista. I giuristi, infatti, non poterono, né alcuni tra di loro vollero, evitare lo scempio che colpì i diritti civili e politici dei cittadini⁵⁸³.

In più, la democrazia non fu attaccata soltanto su un piano politico, ma anche su quelli filosofico e sociologico, nonostante il fascismo, come i suoi studiosi evidenziano, non abbia inventato nulla, limitandosi a riprendere: “lo Stato etico dell'idealismo hegeliano con la nazione proletaria dei nazionalisti, il dinamismo dei futuristi con l'esaltazione del superuomo”⁵⁸⁴. La democrazia fu attaccata “filosoficamente, dagli idealisti perché illuministica, astrattamente egualitaria e quindi antistorica, atomistica e individualistica, vagheggiante una società fondata sul meccanismo puramente quantitativo del suffragio universale che distrugge le differenze qualitative [...]; per l'altro verso, dagli irrazionalisti decadenti che sulle tracce di Nietzsche vedevano nella democrazia l'esaltazione della morale del gregge o degli schiavi di una religione che aveva esaltato i deboli, i vinti, gli oppressi, lo svilimento delle virtù eroiche, dello spirito guerriero, della volontà di potenza. Sociologicamente, la democrazia e il socialismo furono criticati dalla teoria delle élites, che interpretò la storia umana come teatro della lotta non di classi antagonistiche ma di élites in concorrenza fra di loro per il dominio sulla massa ben più numerosa ma perpetuamente inerte e disorganizzata”⁵⁸⁵.

Elemento fondamentale da considerare riguarda anche il rapporto tra potere politico e magistratura⁵⁸⁶. Esso non può essere adeguatamente approfondito in questa sede, ma ne vanno quanto meno menzionati gli aspetti “irrinunciabili”, riguardanti le concrete prassi operativo-giudiziarie perseguite dal regime nella dittatura ai giudici di (quelli che oggi definiremmo) “criteri di priorità” nell'applicazione di determinate categorie di norme, o nel maggiore o minor rigore nella repressione di certi reati, nella concessione o nel diniego della libertà provvisoria, o della sospensione condizionale della pena, nell'uso del procedimento direttissimo, nel proporre appello contro le sentenze assolutorie.

⁵⁸³ BOBBIO, *op. loc. cit.*, p. 227. Tuttavia, l'Autore è tra quelli che pensano che il fascismo fu Stato dispotico temperato. “Mentre il nazismo si presentò sin dall'inizio come l'antitesi della costituzione di Weimar, di cui distrusse in breve tempo sin le minime vestigia, il fascismo amò piuttosto presentarsi come il salvatore della compagine dello Stato minacciato nella sua stessa sopravvivenza dalle forze della sovversione”, *cit.*, p. 228.

⁵⁸⁴ BOBBIO, *op. loc. cit.*, p. 235.

⁵⁸⁵ BOBBIO, *op. loc. cit.*, p. 233 e 234.

⁵⁸⁶ In argomento segnaliamo il saggio di G. NEPPI MODONA, *La magistratura e il fascismo*, in AA.VV., *Fascismo e società italiana*, *cit.*, pp. 127 ss.

Come si sa, la magistratura, durante il ventennio fascista, non poté godere di alcuna indipendenza dal potere esecutivo. Prova di ciò sono le circolari inviate dal ministro di grazia e giustizia ai procuratori generali del re, gerarchicamente dipendenti dal guardasigilli⁵⁸⁷. Esse, nei primi anni del fascismo, sino al 1930, si contano sulle punta delle dita⁵⁸⁸ ma con Achille Starace, segretario del PNF fino al 1939, esse proliferano. In ogni caso, gli interventi maggiormente significativi consistettero nel ‘richiamare’ la magistratura ad una più solerte applicazione dei delitti di offesa al capo del governo e di vilipendio delle istituzioni⁵⁸⁹. In uno di questi, Rocco manifesta senza incertezze ai procuratori generali la volontà del potere esecutivo riguardo la repressione di tali reati:

“Si è dovuto constatare che spesso reati a contenuto sovversivo (grida sediziose, canti sovversivi, vilipendio alle istituzioni, offese agli organi rappresentativi del Regime) vengono dall’Autorità giudiziaria puniti in misura eccessivamente mite. Non occorre che io dica come, data la natura di tali reati, non possano ritenersi ammissibili criteri di indulgenza, che verrebbero ad escludere le ragioni stesse della repressione e sarebbero causa indiretta, ma efficiente, di una estensione di tale specifica delinquenza.

Debbo, pertanto, pregare la S.V. di voler, con opportune istruzioni e con efficace azione di vigilanza verso le autorità giudiziarie dipendenti, curare che l’esercizio dell’azione penale e la irrogazione della pena, per i reati del genere siano ispirati a fermezza ed a giusto rigore, in conformità delle severe direttive del Regime verso ogni manifestazione che attentati all’ordine e alla sicurezza dello Stato”.

E’, quindi, un dato storico quello secondo cui Rocco invitò più volte la magistratura a una più sollecita repressione delle offese al capo del governo e dei reati di indole sovversiva⁵⁹⁰.

Non si può negare, pertanto, che il fascismo dimostrò un’intelligente utilizzazione politica del diritto penale; “intelligente” perché assegnò alla penalità una funzione precisa nel contesto generale dell’inquadramento disciplinare della società⁵⁹¹.

⁵⁸⁷ Per lo studio delle circolari cfr. G. NEPPI MODONA, *op. loc. cit.*, 127, il quale ritiene che “almeno sino al 1930, il potere esecutivo non abbia avvertito l’esigenza di innovare il tradizionale sistema di rapporti tra governo e magistratura, ma si sia limitato a rafforzare la disciplina e la solidarietà dei giudici nei confronti del regime”.

⁵⁸⁸ V. G. NEPPI MODONA, *op. loc. cit.*, p. 136 ss.

⁵⁸⁹ APGRT, *Raccolta circolari*, 1928, circ. 3 dicembre 1928 da procuratore generale di Torino a procuratori del re del distretto, riprodotto circolare del ministro della giustizia, avente ad oggetto: “Manifestazioni sovversive”, citata da G. NEPPI MODONA, *op. loc. cit.*, p. 138, nota 1.

⁵⁹⁰ G. NEPPI MODONA, *op. loc. cit.*, p. 144.

⁵⁹¹ Per un approfondimento sui meccanismi disciplinari del potere v. per tutti M. FOUCAULT, *Microfisica del potere*, a cura di A. Fontana e P. Pasquino, Torino, 1977.

Attraverso la sua meccanica, infatti, intese proteggersi, avviando la svolta in senso totalitario dell'ordinamento. E', infatti, innegabile che al diritto penale sia legata tutta una serie d'istituzioni, di esigenze economiche immediate, d'urgenze politiche e di regolazioni sociali⁵⁹². Ebbene, proprio questa 'meccanica del potere' accomuna autoritarismo e totalitarismo, nazismo e fascismo, movimenti e partiti, fino a valere perfino per i contemporanei ordinamenti democratici⁵⁹³.

Per dirla con Foucault, la normalizzazione mentale degli individui, il sacrificio dei loro diritti fondamentali in nome di un "nuovo" potere, quindi, le istituzioni penali hanno poco senso se se ne cerca il solo significato economico. Al contrario, nel funzionamento generale degli ingranaggi del potere è proprio la penalità ad essere probabilmente essenziale⁵⁹⁴.

Se si prendono in considerazione, ad esempio, le norme sul vilipendio, non può sfuggire che alla fine dei conti i condannati sono stati pochi; questo dato potrebbe verosimilmente portare chiunque a mettere in discussione la buona riuscita dell'intento repressivo perseguito dal fascismo. Tuttavia, se si pensa al danno che ogni volta un processo per vilipendio ha causato, anche se conclusosi con l'assoluzione, risulta evidente che questa *species* di intervento punitivo, anche quando non giunge al risultato ultimo dell'inflizione della pena, è in grado di creare un effetto deterrente esplosivo: "La persona denunciata sarà inconsciamente indotta ad esprimersi meno liberamente e altri che vorrebbero esprimere giudizi analoghi ci penseranno due o tre volte prima di farlo, perché non fa piacere a nessuno essere sottoposto ad un processo penale e veder sacrificate le sue normali attività"⁵⁹⁵.

⁵⁹² Sui rapporti tra ideologia e diritto, nel senso che tale influenza è fortissima proprio nell'ambito del diritto penale, in quanto le scelte fondamentali di politica criminale sono influenzate direttamente dall'ideologia socio-politica, v. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, cit., pp. 21 ss.

⁵⁹³ In materia condividiamo l'ansia euristica di un grande giurista, A. BATTAGLIA, *Il vilipendio del governo*, cit., p. 60, che, già negli anni Cinquanta, riteneva necessario "indagare sull'origine del *càrisma* che circonda il potere nello stato moderno; e seguire la nascita e l'avanzata del Grande Leviatano nel corpo stesso delle democrazie, e accertare quanta sia, effettivamente, la reverenza dovuta a quel *Dio mortale*, al quale dobbiamo – diceva Hobbes – la nostra pace e la nostra salvezza! Ma, in verità, sono soltanto le dittature di qualunque origine (e le dittature di origine democratica anche più chiaramente delle altre!) che hanno sempre bisogno di imporre ai sudditi il dogma della propria infallibilità, e di circondare, quindi il Potere di reverenze e venerazione".

⁵⁹⁴ M. FOUCAULT, *Microfisica del potere*, cit., p. 10.

⁵⁹⁵ G. CONSO, *Contro i reati di vilipendio*, cit., p. 551.

Nella fenomenologia autoritaria del diritto penale, ci sono due, dunque, concetti che interagiscono come fossero schermo ed ostacolo l'uno dell'altro, quelli di ideologia da una parte, e di repressione dall'altra.

Per ciò che riguarda quest'ultimo concetto, riteniamo di spendere qualche parola in più. Non si intende qui far riferimento ad una concezione classica di 'repressione', tale da relegare la nozione alla mera identificazione con una legge che dice no, bensì riteniamo necessario guardare ad essa sotto forma di istanza positiva, dalla quale nascono dirette implicazioni, in grado di 'muovere' precisamente il sistema e di dirigerlo verso un percorso piuttosto che un altro.

“Quel che fa sì che il potere regga, che lo si accetti, ebbene, è semplicemente che non pesa solo come una potenza che dice no, ma che nei fatti attraversa i corpi, produce discorsi; bisogna considerarlo come una rete produttiva che passa attraverso tutto il corpo sociale, molto più che come un'istanza negativa che avrebbe per funzione di reprimere”⁵⁹⁶. In generale, riteniamo che quello che gli autoritarismi, attraverso la predisposizione di meccanismi repressivi del dissenso come quello del 1930, vogliano ottenere sia proprio questo effetto repressivo positivo di modifica delle coscienze individuali⁵⁹⁷. Quello che Foucault ha voluto mostrare in *Sorvegliare e punire*⁵⁹⁸ è, infatti, come a partire dal XVII-XVIII secolo, si sia verificato realmente uno sblocco tecnologico della produttività del potere, che ha interessato soprattutto la penalità, che è trapassata dallo splendore dei supplizi, meravigliosamente rappresentato dall'esecuzione di Damians nel 2 marzo 1957⁵⁹⁹, all'addestramento docile dei corpi, meno costoso economicamente, meno aleatorio nel risultato esecutivo e, quindi, meno suscettibile di scappatoie o di resistenze.

Con la criminalizzazione di alcune opinioni l'autoritarismo non intese fare altro che selezionare quelle che 'andavano bene', quelle compatibili, quelle che non

⁵⁹⁶ M. FOUCAULT, *Microfisica del potere*, cit., p. 13.

⁵⁹⁷ M. FOUCAULT, *Microfisica del potere*, cit., p. 141, secondo cui “se il potere non avesse altra funzione che quella di reprimere, se non lavorasse che come censura, esclusione, sbarramento, rimozione, come una specie di grosso Super-io, se non si esercitasse che in modo negativo, sarebbe molto fragile. Se è forte, è perché produce effetti positivi a livello del desiderio – come comincia ad essere noto – ed anche a livello del sapere. Il potere, lungi dall'impedire il sapere, lo produce”.

⁵⁹⁸ M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, trad. it. di A. Tarchetti, Torino, 1975, *passim*.

⁵⁹⁹ M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, cit., pp. 1 ss.

potavano dare fastidio al regime. Se ciò è vero, quello che il sistema repressivo del dissenso rappresenta, nello studio delle tecniche del potere autoritario, non è altro che un sistema istituzionale di produzione della verità⁶⁰⁰.

Un esempio di come il fascismo volle raggiungere gli individui, insinuarsi nei loro gesti, atteggiamenti, discorsi quotidiani, è rappresentato enfaticamente dai «Fogli d'ordini», confluiti nel «Foglio di disposizioni», o «Atti del PNF», la cui pubblicazione fu uno dei primissimi atti di Starace – segretario del PNF dal 1931 al 1939 -, che sono indicativi di una dimensione non di intenti politici effettivi volti a favorire una reale partecipazione dell'italiano, ma di una prospettiva burocratico-militaresca ossessionata solo dal momento organizzativo, utilizzato come “strumento di centralizzazione, di rigido controllo gerarchico di tutto e di tutti e di pianificazione dall'alto di una disciplinata partecipazione, spesso secondo un preciso rituale e una regia di tipo coreografico”⁶⁰¹. Tra queste disposizioni vi furono una rigida organizzazione delle adunate, l'imposizione di predeterminate tipologie testuali per la corrispondenza ufficiale, l'abolizione del “lei” a favore del “voi”, la sostituzione della stretta di mano con il saluto fascista. Anche i magistrati dovevano cantare o ascoltare l'inno Giovinezza rimanendo sull'attenti, salutano romanamente alle prime battute⁶⁰².

Ciò indica a chiare lettere che Mussolini voleva una società disciplinata, anche se non riuscì mai ad ottenerla.

Alla luce di tutto, quella fascista fu sicuramente un'ideologia volta al controllo sociale totale⁶⁰³. Il nuovo potere centrale tentò, infatti, di dominare sotto l'apparenza della protezione e di violentare sotto l'apparenza della cura. Il fascismo promise la liberazione dei destini dell'uomo dai vincolanti anfratti della storia, assicurandogli una doppia prospettiva escatologica positiva: quella del regime e quella del cattolicesimo, che divenne religione di Stato. La durezza della

⁶⁰⁰ Ci confortano sul punto le conclusioni di F. MANTOVANI, *I reati di opinione, cit.*, p. 208 e 209, dove si legge che il codice Rocco volle creare una *libertà chiusa*, “in quanto ammessa soltanto in funzione e del rispetto di una verità ufficiale e, quindi, nel solo ambito, all'interno, di una tale verità. Con la conseguente negazione della libertà nei confronti di tutte le manifestazioni dissenzianti. Concezione, questa, propria dell'*ordinamento totalitario*, in cui tutte le attività, individuali e collettive, debbono scorgersi in funzione di una qualificazione ideologica, esclusiva ed assorbente, dello stato, che, per definizione, non muove mai dal riconoscimento della libertà come valore in sé”.

⁶⁰¹ R. DE FELICE, *Mussolini il duce. Gli anni del consenso 1929-1936*, Torino, 1974, p. 221.

⁶⁰² NEPPI MODONA, *La magistratura e il fascismo, cit.*, p. 151.

⁶⁰³ Per il concetto v. per tutti F. BASAGLIA e F. ONGARO, *La maggioranza deviante, cit.*

realtà venne, quindi, superata dall'illusione che si potesse raggiungere una pacificazione fra gli uomini – nuovi servi – ai quali sarebbe dovuto risultare facile e naturale, attraverso le tecniche del consenso generale, trovare una motivazione collettiva, che non poteva che essere la motivazione del signore. Nell'ideologia del controllo sociale si punta alla creazione di una totalità di schiavi che sia alla base della rifondazione del concetto di signoria. In tale contesto, “nuovo padrone non è che la totalità dei servi”⁶⁰⁴.

In questo processo di profondo revisionismo delle categorie dell'esistente, perciò, la penalità ebbe un ruolo centrale. Il regime, infatti, le assegnò il ruolo più delicato di tutti: esercitare la funzione di controllo sociale delle opposizioni politiche, delle opinioni dissenzienti e del mutamento di opinioni sgradito al sistema.

La comunità di giuristi di quegli anni, seppur formatasi sotto l'influenza dei grandi principi del liberalismo, non sapendosi opporre a quell'invito a tenere “gli occhi al cielo”⁶⁰⁵ che ebbe il nome di tecnicismo giuridico⁶⁰⁶, non capì le ragioni profonde di quegli interventi di criminalizzazione. Il diritto penale – ben lontano dal rappresentare il limite lisztiano della politica criminale – si prestò ad assecondare, inconsciamente e involontariamente, una funzione repressiva che gli era estranea, o di cui, quanto meno, non era a conoscenza. Chi ideò la struttura di quel sistema repressivo, infatti, non arrivò mai a comprenderne fino e in fondo il *τελος*, molto più legato alle esigenze dell'ideologia del controllo totale che alla funzione di tutela di interessi ritenuti meritevoli di protezione da parte dell'ordinamento.

In definitiva, la teoria della punizione delle opinioni dissenzienti ha rappresentato, sin dalle origini dei *crimina laesae maiestatis*, uno strumento di

⁶⁰⁴ F. BASAGLIA e F. ONGARO, *op. loc. cit.*, p.106.

⁶⁰⁵ Il riferimento è ancora una volta a M. SBRICCOLI, *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, cit.

⁶⁰⁶ V. anche G. VASSALLI, *Propaganda sovversiva e sentimento nazionale*, cit., p. 1097, in cui si legge a proposito dell'incostituzionalità dell'art. 272 c.p. sostenuta dal grande giurista: “Il tecnico ragionava di questi temi (sotto cui aveva operato ed operava una volontà politica antidemocratica e oppressiva di ogni libertà politica) con lo stesso distacco con cui ragionava della definizione della colpa o della condizione oggettiva di punibilità”.

omologazione coatta⁶⁰⁷, che il potere politico ha cercato di utilizzare, diffondendo ai suoi oppositori il messaggio terroristico del *cogito ergo pecco*.

⁶⁰⁷ Sul concetto di “omologazione” v. P. PASOLINI, *Scritti corsari*, VIII ed., Milano, 2001, p. 45.

Capitolo II

Reati di opinione e Costituzione

Sommario: 1. Reati di opinione e determinatezza – 2. Il problema della materialità della condotta – 3. Offensività e bene giuridico – 3.1 Ordine pubblico e Costituzione – 3.2 Personalità dello Stato e Costituzione – 3.3 La verifica dell’offensività – 4. Reati di opinione, responsabilità penale e funzioni della pena – 5. La libertà di manifestazione del pensiero – 6. Conclusioni.

1. Reati di opinione e determinatezza

La questione della compatibilità dei reati di opinione con il principio di tassatività/determinatezza⁶⁰⁸, la questione è stata più volte dedotta nelle forme dell’incidente di legittimità costituzionale dinanzi alla Consulta. Peraltro la Corte, “dimostrandosi comprensiva verso talune esigenze del legislatore nella formulazione delle fattispecie penali (ivi compreso il rinvio a certe regole sociali o l’impiego di formule mutate dalla tecnica e dall’esperienza e fatalmente caratterizzate da una certa dose di elasticità), ha fatto uso estremamente parco del suo potere di annullamento della norma”⁶⁰⁹. Così sono passati indenni sotto il suo

⁶⁰⁸ In merito ai rapporti tra tassatività e determinatezza, la letteratura è ampia: il tema è approfondito in G. VASSALLI, (voce) *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino, 1994, pp. 317 ss., secondo il quale da una parte c’è la determinatezza (e la connessa chiarezza nella sua formulazione), dall’altra la tassatività (in cui va incluso – secondo l’Autore – il divieto di applicazione analogica, mentre altri preferiscono trattarne a parte e identificare la tassatività con la determinatezza). Di G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, pp. 119 ss., è la tripartizione tra principio di precisione (al quale viene assegnato il compito di garantire una descrizione chiara e precisa del fatto e delle sue conseguenze), principio di determinatezza (cui viene ricollegata l’esigenza che il fatto descritto sia altresì suscettibile di essere provato in sede processuale) e principio di tassatività (la cui funzione è quella di vietare l’applicazione analogica delle norme incriminatrici). Secondo C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale, cit.*, p. 67, “mentre la determinatezza designa una caratteristica attinente alla formulazione della fattispecie, la tassatività riguarda, invece, il momento applicativo, avendo la funzione di impedire al giudice l’estensione dell’incriminazione oltre i casi da essa espressamente previsti”. Tuttavia, è evidente che il riferimento contestuale ai due termini è giustificato: quanto più è determinata la descrizione legislativa del reato, tanto più il giudice risulterà vincolato dal contenuto del precetto.

⁶⁰⁹ G. VASSALLI, (voce) *Tipicità (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, p. 540. Per una casistica giurisprudenziale, v. nota 130 in G. VASSALLI, (voce) *Nullum crimen, nulla poena sine lege, cit.*

Si segnalano di seguito le uniche decisioni della Corte costituzionale che abbiano censurato nel senso dell’illegittimità costituzionale il profilo dell’indeterminatezza della fattispecie penale: la sent., 9 aprile – 8 giugno 1981, n. 96, relativa al delitto di plagio figurante nell’art. 603 c.p., e la

vaglio, nell'arco di mezzo secolo, quasi tutti i reati appartenenti al fenomeno politico-criminale della repressione del dissenso⁶¹⁰. Non v'è dubbio, infatti, che il principio di determinatezza, quale “onere del legislatore di determinare, in ossequio all'art. 25 co. 2 Cost., ogni figura di reato con connotati precisi”⁶¹¹, abbia poco e male orientato i compilatori del codice nella metodologia normativa di costruzione del tipo, con risultati poco felici sul piano del rispetto del principio di legalità. Non è certo un dato oscuro che, in un ordinamento democratico basato sul *nullum crimen, nulla poena sine lege*, il principio di legalità avrebbe poco senso senza i suoi imprescindibili correlativi, vale a dire senza una disciplina che garantisca, da una parte, la possibilità di conoscenza delle proposizioni normative, dall'altra l'imprescindibile momento di ‘ingabbiamento’ del giudice, che non può mai ‘spingersi’ con l'interpretazione al di là delle ipotesi tassativamente previste dal legislatore⁶¹². Così tutte le volte che la legge penale (o l'atto equiparato) non tipicizza in modo diretto e compiuto il reato, sorge il problema se il principio di legalità sia rispettato⁶¹³.

In primo luogo, l'indeterminatezza della previsione del reato viene in rilievo quando il legislatore fa ricorso ad elementi vaghi delle fattispecie penali⁶¹⁴, quali “contrassegni che definiscono il fatto non in maniera perfettamente netta, né

sent. 34 del 1995 relativa all'art. 7-bis, comma 1, del decreto-legge 30 dicembre 1989, n. 416 (Norme urgenti in materia di asilo politico, di ingresso e soggiorno di cittadini extracomunitari e di regolarizzazione dei cittadini extracomunitari ed apolidi già presenti nel territorio dello Stato), convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 1990, n. 39.

⁶¹⁰ Fa eccezione la sent. Corte cost. n. 108/1974 che ha stabilito che l'istigazione all'odio tra le classi sociali ex art. 415 c.p. è punibile solo in quanto idonea a suscitare “violente reazioni contro l'ordine pubblico” o, più in generale, “attuata in modo pericoloso per la pubblica tranquillità”. Per un commento alla sentenza, v. BOGNETTI, *Il pericolo nell'istigazione all'odio di classe nei reati contro l'ordine pubblico*, in *Giur. Cost.*, 1974, 1433. La Corte, in quest'occasione, ha affermato che la norma penale avesse carattere troppo indeterminato, potendosi ricondurre sotto il suo divieto anche la “mera manifestazione e diffusione di ideologie e di dottrine politiche, sociali e filosofiche” che propugnano la “necessità di un contrasto e di una lotta fra portatori di opposti interessi economici e sociali”.

⁶¹¹ Ancora G. VASSALLI, (voce) *Tipicità*, *cit.*, p. 541.

⁶¹² In argomento v. anche G. MARINI, (voce) *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, pp. 950 ss.

⁶¹³ A. PAGLIARO, (voce) *Legge penale: principi generali*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1973, p. 1044, il quale sottolinea che il problema è di notevole importanza pratica, in quanto una soluzione negativa condurrebbe a negare la costituzionalità delle leggi penali a contenuto parzialmente indeterminato.

Nello stesso senso, v. G. VASSALLI, (voce) *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, *cit.*, p. 317, secondo il quale il principio di legalità, in virtù dello stretto collegamento tra questo e la tipicità delle fattispecie penali, deve ritenersi senz'altro violato là dove la legge preveda fattispecie legali particolarmente late o ad ampio stretto.

⁶¹⁴ In argomento v. S. MOCCIA, *La promessa non mantenuta*, *cit.*, *passim*.

secondo linee determinabili con sicurezza, ma si giovano piuttosto di modi di pensare o di esprimersi che sono propri dell'uso comune, ma non possono essere definiti nei dettagli con mezzi naturalistici”⁶¹⁵, o quando fa riferimento ad elementi normativi o extra-giuridici, rinviati a norme sociali o di costume che costituiscono un parametro sicuramente incerto. In materia di dissenso, il legislatore ha utilizzato con relativa disinvoltura entrambe le tecniche di normazione ‘indeterminata’: così, elementi del primo tipo si riscontrano in fattispecie come quelle di cui all’art. 415 c.p. dove è incriminata l’istigazione all’odio “fra le classi sociali” (concetto tutto politico, legato alla vocazione collaborativa tra ceti propugnata dal fascismo). Esempio eccellente del secondo *genus* di “normazione sintetica”⁶¹⁶ è lo stesso concetto di vilipendio: se è vero che esso significa “tenere a vile”, occorrerebbe chiedersi cosa significa quest’ultima locuzione⁶¹⁷. Questa legislazione è piena di elementi valutativi, che comportano una forte delega al potere giudiziario: non solo vilipendiosità, ma anche tendenziosità, sediziosità, personalità, ordine, etc. La pigrizia del legislatore si scorge anche quando ha voluto abbracciare in una sola norma tutte le possibili offese ad un bene che si vuole penalmente proteggere, come nel caso dell’apologia.

Tutti i casi in esame sono classici esempi autoritari di aggiramento della legalità e della tassatività⁶¹⁸, perché in realtà ci si trova di fronte a non-definizioni, figlie di una metodologia tautologica di definizione del tipo, per la quale commette vilipendio “chi vilipende” o commette apologia “chi difende” ciò che non può essere difeso, per non parlare delle altre figure criminose imperniante sull’istigazione o sulla sedizione. Le caratteristiche di questi elementi lasciano sorgere più di qualche dubbio sul rispetto del principio di legalità. Circa gli elementi vaghi, è difficile negare che la fattispecie penale, non essendo compiutamente determinata dalla legge, affidi la determinazione di molti suoi aspetti alla discrezione del giudice. Quanto agli elementi normativi, il rinvio a

⁶¹⁵ Si cita testualmente ancora A. PAGLIARO, (voce) *Legge penale: principi generali*, cit., p. 1044.

⁶¹⁶ Utilizza tale espressione FIANDACA e MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 81.

⁶¹⁷ Così il già citato G. CONSO, *Contro i reati di vilipendio*, cit., p. 545.

⁶¹⁸ F. SGUBBI, *Meccanismi di aggiramento della legalità e della tassatività nel codice Rocco*, Dibattito su “Il codice Rocco cinquant'anni dopo”, in *Quest. crim.*, I, 1981, pp. 319 ss.

norme sociali può essere interpretato come una rinuncia all'attuazione della riserva di legge. "I due ordini di rilievi si sommano, come è evidente, nel caso che gli elementi in questione siano, al tempo stesso, normativi e vaghi"⁶¹⁹.

Un altro versante di ineffettività del principio di legalità è attinente al divieto di analogia. Come dimostrato agevolmente dalle applicazioni giurisprudenziali in materia di dissenso, l'indeterminatezza del tipo è causa della dismisura analogica o estensivo-"detassativizzante" dell'interpretazione⁶²⁰, agevolata dalla forte vaghezza del *Tatbestand*. Qui, l'accento è ulteriormente posto sulle correlazioni esistenti tra "determinatezza" e "frammentarietà", nella parte in cui l'esigenza di tassatività mira proprio ad impedire che la vaghezza della fattispecie o di taluni suoi elementi consenta l'estensione della sua portata oltre il limite delle violazioni significative del bene assunto ad oggetto di tutela⁶²¹. Specialmente in materia di reati di opinione, questa discrezionalità significa anche possibilità per il giudice di determinare arbitrariamente, di volta in volta, il fondamento dell'incriminazione: "Più oggettivata, facendo leva sulle conseguenze concrete della manifestazione di pensiero, o più soggettivata, guardando essenzialmente al soggetto-autore della manifestazione di pensiero, alla di lui posizione politica, alla sua figura etico-sociale"⁶²².

⁶¹⁹ Così ancora testualmente A. PAGLIARO, (voce) *Legge penale: principi generali*, cit., p. 1045, il quale, tuttavia, ritiene che i dubbi relativi agli elementi vaghi possono essere superati in modo abbastanza semplice perché "il diritto guarda agli uomini nella loro società e il principio di legalità non richiede che la determinazione della fattispecie avvenga attraverso formule matematiche"; quasi nello stesso senso G. VASSALLI, (voce) *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, cit., p. 333, secondo il quale quello della vaghezza è un fenomeno ineliminabile di ogni ordinamento penale, ma ciò non significa non affermare la necessità di ridurre al minimo le fattispecie la cui determinazione è rimessa alle valutazioni giudiziali.

⁶²⁰ In ordine alla distinzione tra analogia e interpretazione estensiva, v. G. VASSALLI, (voce) *Analogia nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. I, Torino, 1987, 160; per ciò che riguarda le prassi giurisprudenziali in merito alla fluidità dei confini esistenti tra interpretazione estensiva ed analogia, e gli incumbenti rischi di interpretazioni estensive "detassativizzanti", v. R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, IX ed., Roma, 2013, pp. 177 ss.

⁶²¹ E' F. BRICOLA, *sub art. 25 co. 2 e 3*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Roma - Bologna, 1981, p. 259, ad avvertire che "la tassatività della singola fattispecie è un dato strutturale essenziale affinché l'illecito penale conservi la delimitazione del suo contenuto lesivo in termini di significatività costituzionale". Nel senso che il principio di tassatività della fattispecie fa innanzitutto da *pendant* al criterio della frammentarietà v. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 77. Nello stesso senso, v. PALAZZO, *Il principio di determinatezza in diritto penale*, Padova, 1979, pp. 171 ss.

⁶²² Così testualmente F. SGUBBI, *Meccanismo di aggiramento della legalità e della tassatività nel codice Rocco*, cit., p. 320.

Inoltre, una normazione penale non improntata al criterio di tassatività indebolisce fortemente anche l'attuazione pratica di altri principi fondamentali, qual è quello dell'obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 Cost.), “posto che farebbe difetto il criterio di verifica dell'osservanza di tale obbligo”, nonché del diritto alla difesa (art. 24 co. 2 Cost.), “data la difficoltà di confrontarsi con un'imputazione ben precisa in assenza di una puntuale descrizione legale del fatto contestato”⁶²³.

Ma è la stessa funzione di prevenzione generale, che deriva da un'interpretazione sistematica della Costituzione, a risultare maggiormente frustrata da una formulazione della norma penale in termini indeterminati e nontassativi⁶²⁴. La tassatività/determinatezza, infatti, ha come *ratio* “l'esigenza di garantire la certezza della legge penale e, quindi, la sicurezza del cittadino nei confronti del potere punitivo [...] e se la riserva di legge è garanzia del cittadino nei confronti degli arbitri dell'esecutivo, almeno tendenzialmente, la tassatività lo garantisce nei confronti degli arbitri del potere giudiziario”⁶²⁵. Ma è proprio di fronte all'esigenza politica di assecondare prevalenti interessi sociali e di giustizia, come in materia di ordine pubblico e personalità dello Stato, che le esigenze della tassatività/determinatezza cedono per volontà di legislatori ben consci del ruolo pubblico del diritto penale e ben attenti ad estrapolare da fattispecie penali vaghe e confuse la maggior potenza d'incriminazione possibile. Proprio nella materia della repressione del dissenso, pertanto, si assiste ad un altro importante meccanismo di svalutazione della tipicità, rappresentato dalla sovrapposizione di fattispecie identiche, fra di loro non in rapporto di specialità, bensì unite dal medesimo intento punitivo, capace di accomunare un vasto *genus* di reati. Si tratta di un procedimento tecnico raffinato con il quale il legislatore, redigendo più fattispecie penali, fa in modo che un comportamento umano, se non riconducibile entro i confini categoriali di un'incriminazione, lo sia rispetto ad un'altra norma penale simile o analoga (si pensi a come è costruita l'apologia negli artt. 303 u.c. e 414 co. 3 c.p., quale valvola sussidiaria di chiusura del cerchio repressivo). Il legislatore ha fatto uso di tale tecnica di interscambio delle valutazioni di

⁶²³ Un fatto indeterminato è, infatti, processualmente inverificabile. Cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale, cit.*, p. 78.

⁶²⁴ I rilievi sono di F. BRICOLA, *sub art. 25 co. 2 e 3, cit.*, p. 257.

⁶²⁵ F. BRICOLA, *sub art. 25 co. 2 e 3, cit.*, p. 232.

rilevanza penale e di pluralità artificiosa delle qualificazioni, soprattutto in materia di dissenso, proprio al fine di soddisfare tutte le esigenze repressive, nella costruzione di un sistema che “non viene mai colto impreparato o lacunoso in qualsiasi situazione o contingenza politico-sociale in cui sia chiamato ad operare: un sistema che contiene già in sé un arsenale di strumenti idonei all’intervento punitivo che volta a volta si desidera”⁶²⁶. Come si è visto, nei settori del codice nei quali l’istanza politica è più forte e condizionante, il rispetto dei principi del diritto penale “del fatto” diminuisce grandemente.

⁶²⁶ Sono le riflessioni conclusive di F. SGUBBI, *Meccanismo di aggiramento della legalità e della tassatività nel codice Rocco*, cit., p. 322.

2. Il problema della materialità della condotta

La nozione di condotta che interessa alla teoria generale del reato non può essere quella arcaica di natura filosofica o teologica, nella quale rientrano con facilità anche gli atti meramente interiori dell'individuo⁶²⁷. Il processo di laicizzazione del diritto⁶²⁸, che ne ha sancito il definitivo distacco dalla religione, porta con sé, infatti, l'autonomia dello statuto giuridico da quello morale⁶²⁹; conquista del giusrazionalismo laico e dell'illuminismo, dell'«*etiamsi daremus...non esse Deum*» di Hugo Grozio⁶³⁰ e delle ineguagliate riflessioni sulla differenza fra delitto e peccato di Cesare Beccaria⁶³¹.

Con ciò non si intende contestare la rilevanza di momenti subiettivi nell'ambito del diritto penale, bensì solo sottolineare l'aspetto necessariamente fisico ed oggettivo del concetto giuridico-penale di condotta, per riaffermare la validità della massima ulpiana: *cogitationis poenam nemo patitur*.

La base naturalistica del comportamento non può essere revocata in dubbio senza sconvolgere tutta la teoria del reato, se è vero che il c.d. principio di materialità non solo assume un valore irrinunciabile in un sistema penale democratico legato al "fatto", ma conserva una parziale validità perfino in sistemi diversamente orientati in senso autoritario, come quello del diritto penale della volontà e del diritto penale del tipo di autore. "Il primo, infatti, [...] non contesta affatto la rilevanza di un momento oggettivo del reato e si limita, in fondo, ad anticipare la lesione ad una fase nella quale spesso nemmeno il tentativo, nella sua classica configurazione, si è ancora realizzato; il secondo, poi, per quanto si proponga di sostituire una tipologia di soggetti ad una tipologia di condotte, non può fare a

⁶²⁷ M. SPASARI, (voce) *Condotta (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, VIII, p. 837.

⁶²⁸ In argomento v. G. FIANDACA, *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, vol. I, Milano, 1991, 167.

⁶²⁹ In argomento v. L. FERRAJOLI, *La separazione tra diritto e morale*, in *I problemi del socialismo*, 1985, n. 5, p. 143 e nota 13, dove l'insigne Maestro ritiene che l'idea secondo cui il diritto penale non ha il compito di imporre o rafforzare coattivamente la morale o una determinata morale, ma soltanto di impedire la commissione di azioni dannose per i terzi, costituisca "forse il tratto più caratteristico della tradizione politica liberale, da Hobbes, Pufendorf e Thomasius a Montesquieu, Beccaria, Hommel, Bentham e Mill"; ID., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., 203.

⁶³⁰ S. MOCCIA, *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Napoli 1979, pp. 45 ss. e 57 ss.

⁶³¹ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (a cura di F. VENTURI), Torino 1965, § VII, p. 23.

meno di costruire il tipo normativo di autore ritagliandolo sullo schema del tipo normativo di comportamento⁶³².

Sul piano storico, non si può negare - poiché per le scienze sociali è fatto umano anche quello estrinsecatosi all'interno della psiche (sentimenti, pensieri, volizioni, propositi, stati soggettivi) -, che è questione antica se il diritto penale debba avere come proprio oggetto solo i comportamenti esterni o anche i fatti meramente interni, così come la *quaestio* è nulla sulla necessità che i moderni sistemi penali costituzionalmente orientati debbano rispettare il *nullum crimen sine actione*, secondo il quale può costituire reato solo "il comportamento umano materialmente estrinsecantesi nel mondo esteriore, perciò munito di una sua corporeità e, quindi, percepibile dai sensi: il fatto materiale è la base prima e imprescindibile di ogni giudizio di disvalore penale"⁶³³. Il principio di "soggettività", viceversa, considera reato anche la *nuda cogitatio* o la mera *Gesinnung* dell'agente, che è punito per aver manifestato un pensiero, ossia un modo di essere. Esso, infatti, trova riscontro nei diritti penali di tipo confessionale, in cui è oscuro il limite tra reato e peccato, "in quanto nel finalismo della *salus animarum* è coerente guardare alle intenzioni"⁶³⁴, oppure nei totalitarismi politici, dove - come abbiamo già dimostrato - il diritto penale funge da efficiente mezzo di controllo delle opinioni dissenzienti, che sono tutte canalizzate verso il momento ideologico totale. In questo caso, come già rilevato da Bricola⁶³⁵, in polemica con Bettiol⁶³⁶, il diritto penale è totalitario perché colpisce meri atteggiamenti d'ordine interiore estrinsecantisi in fatti che non sono in concreto lesivi dei valori tutelati.

Epperò, c'è chi nega che i reati di pensiero siano privi di condotta⁶³⁷, sull'argomentazione che escludere dal novero delle condotte punibili atteggiamenti interiori non vuol dire negare a monte la possibilità di prevedere

⁶³² Così testualmente, M. SPASARI, (voce) *Condotta (dir. pen.)*, cit. p. 838.

⁶³³ La definizione è di F. MANTOVANI, *Principi di diritto penale*, II ed., Padova, 2007, p. 49.

⁶³⁴ F. MANTOVANI, *Principi di diritto penale*, cit., p. 50.

⁶³⁵ F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., pp. 66 ss.

⁶³⁶ Cfr. G. BETTIOL, *Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1971, p. 8, nel quale si afferma: «Se il diritto penale dell'atteggiamento interiore deve avere un significato, questo è in funzione di una sempre maggiore accentuazione del carattere etico del diritto penale non solo in relazione alle esigenze etiche oggettive tutelate dalla norma penale, ma in funzione dell'eticità della persona umana che si manifesta negli atteggiamenti di coscienza e nella scelta delle motivazioni dell'azione».

⁶³⁷ Cfr. M. SPASARI, (voce) *Condotta (dir. pen.)*, cit. p. 843.

figure di reato fondate sulla manifestazione del pensiero⁶³⁸. Per dimostrarlo, certa dottrina si è avvalsa delle fattispecie di ingiuria (art. 594 c.p.) e di diffamazione (art. 595 c.p.), punite nel nostro ordinamento, giacché le condotte esteriori descritte trascendono il mero foro interno: da una parte, assumendo come fatto la concreta esternazione del pensiero sensorialmente percepibile (frase pronunciata, lettera scritta, etc.), dall'altro giacché condotte idonee a provocare conseguenze negative nel mondo esterno al soggetto agente (per l'appunto, il pregiudizio alla reputazione della persona diffamata), esprimendo, dunque, in questo modo l'effettiva materialità del comportamento umano oggetto di divieto.

Tuttavia, a nostro avviso questo rilievo non può servire a giustificare i reati di opinione sul piano della materialità della condotta, semplicemente perché ingiuria e diffamazione non sono reati di opinione, nella misura in cui tutelano situazioni di valore offendibili e tutelabili. Abbiamo, infatti, già tentato di dimostrare che il diritto penale dell'opinione dissenziente si basa sulla salvaguardia di un interesse ontologicamente politico, di per sé pubblico, che sfugge ai confini categoriali del bene giuridico costituzionalmente orientato. Si tratta, cioè, di reati caratterizzati dalla forte presenza di elementi psicologici nella nozione oggettiva di "fatto", che ne esce così indebitamente contaminata in senso soggettivo proprio quando l'elemento materiale non sia di per sé lesivo. In questi casi, infatti, la connotazione di illiceità non dipende dal fatto di manifestare un'opinione, fatto di per sé lecito (art. 21 Cost.), ma dall'intenzione e cioè dal proposito politicamente sgradito. Si verifica, cioè, un fenomeno di esasperazione soggettivistica della fattispecie oggettiva; una "curvatura soggettivistica e psicologizzante del diritto penale"⁶³⁹, che proprio il principio di materialità dovrebbe contribuire ad escludere contro un utilizzo in chiave sintomatica della personalità individuale.

D'altra parte se si scompone il reato in un *Tatbestand* oggettivo, sotto il quale si comprendono gli elementi esteriori e oggettivi, ed in uno soggettivo, che raccoglie l'aspetto psicologico del reato, bisogna accuratamente evitare ogni contaminazione tra elementi della condotta ed elementi del dolo o della colpa. La

⁶³⁸ Il rilievo, per la verità poco approfondito, è di A. VALENTI, *Principi di materialità e offensività*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, a cura di G. INSOLERA – N. MAZZACUVA – M. PAVARINI – M. ZANOTTI, vol. I, III ed., Torino, 2001, p. 276.

⁶³⁹ L'espressione è di V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 56-57.

determinazione del concetto di “fatto” in funzione dell’elemento soggettivo è, infatti, non solo dommaticamente fuorviante ma anche teoricamente impropria. Una ricaduta del *Tatbestand* soggettivo nello spazio applicativo proprio del *Tatbestand* oggettivo (cioè, del fatto tipico-oggettivo) significherebbe, allora, nel contempo oscurare la distinzione che, *de facto* e *de iure*, sussiste tra elementi della fattispecie oggettiva ed elementi di quella soggettiva: i primi solo descrivono tutte le diverse “azioni” che potrebbero costituire la materialità del reato⁶⁴⁰; i secondi determinano il profilo dell’elemento psicologico del reato. Sul piano della teoria generale del reato, dunque, “la condotta” rappresenta sempre un *prius* logico rispetto all’elemento soggettivo.

Questo fisiologico andamento della dommatica del reato risulta, però, incepparsi, quasi sempre, quando ci si trovi al cospetto dei reati coinvolti dal codice Rocco nell’operazione di difesa penale di interessi pubblici e indeterminati. Si pensi ai *reati associativi*: nei delitti di associazione sovversiva (art. 270 c.p.) o di associazione con finalità di terrorismo anche internazionale e di eversione dell’ordine democratico (art. 270 *bis*), il disvalore penale non dipende dal fatto di associarsi, ma – anche qui – dal dolo specifico sovversivo od eversivo. Il risultato ultimo è il seguente: c’è condotta penalmente rilevante sol quando e a condizione che essa sia ravvisata in elementi soggettivi. Il “vizio” oltre ad essere dommatico è anche metodologico: il “*posterius*” prova il “*prius*” !

Sul piano politico-criminale, tutto ciò si spiega abbastanza agevolmente. E’ pur vero, infatti, che nella tecnica d’incriminazione autoritaria dell’opinione, l’intento politico-criminale è quello di ingabbiare l’opinione politica dissenziente, contrabbandata come offensiva dell’ordine pubblico o della personalità dello Stato, entità macro-funzionali poco idonee ad un ancoraggio della fattispecie di tipo oggettivistico. Viceversa, nelle incriminazioni dell’ingiuria e della diffamazione il legislatore ancora la condotta all’offesa di un bene personalistico (onore e reputazione), in quanto tale dotato di consistenza empirica, dimostrando di guardare a quel ‘pensiero’ non come ad una mera estrinsecazione sintomatica di una idea politica, bensì come ad una condotta materialmente offensiva di un altrui interesse. Sotto questo profilo, ingiuria e diffamazione soddisfano le

⁶⁴⁰ V. ancora G. DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, cit., pp. 85 ss. e p. 91.

caratteristiche dommatiche di un moderno concetto di condotta; viceversa il delitto politico, e con esso i reati di opinione, lo negano.

Essi sono, infatti, il frutto di una produzione penalistica che trascura il rispetto dell'individuo contrapponendo alle sue pretese una "antiindividuale ragion di stato"⁶⁴¹. Quest'ultima, per godere di quell'efficientismo di ordine repressivo, svolge un'azione di stravolgimento degli elementi della teoria del reato. Innanzitutto, sul piano della tipicità, criminalizzando comportamenti scarsamente lesivi se non addirittura innocui, "al consueto fine di controllare e nel contempo condizionare il singolo sin nella sua sfera più intima e mantenere così inalterati certi rapporti favorevoli ai detentori del potere"⁶⁴²; inoltre, sul piano della materialità della condotta, giungendo a punire comportamenti meramente sintomatici della *Gesinnung* dell'agente. Fa da contraltare, in questo caso, un modo di intendere la condotta come sintomo della personalità dell'agente e come indice della sua pericolosità criminale, secondo la tecnica che era peculiare della teocrazia, con riferimento ai reati contro la divinità, dove "l'ingerenza dell'autorità nella sfera più intima della personalità individuale assumeva forme macroscopiche"⁶⁴³. Una prima caratteristica del c.d. diritto penale del fatto, infatti, è data dal tassativo requisito dell'esteriorità della condotta, che oltre a rappresentare una coerente applicazione dell'importante principio della separazione tra compiti di una giustizia di tipo trascendente e compiti di quella umana, serve a distinguere con sufficiente chiarezza una sfera giuridica, che ha come riferimento appunto una condotta esteriore, e una sfera morale, nella quale le istituzioni pubbliche non sono legittimate ad intervenire⁶⁴⁴. Su questo piano, proprio una non meglio precisata distinzione tra fatto e opinione, così come la riconduzione di quest'ultima nei confini nella nozione di condotta, valgono una non netta demarcazione in punto di distinzione tra diritto e morale. E' per questo

⁶⁴¹ L'espressione è usata da S. MOCCIA, *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale, cit.*, p. 49.

⁶⁴² Così testualmente S. MOCCIA, *Carpzov e Grozio, cit.*, p. 49.

⁶⁴³ Lo riferisce S. MOCCIA, *op. loc. cit.*, p. 49 e p. 58.

⁶⁴⁴ Ancora S. MOCCIA, *op. loc. cit.*, p. 59. Nello stesso senso, v. G. FIANDACA, *Laicità e beni tutelati, cit.*, p. 171, secondo il quale "la tesi della separazione e reciproca autonomia tra delitto, peccato e/o azione immorale è, invero, direttamente funzionale alla libertà di pensiero e di coscienza del singolo: lo Stato non deve paternalisticamente assurgere a tutore della moralità dei cittadini, perché non è suo compito interferire nel modo di essere, nell'atteggiamento interiore e nel modo di pensare delle persone".

motivo che l'a-materialità è tipica di un diritto penale c.d. "eticizzante"⁶⁴⁵, compenetrato di teologia morale e totalitarismo politico.

Per la verità, in materia di dissenso, i termini del discorso si moltiplicano, non essendo affatto remota la possibilità di costruire un "compiuto" diritto penale dell'autore: l'antimilitarista (266 c.p.), il generico dissidente politico, comunista, bolscevica o socialista (artt. 302, 304, 414 e 415 c.p.), il sovversivo (art. 272 u.c.), il delinquente apologo (art. 414 c.p.), il vilipensore delle istituzioni politiche (artt. 290, 291, 292 c.p.), il vilipensore di entità confessionali (artt. 402 ss. c.p.). Epperò, la penalizzazione per *Tätertyp*, ovverosia per tipo d'autore, ha poco senso in un sistema orientato alla materialità, salvo non si voglia assumere una visione trascendente e metafisica del diritto penale⁶⁴⁶. Per il *nullum crimen sine actione* non può procedersi a dar rilievo al modo di essere in sé di un soggetto a fini repressivi, a meno che tale modo di essere non possa davvero dirsi collegato materialmente all'offesa (danno o pericolo) in concreto di un bene giuridico (come accade, nell'ingiuria o nella diffamazione); perché soltanto allora potrebbe considerarsi effettivamente garantito il rispetto del ricordato precetto costituzionale che impone di agganciare la pena al fatto materiale e realmente offensivo.

In conclusione, negare che i reati di opinione esprimano un forte stato di conflitto con il principio di materialità, conduce a conferire a quest'ultimo il significato di una formula vuota e tautologica: a cosa servirebbe la materialità, infatti, se questa fosse solo riferita al foro interno e non anche alla sua estrinsecazione empirica? Che cosa significherebbe, in un sistema penale democratico, non punire un pensiero ma giungere ugualmente alla repressione criminale della sua espressione? Di queste ovvie considerazioni si è reso portatore, a nostro avviso, anche il legislatore costituzionale nella redazione dell'art. 21 Cost. Egli, ben conscio che la libertà di espressione, in un ordinamento democratico, deve poter significare non solo libertà di pensare, ma soprattutto, libertà di esprimere le proprie idee, e cercare in ogni modo di divulgarle, anche tentando di persuadere

⁶⁴⁵ V. per tutti F. MANTOVANI, *Principi di diritto penale, cit.*, p. 50.; nello stesso senso, A. VALENTI, *Principi di materialità e offensività, cit.*, p. 276

⁶⁴⁶ A. FIORELLA, (voce) *Reato*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, 789.

gli altri⁶⁴⁷, ha opportunamente sancito non solo il diritto di esprimersi liberamente (“di manifestare liberamente il proprio pensiero”) ma anche quello di utilizzare ogni mezzo allo scopo di portare l’espressione del pensiero a conoscenza del massimo numero di persone (“con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione”). La dottrina, e con essa la Corte costituzionale⁶⁴⁸, hanno già chiarito come in tal caso non siano ravvisabili due distinti diritti, bensì più correttamente una endiadi, che meglio sottolinea il carattere strumentale e necessario del mezzo di diffusione rispetto alla manifestazione del pensiero, e che conseguentemente ritiene coperta dalla stessa garanzia costituzionale “manifestazione” e “diffusione” del pensiero⁶⁴⁹. Premesso ciò, chi ritiene che comportamenti quali la pubblicazione di scritti, il pronunciamento di discorsi o generiche sollecitazioni morali siano, di per sé solo e sempre, condotte materiali, incorre in grave errore, perché fa coincidere la materialità con un vago e indeterminato concetto di empiria, annullandone le note sistematiche in tema di teoria generale del fatto tipico. Non tutto ciò che concerne l’esperienza è, infatti, ‘materiale’ nel senso del diritto penale, ma solo ciò che non sia ravvisabile quale aspetto di una qualità morale o soggettiva di un agente. Inoltre, chi è affascinato da questa sorta di *factio* di perenne materialità mostra anche di non sapere correttamente distinguere tra condotta penalmente rilevante e mezzo di diffusione del suo contenuto offensivo. Sotto questo profilo, la pubblicazione di uno scritto può risultare alternativamente modalità esecutiva di una condotta penalmente rilevante (come nel caso di ingiuria e diffamazione) o semplice amplificatore esterno del modo di essere di una persona, come più correttamente accade nei reati di opinione. Ma solo in quest’ultimo caso non c’è materialità.

Sotto questo profilo, il reato di opinione non può essere preveduto perché il pensiero “non esercita azione”⁶⁵⁰.

⁶⁴⁷ JEMOLO, *I problemi pratici della libertà*, Milano, 1972, 47.

⁶⁴⁸ Corte cost., 16 giugno 1964, n. 48, in *Giur. cost.*, 1964, 605.

⁶⁴⁹ P. BARILE, (voce) *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Milano, 1974, p. 427.

⁶⁵⁰ ARANGIO-RUIZ, *Il diritto di stampa*, cit., p. 331.

3. Offensività e bene giuridico

Non si può disconoscere il ruolo garantistico del bene giuridico nella veste di strumento critico di contenimento dell'intervento punitivo⁶⁵¹, da quando Anselm Feuerbach, con il ricorso alla figura del diritto soggettivo quale oggetto dell'offesa⁶⁵², ne stabilì lo stretto legame che esso doveva avere con la realtà sociale. Né si possono dimenticare le numerose implicazioni sistematiche che la sua teoria comporta sul piano dei principi di proporzione, sussidiarietà, frammentarietà e tipicità. Oltre ad assumere un ruolo costitutivo della punibilità quale criterio legislativo di criminalizzazione⁶⁵³ (c.d. funzione ideologica o critica), esso, sotto le spoglie di elemento della fattispecie oggettiva, determina la tecnica di redazione della fattispecie, la cui ampiezza dipende dall'importanza gerarchica dell'interesse. Inoltre, il bene svolge un'irrinunciabile funzione anche dal punto di vista della dottrina del fatto tipico, giacché concorre a definire i contorni della fattispecie penale (c.d. funzione esegetica)⁶⁵⁴. Infine, c'è una funzione dogmatica⁶⁵⁵, attraverso cui è possibile un più efficace sviluppo di profili attinenti al piano sistematico: ciò che assurge al ruolo di ragione fondante o

⁶⁵¹ Cfr. C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale, cit.*, p. 153 ss.; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale, cit.*, p. 184 e 185; A. BARATTA, *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale. Lineamenti di una teoria del bene giuridico*, in *Studi in memoria di G. TARELLO*, II, Milano, 1990, pp. 36 ss.; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione, cit.*, pp. 466 ss.; F. PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, II, 1992, 453.

⁶⁵² Cfr. FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts* (1801), 14° ed., Giessen 1847, ristampa anastatica Aalen 1973, § 21 ss., p. 45 ss.; in precedenza FILANGIERI, *La scienza della legislazione* (1788-89), Paris 1853, lib. III, p. II, capp. XV, XXXVIII ss., pp. 188 ss., 223 ss., e PAGANO, *Principj del codice penale* (1785-86), Napoli 1815, capp. I, XIII, XIV, pp. 16 ss., 50 ss. Cfr. in proposito in S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali, cit.*, p. 344, nota 5.

Per un maggiore approfondimento sulle anticipazioni liberali dell'illuminismo napoletano, v. S. MOCCIA, *Cesare Beccaria e la difesa dei diritti dell'individuo*, in *Crit. dir.*, n. 1-3, 2010, 192; ID., *Mario Pagano ovvero l'impegno civile del giurista*, in *Crit. dir.*, n. 2-3, 1999, 355.

⁶⁵³ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, cit.*, p. 184; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore, cit.*, p. 174, richiamando HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt am Main, 1973, pp. 115 ss., 169 ss., parla di funzione negativa di legittimazione del bene giuridico, nella misura in cui esso, tramite l'utilizzazione del criterio della finalità della pena, è in grado di fornire l'indicazione di ciò che può essere legittimamente tutelato con il diritto penale. In argomento v. anche MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale, cit.*,

⁶⁵⁴ Così, C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale, cit.*, p. 154.

⁶⁵⁵ In ordine alla distinzione tra dogmatismo di tipo tecnicistico, che finisce per assecondare più o meno consapevolmente scelte illiberali, e dogmatica di tipo teleologico, fortemente orientata alla realizzazione del quadro assiologico costituzionale, v. S. MOCCIA, *Euforia tecnicistiche nel "laboratorio della riforma del codice penale"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, II, 453.

costitutiva si riverbera sulla determinazione concettuale delle componenti costitutive del reato, nella misura in cui nella tipicità viene inclusa l'idea stessa di lesione del bene giuridico⁶⁵⁶, sotto forma di reciproche influenze fra disvalore dell'evento e disvalore della condotta⁶⁵⁷. Sotto questo profilo andrebbe adeguatamente approfondito il rapporto bene – offesa⁶⁵⁸, ma per adesso ci limitiamo a considerare che, se tanto grave è la sanzione penale da dover costituire un'*extrema ratio*, evidentemente essa postula un riconoscimento sociale consolidato dell'interesse tutelato dalla fattispecie, altrimenti si correrebbe il rischio di trasformare il diritto penale in uno strumento persecutorio⁶⁵⁹. Una ben composta concezione teleologica sembra, dunque, postulare una nozione del bene in chiave empirico-effettuale, tale da permettere una specificazione frammentaria e concreta del momento dell'offesa, cui riferire il disvalore di azione. Questa impostazione però non postula che il bene sia un mero pre-dato alla norma⁶⁶⁰, onde evitarne una sua ricostruzione in via assiomatico-deduttiva, bensì un *quid* empirico, esterno all'agente, tale da giustificare la sanzione per un'offesa a valori riconosciuti. Si vuole configurare, cioè, un sistema aperto di tutela, capace di adattarsi alle esigenze della realtà sociale, attraverso l'utilizzo di clausole generali di livello costituzionale e di difesa dei diritti fondamentali. Questa moderna teoria del bene giuridico, che oltre alle tradizionali funzioni⁶⁶¹, ne accentua di molto il valore critico, richiede l'aderenza, in termini di disvalore, dell'interesse protetto alla realtà sociale. Di conseguenza, solo quei comportamenti che risultano contrassegnati da dannosità sociale possono essere elevati al rango di “fatti” di reato; pena un anacronistico riavvolgimento dell'inappagante prospettiva formalistica data al problema da Feuerbach, con il ricorso alla figura del diritto soggettivo⁶⁶².

⁶⁵⁶ Ancora, G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, cit.*, p. 184;

⁶⁵⁷ Così ancora, C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale, cit.*, p. 155.

⁶⁵⁸ Per una sintetica, seppur esauriente, esposizione in argomento, v. A. FIORELLA, (voce) *Reato, cit.*, pp. 771 ss.

⁶⁵⁹ Si esprime in questi termini ancora A. FIORELLA, (voce) *Reato, cit.*, pp. 771 ss.

⁶⁶⁰ L'espressione è di A. FIORELLA, (voce) *Reato, cit.*, p. 772.

⁶⁶¹ In argomento v. per tutti F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico, cit., passim.*

⁶⁶² Cfr. S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflessi illiberali, cit.*, pp. 343-344.

La consistenza empirica del bene con ogni evidenza, in ordine ai rapporti tra politica criminale e sistema penale⁶⁶³, agevola di gran lunga i giudizi di proporzione, sussidiarietà e frammentarietà, oltre alla verifica della tipicità. E così, la proporzione⁶⁶⁴ si configura quale triplice valutazione comparativa della dignità dell'interesse da tutelare, in rapporto al bene della libertà personale, agli altri beni penalmente tutelati, e infine agli altri interessi coinvolti o confliggenti con quello da tutelare⁶⁶⁵: se il bene non è importante, è socialmente futile, o è irragionevolmente tutelato, nel sistema penale c'è sproporzione tra le singole norme che lo compongono.

Anche il principio di sussidiarietà si articola in un giudizio complesso e delicato, avente ad oggetto costi e benefici dell'opzione penale comparati a quelli di una tutela non penale (*rectius*, extrapenale) dell'interesse: ciò vuol dire che se la tutela del bene soffre di un sovraccarico che non trova conferme nella realtà sociale, l'intervento penale risulterà non efficace. Infine, per ciò che riguarda la frammentarietà, essa postula una particolare "sensibilità penalistica"⁶⁶⁶ del legislatore nel valutare l'impatto di una tutela soltanto modale dell'interesse, onde realizzare le condizioni per una migliore efficacia della norma penale. Le eventuali deficienze riscontrate sul piano della tipicità, proporzione, sussidiarietà e frammentarietà saranno evidentemente indicative di una politica criminale incoerente, contraddittoria, inefficace, e spesso schizofrenica, poco incline all'approfondimento dommatico e spesso frutto di un approccio rozzamente di tipo criminologico o sociologico⁶⁶⁷.

⁶⁶³ Sul tema della complessità dei rapporti tra politica criminale e sistema penale, v. ROXIN, *Politica criminale e sistema penale, cit., passim*.

⁶⁶⁴ A. FIORELLA, *Reato, cit.*, p. 773, assegna al principio di proporzionalità un indubbio rango costituzionale, in forza del quale una legge ordinaria non può comminare sanzioni che siano eccessive rispetto all'illecito commesso.

⁶⁶⁵ F. PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione, cit.*, p. 455 e 456.

⁶⁶⁶ La bella espressione è di F. PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione, cit.*, p. 456.

⁶⁶⁷ F. PALAZZO, *op. loc. cit.*, p. 457, parla, a proposito dell'oscuramento del ruolo del bene giuridico, di una "produzione legislativa sollecitata dalle spinte provenienti da molteplici centri organizzati di interessi settoriali: quasi il riemergere di un *particularismo giuridico* da *ancien régime*, una specie di nuovo feudalesimo penale, che è all'origine di quel noto e deleterio fenomeno di ipertrofia ed instabilità legislativa nettamente antitetico alla tradizione classica del bene giuridico".

L'ancoraggio ad una teoria del bene giuridico presuppone, pertanto il rispetto del quadro assiologico predisposto dalla Costituzione, non tanto per la modalità gerarchica e l'impalcatura rigida del vigente sistema di produzione delle fonti del diritto, ma per il risultato di un ragionevole bilanciamento tra il bene sacrificato dalla sanzione penale (*rectius*, la libertà personale) e l'interesse tutelato dalla fattispecie, nel senso che il bene tutelabile penalmente può essere solo il bene con esso comparabile⁶⁶⁸. Né riteniamo ancora attuale l'interrogativo se il bene tutelabile penalmente sia il solo bene costituzionalmente garantito⁶⁶⁹. Tante sono state le obiezioni: quella secondo cui la Costituzione non conterrebbe tutti i beni meritevoli di tutela⁶⁷⁰; la presunta staticità del quadro assiologico fondamentale che impedirebbe al bene giuridico di armonizzarsi con le esigenze di prevenzione generale e speciale via via nascenti nella realtà sociale⁶⁷¹; la negazione della circostanza che la Costituzione compili una vera e propria tavola di valori, gerarchicamente ordinati⁶⁷². Tale problema è stato, infatti, già risolto da parte della dottrina, o nel senso di conferire rilevanza costituzionale ai valori esplicitamente o implicitamente⁶⁷³ garantiti dalla Costituzione⁶⁷⁴, oppure, in un'ottica semplificata ma equivalente in sostanza, nel considerare il bene tutelabile a patto di avere una "importanza" tale da porlo ragionevolmente sul piano dei valori costituzionali⁶⁷⁵. Si tratta della teoria del c.d. bene costituzionalmente orientato, fondata sull'esigenza della preesistenza (ossia,

⁶⁶⁸ Per tutti, F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., pp. 15 ss.

⁶⁶⁹ Riteniamo che un pilastro importante, difficilmente revocabile, sia stato posto da F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., pp. 14 ss.; tuttavia non sono assenti recenti tendenze a prendere le distanze dalla teoria di stampo liberale di bricoliana impostazione, cfr. M. ROMANO, *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in AA.VV., *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law*, a cura di A. CADOPPI, Milano, 2010, 143.

⁶⁷⁰ Per questa impostazione, v. PULITANO, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 498.

⁶⁷¹ Per un approfondimento, v. FIANDACA, *Il "bene giuridico" come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 55.

⁶⁷² In argomento v. F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., pp. 114 ss.

⁶⁷³ Il problema del possibile scarto tra esigenze di tutela ed assetto normativo vigente è risolto da S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 176, attraverso la configurazione di un catalogo costituzionale dei beni, in realtà, aperto, che sia capace di adattarsi alla concrete contingenze della tutela penale, attraverso la clausola generale dell'art. 2 Cost., rendendo possibile l'adeguamento del diritto penale del *fatto* all'evoluzione dei rapporti sociali.

⁶⁷⁴ F. BRICOLA, *op. loc. cit.*, p. 16.

⁶⁷⁵ A. FIORELLA, *Reato*, cit., p. 773.

l'esplicito o implicito riconoscimento in Costituzione) dell'interesse⁶⁷⁶ e non della mera vincolatività dello stesso (ossia, che l'interesse sia desumibile dall'attuale realtà socio-culturale e costituzionalmente non sia incompatibile)⁶⁷⁷. Pertanto, l'accoglimento di una qualsivoglia prospettazione teorica, che elimini o ridimensioni il limite della rilevanza costituzionale del bene, inciderebbe notevolmente sulla funzione critica del bene giuridico, ridotto all'esigenza che "il diritto tuteli interessi dei consociati"⁶⁷⁸, generici e indeterminati.

Sul piano assiologico, quindi, si ricava la direttiva che l'individuazione e la selezione degli interessi meritevoli di tutela penale siano orientati ad un forte "personalismo"⁶⁷⁹, discendente dalle esigenze di un bilanciamento proporzionato tra sanzione e libertà, che impone che anche il reato, così come la pena, abbiano alla base una vicenda personale. In definitiva, occorre che il contenuto offensivo del reato sia modellato su una relazione interpersonale di rilevanza costituzionale: e ciò avviene quando la persona del reato possa facilmente accorgersi dell'offensività della sua condotta, in quanto rivolta ad un'altra persona, nella quale "possa riconoscere se stesso"⁶⁸⁰.

Viceversa, un'alternativa metodologica alla teoria del bene giuridico fin qui proposta è rintracciabile in quegli indirizzi che delineano un profilo concettuale del bene giuridico assai meno strutturato sul piano dommatico: come ad esempio avviene quando si parla di "unità funzionali", oppure di "strutture ideali" o simili concetti. Ad una "concezione empirico-effettuale" del bene, come valore concreto pre-dato alla norma, può infatti opporsi una "concezione metodologica"⁶⁸¹, alla quale conseguirebbe innanzitutto la tendenziale intromissione nel campo della

⁶⁷⁶ Nella manualistica tale impostazione è sostenuta dalla pressoché totalità della dottrina: s. veda per tutti C. FIORE -S. FIORE, *Diritto penale. cit.*, pp. 4 ss.; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale, cit.*, pp. 11 ss.

⁶⁷⁷ A. CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata, cit.*, p. 147, per il quale "prospettare un catalogo aperto di beni penalmente tutelabili, fino al limite della non incompatibilità, equivale ad una tacita rinuncia ad un ruolo critico del concetto penalistico di bene giuridico"; questo perché "non solo nessuna norma penale, ma in assoluta nessuna norma può tutelare un interesse incompatibile con la Costituzione!". Per questa impostazione, v. anche F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico, cit.*, pp. 200-201.

⁶⁷⁸ Criticamente sul punto A. CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata, cit.*, p. 143.

⁶⁷⁹ F. PALAZZO, *op. loc. cit.*, p. 463.

⁶⁸⁰ L'espressione è di F. PALAZZO, *op. loc. cit.*, p. 463.

⁶⁸¹ HONIG, *Die Einwilligung des Verletzten*, Mannheim, 1919, 94. Il riferimento bibliografico è contenuto in A. FIORELLA, *Reato, cit.*, nota 86.

tutela penale delle c.d. “funzioni”, intese quali sistemi pubblici di controllo, nonché dei c.d. “interessi strumentali”⁶⁸². Tale seconda accezione del bene giuridico ne impoverisce decisamente il significato dal punto di vista empirico, ovverosia sul piano dell’ancoraggio dell’interesse alla realtà sociale, derivandone il rischio “di aprire una breccia al passaggio da una visione del reato come offesa al bene giuridico a quella del reato come offesa al dovere; e che fa quindi slittare l’obiettivo dal fatto alla persona che lo realizza”⁶⁸³. Sotto questo profilo, il soggetto autore del reato appare più come un “disobbediente”, ossia come colui che trasgredisce ad un imperativo pubblico e morale, proveniente dai dettati dell’autorità, tappa logica terminale del c.d. diritto penale dell’autore. In più, una pubblicizzazione artificiosa del bene giuridico ne dissangua la funzione dommatica, arrivando a punire condotte assolutamente deficitarie sul profilo della materialità.

Tuttavia, l’adesione ad una concezione personale del bene giuridico non può comportare, come sottolineato da autorevole dottrina, una rinuncia alla tutela di beni superindividuali, ma solo nella misura in cui in essi sia riconoscibile la sintesi di una molteplicità di beni personali⁶⁸⁴. Ciò che bisogna evitare, infatti, è la funzionalizzazione degli interessi individuali alle esigenze di funzionamento del ‘sistema’ e non la tutela di interessi, seppur mediati, dell’individuo (*Universalrechtsgüter*)⁶⁸⁵.

Ora, le diverse ricostruzioni teoriche intorno alla nozione di bene giuridico trovano nel dissenso politico un terreno privilegiato di confronto, non potendosi revocare in dubbio che interessi quali “personalità dello Stato” o “ordine pubblico” siano in realtà delle macro-funzioni⁶⁸⁶, ovverosia sbocchi categoriali di

⁶⁸² A. FIORELLA, *Reato, cit.*, p. 791.

⁶⁸³ Così testualmente ancora A. FIORELLA, *op. loc. cit.*, p. 791.

⁶⁸⁴ In argomento, si veda ancora una volta A. CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell’offensività, cit.*, p. 153, il quale cita in nota 82 l’indicazione di HASSEMER, *Grundlinien einer personalen Rechts-gutslehre*, in *Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag*, Heidelberg, 1989, pp. 90-91.

⁶⁸⁵ In materia, v. anche GRASSO, *L’anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 716, il quale sostiene che l’incolumità pubblica non sarebbe un vero e proprio bene ma “un’astrazione concettuale direttamente comprensiva delle singole vite di soggetti concreti”; cfr. sul punto A. CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell’offensività, cit.*, p. 152, nota 82.

⁶⁸⁶ Sul concetto di “macrofunzione” per tutti v. S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali, cit.*, 343. V. anche A. CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell’offensività, cit.*, p. 153, a proposito di beni come l’esercizio delle funzioni

una sintesi politica, che vede(va) nell'idea dello Stato-persona e nell'ordine ideale le espressioni più compiute di una concezione propria del totalitarismo politico⁶⁸⁷, in base alla quale sono i consociati a servire alle istituzioni e non viceversa. Ebbene, a parte l'*escamotage* di qualificare come “beni” entità meglio riconducibili nella nozione di *rationes* di tutela⁶⁸⁸, vera e propria *fictio* specialistica, è chiaro che la tutela di siffatti interessi mal si presta ad esprimersi per mezzo di una relazione intersoggettiva; viceversa, essa funziona da moltiplicatore dell'area del penalmente rilevante, con il conseguente svilimento dei canoni di proporzionalità, sussidiarietà, frammentarietà e tipicità. Piuttosto, un tale concetto elastico e indeterminato di bene giuridico “condensa” intorno a sé contenuti eterogenei, che si prestano a realizzare interessi pan-pubblicistici appartenenti allo Stato (interessi, che in base alla c.d. concezione realistica non appartengono alla teoria del reato), quali il controllo sociale, la determinazione dei gusti politici dell'opinione pubblica, la dettatura di veri e propri imperativi categorici appartenenti all'impianto ideologico dei detentori del potere. Si tratta di una vera e propria eterogenesi dei fini, cui corrisponde uno scopo che possiamo definire politico in senso proprio, in quanto rivolto alla sfera pubblica. Abbiamo già analizzato i fondamenti politico-criminali che caratterizzarono nel 1930 l'opera autoritaria della punizione delle opinioni dissenzienti. Ma a riprova della validità dell'equazione secondo la quale alla tutela di interessi macro-funzionali corrisponde, il più delle volte, un'eterogenesi dei fini (spesso difficilmente decifrabile), come quella che ha caratterizzato il bene giuridico letto dai ‘metodologisti’, possiamo ricordare che perfino un settore puramente privatistico, come quello dell'autonomia contrattuale, non è stato risparmiato dal fenomeno. Il legislatore del 1942 sosteneva, infatti, che la libertà di dar vita a schemi contrattuali atipici (art. 1322 co. 2 c.c.) andasse riconosciuta ai privati sol quando l'interesse concretamente perseguito risultasse anche socialmente utile. Una tale, quasi angosciosa, onnipresenza dello Stato ha costituito peraltro un “facile veicolo

di vigilanza della Banca d'Italia o della Consob, la fiducia dei consociati nella genuinità o veridicità di carte di credito e di documenti, il corretto funzionamento dei mercati finanziari.

⁶⁸⁷ In argomento, si rinvia alla bibliografia contenuta nel primo capitolo.

⁶⁸⁸ In ordine alla differenza tra bene giuridico e *ratio* di tutela rinviamo al già citato S. MOCCIA, *Ordine pubblico, cit.*, pp. 3 ss.; *contra*, nel senso che in linea di principio il bene giuridico può identificarsi anche con una *funzione*, v. C. FIORE, *Il principio di offensività*, in *Ind. pen.*, 1994, p. 285.

per introdurre surrettiziamente fini eteronomi di cui il concetto di utilità sociale si è fatto portatore”. “Non a caso la Relazione al Re individuava tra i criteri di giudizio della meritevolezza oltre a quelli propri della liceità [...] anche la coscienza civile e politica nonché i principi ispiratori dell’economia nazionale, cioè a dire del corporativismo, con una precisa e dichiarata intromissione delle finalità proprie del regime fascista nella sfera dell’autonomia contrattuale”⁶⁸⁹.

I presupposti ideologici di tale dottrina (che come abbiamo visto vanno di là dal diritto pubblico) si riallacciano all’ideologia totalitaria che voleva sostituire all’individuo (individuo= libertà personale nel diritto penale; individuo= consenso nel diritto privato) la comunità, dominata dal *Führer-prinzip* (= principio del primato del duce), cosicché l’interesse di questa è considerato del tutto assorbente rispetto a quello degli individui, giustificando la risposta dell’autorità (esercizio del potere punitivo nel diritto pubblico; nascita di vincoli all’autonomia negoziale in quello privato) a carico di chi non manifesta alcuna adesione al riguardo⁶⁹⁰.

Il pericolo insito nella possibile strumentalizzazione del criterio delle “macrofunzioni” al fine di legittimare qualsiasi situazione politica va, dunque, risolto alla luce dell’ingresso del nostro ordinamento giuridico di una Costituzione rigida.

3.1 Ordine pubblico e Costituzione

In primo luogo, la funzione attuale dell’ordine pubblico non può essere più esclusivamente di carattere latamente politico, ma è quella di impedire che i privati possano darsi un assetto di interessi non conforme alle direttive e ai principi che la Costituzione persegue e difende. Viceversa, il concetto codicistico di ordine pubblico ha una natura prevalentemente normativa, molto vicina ad implicazioni prevalentemente di tipo sociologico⁶⁹¹, che si spiega solo alla luce del quadro ideologico del fascismo, per il quale l’ordine funzionava da privilegiata fonte di legittimazione di una serie di interventi del potere pubblico nei confronti dei cittadini.

⁶⁸⁹ Ci riferiamo testualmente al, peraltro, già citato F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato, cit.*, p. 815.

⁶⁹⁰ A conferma dell’assunto, si cita quasi testualmente F. GAZZONI, *op. loc. cit.*, p. 861.

⁶⁹¹ In questi termini si esprime L. VIOLANTE, (voce) *Istigazione a disobbedire alle leggi, cit.*, p. 1007.

L'omesso riconoscimento costituzionale dell'ordine pubblico è la spia inconfutabile di una modifica profonda dei presupposti ideologici del nuovo Stato democratico, nel quale limitazioni ai *Grundrechte* non possono più essere giustificate dalla realizzazione di fini eteronomi di natura politica, né la libertà personale può porsi in un nesso funzionalistico con i principi ideologici dell'autorità, semplicemente perché il primo obiettivo politico liberale della legge è la tutela dei diritti fondamentali. Non si può allora con la sanzione penale sacrificare un bene come la libertà personale a fronte di momenti di tutela scarsi e indeterminati, figli di quel "*Rumpelkammer von Begriffen*"⁶⁹² di bindinghiana memoria. Va, però, precisato che pure nel nuovo contesto costituzionale la nozione di ordine pubblico può sopravvivere - s'intende! - non sotto forma di bene giuridico, bensì quale concetto composito, a funzione meramente descrittiva, comprensivo dei motivi di "sanità", "incolumità", "sicurezza" e "buon costume" previsti in Costituzione (artt. 14 co. 3, 16 co.1, 17 co. 3, 21 u. co. Cost.), peraltro già utilizzati dalla dottrina per ricostruire il termine secondo modalità più ossequiose del dettato costituzionale⁶⁹³. In tale prospettiva appare evidente che il problema positivo è di stabilire quali siano, alla luce del sistema costituzionale, gli interessi che le norme in esame possono tutelare nell'ambito della rispettiva formulazione normativa, seppur in un intervento che, se penale, risulterà frammentario e rispondente al criterio di *extrema ratio*.

La nozione di ordine pubblico in una società democratica, caratterizzata da compositi pluralismi interni, deve consentire ai singoli e a tutte le formazioni sociali di esplicare liberamente la propria attività per il perseguimento dei propri fini. Viceversa esso *ab origine* esprimeva unicamente un'esigenza politica e conservatrice, manifestazione della "volontà della classe dirigente di assicurare la stabilità del regime contro ogni attività condotta sul piano giuridico e diretta a porre in discussione le fondamenta su cui la società da essa espressa si

⁶⁹² Secondo la nota definizione di BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, cit. che sta a significare "ripostiglio di concetti", come tradotta da S. MOCCIA, *Prefazione*, in AA.VV., *Delitti contro l'ordine pubblico*, cit., p. XVII.

⁶⁹³ Ci riferiamo alla c.d. concezione materiale dell'ordine pubblico, ricostruita in tal senso da S. MOCCIA, *Ordine pubblico*, cit.; G. RICCIO, *Ordine pubblico*, cit., p. 715 ss.; C. FIORE, *Ordine pubblico*, cit. Per una critica all'ordine pubblico anche in una versione materiale v. A. CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit.

reggeva”⁶⁹⁴, funzionando quindi da limite generale ai *Grundrechte*. Ora, invece, esso è piuttosto un criterio di *ultima ratio*, che giustifica un intervento penale solo eccezionalmente e sol quando questo trova il suo fondamento in Costituzione.

A fini esemplificativi, è sufficiente considerare che la società attuale è caratterizzata da vivaci dinamismi interni e da un’ininterrotta dialettica tra diverse classi sociali, tra partiti e tra gruppi sociali⁶⁹⁵, cosicché l’ordine pubblico giammai potrebbe, nel nuovo assetto costituzionale, giustificare incriminazioni come quella di cui all’art. 415 c.p., il cui fondamento politico-criminale è stato rinvenuto dalla dottrina nella protezione di uno dei principi più cari al fascismo, ossia la collaborazione tra classi sociali. Il fine eteronomo della difesa dello Stato fu così caro ai compilatori del ’30 che essi giunsero perfino a ‘personificare’ la religione cattolica, incriminandone il generico vilipendio nell’art. 402 c.p., proprio perché si vedeva in essa uno strumento di pacificazione sociale e di contenitore delle tensioni di classe. Nessuno può negare che, in questi casi, l’intento reale del codice Rocco fosse quello di evitare che circolassero idee di stampo marxista che propugnassero all’opposto la “suddivisione in classi”⁶⁹⁶. Oggi, per converso, il diritto penale non potrebbe servire all’imposizione di simili proiezioni ideologiche, anche perché esse non esistono in Costituzione e, pertanto, mai potrebbero legittimare un sacrificio della libertà personale, che all’opposto apparirebbe ingiustificato e arbitrario, quindi incostituzionale.

Pertanto, proprio il pesante rischio dell’emarginazione, agevolato dall’elasticità del concetto di odio, e l’inopportunità di punire l’idea stessa di divisione in classi della società, deve far propendere per una decisa incostituzionalità della seconda parte dell’art. 415 c.p.. Neppure la versione, per così dire, ‘materiale’ fornita dalla Corte costituzionale con sentenza n. 208/1974⁶⁹⁷, che ha inserito il requisito del “pericolo per la tranquillità pubblica”, di fatto decretando la sopravvivenza della norma secondo il modello normativo del codice Zanardelli, può considerarsi soddisfacente sul piano di una moderna teoria del bene giuridico. Quello di “tranquillità”, infatti, è un concetto parimenti elastico e indeterminato, che

⁶⁹⁴ Testualmente ancora F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato, cit.*, p. 799.

⁶⁹⁵ L. VIOLANTE, (voce) *Istigazione a disobbedire alle leggi, cit.*, p. 1007.

⁶⁹⁶ In argomento rimandiamo alla bibliografia analizzata nel primo capitolo.

⁶⁹⁷ Abbiamo, infatti, già concluso nel senso dell’*indeterminatezza* del bene giuridico, quand’anche si configurasse l’ordine pubblico sotto forma di “pubblica tranquillità”.

potrebbe portare a risultati interpretativi diversi, muovendo da apprezzamenti politici diversi⁶⁹⁸; esso non è in grado di ‘vincolare’ la magistratura perché sul piano epistemologico è un concetto vuoto⁶⁹⁹. Ne esistono, infatti, diverse versioni, sia in senso meramente soggettivo e psicologico, sia in senso oggettivo e per così dire materiale; ma nessuna di esse sembra essere risolutiva. Si potrebbe sostenere che la “tranquillità pubblica” coincida con un non meglio precisato sentimento del pubblico: quello della sicurezza propria, nelle persone, nelle cose, nelle attività⁷⁰⁰; oppure ritenersi, con maggiore affidabilità, che esso vada ricollegato ad una situazione di comportamenti esterni dei consociati, dei quali l’istigazione dovrà determinare il pericolo⁷⁰¹.

Per la verità, chi ha ritenuto affidabile la nuova definizione della nozione secondo il modello liberale non ha tenuto in grande conto che fu proprio il codice Zanardelli ad introdurre per la prima volta un titolo dedicato ai delitti “contro l’ordine pubblico”. Tale assunto dimostra come l’oggetto della tutela si fosse ‘rarefatto’ già allora e la “lesione della tranquillità potesse ravvisarsi ormai non più nel sentimento di un comune pericolo, ma nel pericolo insito generalmente nell’offesa arrecata alla legge”⁷⁰². Di fatti, storicamente l’affrancazione della “pubblica tranquillità” quale “pericolo di futuri reati” si deve ai codici preunitari, che sotto l’influenza del codice napoleonico, legarono definitivamente la nozione ad una funzione preventiva ampiamente comunicante con il diritto di polizia⁷⁰³.

⁶⁹⁸ Cfr. BOGNETTI, *Il pericolo nell’istigazione all’odio di classe e nei reati contro l’ordine pubblico*, cit., p. 1435, nota 3, riferisce che, premessa la vaghezza della nozione di “pubblica tranquillità”, “la norma dell’art. 415 c.p. potrebbe forse venire anche usata, per esempio, per colpire eventuali ipotetiche campagne d’odio provenienti da residenti in zone di maggior benessere nei confronti di lavoratori immigrati da zone sottosviluppate del paese”.

⁶⁹⁹ Per un’analisi delle prassi giurisprudenziali dell’art. 415, v. Cass. Pen., sez. I, sent. n. 26843, 10 giugno 2010, in *Arch. giur. circol. e sinistri*, 2010, 12, 1007, secondo cui “integra il reato di istigazione a disobbedire alle leggi la ripetuta diffusione, mediante emittenti radiofoniche, di messaggi intesi a suggerire agli ascoltatori condotte contrarie a norme del codice stradale e gravemente pericolose per la pubblica incolumità (nella specie, a non indossare le cinture di sicurezza, a guidare ubriachi e a non rispettare i limiti di velocità), dovendosi identificare le leggi di ordine pubblico indicate nell’art. 415 c.p. particolarmente in quelle di natura cogente e inderogabile, intese alla tutela della sicurezza pubblica”.

⁷⁰⁰ Questa fu l’interpretazione invalsa sotto la vigenza del codice Zanardelli: cfr. V. VESCOVI, *Istigazione a delinquere*, in *Dig. it.*, 1904, XIII, p. 2°, 675, 727-729. Lo riferisce BOGNETTI, *Il pericolo nell’istigazione all’odio di classe e nei reati contro l’ordine pubblico*, cit., p. 1438, nota 9.

⁷⁰¹ Per quest’impostazione, v. BOGNETTI, *op. loc. cit.*, p. 1438.

⁷⁰² A. CAVALIERE, *Associazione per delinquere*, cit., p. 230.

⁷⁰³ Lo riferisce A. CAVALIERE, *op. loc. cit.*, p. 229 e 230, che cita C. FIORE, *Ordine pubblico*, cit., pp. 1087-1088.

Sul piano storico questa vocazione repressiva del concetto non fu più messa in discussione, bensì esasperata dai futuri compilatori. “Il preteso obiettivo di una tutela dell’ordine materiale fondava, così, una protezione anticipata degli ordinamenti economici, politici e sociali dello Stato”⁷⁰⁴, ponendosi negli stessi termini di vaghezza dell’ordine pubblico ideale⁷⁰⁵. Se fosse stato altrimenti, ovverosia se la nozione fosse stata tipica, i problemi dell’indeterminatezza delle fattispecie incriminatrici, da un lato, e, dall’altro, quello di un’esasperata anticipazione della tutela, cui corrisponde la natura ‘formale’, o presunta del pericolo, avrebbero posto con maggiore incisività l’esigenza di una modifica radicale delle strategie di politica criminale. Già la dottrina degli anni’70, infatti, ravvisò la necessità di correggere la genericità delle formule che si richiamano *tout court* alla pace e alla tranquillità pubblica, per meglio ancorarle a situazioni di fatto più precise e circostanziate.

A ben guardare, la serie di incriminazioni contenute negli artt. 414 e 415 c.p. evidenzia il fisiologico deteriorarsi del significato materiale dell’ordine pubblico nel trapasso dalla conservazione della pacifica convivenza ad una “dimensione di garanzia dell’integrità del sistema normativo e dei suoi presupposti ideologici”⁷⁰⁶. E’ sufficiente, a fini dimostrativi, analizzare le prassi applicative in materia di istigazione e ordine pubblico. Recentemente, la Corte di Cassazione,⁷⁰⁷ chiamata a decidere "se integra il reato di istigazione all’uso di sostanze stupefacenti la pubblicizzazione e la messa in vendita di semi di piante idonee a produrre dette sostanze", ha affermato che "l’offerta in vendita di semi di piante dalle quali è ricavabile una sostanza drogante, correlata da precise indicazioni botaniche sulla coltivazione delle stesse, non integra il reato dell’art. 82 T.U. stup., salva la possibilità di sussistenza dei presupposti per configurare il delitto previsto dall’art. 414 cod. pen. con riferimento alla condotta di istigazione alla coltivazione di sostanze stupefacenti". Come si nota e a riprova della rilevanza pressoché illimitata dell’ordine pubblico fondata su un’esigenza di garanzia dell’integrità del

⁷⁰⁴ Ancora testualmente A. CAVALIERE, *op. loc. cit.*, p. 230.

⁷⁰⁵ Cfr. G. DE VERO, *Istigazione, libertà di espressione e tutela dell’ordine pubblico, cit.*, p. 10, il quale ritiene che formule generiche quali “buon assetto e regolare andamento del vivere civile”, “normalità” e “regolarità” finiscono in realtà per riecheggiare il vecchio concetto di ordine pubblico ideale.

⁷⁰⁶ DE VERO, *op. loc. cit.*, p. 12.

⁷⁰⁷ V. Cass. SS. UU. n. 47604 del 18 ottobre 2012.

sistema normativo, la condotta, tipologicamente estranea all'ambito di rilevanza del T.U. in materia di stupefacenti, è stata ricondotta nell'art. 414 c.p., nonostante il *deficit* di tipicità contenuto nell'art. 82 T.U. stup., che, come detto, non incrimina l'istigazione alla coltivazione.

Fattispecie come quelle degli artt. 414 e 415 c.p. funzionano, pertanto, come clausole generali e atipiche di incriminazione: e così apprendiamo dalla giurisprudenza che integra il reato di istigazione a disobbedire alle leggi di ordine pubblico la condotta di chi diffonde pubblicamente il messaggio di "non mettere la cintura"⁷⁰⁸; commette reato di istigazione a delinquere chi espone uno striscione con la scritta "basta infami solo lame"⁷⁰⁹, il consigliere comunale che invita i manifestanti all'occupazione di una tendopoli⁷¹⁰ o chi, nel corso di un'attività identificativa delle forze di polizia, incita pubblicamente a non ottemperare alla richiesta di fornire le generalità⁷¹¹; sussiste il reato di pubblica apologia nella condotta di chi esalta in televisione l'omicidio di uno spacciatore di droga⁷¹².

⁷⁰⁸ V. la già citata Cass. Pen., sez. I, sent. n. 26843, 10 giugno 2010, in *Arch. giur. circol. e sinistri*, 2010, 12, 1007.

⁷⁰⁹ V. Cass. Pen., sez. I, sent. n. 25833, 23 aprile 2012, in *CED Cass. Pen.*, 2012.

⁷¹⁰ V. Cass. Pen., sez. I, sent. n. 40684, 16 ottobre 2008, in *Cass. Pen.*, 2009, 9, 3460, di cui riportiamo la seguente massima: "Il dolo richiesto per la configurabilità del reato di istigazione a delinquere è generico e consiste nella cosciente volontà di commettere il fatto in sé, con l'intenzione di istigare alla commissione concreta di uno o più delitti, essendo del tutto irrilevanti il fine particolare perseguito ed i motivi dell'agire". In applicazione di tale principio, la Corte ha annullato con rinvio la sentenza di non luogo a procedere emessa nei confronti di un consigliere comunale che - parlando a una folla di oltre cento persone che aveva invaso l'aula municipale - aveva invitato i manifestanti ad occupare la tendopoli realizzata dal Comune per ospitare un campo nomadi e a spostare la protesta in quel luogo.

⁷¹¹ V. Cass. Pen., sez. VI, sent. n. 16041, 5 marzo 2001, in *Riv. pen.*, 2001, 637, secondo cui è atta ad integrare la fattispecie di cui all'art. 414 c.p. (istigazione a delinquere) sotto il profilo in particolare, dell'idoneità dell'azione a suscitare consensi, la condotta di chi, nel corso di una attività identificativa condotta dalle forze di polizia nei confronti di un gruppo di persone rispetto alle quali egli rivesta un ruolo di "riferimento", inciti pubblicamente i componenti del gruppo anzidetto a non ottemperare alla richiesta di fornire le generalità ed a commettere, quindi, in tal modo il reato di cui all'art. 651 c.p.

⁷¹² V. Cass. Pen., sez. I, sent. n. 26907, 5 giugno 2001, in *Cass. Pen.*, 2002, 2766, e in *Riv. pen.*, 2001, 820, dove nella specie, la S.C. ha ritenuto che configurasse il reato "de quo" la condotta di un sindaco che, relativamente ad un omicidio compiuto ai danni di un tunisino, aveva affermato al telegiornale di una emittente televisiva nazionale che "nella medesima situazione anche lui avrebbe fatto lo stesso" e che "così il tunisino non poteva più nuocere a nessuno" e, in due quotidiani, che anche lui avrebbe fatto altrettanto, "anzi avrebbe ammazzato lo spacciatore, con le sue mani".

3.2 Personalità dello Stato e Costituzione

L'altra metafora 'macro-funzionale' legittimante un ampio intervento penale in materia di dissenso è la 'personalità dello Stato', impegnata, per la verità molto più dell'ordine pubblico, nell'opera autoritaria di stravolgimento della prospettiva assiologica di matrice illuministica della primazia della tutela degli individui. Anche in tal caso, la 'trascendenza' dell'oggetto della tutela penale produce indeterminatezza delle fattispecie e anticipazione della soglia della punibilità ben oltre il limite stabilito dal tentativo⁷¹³. Non v'è dubbio, in realtà, che la conservazione del valore della *ficatio* della personificazione dello Stato abbia poco significato alla luce del riconoscimento costituzionale di nuovi spazi di autonomia politica. Il nuovo contesto democratico è orientato, infatti, non già al primato esclusivo dell'autorità dello Stato-persona, ma al pluralismo delle autonomie; "si uniforma non alla totalità esclusiva dello Stato persona, ma alla comprensività articolata della comunità politica; si ispira ad un ordinamento basato non già sul principio di subordinazione gerarchica, ma sulla solidarietà politica dei soggetti che lo compongono"⁷¹⁴. La personalità dello Stato, come metafora volta ad esprimere disvalore finanche nei sintomi di disobbedienza ad una volontà politica superiore⁷¹⁵, invece, fa regredire la soglia della punibilità a condotte meramente sintomatiche di un intento soggettivo, giungendo alla punizione di una mera *Gesinnung*.

Non può quindi essere accolta l'idea che strumenti repressivi forgiati per la salvaguardia di un ordinamento autoritario possano sopravvivere in un regime democratico⁷¹⁶. Innanzitutto, perché "personalità dello Stato" significa in primo luogo "riproduzione" del modello dei *crimina laesae majestatis*; e nella misura in

⁷¹³ Per un maggiore approfondimento in materia rinviamo a quanto contenuto nel primo capitolo.

⁷¹⁴ T. PADOVANI, *Bene giuridico e delitti politici. Contributo alla critica ed alla riforma del titolo I, libro II c.p.*, in AA.VV., *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A. STILE, Napoli, 1975, pp. 235 e 236.

⁷¹⁵ In argomento si rimanda alla bibliografia analizzata nel corso del primo capitolo.

⁷¹⁶ A dimostrazione dell'assunto, si citano: Trib. Vicenza, sent. 11 febbraio 1991, in *Giur. mer.*, 1991, 800, secondo cui "risponde del delitto di istigazione di militari a disobbedire alle leggi, di cui all'art. 266 c.p., con l'aggravante di aver commesso il fatto pubblicamente, chi, nel corso di pubbliche manifestazioni pacifiste tenute in occasione della "crisi" e della "guerra del Golfo", incita i "chiamati al fronte" a disertare (nella fattispecie, i fatti furono commessi alla vigilia della scadenza dell'ultimatum imposto all'Iraq dal consiglio di sicurezza dell'O.N.U., quanto il giorno successivo alla sua scadenza, in occasione dell'inizio del conflitto e della decisione, da parte dello Stato italiano, di inviare nelle zone interessate propri contingenti).

cui le fattispecie incriminatrici del titolo I del libro II c.p. mirano a proteggere la stabilità dell'assetto politico costituito, esse in modo pedissequo ripetono la funzione storicamente svolta dai reati politici che si riferiscono a rapporti 'politici' temporalmente determinati⁷¹⁷. In secondo luogo, la perpetuazione di un apparato normativo autoritario finisce col determinare una situazione di contraddizione permanente nel nuovo ordinamento, e con l'assicurare, per questa via, un'occulta sopravvivenza del regime che ha forgiato tale apparato, introducendo un forte fattore di non credibilità di tutto il sistema⁷¹⁸.

Purtroppo, non si può dire che l'evoluzione della normativa dopo l'avvento dell'ordinamento costituzionale abbia contribuito a delineare un assetto nuovo rispetto ai moduli repressivi del fascismo. Anzi, si è assistito ad una singolare superfetazione delle vocazioni autoritarie già conosciute all'epoca del regime, attraverso la proliferazione di fattispecie associative e di espressione politica.

Sul piano del rapporto tra personalità dello Stato e Costituzione, le fattispecie di vilipendio politico dimostrano francamente che esistono intere classi di reato del tutto sprovviste di una rilevanza costituzionalmente significativa⁷¹⁹. E' il caso ad esempio, del vilipendio della nazione italiana (art. 291 c.p.), non tanto e non solo per l'assoluta indeterminatezza del concetto di "nazione", ma per il dubbio che "Nazione" sia un legittimo oggetto di tutela, visto che la Costituzione si riferisce al concetto soltanto come matrice del "patrimonio storico e artistico" che la Repubblica tutela (art. 9 Cost.), senza tracce di una particolare dignità conferita alla nazione italiana rispetto alle altre. Al contrario, l'esigenza di tutela, che sembra nascere da quelle indicazioni fondamentali, si sposta piuttosto nei confronti delle minoranze dell'art. 3 Cost. (di sesso, di razza, di lingua, di religione e di opinioni politiche). Non sembra, dunque, residuare uno spazio per la tutela penale di presunti valori espressi dalla nazione italiana. Nonostante ciò, la

⁷¹⁷ In materia v. anche L. GALTERIO, (voce) *Personalità dello Stato*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIII, Roma, 1990, 3.

⁷¹⁸ Più approfonditamente, v. T. PADOVANI, (voce) *Stato (reati contro)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 821.

⁷¹⁹ Nello stesso senso, v. T. PADOVANI, *Bene giuridico e delitti politici*, cit., pp. 274 e 275.

fattispecie è applicata dalla giurisprudenza a chi apostrofa in malo modo la nazione italiana⁷²⁰.

Per ciò che riguarda i vilipendi di svariate istituzioni od organi costituzionali, o costituzionalmente rilevanti (quali le Forze Armate) - la cui legittimità è stata più volte confermata dalla Corte costituzionale, secondo cui tra i beni costituzionalmente rilevanti possono essere annoverati il prestigio del Governo, dell'Ordine giudiziario, delle Forze Armate e del Presidente della Repubblica proprio in virtù dell'essenzialità dei compiti loro affidati⁷²¹-, è ovvio che se fosse tutelato in questo caso il mero dissenso vilipendioso ci si troverebbe di fronte ad un sistema la cui vocazione autoritaria sarebbe difficilmente revocabile in dubbio anche dalle tesi più conservatrici⁷²². Questa è la motivazione per la quale la giurisprudenza, sia costituzionale, che di legittimità, tenta la via di una maggiore concretizzazione del bene, o attraverso la teoria della distinzione tra critica e vilipendio⁷²³, o tramite il riconoscimento nelle norme della finalità di assicurare non solo il prestigio dell'istituzione in senso astratto, bensì in concreto la serenità dello svolgimento delle funzioni ad essa connesse. A ben vedere, neppure questa impostazione ci convince⁷²⁴. Resta, infatti, da verificare in che modo

⁷²⁰ V. Cass. Pen., sez. I, sent. n. 28730, in *Diritto&Giustizia* 2013, 4 luglio, con nota di IEVOLELLA, di cui si riporta significativamente la massima: "L'elemento oggettivo del delitto previsto dall'art. 291 c.p. non richiede che la manifestazione di vilipendio sia specifica e che essa sia indirizzata a determinate persone, alle quali cagioni un certo turbamento psichico; per integrare il reato "de quo" è sufficiente una manifestazione generica di vilipendio alla nazione - da intendersi come comunità avente la stessa origine territoriale, storia, lingua e cultura - effettuata pubblicamente. Il reato in esame, infatti, non consiste in atti di ostilità o di violenza o in manifestazioni di odio: basta l'offesa alla nazione, cioè un'espressione d'ingiuria o di disprezzo che leda il prestigio o l'onore della collettività nazionale, a prescindere dai veri sentimenti nutriti dall'autore, mentre l'elemento psicologico consiste nel dolo generico, ossia nella coscienza e volontà di ledere il prestigio e l'onore della nazione italiana (confermata, nella specie, la condanna nei confronti dell'imputato che, ad un controllo effettuato da una pattuglia dei carabinieri, aveva apostrofato in malo modo la nazione italiana)".

⁷²¹ La teoria della strumentalizzazione del 'prestigio' alla dimensione funzionale dell'istituzione vilipesa o offesa è stata di recente riproposta con forza in giurisprudenza: Cass., sez. I, 4 febbraio 2004, n. 12625, in *Riv. pen.*, 2004, 622, secondo cui "è riconoscibile nella norma di cui all'art. 278 c.p. la finalità di assicurare non solo il prestigio dell'istituzione in senso astratto ma la serenità dello svolgimento delle funzioni ad essa connesse"; Da ultimo, Cass., sez. I, 28 settembre 2010, n. 45075, che conferma l'assunto precedente seppur in via incidentale.

⁷²² Per un ulteriore approfondimento sulle applicazioni giurisprudenziali in materia di vilipendio, v. Cass. Pen., sez. I, sent., n. 23690, 4 maggio 2011, in *CED Cass. Pen.*, 2011, che ha ritenuto sussistere la fattispecie di vilipendio alla bandiera ex art. 292 c.p., così mod. dalla l. 85 del 2006, nel disegno raffigurante una scopa di saggina che spazza via la bandiera italiana, "rappresentandola pertanto come qualcosa da eliminare, siccome sporcia e sudiciame".

⁷²³ In argomento, rimandiamo alla bibliografia analizzata nel corso del primo capitolo.

⁷²⁴ Per i risultati applicativi di tale impostazione giurisprudenziale v. Corte di appello di Perugia,

un'espressione ingiuriosa rivolta al Governo, all'Ordine giudiziario, alle Forze Armate o al Presidente della Repubblica ne possa turbare realmente le funzioni o inficiarne il regolare e sereno funzionamento. Riteniamo, con tutto il rispetto, che tale teoria sfiori il ridicolo e non faccia altro che sviluppare il paradosso. Bisogna avere una ben strana idea del prestigio delle istituzioni, per ritenere che mere espressioni, seppur ingiuriose, possano concretizzare il rischio di un blocco delle istituzioni repubblicane!

3.3. La verifica dell'offensività

L'asservimento del diritto penale all'esigenza istituzionale di difendere interessi macro-funzionali porta con sé il rischio di punire condotte inoffensive. L'offensività presuppone e integra il principio di materialità; ma mentre quest'ultimo assicura contro le incriminazioni di meri atteggiamenti interni (*nullum crimen sine actione*), la prima garantisce contro l'incriminazione di meri fatti materiali non offensivi (*nullum crimen, nulla poena sine iniuria*)⁷²⁵. Per il principio il reato deve sostanziarsi nell'offesa di un bene giuridico, non essendo concepibile un reato senza offesa, funzionando [esso] da ulteriore criterio di delimitazione dell'illecito penale, con conseguente rifiuto di un qualsiasi modello di diritto penale a base soggettivistica, della volontà o della pericolosità⁷²⁶. L'assunto è rafforzato dal fondamento costituzionale⁷²⁷ del principio di

sent. 2 giugno 1981, in *Foro it.*, 1982, II, 525, che ha ritenuto sussistere il reato di vilipendio dell'ordine giudiziario ex art. 290 nel fatto di appartenenti ad un gruppo eversivo che abbiano letto in udienza un documento contenente un messaggio minaccioso e spregiativo articolato su frasi gravemente lesive per la stima ed il rispetto della istituzione giudiziaria ed occasionalmente indirizzato al giudice avanti al quale si celebrava il procedimento.

⁷²⁵ La differenza tra "materialità" e "offensività" è chiara in F. MANTOVANI, *Principi di diritto penale, cit.*, p. 79.

⁷²⁶ V. ancora F. MANTOVANI, *op. loc. cit.*, p. 79: "Espressione di un diritto penale a sfondo soggettivistico sintomatico o meramente preventivo, tipico dei sistemi totalitari, tale principio ha trovato riscontro nel diritto penale del dovere, rifondato dalla dottrina tedesca nazionalsocialista, con tutte le conseguenti implicazioni (punibilità del reato putativo, del tentativo inidoneo, del reato impossibile, soggettivizzazione delle scriminanti, ecc.)".

⁷²⁷ Parte della dottrina ritiene che il principio di offensività possa godere finanche di un fondamento codicistico nell'art. 49 co. 2 c.p., sul quale viene fondata la concezione c.d. realistica del reato, in base alla quale non può esservi reato senza una lesione o una messa in pericolo effettiva del bene protetto. La rilevanza pratica del principio emergerebbe nei casi di pretesa mancata corrispondenza tra "tipicità" e "offesa" del bene protetto. Per quest'impostazione v. C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale, cit.*, pp. 281 ss.; C. FIORE, *Il reato impossibile*, Napoli, 1959. Perplesività vengono però avanzate da chi ritiene che una tale teoria contrasti con la tenuta nel sistema del principio di legalità formale, nella parte in cui sottolinea il rischio di un'estensione eccessiva dei limiti della discrezionalità interpretativa dei giudici. V. in tal senso G. FIANDACA –

offensività⁷²⁸, quale fondamento di politica criminale, esprimendo esso un'opzione della nostra Costituzione a favore di un diritto penale del fatto⁷²⁹.

Nei sistemi penali della “volontà” e dei meri “atteggiamenti interiori”, dove il reato è essenzialmente concepito come violazione di un dovere di fedeltà o di ubbidienza alla forza cogente delle norme, il ruolo funzionale della sanzione penale è garantire la pratica vincolatività della norma a spese di chi l'ha violata⁷³⁰. In tali contesti, il reato non è legato necessariamente alla nozione di “fatto”, ma a quella, molto più ampia, di “violazione del dovere”. Sotto questo profilo, non c'è offensività perché manca il *prius* logico della materialità.

A ben vedere, però, il principio può coesistere, in qualche misura, anche con un diritto penale formalmente legato alla materialità del fatto, in quanto l'attività esteriore dell'agente non implica necessariamente l'offesa ad un bene giuridico, come quando la si releghi nel più remoto stadio degli atti preparatori o dei comportamenti esterni meramente sintomatici⁷³¹. In questi sistemi, pertanto, si pone maggiormente un problema di offensività, data l'astratta possibilità di configurare condotte inoffensive, seppur materiali⁷³². Il “fatto”, dunque, non è quello socialmente pericoloso degli ordinamenti a legalità sostanziale, bensì quello offensivo tipico dei modelli a legalità formale, dove il principio di offensività è compenetrato nel superiore principio di legalità, e l'offesa è un

E. MUSCO, *Diritto penale, cit.*, pp. 484 ss., secondo i quali la norma in esame vale solo a fondare un giudizio di idoneità a base totale in materia di tentativo *ex art. 56 c.p.*

⁷²⁸ Per un'analisi della giurisprudenza della Corte costituzionale e della teoria della c.d. offensività in concreto, v. A. VALENTI, *Principi di materialità e offensività, cit.*, pp. 293 ss.

⁷²⁹ La costituzionalizzazione viene desunta: a) dalle radici storico-politiche dei processi costituenti del secondo dopo guerra, nati come reazione a ‘sperimentali’ modelli di Stato autoritari o totalitari, nati dalle ceneri degli Stati liberali; b) dal generale principio di proporzione tra libertà personale e sanzione penale; c) dagli artt. 3, 13, 25 e 27 Cost., nella parte in cui le disposizioni descrivono lo statuto costituzionale del diritto penale. In proposito, v. per tutti, F. BRICOLA, *Teoria generale del reato, cit., passim.*

⁷³⁰ La tesi è sostenuta anche da parte della dottrina moderna, si veda per tutti, a proposito della c.d. ‘prevenzione generale integratrice’, il già citato JAKOBS, *Strafrecht - Allgemeiner Teil*², Berlin 1991, pp. 6 ss.

⁷³¹ In merito a tale categoria di “condotte”, abbiamo però già tentato di dimostrare che esse quanto meno soffrono di un *minus* di materialità rispetto, per esempio, agli atti meramente preparatori, dove si pone un solo problema di offensività. Riteniamo, invece, che per i reati di opinione sussista un problema di violazione del principio di materialità; cfr. in proposito par. 2 di questo capitolo.

⁷³² Anche noi riteniamo che il principio di materialità abbia certamente rappresentato un dato costituzionale importante ma non sufficiente per l'elaborazione di quell'aspetto del principio di offensività che avrebbe dovuto determinare una nozione di “fatto” che presupponesse non solo la materialità della condotta ma anche la concreta lesione del bene giuridico tutelato. In ordine alla differenza tra il ‘*cogitationis nemo patitur*’ e il ‘*nullum crimen sine iniuria*’, v. A. VALENTI, *Principi di materialità e offensività, cit.*, pp. 298 ss.

elemento costitutivo del reato che il giudice deve accertare in concreto. Se non c'è offensività, dunque, non c'è tipicità⁷³³: anche per evitare che la pena assuma una funzione di mera retribuzione e, al tempo stesso, di repressione della pura disobbedienza. L'assunto è ulteriormente corroborato da argomenti di ordine sistematico, tra i quali si pone in prima linea il principio ispiratore dell'art. 27 co. 1 e 3 Cost., che oltre a sancire il dato oramai immanente del finalismo rieducativo, si configura come la *Magna Charta* precettiva dei principi della 'tolleranza ideologica', di 'tutela delle minoranze' e di 'protezione della persona', in particolare per quanto attiene ai reati di espressione o a sfondo marcatamente ideologico; sicuramente antitetici al modello formale-oggettivo e più vicino a quello della infedeltà e della mera disobbedienza, precipitato dell'aver trascurato del tutto il momento della lesione del bene⁷³⁴. Al cittadino è così data la duplice garanzia di non essere punito né per la mera disobbedienza, né per la sola pericolosità sociale della condotta.

Dal raffronto dei due modelli, uno a base oggettivistica, e l'altro a base soggettivistica legato al principio del reato come mera violazione del dovere, si ricava che in sistemi orientati alla prima impostazione, condotte come quelle dell'istigazione, apologia o vilipendio non possono risultare mai offensive di beni giuridici, a loro volta concreti e determinati; sia che le si intenda come vere e proprie 'opinioni' e, quindi assolutamente carenti in punto di materialità, sia che le si intenda come "comportamenti esterni meramente sintomatici" di uno stato soggettivo: nel primo caso il reato è senza offesa sol che si ritenga che in esso sia descritta non una condotta ma una "volontà", risultando assente la materialità quale *prius* logico dell'offensività; nel secondo caso non c'è tipicità per l'eccessivo rigurgito soggettivistico della fattispecie, volto a spostare il baricentro del diritto penale dal "disvalore dell'evento" al "disvalore dell'azione", con il

⁷³³ Tale tesi, che riteniamo di condividere, si basa sulla concezione c.d. *realistica* del reato. V. i già citati C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale, cit.*, pp. 281 ss.; C. FIORE, *Il reato impossibile*, Napoli, 1959; nello stesso senso v. anche S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore, cit.*, pp. 173 ss.

⁷³⁴ V. C. FIORE, *Il principio di offensività, cit.*, p. 278; ID., *I reati di opinione, cit.*, p. 80 e *passim*; nello stesso senso, BRICOLA, *Teoria generale del reato, cit.*, p. 83; più recentemente S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore, cit.*, p. 174, secondo il quale è "proprio la prospettiva dell'integrazione sociale ad esigere che, sotto il profilo contenutistico, la legge penale si preoccupi di punire solo quei comportamenti che realmente turbano le condizioni di una pacifica coesistenza in libertà e vengano generalmente avvertiti come tali: risultino, cioè, contrassegnati da dannosità sociale, che si esprime nell'offesa di beni giuridici particolarmente significativi".

risultato di arretrare troppo e ingiustificatamente la soglia della punibilità. Sullo stesso piano, maggiormente decisivo è il richiamo *ex art. 25 co. 2 Cost.* al “fatto commesso”, ovvero sia al principio *cogitationis poenam nemo patitur*, che risulterebbe violato non solo dall’incriminazione del semplice atteggiamento interiore, ma anche dall’incriminazione di un fatto che sia assunto come dato meramente diagnostico dello stesso atteggiamento⁷³⁵.

A nostro avviso, in un contesto orientato ad un teleologismo di matrice costituzionale, basterebbe la ‘materialità’ ad escludere i reati di opinione dal novero dei fatti penalmente incriminabili. Tuttavia, non si può rinunciare al principio di offensività per un duplice rilievo. Innanzitutto, esso rappresenta un ulteriore limite garantistico a tutela della teoria generale del fatto tutte le volte in cui si sostiene che un’opinione possa assurgere a modello di condotta penalmente rilevante. Sotto questo profilo, l’offensività esercita le sue funzioni, seppur in via residuale, quando la materialità, attraverso teorie come quella dell’opinione politica come principio di azione⁷³⁶, non è ritenuta decisiva per un giudizio di incostituzionalità. In secondo luogo, soprattutto nell’attuale quadro sovranazionale⁷³⁷, dove la legalità sostanziale di tipo giurisprudenziale sembra sempre più assumere un ruolo di supplenza o addirittura di integrazione, non sembra cauto sottovalutare la funzione politico-garantista del principio, sia come canone di interpretazione, che come canone di costruzione legislativa delle fattispecie criminose⁷³⁸.

Pertanto, in ordine alla funzione politico-garantista del momento dell’offesa, è possibile distinguere: a) i reati di offesa, in cui l’offesa ad un preesistente bene

⁷³⁵ A. VALENTI, *Principi di materialità e offensività*, cit., p. 286.

⁷³⁶ La tesi è stata a lungo sostenuta dalla giurisprudenza italiana, sia costituzionale che di legittimità. In ogni caso, sul pensiero politico come un elemento ontologicamente legato all’azione, s. veda la bibliografia già richiamata in precedenza: CERRI, *Libertà di manifestazione del pensiero, propaganda, istigazione ad agire*, cit., 1180; nello stesso senso PULITANO, *Giudice negli anni '70*, cit., p. 243; MARCONI, *Apologia sovversiva, violenza scritta ed eversione ideologica*, cit., p. 1189, il quale cita la suggestiva immagine di HOLMES, *Opinioni dissenzienti*, Milano, 1975, p. 132, secondo cui “ogni idea è un incitamento. Essa si offre come credo e, se accettata, si fa strada, a meno che un altro credo non la soppianti, o una insufficienza di energie non soffochi il movimento in sul nascere”.

⁷³⁷ Sulla fisionomia ‘multilivello’ del diritto penale e in ordine alle dinamiche di internazionalizzazione del sistema penale v. M. DELMAS MARTY, *Les forces imaginantes du droit, II. Le pluralisme ordonné*, Paris: Seuil, 2006.

⁷³⁸ F. MANTOVANI, *op. loc. cit.*, p. 80.

giuridico è elemento tipico del reato; b) reati di scopo (o senza offesa)⁷³⁹, incostituzionali in quanto intrinsecamente inoffensivi, coi quali si incrimina non l'offesa ad un bene giuridico, ma la realizzazione di certe situazioni che lo Stato ha interesse a che non si realizzino. Nei reati di opinione, queste situazioni sono politiche perché politico è l'interesse dello Stato ad evitarle. Qui manca l'offesa, per l'assenza dello stesso bene giuridico, che non può essere incarnato dal suddetto interesse dello Stato, che si identifica, invece, nello scopo stesso dell'incriminazione. Come rilevato da attenta dottrina, in questi casi “la frustrazione di tale scopo, con la commissione del reato, coincide con la stessa fattispecie in chiave teleologica”⁷⁴⁰; inoltre, il momento dell'offesa ‘degrada’ fino a coincidere col disvalore del fatto tipico, che in tali reati finisce per identificarsi con il solo disvalore d'azione. Ciò che abbiamo sostenuto in tema di materialità, infatti, e cioè che il piano descrittivo del ‘fatto’ oggettivo è inquinato dalla presenza di elementi soggettivi, che più correttamente dovrebbero ricondursi al *Tatbestand* soggettivo, produce i suoi effetti anche sul piano dell'offensività.

Tuttavia, la tesi del fondamento costituzionale e del valore assoluto del principio non è unanimemente accettata in dottrina⁷⁴¹. Chi ritiene indiscriminata l'incostituzionalità di ogni reato senza offesa preferisce assegnare all'offensività un valore soltanto costituzionalmente relativo⁷⁴², essendo il principio regolare, e in quanto tale potendo questo subire deroghe “necessarie” per la prevenzione delle offese a beni primari, individuali, collettivi o istituzionali. A, ben vedere, tale impostazione è influenzata dalla concezione di ‘bene giuridico’ che è il vero perno su cui ruota un diritto penale dell'offesa. Resta sul campo, però, un problema qualitativo: quale offesa per quale bene riteniamo costituzionalmente accettabili? Non è un caso, infatti, che coloro i quali ritengono che l'offensività sia un principio soltanto relativo ammettono che legittimo oggetto giuridico della norma penale sia anche il bene sovraindividuale (collettivo, pubblico, istituzionale)⁷⁴³. La

⁷³⁹ La bipartizione, utile sul piano descrittivo, si deve a F. MANTOVANI, *op. loc. cit.*, pp. 92 ss.

⁷⁴⁰ F. MANTOVANI, *op. loc. cit.*, p. 92; ID., *Diritto penale, cit.*, p. 207, il quale tuttavia conclude nel senso che i reati senza offesa non sono necessariamente illegittimi.

⁷⁴¹ Per questa impostazione v. F. MANTOVANI, *op. loc. cit.*, pp. 81 ss.; F. PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in AA.VV., *Verso un nuovo codice penale*, a cura del Centro studi giuridici e sociale Cesare Terranova, Milano, 1993, p. 98.

⁷⁴² L'espressione testuale è ancora di F. MANTOVANI, *op. loc. cit.*, p. 81.

⁷⁴³ Cfr. F. MANTOVANI, *Principi di diritto penale, cit.*, p. 84.

relatività dell'offensività, da questo punto di vista, non è altro che il paradigma epistemologico della natura pubblica del bene.

La giurisprudenza costituzionale ha avuto recentemente pensieri analoghi: nelle sentenze n. 263 e n. 519 del 2000⁷⁴⁴, dopo aver enucleato, oltre a quella concreta, una nozione di offensività anche in astratto, intesa quale il “limite di rango costituzionale alla discrezionalità legislativa in materia penale”, ha ritenuto costituzionalmente legittimi sia l'art. 120 c.p.m.p. (violata consegna), sia l'art. 183 c.p.m.p. (grida e manifestazioni sediziose), rispettivamente tutelanti la “funzionalità e l'efficienza di servizi determinati” e il “mantenimento della disciplina militare, fattore essenziale alle esigenze di coesione, di efficienza e di funzionalità delle Forze armate”. Come si nota, l'affermazione della necessaria offensività del reato, sia sul terreno della previsione normativa, sia su quello dell'applicazione giudiziale, ha poco senso e rischia di risolversi in una mera tautologia, se si omette, nella verifica della legittimità della norma penale, qualsiasi riferimento alla necessaria rilevanza costituzionale del bene. Quando riaffiora l'idea - come in questi casi - della strumentalità della tutela penale a fronte di oggettività giuridiche poco afferrabili, assorbite in nozioni di natura “funzionale”, è molto concreto il rischio che si valorizzi dell'offensività la sola natura interpretativa e giudiziale, emarginandola dalla teoria generale del fatto tipico. Se posta in questi termini, il ‘fatto offensivo tipico’ del modello costituzionale rischia di degradare a ‘fatto tipico variabile’, dove quello dell'offensività è un giudizio tutto dipendente dal momento applicativo.

Un'altra importantissima e nota sentenza della Corte, la n. 333 del 1991⁷⁴⁵, coglie maggiormente il punto. In questo caso, il Giudice della legge rigettò la questione di illegittimità della vecchia disciplina sugli stupefacenti (*ex artt. 72, 73 e 75, d.p.r. 309 del 1990*), dopo che il giudice di merito ne aveva censurato l'inoffensività⁷⁴⁶. L'argomentazione fu chiara e folgorante, e ribadì la discrezionalità del legislatore in certe scelte di incriminazione, sottolineando la legittimità di perseguire con la sanzione penale finalità politico-criminali

⁷⁴⁴ Commentate in parte da A. VALENTI, *op. loc. cit.*, pp. 289 ss.

⁷⁴⁵ Cfr. A. VALENTI, *op. loc. cit.*, pp. 295 ss.

⁷⁴⁶ Il Tribunale di Roma, ord. 12 ottobre 1990, in *Foro it.*, 1991, II, 243, negava che la detenzione di sostanza stupefacente, anche se per uso personale, in dose superiore a quella media giornaliera determinata con decreto ministeriale, potesse risultare offensiva di un bene giuridico.

contingenti che vanno al di là della tutela dei beni giuridici. Nella pronuncia, inoltre, si osserva come non risultino incompatibili con il dettato costituzionale fattispecie di pericolo astratto, con le quali il legislatore si riserva la determinazione di pericolosità assolute la cui finalità politico-criminale è quella di rimuovere interessi antagonistici a quelli pubblici da tutelare, quali salute pubblica, sicurezza pubblica, pace sociale, minacciate in modo straordinariamente grave, tanto dal fenomeno droga, quanto da quello del dissenso politico. Come si nota, il *modus operandi* della Corte è quello di una ‘*Kultur*’ dell’eccezione al principio costituzionale (offensività), che è quindi relativo nella misura in cui ad esso accedono deroghe legittimate dalla gravità e straordinarietà dei fenomeni criminosi da reprimere⁷⁴⁷.

Per la verità, sullo sfondo insiste un problema più ampio e complesso, che da tempo occupa i penalisti: la compatibilità dei reati di pericolo astratto con il sistema penale garantistico dello stato sociale di diritto; e la *quaestio* interessa anche la materia del dissenso politico, giacché imperante in questa sede è la logica dell’allontanamento dai consueti parametri del diritto penale del fatto.

Si è sostenuto⁷⁴⁸ da più parti, infatti, che, in presenza di una generale pericolosità dell’azione o in relazione a norme a protezione di entità funzionali, il principio di offensività non implica, in alcun modo, il divieto per il legislatore di ricorrere a reati di pericolo astratto, o addirittura a presunzioni di pericolo, in quanto sia il pericolo che la lesione rappresentano legittime tecniche di tutela di un bene giuridico⁷⁴⁹; esso, però, implica quanto meno l’illegittimità costituzionale dell’eventuale pretesa normativa di assoluta invincibilità della presunzione di pericolo⁷⁵⁰. Tuttavia, riteniamo che anche questa impostazione, seppur di sicuro

⁷⁴⁷ V. A. VALENTI, *op. loc. cit.*, p. 296; In tal senso, sembra convergere anche A. FIORELLA, *Reato, cit.*, p.795, il quale ammette, seppur molto più cautamente, una flessione dei contenuti del principio di offensività quando rilevino situazioni di emergenza, in cui beni cardinali per l’assetto costituzionale siano messi in grave pericolo. Critico FIORE, *Il principio di offensività, cit.*, p. 279.

⁷⁴⁸ In dottrina, per tale impostazione v. BRICOLA, *Teoria generale del reato, cit.*, p. 86; C. FIORE, *Il principio di offensività, cit.*, p. 280; F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale, cit.*, p. 227.

⁷⁴⁹ In argomento v. anche S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni, cit.*, p. 345, il quale non condivide, in riferimento ai reati contro l’ordine economico, le posizioni di PEDRAZZI, *Problemi di tecnica legislativa*, in AA.VV., *Comportamenti economici e legislazione penale*, a cura di C. PEDRAZZI e G.S. COCO, Milano, 1979, p. 32 ss.

⁷⁵⁰ Si tratta, cioè, dei c.d. reati di pericolo ‘presunto’, che si differenziano da quelli di pericolo astratto proprio per l’invincibilità della presunzione del pericolo, secondo la nota bipartizione pericolo astratto/presunto proposta da C.FIORE-S.FIORE, *Diritto penale, cit.*, p. 168 ss.

più corretta di quella che lascia spazio alla legittimità dei reati ‘senza offesa’, si riveli, sul piano della teoria generale del reato, non adeguata soprattutto quando si tratta di verificare l’offensività di categorie intere di reati contrassegnati dalla particolare esigenza di difendere interessi pubblici e insieme politici. In realtà, il rischio di trasformare anche i reati di pericolo astratto in illeciti di mera disobbedienza è notevole⁷⁵¹, e trova un privilegiato banco di prova proprio in materia di reati di opinione. La conferma che le ipotesi di astrattezza del pericolo, sotto il profilo dell’offensività, non siano dotate del sufficiente grado di lesività del disvalore del fatto, quand’anche sia ritenuta vincibile la presunzione dello stesso, risiede nella considerazione dei numerosi interventi della Corte costituzionale⁷⁵² che, soprattutto in materia di dissenso, si sono negli anni succeduti: essi furono volti al salvataggio costituzionale di numerose disposizioni, sospettate di risultare inoffensive, attraverso il recupero nel *Tatbestand* oggettivo del solo requisito dell’idoneità della condotta. Tuttavia, precisazioni di tal genere non furono mai in grado di strappare i relativi delitti dalla loro natura di pericolo presunto, dal momento che alla concretizzazione del reato sul piano logico non fece mai seguito una concretizzazione teleologica sul piano dell’oggetto della tutela, rivelandosi il recupero dell’idoneità oltre che inutile anche illusorio. Sotto questo profilo, non possiamo dimenticare, infatti, che il vero perno della teoria dell’offesa è la determinatezza del bene giuridico⁷⁵³ - originale e irrinunciabile supporto del principio di offensività - e non la vincibilità o meno del meccanismo presuntivo contenuto in fattispecie.

La dicotomia pericolo astratto/presunto, dunque, se assolutamente valida sul piano descrittivo, su quello della teoria dell’offensività ci sembra aleatoria e soprattutto fuorviante, nel senso che chi si accontenta della vincibilità del pericolo potrebbe dimenticarsi del bene giuridico. In fattispecie sintomatiche di colpa d’autore, cioè, la c.d. volatizzazione del bene giuridico rende nulla la nota della materialità, visto

⁷⁵¹ Per questa tesi M. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, 8; nello stesso senso S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., pp. 185 ss.

⁷⁵² Si ricorda il filone giurisprudenziale atto a ricostruire l’apologia come una forma di istigazione indiretta. Si rimanda alla bibliografia analizzata nel corso del primo capitolo.

⁷⁵³ Sembra concludere nello stesso senso M. DONINI, *Il principio di offensività, dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. pen. cont.*, settembre 2013, p. 4, dove l’insigne Autore ritiene che, nonostante i due concetti non appartengano al medesimo ceppo ideologico, “chi oggi attacca o sminuisce il bene giuridico, si pone per ciò stesso in collisione con la base fondativa del principio di offensività”.

che nella relazione tra concretezza del pericolo e pubblicità del bene è la seconda ad avere il netto sopravvento. Se è così, riteniamo possibile sostenere che, a fronte di condotte materialmente aleatorie (si pensi soprattutto alle apologie), messe a tutela di entità macro-funzionali (come l'ordine pubblico o la personalità dello Stato), la nota della presuntività del pericolo è un dato pressoché ineliminabile, con tutte le implicazioni che questo comporta sul piano dell'offensività.

A bene vedere, sussiste un altro argomento a sostegno di quanto appena detto. Se si vuole riservare il carattere di "astrattezza" del pericolo a quei soli casi in cui il legislatore non sembra averne inibito la prova contraria⁷⁵⁴, non ci si può dimenticare che questa stessa prova contraria spetta sempre e soltanto al giudice. Sotto questo profilo allora, appare chiaro che, se ci si accontenta sempre e solo della vincibilità del pericolo, l'offensività vincolerebbe soltanto il giudice ad una più puntuale verifica del momento dell'offesa, residuando in capo al legislatore l'astratta possibilità costituzionale di utilizzare, quando le emergenze del caso lo richiedano, la tecnica del pericolo presunto. Ma ciò significherebbe, a ben vedere, negare dell'offensività la natura di canone di costruzione legislativa!

Non solo: il ridimensionamento della vincolatività del principio costituzionale dell'offensività rischierebbe di comportare grosse ricadute anche sul piano dei principi di sussidiarietà e frammentarietà, implicando una "sostanziale rinuncia all'idea del diritto penale come *extrema ratio*"⁷⁵⁵. Come è stato sostenuto, la relativizzazione del ruolo assiologico dell'offensività, in nome di esigenze 'emergenziali', "quasi ad appiattare il dover essere sull'esistente", priva il sistema di argomenti normativamente vincolanti "contro illegittime istanze repressive informali"⁷⁵⁶.

I predicati di "offensibilità" e "afferrabilità" del bene giuridico sembrano, pertanto, dipendere dal fatto che esso sia fortemente ancorato ad una relazione intersoggettiva costituzionalmente rilevante.

⁷⁵⁴ C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale, cit.*, p. 172.

⁷⁵⁵ A. CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata, cit.*, p. 134 e *passim*, il quale avverte che la teoria della relativizzazione dell'offensività pare basarsi su un modello positivistico di teoria generale, dove principi come quello di frammentarietà e laicità del diritto penale esprimerebbero solo direttive non vincolanti ma programmatiche per legislatore e interprete.

⁷⁵⁶ Ancora A. CAVALIERE, *op. loc. cit.*, p. 134 e 135.

Tuttavia, quello del ‘personalismo’ del bene giuridico, nella misura in cui vincola il legislatore al canone dell’offensività, non rappresenta sempre un concetto in grado di offrire una formula precisa, attraverso la quale separare la condotta punibile da quella non punibile. Si faccia l’esempio dei delitti di oltraggio (artt. 341 *bis*, 342 e 343 c.p.). Se ne potrebbe sostenere, infatti, la sopravvivenza, legata ad un sistema di tutela differenziato dell’onore individuale, in rapporto alla qualifica⁷⁵⁷. Pertanto essi, essendo volti alla protezione di un bene ‘personale’ (onore individuale), dovrebbero sopravvivere al vaglio di costituzionalità, essendo destinati alla cancellazione soltanto nella prospettiva di una *reductio ad unum* delle esigenze di tutela dell’onore individuale. A bene vedere, qui si pone più che altro un problema di interpretazione avente ad oggetto la “natura” del bene. Come abbiamo già sostenuto, se non vi è dubbio che reati del tipo di quello di ingiuria (594) o diffamazione (595) non pongono particolari problemi in ordine all’offensività, non si può essere ugualmente così tranquilli in caso di delitti di oltraggio. I beni giuridici dei delitti di oltraggio devono, infatti, essere identificati nel prestigio della pubblica amministrazione, ben coerente con l’ideologia autoritaria e con una concezione troppo idealistica dello Stato, ma non con la Costituzione repubblicana. La dottrina, infatti, già da tempo sottolineato l’irragionevolezza di un diverso e più grave trattamento riservato al reo, ove la medesima offesa sia arrecata al pubblico ufficiale/magistrato (341 *bis* e 343 c.p.) o all’ente collegiale (nel caso del c.d. oltraggio corporativo *ex art.* 342 c.p.) e non ad un qualsiasi soggetto privato⁷⁵⁸. Le fattispecie in esame, accomunate dalla direzione pubblica dell’offesa, sono strutturate in modo che questa non possa risolversi in un fatto meramente personale fra soggetto privato e soggetto pubblico, ma per le forme (pubbliche) della sua manifestazione coinvolga nettamente e necessariamente la pubblica amministrazione di cui il soggetto pubblico è il rappresentante⁷⁵⁹. Se è così, i delitti di oltraggio non proteggono un bene personale (l’onore) all’interno di una relazione intersoggettiva, ma – appunto

⁷⁵⁷ E’ la prospettiva affermata da PADOVANI, *Bene giuridico e delitti politici*, cit., p. 274.

⁷⁵⁸ In argomento, v. F. BRICOLA, *Tutela penale della pubblica amministrazione e principi costituzionali*, in *Scritti di dir. pen.*, II, 2411.

⁷⁵⁹ In argomento v. P. PITTARO, sub *art. 341 bis c.p.*, in AA.VV., *Codice Commentato*, a cura di T. PADOVANI, Milano, 2011, 2536; ID., sub *art. 342 c.p.*, in AA.VV., *Codice Commentato*, cit., 2540; ID., sub *art. 343 c.p.*, in AA.VV., *Codice Commentato*, cit., 2552.

– una “funzione”; *ergo*, deve respingersi la tesi di una tutela differenziata di un bene ugualmente ‘personale’. *Viceversa*, l’exasperazione sanzionatoria che caratterizza norme di questo genere (si noti la sproporzione ‘edittale’ tra gli artt. 341 *bis*, 343 c.p. e l’ingiuria o la diffamazione), peraltro, si giustifica proprio in ragione della natura pubblica del bene, o comunque tramite la plurioffensività dei reati, in quanto il soggetto passivo è rappresentato sia dal soggetto cui è rivolto l’oltraggio (pubblico ufficiale o magistrato), sia dalla funzione (prestigio della pubblica amministrazione). Il *gap* suppletivo di pena applicabile ai delitti di oltraggio, rispetto ai corrispondenti reati a tutela dell’onore individuale, pertanto, mal si concilia con il rispetto dei principi di proporzione e ragionevolezza della norma penale.

Per questi motivi, ci sembra che tali reati condividano con i reati di opinione c.d. ‘politici’ le stesse *rationes* di incriminazione, proprio in virtù della natura estremamente pubblica dei beni che si propongono di tutelare. Anzi, nella misura in cui la tutela si dirige verso la protezione del predicato del ‘prestigio’, non riteniamo sussistere grosse differenze tra l’oltraggio e il vilipendio, se non fosse altro per le note distintive tra ‘personalità dello Stato’ e ‘pubblica amministrazione’, le quali, però, molto più significativamente condividono la natura di macro-funzioni.

Né riteniamo accettabile la tesi che ricollega la costituzionalità dei reati di opinione ‘amministrativi’ al principio costituzionale del buon andamento e dell’imparzialità della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.)⁷⁶⁰, perché anche qui bisognerebbe spiegare in che modo sia possibile che espressioni oltraggiose possano turbare il regolare esercizio connesso alle funzioni amministrative di un pubblico ufficiale (341 *bis*) o di un ente collegiale (342), o a quelle giurisdizionali di un magistrato (343).

Ci si lasci svolgere un’ultima riflessione, seppure un po’ maliziosa. Il delitto di oltraggio ad un pubblico ufficiale *ex art.* 341 c.p. era stato abrogato dalla l. 205/1999, per poi essere reintrodotta con la l. 94/2009, meglio nota con il nome di “pacchetto sicurezza” del 2009; l’intervento fu fortemente voluto da una maggioranza politica non propriamente attenta ai diritti fondamentali delle

⁷⁶⁰ Per questa impostazione, v. per esempio P. PITTARO, sub *art.* 341 *bis* c.p., in AA.VV., *Codice Commentato*, cit., p. 2537.

persone, né ai quadri costituzionali di riferimento, per le solite logiche emergenziali e/o populistiche che sembrano governare già da qualche tempo le tecniche normative e di intervento politico del legislatore italiano⁷⁶¹. A questo punto, ci si chiede per quale recondita motivazione la stessa sorte non sia toccata all'art. 344 c.p. (oltraggio ad un pubblico impiegato), che pure aveva condiviso con la fattispecie di oltraggio ad un p.u. (art. 341 c.p.) il destino dell'abrogazione ad opera della stessa legge del '99. Non si deve certo scavare profondamente per trovare una risposta: *quel* legislatore, sicuramente poco sensibile all'esigenza di una tutela penale dei dipendenti pubblici ma, *anzi*, impegnato in un'operazione di dismissione delle garanzie 'civilistiche' legate alla categoria, viceversa non ha saputo resistere alla tentazione autoritaria di reintrodurre nel sistema una norma, figlia, a suo modo, del vecchio modello dei *crimina laesae majestatis*⁷⁶², che per l'ennesima volta dà prova della sue capacità performative anche nei modelli democratici.

⁷⁶¹ In argomento si veda, seppure in relazione al diverso tema del diritto penale dell'immigrazione, V. MAISTO, *Il diritto penale dell'immigrazione. Profili socio-criminologici, esegetici, dommatici e di politica criminale*, Saarbrücken, 2013, p. 91 ss.

⁷⁶² Bisogna, tuttavia, precisare che la norma attuale (341 *bis*), seppur condivida, a nostro avviso, con l'abrogato art. 341 c.p. lo stesso fondamento politico-criminale, non manca di presentare delle novità positive, come l'ammissione della c.d. *exceptio veritatis*, in precedenza escluso dalla vecchia disposizione, attraverso il quale, sulla falsariga di quanto statuito per i delitti contro l'onore dell'ingiuria e della diffamazione, il sistema si apre alla prova liberatoria, in forza della quale l'autore dell'offesa non è punibile se la verità del fatto è provata o se per esso l'ufficiale a cui il fatto è attribuito è condannato dopo l'attribuzione del fatto medesimo.

4. Reati di opinione, responsabilità penale e funzioni della pena

L'interpretazione sistematica dei principi costituzionali del diritto penale conduce agevolmente all'affermazione della massima secondo la quale solo un fatto che in concreto offenda un bene giuridico può costituire il presupposto di un intervento punitivo volto alla rieducazione (art. 27 co. 3 Cost.). Questo perché solo il connotato della dannosità sociale del comportamento penalmente rilevante riesce ad assicurare, da un lato, che la generalità dei consociati possa approvare la criminalizzazione di un fatto, e dall'altro, che la risocializzazione, o l'effetto di non desocializzazione, presupponendo che il reo sia stato posto in grado di percepire l'antisocialità della propria condotta, possano proficuamente sorreggere l'azione di recupero sociale⁷⁶³. Viceversa, la punizione di un atteggiamento interiore o della pericolosità dell'autore⁷⁶⁴, oppure dell'oggettiva trasgressione che non comporti, però, una concreta lesione⁷⁶⁵, serve solo alla realizzazione di fini esterni ed estranei al diritto penale, con una strumentalizzazione del singolo, la cui punizione è congegno 'istituzionale' di 'esecuzione' delle istanze di autoconservazione del potere politico.

Ne risulta la frustrazione di plurimi principi costituzionali: non solo quello noto della dignità della persona (art. 2 Cost.); ma anche quello di personalità della responsabilità penale (art. 27 co. 1), letto in nesso funzionalistico con l'esigenza del finalismo rieducativo; quelli di uguaglianza (art. 3 Cost.) e libertà personale (art. 13 Cost.), giacché irragionevolmente la norma penale sacrifica un bene costituzionale per un fatto inoffensivo; infine, il principio di legalità (art. 25 co. 2 Cost.), che impone la punizione per un "fatto", e non per meri comportamenti sintomatici della *Gesinnung* dell'agente. Pertanto, come felicemente compendiato da attenta dottrina, "dalla funzione di integrazione sociale della pena deriva teleologicamente la costruzione dell'illecito penale come aggressione ad un bene giuridico⁷⁶⁶; fatto tipico è, infatti, solo quello meritevole e bisognoso di pena⁷⁶⁷,

⁷⁶³ Cfr. S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni*, cit., p. 343.

⁷⁶⁴ F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., pp. 82-83, che pure sostiene la tesi della retribuzione come concorrente funzione costituzionale della pena; per una confutazione di tale ultima impostazione, v. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 185 ss.

⁷⁶⁵ A. CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività*, cit., p. 155.

⁷⁶⁶ S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 173 ss.

che deve presentare un disvalore d'evento (perché siano rispettati i principi penalistici di materialità e offensività) e un disvalore d'azione (personalità della responsabilità)⁷⁶⁸. Ma il disvalore d'evento di un illecito penale esige il requisito della concreta idoneità dell'azione a ledere il bene tutelato, come da tempo è stato evidenziato⁷⁶⁹.

La questione della colpevolezza, dunque, in quanto categoria dogmatica direttamente orientata alla finalità della pena, è la questione del destino del diritto penale⁷⁷⁰.

In senso proprio o tecnico-giuridico, infatti, la colpevolezza è concetto sempre di diritto sostanziale ed esprime, attraverso la massima tedesca “*keine Strafe ohne Schuld*”, l'aspetto soggettivo del torto o dell'illecito. Sotto questo profilo, la colpevolezza, in quanto elemento essenziale del reato, funge anche da presupposto essenziale della pena⁷⁷¹. Questa nozione si riferisce alla colpevolezza in senso giuridico o, come la dottrina tedesca ama dire, alla “colpevolezza giuridica” (*rechtliche Schuld*), a sottolineare l'esistenza anche di una colpevolezza religiosa e di una colpevolezza etica o morale⁷⁷², che più concretamente riteniamo caratterizzare la materia del dissenso politico. Ma al di là delle diverse concezioni “giuridiche” della colpevolezza, pensiamo con Vassalli che “la differenza non possa ridursi né ad una differenza delle norme con cui la colpevolezza si pone in contrasto (norma religiosa, norma morale, norma giuridica) né ad una differenza dei soggetti verso cui la violazione colpevole si dirige (Dio, se stessi, il prossimo, la società organizzata e gli altrui diritti) né ad una differenza di sanzioni”⁷⁷³. La riflessione del grande giurista ci serve a capire, infatti, che esistono anche altre differenze sostanziali tra le varie forme di colpevolezza, ma anche rilevanti analogie; questo perché esistono diversi modi di concepire i rapporti tra morale e diritto; ed esistono società organizzate in Stato, dove norma religiosa, norma

⁷⁶⁷ MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 276.

⁷⁶⁸ S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 124 ss., 141 ss.

⁷⁶⁹ Cfr. A. CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività*, cit., pp.160-161, con ulteriori riferimenti bibliografici.

⁷⁷⁰ Riportiamo la celebre frase di ERNST HAFTER, citata da G. VASSALLI, (voce) *Colpevolezza*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 1988, p. 6.

⁷⁷¹ Per tali indicazioni generali intorno al concetto di “colpevolezza”, si veda G. VASSALLI, (voce) *Colpevolezza*, cit., 1.

⁷⁷² Su tale argomento si rinvia ancora a G. VASSALLI, (voce) *Colpevolezza*, cit., p. 4.

⁷⁷³ Così testualmente, G. VASSALLI, (voce) *Colpevolezza*, cit., p. 4

morale, norma penale si confondono e la colpevolezza penale consiste proprio nella violazione di un precetto a sfondo etico o religioso.

Tutto ciò si verifica tipicamente in materia di penalizzazione del dissenso: abbiamo, infatti, già tentato di dimostrare, in tema di “materialità”, come i reati di opinione assecondino una visione, più che autoritaria, totalitaria del diritto penale, dove il reato è concepito piuttosto come la violazione di un obbligo di fedeltà che il suddito deve all’autorità. Allo stesso modo, abbiamo argomentato circa l’offensività che si riduce a mero criterio interpretativo, alla stregua di un canone più tecnicamente ‘autoritario’ di deriva dal diritto penale del fatto. Tuttavia tale ‘modus operandi’ non poteva non produrre risultati analoghi anche in tema di colpevolezza. Alla concezione del fatto tipico di stampo illiberale fa da contraltare, pertanto, una nozione essenzialmente “etica” della colpevolezza, nella quale la finalità della pena si identifica con il solo ripristino o rispetto di una morale sociale o di un’etica statale⁷⁷⁴.

E’ sotto questo profilo che riteniamo che i reati di opinione violino innanzitutto il principio di laicità del diritto penale, il quale impone che la nozione di colpevolezza sia prima di tutto un concetto propriamente normativo, e che esso nulla abbia a che fare con una nozione di colpevolezza morale⁷⁷⁵, né con un principio regolativo metagiuridico⁷⁷⁶. In questo caso, come autorevolmente sostenuto ancora da Vassalli, si tratterebbe più che di colpevolezza, di un “processo di colpevolizzazione operato dalla società in determinati momenti storici e in particolari condizioni economiche ed ambientali [...] o soprattutto in epoche di emergenza criminale o analogamente tormentate, dove il giudizio di

⁷⁷⁴ Cfr. G. VASSALLI, *op. loc. cit.*, p. 4, secondo il quale “ il diritto penale moderno dei paesi europei è un diritto laico, svincolato da precetti religiosi e ispirato a finalità che [...] devono tener conto della funzione protettiva di determinati beni, propria del diritto, e rispettare i criteri di utilità e necessità per i quali il diritto è costretto a ricorrere alla penale”; cfr. anche J. LACROIX, *Philosophie de la culpabilité*, Paris, 1977, 87, citato da G. VASSALLI, *op. loc. cit.*, p. 4, secondo il quale “il diritto non deve violare l’intima personalità morale d’ogni singolo e deve prescindere dal farsi giudice di una colpevolezza morale individuale”.

⁷⁷⁵ Esponente italiano della teoria della c.d. unificazione tra colpevolezza ‘giuridica e colpevolezza ‘morale’ fu G. BETTIOL, *Diritto penale*, XI ed., Padova, 1982, 384; nella dottrina tedesca si vedano GRAF ZU DOHNA, *Die Elemente des Schuldbegriffs*, in *Gerichtssaal*, 85°, 1905, 304 ss.; per ulteriori indicazioni bibliografiche si veda G. VASSALLI, *op. loc. cit.*, p. 5.

⁷⁷⁶ Per quest’impostazione v. A. KAUFMANN, *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtphilosophische Untersuchung*, Heidelberg, 1961 (II ed., Heidelberg – Karlsruhe, 1976), 209, 213 e *passim*.

colpevolezza, proprio perché libero da vincoli, può diventare lo strumento di eccessi repressivi o di eccessi premiali”⁷⁷⁷.

Del resto, la Scuola positiva, le cui elaborazioni rientrano a pieno titolo nella codificazione del '30, inserendosi nel grande quadro delle scuole dell'ideologia della difesa sociale, condivide con le scuole puramente retribuzionistiche una concezione del reato sostanzialmente inteso quale “espressione di un atteggiamento interiore riprovevole, perché contrario ai valori e alle norme che sono presenti nella società prima ancora di essere sanzionate dal legislatore”⁷⁷⁸. Il *nullum crimen sine culpa* venne, infatti, affermato anche nei Paesi retti dai regimi comunisti – URSS, Polonia, etc. -, o dalla dottrina cristiana, perfino nei diritti pagani, a cominciare da quello greco e da quello romano, nonché nel diritto mussulmano⁷⁷⁹; pur tuttavia, tale nozione è pur sempre legata alla pericolosità dell'autore. Nello stesso tempo, nonostante sia evidente che come elemento del reato la colpevolezza non possa che essere “colpa per il fatto”, è indiscutibile che in vari diritti positivi, a cominciare dal nostro, esistono casi nei quali la personalità del soggetto viene in considerazione ai fini di una colpevolezza della personalità, rilevante anche ai fini del *quantum* della pena: si pensi principalmente all'istituto della recidiva o alle figure dell'ubriaco e del tossicomane abituale⁷⁸⁰.

Come abbiamo già riscontrato, questa concezione della colpevolezza è sostenuta attualmente in Germania da Jakobs⁷⁸¹, uno dei teorizzatori della c.d. funzione di ‘prevenzione generale integratrice’⁷⁸², secondo la quale il compito della pena è l'attestazione della validità della norma e il suo ruolo funzionale non è quello di tutelare i singoli beni giuridici, bensì di garantire la pratica vincolatività dei

⁷⁷⁷ G. VASSALLI, *op. loc. cit.*, p. 5, il quale cita M. DEL RE, *Colpevolezza e colpevolizzazione*, Napoli, 1976, 181, che definisce la colpevolezza come “reazione gruppale ed individuale nei confronti di certe situazioni che turbano l'equilibrio socialpsicologico del gruppo”. Ci permettiamo di aggiungere ai riferimenti bibliografici citati dal grande Maestro quello di F. BASAGLIA – F. ONGARO, *La maggioranza deviante, cit., passim*, in merito al trapasso dall'ideologia della devianza all'ideologia del controllo sociale totale.

⁷⁷⁸ Così A. BARATTA, *Introduzione alla sociologia giuridico-penale*, Bologna, 1980, 44, il quale include tra i principi caratteristici della “ideologia della difesa sociale” anche il principio di colpevolezza. Ed, infatti, VASSALLI, *op. loc. cit.*, p. 6 rileva che effettivamente il Grispigni non nega la colpevolezza anche se la intende come una “difettosità psichica” rispetto alla capacità di conformarsi alle regole della società.

⁷⁷⁹ G. VASSALLI, *op. loc. cit.*, p. 7.

⁷⁸⁰ In argomento v. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore, cit.*, pp. 83 ss.

⁷⁸¹ JAKOBS, *Strafrecht - Allgemeiner Teil*², *cit.*, pp. 6 ss.; per una critica a tale concezione v. tra gli altri A. CAVALIERE, *Diritto penale del “nemico” e “di lotta”*, *cit.*, p. 295.

⁷⁸² In argomento, v. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore, cit.*, p. 61-64.

costrutti normativi. In questo contesto, a conferma che la *Grundnorm* del codice risiede esclusivamente nella tutela del potere costituito, i destinatari della pena non sono i potenziali autori, bensì l'intera collettività, in un *feedback* di *training* pedagogico in cui i consociati 'imparano ad obbedire'⁷⁸³.

Riteniamo di scorgere dietro questa nozione della colpevolezza e delle relative funzioni da assegnare alla sanzione penale una concezione tipicamente hegeliana dello Stato⁷⁸⁴, in profonda antitesi con le tesi illuministiche del contrattualismo sociale. In questo quadro, lo Stato rappresenta il momento culminante dell'eticità; una sorta di famiglia in grande, nella quale l'*éthos* di un popolo consiste nell'indirizzarne i particolarismi verso il bene collettivo⁷⁸⁵. Hegel assume cioè una concezione organicistica dello Stato, secondo cui non sono gli individui a fondare lo Stato ma è lo Stato a fondare gli individui; per cui tale ottica è in contrasto sia con il modello contrattualistico del liberalismo tradizionale, sia con quello più tipicamente gius-naturalistico. Hegel ritiene, infatti, che solo con lo Stato il popolo diventi tale; infatti, in una condizione pre-statale il popolo è solo una massa informe. Tuttavia, come afferma Bobbio⁷⁸⁶, Hegel non rifiuta totalmente le concezioni precedenti; in particolare del giusnaturalismo condivide il concetto di supremazia delle leggi e il fatto che lo Stato sia il risultato supremo del processo storico dello Spirito. Nei 'Lineamenti della filosofia del diritto', il filosofo tedesco afferma che a governare non sono gli uomini, ma le leggi. Di conseguenza, "lo Stato hegeliano si configura come quello che la giurisprudenza tedesca chiamò

⁷⁸³ Per un'analisi critica del pensiero di JAKOBS ricordiamo il già citato E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, cit., pp. 915 ss.; v. pure A. BARATTA, *La teoria della prevenzione-integrazione. Una nuova fondazione della pena all'interno della teoria sistemica*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, pp. 5 ss.

⁷⁸⁴ In argomento, segnaliamo i contributi di S. MOCCIA, *Contributo ad uno studio sulla teoria penale di G.W.F. Hegel*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 131 ss. secondo il quale la teoria hegeliana è stata male interpretata e non postula affatto la pena come mero schema logico di ristabilimento del diritto violato dal reato; cfr. inoltre K. SEELMANN, *Le filosofie della pena di Hegel*, a cura di P. BECCHI, in *Hegeliana* 35, edito dall'Istituto italiano degli studi filosofici, Napoli, 2002, nel senso che la teoria della pena in Hegel non sarebbe affatto lontana da un approccio preventivo, tanto da poter essere accostata a quelle attuali dottrine eclettiche o plurifunzionali che coniugano la prevenzione generale con criteri di giustizia.

⁷⁸⁵ N. ABBAGNANO – G. FORNERO, *Filosofia. Dall'Illuminismo a Hegel*, vol. II b, Torino, 2012, p. 517 ss.

⁷⁸⁶ N. BOBBIO, *Studi hegeliani*, Einaudi, Torino, 1981, 3-33.

più tardi *Rechtsstaat*, ovvero uno Stato di diritto fondato sul rispetto delle leggi e sulla salvaguardia della libertà formale dell'individuo e della sua proprietà”⁷⁸⁷.

Se è così, intorno al problema della giustificazione e dello scopo della pena⁷⁸⁸, lo Stato punisce *quia peccatum est*: la pena guarda al passato, viene cioè applicata come corrispettivo del male compiuto. Questa teoria esclude che alla pena venga attribuito un qualsiasi scopo: si punisce perché è stato commesso un crimine e la punizione è scopo in se stessa, mira cioè alla realizzazione di una idea spirituale di giustizia, attuabile solo attraverso la retribuzione. Non è un caso che Hegel paragoni la dottrina dell'intimidazione di Feuerbach all'istruzione di bastonare un cane⁷⁸⁹ e ritenga la legittimazione contrattualistica della pena in Beccaria un fondamentale fraintendimento⁷⁹⁰; questo perché la legittimazione della pena a partire dall'idea del contratto sociale gli sembra sbagliata, perché società e Stato secondo la sua concezione non possono essere intesi come mezzi di sicurezza per la protezione del singolo⁷⁹¹.

Tutto ciò trova conferma nel fatto che i reati di opinione sono puniti dal legislatore non in quanto offensive ma soprattutto in quanto esse hanno un rilievo pubblico, anche se solo astratto⁷⁹². La pubblicità è, infatti, elemento costitutivo del reato negli artt. 290, 291, 292 303, 402, 403, 404 414 e 415 e 421 c.p.⁷⁹³ e circostanza aggravante nell'art. 266 c.p. Come già sostenuto, il legislatore, nella strutturazione di tali forme di incriminazione, ebbe a mente il pericolo che da sollecitazioni morali di stampo sovversivo potesse propagare un'infezione psicologica letale per tutto l'ordinamento. E' evidente, allora, che in quest'ottica

⁷⁸⁷ N. ABBAGNANO – G. FORNERO, *Filosofia. Dall'Illuminismo a Hegel*, cit., p. 518.

⁷⁸⁸ Per l'analisi delle c.d. teorie penali pure, da Kant a Krause, si veda S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., pp. 39-61.

⁷⁸⁹ G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto. Diritto naturale e scienza dello stato in compendio*, trad. it. a cura di G. MARINI, Roma-Bari, 1999, § 99 Z, p. 312: “Con la fondazione della pena in questa guisa, è come se qualcuno sollevasse il bastone contro un cane, e l'uomo viene trattato non secondo il suo onore o la sua libertà, bensì come un cane”.

⁷⁹⁰ G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto. Diritto naturale e scienza dello stato in compendio*, cit., § 100 A, p. 90, secondo il quale lo Stato non è pensabile in termini contrattualistici, “né la sua essenza sostanziale è la protezione e la sicurezza della vita e proprietà degli individui come singoli in modo così incondizionato, anzi esso è l'entità superiore, la quale pretende anche questa vita e proprietà ed esige il sacrificio della medesima”.

⁷⁹¹ Cfr. K. SEELMANN, *Le filosofie della pena di Hegel*, cit., pp. 104 e 105.

⁷⁹² In argomento rimandiamo al primo capitolo.

⁷⁹³ Va, precisato, che parte della dottrina ricostruisce il requisito sotto forma di condizione obiettiva di punibilità. Per questa impostazione v. per tutti CONTIERI, *I delitti contro l'ordine pubblico*, cit., p.165-166 e *passim*.

la libertà del singolo non può che essere strumentalizzata per fini di politica criminale.

Tali “concezioni” dello Stato, e più in particolare della colpevolezza e della pena, sono però in contrasto con le moderne Costituzioni, e in particolare con quella italiana, perché condividono una certa funzionalità a ideologie di stampo autoritario o, addirittura, totalitario, a causa del loro “tendere verso la stabilizzazione o la ricerca di consensi nei confronti di un determinato assetto ordinamentale”⁷⁹⁴. A bene vedere, però, come autorevolmente sostenuto in dottrina⁷⁹⁵, “la ricerca di un effetto di stabilizzazione della coscienza sociale intorno ai principi espressi attraverso le norme dell’ordinamento giuridico, lungi dall’essere un atto illiberale di intromissione, indebita, nella sfera di libertà dei cittadini, rappresenta, in realtà, la *ratio essendi* di un ordinamento giuridico che deve preoccuparsi di ottenere l’adesione dei destinatari alle regole che pone; e questa adesione, in democrazia, può conseguirsi solo attraverso il rispetto da parte del legislatore di tutte le regole del gioco, sia sul piano formale che sul piano sostanziale”. E’ per questo motivo che ciò che presenta profili di contrasto con la funzione costituzionale della pena non può reagire sulla teoria del reato⁷⁹⁶; e la funzione della pena, così come descritta dalla Costituzione, non può che essere quella di integrazione sociale⁷⁹⁷.

Le implicazioni di teoria della pena sono strumentali, quindi, al passaggio da una sistematica categoriale ad una sistematica di tipo teleologico, dove, considerando i notevoli riflessi che la prospettiva della tipicità presenta in termini di realizzazione della finalità della pena, è fondamentale il rispetto delle esigenze di tassatività/determinatezza, materialità della condotta, offensività, personalità/concretezza del bene giuridico, frammentarietà e proporzione⁷⁹⁸.

⁷⁹⁴ S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 63.

⁷⁹⁵ Ancora S. MOCCIA, *op. loc. cit.*, p. 63.

⁷⁹⁶ Così, seppur in riferimento al principio di offensività, A. CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell’offensività*, cit., p. 138.

⁷⁹⁷ In ordine al concetto di pena come integrazione sociale, si faccia riferimento sempre a S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., pp. 83-116. In argomento, v. anche A. ALESSANDRI, sub *art. 27 comma 1 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione* a cura di G. BRANCA – A. PIZZORUSSO, Rapporti civili, Zanichelli, 1991, p. 1; G. FIANDACA, sub *art. 27 comma 3 e comma 4 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione* a cura di G. BRANCA – A. PIZZORUSSO, Rapporti civili, Zanichelli, 1991, 222.

⁷⁹⁸ In merito alle implicazioni sistematiche tra legalità e colpevolezza, v. ancora S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., pp. 115 e 116, e *passim*.

Ad abundantiam, invece, una concezione ‘hegeliana’ dello Stato o ‘jakobsiana’ della pena contrasta, sul piano costituzionale, con l’art. 27 co. 3 Cost.⁷⁹⁹ e sul piano dottrinario con un concetto normativo di colpevolezza che deve elevarsi a baluardo irrinunciabile del liberalismo penale, perché ciò solo assicura il diritto della persona a non diventare viatico di una strumentalizzazione etero-finalistica, che coglie il diritto penale, anziché nelle vesti ‘costituzionali’ di strumento di garanzia, in quelle ‘illiberali’ di strumento repressivo.

⁷⁹⁹ Sulla concezione generalpreventiva ‘integratrice’ di Jakobs, cfr. anche A. BARATTA, *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale*, cit., p. 34 ss.

5. La libertà di manifestazione del pensiero

Il risvolto positivo della libertà di pensiero è l'aspetto individualistico del relativo diritto, fondato sul contenuto "personalistico" della nostra Costituzione, che trova una conferma nell'inviolabilità di tutti i diritti fondamentali attribuiti all'uomo e alle formazioni sociali dall'art. 2 Cost., senza alcuna menzione dell'interesse dell'ordinamento o della collettività, quale elemento idoneo a condizionarli⁸⁰⁰. Le concezioni tradizionali della libertà di pensiero, infatti, ne sottolinearono sin dall'inizio questo profilo di garanzia contro ogni intervento dei pubblici poteri e dei privati, tendenti ad impedire o anche solo a limitare il diritto dell'uomo di comunicare con i propri simili.

Il forte substrato ideologico del principio, idoneo a farne il vessillo della libertà dell'uomo contro il potere dell'autorità, ne impedì l'emancipazione di concezioni c.d. funzionali, costruite sulle asserzioni di chi prospetta la libertà come "garanzia di espansione sociale" o "partecipazione"⁸⁰¹, in tal modo facendo coincidere l'aspetto positivo del principio, non con il profilo individualistico del relativo diritto, bensì proprio con questa nota di funzionalizzazione.

Tuttavia, all'interno delle teorie c.d. funzionalizzatrici, la garanzia della libertà correrebbe il rischio di valere solo nei limiti della sua utilità storicamente determinata e nei limiti della sua compatibilità ai voleri del potente di turno. Il nocciolo del problema sta, infatti, tutto nel rapporto tra la persona umana e le necessità dello Stato: pertanto, se dall'indole funzionale si intendesse far derivare una delimitazione sostanziale dell'espressione del pensiero a tutela delle ideologie dominanti si sarebbe sicuramente in torto⁸⁰². Le ragioni ideali del riconoscimento, infatti, fanno sì che esso non possa essere un diritto di pochi, ma un diritto di tutti

⁸⁰⁰ V. P. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972, 55; analogamente DELITALA, *I limiti giuridici alla libertà di stampa*, in *Iustitia*, 1959, pp. 383 ss.; entrambi citati da BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, cit., p. 428, nota 24.

⁸⁰¹ Per questa impostazione, v. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, cit., pp. 23-31.

⁸⁰² V. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, cit., p. 429, per il quale l'unico spazio 'lecito' delle concezioni funzionali della libertà di pensiero è quello di chi intende l'aggettivo "funzionale" in termini metodologici e che prescinde, pertanto, da ogni preclusione di contenuti, ponendo la diffusione di ogni ideologia quale momento irrinunciabile del metodo democratico.

gli uomini; che esso non possa appartenere ai cittadini di una sola città⁸⁰³, ma a tutti. Inoltre, il relativo diritto non potrebbe mai accettare alcuna limitazione contenutistica, pena la sua distorsione utilitaristica verso scopi illiberali.

Di fatti, una certa libertà di pensiero è riconosciuta agli uomini anche da ordinamenti di stampo autoritario o totalitario, ma solo entro certi limiti, come quello di non dissentire dai principi ideologici fondamentali dello Stato. Allo stesso modo, nelle famiglie patriarcali, non si può dire che il figlio o la moglie non abbiano possibilità di espressione; si può sicuramente dire però che essa incontra il suo limite invalicabile nella volontà del *pater familias*, cui gli altri componenti della famiglia devono una fedeltà incondizionata. Inoltre, nell'esempio della famiglia patriarcale, valgono ulteriori regole: quella del rispetto della madre o della riverenza che il più piccolo dei fratelli deve a quelli maggiori. Sotto questo profilo, lungi dal ritenere che la libertà sia del tutto assente, nondimeno essa soffre di forti limitazioni, che dipendono dalla struttura gerarchica del contesto o della formazione sociale, nelle quali la libertà si esercita. Spostando il nostro campo d'osservazione sugli ordinamenti autoritari, possiamo con certezza ritenere che questi siano caratterizzati da una forte vocazione alla configurazione in senso gerarchico dei relativi assetti - molto più di quanto non accada negli ordinamenti democratici⁸⁰⁴ -, proprio alla stregua di una famiglia patriarcale allargata. La rappresentazione triangolare di questa struttura può sicuramente agevolarci: il vertice è rappresentato, infatti, dallo Stato (o dall'idea hegeliana di esso); i suoi lati dalle istituzioni e dagli organi, per poi considerare, in ultima istanza, i funzionari.

Come si nota, la connotazione fortemente rigida di questa gerarchia comporta che ci sia una superfetazione artificiale di regole, tutte promananti dalla stessa *Grundnorm*, consistente nella superiore 'disposizione' di protezione del vertice, ovverosia di difesa dell'idea di Stato storicamente determinata.

⁸⁰³ L'immagine è di BARILE, *op. loc. cit.*, p. 428.

⁸⁰⁴ A proposito della progressiva sostituzione dei vecchi modelli gerarchici a favore di schemi più compatibili con gli ordinamenti democratici, e a dimostrazione che la ricorrenza del modello gerarchico è ormai chiaramente in fase recessiva, permanendo solo nelle amministrazioni militari, paramilitari o deputate a compiti di sicurezza pubblica, riteniamo esemplificativo citare le riforme che progressivamente, nel diritto amministrativo, hanno imposto nell'attuale struttura amministrativa lo sviluppo di un modello 'direzionale', in sostituzione di quello gerarchico in senso stretto. In argomento, v. per tutti F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2012, pp. 668 ss., e *passim*.

Ebbene, riteniamo che questo ‘schema’ sia particolarmente idoneo a ‘spiegare’ anche l’opera codicistica di repressione penale dell’opinione dissenziente: infatti, in essa sono presenti sia reati di opinione a protezione del vertice (si pensi agli artt. 302, 303, 272 u.c., 414 e 415), sia reati di opinione a protezione degli organi e delle istituzioni (si pensi ai reati di vilipendio politico e a quelli c.d. di offesa), sia reati di opinione a protezione dei funzionari (si pensi ai delitti di oltraggio *ex* artt. 341 *bis*, 342 e 343 c.p.).

Ora, non v’è dubbio che in tali ordinamenti la libertà di espressione soffra di numerosi freni, sia ideologici che contenutistici; all’opposto, le moderne democrazie dovrebbero, con riguardo al tema dei limiti al diritto, affrancarsi dalle forze autoritarie che pure le permeano, e far corrispondere ad un ridimensionamento del modello gerarchico un corrispondente ampliamento, sia quantitativo che qualitativo, degli ambiti applicativi dei diritti fondamentali. Premesso ciò, se prima la libertà di espressione era molto limitata, oggi non lo è più – almeno secondo la Costituzione - e tutti hanno diritto di usare e di abusare di un diritto costituzionalmente garantito; né l’abuso sembra in via generale evitabile, se non violando la libertà di opinione stessa⁸⁰⁵. Indubbiamente, altro tema è quello della possibilità che nelle società contemporanee si scelga comunque di intervenire con mezzi più appropriati e più efficaci di quelli del diritto penale, proprio al fine di valorizzare l’ottica costituzionale dei principi di sussidiarietà e di *extrema ratio*.

Pertanto, opporre alla libertà di pensiero i limiti dell’ordine pubblico e della personalità dello Stato significa spezzarla in due, in una visione della stessa assolutamente *contra constitutionem*. La teoria che spezza in due la libertà di pensiero⁸⁰⁶, in effetti, serve tuttora a legittimare una quantità di limitazioni poste dal legislatore anteriormente alla Costituzione, in perpetuazione dei vecchi modelli autoritari. Viceversa, se va riconosciuto un “privilegio” alla libertà di espressione, esso deve consistere nel superiore elogio dell’espressione del pensiero proprio in materia politica (si ricordi il riferimento dell’art. 3 Cost. all’eguaglianza senza distinzioni di opinioni politiche), sia in quanto il pieno

⁸⁰⁵ Nel senso che l’abuso della libertà di espressione non va limitato, v. P. BARILE, *op. loc. cit.*, p. 429.

⁸⁰⁶ La bella espressione è di P. BARILE, *op. loc. cit.*, p. 431.

godimento della libertà di opinione in materia politica costituisce la condizione necessaria per lo sviluppo e la vita democratica della comunità, sia per soddisfare la forte esigenza di tutela delle minoranze. Ed proprio la tutela delle minoranze ad intercettare il significato più profondo della libertà democratica del pensiero. In questa prospettiva, “la garanzia giuridica della libertà non può non avere essenzialmente il valore di tutela dell’anticonformismo, di manifestazioni poco o punto accette ai valori e alle forze dominanti. La libertà delle maggioranze al potere non ha mai avuto bisogno di protezione contro il potere: gridare “viva il Duce” era ai bei tempi un diritto e un dovere, e nessun duce, nessuna società avrà mai nulla contro le manifestazioni della sua maggioranza più o meno silenziosa e ben-pensante”⁸⁰⁷.

La formulazione dell’art. 21 Cost., pertanto, non autorizza l’interprete a differenziare quantità e qualità dei limiti a seconda dei diversi contenuti oggetto delle varie manifestazioni; né si può in alcun modo condividere l’impostazione secondo la quale sarebbero vietate le opinioni politiche che propugnino la rottura delle condizioni fondamentali di evoluzione delle istituzioni repubblicane⁸⁰⁸, o le opinioni critiche che contengono apprezzamenti negativi connotati da animosità personale⁸⁰⁹. L’unico limite alla libertà in esame, che appare in modo esplicito dalla disposizione, è il “buon costume”⁸¹⁰, che però nulla ha a che fare con l’idea ‘autoritaria’ di protezione dello Stato da parte dello Stato. Di contro, v’è anche chi ha affermato che istigazione, apologia, propaganda e istigazione siano, tutte insieme, estranee alla manifestazione del pensiero in quanto “soverchiate da momenti psicologico-sentimentali, irrazionali, volitivi ed emotivi che non tendono

⁸⁰⁷ Così testualmente, D. PULITANO, *Libertà di pensiero e pensieri cattivi*, cit., p. 188.

⁸⁰⁸ Per quest’impostazione, v. P. NUVOLONE, *Il diritto penale della stampa*, cit., p. 19, il quale ritiene che l’unico limite logico alla libertà di espressione è che le opinioni non propugnino la rottura delle condizioni fondamentali di evoluzione della istituzione. In tale contesto, questo limite logico, non a caso, può sussistere solo con riferimento alla libertà di opinione in senso politico.

⁸⁰⁹ Opportunamente BARILE, *op. loc. cit.*, p. 432, ricorda che ciò non significa che la Costituzione protegge anche una sorta di diritto alla menzogna: menzogna che peraltro non sembra vietata in sé, in quanto anch’essa rientra nella libertà di espressione (si pensi al “diritto di non dire la verità” nel codice di procedura penale riconosciuto come espressione del più generale divieto di autoincolpazione); ma che sarà vietata, qualora il “fine d’inganno” venga ad urtare contro uno dei limiti costituzionalmente imposti alla stessa libertà: si pensi alla truffa o ai falsi ideologici.

⁸¹⁰ In argomento v. BARILE, *op. loc. cit.*, 459-463; v. anche A. VALASTRO, sub *art. 21 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, Torino 2006, pp. 465 ss.

per natura loro a persuadere, ma ad eccitare e commuovere⁸¹¹; oppure chi ha preteso di differenziare tra “espressione di pensiero in senso stretto” ed “espressione di volontà”, escludendo l’istigazione dall’ambito dell’art. 21 Cost. perché idonea ad incidere sulla volontà altrui⁸¹². A quest’orientamento si è facilmente obiettato che i pensieri hanno sempre una natura emotiva⁸¹³, ma non per questo essi possono essere considerati azioni. La *ratio* repressiva sottesa a codeste fattispecie consiste, come abbiamo visto, nell’incondizionata tutela degli assetti di potere costituito, e ciò in democrazia non è evidentemente consentito⁸¹⁴. A ben vedere, le concezioni che pretendono di rintracciare dei limiti logici alla libertà di espressione⁸¹⁵ sono tutte accomunate dalla medesima idea: quella che non si possa lecitamente esprimere opinioni, il cui contenuto rappresenti un programma di violento sovvertimento dei principi formali dell’ordinamento e dei rapporti sociali che ne sono il substrato materiale⁸¹⁶. In quest’ottica, i reati di opinioni sarebbero, quindi, tutti legittimamente orientati alla protezione di “interessi di natura costituzionale”, dal mantenimento delle istituzioni, al prestigio e al regolare svolgimento dell’attività di poteri e organi considerati fondamentali per il vigente ordinamento giuridico. I beni giuridici protetti sarebbero, dunque, vari, ma tutti riconducibili ad un denominatore comune: la Costituzione dello Stato⁸¹⁷, come legittimo oggetto di tutela di una norma penale. In realtà, questi orientamenti specificano anche che il giudizio negativo che si dà su determinate manifestazioni del pensiero non è un giudizio etico, bensì un giudizio logico

⁸¹¹ Per questa impostazione v. BETTIOL, *Sui limiti penalistici*, cit., p. 13.

⁸¹² Per questa impostazione, ZUCCALA, *Personalità dello Stato, ordine pubblico e tutela della libertà di pensiero*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, p. 1154.

⁸¹³ FROMM, *Fuga dalla libertà*, Milano, 1970, p. 240, citato da P. BARILE, *op. loc. cit.*, p. 432, nota 51.

⁸¹⁴ S. MOCCIA, *Diritto penale politico e giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 218.

⁸¹⁵ Tra le tante, v. anche M. TARANTINO, *I c.d. reati di opinione ed il diritto costituzionale alla libera manifestazione del pensiero*, in *Giust. Pen.*, 1970, 443, secondo il quale sarebbe addirittura superflua e priva di interesse la verifica sull’eventuale consistenza costituzionale dell’ordine pubblico.

⁸¹⁶ Cfr. P. NUVOLONE, *Il diritto penale della stampa*, cit., p. 173; MANZINI, *Trattato*, cit., IV, p. 380 ss.

⁸¹⁷ Così esplicitamente NUVOLONE, *op. loc. cit.*, p. 173; nello stesso senso, BETTIOL, *Sui limiti penalistici*, cit., *passim*; per questa impostazione v. anche, come già detto, BOGNETTI, *Il pericolo nell’istigazione*, cit., pp. 1441 e 1442, secondo il quale non conviene irrigidire la Costituzione su posizioni avanzatissime di tutela della libertà di espressione.

fondato sul principio di contraddizione per cui un ordinamento non può ammettere la contraddizione di sé stesso⁸¹⁸.

Riteniamo, invece, che queste dottrine della “difesa pubblica di ciò che è pubblico” si contraddistinguano per un approccio marcatamente di stampo ideologico; da una parte, perché esse non possono usufruire di alcun parametro assiologico di derivazione costituzionale, e perciò vincolante per legislatore e interprete – la Costituzione, infatti, non impone mai l’intervento penale come mezzo di difesa dell’ordinamento -; dall’altra, poiché si pretende che uno Stato imparziale tuteli con la sanzione penale, quindi con la violenza, le condizioni di validità e di efficacia del ‘patto sociale’, escludendo da quest’ultimo proprio quei soggetti che, in base alle prospettive costituzionali, meriterebbero una tutela privilegiata, ovverosia i deboli, gli ultimi, i dissenzienti, i visionari o gli antagonisti. Sotto questo profilo, allora, tali coordinate di politica criminale sono fonti intollerabili di disuguaglianza sociale e di violenza strutturale.

Inoltre, si sostiene che l’accettazione del principio democratico comporta la messa al bando della violenza, come sopraffazione del diritto inviolabile dell’uomo al pieno esercizio delle attribuzioni della sua personalità. E questo è sicuramente vero: la Costituzione si preoccupa di tutelare espressamente il c.d. metodo democratico. Ma da qui ad inferirne che dall’illiceità della violenza, sicuramente vietata dalle disposizioni costituzionali, derivi che anche le propagande o le apologie alla violenza debbano essere punite, passano secoli di storia. Il presupposto da cui muovono tali orientamenti è, infatti, errato, giacché dalla punizione di un fatto offensivo non può dedursi la possibilità di punire anche l’idea di quel fatto: in tal caso si tratta, infatti, di far arretrare indebitamente la soglia della punibilità, oltre i limiti del tentativo.

Il problema sta tutto qui: vedere se anche la manifestazione di pensiero, che abbia un contenuto violento, rientri nella garanzia di libertà prevista dalla disposizione costituzionale. Noi riteniamo di sì, in quanto la Costituzione vieta l’uso della violenza, non *l’idea della stessa*⁸¹⁹; pertanto il limite è quello del pericolo

⁸¹⁸ V. ancora, più agevolmente, P. NUVOLONE, *Il problema dei limiti della libertà di pensiero nella prospettiva logica dell’ordinamento*, in AA.VV., *Legge penale e libertà di pensiero*, cit., p. 354.

⁸¹⁹ Per questa impostazione, v. anche ZUCCALA’, *Personalità dello Stato, ordine pubblico e tutela della libertà di pensiero*, cit., pp. 1166 e 1167, il quale, tuttavia, salva l’istigazione dalle

concreto, superato indebitamente il quale la stessa Costituzione è violata all'art. 21 Cost. Inoltre, come autorevolmente già sostenuto, il significato democratico dell'art. 21 Cost. si identifica con la protezione del pensiero contro il potere che, ieri come oggi, “serve a rendere libero l'eretico, l'anticonformista, il radicale minoritario: tutti coloro che, quando la maggioranza era liberissima di pregare Iddio o osannare il Re, andavano sul rogo o in prigione tra l'indifferenza o il compiacimento dei più”⁸²⁰. Pertanto, ogni riduzione dell'area di libertà, che pregiudicasse tali possibilità dei gruppi minoritari a beneficio di precostituiti rapporti di forza e relativi valori, svuoterebbe le forme democratico-pluralistiche di ogni contenuto sostanziale⁸²¹. In tutta evidenza, la “paura della libertà”⁸²² che le idee violente o dissenzianti, se non vietate, possano concretamente affermarsi in società, coadiuvando stravolgimenti rivoluzionari dello *status quo*, non può fondare la legittimità di alcun intervento penale⁸²³. Ci verrebbe da dire, al costo di sembrare superficiali, che dinamiche come la “paura del cambiamento” o la volontà di “conservare l'esistente” facciano parte del gioco della politica, nella libera lotta per la trasformazione della cultura e della società tutta.

censure di incostituzionalità, in quanto unica forma di sollecitazione morale idonea causalmente ad incidere sulla sfera intellettuale altrui; *contra*, il già citato F. SCHIAFFO, *Istigazione e ordine pubblico, cit., passim*.

⁸²⁰ Riportiamo testualmente quanto scritto da D. PULITANO', *Libertà di pensiero e pensieri cattivi, cit.*, p. 188.

⁸²¹ Si veda al riguardo l'interessante e complessa posizione di BOGNETTI, *Il pericolo nell'istigazione all'odio di classe e nei reati contro l'ordine pubblico, cit.*, p. 1434 e 1441, il quale, in un primo momento, ritiene che l'intervento penale nelle materie coperte dalla libertà di espressione non sia consentito nei moderni sistemi penali democratici, salvo poi “notare” che “condizioni di fondo della nostra società e della nostra vita politica non sono tali da consigliare la costituzionalizzazione di limiti al potere punitivo dello Stato, nel settore della tutela anticipata dell'ordine e della sicurezza pubblica”.

⁸²² L'espressione è di D. PULITANO', *op. loc. cit.*, p. 189, che la usa a proposito della sent. della Cass., III, del 12 ottobre 1950, ric. Marroni, in *Giust. Pen.*, 1951, II, 14, che aveva ritenuto che “un'applicazione letterale ed assoluta dell'art. 21 Carta Costituzionale porterebbe a disordini irreparabili, giacché le più nocive e maligne espressioni del pensiero, dall'ingiuria all'oltraggio, dal vilipendio all'istigazione a delinquere, acquisterebbero impulsi tali da infirmare lo stesso principio di sovranità dello Stato”.

⁸²³ C. FIORE, *I reati di opinione, cit.*, p. 171, secondo il quale “neppure il timore che la lotta politica possa, in un ipotetico futuro, oltrepassare i confini della legalità istituzionale potrebbe, quindi, legittimare la lesione attuale e permanente di un diritto di libertà”. Tuttavia, il grande Maestro riterrà che, per quanto riguarda la manifestazione del pensiero, l'ordinamento democratico può contemplare condotte di immediata istigazione (diretta o indiretta) al compimento di *determinati fatti delittuosi*; sia che tali condotte esauriscano la loro rilevanza come ipotesi di concorso nel reato; sia che configurino, invece, un'attuale e diretta aggressione dell'ordine pubblico (nella classica forma della pubblica istigazione a delinquere); e quest'ultimo assunto da noi non è condiviso.

Concludendo, dietro l'idea che anche lo Stato democratico debba con lo strumento penale imbavagliare i suoi oppositori politici si nasconde una terribile semplificazione. “A questo riguardo, le differenze con lo stato totalitario sarebbero solo di grado, cioè di quantità, e non di specie”⁸²⁴.

Alla luce dell'art. 21 Cost., quindi, se una profonda riforma dei reati di opinione si impone, è nel senso di cancellarli tutti, onde consentire il tanto desiderato, seppur tardivo, adeguamento dei moderni sistemi penali alle prospettive tracciate dal liberalismo costituzionale.

⁸²⁴ C. FIORE, *Libertà di espressione politica e reati di opinione, cit.*, p. 501.

6. Conclusioni

Alla luce della reazione dei principi costituzionali con incriminazioni di stampo soggettivistico, ci sembra che i reati di opinione possano essere annoverati tra quei “diritti della paura”⁸²⁵, sulla cui titolarità si può discutere: non certo essi appartengono agli individui-persone, che non possono essere portatori in sé di interessi pubblici, ma ad entità anch’esse pubbliche, come il potere politico, l’opinione pubblica o addirittura i media. E dalla ‘paura’ nascono esigenze di tutela pronte ad assecondare istanze emotive di repressione di fatti inoffensivi, in contrasto con le regole democratiche dello stato costituzionale. Come già sostenuto da autorevole dottrina, in queste occasioni, nel contesto della politica criminale, il sostantivo “sicurezza” lo si trova accompagnato con un aggettivo: sicurezza nazionale o sicurezza pubblica. Quest’impostazione, che Baratta definitiva ideologica, finisce quasi sempre per conferire al diritto penale una proiezione finalistica ‘collettiva’, dove ciò che conta non è la difesa della sicurezza dei diritti delle persone, a qualsiasi gruppo sociale esse appartengano, ma la sicurezza della nazione, della comunità statale, della città⁸²⁶. All’opposto, da un punto di vista giuridico, “sicuri” dovrebbero essere, innanzitutto, i soggetti titolari di diritti fondamentali e non le idealità istituzionali della Repubblica.

L’artificiosa pubblicizzazione delle esigenze di tutela, riconnesse all’uso del diritto penale, servì e serve per legittimare non solamente un diritto penale “orientato al nemico”, *revirement* preferito anche dai moderni Stati democratici, ma soprattutto per creare pericolosissimi stati d’eccezione alla legalità costituzionale⁸²⁷; essa rappresenta il *trait d’union* tra tradizione liberale e tradizione autoritaria, tra Stato di diritto e Stato di polizia, tra politica del diritto penale e politica di ordine pubblico⁸²⁸.

⁸²⁵ Cfr. in proposito criticamente MARINUCCI – DOLCINI, *Corso di diritto penale. 1. Nozione, struttura e sistematica del reato*, Milano, 1995, p. 243; A. CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell’offensività*, cit., p. 157, nota 99.

⁸²⁶ A. BARATTA, *La politica criminale e il diritto penale della Costituzione. Nuove riflessioni sul modello integrato delle scienze penali*, in AA.VV., *Il diritto penale alla svolta di fine millennio. Atti del convegno in ricordo di Franco Bricola*, a cura di S. CANESTRARI, Torino, 1998, 24.

⁸²⁷ BARATTA, *op. loc. cit.*, p. 26, parla di un vero e proprio terrorismo di Stato, messo in opera, soprattutto, dai regimi militari del “cono Sud” dell’America Latina.

⁸²⁸ Ancora BARATTA, *op. loc. cit.*, p. 27.

Se è così, i reati di opinione non tutelano legittimi oggetti di tutela, ma macrofunzioni strumentali alla conservazione del potere politico. Come si ricorda, infatti, l'emarginazione del bene giuridico dalla teoria dell'illecito fu un dato comune sia all'esperienza del tecnicismo formalistico di derivazione positivista, che ha fatto da supporto alla codificazione italiana del '30, sia a quella del sostanzialismo della scuola di Kiel, che legittimò l'involuzione autoritaria del diritto penale nazista. Nel primo modello, il bene divenne una mera chiave interpretativa dell'illecito; il sistema tedesco, invece, più drammaticamente espulse il "fatto" dalla teoria generale del reato, a favore di una prospettiva del dovere⁸²⁹. Come abbiamo già sostenuto, i reati di opinione assecondano più nettamente questa seconda opzione, avendo incoraggiato il legislatore italiano a distorsioni totalitarie nell'utilizzo dello strumento punitivo. Pertanto, il diritto penale democratico, come complesso di regole a tutela delle libertà fondamentali dell'individuo, per aspirare a essere tale, deve assicurare la fuoriuscita del fenomeno del dissenso politico dal circuito meramente repressivo cui è relegato, perché illegittime sono le motivazioni politico-criminali della scelta della penalizzazione. Nel campo in esame il diritto penale si trova a esercitare una funzione repressiva involontaria, quasi inconscia, legata più alle esigenze di una mai sopita ideologia del controllo totale⁸³⁰, che ad una concreta funzione di tutela di beni giuridici a copertura costituzionale.

Pertanto, alla luce della Costituzione, i reati di opinione vanno cancellati, perché essi si risolvono nell'indebita repressione del mero dissenso politico. Né questa prospettiva *de lege ferenda* rischierebbe di creare pericolosi vuoti di tutela. La punizione delle c.d. "sollecitazioni morali", infatti, riceve legittimità dalla conseguente connessione con i reati che ne costituiscono l'oggetto, alla stregua dell'applicazione dell'istituto del concorso di persone nel reato *ex art. 110 c.p.* Questo perché, da un punto di vista strutturale, nel diritto penale del fatto, può giungersi alla punizione di una "sollecitazione morale" istigatoria o apologetica (pochi oramai dubitano dell'incostituzionalità del vilipendio), soltanto se questa risulti idonea a suscitare o rafforzare propositi criminosi, assumendo un effettivo

⁸²⁹ S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni*, cit., p. 347.

⁸³⁰ Sul concetto di 'ideologia del controllo sociale totale', v. il già citato F. BASAGLIA – F. ONGARO, *La maggioranza deviante*, cit., *passim*.

connotato di pericolosità in relazione alle sue specifiche modalità concrete. Dal punto di vista contenutistico, si giungerebbe quindi, a rappresentare forme di tutela avanzata degli stessi beni aggredibili con i fatti criminosi cui si dirige l'istigazione o l'apologia.

Riteniamo però che tale esigenza di “rafforzamento” reale della tutela, cioè di estensione dell'area dell'illecito penale anche a quelle condotte moralmente concorrenti, sia adeguatamente soddisfatta, anche sul piano delle funzioni che si assegnano alla sanzione, dalla disciplina del concorso ‘morale’ di persone nel reato e non da specifiche norme di parte speciale. Se queste sono presenti, infatti, è sempre per quella antica esigenza di “anticipazione” meramente sintomatica della punibilità, se non fosse altro per la capacità di tali fattispecie di funzionare da “valvole di sicurezza” del sistema, ogni qual volta ne sopravvenga l'utilità. Nessuno nutrirebbe dubbi, pertanto, sul fatto che la punibilità del soggetto che, attraverso contributi morali di ogni sorta, induca un altro soggetto a ‘sparare’, si fondi astrattamente sulla funzione moltiplicativa della tipicità svolta dall'art. 110 c.p. Il fatto che condotte come quelle di istigazione, apologia o vilipendio possano usufruire nel sistema di fonti autonome di incriminazione coglie, invece, il legislatore nell'atto di non rinunciare al modello strutturale dei *crimen laesae majestatis*, il cui precipitato ultimo si risolve – come abbiamo visto – nella repressione di atteggiamenti meramente interni, in contrasto con l'obbligo di fedeltà dovuto all'ordinamento. Inoltre, la prospettiva *de iure condendo* dell'applicazione residuale della disciplina del concorso di persone, a fronte dell'abolizione di tutti i reati di opinione, permetterebbe di trasferire tutte le complicazioni del caso in quella sede, usufruendo dei non trascurabili progressi garantistici che la dottrina italiana ha raggiunto, soprattutto in tema di causalità e di elemento psicologico, seppur a fronte sia di un modello indeterminato e indifferenziato di rilevanza delle condotte concorrenti, sia di una disciplina molto sensibile a includere in sé ipotesi di responsabilità oggettiva (si pensi agli artt. 116 e 117 c.p.).

Capitolo III

I reati di opinione nella legislazione repubblicana

1. Antifascismo e diritto penale: la legge Scelba – 1.1 Il bene giuridico tutelato dalla legge Scelba e la XII disp. trans. della Costituzione – 1.2 Il reato di riorganizzazione del disciolto partito fascista – 1.3 L’istigazione pubblica alla riorganizzazione del partito fascista – 1.4 L’apologia del fascismo – 1.5 Le manifestazioni fasciste – 1.6 Un personale bilancio – 2. La repressione penale del genocidio: la l. 9 ottobre 1967, n. 962 e la Convenzione del 9 dicembre del 1948 – 2.1 I delitti di pubblica istigazione e apologia di genocidio – 3. Discriminazione e diritto penale: la Convenzione internazionale di New York del 1966 e l. 13 ottobre 1975, n. 654 – 3.1 La c.d normativa anti-naziskin e il rafforzamento ‘repressivo’ della legge n. 654/1975: l’art. 1 del decreto Mancino - 3.1.1 I reati di opinione di cui all’art. 3 l. n. 654/1975: la propaganda discriminatoria e l’istigazione alla discriminazione – 3.1.2 Il reato di ‘associazione discriminante’– 3.1.3 Il delitto di manifestazioni ‘razziste’ o ‘discriminatorie’ – 3.1.4 Il completamento del cerchio repressivo: complementarietà sanzionatoria e disposizioni processuali – 3.2 Considerazioni critiche - 4. Problemi di coordinamento in materia di *discrimen* tra ‘antifascismo’ e ‘antirazzismo’ - 5. La riforma del codice penale in materia di reati di opinione: un intervento disomogeneo e ai limiti dell’ipocrisia– 6. La nuova frontiera dei reati di opinione: il nuovo art. 414 bis del codice penale.

“E' chiaro che il pensiero dà fastidio
anche se chi pensa è muto come un pesce, anzi un pesce
E come pesce è difficile da bloccare perchè lo protegge il mare
Com'è profondo il mare
Certo, chi comanda
Non è disposto a fare distinzioni poetiche
Il pensiero come l'oceano
Non lo puoi bloccare, non lo puoi recintare”

Lucio Dalla, Com'è profondo il mare, 1977

1. Antifascismo e diritto penale: la legge Scelba

Le c.d. sanzioni contro il fascismo⁸³¹ trassero origine dalla Convenzione di armistizio, che impose all’Italia di sciogliere le organizzazioni fasciste, e dal Trattato di pace che, all’art. 12, ribadì l’impegno italiano ad evitare la rinascita di simili organizzazioni di stampo autoritario, che avessero per obiettivo di privare il

⁸³¹ In argomento v. per tutti A. MANNA, (voce) *Fascismo (sanzioni contro il)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. V, Torino, 1991, p.137; P. BARILE, U. DE SIERVO, (voce) *Sanzioni contro il fascismo e il neofascismo*, in *Noviss. Dig. It.*, App., VI, Torino, 1986, 970; S. VINCIGUERRA, (voce) *Sanzioni contro il fascismo*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 902.

popolo dei suoi diritti democratici. A parere della dottrina che si è occupata del tema, tale vincolo internazionale influì particolarmente sull'assetto costituzionale assunto dall'Italia nel 1948, distinto da quello in vigore nella Repubblica Federale di Germania, ove pure si era sviluppato un fenomeno per certi versi assai più grave, quale quello nazista⁸³². La particolarità di tale "autonomia" costituzionale è da attribuire alla forte influenza che esercitò sui lavori costituenti il partito comunista, che, con un emendamento presentato da Palmiro Togliatti, pose alla libertà di associazione tale limite di carattere ideologico; dapprima previsto in seno all'art., esso 18 Cost., trasmigrò, nella versione definitiva, nella XII disposizione transitoria, la quale sancisce il divieto di ricostituire, sotto qualsiasi forma, il disciolto partito fascista. Come si può facilmente notare, tale disposizione costituzionale, lungi dal costituire una programmazione marginale delle intenzioni fondative del costituente italiano, contiene una precisa opzione della nostra Carta a favore di un antifascismo oggettivo del nuovo ordinamento repubblicano, in cui l'ideologia fascista è individuata quale preciso limite alla libertà associativa, perché considerata un disvalore politico in contrasto con i valori della Costituzione repubblicana. E' la famosa legge Scelba, n. 645 del 1952, dal nome dell'allora ministro dell'Interno, a fornire per la prima volta una definizione completa di 'riorganizzazione del disciolto partito fascista', nella dichiarata intenzione politico-criminale di prevenire future riproduzioni di forme politico-organizzative analoghe a quelle sperimentate dal fascismo. Proprio questa *ratio* fortemente 'preventiva' indusse la legge ad andare ben oltre i limiti tracciati dalla XII disp. trans. - mentre le precedenti normative temporanee (d.lg.lt., 26-4-1945, n. 149 e d.l.d.lt., 26-4-1945, n. 195) si erano occupate soltanto del reato associativo e della relativa istigazione - introducendo due ulteriori fattispecie criminose di mera opinione quali l'apologia del fascismo e le manifestazioni fasciste. Il legislatore preferì, dunque, affidare ad un'apposita legge organica la repressione delle attività neofasciste, anziché accontentarsi delle norme emanate

⁸³² A. MANNA, (voce) *Fascismo (sanzioni contro il)*, cit., p.138, il quale evidenzia che "la Costituzione di Bonn non pone alcun divieto in relazione ad una specifica ideologia politica, in quanto, all'art. 21 co. 2, adotta il diverso trattamento giuridico di dichiarare in generale anticostituzionali tutti quei partiti che contrastino con il libero e democratico ordinamento della Repubblica federale, senza però riferirsi ad alcuno in particolare".

dal codice Rocco, che avrebbero ugualmente potuto offrire una forte tutela penale dell'ordine costituito anche nel nuovo assetto repubblicano. Si intendeva con ogni evidenza colpire un'intera ideologia, senza che rilevasse alcuna possibilità di estendere l'applicazione della legge n. 645 anche a quelle attività, pur di opposta matrice ideologica, che, allo stesso modo, esaltano la violenza come strumento per la conquista del potere e che denigrano la democrazia parlamentare (si pensi ad un'associazione che si ispiri ai principi del leninismo).

1.1 Il bene giuridico tutelato dalla legge Scelba e la XII disp. trans. della Costituzione

E' stato da più parti sostenuto che la presenza nel testo costituzionale di una forte vocazione antifascista rende molto più 'critico' il riconoscimento del bene giuridico che, a prima vista, non potrebbe essere individuato nei concetti codicistici di ordine pubblico o di personalità dello Stato⁸³³, figli di quella stessa ideologia alla quale la XII disp. trans. dichiara guerra. Non si è certo considerati eretici se si afferma, infatti, che le norme incriminatrici *de quibus*, costituendo piuttosto una diretta applicazione di una disposizione costituzionale, trovano in maniera evidente la loro legittimazione nella Costituzione medesima, a differenza dei reati di opinione figli dell'elaborazione del 1930. L'assunto va, però, adeguatamente verificato. A tal proposito, diverse sono state le chiavi ricostruttive adottate dalla dottrina; ma, a ben vedere, nessuna di esse fornisce soluzioni appaganti, soprattutto sul piano della necessità che il bene giuridico, così come esso correttamente rileva nella teoria generale del fatto tipico, sia in realtà un'entità personalistica costituzionalmente rilevante e di immediata verificabilità empirica: da una parte, pertanto, si è ritenuto di sostituire al concetto di personalità dello Stato quello della 'repubblica'⁸³⁴; sotto diverso profilo, si è inteso per evolvere la nozione di ordine pubblico in quella di 'ordine costituzionale'⁸³⁵. Il primo concetto, pur se dotato di un'indubbia vocazione

⁸³³ Per l'impostazione secondo cui le norme incriminatrici della legge Scelba sono volte alla tutela della personalità dello Stato, v. S. VINCIGUERRA, (voce) *Sanzioni contro il fascismo*, cit., p. 916; in giurisprudenza, cfr. Cass. Pen., sez. I, 11 novembre 1992, in *Cass. Pen.*, 1995, 1040 e in *Mass. pen. cass.*, 1994, fasc. 7, 2.

⁸³⁴ Per tale impostazione, v. T. PADOVANI, *Bene giuridico e delitti politici*, cit., pp. 33 ss.

⁸³⁵ E. GALLO – E. MUSCO, *I delitti contro l'ordine costituzionale*, cit., pp. 7 ss.

democratica e antiautoritaria, non si priva del tutto di un certo qual grado di ‘sogettivismo’, che ugualmente dominava il concetto fascista di personalità dello Stato; allo stesso modo, la nozione di ‘ordine costituzionale’ appare insufficiente a fondare un’incriminazione costituzionalmente orientata, perché, come nella vecchia dicotomia ordine pubblico ideale/materiale, essa è inidonea a legare strutturalmente la condotta principale alla commissione del reato-scopo. Né appare vincente la riflessione di chi ha ritenuto che il concetto di ordine pubblico possa godere di un maggiore ancoraggio alla Costituzione, sull’argomentazione che esso non vada più inteso nel senso di un generico riferimento alla tutela di un qualsiasi ordine giuridico, bensì in relazione diretta ed immediata ai valori repubblicani⁸³⁶. Sotto tale profilo, viceversa, ‘ciò che è pubblico e politico’ non può legittimamente assurgere a oggetto di tutela di una norma penale, onde evitare la creazione di pericolosi stati di eccezione ai principi generali del diritto penale del fatto. Infine, si è correttamente ritenuto che la XII disp. trans. sia una norma finale e non transitoria e che essa contenga una sorta di presunzione di pericolosità nei confronti dei movimenti neofascisti. Ciò non significa, però, ricavare dalla norma, come pure è stato sostenuto⁸³⁷, una precisa opzione del costituente a favore dell’utilizzo dello strumento penale. Le disposizioni della legge *Scelba* puntano, infatti, a mettere sotto accusa quell’ideologia che usciva sconfitta dal secondo conflitto bellico mondiale. Essa punta a fare del fascista ciò che il fascista fece dell’antifascista, cioè una vera e propria categoria criminologica, in relazione alla quale la vigenza dei diritti fondamentali dei cittadini è sospesa. Ma nonostante gran parte della dottrina e con essa la Corte

⁸³⁶ Tale orientamento pare sostenuto da A. MANNA, *op. loc. cit.*, p. 142.

⁸³⁷ P. BARILE, U. DE SIERVO, (voce) *Sanzioni contro il fascismo e il neofascismo*, cit., p. 972, i quali ritengono corretta l’interpretazione di Corte cost., sent., n. 254/1974, in *Giur. Cost.*, 1974, 2861, secondo cui la XII disp. trans. “ha conferito in modo tassativo al legislatore non solo la potestà-dovere di fissare sanzioni penali in casi di violazione del divieto costituzionale di ricostituzione del disciolto partito fascista, ma anche di ricercare i modi e le forme più idonei e più incisivi per la realizzazione della pretesa punitiva, pur nella salvaguardia dei diritti fondamentali che la Costituzione riconosce a tutti i cittadini, al fine di combattere il più efficacemente e sollecitamente possibile quel pericolo che la citata disposizione, in accordo con l’ispirazione antifascista della nostra Costituzione, ha inteso direttamente e imperativamente prevenire. In sostanza la legge, in tutti i suoi aspetti, e quindi anche in quello processuale, si inserisce nel vasto quadro di quelle esigenze politiche e sociali delle quali lo stesso costituente ha voluto farsi interprete vincolante”.

costituzionale⁸³⁸ abbiano per lungo tempo ritenuto che la costituzionalità della legge *de qua* possa ricavarsi dalla XII disp. trans., noi riteniamo che tale impostazione sia irricevibile, perché a ben vedere la disposizione in questione non autorizza alla sospensione di tutti i principi costituzionali. Essa decide soltanto del divieto di ricostituire il partito fascista, senza impegnare il legislatore ordinario verso un preciso obbligo di tutela penale, diversamente da quanto ritenuto dalla Consulta; né una difesa dell'antifascismo "a tutti i costi" sembra rispondere alle reali intenzioni del costituente.

Chi ha studiato a fondo i lavori preparatori riferisce, infatti, che Togliatti, nel sostenere le motivazioni che lo spinsero a presentare l'emendamento, manifestò più volte preoccupazioni circa la possibilità che disposizioni generali – come quelle dei progetti Merlin e Mancini che proponevano di inserire nell'art. 49 Cost. l'obbligo per i partiti di organizzarsi secondo un metodo democratico – fornissero il pretesto per ingerenze antidemocratiche sulla vita dei partiti, "ritenendo che anche i partiti-antisistema dovessero essere combattuti sul terreno della competizione politica democratica". La XII disp. trans. nasce, pertanto, dalla necessità di vietare la ricostituzione di un partito che aveva già chiaramente agito nella storia nella direzione opposta a quella voluta dai Costituenti. Tuttavia, non mancò chi, come La Pira, si lamentò della scarsa determinatezza della disposizione, dalla quale risultava impossibile e arbitrario definire i caratteri distintivi di un partito fascista, e chi, come Dossetti, oppose a Togliatti l'eventualità che la disposizione potesse essere usata un giorno anche contro il partito comunista. Togliatti rispose che la disposizione dovesse vietare solo la riorganizzazione del partito fascista come storicamente esistito, e dunque un partito dal carattere agevolmente riconoscibile⁸³⁹. D'altro canto, la collocazione nell'ambito delle disposizioni finali sembra il frutto di un atteggiamento "morbido" del Costituente⁸⁴⁰. A tale proposito c'è chi ha ritenuto che la Costituzione italiana sia molto meno antifascista di quanto non sia antinazista la

⁸³⁸ Ci riferiamo alla sent. Corte cost., 26 gennaio 1957, n. 1, in *Giur. cost.*, 1957, I, 1 ss., con commento adesivo di G. VASSALLI.

⁸³⁹ Per un approfondimento, v. G. D'ELIA, sub *XII disp. Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, cit., pp. 2786 ss.

⁸⁴⁰ Calamandrei lo definì "presbite"; lo riferisce G. D'ELIA, sub *XII disp. Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, cit., p. 2787.

Costituzione tedesca, perché il Costituente italiano dà per avvenuta la sconfitta del fascismo, che, a differenza del nazismo in Germania è stato battuto non solo dalle armi straniere, ma anche dalla Resistenza del popolo italiano⁸⁴¹. Riteniamo di non condividere l'assunto, perché si deve tener conto dell'antifascismo pur all'interno di un complesso più articolato di valori, se si vuole accreditare un metodo sistematico di interpretazione. Va chiarito che l'antifascismo, a nostro avviso, più che un valore espressamente riconosciuto da una disposizione transitoria, è un *trait d'union* trasversale a più valori costituzionali⁸⁴². Non può esservi dubbio sul fatto che i principi del corpo centrale della Costituzione si dirigano verso una prospettiva inversa a quella dell'ideologia fascista, ritessendo, con instancabile minuziosità, le prospettive assiologiche del contrattualismo. Sotto questo profilo la Costituzione repubblicana e la Relazione di Rocco al codice penale sono due testi fondativi diversi, che presuppongono ideologie dissimili, ontologicamente incompatibili tra loro, che si fanno portatori di due distinte concezioni di Stato – a base contrattualistica lo Stato repubblicano; *hegeliano* lo Stato fascista – e di forme di Stato inconciliabili – personalistico e individualistico il primo; organicistico e 'comunitario' il secondo -. Se è così, letto in senso lato, l'antifascismo, più che un principio costituzionale in sé, costituisce la *ratio* di ogni principio costituzionale. Ciò conduce ad affermare che se il legislatore volgesse, nella criminalizzazione del fascismo, verso sponde autoritarie di definizione del fatto tipico, a loro volta implicanti forme di strumentalizzazione dell'individuo, della sua comunità o di un'intera ideologia, ricadrebbe nell'antico vizio di sostenere, con un utilizzo distorto e totalitario del diritto penale, una concezione 'hegeliana' e 'organicistica' dello Stato, di cui più non vi è traccia nella Costituzione repubblicana. L'utilizzo dei vecchi schemi repressivi del dissenso conduce all'elaborazione di una normativa dal carattere tecnicamente 'fascista', nonostante essa si rivolga ai 'fascisti'. Infatti, ciò che decide del carattere 'democratico' di una norma penale è solo il suo grado di aderenza ai

⁸⁴¹ LUCIANI, *Antifascismo e nascita della Costituzione*, in *Politica del diritto*, 1991, p. 190.

⁸⁴² Cfr. E. GALLO – E. MUSCO, *I delitti contro l'ordine costituzionale*, cit., p. 70, secondo i quali la XII disp. trans. si pone piuttosto come espressione conclusiva e finale di un intero tessuto della Carta fondamentale della Repubblica democratica; all'inverso, configurando la norma come disposizione di rottura, si rischia di accreditare il suo preteso carattere eccezionale.

principi costituzionali, e non la qualifica formale dello Stato nel quale il legislatore si trova ad operare.

Ma a ben vedere, anche a sostenere che l'antifascismo, più che *ratio* del sistema costituzionale, assurge a valore costituzionalmente protetto, i risultati interpretativi non cambierebbero, perché se l'antifascismo è un valore, tuttavia esso non è l'unico; ciò significa che la sua tutela non può comportare la sistematica violazione degli artt. 3, 13, 17, 18, 21, 25 e 27 Cost. Il dato testuale della XII disp. non introduce alcuna eccezione ai principi summenzionati. Essa esprime il divieto di ricostituire il partito fascista sotto qualsiasi forma; e non poteva accadere diversamente in una Costituzione repubblicana di uno Stato appena uscito da un'esperienza al limite del totalitarismo politico. Pertanto, qualora il legislatore costituzionale avesse voluto manifestare l'esigenza di far valere il principio di uguaglianza per tutti, "tranne che per i fascisti", si sarebbe espresso in tal senso direttamente nella formula dell'art. 3 Cost.; allo stesso modo qualora avesse egli voluto far valere i principi di legalità e di colpevolezza e le libertà di persona, di riunione, di associazione, di manifestazione di pensiero per tutti, "tranne che per i fascisti", lo avrebbe scritto direttamente negli artt. 25, 27, 13, 17, 18 e 21 Cost. La ricostituzione del partito, infatti, può essere evitata anche ricorrendo a strumenti amministrativi, come lo scioglimento dell'associazione con decreto ministeriale - dispositivo che a ben vedere la legge Scelba concepisce all'art. 3, ma solo in un rapporto di complementarità con il cerchio repressivo già predisposto⁸⁴³ - o l'esclusione della lista dalla competizione elettorale⁸⁴⁴.

⁸⁴³ In prospettiva *de lege ferenda* si potrebbe discutere in ordine all'opportunità di introdurre una riserva di giurisdizione che manca nella legge Scelba, perché l'attuale possibilità di disporre lo scioglimento del partito fascista con d.l. può usufruire solo di un controllo parlamentare, in sede di conversione, che comunque rappresenta una garanzia meramente politica e, dunque, insoddisfacente, contro eventuali abusi dell'Esecutivo. In argomento v. G. D'ELIA, sub *XII disp. Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, cit., p. 2789.

⁸⁴⁴ In argomento v. Consiglio di Stato, sez. V, 11 maggio 2013, n. 2575, in *Foro Amm. - C.D.S.*, II, 2013, 5, 1343: "E' legittimo il provvedimento con il quale la Commissione elettorale dispone l'esclusione dalla competizione elettorale di una lista in ragione del suo simbolo (il fascio), della dizione letterale (acronimo di Fascismo e Libertà) e del richiamo ideologico al disciolto partito fascista"; nello stesso senso, cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 6 marzo 2013, n. 1355, in *Redazione Giuffrè*, 2013: "E' legittimo il provvedimento con cui la Commissione elettorale, facendo uso di un potere attribuitole dal sistema normativo, ha disposto l'esclusione di una lista sulla scorta di un'adeguata motivazione in merito al contrasto con la disciplina costituzionale, in ragione del simbolo del movimento (il fascio), della dizione letterale, e del richiamo ideologico al disciolto partito fascista. Infatti, se la commissione elettorale può disporre la riconsiderazione delle liste e dei contrassegni nei soli casi tassativamente indicati dagli artt. 30 ss. d.P.R. 16 maggio 1960, n. 570,

L'esigenza di preservare la funzionalità delle istituzioni democratiche costituisce un elemento ricorrente in molte Costituzioni contemporanee, le quali prevedono spesso limiti costituzionali alla libertà di associazione politica, talora anche con espressi riferimenti all'esperienza fascista⁸⁴⁵. Altre volte, il controllo del corretto funzionamento del circuito democratico è direttamente delegato in capo alle corti costituzionali, cui è affidata la competenza ad assumere le decisioni di incostituzionalità dei partiti, di scioglimento, e di sanzione dei promotori e dei membri⁸⁴⁶. D'altro canto, la giurisprudenza della Corte CEDU, se da una parte ha precisato che le restrizioni alla libertà di associazione politica, *ex art. 11 CEDU*, vanno interpretate restrittivamente, dall'altra non ha mancato di affermare l'astratta legittimità dello scioglimento di un partito che propugni ideologie contrarie ai principi democratici⁸⁴⁷.

A ragionare diversamente, si relegherebbero i principi di proporzionalità e ragionevolezza a mere direttive programmatiche del diritto penale. Viceversa, il significato profondo dei principi di sussidiarietà ed *extrema ratio* dell'intervento penale consiste proprio in ciò, e cioè nel preferire l'opzione penalistica a condizione del rispetto di tutte le altre direttive costituzionali. All'opposto, la *ratio* politico-criminale della legge Scelba punta a strumentalizzare penalisticamente l'individuo per soddisfare esigenze di tutela di un interesse pubblico e politico, ovvero sia la difesa dei principi ideologici della nuova Repubblica, proprio come accadeva nel fascismo. Non è un caso che, proprio in virtù di tale ragione innata, si sia sostenuta da più parti la necessità di estendere la XII disp. a qualunque partito antidemocratico⁸⁴⁸, anche se ha poi prevalso la tesi più aderente ai lavori preparatori, secondo la quale la disposizione *de qua* è

mentre esorbita dall'alveo del suo potere ogni valutazione circa il valore politico e democratico del simbolo presentato, è pur vero che tale disciplina deve essere letta e integrata alla stregua della XII disp. trans che, dettando un requisito originario per la partecipazione alla vita politica, fonda il potere implicito della Commissione di ricusare le liste che si pongono in contrasto con detto precetto".

⁸⁴⁵ Cfr. Polonia, art. 13; Portogallo, art. 46.

⁸⁴⁶ Cfr. Albania, art. 131; Armenia, art. 100; Bulgaria, art. 149; Cile, art. 82; Croazia, art. 128; Germania, art. 21; Moldavia, art. 135; Polonia, art. 188; Portogallo, art. 223; Repubblica ceca, art. 87; Repubblica slovacca, art. 129; Romania, art. 146; Slovenia, art. 160. I riferimenti sono contenuti in G. D'ELIA, sub *XII disp. Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, cit., p. 2789

⁸⁴⁷ Corte EDU sentenza, 31 luglio 2001, *Refah Partisi c. Turchia*; sentenza, 13 febbraio 2003, *Refah Partisi c. Turchia*.

⁸⁴⁸ ESPOSITO, *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 8, 238; BELLOMIA, *Manifestazioni fasciste e XII disp. trans. della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1973, p. 1672.

piuttosto concepita come una deroga all'art. 49 Cost.⁸⁴⁹. Il carattere eccezionale o 'di rottura'⁸⁵⁰ della disposizione transitoria, rispetto ai principi della Costituzione, esclude, pertanto, non solo la possibilità di estensione del divieto in parola nei confronti di partiti diversi da quello fascista, ma anche l'emanazione di disposizioni analoghe, per la netta differenza di trattamento che la Costituzione ha voluto porre tra un qualunque partito antidemocratico e il partito fascista: solo per quest'ultimo sono, cioè, consentite indagini sulle ideologie, altrimenti vietate in tutti gli altri casi, secondo gli artt. 18 e 49 Cost.⁸⁵¹

Se è così, la differenza tra fascismo e democrazia si coglie soltanto sul piano dei destinatari della norma penale; cambiano, cioè, solo i "nemici", diversi per le due forme di Stato, che però condividono le logiche che governano la politica criminale. I padroni di ieri, infatti, sono criminalizzati oggi dagli oppositori di un tempo, saliti al potere nella nuova Repubblica. Questa circolarità storica spiega la conservazione della tradizione penalistica in materia di repressione del dissenso politico. Anzi, nei primi anni della Repubblica si assiste ad una proliferazione esasperante di fattispecie autoritarie: e le disposizioni della Scelba ne sono l'esempio più lampante.

Pertanto, il rapporto tra diritto penale e antifascismo ripropone interrogativi inquietanti sul significato e soprattutto sulla legittimità della permanenza, nel nostro sistema giuridico, di tale apparato repressivo⁸⁵² neanche sulla sua reale utilità, data anche la scarsissima applicazione giurisprudenziale della normativa in esame.

1.2 Il reato di riorganizzazione del disciolto partito fascista

Il reato di 'riorganizzazione del disciolto partito fascista' è l'unico di diretta derivazione dalla XII disp. trans. e attualmente vige nella versione modificata dalla c.d. legge Reale, n. 152 del 1975⁸⁵³. L'art. 1 contiene la descrizione precisa

⁸⁴⁹ ROSSANO, (voce) *Partiti politici*, in *Enc. Giur.*, XXII, Roma, 1990, 4; RIDOLA, (voce) *Partiti politici*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 113.

⁸⁵⁰ MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, IX ed., Padova, 1976, p. 1238.

⁸⁵¹ BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 1987.

⁸⁵² A. MANNA, (voce) *Fascismo (sanzioni contro il)*, *cit.*, p.137.

⁸⁵³ L'art. 1 l. 645/1952, modif. dall'art. 7 L. 22 maggio 1975, n. 152 così recita: "Ai fini della XII disposizione transitoria e finale (comma primo) della Costituzione, si ha riorganizzazione del disciolto partito fascista quando una associazione, un movimento o comunque un gruppo di

di cosa debba intendersi per partito fascista, ovverosia un'associazione, un movimento o comunque un gruppo di persone non inferiore a cinque che “persegue finalità antidemocratiche proprie del partito fascista”. La multidimensionalità della previsione e la generica ampiezza della formulazione si scorgono per lo più, sul piano della tecnica redazionale, dall'uso di gerundi eterogenei, che accedono alla suddetta definizione.

Sono, infatti, isolabili otto “gerundi”, a cui corrispondono otto distinte modalità esecutive della medesima condotta di ricostituzione del partito fascista. Per ciò che riguarda le prime tre, ovverosia l'esaltazione, la minaccia o l'uso della violenza quale metodo di lotta, appare evidente il difetto di ragionevolezza della norma, nella parte in cui equipara, sul piano della rilevanza gius-penalistica, segmenti fattuali molto eterogenei tra loro che meriterebbero un trattamento differenziato. Mentre, infatti, la penalizzazione di condotte di ‘uso’ della violenza non pare porre particolari dubbi di costituzionalità, *viceversa* l'esaltazione della violenza o la generica minaccia di usarla non sembra superare il vaglio di legittimità, giungendo, nella riproduzione del modello del reato formale e di pericolo presunto, a punire condotte meramente sintomatiche di un futuro quanto incerto uso della violenza.

Le restanti cinque modalità esecutive pongono le medesime problematiche appena accennate: sarebbe difficilmente revocabile in dubbio, infatti, la riconducibilità nella categoria dei reati di opinione di condotte quali “la propugnazione della soppressione della libertà garantite dalla Costituzione”, “la denigrazione delle democrazie, delle sue istituzioni e dei valori della Resistenza”, “la propaganda razzista”, “l'esaltazione di esponenti, principi, fatti e metodi propri del partito fascista”, “le manifestazioni esteriori di carattere fascista”.

Come si è detto, tali modalità di esecuzione del medesimo reato di ricostruzione del disciolto partito fascista vengono ritenute concordemente sussistere in un

persone non inferiore a cinque persegue finalità antidemocratiche proprie del partito fascista, esaltando, minacciando o usando la violenza quale metodo di lotta politica 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, principi, fatti e metodi propri del predetto partito, e compie manifestazioni esteriori di carattere fascista”.

rapporto di carattere alternativo⁸⁵⁴, e non certo cumulativo, denotando al contempo l'intenzione del legislatore di incriminare anche l'estrinsecazione non violenta di una determinata ideologia. Al contempo, bisogna precisare che il legislatore accomuna nella stessa fattispecie modalità esecutive eterogenee, ovverosia caratterizzate da un diverso grado di offensività, perché ritenute presuntivamente tutte in grado di condurre alla riorganizzazione del partito fascista. Pertanto, più che a "segmenti fattuali" di una condotta penalmente rilevante, ci troviamo di fronte a generiche indicazioni 'fenomenologiche' di ciò che è considerato 'fascista' dal legislatore; egli non fa altro che riprodurre una metodologia descrittiva tautologica, assolutamente incapace di vincolare l'interprete.

Sotto altro profilo, accanto alla repressione della figura tradizionale di "associazione", la legge Reale aggiunge anche quella relativa alle ipotesi di "organizzazione", "movimento", o "gruppo". La scelta legislativa non ha mancato di suscitare le perplessità della dottrina⁸⁵⁵, soprattutto in riferimento ai principi di determinatezza e materialità, giacché l'estensione della repressione anche ai "movimenti" – la cui nozione sfugge all'individuazione di qualsiasi ambito definitorio – ed addirittura a qualsiasi formazione o "gruppo" di individui – dove assume rilevanza il solo dato fattuale della contemporanea presenza di più persone, unite tra loro da un vincolo, per lo più, di natura "occasionale" – conduce a snaturare la stessa *ratio* di fondo che è alla base della previsione di fattispecie di carattere associativo. Il rischio, infatti, è quello che, esclusa la rilevanza del profilo "organizzativo" dell'associazione – e del suo fondarsi su di una struttura permanente caratterizzata da un vincolo tendenzialmente stabile e duraturo – si rendano rilevanti semplici "accordi" per commettere delitti, giungendo in ultima analisi ad introdurre surrettiziamente una deroga al principio generale sancito

⁸⁵⁴ Sul carattere alternativo delle modalità esecutive descritte nell'art. 1 della l. n. 645 del 1952, v. Tribunale di Castrovillari, 6 aprile 2005, in *Giur. di merito*, 2006, 11, 2474, con nota di BIONDI, *E' ancora attuale la norma che punisce le associazioni finalizzate alla riorganizzazione del partito fascista*, cit., 2483, il quale conclude per la compatibilità costituzionale del reato in esame anche in relazione alle condotte di manifestazione di pensiero e propaganda politica svolte senza l'uso della violenza; nello stesso senso v. anche Cass. Pen., sez. II, 5 marzo 1982, in *Cass. Pen.*, 1983, 1652, e in *Giust. Pen.*, 1983, II, 156.

⁸⁵⁵ P. PETTA, *Le nuove norme per la repressione e la prevenzione di attività eversive (legge 22 maggio 1975, n. 152)*, in *Giust. Cost.*, 1975, 2842 ss., secondo il quale "basterà che si accerti l'esistenza di un gruppo di cinque persone che persegua finalità antidemocratiche proprie del partito fascista perché sia configurabile il reato di riorganizzazione dello stesso partito fascista".

dall'art. 115 c.p., e a punire i compartecipi “per ciò solo” (cioè, per la mera appartenenza al gruppo) indipendentemente dall'effettiva commissione dei reati-scopo.

Nel contesto dell'art. 1 della legge Scelba, rimane da chiedersi cosa debba intendersi per “disciolto partito fascista”. A tale proposito non è accettabile l'interpretazione che considera partito o movimento soltanto quell'apparato politico che si è storicamente determinato sotto il nome di PNF⁸⁵⁶, perché “essa porta alla sostanziale inapplicabilità della norma”⁸⁵⁷; così come appare francamente *contra constitutionem* l'esegesi, alimentata dalle correnti ‘emergenzialistiche’ e autoritarie confluite nella legge Reale, secondo la quale la norma andrebbe applicata anche a “gruppuscoli privi di rilievo”⁸⁵⁸, rischiando di trasformare il reato *de quo* in una fattispecie a tutela dell'ordine pubblico ideale, in quanto tale riproduttiva dello schema dei *crimina laesae majestatis*. Viceversa, di sicuro più affidabile appare l'opinione di chi, ritenendo di individuare il bene giuridico tutelato nell'ordine costituzionale, ritiene la formula dell'art. 1 della legge Scelba applicabile a quei gruppi che, oltre a turbare la pace sociale, si richiamano chiaramente agli ideali e ai principi del fascismo, denotando per questo una evidente capacità offensiva⁸⁵⁹. Riteniamo che quest'ultima impostazione, nonostante si sforzi di interpretare conformemente alla Costituzione la norma - obbligo che grava su tutti i giuristi - non sia, tuttavia, sufficiente ad eliminare tutti i dubbi di costituzionalità che attanagliano la fattispecie in esame. Abbiamo già rilevato, infatti, che la natura eccessivamente pubblica dell'interesse tutelato relega il piano dell'incriminazione in una dimensione di inevitabile presuntività del pericolo, che anticipa eccessivamente la soglia della punibilità, ben oltre i limiti del tentativo. In passato la dottrina ne ha, pertanto, messo in dubbio la legittimità costituzionale, per contrasto con l'art. 21 Cost. Si sottolineò il rischio che la norma incriminasse la mera espressione del pensiero, per lo più di

⁸⁵⁶ Questa è la posizione di NENCIONI, *La legge Scelba, una barbara reliquia*, Roma, 1973, pp. 48 ss., ritenuta “troppo di parte” da A. MANNA, *op. loc. cit.*, p. 143, probabilmente a causa della dichiarata appartenenza di Nencioni al Movimento Sociale Italiano, di cui fu tra i fondatori e parlamentare dal 1963 al 1977.

⁸⁵⁷ Così testualmente, A. MANNA, *op. loc. cit.*, p. 143.

⁸⁵⁸ L'espressione è di A. MANNA, *op. loc. cit.*, p. 143.

⁸⁵⁹ La tesi è di A. MANNA, *op. loc. cit.*, pp. 144 e 145, il quale risente evidentemente dell'influsso di E. GALLO – E. MUSCO, *I delitti contro l'ordine costituzionale, cit.*, pp. 7 ss.

natura apologetica ⁸⁶⁰, per l'ontologico soggettivismo del fondamento dell'incriminazione, che rivolgendosi alla denigrazione delle democrazie, delle sue istituzioni ma soprattutto dei valori della resistenza, o riferendo l'esaltazione a principi, fatti e metodi propri del partito fascista o alle manifestazioni esteriori proprie del predetto partito, omette totalmente qualsiasi tentativo di tipizzazione di tali elementi⁸⁶¹.

Va, quindi, censurato della norma il forte *deficit* di tassatività/determinatezza, nonostante si colga il legislatore nello sforzo di definire il significato della nozione di "partito fascista". A differenza dei reati di opinione di estrazione codicistica, infatti, per la prima volta il legislatore, pur operando nel settore classico della repressione del dissenso, non utilizza una tecnica redazionale a forma aperta, bensì specifica le singole modalità comportamentali di aggressione al bene giuridico. A ben vedere, questo sforzo descrittivo è dovuto alla circostanza di impegnare il processo di criminalizzazione verso l'esclusione dall'ordinamento di una particolare ideologia (quella fascista), e non di tutte le teorie politiche dissenzianti, che nel periodo pre-repubblicano, soltanto per contingenza storica, furono identificate in quelle di stampo marxista. Tuttavia, tale maggiore impegno normativo, come visto, non corrisponde ad una maggiore determinatezza dell'incriminazione, capace di coinvolgere, seppur all'interno di una sola dimensione ideologica, tutte le espressioni di dissenso, dalla contestazione di un solo valore della Repubblica all'esaltazione di un solo principio del fascismo.

Definito il significato di "disciolto partito fascista", l'art. 2 della legge Scelba, così come modificato dall'art. 8 della legge Reale, isola due singole fattispecie delittuose di riorganizzazione del partito fascista, cui accedono indifferentemente tutte le modalità esecutive predisposte dall'art. 1 della legge *de qua*. La prima consiste nel fatto di chiunque promuove o organizza o dirige le associazioni, i movimenti o i gruppi politici di cui all'art. 1, la cui cornice edittale prevede la reclusione da cinque a dodici anni ed una multa da euro 1.032 a euro 10.329.

La seconda consiste nel solo fatto di partecipare all'associazione, punibile con la reclusione da due a cinque anni e con la multa da euro 516 a euro 5.164.

⁸⁶⁰ Cfr. A. MANNA, *op. loc. cit.*, p. 142.

⁸⁶¹ P. NUVOLONE, *Le leggi penali e Costituzione, cit.*, pp. 54 ss.

Tuttavia, non ogni episodio di violenza, di denigrazione della democrazia, di propaganda razzista, ecc., è riconducibile in uno dei delitti di riorganizzazione del partito fascista. A tal fine occorre che l'episodio sia idoneo a determinare il costituirsi di un'associazione avente le finalità antidemocratiche proprie del partito fascista (nel delitto di promozione, organizzazione o direzione), o denoti la sicura adesione dell'agente al predisposto vincolo associativo (nel delitto di partecipazione).

Come si può facilmente notare, la norma fa retroagire eccessivamente la soglia della punibilità. Si tratta, infatti, di delitti istantanei a consumazione anticipata, che vengono in rilievo non appena sono posti in essere atti idonei a costituire i fondamenti ideologici e istituzionali del partito fascista. Il fronte della tutela penale viene così notevolmente avanzato, data la qualificazione di delitto perfetto attribuita ad una serie di atti che non realizzano nemmeno un tentativo, in quanto al requisito dell'idoneità non si accompagna quello della direzione non equivoca degli atti⁸⁶².

A conferma dell'assunto riteniamo di soffermarci sull'elemento dell'uso della violenza, che, rispetto al reato in questione, assume alternativamente un duplice inquadramento di tipo dommatico. Oltre a rilevare, infatti, quale elemento utile a definire quando un'associazione, perché fascista, rientra nell'ambito di applicazione della legge Scelba, esso rileva, *ex art. 2 co. 3*, quale circostanza aggravante del delitto *de quo*, in presenza della quale le pene sono raddoppiate. Ebbene, in questo caso, non solo si riduce a mero elemento accidentale l'unico requisito da cui potrebbe dipendere la ragionevole attribuzione di un disvalore di evento al fatto di "associarsi", ma lo si fa rilevare in una duplice direzione: da una parte, quale indice sintomatico dell'esistenza di un'associazione o gruppo fascista; dall'altra quale circostanza aggravante. Viceversa, l'unica direzione verso la quale l'uso della violenza dovrebbe rilevare è quella degli elementi costitutivi del reato, nel senso di costituire l'unico *discrimen* possibile tra associazione "lecita" e associazione "illecita". Se è così, il fatto che l'associazione predisponga o meno la propria struttura organizzativa all'uso della violenza è assolutamente irrilevante ai fini dell'individuazione del reato; questo perché, per riconoscere un'associazione

⁸⁶² Così S. VINCIGUERRA, (voce) *Sanzioni contro il fascismo*, *cit.*, p. 918.

come fascista, a norma dell'art. 1, è sufficiente anche la mera estrinsecazione di un'opinione (la denigrazione della democrazia, l'esaltazione della violenza come metodo di lotta politica, la propaganda razzista, etc.), così come per l'integrazione di una delle due fattispecie dell'art. 2, basta il solo fatto di partecipare attraverso una delle modalità esecutive appena indicate. In conclusione, l'agente è colpito dalla sanzione penale, indipendentemente dal carattere o meno violento, non solo degli atti, ma della stessa dimensione finalistica dell'associazione; quest'ultima potrebbe anche non proporsi l'intento di una sovversione violenta e subitanea della Repubblica, ma semplicemente quello di aderire ad un programma, puramente dialettico, di denigrazione della nozione di democrazia. Tutto ciò conferma che nell'incriminazione in esame è riprodotta la logica del reato formale e del pericolo presunto, con grossi inconvenienti sul piano della legittimità costituzionale della norma⁸⁶³.

Inoltre, come già rilevato, la difficoltà di stabilire se il partito fascista si è ricostituito è dovuta anche al fatto che nessuna associazione o movimento ha evidentemente interesse a dichiarare nei propri statuti finalità antidemocratiche di tipo fascista. Occorrerebbe, quindi, provare i "gerundi esecutivi" dell'art. 1 dalla considerazione dell'attività di un'associazione; prova che diventa pressoché impossibile se si ha riguardo ad un'associazione che nei propri statuti accetta il metodo democratico e partecipa alle elezioni politiche e/o amministrative, facendo proprie le regole della rappresentanza, e magari ha propri membri in seno alle assemblee parlamentari. Parte della dottrina ha affrontato il problema enucleando alcuni criteri di giudizio, come quello della frequenza con cui avvengono le attività fasciste, oppure quello del numero delle persone coinvolte⁸⁶⁴. Si tratta di

⁸⁶³ Per completezza di esposizione, dobbiamo segnalare l'autorevole opinione di chi ha sostenuto l'opportunità di conservare tale forma di incriminazione, sia perché a ciò viene vincolato il legislatore ordinario dalla XII disp., sia perché un'associazione neofascista è in grado di porre in pericolo le condizioni minime di esistenza della società. Tuttavia, pur nel quadro del mantenimento della norma *de qua*, si sostiene al contempo la necessità di espungere da essa ogni riferimento alla mera esaltazione del pensiero, o alla mera denigrazione di quello altrui, e di vincolare il pur necessario riferimento ideologico all'estremo della violenza, intesa anche come programma politico. Per tale impostazione v. T. PADOVANI, *Bene giuridico e delitti politici*, cit., p. 27; nello stesso senso A. MANNA, *op. loc. cit.*, p. 151.

⁸⁶⁴ Ci riferiamo all'impostazione di S. VINCIGUERRA, (voce) *Sanzioni contro il fascismo*, cit., p. 917, il quale conclude nel senso di ritenere in un dato territorio riorganizzato il partito fascista se tutti o la maggioranza degli aderenti ad un'associazione si comportano in uno dei modi indicati nell'art. 1 della l. n. 645 del 1952.

interpretazioni acute, ma che non trovano alcuna rispondenza nel dato letterale della norma. La verità è che, in questo quadro, individuare il confine tra attività politica e “fatto” penalmente rilevante diviene pressoché impossibile: l’unico elemento in grado di vincolare l’interprete ad un ragionevole e sicuro discernimento sarebbe l’uso della violenza, che però dovrebbe rilevare quale elemento costitutivo della fattispecie; cosa che non accade nell’art. 2 della legge *de qua*.

A fini dimostrativi, si pensi al dato per cui la disposizione non ha mai avuto una vasta applicazione giurisprudenziale; anzi, si è sempre riscontrata un’alta cifra oscura, cioè un rapporto eccessivo tra i numerosi reati commessi e le relative scarsissime applicazioni giurisprudenziali, sì da considerarla un sintomo della necessità di abbandonare la via della tutela penale, a causa della scarsa efficacia di quest’ultima⁸⁶⁵. Solo alla metà degli anni Settanta del secolo scorso si sono avute le prime importanti pronunce giurisprudenziali⁸⁶⁶, le quali hanno subito rilevato la necessità interpretativa di non scivolare nella mera incriminazione di un mero pensiero, sia pure nell’ambito di un reato associativo, attraverso un’adeguata valorizzazione del momento dell’offesa, così da discernere fra associazioni che effettivamente abbiano una capacità di mettere in pericolo il bene protetto, e associazioni che sicuramente tale capacità non posseggono, e la cui incriminazione avrebbe ad oggetto un’attività eccessivamente prodromica, in contrasto con l’art. 21 Cost. Inoltre, c’è da mettere in rilievo che, in caso di condanna per promozione, organizzazione o direzione di partiti neofascisti, soltanto in alcuni casi si è proceduto, a norma dell’art. 3 l. n. 645/1952, allo scioglimento dei rispettivi movimenti politici⁸⁶⁷.

⁸⁶⁵ Cfr. FORTI, *Tra criminologia e diritto penale: cifre nere e funzione generalpreventiva della pena*, in MARINUCCI-DOLCINI, (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, 53 ss., citato da A. MANNA, *op. loc. cit.*, p. 138, nota 3.

⁸⁶⁶ Trib. Roma, 9 febbraio 1974, Graziani ed altri, in *Giur. cost.*, 1974, I, 472 ss., con nota di PETTA, *Il primo caso di applicazione della legge Scelba*, *ibid.*, 473 ss.; Trib. Bologna, 17 dicembre 1975, Occhini e altri, in *Crit. pen.*, 1976, 73 ss., con nota di RICCIOTTI, *Brevi considerazioni sul delitto di riorganizzazione del Partito Fascista*, in *ibid.* 93 ss.; Trib. Bari, 1 febbraio 1978, Modolo ed altri, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, 317 ss., con nota di SPAGNOLO, *Norme penali contro il neofascismo e XII disposizione finale della Costituzione*, *ibid.*, 318 ss.; Trib. Padova, 16 luglio 1976, in *Giur. Ital.*, 1978, II, 35 ss., con nota di R. PUNZO, *In tema di riorganizzazione del partito fascista*, in *ibid.*, 1978, 35, n.1.

⁸⁶⁷ Cfr. D.M. 23 novembre 1973 “Scioglimento del movimento politico *Ordine nuovo*” e 8 giugno 1976 “Scioglimento del movimento politico *Avanguardia nazionale*” (in *Gazz. Uff.*, 23 novembre

La scarsa efficacia della legge Scelba si coglie, infatti, soprattutto nel dato per cui non fu mai applicata nei confronti del maggiore partito sospettato di avere caratteristiche neo-fasciste (Movimento Sociale Italiano), malgrado l'impegno e l'attivismo della magistratura⁸⁶⁸. Come si può facilmente notare, la circostanza appena riferita denota una certa difficoltà di funzionamento delle disposizioni di una legge come quella del 1952; quella cifra oscura di cui si è parlato, infatti, è dovuta alle preoccupazioni politiche e alle tensioni sociali che un eventuale scioglimento di un partito, comunque rappresentativo⁸⁶⁹, avrebbe provocato nella comunità sociale e politica del Paese, che proprio in quegli anni faceva i conti con forti "conflitti di classe" e drammatiche tensioni politiche tra opposte fazioni di "destra" e di "sinistra". Quando non si procedette all'emanazione dei decreti di scioglimento, nonostante questi fossero stati considerati dalla giurisprudenza amministrativa "atti dovuti"⁸⁷⁰, infatti, le sentenze di condanna avevano riguardato strutture associative o movimenti politici aventi collegamenti, più o meno, organici con il MSI⁸⁷¹. E' ovvio che dall'estrema indeterminatezza della fattispecie scaturiva – e scaturisce tutt'ora - una grave incertezza in ordine al confine tra "associazione fascista penalmente rilevante" e "partito politico di ispirazione fascista che si muove in democrazia", attesa anche l'assenza di una legge sui partiti e sui movimenti politici.

1.3 L'istigazione pubblica alla riorganizzazione del partito fascista

Le prime espressioni legislative dell'intento di impedire il risorgere del fascismo furono rivolte non solo ad impedire la prosecuzione di attività del disciolto partito fascista (c.d. sanzione contro il fascismo "storico"), con la l. 149/1945, ma altresì

1973 e 9 giugno 1976): lo riferiscono P. BARILE, U. DE SIERVO, (voce) *Sanzioni contro il fascismo e il neofascismo, cit.*, p. 971, nota 4.

⁸⁶⁸ Lo riferiscono P. BARILE, U. DE SIERVO, (voce) *Sanzioni contro il fascismo e il neofascismo, cit.*, p. 971, al quale si rinvia per ulteriori approfondimenti, specie in rapporto alle continue e vane insistenze della magistratura volte ad ottenere l'autorizzazione della Giunta della Camera dei Deputati per procedere contro il segretario del M.S.I Giorgio Almirante. Non si è mai riusciti ad andare oltre le indagini preliminari.

⁸⁶⁹ A conferma dell'assunto, ricordiamo che il MSI arrivò, proprio in quegli anni (1972), ad eleggere nel Parlamento italiano ben 82 parlamentari su 945: si tratta di una percentuale non irrisoria, circa l'11,5% del totale rappresentativo.

⁸⁷⁰ Cfr. Cons. Stato, IV, 21 giugno 1974, n. 452, in *Giur. Ital.*, 1975, III, 1,3, citata da P. BARILE, U. DE SIERVO, (voce) *Sanzioni contro il fascismo e il neofascismo, cit.*, p. 971, nota 8.

⁸⁷¹ Lo riferiscono ancora P. BARILE, U. DE SIERVO, (voce) *Sanzioni contro il fascismo e il neofascismo, cit.*, p. 971.

a sanzionare la ricostruzione *ex novo* di gruppi o movimenti che a quel partito si ispirassero, con la l. 1546/1947. Entrambe le leggi furono però anche configurate come temporanee; peraltro, le disposizioni della l. n. 1546, secondo l'art. 10, avrebbero cessato di aver vigore solo se fossero risultate incompatibili con le norme della legge Scelba, che sostituì la citata legge del '47. Pertanto, da un esame comparativo delle due normative, risulta che l'unica norma tuttora in vigore fra quelle della l. n. 1546/1947 è l'art. 6, il quale punisce “chiunque, per mezzo della stampa o in altro modo, pubblicamente istiga a riorganizzare il partito fascista”⁸⁷². Questa fattispecie è quella meno applicata dalla giurisprudenza, ed alla Corte costituzionale non è mai pervenuta alcuna eccezione di legittimità costituzionale, a differenza di quel che è accaduto per l'apologia e le manifestazioni fasciste, nonostante anche la norma *de qua* appaia riconducibile senza difficoltà alla categoria dei reati di opinione⁸⁷³.

Questo tipo di istigazione non si distacca in nulla dai suoi relativi corrispondenti codicistici: l'istigatore è, pertanto, punito qualora abbia agito pubblicamente (di veda l'art. 266 c.p.), per il solo fatto dell'istigazione.

1.4 L'apologia del fascismo

Le perplessità, dianzi manifestate in rapporto ai delitti di ricostituzione del disciolto partito fascista e della relativa istigazione pubblica, si moltiplicano in rapporto alle fattispecie di apologia e manifestazioni fasciste.

Il delitto di apologia del fascismo, pur se dalla giurisprudenza visto come una forma di istigazione indiretta⁸⁷⁴, fa risaltare maggiormente la chiara matrice ideologica della legge Scelba.

L'art. 4 della l. 645/1952 descrive due fattispecie. La prima consiste nella “propaganda per la costituzione di un'associazione, di un movimento o di un gruppo” di estrazione neo-fascista, punibile con la reclusione da sei mesi a due anni, oltre ad una lieve multa.

⁸⁷² E. GALLO – E. MUSCO, *I delitti contro l'ordine costituzionale*, cit., p. 66, bene rilevano che la disposizione non è stata interessata neanche dall'abrogazione esplicita di cui all'art. 10 co. 2 della legge *Reale*.

⁸⁷³ A. MANNA, *op. loc. cit.*, p. 144.

⁸⁷⁴ In argomento si rinvia alla bibliografia analizzata nel primo capitolo.

Alla stessa pena soggiace chi pubblicamente “esalta esponenti, principi, fatti o metodi del fascismo, oppure le sue finalità antidemocratiche”. Al delitto in esame accede anche la previsione della circostanza aggravante della c.d. “discriminazione razziale” (“se il fatto riguarda idee o metodi razzisti”), per la cui realizzazione è prevista la reclusione da uno a tre anni.

La pena è della reclusione da due a cinque anni se taluno dei delitti precedenti è commesso con il mezzo della stampa.

La disposizione, più che per la scarsissima applicazione giurisprudenziale, è balzata alle cronache per l'intervento della Corte costituzionale, con sentenza 1/1957⁸⁷⁵, che respinse l'eccezione di incostituzionalità, proposta per il presunto contrasto con l'art. 21 Cost., dichiarando che per costituire reato l'apologia del fascismo deve consistere “in un'esaltazione tale da poter condurre alla riorganizzazione del partito fascista”. Essa è dunque subordinata al valore strumentale che l'apologia assume in rapporto alla riorganizzazione del partito fascista. A ben vedere, in quest'occasione, la Consulta non fece altro che correggere la fattispecie *de qua* ricorrendo al correttivo dell'idoneità della condotta, facendo di essa un reato di pericolo concreto⁸⁷⁶.

Come i delitti di riorganizzazione, anche l'apologia del fascismo è un delitto obiettivamente politico⁸⁷⁷, configurando il quale la legge mira a tutelare l'ordinamento costituzionale democratico nei confronti del fenomeno associativo neofascista. Ma, come si è già avuto modo di sottolineare, si tratta di un atteggiamento interpretativo che la Corte costituzionale avrà modo di reiterare: ci riferiamo alla sentenza n. 87/1966⁸⁷⁸ che salvò dall'incostituzionalità l'apologia sovversiva o antinazionale (272 c.p.) e n. 65/1970⁸⁷⁹ che rigettò la questione d'illegittimità dell'apologia di reato (414 co. 3 c.p.). Tuttavia, codesti pronunciamenti non furono in grado di sottrarre i relativi delitti alla loro natura di pericolo presunto, giacché alla concretizzazione del reato sul piano logico non

⁸⁷⁵ Corte cost., 26 gennaio 1957, n. 1, *cit.*

⁸⁷⁶ Nel senso della fattispecie di pericolo concreto, v. Tribunale Bologna, sez. I, 15 aprile 2008, n. 2008, in *Guida al diritto*, 2008, 39, 105, secondo il quale “il reato di apologia di fascismo è un reato di pericolo, ma presuppone che gli atti e i fatti, in cui si concreta, siano in concreto idonei a provocare adesioni e consensi favorevoli alla ricostituzione del partito fascista”.

⁸⁷⁷ Così anche S. VINCIGUERRA, (voce) *Sanzioni contro il fascismo*, *cit.*, p. 921.

⁸⁷⁸ Cfr. Corte cost., sentenza 6 luglio 1966, n. 87, in *Giur. cost.*, 1966, *cit.*

⁸⁷⁹ Cfr. Corte cost., sentenza n. 65 del 1970, in *Arch. Pen. cit.*, con nota di C. FIORE, *Libera manifestazione del pensiero e apologia di reato*, *cit.*

fece seguito alcuna concretizzazione teleologica dell'oggetto della tutela, rivelandosi il recupero dell'idoneità, oltre che inutile, anche illusorio⁸⁸⁰. Non è un caso, infatti, che nella pronuncia *de qua*, che inaugura il filone del pensiero politico come 'principio di azione', i principi ideologici della nuova Repubblica sono ritenuti un legittimo oggetto di tutela della norma penale. In questo quadro, la XII disp. trans. – a parere della Consulta – deroga a qualunque altra norma costituzionale che prevede diritti il cui esercizio possa favorire la riorganizzazione del partito fascista, compreso l'art. 21 Cost., di guisa che è costituzionalmente legittima qualsiasi norma legislativa ordinaria diretta ad attuare il contenuto della XII disp. trans. che deroghi alle stesse norme costituzionali già derogate dalla stessa disposizione finale.

Poiché anche i delitti di riorganizzazione dell'art. 2 possono essere realizzati con una condotta apologetica, si rende necessario individuare il criterio distintivo fra essi e il delitto di cui all'art. 4. In argomento segnaliamo che, a parer di certa dottrina, il *discrimen* è dato dal contenuto dell'apologia⁸⁸¹. Se essa è finalisticamente rivolta solo al passato ed è così suggestiva da essere idonea a provocare la riorganizzazione del partito fascista, sussiste il delitto di apologia. Se, invece, la lode contiene riferimenti al momento attuale, uniti a indicazioni, anche implicite, sui mezzi, i modi, le occasioni per ridare vita al fascismo o, se già rinato, per dare ad esso peso nelle attuali vicende politiche, è integrato, secondo i casi, uno dei delitti di riorganizzazione.

Secondo tale impostazione, pertanto, la condotta apologetica che è idonea a determinare la riorganizzazione del partito fascista e, al contempo, è rivolta al presente costituisce un delitto punibile ai sensi dell'art. 2 l. 645/1952; viceversa, l'apologia che si rivolge al passato, ma rivolta ugualmente idonea all'effetto di ricostituzione di un partito fascista, rientra nell'ipotesi di cui all'art. 4. La differenza di pena tra le due fattispecie è dovuta alla considerazione, ovvia per quel legislatore, di una maggiore attitudine offensiva di un'apologia il cui contesto di manifestazione sia un'associazione o un gruppo di persone, rispetto all'apologia commessa da un solo individuo.

⁸⁸⁰ In argomento si rimanda al secondo capitolo e alla bibliografia *ivi* analizzata.

⁸⁸¹ S. VINCIGUERRA, (voce) *Sanzioni contro il fascismo, cit.*, p. 922.

1.5 Le manifestazioni fasciste

La fattispecie di “manifestazioni fasciste” fu elevata al rango di delitto con la legge del 1975 a tutela dell’ordine pubblico, sussistendo nell’impianto originario della legge Scelba sotto forma di contravvenzione. La norma prevede la pena della reclusione fino a tre anni per “chiunque, partecipando a pubbliche riunioni, compie manifestazioni usuali del disciolto partito fascista ovvero di organizzazioni naziste”. E’ evidente la stretta affinità con il precedente reato di apologia, dal quale si differenzia perché nel primo caso si incrimina non soltanto la parola, bensì pure gesti e comportamenti tipici del disciolto partito fascista⁸⁸². Su questo piano, è interessante notare come il legislatore repubblicano, nell’incriminare, con assoluta indeterminatezza, qualsiasi forma di manifestazione, dimostri di aver imparato dalle esperienze del passato e di conoscere a fondo il fascismo. Egli, infatti, consapevole dell’importanza che gli apparati ‘liturgici’ rivestivano in ideologie tendenti all’imposizione istituzionale di forme di totalitarismo politico, individua in esse i germi potenziali di una reinfezione psicologica, che poteva ancora una volta coinvolgere le masse in una fascinazione dall’antico sapore autoritario. E’ fondamentale per questo motivo che i compilatori della legge Scelba pensano ad una chiusura contravvenzionale del cerchio repressivo: dopo aver punito la ricostituzione del partito fascista, la sua istigazione e la sua apologia, infatti, non rimaneva che la criminalizzazione di qualsiasi altra espressione liturgica legata ai fenomeni del neofascismo. Da questo punto di vista, riteniamo di poter scorgere una linea lungo la quale vi è una graduale regressione della capacità offensiva delle singole fattispecie previste nella legge, che corrisponde ad un graduale, ma progressivo arretramento della soglia della punibilità: dalla ricostituzione del partito alla sua propaganda, dalla sua apologia a qualsiasi generica manifestazione di gesti, contrassegni o simboli⁸⁸³.

⁸⁸² A. MANNA, *op. loc. cit.*, p. 146.

⁸⁸³ Va segnalato l’orientamento di P. BARILE – U. DE SIERVO, (voce) *Sanzioni contro il fascismo e il neofascismo*, *cit.*, p. 972, secondo il quale la legge Reale avrebbe limitato il reato solo alle manifestazioni tipiche delle organizzazioni naziste.

Tuttavia, nonostante le perplessità relative alla legittimità costituzionale della norma, la Consulta l'ha salvata segnatamente in due occasioni⁸⁸⁴, tentando, come fece per l'apologia, di collegare in qualche modo l'incriminazione al reato associativo, attraverso il paradigma del pericolo concreto, nel senso di considerare le condotte reato solo ove risulti idoneo a ricostruire il partito fascista⁸⁸⁵. Come già detto in materia di apologia, tale riferimento al paradigma del pericolo concreto appare criticabile in quanto sarebbe comunque assai difficile operare un giudizio di pericolosità, in concreto, in rapporto a beni giuridici di carattere politico e comunque di tipo meta-individuale. A conferma dell'assunto, è sufficiente ricordare che la giurisprudenza ha riconosciuto la penale responsabilità, ad esempio nei confronti di chi, partecipando ad una pubblica manifestazione con la presenza di un'affollata platea e diversi personaggi politici, effettua numerosi gesti ed invocazioni abituali del disciolto partito fascista, quali "saluti romani", accorate e stentoree invocazioni "Duce Duce" e risposte corali "A NOI"⁸⁸⁶; di chi, nel partecipare ad un rito funebre, compie manifestazioni usuali del disciolto partito fascista, quali "il saluto all'estinto con rito dell'appello fascista, alzando la mano nel saluto romano e intonando la preghiera del legionario"⁸⁸⁷; di chi intona "all'armi, siam fascisti"⁸⁸⁸; di chi compie "il saluto

⁸⁸⁴ Corte cost., 6 dicembre 1958, n. 74, in *Giur. cost.*, 1958, 958 ss., con osservazione di ESPOSITO; nonché in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959, con nota di SINISCALCO, *La XII disposizione transitoria della Costituzione e il divieto di manifestazioni fasciste*, in *ibid.*, 166 ss. V. inoltre Corte cost., 27 febbraio 1973, n. 15, in *Giur. cost.*, 1973, I, 79 ss., con nota di BELLOMIA, *Manifestazioni fasciste e XII disposizione transitoria della Costituzione*, in *ibid.*, II, 1070 ss.

⁸⁸⁵ In questo senso, v. Tribunale Milano, 21 febbraio 2008, n. 13682, in *Giur. di merito*, fasc. 3, 1009, 735, con nota adesiva di BIONDI, *Brevi considerazioni sul reato di manifestazioni fasciste: può essere considerato un reato di opinione?*, di cui si riporta la massima: "Il reato di manifestazioni fasciste integra una fattispecie di pericolo concreto, per la sussistenza della quale è necessaria non già una qualsiasi manifestazione pubblica del pensiero, bensì quelle manifestazioni usuali, cioè consuete, perché generalmente praticate dal partito fascista, ancorché non originali, ma mutate da altri settori della vita collettiva, che possono determinare il pericolo di ricostituzione di organizzazioni fasciste in relazione all'ambiente ed al momento in cui vengono compiute".

⁸⁸⁶ Tribunale Milano, 20 dicembre 2007, ud. 20-12-2007.

⁸⁸⁷ Cass., sez. II, 17 febbraio 1961, ric. Rossi + altri, ove il giudice di merito aveva ritenuto che il numero degli intervenuti, la dignità parlamentare di alcuni di essi e la suggestività e potenza evocativa dei riti fossero tali da impressionare la folla e determinare la situazione di pericolo che costituisce l'evento del reato.

⁸⁸⁸ Cass. Pen., sez. II, 12 febbraio 1963, imp. Rossi: in questo caso l'inno è stato considerato alla stregua di una professione di fede e di incitamento all'azione violenta in corso.

romano, fatto da persona armata di manganello durante un comizio elettorale⁸⁸⁹; di quanti, subito dopo la lettura della sentenza emessa nei loro confronti, hanno “salutato romanamente e gridato più volte la parola *sieg heil*”⁸⁹⁰.

La verità è che dette norme, come del resto anche quella riguardante la pubblica istigazione al fascismo, non rientrano nell’ambito della XII disp. trans. della Costituzione, che potrebbe riguardare – ma anche qui, come già detto, le perplessità non mancano – solo il reato associativo⁸⁹¹. Se è così, ne consegue che esse non possono essere elevate a limiti alla libertà di manifestazione del pensiero; pertanto ne è indubbia l’illegittimità costituzionale.

1.6 Un personale bilancio

Cos’è stato il fascismo per il legislatore antifascista repubblicano? Un fatto collettivo degradato ad un fatto di natura individuale. Tesi – evidentemente – tanto irragionevole da non meritare di essere discussa⁸⁹². Non v’è dubbio, infatti, che con le disposizioni esaminate si sia puntato a criminalizzare un’intera ideologia, proprio alla stregua degli schemi di incriminazione del codice Rocco. Va da sé che quasi tutti i principi costituzionali del diritto penale risultano violati: tassatività/determinatezza della fattispecie penale, materialità della condotta, offensività, personalità della responsabilità penale e, infine, il canone della rieducazione/non desocializzazione. A ben vedere, tutte le fattispecie della legge Scelba – compreso il reato associativo, per come esso è costruito – costituiscono ipotesi di mera disobbedienza e di pericolo presunto. Più specificamente,

⁸⁸⁹ Cass. Pen., sez. I, 18 gennaio 1972, n. 3826: in questo caso si è ritenuto che le circostanze e modalità del fatto fossero tali da creare “il pericolo di suscitare nel pubblico suggestioni e incitamenti miranti alla riorganizzazione del disciolto partito fascista”.

⁸⁹⁰ Cass. Pen., sez. I, 4 ottobre 1982, n. 11943, in *Cass. Pen.*, 1984, 172 e in *Giust. Pen.*, 1983, II, 644; qui i giudici di merito hanno sottolineato la volontà degli agenti di suscitare consensi alla loro attività neo-fascista e, quindi, di diffondere concezioni favorevoli alla ricostituzione di organizzazioni fasciste; la Corte Suprema ha ravvisato in tale atteggiamento “un pur minimo pericolo per le istituzioni democratiche”.

⁸⁹¹ In questo senso, v. A. MANNA, *op. loc. cit.*, p. 151, il quale conclude nel senso che un’efficace difesa contro l’eversione neofascista possa essere legittimamente limitata ad un reato associativo, adeguatamente modificato con la messa in rilievo, come elemento caratterizzante, dell’estremo della violenza, e con l’esclusione, invece, di meri reati di opinione che, come, ad esempio, le manifestazioni fasciste, potrebbero al più costituire illeciti amministrativi. Tuttavia, una radicale eliminazione dal nostro sistema giuridico-penale, delle sanzioni contro il fascismo, sarebbe per l’Autore eccessiva, in rapporto a recenti riemersioni di analoghe ideologie in tutta Europa.

⁸⁹² Seppur in relazione al diverso tema del concorso di persone nel reato, l’espressione è tratta da U.G. BALESTRINO, *Sulla contestazione del contributo individuale al concorso di persone nel reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, III, 2012, 768.

autorevole dottrina⁸⁹³ ha richiamato al riguardo la categoria dei c.d. reati ostativi, che non riguardano in alcun modo comportamenti offensivi di un interesse ma mirano semmai a prevenire la commissione di azioni a loro volta pericolose, elevando direttamente ad oggetto dell'incriminazione comportamenti che, rispetto a quelle, rappresentano soltanto una premessa vagamente preparatoria. In questi casi, quindi, si assiste ad un'eccessiva anticipazione della soglia della punibilità, oltre i limiti stabiliti dal tentativo, giungendo a punire sostanzialmente il pericolo di un pericolo.

Diversamente, invece, si pronunciano parte della dottrina e la giurisprudenza unanime⁸⁹⁴: la prima, infatti, pare divisa tra chi, dell'intero apparato repressivo della legge del 1952, conserva solo il reato associativo, con il correttivo del ricorso esclusivo e prioritario all'uso della violenza⁸⁹⁵, e chi lo ritiene invece assolutamente funzionale alla protezione dello Stato democratico. In tale prospettiva, evidentemente condivisa dalla giurisprudenza, anche i reati - meramente di opinione - di apologia e manifestazioni fasciste non sollevano particolari perplessità costituzionali, perché tali condotte, pur quando non ricondotte ad una forma indiretta di istigazione a riorganizzare il partito fascista, ne rappresentano indubbiamente un atto prodromico, necessario affinché tale riorganizzazione abbia luogo. Senza propaganda o 'liturgie' miranti a persuadere i cittadini dell'opportunità politica di restaurare il fascismo, nessuna attività riorganizzatoria potrebbe utilmente svolgersi, e le propagande e i riti liturgici propri del fascismo presuppongono - secondo queste teorie - l'esaltazione costante del modello storico, proposto all'ammirazione ed all'imitazione dei nuovi adepti. Ne deriva di conseguenza che l'incriminazione di fatti apologetici o delle manifestazioni usuali e pubbliche del fascismo, siccome possono assumere valore strumentale e idoneo rispetto alla riorganizzazione del partito fascista, svolge ed attua il divieto contenuto nella XII disp., che, essendo norma di rango costituzionale, deroga validamente anche all'art. 21 Cost.

⁸⁹³ E. GALLO - E. MUSCO, *I delitti contro l'ordine costituzionale*, cit., pp. 80 ss.

⁸⁹⁴ In materia, per un esame dettagliato della giurisprudenza anche costituzionale, v. RICCIOTTI, *Le sanzioni contro il neofascismo*, in *Crit. pen.*, 1975, 212 ss.

⁸⁹⁵ Si tratta della posizione assunta da autorevole dottrina: T. PADOVANI, *Bene giuridico e delitti politici*, cit., p. 27; nello stesso senso A. MANNA, *op. loc. cit.*, p. 151.

Riteniamo che tali teorie siano da analizzare maggiormente sotto il profilo di ciò che esse non dicono, più che esaminarne i contenuti più evidenti. Chi sostiene, infatti, l'assoluta necessità che fattispecie di tal sorta sopravvivano anche in un sistema penale democratico e che, *anzi*, esse siano piuttosto un presidio di difesa della democrazia, omette di dire che il presupposto politico della "consumazione anticipata" è da individuare nel retro-pensiero secondo cui la previsione di una fattispecie, astrattamente offensiva di un bene giuridico, arriverebbe troppo tardi rispetto alle esigenze della difesa dell'ordinamento, perché a quel punto un partito fascista si sarebbe già ricostituito, e la vita della Repubblica risulterebbe già irrimediabilmente compromessa. Ciò che per coerenza, quindi, tali teorie dovrebbero meglio esternare, onde evitare di incorrere in un vizio di ipocrisia, è che una norma penale può tutelare legittimamente ciò che non è elevabile a bene giuridico, e cioè una *ratio* di tutela; che, nel campo della difesa della democrazia, il principio di offensività non esiste, e se esiste esso non è vincolante, né per il legislatore, né per l'interprete; che la Costituzione può essere, infine, penalmente tutelata anche al costo di violarne i principi incorrendo in tal caso in un vizio logico e metodologico, più o meno come chi pretende di salvare la vita di un uomo, giungendo ad ucciderlo.

In realtà, riteniamo che l'impresa repubblicana di criminalizzazione del fascismo sia molto più complessa, nella parte in cui essa, non solo aggiunge nuovi reati di opinione, ma conserva tutte le fattispecie contro il dissenso politico di estrazione "fascista", creando alla giurisprudenza e alla dottrina imbarazzanti problemi di concorso tra gli stessi.

A proposito è utile aprire una piccola digressione. La l. n. 645/1952 ha sottratto le attività neofasciste alle norme del codice penale altrimenti applicabili che, originariamente previste a tutela del fascismo, sono oggi poste a presidio del nuovo ordinamento costituzionale. Non è perciò possibile configurare il concorso formale tra il delitto di ricostituzione del partito fascista e quelli di cui agli artt. 270 c.p. (associazione sovversiva) o 270 *bis* c.p. (associazione con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico)⁸⁹⁶; tra il delitto di apologia di

⁸⁹⁶ A. MANNA, *op. loc. cit.*, pp. 147 e 148, dà, tuttavia, conto dell'orientamento opposto, sostenuto da SPAGNOLO, *Norme penali contro il neofascismo e XII disposizione finale della Costituzione, cit.*, pp. 318 ss., secondo il quale l'ipotizzabilità del concorso fra la fattispecie di cui

fascismo e l'art. 414 co. 3 c.p. (apologia di reato); tra il delitto di manifestazioni fasciste e la contravvenzione di cui all'art. 654 c.p. (grida e manifestazioni sediziose), perché le incriminazioni della legge Scelba hanno un contenuto più specifico⁸⁹⁷. Non può non rilevarsi dalle rispettive disposizioni, infatti, la diversità delle associazioni criminose prese in considerazione dal legislatore, il che appare avvalorato altresì da un'indagine sui lavori preparatori, dai quali emerge con chiarezza che l'introduzione delle fattispecie codicistiche fu finalizzata alla repressione del dissenso politico eversivo di carattere marxista⁸⁹⁸.

Permangono, tuttavia, ampie possibilità di concorso formale con i reati contro la persona o contro il patrimonio quando sono commessi con la violenza, realizzando uno dei delitti di riorganizzazione del partito fascista⁸⁹⁹.

Da questo punto di vista, però, la vicenda che coinvolge l'associazione è molto indicativa, perché entrambe, quella sovversiva e quella fascista, sono penalizzate giacché ritenute presuntivamente idonee a sovvertire l'ordinamento repubblicano. E' pur vero, però, che il legislatore ha poi provveduto all'inserimento nel corpo dell'art. 270 c.p. del requisito dell'idoneità dell'associazione al raggiungimento delle finalità illecitamente perseguite, tramite il rinvio all'uso della violenza, operato dalla l. n. 85 del 2006, lasciando al contempo invariato il contenuto degli artt. 1 e 2 della legge *Scelba*, nei quali non si rinviene un analogo correttivo. Secondo illustre dottrina, infatti, in questo caso (ma non solo), "l'inserimento puntiforme di tale requisito suscita consistenti perplessità: forse che altre associazioni illecite possono anche risultare inidonee al raggiungimento degli scopi criminosi?"⁹⁰⁰. Connessa a tale questione è quella in ordine alla natura di pericolo presunto o piuttosto di pericolo concreto, che si assume sottesa al delitto

all'art. 1 della legge *Scelba* e l'associazione sovversiva può basarsi sulla ritenuta diversità del bene giuridico protetto, di matrice più marcatamente ideale, per quanto attiene al delitto di ricostituzione del partito fascista, ed invece legato soltanto alla sicurezza dell'ordinamento democratico dello Stato, per l'associazione sovversiva.

⁸⁹⁷ Per la tesi del concorso tra i delitti di cui agli artt. 305 e 306 c.p. e quello di cui all'art. 1 della legge *Scelba*, v. A. DE FRANCESCO, *I reati di associazione politica*, Milano, 1985, p. 119 ss.; *contra*, A. MANNA, *op. loc. cit.*, secondo il quale la tesi dell'ammissibilità del concorso (di reati) incorrerebbe nel rischio di una duplicazione della qualificazione penale, con conseguente violazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale che fa divieto di attribuire due volte ad un medesimo soggetto un accadimento unitariamente valutabile dal punto di vista normativo.

⁸⁹⁸ In argomento rinviamo alla bibliografia analizzata nel primo capitolo.

⁸⁹⁹ S. VINCIGUERRA, (voce) *Sanzioni contro il fascismo*, *cit.*, p. 924.

⁹⁰⁰ T. PADOVANI, *Un intervento normativo scoordinato che investe anche i delitti contro lo Stato*, in *Guida dir.*, 2006, n. 14, p. 24.

dell'art. 270 c.p., così come modificato dalla novella del 2006. Se l'opinione fino ad ora prevalente poteva sostenere a buon diritto che si trattasse di una fattispecie di pericolo presunto⁹⁰¹, oggi c'è chi sostiene da più parti che il nuovo testo dell'art. 270 c.p. configuri piuttosto un reato associativo dal pericolo concreto⁹⁰². Quest'ultimo orientamento nascerebbe nell'intento di ricondurre la fattispecie ai dettami di un sistema costituzionalmente orientato, pur nella consapevolezza che sarebbe stato meglio espungere la norma dall'ordinamento. Analogo discorso vale per l'art. 270 *bis* c.p.: in questo caso, la giurisprudenza, pur senza giungere mai a contestare la natura "presuntiva" del pericolo, ritiene comunque necessario che la struttura organizzativa presenti un grado di "effettività" tale da rendere almeno possibile l'attuazione del progetto criminoso e da giustificare, quindi, la valutazione legale di pericolosità, correlata all'idoneità della struttura alla realizzazione della serie indeterminata di reati per il cui compimento l'associazione stessa è stata costituita. Diversamente opinando, l'anticipazione della repressione penale finirebbe con il sanzionare la semplice adesione ad un'astratta ideologia e si finirebbe per reprimere idee, piuttosto che fatti⁹⁰³. Ma a ben vedere, proprio quest'ultimo è l'effetto voluto e realizzato dalla legge Reale

⁹⁰¹ In dottrina, E.GALLO-E.MUSCO, *I delitti contro l'ordine costituzionale*, cit., p. 27; P. PETTA, *Le associazioni anticostituzionali nell'ordinamento italiano*, in *Giust. cost.*, 1973, p. 700; F. PALAZZO, *Associazioni illecite ed illeciti delle associazioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, p. 426.

⁹⁰² C. GALDENZI, *sub art. 270 c.p.*, in *Codice commentato*, a cura di E. DOLCINI-G. MARINUCCI, Milano, 2006, p. 1938; C. PIEMONTESE, *sub art. 270 c.p.*, in AA.VV., *Codice commentato*, a cura di T. PADOVANI, Milano, 2011, 1820; V. D. NOTARO, *Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione (l. 24.2.2006 n. 85)*, in *Legisl. pen.*, 2006, p. 408, secondo i quali sembra lecito suggerire un'interpretazione che, valorizzando adeguatamente i principi costituzionali di offensività e libertà di associazione, riferisca la fattispecie in esame soltanto alle organizzazioni concretamente, oltre che direttamente, pericolose per il bene protetto, soprattutto a seguito delle modifiche introdotte dalla l. n. 85/2006.

⁹⁰³ Per questa impostazione in giurisprudenza, v. Cass. pen., I, 10 luglio 2007, n. 34989, in *Cass. pen.*, 2008, 9, 3308. Inoltre, anche secondo l'opinione dominante della dottrina, si tratta di un reato di pericolo presunto; v. E. GALLO – E. MUSCO, *I delitti contro l'ordine costituzionale*, cit., pp. 38 ss.; DE FRANCESCO, *Commento all'art. 3 l. 6.2.80 n. 15*, in *Legisl. pen.*, 1981, pp. 51 ss.; DE VERO, *Banda armata e delitti di associazione politica: profili sistematici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 335; C. GALDENZI, *sub art. 270 bis c.p.*, in AA.VV., *Codice commentato*, a cura di E. DOLCINI-G. MARINUCCI, Milano, 2006, p. 1950; ROSI, *Terrorismo internazionale: le nuove norme interne di prevenzione e repressione. Profili di diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 156; C. PIEMONTESE, *sub art. 270 bis c.p.*, in AA.VV., *Codice commentato*, a cura di T. PADOVANI, Milano, 2011, pp. 1834 ss., secondo cui a far perno alla fattispecie sarebbe il "metodo violento" ad oggetto del programma dell'associazione, seppur inteso non come necessità dell'effettiva realizzazione di atti di violenza da parte dell'associazione ma come concreto piano di fatti violenti predisposto per realizzare le finalità politiche del sodalizio.

che, come già messo in evidenza, ha esteso l'incriminazione anche ai gruppi e ai movimenti fascisti, per ciò solo incriminabili anche se non si raggiungono i requisiti minimi per costituire una vera e propria associazione. In definitiva, ciò che conta rilevare è che nell'associazione fascista assistiamo ad un ulteriore arretramento della soglia della punibilità sia rispetto all'associazione sovversiva (che richiede, come detto, il requisito dell'idoneità degli atti), sia rispetto all'associazione terroristica od eversiva, che, se non richiede il compimento degli atti criminosi costituenti espressione del programma criminoso, quanto meno richiede una certa stabilità del vincolo associativo. L'incriminazione della legge Scelba, quindi, rileva anche nel caso in cui il "movimento" si formi momentaneamente o in via occasionale.

Dottrina e giurisprudenza hanno pure ritenuto che il delitto di associazione sovversiva e quello di ricostituzione del partito fascista possano concorrere tra loro, perché le due figure sono essenzialmente diverse nella condotta, che nel secondo delitto è il semplice raggruppamento di persone, e nell'obiettività giuridica, giacché mentre l'associazione sovversiva è finalizzata alla lesione diretta e immediata della personalità dello Stato, quella "fascista" la lede solo in via mediata e indiretta, attraverso l'adozione di principi ideologici fondamentali di quel partito e il metodo di lotta da esso adottato⁹⁰⁴. Tuttavia, sia che si parta dal presupposto che l'associazione sovversiva risulti tutt'ora caratterizzata dalla semplice diffusione ideologica di un programma politico violento, sia che si aderisca all'opinione secondo cui l'art. 270 c.p. configuri piuttosto un reato di pericolo concreto, i rapporti tra le due fattispecie dovranno comunque atteggiarsi alla stregua di un concorso apparente di norme *ex art. 15 c.p.*, da risolvere a favore dell'incriminazione prevista dalla normativa complementare⁹⁰⁵.

Se è così, non risultano condivisibili quegli orientamenti giurisprudenziali che si sforzano, con un'evidente truffa delle etichette, di qualificare l'associazione in esame come una fattispecie di pericolo "concreto": essa, in realtà, è una fattispecie di pericolo "più che presunto". Abbiamo già dimostrato, infatti, che quella della "concretezza" è a ben vedere un'utopia, una mera clausola di stile,

⁹⁰⁴ V. C. GALDENZI, *sub art. 270 c.p.*, in AA.VV., *Codice commentato, cit.*, p. 1945, che cita Cass, 16 dicembre 1987, Tuti, in *Cass. pen.*, 1989, 979.

⁹⁰⁵ Per questa impostazione v. anche C. PIEMONTESE, *sub art. 270 c.p., cit.*, p. 1830.

che non trova alcuna conferma nelle prassi applicative. Non inventiamo niente se facciamo notare che, nel quadro giurisprudenziale tracciato, è mal spiegato il percorso eziologico che dovrebbe portare un “saluto romano”, o un’invocazione “Duce Duce”, anche se fatta in pubblico e in gruppo, a provocare il pericolo concreto di un imminente sovversione delle istituzioni repubblicane! La verità è che sia la giurisprudenza, sia il legislatore hanno da sempre concepito – e continuano a farlo - il reato associativo fascista come un puro reato di opinione. L’assunto è confermato dalla circostanza che, quando la giurisprudenza si trova a giudicare veri e propri atti di violenza perpetuati da gruppi politici, tende ad applicare la fattispecie dell’associazione sovversiva *ex art. 270 c.p.*, e non quella della legge Scelba, pur quando a perpetuare la violenza sia un gruppo o un’associazione di chiara estrazione ideologica neo-fascista⁹⁰⁶. A ben vedere, un

⁹⁰⁶ Da ultimo, si veda in giurisprudenza Cass. Pen., sez. V, 21 giugno 2013, n. 40111, in *Diritto&Giustizia*, fasc. 0, 2013, 114, con nota di IAVOLELLA, *Scontri a Napoli, protagonisti gli attivisti di 'Casapound'. Semplici episodi di violenza? No, sovversione*, dove la Cassazione, ribaltando completamente le conclusioni del giudice di merito, ha ritenuto che alcune “azioni violente” perpetuate da alcuni attivisti neofascisti del circolo sociale ‘Casapound’ nei confronti di alcuni esponenti del movimento ‘Sinistra antagonista’ – che avevano occupato la Facoltà di Lettere e Filosofia dell’Università Federico II di Napoli – integrassero i reati di “associazione sovversiva” e “banda armata”, per inserirsi tali atti di violenza in una “strategia ideologicamente orientata alla sovversione del fondamento democratico del sistema”. Ad opporsi alle conclusioni del giudice di merito, che invece aveva escluso la “sovversione”, era stato prima di tutti il Procuratore della Repubblica del Tribunale di Napoli, il quale, dinanzi ai giudici della Cassazione, sottolinea, soprattutto, che il delitto di “associazione sovversiva” si concretizza nella «lesione dell’ordinamento o degli ordinamenti, anche con connotazione localistica, esistenti nello Stato, e non deve necessariamente accompagnarsi alla distruzione o alla destabilizzazione delle strutture politiche fondamentali della Costituzione». Per questo, vanno tutelati, secondo il Procuratore, anche quelle «formazioni sociali nelle quali si svolge la personalità dell’uomo, attraverso l’esercizio dei diritti inviolabili, riconosciuti e garantiti» dalla Costituzione. E in questo quadro va sanzionata, sempre secondo il Procuratore, «la violenza, di natura comune, eletta a metodo politico, servente e strumentale alla sovversione del pluralismo giuridico dello Stato» e finalizzata a contrastare «il metodo democratico» e a mortificare «i diritti inviolabili dell’uomo». Ebbene, questa prospettiva viene pienamente condivisa dai giudici della Cassazione, i quali, rifacendosi al «delitto di associazione sovversiva», sottolineano la necessità di tutelare l’«assetto costituzionale dello Stato». Da questa visione d’insieme, però, bisogna scendere nei dettagli, per ‘scoprire’ che «il riferimento al tessuto democratico e pluralistico del nuovo assetto costituzionale dello Stato» identifica quegli «ordinamenti economici e sociali, che caratterizzano le strutture portanti dello Stato». Detto ancora più chiaramente, «in un sistema pluralistico, ogni uomo è protetto, nella titolarità e nell’esercizio dei propri diritti fondamentali, sia come singolo sia nelle formazioni sociali, dove può realizzare «personalità» e diritti, come «circolare liberamente, associarsi liberamente, manifestare liberamente il proprio pensiero, associarsi liberamente in partiti». Per questo, «ogni condotta violenta, programmaticamente diretta a menomare tali libertà, esprime la sovversione del fondamentale ordinamento sociale dello Stato». Tale visione si attaglia perfettamente alla vicenda in esame, soprattutto tenendo presente, come sottolineano i giudici, la tendenza del gruppo di ‘Casapound’ a «sottrarsi al confronto democratico» e a scegliere, invece, il «ricorso ad una strategia violenta di repressione di appartenenti a gruppi portatori di una diversa ideologia».

tale orientamento è giustificabile solo facendo riferimento al requisito dell'idoneità e, quindi, della concretezza del pericolo, come unico elemento in grado di differenziare un'associazione sovversiva, in quanto tale punibile ai sensi dell'art. 270 c.p., da un'associazione neo-fascista *ex art. 1 l. n. 645/1952*, in quanto tale punibile a prescindere dal pericolo.

Consapevole di tale 'sproporzione' tra l'art. 270 c.p. e l'art. 2 l. n. 645/1952, certa dottrina ha proposto l'estensione di quest'ultimo a qualsiasi altro partito antidemocratico, perché dovrebbe essere giuridicamente irrilevante, nel condannarsi l'associazione eversiva, "la tinta di cui essa si ammanti"⁹⁰⁷. Quest'impostazione, però, risulta non condivisibile sostanzialmente per due ragioni: innanzitutto, essa non risolve il problema del rapporto tra le due fattispecie, che pare a ben vedere complicarsi nel momento in cui si sovrappone l'ambito dell'art. 2 l. n. 645/1952, a quello dell'art. 270 c.p.; piuttosto, essa viola il principio di tipicità nella parte in cui estende la norma *de qua* analogicamente a tutte le altre associazioni anti-democratiche. In secondo luogo, la *quaestio* che pone il rapporto tra le due norme è piuttosto quella della ragionevolezza/proporzione della fattispecie che assoggetta presuntivamente a pena l'associazione fascista, pur quando il requisito, richiesto dall'art. 270 c.p. per la repressione di qualsiasi altra associazione sovversiva, è l'idoneità della sua struttura organizzativa alla sovversione violenta dell'ordinamento politico. Se è così, le disposizioni della legge Scelba violano il principio di uguaglianza *ex art. 3 Cost.*, nella parte in cui stabiliscono una presunzione assoluta d'infedeltà allo Stato democratico da parte di gruppi politici di estrazione neo-fascista;

Esattamente ciò che è successo a Napoli: rispetto a tali episodi, sottolineano i giudici - riaffidando la questione alle valutazioni del Tribunale -, non si può parlare di «occasionalità di violenza», bensì di una «strategia ideologicamente orientata alla sovversione del fondamento democratico del sistema».

In realtà, a nostro avviso, tale indirizzo innanzitutto omette di ricordare che Casapound, nonostante il 'biglietto da visita' del suo statuto non sia dei migliori - in quanto esso si richiama chiaramente ad una concezione fascista dello Stato -, si candida sistematicamente alle elezioni politiche: e da questo, se non può ricavarsi la democraticità di tale struttura politica, sicuramente non può però all'inverso neanche dedursi illogicamente che la formazione politica *de quo* si sottragga al confronto democratico e alle regole della rappresentanza. In secondo luogo, veramente non si capisce in che modo singoli episodi di violenza - che dovrebbero essere puniti in quanto tali - possano essere inseriti dalla Cassazione in un contesto d'azione più generale in cui gli stessi manifestano un nesso di pericolosità concreta con il sovvertimento delle istituzioni democratiche.

⁹⁰⁷ BELLOMIA, *Manifestazioni fasciste e XII disp. trans. della Costituzione*, cit., p. 1672.

presunzione che al contempo non sussiste nei confronti di qualsiasi altra associazione sovversiva. Il problema del rapporto tra le due norme può essere, quindi, risolto soltanto ricorrendo all'abrogazione di tutte le disposizioni della legge Scelba, salvo che si ritenga che l'eccezione al principio di uguaglianza trovi un ragionevole fondamento nella natura fascista delle associazioni represses; ma, a ben vedere, neanche questo orientamento è sostenibile, dal momento che si giunge facilmente alla dimostrazione che il fenomeno neo-fascista mette in pericolo l'ordinamento repubblicano non più di quanto possa fare qualsiasi altra condotta 'sovversiva'.

La violazione del canone della ragionevolezza/proporzionalità delle norme esaminate, sotto il profilo del principio di uguaglianza, si ricava anche da un facile confronto tra le cornici edittali delle fattispecie: l'art. 270 c.p., infatti, prevede per l'associazione sovversiva la reclusione da cinque a dieci anni, qualora si tratti delle condotte di promozione, costituzione, organizzazione e direzione e la pena della reclusione da uno a tre anni per la condotta di mera partecipazione. Viceversa, l'art. 2 della l. n. 645/1952 prevede la reclusione da cinque a dodici anni per le condotte di promozione, organizzazione e direzione di un'associazione o di un gruppo neo-fascista, e la pena della reclusione da due a cinque anni per la condotta di partecipazione. Come è facile notare, l'ordinamento punisce più gravemente il reato di pericolo presunto, a fronte di un trattamento sanzionatorio più lieve riservato all'associazione sovversiva, che richiede il pericolo concreto. Ci si trova innanzi a ciò che potremmo considerare una sorta di "aggravante ideologica", figlia di una presunzione assoluta di pericolosità, che porta il legislatore a punire più gravemente un "pericolo di un pericolo", se la fonte ideologica è quella fascista, rispetto ad un "pericolo", quando l'impostazione ideologica coinvolga invece qualsiasi altro approccio sovversivo. In questo quadro, resta assolutamente oscura la ragione per la quale le ideologie neo-fasciste debbano essere ritenute più pericolose rispetto a qualsiasi altra ideologia che ugualmente teorizzi il sovvertimento violento delle democrazie occidentali.

Vi è un altro dato che pare opportuno rilevare. Andremmo incontro ad una semplificazione se affermassimo che la "sinistra sovversiva" è punita in base alle disposizioni del codice Rocco, mentre la "destra eversiva" in base alle leggi

eccezionali emanate dal legislatore repubblicano (non solo la legge Scelba, ma anche il decreto Mancino, che, come vedremo, si preoccuperà di reprimere la discriminazione razziale)⁹⁰⁸. Abbiamo, infatti, già dato conto del fatto che la giurisprudenza tende all'applicazione delle prime, pur quando si tratti di reprimere fenomeni eversivi legati al mondo dell'estrema destra italiana. Pur tuttavia, a fronte della confusione giurisprudenziale generata da un'eccessiva proliferazione dei reati di opinione anche in epoca repubblicana, riteniamo che il rafforzamento dell'apparato repressivo del dissenso politico sia stato funzionale – e lo sia tutt'ora – soprattutto a fronte della gestione, da parte dei pubblici poteri, di una terribile crisi economica – ad una sorta di “centralizzazione” della democrazia contemporanea verso i lidi di un certo “moderatismo conservatore”, o se si vuole di un “conservatorismo moderato”, certo più consoni a prestare il fianco alle odierne esigenze economiche delle nuove repubbliche europee.

Riteniamo importante rimarcare, infatti, che soltanto considerando l'ultimo decennio della storia d'Italia, tutte le lotte sociali, che si sono caratterizzate per la rivendicazione di massa dei diritti costituzionali, come il lavoro, la salute o lo studio, sono state attraversate anche dal diritto penale. In esse sono state coinvolte alcune tra le fattispecie più discusse del panorama repressivo del codice (associazione sovversiva *ex art. 270 c.p.*, associazione con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico *ex art. 270 bis c.p.*, cospirazione politica mediante accordo o mediante associazione *ex artt. 304 e 305 c.p.*, banda armata *ex art. 306 c.p.*, istigazione a delinquere *ex art. 414 c.p.*, etc.⁹⁰⁹), verificandosi, al

⁹⁰⁸ E' recente la notizia secondo cui quattro persone sono indagate per istigazione a delinquere in concorso per il funerale, a Reggio Emilia, di Prospero Gallinari, ex brigatista condannato per il sequestro e l'omicidio di Aldo Moro. Per loro la Procura ha già chiesto l'archiviazione. Del fatto che sono finiti sotto indagine scrivono alcuni quotidiani locali, riportando che è stata chiesta una proroga delle indagini dal pm della Procura di Bologna. Ma a quanto apprende l'agenzia ANSA, la richiesta di proroga è stata solo un fatto tecnico, e per il fascicolo c'è già una richiesta di archiviazione. A gennaio le modalità delle esequie, cui parteciparono molti ex brigatisti, suscitarono numerose polemiche. Le quattro persone avevano partecipato alla cerimonia funebre, salutando l'ex compagno con drappi rossi, pugni alzati e cori di Internazionale, in www.ilfattoquotidiano.it.

⁹⁰⁹ Nel momento in cui scriviamo, contro il movimento NO TAV, che ormai da anni lotta contro la costruzione delle linee ferroviarie dell'alta velocità lungo i territori della Val di Susa, è agli atti dei pubblici ministeri della Procura della Repubblica di Torino l'ipotesi di reato dell'associazione con finalità di terrorismo (art. 270 *bis c.p.*), e contro il portavoce del movimento, Alberto Perino, l'ipotesi di istigazione a delinquere *ex art. 414 c.p.* Al momento dobbiamo accontentarci di tali informazioni, per lo più tratte dai quotidiani italiani, visto che non c'è ancora la possibilità di

contempo, un ricorso massiccio da parte della magistratura alle misure cautelari. Nella maggior parte dei casi, il diritto penale esercita una funzione di neutralizzazione, cioè quella di tenere a bada le tensioni sociali di interesse comunità che politicamente rivendicano diritti, spesso producendo l'effetto ultimo di 'marginalizzarle' attraverso un uso simbolico e 'stigmatizzante' della pena e della misura cautelare.

Torna alla mente il dibattito che si sviluppò intorno alla c.d. legge Fanfani Reale n.152/1975, il cui art. 18 estende l'applicazione delle misure di prevenzione a coloro che "compiano atti preparatori... diretti alla ricostituzione del partito fascista" (art. 18 co. 3) o che, dopo aver fatto parte di un'associazione fascista, "debba ritenersi... che continuino a svolgere un'attività analoga a quella precedente" (art. 18 co. 2). La legge *de qua* vide la luce, infatti, in un contesto politico in cui anche la sinistra parlamentare – seppur con molte differenze interne – si schierò compatta a favore di un intervento normativo chiaramente volto a contrastare la contestazione di piazza e il dissenso politico, da qualsiasi parte essi provenissero, "da destra" o "da sinistra". A titolo esemplificativo, basta ricordare la norma sul "fermo di polizia" o quella sull'"uso dei caschi protettivi o di qualunque altro mezzo atto a rendere difficoltoso il riconoscimento della persona in luogo pubblico o aperto al pubblico" o, infine e soprattutto, la speciale disciplina processuale prevista per i reati commessi con l'uso delle armi o di altri strumenti di coercizione fisica da ufficiali ed agenti di pubblica sicurezza⁹¹⁰.

In conclusione, chi critica, per così dire "da sinistra", il diritto penale dell'antifascismo non deve provare disagio, giacché il c.d. antifascismo del diritto penale italiano non è altro che "un ipocrita orpello"⁹¹¹, usato nel tentativo di legittimare 'a sinistra' leggi liberticide (come la legge Reale) ed orientate nel

riferirsi a sentenze di merito, né tanto meno a pronunciamenti di legittimità, né si è prodotta sulla questione letteratura scientifica.

⁹¹⁰ L. STORTONI, *Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclama?*, in *Crit. dir.*, 1994, p. 15, il quale parla di una "regolamentazione superprotettiva da quei non pochissimi poliziotti o carabinieri che, all'epoca, erano soliti... scivolare con la pistola in pugno dalla quale partiva un colpo accidentale quanto preciso". L'Autore rammenta la vicenda processuale dell'omicidio dello studente Lo Russo ad opera di un carabiniere durante un corteo a Bologna.

⁹¹¹ L. STORTONI, *Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclama?*, *cit.*, p. 15.

senso ben diverso di proteggere “i gangli essenziali del potere della classe borghese”⁹¹².

⁹¹² Per un’analisi dei tratti autoritari della legge *Reale*, v. per tutti F. BRICOLA, *Politica criminale e politica penale dell’ordine pubblico (a proposito della legge 22 maggio 1975 n. 152)*, in *Quest. Crim.*, 1975, 221 ss.

2. La repressione penale del genocidio: la l. 9 ottobre 1967, n. 962 e la Convenzione del 9 dicembre del 1948

Il contesto nel quale nasce la legge n. 962/1967 è quello della repressione internazionale dei “crimini contro l’umanità”, di cui fa parte il “genocidio”. La ‘transnazionalità’ della materia si deve essenzialmente alla ritenuta insufficienza dei tradizionali meccanismi repressivi dei sistemi penali nazionali, poco inclini a rispondere a forme di criminalità che presuppongono, come spesso si è verificato, la complicità o almeno la tolleranza dei governi statali⁹¹³.

La qualificazione del genocidio come “crimine internazionale” si deve, oltre che alla risoluzione n. 96 dell’11 dicembre 1956 dell’assemblea delle Nazioni Unite, nella quale si definisce il genocidio come un “*crime de droit des gens*”, alla Convenzione per la prevenzione e la repressione del genocidio, adottata all’unanimità dall’assemblea generale delle Nazioni Unite il 9 dicembre 1948. In tale convenzione, si introducono precisi obblighi per gli Stati contraenti, volti ad assicurare un’efficace repressione di tale crimine.

Per ciò che riguarda la nozione di “genocidio”, essa è fornita dall’art. 2, che provvede all’elencazione di un *numerus clausus* di atti⁹¹⁴ che devono però essere caratterizzati da un elemento intenzionale comune: essi devono essere commessi “con l’intenzione di distruggere, in tutto o in parte, un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso, come tale”. Come è stato giustamente già sottolineato, gli atti materiali costituenti genocidio, anche se commessi contro un singolo individuo, non riguardano l’individuo in quanto tale, ma il rappresentante di un “gruppo nazionale etnico, razziale o religioso” che l’autore del crimine vuole distruggere⁹¹⁵. E’ questo l’elemento intenzionale (dolo specifico) che differenzia i

⁹¹³ In argomento, v. JESCHECK, *Nuremberg Trials*, in *Encyclopedia of public international Law*, IV, Amsterdam-New York-Oxfors, 1982, 50 ss.

⁹¹⁴ Gli atti in parola comprendono: a) “l’uccisione dei membri del gruppo”; b) “l’attentato grave all’integrità fisica o mentale dei membri del gruppo”; c) “l’assoggettamento intenzionale del gruppo a condizioni di vita tali da provocare la distruzione fisica totale o parziale”; d) “i provvedimenti miranti a prevenire le nascite all’interno del gruppo”; e) “il trasferimento forzato di bambini del gruppo ad un altro gruppo”. Per una puntuale analisi delle singole fattispecie, v. N. RONZITTI, (voce) *Genocidio*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, pp. 575-577.

⁹¹⁵ GLASER, *Osservazioni sul progetto di codificazione dei diritti internazionali*, in *SP*, 1970, p. 20

fatti di genocidio da quelli costituenti semplici delitti contro la persona⁹¹⁶. Inoltre, appare evidente come non sia necessario che un tale gruppo si differenzi dal resto della popolazione per una diversità “nazionale” e che comprenda un gran numero di persone, come farebbe pensare la restrittiva traduzione tedesca di “genocidio”: *Völkemord* (“eccidio di popoli”)⁹¹⁷.

L’art. 3 della Convenzione prevede poi che debbano essere puniti, oltre al tentativo e alla complicità nel genocidio anche “*l’entente en vue de commettre le génocide*” e “*l’incitation directe et publique à commettre le génocide*”. In effetti, la gravità del crimine da reprimere ha indotto i compilatori internazionali a sanzionare taluni atti preparatori qualificati, nonostante la scelta, prima di essere adottata, sia stata oggetto di vivaci discussioni, soprattutto ad opera dei rappresentanti della Francia e del Belgio, i quali osservarono che il concetto di “*entente*”, troppo analogo a quello anglosassone di “*conspiracy*”⁹¹⁸, risultava del tutto estraneo a taluni sistemi penali nazionali⁹¹⁹. Anche in rapporto alla “*incitation*”, i timori che la nozione potesse porre un difficile problema di coordinamento con la libertà di parola e di pensiero erano molti⁹²⁰. Nonostante ciò, i compilatori internazionali decisero anche per la punibilità di simili condotte. La disciplina internazionale del genocidio fu adottata nel sistema penale italiano con la legge costituzionale n. 1/1967 – che dispose l’inapplicabilità dell’art. 10 u.co. Cost. e dell’art. 26 co. 2 Cost. ai delitti di genocidio⁹²¹ – e con la legge 9 ottobre 1967, n. 962, che introdusse nel nostro sistema, non solo le fattispecie di genocidio previste dagli artt. 2 e 3 della Convenzione, ma, andando oltre i limiti pattizi di questa, due ulteriori ipotesi di reato non espressamente previste in sede

⁹¹⁶ G. GRASSO, (voce) *Genocidio*, in *Dig. disc. pen.*, V, Torino, 1991, p. 402.

⁹¹⁷ Lo rileva S. CANESTRARI, (voce) *Genocidio*, in *Enc. giur.*, XVI, Roma, 1985, p. 1.

⁹¹⁸ La “*conspiracy*” è una figura criminosa ben nota nel diritto anglosassone e consiste nello “*agreement between two or more persons to commit an unlawful act*”. Lo riferisce N. RONZITTI, (voce) *Genocidio*, *cit.*, p. 576.

⁹¹⁹ Su tali obiezioni, v. GRAVEN, *Les crimes contre l’humanité. Recueil des cours de l’Académie de droit international de la Haye*, 1950, I, pp. 497-498.

⁹²⁰ V. ancora GRAVEN, *Les crimes contre l’humanité*, *cit.*, pp. 502-503.

⁹²¹ In argomento, v. più approfonditamente S. CANESTRARI, (voce) *Genocidio*, *cit.*, p. 3, il quale chiarisce che l’approvazione di una legge costituzionale si rese necessaria soprattutto per evitare il ripetersi di nuove “aberranti” decisioni giurisprudenziali, come Cass. pen., 5 aprile 1961, in *Giur. it.*, 1964, II, 64 e Corte di appello di Bologna, 11 gennaio 1963, in *Giur. it.*, 1964, II, 64, che riconoscendo il presunto carattere soggettivamente politico, nel primo caso, di un’apologia da parte di un cittadino tedesco dei massacri di ebrei compiuti dai nazisti, nella seconda ipotesi, addirittura di un fatto di genocidio di un cittadino tedesco, avevano negato l’extradizione.

internazionale: la deportazione a fini di genocidio (art. 2 l. n. 967) e l'imposizione di marchi o segni distintivi (art. 6 l. n. 967). Essa consta di nove articoli: negli articoli 1-8 sono elencati i reati e le relative pene; l'art. 9 prescrive la competenza della Corte di Assise.

Va, inoltre, rilevato che, per ciò che riguarda l'attuazione interna dell'art. 2 della Convenzione, le norme incriminatrici interne impiegano la tecnica dell'attentato, punendo il compimento di atti "diretti a" commettere genocidio (art. 1 l. n. 967), mediante limitazioni delle nascite (art. 3 l. n. 967), o mediante sottrazione di minori (art. 5 l. n. 967)⁹²².

Al contrario, l'adattamento dell'art. 3 della Convenzione non ha richiesto alcuna disposizione particolare per quanto riguarda la punibilità del tentativo e della complicità in virtù delle previsioni generali contenute nell'art. 56 e 110 del codice Rocco. La punibilità dell'*entente* e dell'*incitation directe et publique* ha richiesto, invece, un diretto intervento del legislatore al fine di formulare la deroga al principio contenuto nell'art. 115 c.p.

Prima di passare ai reati di opinione del genocidio, si prevede così, nell'art. 7 l. n. 962/1967, la punibilità dell'accordo allo scopo di commettere uno dei delitti di genocidio disciplinati dagli artt. 1 a 5 della legge stessa e – sanzionato con una pena più lieve – dell'accordo diretto a commettere il delitto previsto nell'art. 6 (imposizione di marchi o segni distintivi).

Va, infine, detto che a norma dell'art. 4 della Convenzione, informato al criterio della più ampia repressione, gli Stati si obbligano a punire non solo i responsabili materiali che abbiano commesso genocidio, ma anche tutti coloro che si sono resi colpevoli di aver ordinato o tollerato le azioni incriminate, cioè i funzionari, i governanti e gli stessi parlamentari che abbiano approvato le leggi relative⁹²³.

2.1 I delitti di pubblica istigazione e apologia di genocidio

L'art. 8 l. n. 962/1967 punisce, con la reclusione da tre a dodici anni, chiunque pubblicamente istiga a commettere alcuno dei delitti previsti negli artt. 1 a 5 della legge stessa, per il solo fatto dell'istigazione. La norma *de qua* è frutto dell'attuazione della previsione relativa all'*incitation* dell'art. 3 della

⁹²² V. G. GRASSO, (voce) *Genocidio, cit.*, pp. 406-407.

⁹²³ S. CANESTRARI, (voce) *Genocidio, cit.*, p. 2.

Convenzione. Ma, il legislatore è andato al di là degli obblighi pattizi, stabilendo altresì nell'art. 8 co. 2 l. n. 962/1967 la punibilità dell'apologia di fatti di genocidio, sanzionando in tal modo quella che costituisce, almeno secondo l'interpretazione più comune una forma di istigazione indiretta. La tecnica normativa dell'art. 8 l. n. 962/1967 è, infatti, sostanzialmente identica agli schemi predisposti già originariamente dal codice Rocco, dove l'apologia figura sempre sotto forma di reato sussidiario a quello di pubblica istigazione, nell'intento di "raccoliere" sotto il proprio ambito di rilevanza tutte quelle condotte atipiche sotto il profilo della fattispecie istigativa. Nella legge in esame, però, l'indiretta natura istigativa dell'apologia, che peraltro fu messa in discussione nella prima pronuncia giurisprudenziale⁹²⁴ e recuperata solo successivamente dalla giurisprudenza⁹²⁵, non rileva ai fini dell'entità della pena applicabile, non presupponendosi da parte del legislatore una diversa capacità offensiva delle due condotte. Apologia e istigazione al genocidio, pertanto, vengono punite entrambe con la reclusione da tre a dodici anni, rivelando la norma, sotto questo profilo, un grave *deficit* in termini di ragionevolezza/proporzionalità.

⁹²⁴ Cass., 29 marzo 1985, in *Foro it.*, 1986, II, c. 19, con commento di G. FIANDACA. In quest'occasione la S.C. ritenne che tale disposizione non si ponesse nei consueti binari interpretativi dei reati di apologia, ma fosse sufficiente per la sua integrazione l'espressione di incondizionato plauso per forme bene identificate di fatti di genocidio. In tale contesto, l'apologia era sanzionabile indipendentemente dalla verifica di un pericolo concreto di provocazione al genocidio, per la sua "intollerabile disumanità, per l'odioso culto dell'intolleranza razziale che esprime, per l'orrore che suscita nelle coscienze civili". A giustificazione di tale opzione interpretativa, la Corte addusse, oltre al carattere "mostruoso" del crimine, anche la circostanza che l'interpretazione dell'apologia quale forma di istigazione indiretta avrebbe condotto alla configurazione di un "reato impossibile o possibile soltanto in determinate contingenze storico-politiche". Per una critica a tale orientamento, v. pure G. GRASSO, (voce) *Genocidio*, cit., pp. 407-408, secondo il quale non si comprende "per quale ragione l'interpretazione di tale fattispecie dovrebbe discostarsi dai consueti canoni interpretativi delle fattispecie di apologia nell'ordinamento italiano", anche considerando il rigore sanzionatorio che accompagna la figura criminosa, assai superiore rispetto a quello previsto per gli altri fatti di apologia.

⁹²⁵ Corte Assise Milano, 14 novembre 2001 (dep. 23 novembre 2001), in *Cass. pen.*, 2003, 1006, con nota di E. FRONZA, *Brevi note sulla teoria dell'istigazione indiretta in tema di apologia*, in *ibidem*, 1013, secondo la quale "non sussiste apologia di genocidio, allorché le parole espresse siano prive dei requisiti di idoneità" necessari quanto meno per sortire gli effetti, sia pure indiretti, di un'istigazione (nella specie la Corte ha assolto un sindaco, eletto nelle liste del Movimento sociale italiano, che durante una riunione aveva pronunciato le seguenti parole: "Hitler è stata la persona più intelligente del mondo... Ma i tedeschi, che pure sono essere superiori, hanno sballato. Gli ebrei dovevano friggerli tutti", poi pubblicate sulla stampa).

3. Discriminazione e diritto penale: la Convenzione internazionale di New York del 1966 e l. 13 ottobre 1975, n. 654

La convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale firmata a New York nel 1966⁹²⁶, nell'obiettivo di sviluppare ed incoraggiare il rispetto universale ed effettivo dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, senza distinzione di razza, sesso, lingua o religione, predispone una severa risposta repressiva nei confronti delle manifestazioni di discriminazione razziale che ancora hanno luogo in certe regioni del mondo. Qualsiasi dottrina di superiorità fondata sulla distinzione tra le "razze" è considerata, nel preambolo della Convenzione, "scientificamente falsa, condannabile moralmente, ingiusta e pericolosa socialmente". L'art. 1 della Convenzione definisce la nozione di "discriminazione razziale": essa si identifica con "ogni distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale o in ogni altro settore della vita pubblica". Ai fini che qui ci interessano, occorre rilevare che la norma della Convenzione, in base alla quale troveranno ingresso nel nostro ordinamento plurime fattispecie di mera opinione, è l'art. 4, a norma del quale gli Stati si impegnano a criminalizzare "ogni diffusione di idee basate sulla superiorità o sull'odio razziale, ogni incitamento alla discriminazione razziale, nonché ogni atto di violenza, od incitamento a tali atti diretti contro ogni razza o gruppo di individui di colore diverso o di diversa origine etnica, come ogni aiuto apportato ad attività razzistiche, compreso il loro finanziamento" (art. 4 lett. a della Convenzione) e a vietare "le organizzazioni e le attività di propaganda organizzate ed ogni altro tipo di attività di propaganda che incitino alla discriminazione razziale e che

⁹²⁶ In argomento, v. A. CASSESE, *Il sistema di garanzia della Convenzione dell'ONU sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale*, in *Riv. dir. int.*, 1967, 272 ss.; M. PISANI, *La "penetrazione" del diritto internazionale penale nel diritto penale italiano*, in *Ind. pen.*, 1979, 12 ss.; F. SALERNO, *Introduzione alla Convenzione sulla discriminazione razziale*, in E. VITTA – V. GREMENTIERI, *Codice degli atti internazionali sui diritti dell'uomo*, Milano, 1981, 264 ss.; G. SPERDUTI, *Il principio di non-discriminazione e una recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 1976, 245; U. VILLANI, (voce) *Diritti dell'uomo*, in *Nss D.I.*, App., II, Torino, 1981, 1140 ss.

l'incoraggino, nonché a dichiarare reato punibile dalla legge la partecipazione a tali organizzazioni od a tali attività” (art. 4 lett. *b* della Convenzione). L'ordinamento italiano ha dato attuazione alla Convenzione, dapprima, con la legge 13 ottobre 1975, n. 654, che ha introdotto il primo intervento penale in materia, poi notevolmente ampliato e rafforzato dal d.l. 26 aprile 1993, n. 122, convertito con modificazioni, nella l. 205/1993 (c.d. legge Mancino, dal nome dell'allora ministro dell'Interno).

3.1 La c.d normativa anti-naziskin e il rafforzamento 'repressivo' della legge n. 654/1975: l'art. 1 del decreto Mancino

Fin dall'entrata in vigore del d.l. 26 aprile 1993, n. 122 (“Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa”), fu immediatamente chiaro ai primi commentatori l'intento legislativo di ampliare l'intervento repressivo rispetto alla precedente l. 13 ottobre 1975, n. 654, con cui l'ordinamento italiano, come si è detto, aveva dato attuazione alla Convenzione internazionale di New York del 1966. Emblematico a tale riguardo appare, invero, lo stesso esordio testuale dell'art. 3 co. 1 l. n. 654/1975, come modificato dal decreto in esame, dove è precisato che scopo delle successive disposizioni deve considerarsi “anche” quello di dare esecuzione all'art. 4 della suddetta Convenzione; laddove, viceversa, nel testo originario della legge del '75, il legislatore si era limitato ad affermare il mero intento di dare *tout court* attuazione alle norme di origine internazionale⁹²⁷.

Le disposizioni prima vigenti vengono, infatti, parzialmente modificate sotto un triplice profilo. Innanzitutto, va rilevato che il d.l. n. 122/1993 estende l'area della rilevanza penale, aggiungendo alla fenomenologia penalistica della “discriminazione” l'ulteriore predicato, prima assente, della discriminazione di carattere religioso, che in tal modo si somma a quella relativa alla sfera “razziale, etnica o nazionale”. Probabilmente, secondo i primi rilievi della dottrina, le ragioni di tale ampliamento furono dovute al timore che condotte di stampo discriminatorio che incidessero sulla sfera religiosa potessero sfuggire al diritto

⁹²⁷ In argomento, v. G. DE FRANCESCO, *Commento all'art. 1 d.l. 26/4/1993 n. 122, conv. con modif. dalla l. 26/6/1993 n. 205*, in *Legisl. pen.*, 1994, 173 ss.

penale, per il carattere incerto e ondivago della nozione di “discriminazione nazionale, etnica o razziale”⁹²⁸.

In secondo luogo, il decreto in esame attribuisce rilevanza ai “motivi” della discriminazione - siano essi razziali, etnici, nazionali o religiosi – riferendoli al piano dell’azione criminosa, rendendo rilevanti anche le condotte di coloro che intendano attuarle ai danni di persone di origini, nazionalità ed etnia del tutto analoghe a quelle proprie dell’autore del fatto, in quanto il “motivo” o “movente” – elemento evidentemente soggettivo, che è idoneo a chiarire il perché il soggetto agisce – è da solo sufficiente a qualificare come “discriminatoria” la condotta dell’agente. Viceversa, alla stregua della formulazione originaria, ciò che rilevava era il dato oggettivo che l’offesa fosse rivolta a persone appartenenti ad un gruppo nazionale, etnico o razziale, diverso da quello al quale apparteneva il soggetto agente⁹²⁹. In tal caso, sono evidenti i gravissimi rischi che l’incriminazione corre, soprattutto sotto il profilo del rispetto del principio di materialità: la determinazione degli atti punibili, infatti, non si fonda neanche sull’elemento subiettivo del dolo (nella materia del dissenso politico, spesso ‘specifico’), ma deve far riferimento esplicito ai “motivi” che hanno animato l’autore. E’ evidente che, se è così, ogni decisione, ogni scelta potrebbe essere considerata, di per sé, oggettivamente discriminatoria. Come già sostenuto, l’accertamento dei motivi non può non sfociare inevitabilmente nel “tipo d’autore”⁹³⁰, giacché l’immaterialità della condotta si ricava dalla considerazione che, inequivocabilmente, il legislatore, nella descrizione del *Tatbestand* oggettivo, ha fatto ricorso ad elementi (*rectius*, i motivi) di certo più idonei alla costruzione del profilo soggettivo di una fattispecie di reato.

In terza istanza, la normativa del ’93, rispetto alla formulazione originaria della lettera *a*) dell’art. 3 l. n. 654/1975, contempla e punisce anche singoli “atti”

⁹²⁸ In questo senso, anche se non esplicitamente, v. DE FRANCESCO, *Commento all’art. 1, cit.*, p. 176.

⁹²⁹ Si veda l’esempio fatto da DE FRANCESCO, *Commento all’art. 1, cit.*, pp. 176 e 177, secondo il quale la norma è applicabile non solo a qualsiasi cittadino italiano che tenga un atteggiamento discriminatorio nei confronti di un proprio concittadino che si sia appena convertito ad un differente credo religioso, ma anche all’ipotesi in cui la persona discriminata si faccia iniziatrice di una nuova forma di confessione religiosa, non ancora condivisa da un numero di persone sufficiente a costituire una qualsiasi forma di associazione o di “raggruppamento” di seguaci di tale credenza.

⁹³⁰ In argomento, v. L. STORTONI, *Le nuove norme contro l’intolleranza: legge o proclama?*, *cit.*, p. 17.

discriminatori, realizzando in tal modo, non soltanto una tutela, per così dire, ‘preventiva’, volta, cioè, ad evitare, colpendo le attività di incitamento, una potenziale “propagazione” a livello sociale di atteggiamenti o pratiche discriminatorie, ma anche uno specifico intervento ‘repressivo’ nei confronti di coloro che, sia pure in forma isolata, pongano in essere un comportamento idoneo a sottoporre anche un singolo individuo ad una disciplina arbitrariamente differenziata. Pertanto, nella parte in cui la norma si preoccupa di punire singoli atti di discriminazione, lo stesso bene giuridico parrebbe destinato a perdere – ma solo in questa prospettiva assolutamente marginale – la sua portata essenzialmente ‘pubblica’ e a recuperare, al contrario, una connotazione strettamente “personalistica” di tutela del singolo.

3.1.1 I reati di opinione di cui all’art. 3 l. n. 654/1975: la propaganda discriminatoria e l’istigazione alla discriminazione

L’art. 3 l. n. 654/1975, così come modificato dal d.l. n. 122/1993, e poi successivamente dalla l. n. 85/2006, prevede due distinti reati di opinione. Con il primo (art. 3 lett. *a*)) si rende punibile con la reclusione fino ad un anno “chi propaganda⁹³¹ idee fondate sulla superiorità o sull’odio razziale o etnico, ovvero istiga⁹³² a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi” (c.d. propaganda discriminatoria)⁹³³. Con il secondo

⁹³¹ Il termine “propaganda” ha sostituito quello di “diffonde in qualsiasi modo”, per effetto delle modifiche introdotte dall’art. 13 l. n. 85/2006. Tuttavia, la giurisprudenza ha ritenuto che il termine “propaganda”, che indica l’attività di chi diffonde con la propaganda attraverso un’opera diretta ad influenzare l’opinione pubblica, contribuisce solo a specificare il precedente termine di “diffusione” (c.d. specialità per specificazione), che indica la condotta di chi divulga e fa conoscere al pubblico. Pertanto, nessuna *abolitio criminis*, ma soltanto modificazione del trattamento sanzionatorio. Cfr. Cass., III, 7 maggio 2008 (dep. 3 ottobre 2008), n. 37581, in *Rv.*, 241072.

⁹³² Va puntualizzato che la formula “*istiga*” ha sostituito la precedente formulazione “*incita*”, sempre per effetto della legge del 2006. Anche in questo caso, nel passaggio dall’*incitazione* all’*istigazione*, sia la dottrina che la giurisprudenza hanno individuato un’assoluta continuità di significato: l’istigazione non è altro che l’incitamento a commettere atti riprovevoli, sicché anche l’incitamento a commettere atti di discriminazione per motivi razziali, adoperato dal legislatore del 1993, equivaleva all’istigazione.

⁹³³ Si segnalano di seguito alcune applicazioni giurisprudenziali: Cass., I, 22 novembre 2012 (dep. 11 dicembre 2012), n. 47894, in *Rv.*, 254074, che ha condannato un consigliere comunale per aver pronunciato, durante un consiglio comunale, un discorso in cui si è manifestata l’idea secondo cui l’unica possibilità di salvezza per i bambini di etnia sinti (zingari) è quella di sottrarli alle famiglie di origine - operando un vero e proprio “sequestro di Stato” (tali le parole del consigliere) - per spezzare la catena generazionale che avrebbe dato continuità alla loro “sedicente cultura” ed alle loro “discutibili tradizioni”. L’operato dell’imputato ha un tratto discriminatorio, evidenzia la

reato di opinione (art. 3 lett. *b*)) si sancisce la punibilità con la reclusione da sei mesi a quattro anni chi, in qualsiasi modo, istiga⁹³⁴ a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi” (c.d. istigazione alla discriminazione)⁹³⁵.

Le norme *de quibus*, oltre a presentare evidenti *deficit* in termini di tassatività/determinatezza, nella parte in cui non si specifica in che modo la propaganda/istigazione dell’idea discriminatoria (art. 3 lett. *a*)) e l’istigazione/commissione di atti di violenza discriminatoria (art. 3 lett. *b*)) possano avvenire, denunciano una palese carenza di ragionevolezza/proporzionalità, nella parte in cui assoggettano al medesimo trattamento sanzionatorio condotte dotate di una offensività astratta certo diversa: la propaganda di un’idea discriminatoria è, infatti, equiparata dal punto di vista sanzionatorio all’istigazione alla commissione e alla stessa commissione di atti di discriminazione (art. 3 lett. *a*)); allo stesso modo, il comma successivo equipara

Corte di Cassazione, consistente nel fare sempre e solo riferimento a condotte criminose degli zingari (definiti canaglie, assassini, pigri, vanitosi, aguzzini), senza riferimento a casi specifici ma esprimendosi in via generale, così delineando in modo netto il pregiudizio secondo cui tutti gli zingari sarebbero dediti ad attività criminose e così diffondendo l’idea della netta inferiorità della loro etnia; Cass. III, 7 maggio 2008 (dep. 03 ottobre 2008), n. 37581, in *Rv.*, 241072, secondo cui risponde del reato di cui alla L. 13 ottobre 1975, n. 654, art. 3, colui che abbia “diffuso sul circuito Internet idee fondate sull’odio razziale o etnico e sulla discriminazione per motivi etnici e religiosi nei confronti della razza ebraica”. E’ interessante, per comprendere meglio la portata della condotta sanzionata, evidenziare, in via esemplificativa, quali scritti diffusi via internet sono stati ritenuti penalmente rilevanti: a) "La mafia ebraica e i loro servi"; b) "Movimento di resistenza popolare, l’alternativa cristiana", che indicava gli obiettivi della organizzazione, tra i quali: "promuovere il patriottismo e la vera Cristianità in opposizione al razzismo sionista; etc.

⁹³⁴ V. nota n. 6.

⁹³⁵ Si riportano alcune applicazioni giurisprudenziali: Cass., I, 28 febbraio 2001 (dep. 7 giugno 2001, in *Rv.*, 219994, secondo cui rispondono del delitto *de quo* aderenti all’associazione denominata "Base Autonoma", articolata in altri gruppi e movimenti, operante in Milano ed altre città italiane, avente lo scopo di difendere la razza bianca ed ariana e di contrastare l’ingresso in Italia di persone appartenenti ad altre razze, per avere essi: a) diffuso tramite volantini, periodici, libri, interviste e trasmissioni televisive, idee fondate sulla diversità e superiorità della razza ariana nei confronti di quella ebrea e di colore, incitando altresì alla discriminazione nei confronti delle persone delle razze suddette, nonché esaltando tematiche naziste, in particolare proponendo la lotta alla società multirazziale e l’espulsione dal territorio di persone immigrate di colore e commettendo atti di provocazione alla violenza ai danni delle suddette e di persone di razza ebrea; b) promosso, diretto, ovvero partecipato ad una associazione denominata "Skin Heads d’Italia" o "Azione Skinhead", operante in Milano ed avente tra i suoi scopi quello di incitare all’odio o alla discriminazione razziale, caratterizzata da una strutturazione gerarchica e paramilitare, tramite l’acquisto e la disponibilità di armi improprie, l’effettuazione di esercitazioni e la propensione allo scontro fisico con persone di diverse ideologie politico-sociali.

l'istigazione alla commissione della violenza o alla commissione di atti di provocazione alla violenza.

Se non vi è dubbio che singoli atti di discriminazione, in un ordinamento attento alla tutela della persona, non possano andare esenti da sanzione penale, certo di fattispecie del genere non si sentiva il bisogno, nonostante esse, parzialmente, siano orientate a punire singoli atti di “razzismo”, in quanto tali offensivi di beni giuridici. E' già stato autorevolmente affermato, all'opposto, che quando ciò si verifica, ovvero sia quando il razzismo si tramuta in una condotta concretamente offensiva di un bene giuridico personalistico, rispondono egregiamente allo scopo del diritto penale “affidabili fattispecie tradizionali di reato, poste a tutela dei singoli beni in questione, come la vita, l'incolumità personale, l'onore il patrimonio e così via”⁹³⁶. Pertanto, appare irragionevole la scelta legislativa di affiancare alla punizione degli atti “discriminatori” anche quella relativa alla criminalizzazione delle opinioni della stessa natura.

Viceversa, il legislatore del 2006, modificando *in melius* il solo trattamento sanzionatorio del delitto di propaganda (art. 3 lett. *a*), ne sottolinea meglio la diversa carica offensiva che vale a distinguerla dalla più grave istigazione alla violenza (art. 3 lett. *b*). Tuttavia, quale retaggio della precedente impostazione rimane, come si è detto, l'irragionevole equiparazione tra le condotte all'interno di ciascun gruppo di ipotesi criminose.

Inoltre, non solo la condotta prevista nella prima parte della lett. *a*, ossia la propaganda di un'idea, ma anche le stesse fattispecie di istigazione alla commissione di atti discriminatori (seconda parte, lett. *a*, art. 3) e istigazione alla violenza o ad atti di provocazione alla violenza (seconda parte, lett. *b*, art. 3) esprimono forme di attività “preparatoria”, autonomamente incriminate in deroga al principio generale di cui all'art. 115 c.p.. La soglia della punibilità, quindi, arretra, anche in questo caso e indebitamente, oltre i limiti fissati dalla disciplina del tentativo, ponendo i soliti problemi di certezza, offensività e materialità.

Nondimeno, al di là degli evidenti problemi di determinatezza, legati sia alla definizione del concetto di diffusione di idee che alla definizione contenutistica delle idee, è la stessa nozione di “superiorità” della lett. *a*) e quella di “odio

⁹³⁶ S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 99.

razziale” a “rischiare di sottoporre a sanzione penale qualsiasi espressione di pensiero, ovunque e comunque svolta, che contenga dei giudizi critici, antropologicamente e culturalmente valutabili”⁹³⁷.

Anche la giurisprudenza, quando si è trovata innanzi a tali fattispecie, è stata costretta a ricavare da indagini sociologiche i limiti della nozione di “razzismo” penalmente rilevante, pur nel risultato del riconoscimento di una presunta “concretezza” del pericolo, che, al contrario, non è dato rilevare⁹³⁸.

La potenza d’incriminazione di tali fattispecie è così estesa che certa dottrina le ritiene applicabili, non solo ai casi in cui all’istigazione non segua la commissione di alcun fatto di reato (ciò che accade normalmente in materia di istigazione), ma addirittura alle ipotesi in cui l’oggetto dell’istigazione configuri gli estremi di un fatto perfettamente lecito e che non potrebbe in ogni caso costituire reato. Si pensi al caso in cui i vicini del proprietario di un immobile lo istighino a rifiutare tutti gli immigrati provenienti da Paesi extracomunitari, che si presentino alla sua porta sotto forma di visitatori qualsiasi. Ebbene, mentre nessuno potrebbe mai sostenere la punibilità del proprietario che esercita il suo *ius excludendi*, riconosciuto *erga omnes* dall’ordinamento al titolare del domicilio, viceversa gli istigatori non andrebbero esenti da pena, visto che il loro comportamento è valutabile alla stregua di quella condotta idonea ad arrecare offesa alla piena libertà degli immigrati di non essere discriminati⁹³⁹.

Naturalmente, riteniamo di dissentire da tale impostazione, che veramente mal si presta ad un tentativo di giustificazione sul piano dei principi costituzionali, anche rispetto a come questi vengono declinati da quella dottrina che pure mostra un atteggiamento “salvifico” in materia di reati di opinione. Come si è visto, l’istigazione ‘per ciò solo’ rilevante viene giustificata quale fattispecie di pericolo

⁹³⁷ S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 105; nello stesso senso, L. STORTONI, *Le nuove norme contro l’intolleranza*, cit., p. 17.

⁹³⁸ Per una significativa applicazione giurisprudenziale, si veda Tribunale Verona, 24 febbraio 2005, n. 2203, con nota di L. PICOTTI, *Diffusione di idee razziste ed incitamento a commettere atti di discriminazione razziale*, in *Giur. mer.*, fasc. IX, 2006, 1960, che ha condannato sei noti esponenti veronesi della Lega Nord a sei mesi di reclusione ciascuno (oltre alle pene accessorie ed al risarcimento dei danni a favore delle parti civili costituite), per i delitti previsti dall’art. 3 co. 1, lett. a), d.l. n. 122/1993, perché cercando di acquisire consensi presso l’opinione pubblica locale hanno fatto leva e rafforzato pregiudizi storici contro gli zingari, primordiali sentimenti di difesa di una supposta “identità veneta veronese” da salvaguardare, egoistiche reazioni di esclusione ed emarginazione rispetto ad etnie ed individui considerati “diversi”.

⁹³⁹ G. DE FRANCESCO, *Commento all’art. 1*, cit., p. 187.

concreto – anche se abbiamo già dimostrato l’aleatorietà di tale “concretezza” -, in quanto tale punibile a condizione di porre concretamente in pericolo il bene giuridico tutelato, anche se non si configura la commissione del reato scopo oggetto dell’istigazione. L’orientamento in parola, invece, si trova nella difficile – pressoché estrema – posizione di giustificare il fondamento dell’incriminazione di un’istigazione di per sé volta alla commissione di un atto che costituisce esercizio di una facoltà costituzionalmente riconosciuta (come quella sottesa al diritto di proprietà *ex art. 42 Cost.*).

Più delicate sono alcune questioni legate all’indeterminatezza del precetto. Non appare, infatti, agevole distinguere, per ciò che riguarda l’art. 3 lett. *b*), tra incitamento alla commissione di atti di violenza e “incitamento alla commissione di atti di provocazione”. Se può sembrare chiara la differenza tra “atti di violenza” e “atti di provocazione”, nondimeno riteniamo che le cose si complichino di molto se si aggiunge alle due categorie di atti il segmento dell’istigazione. A questo riguardo, cosa deve intendersi per istigazione ad un atto di provocazione? Rispondere al quesito sembra veramente un’impresa, dal momento che un’interpretazione letterale della norma porterebbe a ritenere che, in questo caso, il legislatore voglia giungere a punire l’istigazione di un’istigazione, dove la seconda condotta morale già rileva di per sé alla stregua di un reato di pericolo presunto, quasi come se si trattasse di un “pericolo di un pericolo di un pericolo”. Onde evitare tali risultati aberranti, quindi, forse è meglio ritenere l’atto di provocazione alla stregua di uno stesso “atto discriminatorio” *ex art. 3 lett. a*), pur nella consapevolezza che tale soluzione sfiora i limiti di una vera e propria *interpretatio abrogans*.

3.1.2 Il reato di ‘associazione discriminante’

Nella fattispecie *ex art. 3 co. 3 l. n. 654/1974*, che rende punibili le associazioni aventi per scopo l’incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi⁹⁴⁰, il legislatore ritorna a fare generico

⁹⁴⁰ Cfr. Cass., I, 7 maggio 1999 (dep. 16 giugno 1999), n. 7812, in *Rv.*, 213864, secondo cui il c.d. ‘*Fronte nazionale*’ rientra in quelle organizzazioni che hanno tra i loro scopi l’incitamento alla discriminazione razziale, secondo l’art. 1 comma 3 l. n. 205 del 1993: “è indubbio – si legge in motivazione - che proprio dai documenti del Fronte Nazionale [...] emerge lo spirito razzista tipico di chi distingue tra razza superiore e razze inferiori, i bianchi e gli altri, vede nell’immigrazione un

riferimento alla “discriminazione”, e non invece a singoli “atti” di tipo discriminatorio, come aveva fatto nei due commi precedenti. E’ logico supporre, come già rilevato, che la scelta normativa trovi un preciso fondamento nella particolare struttura “associativa” dell’incriminazione, che si presta particolarmente alla possibilità di includere nelle finalità collettive di un gruppo di persone programmi di fatti criminosi particolarmente ampi e indeterminati. A ben vedere, il richiamo atipico, essenzialmente di tipo fenomenologico, alla nozione di “discriminazione”, in luogo di quello ben più puntuale di “atti di portata discriminatoria” sembra rivelarsi maggiormente consona “alla necessità di esprimere compiutamente la maggiore latitudine e potenziale indeterminatezza degli scopi che un sodalizio a struttura permanente [...] deve indefettibilmente presentare”⁹⁴¹.

Sul piano politico-criminale, la ragione di introdurre siffatta fattispecie associativa risulta oscura, se si considera che il modello generale dell’associazione a delinquere (art. 416 c.p.) sarebbe sicuramente idoneo a ricomprendere entro il proprio ambito applicativo anche le associazioni volte a commettere i reati previsti dall’art. 1 del d.l. in esame⁹⁴². Né, d’altro canto, pare opportuno sottovalutare il problema del coordinamento tra le due norme, giacché la fattispecie in esame è in ogni caso sottoposta ad un trattamento penale di minore gravità rispetto a quello applicabile alla figura criminosa “generale” di associazione a delinquere.

Sotto diverso profilo, accanto alla repressione della figura tradizionale di “associazione”, è presente nella fattispecie anche il riferimento ad ipotesi di “organizzazione”, “movimento”, o “gruppo”. Si tratta di un atteggiamento normativo già riscontrato nelle scelte di incriminazione operate dalla legge Reale

pericolo, tratta il tema della razza con aperta denigrazione, bollando come ‘infezione’ l’unione tra persone di razze diverse e come ‘bastardi’ i meticci, cioè le persone di sangue misto: tutto questo costituisce manifestazione di intolleranza razziale, professione di ideologia razzista in contrasto con i principi di uguaglianza e di democrazia, e, quindi, in assenza di altri più pregnanti elementi ai fini della configurazione del reato associativo delineato dalla legge Scelba, violazione del divieto sancito dalla legge Mancino”.

⁹⁴¹ G. DE FRANCESCO, *Commento all’art. 1, cit.*, p. 182.

⁹⁴² G. DE FRANCESCO, *Commento all’art. 1, cit.*, p. 182; nello stesso senso, v. S. MOCCIA, *La perenne emergenza, cit.*, p. 100, secondo il quale dell’introduzione della norma, a fronte della fattispecie generale, prevista dall’art. 416 c.p., non si sentiva affatto la necessità.

e che ebbero, a loro volta, ad incidere sul tessuto originario della fattispecie associativa prevista dalla legge Scelba (art. 2 l. n. 645 del 1952), che pone i soliti problemi in punto di rispetto dei principi di determinatezza e materialità della fattispecie penale⁹⁴³.

3.1.3 Il delitto di manifestazioni ‘razziste’ o ‘discriminatorie’

La fattispecie in esame, prevista dall’art. 2 d.l. n. 122/1993, punisce con la reclusione fino a tre anni (oltre ad una lieve multa) il fatto di chi, in pubbliche riunioni, compia manifestazioni esteriori od ostenti emblemi o simboli propri o usuali delle organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi dell’art. 3 l. n. 654/1975⁹⁴⁴. Si tratta di un’incriminazione per “manifestazioni discriminatorie” (la norma, però, è rubricata sotto il titolo di “Disposizioni di prevenzione”), analoga a quella prevista in materia di antifascismo dall’art. 5 della legge Scelba (c.d. “Manifestazioni fasciste”). Inoltre, la norma al comma 2 rende punibile con l’arresto da tre mesi ad un anno chiunque si introduca nei luoghi dove si svolgono competizioni agonistiche con emblemi o simboli di cui al comma precedente.

Sotto il profilo esegetico, il difetto di determinatezza della norma è evidente, per cui si riesce difficilmente a differenziare il reato *de quo* da quello di cui alla lett. a) del citato art. 3. Inoltre, il primo viene punito più gravemente, per effetto delle modifiche introdotte dalla legge n. 85/2006, che hanno ‘irrazionalmente’ coinvolto il solo art. 3 lett. a) della legge in esame: pertanto, oggi, si assiste al paradosso per cui il delitto di propaganda viene punito meno gravemente (con la reclusione fino ad un anno), rispetto al delitto di manifestazione (reclusione fino a tre anni).

Per “manifestazioni esteriori” si intendono tutte quelle espressioni verbali e/o comportamentali esclusive di tali organizzazioni; mentre l’ostentazione di “emblemi” o “simboli” consiste nell’esibizione di qualunque figura o segno distintivo dal carattere discriminatorio⁹⁴⁵. L’individuazione concreta di tali

⁹⁴³ In argomento, si rinvia al paragrafo “*Antifascismo e diritto penale*”.

⁹⁴⁴ In argomento, v. S. DEL CORSO, *Commento all’art. 2 d.l. 26/4/1993 n. 122, conv. con modif. dalla l. 26/6/1993 n. 205*, in *Legisl. pen.*, 1994, 201 ss.

⁹⁴⁵ Si pensi, per esempio, al “fascio littorio”, usato dal regime fascista ma anche dal popolo etrusco.

elementi costitutivi della fattispecie oggettiva è rimessa discrezionalmente al giudice, il quale non è vincolato ad alcun riferimento testuale.

Inoltre, conveniamo con chi ha ritenuto che con l'ipotesi contravvenzionale di cui al secondo comma si corra il pericolo di perseguire condotte prodromiche a quella di ostentazione degli emblemi o dei simboli razzisti, punendo quella condotta temporalmente intercorrente fra il momento in cui il soggetto ha fatto ingresso nel luogo dove si svolge la competizione agonistica e l'altro in cui ha ostentato l'emblema o il simbolo⁹⁴⁶. In realtà, non pare esserci alcun dubbio sul fatto che la *ratio* della disposizione sia ravvisabile proprio nella volontà di punire atti preparatori del delitto contemplato dal comma 1 (una sorta di atto preparatorio al reato di opinione). Ma a ben vedere, le storture applicative create da una fattispecie di tal sorta non finiscono qui: chi, infatti, condivisibilmente riconosce che la contravvenzione *de qua* faccia arretrare ulteriormente la soglia della punibilità oltre i limiti fissati dalla punizione di una mera opinione, al contempo non ha problemi ad identificare un'ipotesi di concorso materiale di reati, unificabili *ex art. 81 cpv. c.p.*, sotto il vincolo della continuazione⁹⁴⁷, quando l'agente, dopo essersi recato in uno dei luoghi ove si svolgono competizioni agonistiche con gli emblemi e i simboli razzisti, li ostenti in tali "pubbliche riunioni", invece di ricostruire più correttamente la condotta di recarsi alla "riunione" come *ante-factum* non punibile⁹⁴⁸ del reato di cui all'art. 2 co. 1.

A completamento della cornice repressiva predisposta dalla norma, il comma 3 della disposizione in esame stabilisce il divieto di accesso ai luoghi dove si svolgono competizioni agonistiche, la cui disciplina si rinviene nell'art. 6 l. n. 401/1989, che attribuisce all'autorità di pubblica sicurezza la competenza in materia e che stabilisce, in caso di sua inosservanza, la pena dell'arresto da tre mesi ad un anno. A ben vedere, però, il meccanismo in parola, in ragione dell'appartenenza alla P.A. dell'organo che dispone la misura, viola nella specie il principio della riserva di giurisdizione stabilito dall'art. 13 Cost., in materia di

⁹⁴⁶ S. DEL CORSO, *Commento all'art. 2, cit.*, p. 208, il quale ritiene che più correttamente la norma debba essere letta nel senso che essa punisce, non solo la condotta di "ingresso", bensì anche quella di "recarsi" nei predetti luoghi.

⁹⁴⁷ S. DEL CORSO, *Commento all'art. 2, cit.*, p. 209.

⁹⁴⁸ In argomento, cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale, cit.*, p. 689; C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale, cit.*, p. 583; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, cit.*, p. 435.

restrizione della libertà personale. Tale misura si applica a determinate categorie di soggetti, per la cui individuazione si rinvia alla lettera della norma, ma non può non farsi riferimento, seppur brevemente, al fatto che la misura è estesa anche ai semplici denunciati.

3.1.4 Il completamento del cerchio repressivo: complementarità sanzionatoria e disposizioni processuali

Oltre ad introdurre fattispecie di reato dubbie sotto il profilo della costituzionalità, il d.l. n. 122/1993 predispone, a completamento del cerchio repressivo, un apparato complementare di natura sanzionatoria e processuale, che fa della legislazione in materia una delle discipline più autoritarie tra quelle della c.d. seconda Repubblica.

In primo luogo, l'art. 1 *bis* d.l. n. 122/1993 si preoccupa di introdurre quattro tipologie di pene accessorie a carattere 'speciale', conseguenti alla condanna per i reati di cui all'art. 3 l. n. 654/1975, nonché per i delitti in materia di genocidio contemplati nella l. n. 962/1967. Si tratta: a) dell'obbligo di prestare un'attività non retribuita a favore della collettività per finalità sociali o di pubblica utilità⁹⁴⁹; b) dell'obbligo di rientrare nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora entro un'ora determinata e di non uscirne prima di altra ora prefissata, per un periodo non superiore ad un anno; c) della sospensione della patente di guida, del passaporto, di documenti di identificazione validi per l'espatrio per un periodo non superiore ad un anno, nonché del divieto di detenzione di armi proprie di ogni genere; d) del divieto di partecipare, in qualsiasi forma, ad attività di propaganda elettorale per le elezioni politiche o amministrative successive alla condanna, e comunque per un periodo non inferiore a tre anni.

⁹⁴⁹ In argomento, v. S. MOCCIA, *La perenne emergenza, cit.*, p. 102, secondo il quale le modalità esecutive delle attività di lavoro, tra le quali il restauro di edifici imbrattati con scritte, emblemi o simboli propri o usuali delle associazioni discriminatorie, e lo svolgimento della misura presso organizzazioni di assistenza sociale e di volontariato, si ispirano ad uno schema di pura afflittività; nello stesso senso, L. STORTONI, *Le nuove norme contro l'intolleranza, cit.*, p. 18, secondo il quale, il fatto che il lavoro del reo debba rivolgersi a favore dei soggetti "discriminati" (anziani, handicappati, tossicodipendenti ed extracomunitari) caratterizza la misura nel senso della contrapposizione tra tipo d'autore e contenuto sociopolitico dell'attività, il che conduce ad escludere qualsiasi contenuto rieducativo per mostrare la natura afflittiva da sempre tipica del contrappasso.

Queste pene accessorie perseguono evidentemente l'intento di isolare il soggetto attraverso misure 'neutralizzative' e 'incapacitanti', le quali pongono forti perplessità in punto di funzione rieducativa della pena. Espressioni di una legislazione dell'emergenza a forte sfondo eticizzante e paternalistico, non v'è dubbio, infatti, che l'esigenza di far "accedere" alla reclusione anche tali sanzioni dalla *ratio* afflittiva risponde a logiche di privazione del diritto alla parola del "razzista", per aver egli abusato precedentemente di tale libertà⁹⁵⁰.

Tra l'altro, il divieto di partecipare alle attività politiche di propaganda elettorale non supera i dubbi di costituzionalità, soprattutto nella parte in cui esso ripristina una concezione delle pene accessorie come sanzioni a contenuto puramente "infamante"⁹⁵¹, senza che risulti necessario, al contempo, soffermarsi sulle argomentazioni che pongono la misura *de qua* in un sicuro rapporto di ontologica incompatibilità con l'art. 21 Cost. Inoltre, il divieto non pare pensato per collegarsi specificamente al carattere "funzionale" dell'interdizione, cioè all'esigenza di prevenire la commissione dei reati di discriminazione, giacché esso contempla lo svolgimento di propaganda elettorale, qualsiasi ne sia il contenuto⁹⁵².

In secondo luogo, l'art. 5 d.l. n. 122/1993 appresta più efficaci strumenti di prevenzione e repressione del fenomeno della "discriminazione" attraverso la previsione di una serie di modifiche alla disciplina delle perquisizioni e dei sequestri, che consentono un'incisione più significativa soprattutto sulla disponibilità degli immobili, utilizzati "come luogo di riunione, di deposito o di rifugio per altre attività comunque connesse al reato"⁹⁵³. In questa prospettiva, come autorevolmente sostenuto, "il legislatore ha ritenuto di dover assicurare alle autorità procedenti spazi di manovra specifici, reputando di non potersi

⁹⁵⁰ Anche S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 102, parla di vero e proprio "contrappasso".

⁹⁵¹ In argomento, v. per tutti S. LARIZZA, *Le pene accessorie*, Padova, 1986, 3 ss., 166 ss., 364 ss., 413 ss., citato da G. DE FRANCESCO, *Commento all'art. 1*, cit., p. 182, p. 193.

⁹⁵² V. ancora G. DE FRANCESCO, *Commento all'art. 1*, cit., p. 194, il quale precisa che al soggetto in esame potrebbe eventualmente applicarsi anche l'art. 389 c.p. in caso di inosservanza della pena accessoria, quand'anche il soggetto non abbia in alcun modo fatto propaganda delle "idee" vietate dalla legge in esame. L'assurdità di una tale conseguenza – secondo l'Autore –, e cioè quella di punire troppo eccessivamente la propaganda razzista, rivela le reali intenzioni perseguite dal legislatore: privare *tout court* determinati soggetti del diritto di esprimere il loro pensiero.

⁹⁵³ In argomento, v. E. MARZADURI, *Commento all'art. 5 d.l. 26/4/1993 n. 122, conv. con modif. dalla l. 26/6/1993 n. 205*, in *Legisl. pen.*, 1994, 218 ss.

accontentare di quelli ordinariamente previsti dal codice”⁹⁵⁴. Invero, la perquisizione locale di regola viene disposta “quando vi è fondato motivo di ritenere che taluno occulti [...] il corpo del reato o cose pertinenti al reato [...] in un determinato luogo” (art. 247 co. 1 c.p.p.). *A contrario*, nei procedimenti aventi ad oggetto “un reato aggravato” ex art. 3 d.l. n. 122/1993 o uno dei reati previsti dall’art. 3 co. 1, lett. *b*) e co. 3 l. n. 654/1975 e dalla l. n. 962/1967, l’autorità giudiziaria dovrà disporre la perquisizione dell’immobile, senza dover stabilire nel caso specifico se sussiste la probabilità che vi si trovino oggetti da ricercare, poiché tale probabilità viene considerata appurata non appena emergano “concreti elementi che consentano di ritenere che l’autore se ne sia avvalso come luogo di riunione, di deposito o di rifugio o per altre attività comunque connesse al reato”, quali, tra le altre, potrebbero essere la preparazione di congegni esplosivi o la stampa del materiale propagandistico⁹⁵⁵.

Inoltre, tutti i beni sottoponibili a sequestro, in forza dell’art. 5 co. 2 d.l. n. 122/1993, possono essere oggetto di confisca all’esito del procedimento. Nell’ultimo comma dell’articolo, oltre all’ipotesi dell’espropriazione da parte dello Stato del materiale offensivo degli oggetti dell’immobile, è altresì disciplinata l’ipotesi di applicazione della misura di sicurezza reale nei confronti dell’immobile medesimo.

In terzo luogo, per ciò che riguarda alcuni profili processuali connessi ai reati in esame, ne va innanzitutto evidenziata la procedibilità d’ufficio come “segnale” di particolare disvalore attribuito a tali condotte, in virtù del quale il legislatore ha sottratto alla persona offesa la possibilità di stabilire essa stessa se presentare o meno querela⁹⁵⁶. Riteniamo tale disposizione molto significativa, giacché un’eventuale procedibilità a querela avrebbe significato, con ogni probabilità, maggiore attenzione ai risvolti personalistici del momento dell’offesa al bene giuridico. La procedibilità d’ufficio, viceversa, conferma ancora una volta il dato per il quale, con la costruzione di tal tipologie di fattispecie, il legislatore punta

⁹⁵⁴ E. MARZADURI, *Commento all’art. 5, cit.*, p. 218.

⁹⁵⁵ A parer della dottrina, E. MARZADURI, *Commento all’art. 5, cit.*, p. 221, il ragionamento presuntivo operato dal legislatore non appare affatto irragionevole, essendo anzi alquanto probabile che un immobile utilizzato “per attività comunque connesse al reato” conservi al suo interno cose pertinenti al reato.

⁹⁵⁶ S. NOSENGO, *Commento all’art. 6 d.l. 26/4/1993 n. 122, conv. con modif. dalla l. 26/6/1993 n. 205*, in *Legisl. pen.*, 1994, 229 ss.

più specificamente a tutelare un *quid* di natura pubblicistica, coincidente con il settore ideologico dominante del c.d. ordine pubblico ideale.

Inoltre, su di un piano più squisitamente repressivo, il comma 2 *bis* dell'art. 6 sancisce un'ipotesi di arresto obbligatorio di chiunque sia colto in flagranza del delitto di promozione, costituzione, direzione e organizzazione delle organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi considerati dall'art. 3 co. 3 l. n. 654/1975, aventi, cioè, tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. Nondimeno, in materia di armi, è possibile il caso dell'arresto in flagranza di chi, mosso da "finalità discriminatorie", porti semplicemente dalla propria abitazione un'arma impropria⁹⁵⁷, il cui ambito definitivo, comprendendo sostanzialmente qualsiasi "oggetto atto ad offendere", soffre di un fortissimo *deficit* in termini di tassatività/determinatezza.

Con il comma 5 della medesima disposizione, il legislatore si pone nel solco di quella sorta di tradizione che, in momenti di emergenza, privilegia il rito direttissimo come forma procedimentale caratterizzata da esemplarità, celerità e immediatezza. Peraltro è davvero ampia l'area di obbligarietà del rito direttissimo. Essa concerne: a) qualsiasi reato aggravato dalla circostanza delineata dall'art. 3 co. 1 d.l. n. 122/1993; b) i delitti di istigazione a commettere o di commissione di violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi discriminatori; c) i delitti originati dalla violazione del divieto di costituire organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi aventi tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione alla violenza discriminatoria; d) i delitti previsti dalla l. 697/1967, in materia di prevenzione e repressione del delitto di genocidio. Per tutti questi reati il legislatore sottrae al pubblico ministero la discrezionalità in tema di scelta del rito e gli impone l'adozione del giudizio direttissimo anche fuori dei casi indicati nell'art. 449 c.p., salvo che siano necessarie particolari indagini.

Infine, l'art. 7 del decreto *de quo* contempla la possibilità di disporre in via cautelare l'immediata sospensione e, in un secondo tempo, il definitivo scioglimento di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che con il

⁹⁵⁷ La definizione di "arma impropria" è contenuta nell'art. 4 co. 2 l. 18 aprile 1975, n. 110.

proprio agire favoriscano la commissione di reati aggravati ai sensi dell'art. 3 o previsti dall'art. 3 co. 1 lett. b) e co. 3 l. n. 654/1975, ovvero ancora di uno dei reati previsti dalla l. n. 962/1967, di prevenzione e repressione del delitto di genocidio⁹⁵⁸. Come abbiamo già sottolineato, l'intenzione è quella di perseguire qualsiasi concepibile forma di aggregazione plurisoggettiva, caratterizzata indifferentemente da una prevalenza di mezzi o persone, anche spontanea, allargando così lo spettro di intervento anche a strutture meno perfezionate di quelle che caratterizzano l'elemento oggettivo dei tradizionali reati associativi.

3.2 Considerazioni critiche

In conclusione, la normativa in materia di discriminazione razziale è espressione di quella legislazione dell'emergenza che non è valsa mai a risolvere i problemi che essa contava di affrontare. Essa si riproduce in un simbolo di natura ideologica che già caratterizzava le altre leggi "antifasciste". Anche in questo caso, pertanto, il fenomeno non è stato arginato⁹⁵⁹. Anzi, la previsione di fattispecie di opinione, anche a fronte della punizione delle associazioni con modalità ancora più indeterminate e anticipate rispetto a quelle previste dal codice, rischia di rafforzare il fenomeno. E', infatti, ovvio il dato per il quale nel momento in cui si punta a criminalizzare un'opinione, per ogni condanna vi sarà un'altissima cifra oscura di reati che non verranno perseguiti, proprio perché le opinioni, a differenza degli "atti", godono di un panorama meno percepibile in tema di verificabilità empirica delle condotte da incriminare. Ne deriva che "la consequenziale punizione a campione"⁹⁶⁰ [...] finisce per vittimizzare l'autore e, quindi, funge da fattore di possibile aggregazione di consensi intorno al fenomeno che si intendeva combattere, raggiungendo, in tal modo, il risultato opposto a

⁹⁵⁸ In argomento, v. A. MARTINI, *Commento all'art. 6 d.l. 26/4/1993 n. 122, conv. con modif. dalla l. 26/6/1993 n. 205*, in *Legisl. pen.*, 1994, 235 ss.

⁹⁵⁹ Cfr. S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 99, il quale parla di una "legislazione simbolica, che riesce a combinare, in maniera tanto esemplare quanto deprecabile, i difetti dell'insipienza sul piano tecnico, della discutibilità sul piano dei principi e dell'ineffettività sul piano dei risultati"; in argomento v. anche ID., *Aspetti involutivi del sistema penale*, in AA.VV., *Il diritto penale alla svolta di fine millennio. Atti del convegno in ricordo di Franco Bricola (Bologna, 18-20 maggio 1995)*, a cura di S. CANESTRARI, Torino, 1998, 264 ss.

⁹⁶⁰ Per L. STORTONI, *Le nuove norme contro l'intolleranza*, cit., p. 20, la scarsa applicazione della legge dà la misura della natura simbolica e ideologica dell'intervento penale.

quello sperato”⁹⁶¹. Anzi, la punizione, in quanto tale, viene avvertita come “ingiusta” non solo dall’individuo ma anche dal gruppo di appartenenza, il quale punta a fare “quadrato” intorno alle sue componenti individuali, proprio perché percepisce nettamente che la funzione della norma penale è proprio quella di punire il gruppo, l’associazione o il movimento attraverso la vittimizzazione del singolo. Se è così, la natura criminogena di tali forme di incriminazione non può mettersi in discussione, giacché esse, lungi dal poter risolvere i ‘problemi’, sono fattori “istituzionali” di sviluppo delle forme di “inciviltà” più preoccupanti e di intollerabili fenomeni di marginalizzazione delle minoranze sociali, politiche e ideologiche⁹⁶². Come autorevolmente sostenuto, infatti, “la risposta, in termini di effettività, tesa a superare un fenomeno etico, politico, culturale, connotato da forte inciviltà, si ottiene solo rimuovendone le cause socio-individuali, attraverso un impegno più profondo e complesso di quello che può consentire il diritto penale: un atteggiamento di mera repressione esprime soltanto i disvalori dell’inefficienza e della caduta delle garanzie”⁹⁶³.

Ci si dovrebbe accontentare, quindi, delle tradizionali fattispecie di reato a tutela dei beni giuridici personali dell’onore e della dignità delle persone (per esempio, ingiuria e diffamazione), accanto alle quali non va dimenticato che l’ordinamento predispone, nella materia dei c.d. diritti della personalità, intelligenti meccanismi di tutela civilistici. Devono essere ritenuti estremamente importanti, infatti, gli artt. 43-44 d. leg. 286/98, in virtù dei quali il giudice può ordinare la cessazione del comportamento di un privato o della P.A. che produca, nei confronti di uno straniero o di un apolide (ma anche di un italiano), una discriminazione per motivi xenofobi, razziali, etnici, nazionali o religiosi, adottando ogni altro provvedimento idoneo a rimuovere gli effetti di atti di discriminazione, con possibile condanna a risarcire il danno, anche non patrimoniale. Sono stati considerati “discriminatori” dalla giurisprudenza, ai sensi del d. leg. 286/98, per esempio gli atti di

⁹⁶¹ S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 101.

⁹⁶² Cfr. B. SPINOZA, *Tractatus Theologico-politicus*, cap. VII, in *Opera*, a cura di C. Gebhardt, vol. III, C. Winter, Heidelberg, 1925, 97-117, dove si legge in sostanza che allo “Stato” non conviene la repressione della libertà di pensiero, perché ad essa seguirebbe necessariamente e solo che “gli uomini continuerebbero a pensare una cosa e a dirne un’altra, e per conseguenza, si corromperebbe la fede, che in uno Stato è sommariamente necessaria, e si favorirebbero l’abominevole adulazione e la perfidia, donde l’inganno e la corruzione di ogni buon costume”.

⁹⁶³ S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 101.

imposizione di condizioni più svantaggiose o di rifiuto di fornire beni o servizi offerti al pubblico o l'accesso all'occupazione, all'alloggio, all'istruzione, alla formazione, ai servizi sociali, o a quelli che impediscono l'esercizio di un'attività economica o sportiva o operano discriminazioni del rapporto di lavoro⁹⁶⁴. In questa sede, è sufficiente far notare come misure del genere superino di gran lunga, sia in termini di efficacia e di efficienza, sia in termini di tutela assicurata ai soggetti discriminati, qualsiasi intervento penale.

Pertanto, non riteniamo di condividere l'impostazione, pure sostenuta nella dottrina italiana, secondo cui tale "antirazzismo" sia una conquista del legislatore penale⁹⁶⁵; teoria spesso giustificata sull'assunto secondo cui tali norme, lungi dal tutelare un generico riferimento all'ordine pubblico in senso stretto, abbiano piuttosto riguardo ai singoli titolari e alle collettività di individui vittime della "discriminazione", specificamente determinati ovvero comunque sempre 'determinabili', in termini più o meno ampi⁹⁶⁶. Si è, infatti, sostenuto che le espressioni a sfondo razziale, lungi dal porre in discussione unicamente un determinato regime o assetto politico, rappresentano la più totale negazione della "personalità" dell'uomo come valore in sé. La stessa Costituzione, col porre alla base dei suoi principi fondamentali la "personalità" dell'uomo (art. 2) e la sua pari "dignità sociale", sembra introdurre un limite invalicabile alla possibilità di attuare comportamenti suscettibili di favorire e legittimare il perseguimento di obiettivi contrastanti con il riconoscimento di tali valori⁹⁶⁷.

Non si vuole, in questa sede, proporre una nozione "indulgenzialistica" di garantismo; concetto, quest'ultimo, di natura non giuridica, frutto di un atteggiamento culturale approssimativo e superficiale, che non deve interessare. Non v'è dubbio, infatti, che chi viene offeso nel profondo da un'espressione di

⁹⁶⁴ Cfr. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 146.

⁹⁶⁵ Per questa impostazione, v. L. PICOTTI, *Diffusione di idee razziste ed incitamento a commettere atti di discriminazione razziale*, cit., p. 1962, secondo il quale la legislazione in esame non si porrebbe in contrasto con i principi di frammentarietà e di *extrema ratio*, giacché "la persistente diffusione di idee razziste ed incitamento ad atti di discriminazione razziale rende necessario l'intervento della sanzione penale, perché siano preservati e garantiti realmente i fondamentali essenziali della convivenza sociale nell'attuale società pluralista e multietnica [...]".

⁹⁶⁶ Ancora, L. PICOTTI, *Diffusione di idee razziste ed incitamento a commettere atti di discriminazione razziale*, cit., p. 1961.

⁹⁶⁷ Così G. DE FRANCESCO, *Commento all'art.*, cit., p. 179; *contra* S. DEL CORSO, *Commento all'art. 2*, cit., p. 206, il quale ritiene che la disposizione in esame tutela il c.d. "ordine pubblico materiale", *ovverosia* la condizione pacifica di convivenza tra i consociati.

stampo razzista deve legittimamente aspirare anche ad una risposta “penalistica” dell’ordinamento. Ma questa esigenza di tutela è sicuramente soddisfatta, senza che per ciò solo si giunga alla negazione di un diritto penale democratico e costituzionale, dalle tradizionali fattispecie di reato a tutela dell’onore individuale, della dignità e del decoro delle persone. Il problema di questa legislazione, invece, è che essa non punta a tutelare il ‘discriminato’, ma ad isolare indebitamente il “discriminante”, giacché lo punisce per il suo modo di pensare, senza richiedere, ai fini dell’applicazione della pena, l’effettiva commissione di “atti discriminatori” o di concreta “violenza”. E’ sufficiente l’esternazione empirica della *Gesinnung* “razzista” dell’agente.

La criminalizzazione per “colpa d’autore”, quindi, non fa altro che marginalizzare le vittime del reato, puntando alla restituzione del “male commesso”, nello sviluppo di una concezione meramente retributiva della sanzione penale, che in sé contrasta con l’art. 27 co. 3 Cost. A ben vedere, questo tipo di legislazione non risulta efficiente neanche se si privilegia il punto di vista della vittima della discriminazione. Così lo zingaro, l’uomo di colore, l’omosessuale, etc. dovrebbero sentirsi tutelati da un meccanismo della penalità di matrice retributiva, ma è ovvio che questi soggetti preferirebbero lo sviluppo di politiche sociali ed educative volte piuttosto alla costruzione sostanziale di una società pluralista, senza che alla marginalizzazione della vittima si aggiunga anche quella dell’autore del reato, che spesso condivide proprio con la prima il dato oggettivo di appartenere ad una comunità di minoranza. Si vuole sostenere, cioè, che la vittima non può trovare “giustizia” di per sé nella sola inflizione istituzionale di un momento di sofferenza (*rectius*, pena) all’autore della discriminazione. Ciò conferma che ciò che sta a cuore al legislatore non è la tutela del decoro, dell’onore o della dignità del soggetto discriminato, bensì la conservazione dei principi ideologici dominanti del c.d. ordine pubblico ideale .

E’, pertanto, evidente il vizio logico e metodologico di tale legislazione, prima ancora della sua certa incostituzionalità, nella parte in cui pretende di combattere forme di razzismo popolare con strumenti di “razzismo istituzionale”.

Nondimeno, sul piano della legittimità costituzionale delle fattispecie esaminate, risultano praticamente violati tutti i principi costituzionali del diritto penale:

determinatezza/tassatività, materialità della condotta, offensività (si pensi all'ipotesi contravvenzionale dell'art. 5 co. 2 del decreto, in cui addirittura si punisce un atto preparatorio al reato di opinione!), colpevolezza e libertà di manifestazione del pensiero, oltre a quelle di associazione e di riunione.

Inoltre, il decreto Mancino persegue l'ambizione di esercitare una forza che va al di là dell'ambito applicativo cui si fa espressamente riferimento. L'art. 3 co. 1 del decreto introduce, infatti, la circostanza aggravante generale della finalità di "discriminazione" e di "odio", applicabile a tutti i reati punibili con pena diversa da quella dell'ergastolo, che produce l'effetto obbligatorio di una pena aumentata fino alla metà; al secondo comma, poi, sancisce un "eccezionale" divieto di prevalenza e addirittura di equivalenza tra l'aggravante in parola e tutte le "attenuanti" diverse da quella della minore età (art. 98 c.p.), con l'introduzione di un regime più esasperato anche di quello riservato ai c.d. recidivi reiterati, soggetti tradizionalmente "bersagliati" dai vari pacchetti sicurezza che si sono succeduti negli ultimi anni (si veda, infatti, l'art. 69 u.c. c.p. che prevede, per quest'ultima categoria di soggetti, il solo divieto di prevalenza delle "attenuanti" sulle "aggravanti"). Ma a ben vedere, questo non è l'unico effetto ricollegabile alla norma, giacché per i reati aggravati dalla circostanza dell'art. 3 co. 1 del decreto, l'art. 6 dispone conseguenze processuali da non sottovalutare, come in ogni caso la procedibilità d'ufficio (art. 6 co. 1) e l'obbligatorietà di procedere tramite il rito direttissimo (art. 6 co. 5 che rinvia all'art. 5 co. 1). Questo significa che la "discriminazione", anche quando non rileva come reato autonomo ma solo sotto forma di circostanza aggravante, viene ritenuta dall'ordinamento comunque idonea alla produzione di effetti non solo sostanziali, come l'aumento obbligatorio della pena principale fino alla metà, ma anche processuali. La vera *ratio* dell'aggravante sembra piuttosto quella di "discriminare" l'autore del reato anche sotto il profilo processuale. In poche parole, chi commette il reato con finalità discriminatorie 'paga' il suo intento, non solo sotto il profilo di un sensibile aumento sanzionatorio, ma anche attraverso il viatico del ridimensionamento garantistico che il rito direttissimo soffre rispetto al rito ordinario, giacché il 'razzista' è soggetto che merita minori garanzie.

Infine, come se non bastasse, sul piano della tecnica di normazione, si ha il consueto uso del rinvio a catena ad altre leggi che, “contrariamente al rispetto di elementari regole di certezza, rende estremamente complessa la ricostruzione del dettato normativo, con i consueti corollari della carente conoscibilità ed applicabilità”⁹⁶⁸: l’art. 1 del decreto, come visto, si articola in sei punti da 1 ad 1 *sexies* ma con il n.1 (dell’art. 1) si riscrive l’art. 3 della l. n. 654/1975 che, a sua volta, è suddiviso nei capoversi 1-2-3⁹⁶⁹.

⁹⁶⁸ S. MOCCIA, *La perenne emergenza, cit.*, p. 100.

⁹⁶⁹ L. STORTONI, *Le nuove norme contro l'intolleranza, cit.*, p. 16.

4. Problemi di coordinamento in materia di *discrimen* tra ‘antifascismo’ e ‘antirazzismo’

L'estrema indeterminatezza delle fattispecie in materia di “antifascismo” e “antirazzismo” dà luogo a pressoché irrisolvibili problemi di coordinamento tra la legge Scelba e il decreto Mancino, soprattutto per ciò che riguarda, da una parte, la disciplina generale in tema di concorso di reati, e dall'altra, i labili e incerti confini tra le nozioni di ‘razzismo’ e ‘fascismo’.

Tali problemi di coordinamento hanno riguardato soprattutto le fattispecie associative dell'art. 2 l. n. 645/1952 e dell'art. 3 co. 3 l. n. 654/1955. La questione non è di poco conto se si considera che l'associazione fascista è punita molto più gravemente rispetto all'associazione ‘discriminante’.

Non v'è dubbio, infatti, che, come rilevato anche dalla giurisprudenza⁹⁷⁰, le due norme presentano, almeno per quanto concerne il divieto di svolgimento di attività ‘*lato sensu*’ razzista, una oggettività giuridica sostanzialmente coincidente. Peraltro, poiché l'art. 1 l. n. 205/1993, nella parte in cui ha sostituito l'art. 3 l. n. 654/1975, stabilisce che le relative disposizioni si applicano soltanto se il fatto non costituisce più grave reato, le disposizioni stesse assumono carattere sussidiario rispetto alle previsioni dettate dalla l. n. 645/1952. Ne consegue che, se si ritiene di non poter riconoscere attraverso la “propaganda razzista” la ricostituzione del disciolto partito fascista, la propaganda può acquistare rilevanza penale solo come forma di incitamento, punibile ai sensi della l. n. 205/1993. Il principio di sussidiarietà, quindi, comporta l'esclusione dell'operatività della norma che commina sanzioni meno gravi (la norma, cioè, dettata dal d.l. 26 aprile

⁹⁷⁰ In argomento, v. Cass. pen., sez. I, 7 maggio 1999, n. 7812, in Cass. pen., 2000, 1045. Vedi altresì Cass. pen., sez. I, 30 settembre 1993, in Cass. pen., III, 1995, 686 con nota di PIAZZA, *Come definire il razzismo?*: “Non implica immutazione del fatto il provvedimento del giudice del riesame che ritenga la sussistenza di gravi indizi relativamente al reato di cui all'art. 1 comma 3 d.l. 26 aprile 1993, n. 122, convertito dalla l. 25 giugno 1993, n. 205, anziché in ordine al reato di riorganizzazione del disciolto partito fascista previsto dagli artt. 1 e 2 l. 20 giugno 1952, n. 645 addebitato all'inquisito dal g.i.p. con riferimento ad attività di propaganda razzista. Razzismo è, infatti, nozione che indica le dottrine che postulano quale presupposto del divenire storico l'esistenza di razze superiori ed inferiori, le prime destinate al comando, le seconde alla sottomissione; alla stregua di tale definizione, dunque, la lettera e la ratio delle due leggi si identificano e le comuni proibizioni si dirigono entrambe ad impedire che le ideologie contenenti il germe della sopraffazione od enunciazioni filosofico-politico-sociali (quali il primato delle razze superiori, la purezza della razza) conducano a discriminazioni aberranti, con il pericolo che ne derivi odio, violenza, persecuzione.

1993, n. 122, convertito dalla l. 25 giugno 1993, n. 205), al fine di evitare duplicità di sanzioni per un'unica condotta; al contempo, finché è applicabile la norma che commina una sanzione più grave (quella, cioè, prevista dalla l. n. 645/1952), essa, esauendo il disvalore del fatto, e tutelando anche l'interesse protetto dall'altra, diviene l'unica in concreto applicabile. Premesso ciò, sussiste comunque un problema di corretta qualificazione delle fattispecie associative, potendo benissimo un'associazione fascista presentare i caratteri dell'associazione discriminatoria. In argomento, riteniamo che una possibile interpretazione sia quella che consideri, in un'ottica prioritaria, il diverso bene giuridico protetto dalle fattispecie *de quibus*. Ne risulterebbe che, quando è prevalente lo scopo di sovversione dell'istituzione repubblicana, dovrebbe applicarsi la legge Scelba; al contrario, in caso di prevalenza dell'intento discriminatorio, potrebbe trovare spazio il decreto Mancino. Si tratta di una soluzione ermeneutica che tiene in debito conto le "insufficienze" delle fattispecie coinvolte: entrambe soffrono di un eccessivo riflusso soggettivistico del *Tatbestand*, al punto di porre grossi problemi di materialità. Inoltre, il bene giuridico, in entrambi i casi, è troppo ampio per esercitare un reale ruolo discriminante tra le due norme. Dovrà, quindi, concludersi nel senso dell'applicazione della norma meno gravosa per il *reo*, in applicazione del principio del *favor rei*.

Analoghi problemi di coordinamento sussistono tra l'art. 5 della legge Scelba, che incrimina le "manifestazioni fasciste" e l'art. 2 d.l. n. 122/1993 che punisce chiunque in pubbliche riunioni compia manifestazioni esteriori di natura discriminatoria. La questione è di poco conto se si considera l'entità della pena irrogabile (è prevista la reclusione fino a tre anni per entrambe le fattispecie, con irrisorie differenze per quanto riguarda la multa); ma essa riacquista un valore applicativo, se si considera che, solo nel caso di "manifestazioni discriminatorie" il reo o anche solo il denunciato potrebbero essere colpiti dal divieto di accesso ai luoghi dove si svolgono competizioni agonistiche (art. 2 co. 3 d.l. n. 122/1993). Dall'indeterminatezza dei confini delle due fattispecie deriva, infatti, una certa confusione giurisprudenziale: il c.d. "saluto romano", punito, come abbiamo visto, dalla giurisprudenza tradizionale ai sensi dell'art. 5 della legge Scelba⁹⁷¹,

⁹⁷¹ V. per tutte la già citata Cass., sez. II, 17 febbraio 1961, ric. Rossi + altri.

risulta, più recentemente, ricondotto (spesso con riferimento ad incontri di calcio), all'art. 2 del citato decreto⁹⁷².

⁹⁷² Cass. pen, sez. I, 4 marzo 2009, n. 25184 in *CED Cass. pen.*, 2009; Cass. pen., sez. III, 10 luglio 2007, n. 37390, in *Guida al diritto*, 2007 e in *Riv. pen.*, 2008, 1, 33 (fattispecie relativa ad un soggetto che, allo stadio, in occasione di una partita di calcio, aveva sventolato un tricolore riportante nella parte bianca un "fascio littorio": infatti, la riunione ove l'emblema è stato mostrato è da ritenere pubblica e il simbolo è da qualificare come tipico del fascismo, che ha indubbiamente emanato leggi discriminazione per motivi razziali). In tal caso, per la Cassazione non rileva la circostanza che il fascio littorio sia stato usato anche dagli Etruschi.

5. La riforma del codice penale in materia di reati di opinione: un intervento disomogeneo e ai limiti dell'ipocrisia

Ciò che della legge n. 85/2006 non passa inosservato è la “sfasatura tra la sua intitolazione, destinata appunto alla materia dei reati di opinione, ed il suo contenuto che – accanto a fattispecie certamente riconducibili a quella categoria – accoglie ulteriori ipotesi delittuose contro la personalità, le quali con la qualifica dei reati di opinione hanno poco a che vedere: il riferimento corre alle fattispecie di attentato e al coinvolgimento dell'associazione sovversiva”⁹⁷³. Assolutamente ultronea appare, poi, la disposizione che in tema di successione di leggi penali modifica l'art. 2 c.p. Perciò la matrice politico-criminale della novella è connotata da un marchio di forte “a-settorialità” ed incompletezza, che ha portato giustamente a giudicarne l'esito come “scoordinato, asimmetrico e contraddittorio”⁹⁷⁴. Tali giudizi negativi sono anche il frutto di alcune osservazioni della dottrina che non ha mancato di rilevare alcuni aspetti politici della novella. Il provvedimento - per il quale si volle a tutti i costi mantenere l'impegnativo titolo “modifiche in materia di reati di opinione” - fu, infatti, varato molto velocemente dal Parlamento, agli sgoccioli della XIV legislatura⁹⁷⁵, per le fortissime pressioni esercitate sull'allora maggioranza politica dalla Lega Nord⁹⁷⁶, i cui maggiori esponenti politici risultavano coinvolti in procedimenti penali per alcuni reati poi abrogati dalla riforma. Alcuni commentatori, infatti, non esitano a

⁹⁷³ D. NOTARO, *Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione (l. 24.2.2006 n. 85)*, cit., pp. 401-402.

⁹⁷⁴ T. PADOVANI, *Un intervento normativo scoordinato che investe anche i delitti contro lo Stato*, cit., 23; in argomento, v. pure M. PELISSERO, *Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati di opinione: occasioni mancate e incoerenze sistematiche*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 960 ss.; D. PULITANO', *Riforma dei reati di opinione?*, in *Corr. giur.*, 2006, 745-746.

⁹⁷⁵ In argomento, C. VISCONTI, *Il legislatore azzecagarbugli: le “modifiche in materia di reati di opinione” introdotte dalla l. 24 febbraio 2006, n. 85*, in *Foro it.*, 2006, V, p. 12, per il quale il provvedimento fu approvato troppo velocemente dal Parlamento per poter contenere un intervento organico.

⁹⁷⁶ Così D. PULITANO', *Riforma dei reati di opinione?*, in *Corr. giur.*, 2006, p. 745; D. NOTARO, *Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione (l. 24.2.2006 n. 85)*, cit., pp. 402-403; R. PASCARELLI, *La riforma dei reati di opinione: un commento alla nuova disciplina*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 697, il quale mette in nota non solo le dichiarazioni dell'allora ministro della Giustizia Roberto Castelli, esponente di spicco della formazione politica della Lega Nord: “Abbiamo alzato il tasso di democrazia del Paese”, ma anche quelle dell'opposizione, con quanto dichiarato dal senatore della Margherita Nando Dalla Chiesa: “Nonostante sia condivisibile la depenalizzazione dei reati di opinione l'impianto del provvedimento risulta viziato dallo specifico obiettivo di risolvere le pendenze giudiziarie di alcuni esponenti politici”.

collegare la disomogeneità dell'intervento alla circostanza per cui esso fu concepito più per assecondare "personalismi" politici che per il reale intento politico-criminale di innalzare il tasso di democrazia del sistema penale.

Passando al piano tecnico-giuridico, la novella in parola ha architettato, da una parte, un disegno di riduzione del numero – per la verità, molto esiguo - di fattispecie volte alla repressione del dissenso politico e, dall'altra, il forte ridimensionamento sanzionatorio delle cornici edittali previste dalle norme interessate; al contempo, essa si caratterizza per un senso dell'incoerenza molto spiccato, forse dovuto all'ipocrisia politica, cui si è fatto cenno.

In primis, dobbiamo occuparci delle fattispecie di vilipendio politico.

Per ciò che riguarda gli artt. 290 (Vilipendio della Repubblica, delle istituzioni costituzionali e delle forze armate), 291 (Vilipendio della nazione italiana) e 342 c.p. (Oltraggio a un corpo politico amministrativo o giudiziario), il legislatore si è limitato alla semplice sostituzione di una pena detentiva con una pena pecuniaria, che non elimina la sussistenza di illegittimi ostacoli al libero esercizio della libertà di manifestazione del pensiero.

Più complessi gli interventi sugli artt. 292 e 299 del codice penale.

Per ciò che riguarda il primo, ossia il vilipendio alla bandiera o ad altro emblema dello Stato, nella sua nuova formulazione, esso incrimina anche il danneggiamento (c.d. vilipendio reale). In particolare, quindi, è prevista la multa fino a mille euro per chi "vilipende con espressioni ingiuriose" il Tricolore (comma 1), mentre rimane il carcere fino a due anni se la bandiera viene "incendiata, dispersa, imbrattata, deteriorata" (comma 2). Quanto alla prima forma di vilipendio, la nuova fattispecie omette il requisito della pubblicità (presente nel testo precedente e ora nel caso di vilipendio "reale"). In questo modo si sono rese inspiegabilmente punibili anche le offese rivolte in privato alla bandiera, il che realizza un'innovazione sicuramente contraria alla *ratio* ispiratrice della riforma. Il vilipendio "reale", poi, mutua le modalità tipiche del danneggiamento (art. 635 c.p.), delineando il contenuto del dolo in termini di intenzionalità⁹⁷⁷.

⁹⁷⁷ R. PASCARELLI, *La riforma dei reati di opinione*, cit., p. 707.

Il delitto di “offesa alla bandiera o ad altro emblema di uno Stato estero” (art. 299 c.p.) consiste ora nel vilipendio “con espressioni ingiuriose” (sintagma assente nella vecchia formulazione) ed è punito con la sola pena dell’ammenda da cento a mille euro. Per il caso di vilipendio “reale”, nella forma del danneggiamento, il nuovo art. 299 c.p., invece, nulla prevede.

Volendo riassumere il quadro *post*-riforma concernente i vilipendi politici, risulta punibile: a) con la pena pecuniaria chi vilipende pubblicamente “con espressioni ingiuriose” una bandiera di Stato estero (art. 299) e chi vilipende “pubblicamente” la repubblica, le assemblee legislative, il governo, la Corte costituzionale o l’ordine giudiziario, le forze armate o quelle della liberazione (art. 290), la nazione italiana (art. 291), nonché chi vilipende “con espressioni ingiuriose” anche non pubblicamente la bandiera italiana (art. 292 co. 1); b) con la pena della reclusione fino a due anni chi pubblicamente e intenzionalmente danneggia la sola bandiera nazionale (art. 292 co. 2). Come si può notare, risulta veramente arduo, in un contesto del genere, cogliere il senso dell’intervento del legislatore⁹⁷⁸.

Come è stato osservato, infatti, il legislatore, al fine di risolvere i problemi di incostituzionalità legati a queste disposizioni, avrebbe dovuto optare per una loro più incisiva modifica, e non già limitarsi a piccoli “ritocchi” o ad attenuare il solo regime sanzionatorio⁹⁷⁹. Del resto la Commissione Nordio⁹⁸⁰ aveva da poco proposto di riunire tutti i “vilipendi” politici di cui agli artt. 290, 291, 292, 292 *bis*, e 293 c.p. in un’unica fattispecie di incriminazione - l’art. 290 del progetto - volta ad incriminare la condotta di chiunque pubblicamente offende il sentimento di solidarietà e di unità nazionale mediante atti vilipendiosi sulla bandiera nazionale e su altri emblemi o simboli dello Stato⁹⁸¹. Ad una lettura attenta della proposta di riforma, riteniamo, però, addirittura un bene che essa non sia stata

⁹⁷⁸ C. VISCONTI, *Il legislatore azzecagarbugli*, cit., p. 219.

⁹⁷⁹ R. PASCARELLI, *La riforma dei reati di opinione*, cit., p. 704.

⁹⁸⁰ C. NORDIO, *Il progetto di modifica dei reati di vilipendio*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 1/2003, p. 115; v. altresì, ID., *Reati di opinione, le proposte della commissione da me diretta: così illiberali da essere bocciate*, in *Dir. Giust.*, 01/02/2006.

⁹⁸¹ Di seguito riportiamo il testo integrale dell’art. 290 del Progetto (*Atti di vilipendio contro lo Stato, le istituzioni e i simboli che li rappresentano*): “Chiunque pubblicamente offende il sentimento di solidarietà e di unità nazionale mediante atti di vilipendio sulla bandiera nazionale o su emblemi o su simboli dello Stato, delle sue Assemblee legislative, del Governo, della Corte Costituzionale, dell’Ordine giudiziario, delle Forze Armate dello Stato o della Liberazione è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni”.

trasposta in legge⁹⁸². La norma, infatti, soffre degli stessi gravissimi vizi che affliggono le fattispecie codicistiche. Innanzitutto, sono presenti i soliti *deficit* in termini di tassatività/determinatezza del costrutto penale: cosa dovrebbe intendersi per “sentimento di solidarietà nazionale” o per “unità nazionale”? Proprio, il pericolo che il primo concetto, in momenti di forte crisi economica e di tensioni sociali, possa trasformarsi nel suo corrispondente totalitario del “*Volksempfinden*” non è da trascurare. Nondimeno, la Commissione omette qualsiasi sforzo ‘tipizzante’ in punto di “emblemi” o “simboli” delle istituzioni. Inoltre, lo stesso concetto di “vilipendio” non trova alcuna specificazione, conservando il suo carattere generico e soggettivistico, con il ripetersi delle stesse censure in punto di materialità. L’unica novità da salutare con favore è l’adozione della formula “atti di vilipendio”, di certo più idonea ad ancorare il piano dell’incriminazione a riferimenti di tipo oggettivo, ma pur sempre in un ambito di protezione che mal si concilia con il principio di tipicità, perché posto a tutela di entità meta-individuali, troppo generiche per essere ricondotte entro i confini categoriali della nozione di “bene giuridico”. Riteniamo, quindi, più coerente con i principi della democrazia e del diritto penale del fatto sostenere *de lege ferenda* l’abrogazione definitiva di tali forme di reato.

Per ciò che concerne le fattispecie di vilipendio religioso, una maggiore incisività dell’intervento riformatore si deduce dalla modifica della rubrica del capo I del titolo IV del libro II del codice penale, ora intitolato “delitti contro le confessioni religiose”, in luogo del precedente “delitti contro la religione di Stato”. Si ritiene da più parti che la svolta normativa sia il frutto dell’adeguamento alle sentenze della Corte costituzionale che avevano emendato l’intero settore del vilipendio religioso, per i profili di contrasto che esso presentava con il principio di uguaglianza delle confessioni religiose sancito dall’art. 8 Cost., ora eliminando il vilipendio della religione cattolica di cui al previgente art. 402 c.p.⁹⁸³, ora parificando il trattamento sanzionatorio per le altre fattispecie residue con l’espunzione di ogni precedente distinzione fondata sul tipo di religione offesa⁹⁸⁴.

⁹⁸² *Contra*, nel senso che “è davvero un peccato che essa non sia stata tradotta in legge”, v. R. PASCARELLI, *La riforma dei reati di opinione*, cit., p. 704.

⁹⁸³ Corte cost., 20 novembre 2000, n. 508, in *Foro it.*, 2002, I, 985.

⁹⁸⁴ Corte cost., 29 aprile 2005, n. 168, in *Foro it.*, 2005, I, 2288; Corte cost., 9 luglio 2002, n. 327, in *Foro it.*, 2002, I, 2941; Corte cost., 14 novembre 1991, n. 329, in *Foro it.*, 1998, I, 26.

In effetti, a seguito della riforma, non solo è stato abrogato l'art. 406 c.p., ma sono sopravvissuti solo due tipi di vilipendio, entrambi offensivi di una qualunque confessione religiosa e non più della religione di Stato o dei culti ammessi, ed entrambi sanzionati con pene pecuniarie e non più con la reclusione. Si tratta dell'art. 403 c.p. che rende punibile chi pubblicamente offende una confessione religiosa, mediante vilipendio di chi la professa e dell'art. 404 c.p. che sancisce la punibilità di chiunque vilipende con espressioni ingiuriose "cose di culto".

Inoltre, si deve aggiungere che anche in ordine al reato di *turbatio sacrorum* (art. 405 c.p.), si è provveduto a sostituire il riferimento al solo "culto della religione cattolica" con l'egualitario "culto di una confessione religiosa", mantenendo sia il tipo di condotte punibili, sia la pena della reclusione fino a due anni.

Attualmente, si registra anche nel settore dei delitti contro le religioni un quadro complessivo delle fattispecie di vilipendio che presenta le stesse incongruenze che caratterizzano i reati contro la personalità dello Stato: la compresenza di diverse varianti di vilipendio, quella a forma libera (art. 403 c.p.), l'altra a forma vincolata (la formula "con espressioni ingiuriose" è stata, infatti, introdotta nel solo art. 404 c.p.), insieme al nuovo "danneggiamento intenzionale", stavolta avente per oggetto cose di culto e punito come l'omologo "politico" con la reclusione fino a due anni (art. 404 co. 2 c.p.). Inoltre, come è stato rilevato, ci si sarebbe aspettati che la locuzione "con espressioni ingiuriose" fosse inserita nell'unica fattispecie posta a tutela di un referente personalistico, ossia l'offesa mediante vilipendio di persona (art. 403 c.p.), invece di collocarla incomprensibilmente nel corpo della fattispecie a tutela di "cose"; il che "accresce lo scoramento per l'interprete impegnato a dare una sistemazione alle modifiche apportate"⁹⁸⁵.

Pertanto, l'esangue giurisprudenza degli ultimi anni e la "bagatellizzazione" sanzionatoria subita suggeriscono di abrogare tutti i reati di vilipendio⁹⁸⁶, dal momento che rappresentarono tali fattispecie "autentiche trappole e deterrenti politici pericolosissimi per il sol fatto che esistono"⁹⁸⁷.

Infine, vanno messi in evidenza due ultimi rilievi. Il primo è relativo all'abrogazione, accanto a quella degli artt. 279, 292 *bis* e 293 c.p., dell'unica

⁹⁸⁵ C. VISCONTI, *Il legislatore azzecagarbugli*, cit., pp. 221 ss.

⁹⁸⁶ Di "vilipendini" parla C. VISCONTI, *Il legislatore azzecagarbugli*, cit., p. 219.

⁹⁸⁷ G. FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, I, IV ed., cit., p. 96.

fattispecie codicistica di propaganda (sovversiva), unitamente all'apologia "antinazionale", contenute entrambe nell'art. 272 c.p. La novità si presenta, a tutti gli effetti, come l'unica nota positiva di tutta la riforma del 2006. Tuttavia, lungi dal manifestare irragionevoli entusiasmi, non si può non constatare che, pure a fronte dell'intervenuta *abrogatio* della disposizione, sopravvivono nell'ordinamento italiano, oltre all'apologia di reato a tutela dell'ordine pubblico (art. 414 co. 3 c.p.) fattispecie come l'apologia del fascismo e le manifestazioni fasciste (artt. 4 e 5 della legge Scelba) o come la "pubblica propaganda" (art. 3 lett. a l. 654 del 1975) e "manifestazioni esteriori" (art. 2 d.l. n. 122/1993) in materia di discriminazione. Pertanto, alla luce della conservazione di tali reati, l'intervento perde di efficacia.

Il secondo e ultimo "punto" da segnalare è la modifica dell'art. 3 co. 1 l. n. 654/1975, in tema di discriminazione, che, come già anticipato, ha creato non pochi problemi di 'proporzione' in rapporto alle altre norme non emendate. L'attenuazione sanzionatoria per il solo delitto di 'propaganda', infatti, ha dato luogo al paradosso per cui il reato *de quo* viene punito meno gravemente di quello di mera 'manifestazione esteriore' di un simbolo o di un emblema 'razzista'; ciò contribuisce all'irragionevolezza dell'intera legge.

6. La nuova frontiera dei reati di opinione: il nuovo art. 414 *bis* del codice penale.

La legge 1 ottobre 2012, n. 172, di ratifica della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, fatta a Lanzarote il 25 ottobre 2007⁹⁸⁸, ha notevolmente rafforzato la tutela penale riservata ai minori⁹⁸⁹. In particolare, essa - oltre a contenere sostanziose modifiche alle fattispecie di reato preesistenti che hanno investito circostanze, prescrizione, trattamento sanzionatorio, confisca, misure di sicurezza, associazione per delinquere, adescamento di minori di cui all'art. 609 *undecies* c.p. - ha previsto, all'art. 414 *bis* c.p., i delitti di istigazione e pubblica apologia di pratiche di pedofilia e di pedopornografia, puniti con la reclusione da un anno e sei mesi a cinque anni.

La norma in esame, salvo che il fatto costituisca più grave reato, punisce chiunque, con qualsiasi mezzo e con qualsiasi forma di espressione, pubblicamente istiga a commettere, o ne fa pubblica apologia, uno o più delitti previsti dagli artt. 600 *bis* (prostituzione minorile), 600 *ter* (pornografia minorile) e 600 *quater* (detenzione di materiale pornografico), anche se relativi al materiale pornografico di tipo virtuale⁹⁹⁰. Infine, a chiusura della norma, si legge che non possono essere invocate, a propria scusa, ragioni o finalità di carattere artistico, letterario, storico o di costume.

Si tratta in sostanza di due nuovi delitti di opinione, che in nulla si distinguono dalle istigazioni e dalle apologie originarie del codice Rocco. Anche il rapporto

⁹⁸⁸ Da ultimo v. V. MASARONE, *Il minore come vittima: la tutela penale contro lo sfruttamento sessuale dopo la ratifica della Convenzione di Lanzarote*, in *Crit. dir.*, 2012, p. 217 ss.

⁹⁸⁹ Le modifiche più sensibili riguardano: a) l'aggravamento delle cornici edittali e del conseguente aumento dei termini di prescrizione dei reati; b) l'introduzione di un nuovo reato associativo destinato ad incrementare l'elenco collocato in coda all'art. 416 c.p.; c) il nuovo delitto di maltrattamenti in famiglia; d) le modifiche apportate alle circostanze aggravanti del delitto di omicidio; e) le modifiche introdotte in tema di sfruttamento sessuale dei minori in tema di prostituzione minorile, pornografia minorile e abuso sessuale sui minori. In argomento, v. E. ALBAMONTE, *Ratifica ed esecuzione della Convenzione di Lanzarote. Parte I: le principali modificazioni al codice penale, esclusi i nuovi art. 414 bis e 609 undecies c.p.*, in *Giur. mer.*, IV, 2013, 752.

⁹⁹⁰ In questo caso il materiale pornografico può contenere anche soltanto immagini virtuali, ovverosia, come previsto dall'art. 600 *quater*. 1 co. 2 c.p., "immagini realizzate con tecniche di elaborazione grafica non associate in tutto o in parte a situazioni reali, la cui qualifica di rappresentazione fa apparire come vere situazioni non reali".

tra le due categorie può considerarsi un'eredità delle vecchie tecniche d'incriminazione, se si considera che, a chiusura del cerchio repressivo inaugurato con l'istigazione, il legislatore prevede un'apologia – tra l'altro irragionevolmente punibile con la stessa sanzione -, ad espandere oltre modo la capacità repressiva dell'intervento. Tutto ciò che non sarà configurabile in termini istigativi, infatti, potrà essere facilmente ricondotto entro i confini categoriali dell'istigazione indiretta di tipo apologetico, senza particolari difficoltà di rispetto dei confini testuali della norma, che, *a contrario*, si distingue per una particolare indeterminatezza della formulazione.

Nel pieno rispetto della “tradizione” in materia di reati di opinione, entrambe le condotte devono avvenire “pubblicamente”, ma il legislatore ha aggiunto il sintagma “con qualsiasi mezzo e con qualsiasi forma di espressione”, che apparirebbe a prima vista un inciso pleonastico, ma che serve a togliere ogni dubbio sul fatto che vi rientri anche la diffusione o “messa a disposizione” in rete, dunque anche nei *social network*, di materiale pedopornografico⁹⁹¹.

La norma desta molteplici perplessità.

Innanzitutto, la sua formulazione quale reato di pericolo astratto a tutela dell'ordine pubblico, suscita più di qualche incertezza, se si considera che i c.d. reati-scopo, oggetto dell'istigazione, sono viceversa tutti riconducibili nel titolo XII, relativo ai delitti contro la persona. Ora, proprio in base al rilievo secondo cui le ragioni di difesa del c.d. ordine pubblico poco o nulla hanno a che fare con gli aspetti inerenti alla persona umana (questi ultimi, infatti, non toccano la vita dello Stato e le presunte esigenze della conservazione delle sue istituzioni e dei suoi principi), può finirsi per scorgere nella suddetta collocazione una sorta di “depistaggio” rispetto ai veri scopi dell'incriminazione introdotta dal legislatore del 2012; incriminazione nella quale il *focus* dell'intervento penale risulta, in realtà, tutto proiettato alla criminalizzazione dell'autore “pedofilo”, più che ad una protezione “rafforzata” dei minori. La circostanza che, alle altre modifiche introdotte dalla legge di ratifica, si sia aggiunta l'introduzione di due reati di opinione, posti peraltro a tutela del c.d. ordine pubblico ideale, conferma che le norme *de quibus* puntano alla creazione di una vera e propria categoria

⁹⁹¹ In argomento, v. L. PICOTTI, *I diritti fondamentali nell'uso ed abuso dei social network. Aspetti penali*, in *Giur. mer.*, XII, 2012, 2522.

criminologica del nuovo tipo d'autore del "pedofilo". Dopo tutto, basta considerare che, dopo l'entrata in vigore della legge n. 172/2012, per integrare il delitto di pornografia minorile è sufficiente la sola rappresentazione degli organi genitali di soggetti minori. Più specificamente, il legislatore, inserendo all'ultimo comma dell'art. 600 *ter* c.p. una precisa definizione di pornografia minorile che fa un chiaro riferimento ad "attività sessuali esplicite, reali o simulate", nonché a "qualunque rappresentazione degli organi sessuali di un minore degli anni diciotto per scopi sessuali", ha chiaramente disposto che per integrare, sotto l'aspetto oggettivo, la fattispecie delittuosa *de qua* non sia più necessaria un'esibizione lasciva, ma – come detto – una mera rappresentazione, anche virtuale, delle nudità di soggetti minori⁹⁹². Da ciò consegue che, nel nostro ordinamento, risulterebbe addirittura punibile una generica condotta istigativa, volta anche soltanto a sollecitare la detenzione di materiale pedopornografico virtuale.

E' evidente che incriminazioni del genere poco o nulla hanno a che fare con la protezione della persona umana. Esse, piuttosto, puntano alla difesa di principi ideali ritenuti fondamentali per l'ordinamento statale, alla stregua del vecchio schema dei *crimina laesae maiestatis*, che ora evidentemente, soprattutto per l'influsso delle nuove "ideologie" sovranazionali della penalità, guarda anche a settori diversi da quello degli interessi "politici" dello Stato, sconfinando nelle aree riguardanti la vita privata, come quelle della moralità, della sessualità e degli orientamenti culturali delle persone.

Non è un caso, infatti, che l'ultimo comma della norma in esame deroghi, in termini tassativi ed assoluti, all'applicabilità di cause di giustificazione (come quella relativa all'art. 21 Cost., in tema di libera manifestazione del pensiero e, più in generale, di espressione), contraddicendo la portata generale ed "aperta" della scriminante di cui all'art. 51 c.p., che implica un bilanciamento concreto fra interessi e diritti oggetto di tutela penale, e quelli il cui esercizio escluderebbe – pur nel rispetto dei relativi limiti "interni" ed "esterni" – l'antigiuridicità del fatto tipico. L'atteggiamento legislativo è connotato da una particolare severità se si considera che, come sostenuto dalla dottrina, pure la disciplina originaria del codice Rocco in tema di delitti di "oscenità" aveva assicurato l'espressa non

⁹⁹² Ciò è da ultimo confermato da Cass. pen., III, 9 gennaio 2012, n. 5874, in *CED Cass. pen.*, 2013.

punibilità dell'opera d'arte o di 'scienza' (art. 529 co. 2 c.p.). Tuttavia, tale rigido meccanismo non proviene dall'Europa, giacché le fonti sovranazionali non hanno mai imposto di derogare ai principi generali dell'ordinamento interno in tema di cause di giustificazione, ma è frutto di un'autonoma scelta del nostro legislatore. Appare, pertanto, più che ragionevole condividere l'assunto di chi ha sostenuto che l'esclusione deve interpretarsi restrittivamente, con riferimento testuale alle sole cause soggettive di esclusione della colpevolezza, non anche alle ipotesi di cause di giustificazione, la cui applicazione va salvaguardata in conformità ai principi generali stabiliti dall'art. 59 co. 1 c.p., e così limitandosi la deroga alle sole ipotesi di c.d. scriminanti "putative", vale a dire erroneamente supposte per errore sul fatto che le costituisce (art. 59 co. 4 c.p.)⁹⁹³.

In conclusione, il nuovo art. 414 *bis* c.p. può in anticipo rivelare futuri e verosimili orizzonti dei reati di opinione, utilizzabili per stabilire negli ordinamenti interni, anche grazie agli influssi convenzionali e comunitari, nuove e capillari forme di controllo sociale attraverso i meccanismi della penalità. In realtà, la riproduzione dei *crimina laesae maiestatis* in settori non più esclusivamente di tipo pubblicistico, ma nelle aree in cui rilevano gli aspetti personali della vita delle persone, desta particolare allarme, giacché si consentirebbe al "potere" di intervenire sul corpo stesso degli individui⁹⁹⁴.

⁹⁹³ L. PICOTTI, *I diritti fondamentali nell'uso ed abuso dei social network. Aspetti penali, cit.*, pp. 2526 ss.

⁹⁹⁴ Sui rapporti tra "potere" e "corpo", v. M. FOUCAULT, *Microfisica del potere, cit.*, pp. 137 ss.

Capitolo IV

I reati di opinione nella legislazione europea e le prospettive di riforma

Sommario: 1 La Decisione quadro 2008/913 – 1.1 Il reato di negazionismo – 2 I reati di opinione e i loro rapporti con gli artt. 9 e 10 CEDU – 3. La proposta di riforma della Commissione “Pagliaro”.

1. La Decisione quadro 2008/913

Il crescente dilagare, negli anni Novanta, dei crimini a sfondo razziale ha indotto le istituzioni europee alla definizione di una strategia ‘penalistica’ di lotta al razzismo, “per fare in modo che gli stessi comportamenti razzisti e xenofobi costituiscano reati penali in tutti gli Stati membri e che siano previste pene effettive, proporzionate e dissuasive nei confronti delle persone fisiche e giuridiche che hanno commesso reati del genere o ne sono responsabili”⁹⁹⁵.

I temi del razzismo, insieme con quelli della lotta alla criminalità organizzata e del terrorismo, hanno rappresentato, infatti, lo ‘spartiacque’ attraverso il quale si è assistito al trapasso da un forte disinteresse sul tema del rapporto tra diritto penale nazionale e diritto comunitario, quasi nell’ottica di una impossibile comunitarizzazione di tale materia, all’avvertita esigenza di creare, a partire proprio dallo sviluppo di politiche di omogeneizzazione del diritto penale attorno a questi temi, uno spazio giuridico comune europeo⁹⁹⁶.

E proprio in quest’ottica che deve essere letto il lungo e progressivo percorso che ha portato all’adozione della Decisione quadro 2008/913 GAI del Consiglio del 28 novembre sulla lotta contro talune forme di espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale.

Il comune denominatore degli atti europei⁹⁹⁷ che precedettero la Decisione quadro è la solenne condanna di qualsiasi forma di razzismo e di xenofobia, nell’idea che

⁹⁹⁵ Proposta di decisione quadro del Consiglio sulla lotta contro il razzismo e la xenofobia, COM (2001) 664, def., in *G.U. C 75*, del 26.4.2002, p. 15, punto 5.

⁹⁹⁶ In argomento v. AA.VV., *Ambito e prospettive di uno spazio giuridico-penale europeo*, a cura di S. MOCCIA, Napoli, 2004, *passim*.

⁹⁹⁷ Tra i più importanti ricordiamo: a) Risoluzione del Parlamento europeo del 27 ottobre 1994 sul razzismo, la xenofobia e l’antisemitismo; b) proclamazione dell’Anno europeo contro il razzismo nel 1997 (Risoluzione del Consiglio e dei Rappresentanti degli Stati riuniti in sede di Consiglio, in *g.u. n. C237*, del 15.8.1996, p.1) ; c) Regolamento n. 1035/97 del Consiglio del 2.6.1997, che

la difesa dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nell'Unione non possa non passare anche attraverso l'eliminazione degli atti di razzismo, di xenofobia o di antisemitismo⁹⁹⁸.

Tuttavia, va precisato che le decisioni-quadro, a norma dell'art. 34, co. 2, lett. b), TUE antecedente al Trattato di Lisbona, erano finalizzate al ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati Membri. Queste fissavano soltanto un obbligo di risultato, imponendo il raggiungimento di un obiettivo, lasciando alla competenza statale la scelta delle forme e dei mezzi più utili per raggiungerlo. Esse erano, pertanto, per espressa previsione normativa, prive di efficacia diretta⁹⁹⁹. Tuttavia, il divario tra pilastri fu ridimensionato dalla Corte di giustizia, con la famosa sentenza "Pupino" del 16 giugno 2005¹⁰⁰⁰, che estese l'obbligo di interpretazione conforme anche alle norme del terzo pilastro, comprese, quindi, le decisioni - quadro. In verità, nonostante questo tentativo di limitare gli effetti della divisione in pilastri per via giurisprudenziale, era pacifico ritenere che in campo penale l'efficacia delle norme di armonizzazione all'interno dell'ordinamento nazionale fosse, almeno in linea teorica, subordinata al fatto che lo Stato membro si attivasse per darvi esecuzione attraverso l'emanazione di norme *ad hoc*.

Dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la situazione è oggi molto diversa, a fronte dell'abolizione del vecchio sistema dei pilastri¹⁰⁰¹, alla luce del

istituisce l'Osservatorio europeo dei fenomeni di razzismo e xenofobia, il c.d. EUMC, che ha sede in Vienna, ora FRA (European Union Agency for Fundamental Rights).

⁹⁹⁸ Per un'analisi del percorso europeo che ha condotto all'adozione della Decisione quadro, v. L. SCAFFARDI, *La cooperazione giudiziaria in materia penale e la proposta di decisione-quadro relativa alla lotta contro il razzismo e la xenofobia*, in AA.VV., *Il trattato costituzionale nel processo di integrazione europea*, a cura di M. SCUDIERO, Napoli, 2005, 1499 ss.

⁹⁹⁹ In argomento, v. S. CAMPAILLA, *La "circolazione" giudiziaria europea dopo Lisbona*, in *Proc. pen. Giust.*, I, n. 2, 2011, pp. 90 ss.

¹⁰⁰⁰ Corte giust. UE, 16 giugno 2005, causa C-105/03, Pupino, Racc., I-5285. Per un commento della sentenza, che ha suscitato un acceso dibattito dottrinale, tra i molti, Cherubini, L'obbligo di interpretazione conforme "sconfina" nel terzo Pilastro: note a margine della sentenza, *Studi integr. eur.*, 2006, 157 ss.; Marchegiani, L'obbligo di interpretazione conforme alle decisioni quadro: considerazioni in margine alla sentenza Pupino, *Dir. Un. eur.*, 2006, 563 ss.; Riondato, Interpretazione conforme al diritto comunitario, decisioni quadro, "equo processo", modalità di audizione di minori in qualità di testimoni, *Dir. pen. proc.*, 2005, 1178 ss.

¹⁰⁰¹ In argomento, v. C. SOTIS, *Il trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione Europea*, n. *Cass. pen.*, 2010, p. 1150; G. GRASSO, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, p. 2326.

quale si è posto il problema di stabilire collocazione ed effetti delle decisioni-quadro emanate precedentemente all'entrata in vigore del trattato di Lisbona. La soluzione è fornita dall'art. 10¹⁰⁰² del Titolo VII del Protocollo 36, in materia di "disposizioni transitorie relative agli atti adottati in base ai titoli V e VI del trattato sull'Unione europea prima dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona". Pertanto, fino al 1° dicembre 2014 vige in relazione a tutti gli atti dell'ex terzo pilastro un periodo transitorio, al termine del quale o tali atti saranno stati abrogati, annullati o modificati, cioè convertiti in atti dell'ex primo pilastro (regolamenti, direttive, decisioni), ovvero saranno comunque sottoposti al regime di tutela giurisdizionale previsto per questi ultimi, quindi alla competenza piena della Corte di giustizia. Di conseguenza, in pendenza del periodo transitorio, gli atti adottati anteriormente al Trattato di Lisbona continueranno ad applicarsi secondo la valenza ad essi attribuita prima all'entrata in vigore del Trattato citato, fatta salva la competenza della Corte di Giustizia ai sensi del titolo VI del trattato sull'Unione europea, nella versione vigente prima dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona¹⁰⁰³. L'art. 10, però, non ha disposto anche per il futuro, ovverosia per il tempo successivo alla scadenza del previsto periodo di transizione. Pertanto, si prospetta un altro quesito, non meno importante del precedente, riguardante il destino di quelle decisioni-quadro che passeranno indenni il periodo transitorio, e che non saranno né abrogate, né annullate, né modificate, né trasposte in altri atti dell'ex primo pilastro entro il 1° dicembre. L'ipotesi anzidetta pare essere disciplinata dall'art. 9, Protocollo 36, allegato ai trattati, a norma del quale "gli effetti giuridici degli atti delle istituzioni, degli

¹⁰⁰² Di seguito si riportano i primi tre paragrafi della norma: "1. A titolo di misura transitoria e in ordine agli atti dell'Unione nel settore della cooperazione di polizia e della cooperazione giudiziaria in materia penale adottati prima dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona, le attribuzioni delle istituzioni alla data di entrata in vigore di detto trattato sono le seguenti: le attribuzioni della Commissione ai sensi dell'articolo 258 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea non sono applicabili e le attribuzioni della Corte di giustizia dell'Unione europea ai sensi del titolo VI del trattato sull'Unione europea, nella versione vigente prima dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona, restano invariate, anche nel caso in cui siano state accettate in forza dell'articolo 35, paragrafo 2 di detto trattato sull'Unione europea.

2. La modifica di un atto di cui al paragrafo 1 comporta che, con riguardo all'atto modificato e nei confronti degli Stati membri ai quali esso si applica, le attribuzioni delle istituzioni menzionate in detto paragrafo si applichino quali previste dai trattati.

3. In ogni caso la misura transitoria di cui al paragrafo 1 cessa di avere effetto cinque anni dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona".

¹⁰⁰³ Cfr. S. PEERS, *The 'Third Pillar acquis' after the Treaty of Lisbon enters into force*, in *Statewatch Analysis*, december 2009.

organi e degli organismi dell'Unione adottati prima dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona sono mantenuti finché tali atti non saranno stati abrogati, annullati o modificati in applicazione dei trattati. Ciò vale anche per le convenzioni concluse tra Stati membri in base al trattato sull'Unione europea". La disposizione sembra, dunque, stabilire che la "comunitarizzazione" degli atti dell'ex terzo pilastro sia un effetto che si produrrà automaticamente a partire dal 1° dicembre 2014, salvo che gli atti *de quibus* non siano abrogati, annullati o modificati in applicazione dei trattati. Ciò pare essere confermato *in primis* da un argomento di interpretazione sistematica, in base al quale se si ritiene, come è corretto, che l'art. 10 del Protocollo n. 36 disciplini regime ed effetti degli atti dell'ex terzo pilastro durante il solo regime transitorio di cinque anni, è altrettanto ragionevole ritenere che l'art. 9 – norma logicamente e numericamente precedente alla prima – disciplini, più in generale, la sorte dei medesimi atti alla scadenza del suddetto periodo transitorio. In secondo luogo, questa è la tesi sostenuta dal "General Secretariat of the council of the UE", che proprio all'indomani dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona, ha fornito una sorta d'interpretazione autentica del Protocollo n. 36, dove si legge che "i pieni poteri della Corte di giustizia e della Commissione diventeranno applicabili all'*acquis* esistente della legislazione del terzo pilastro cinque anni dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona, ossia il 1° dicembre 2014"¹⁰⁰⁴.

Probabilmente, questa sarà anche la sorte che spetterà alla decisione – quadro in commento, giacché al momento non risulta, in seno alle istituzioni europee, nessuna iniziativa volta a modificarne il regime di transizione o ad accelerarne la "comunitarizzazione" prima dell'entrata a pieno regime del Trattato di Lisbona.

Detto ciò, il principio di non discriminazione per ragioni razziali, anche dopo i nuovi Trattati, non poteva non figurare tra le *raison d'être* su cui si fonda

¹⁰⁰⁴ General Secretariat of the council of the UE, *The Lisbon Treaty's impact on the Justice and Home Affairs (JHA) Council: More co-decision and new working structures*, December 2009, in www.consilium.europa.eu, ove si legge al par. 4, "Transitional provisions on the 3rd pillar *acquis*", che "According to Art. 10 of Protocol 36 on transitional provisions, the full powers of the Court of Justice and the Commission become applicable to the existing '*acquis*' of the 3rd pillar legislation five years after the entry into force of the Treaty of Lisbon, i.e. 1 December 2014".

l'Unione europea: l'art. 2 del TUE inserisce la non discriminazione tra i principi comuni degli Stati membri; gli artt. 10 e 19 par. 1 TFUE sanciscono in materia di discriminazione la competenza del Consiglio, il quale deliberando all'unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa approvazione del Parlamento europeo, può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale; l'art. 67, par. 3 TFUE sancisce l'impegno dell'Unione a garantire un livello alto di sicurezza attraverso misure di prevenzione e di lotta contro la criminalità, il razzismo e la xenofobia; infine, l'art. 21 della Carta di Nizza vieta qualsiasi forma di discriminazione fondata, "in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali".

Alla luce di queste considerazioni, è ora possibile passare in rassegna le caratteristiche salienti della Decisione quadro 2008/913.

L'art. 1, rubricato "reati di stampo razzista o xenofobo", rende punibili due reati di opinione: a) il c.d. *hate speech*, ovverosia "l'istigazione pubblica alla violenza o all'odio nei confronti di un gruppo di persone, o di un suo membro, definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica" (art. 1 par. 1 lett. a), perpetuata anche "mediante la diffusione e la distribuzione pubblica di scritti, immagini o altro materiale"¹⁰⁰⁵ (art. 1 par. 1 lett. b); b) il reato di negazionismo, definito quale "apologia, negazione o minimizzazione grossolana dei crimini di genocidio, contro l'umanità e dei crimini di guerra" (art. 1 par. 1 lett. c-d).

Inoltre, va segnalato l'art. 4, a norma del quale, per i reati diversi da quelli previsti dalla Decisione, gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché la motivazione razzista e xenofoba sia considerata una circostanza aggravante. L'art. 3, par. 2 della Decisione, infine, si preoccupa, rispetto a tali reati, di fissarne una

¹⁰⁰⁵ In argomento v. L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, Padova, 2009, *passim*.

cornice edittale che prevede la reclusione per una durata massima compresa almeno tra uno e tre anni.

Si tratta in entrambi i casi di espressioni di “intolleranza estrema o di estrema avversione”. La qualificazione di “estremo” è da considerarsi alla stregua di un requisito indispensabile perché in sé e per sé intolleranza e avversione sono emozioni umane inevitabili che nessun ordinamento può tentare di abolire¹⁰⁰⁶.

Detto ciò, del reato di negazionismo ci occuperemo a parte, ma occorre subito rilevare che il contenuto della Decisione quadro risulta presente già da tempo nell’ordinamento italiano, quanto meno in relazione al reato di istigazione previsto dall’art. 1 par. 1 della decisione quadro: com’è risaputo, l’art. 3 l. n. 654/1975, così come modificato, rende punibili la propaganda discriminatoria, l’istigazione alla discriminazione e le associazioni aventi tale scopo, andando ben oltre quanto previsto a livello sovranazionale. *Ad abundantiam*, nell’ordinamento interno risulta punibile anche la fattispecie di “manifestazioni di simboli razzisti”, introdotta *ex novo* dall’art. 2 d.l. n. 122/1993. Stesso discorso vale rispetto alla circostanza aggravante prevista dall’art. 4 della Decisione, rispetto alla quale non vi è stato bisogno di alcuno sforzo di adeguamento del legislatore italiano: anche in tal caso, la tutela predisposta dall’ordinamento interno è sensibilmente più forte, giacché l’art. 3 co. 1 d.l. n. 122/1993 non solo prevede l’aggravante della finalità di “discriminazione” o di “odio”, applicabile a tutti i reati e comportante un aumento obbligatorio della pena fino alla metà, ma si spinge fino ad imporre un eccezionale divieto di prevalenza e di equivalenza della stessa con le attenuanti, cui si accompagnano gli effetti processuali dell’obbligatorietà del rito direttissimo e della procedibilità d’ufficio.

Come si nota, l’ordinamento italiano presenta già da molto tempo una legislazione in grado di soddisfare le esigenze che provengono dalle politiche “antirazziste” dell’Unione Europea, per la verità andando ben oltre le stesse. Almeno sotto questo profilo, l’Italia non è mai stata inadempiente; anzi, le sue tecniche di ‘incriminazione’ sono state un laboratorio politico per l’Europa. Già nel 1993, infatti, il decreto Mancino aveva attribuito rilevanza ai “motivi” della

¹⁰⁰⁶ In argomento, v. R.C. POST, *La disciplina dell’hate speech tra considerazioni giuridiche e sociologiche*, in AA.VV., *Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela*, a cura di D. TEGA, Roma, 2011, 97 ss.

discriminazione, riferendoli al piano dell'azione criminosa, rendendo rilevante, ai fini della qualifica di una condotta come "discriminatoria", il mero "movente" che spinge il soggetto ad agire. Questa tecnica per 'tipo d'autore', come si è visto, è stata riprodotta anche nella Decisione quadro, che risulta particolarmente influenzata dalla nostra normativa.

Gli schemi d'incriminazione contenuti nella Decisione, dunque, non si discostano in nulla dai *crimina laesae maiestatis*, così come conosciuti dai sistemi penali nazionali. Tuttavia, in tale contesto, le perplessità sono destinate ad aumentare. Le fattispecie "europee", infatti, oltre a contenere i soliti e insuperabili *deficit* di determinatezza e di offensività delle condotte, denotano uno scarso approfondimento dottrinario e una debole padronanza delle categorie del diritto penale. Quest'atteggiamento 'a-tecnico', come vedremo, conduce a risultati aberranti. Ci riferiamo soprattutto all'art. 2 della decisione, il quale, dopo aver reso punibile l'istigazione al c.d. reato di negazionismo (art. 2, par. 1), senza approfondire se si tratti di un'istigazione punibile "per ciò solo" e se sia necessaria la pubblicità della condotta, rende altresì punibile la "complicità" in tutti i reati dell'art. 1, cioè nell'istigazione pubblica e nella sua diffusione o distribuzione pubblica (art. 2, par. 2). L'effetto della disposizione è duplice: da una parte, l'istigazione al negazionismo rende punibile il c.d. pericolo di un pericolo, in contrasto con l'art. 56 c.p.; dall'altra, il concorso nell'istigazione pubblica o nel negazionismo, oltre ai soliti problemi di tipicità, comporta insopprimibili difficoltà legate alla prova del nesso causale tra il contributo causale e la condotta principale.

Sotto il primo profilo, quindi, l'istigazione al negazionismo si risolve in una figura difficile da commentare: si potrebbe sostenere che istigare a negare un genocidio si trasformi nel rendere punibile un'istigazione di un'istigazione a commettere il reato, giacché, come vedremo, lo stesso negazionismo è punito perché idoneo a provocare il pericolo che le condotte 'negate' si realizzino, con un arretramento inaccettabile della soglia della punibilità. Sotto il secondo profilo, il concorso in un'istigazione, se si accetta l'idea per la quale l'istigazione punibile 'per ciò solo' si avvicina ad una condotta di tentativo, giacché non gode del termine di riferimento rappresentato dal compimento del reato oggetto

dell'istigazione¹⁰⁰⁷, si risolve in un concorso in un delitto tentato, in cui ancor più pressanti diventano le esigenze di provare il legame eziologico tra la condotta concorrente e la pubblica istigazione di per sé punibile.

Alla luce di quanto appena illustrato, l'art. 2 della Decisione rappresenta, a nostro avviso, l'espressione più compiuta della debolezza 'tecnica' del legislatore europeo, che anziché orientarsi ai principi di ragionevolezza, proporzionalità, sussidiarietà e frammentarietà del diritto penale, si limita ad un'iper-protezione penalistica della "non discriminazione", che non ha riguardo ai limiti dell'intervento penale; quest'ultimo potrebbe fermarsi alla previsione del mero reato di opinione – già di per sé criticabile – piuttosto che esplorare l'orizzonte oscuro di un'ulteriore anticipazione della soglia della punibilità.

Come abbiamo visto, la realtà si presenta complessa, dato che il legislatore dell'U.E. auspica un'ingiustificabile anticipazione della soglia della punibilità in rapporto ad una categoria di reato – quello d'opinione – già di per sé in grado di assicurare una tendenziale onnicomprensività della punibilità. Le note dell'"istigazione" e della "complicità" funzionano, infatti, da *Generalklauseln* di moltiplicazione della tipicità, le cui *rationes* si rinvergono nell'*intentio* politico-criminale di assicurare all'intervento penale una superiore capacità di includere in sé tutto lo scibile comportamentale razzista o xenofobo. In pratica, il fatto che si giunga a prevedere delle valvole di sicurezza del sistema, peraltro molto simili a quelle già presenti nel codice Rocco (si pensi a com'è costruita l'apologia in rapporto alle fattispecie d'istigazione¹⁰⁰⁸), disvela che, nella mente del legislatore comunitario, nulla deve sfuggire alla punibilità, nemmeno la più piccola manifestazione di dissenso.

La decisione non pare, dunque, orientata ad una logica di equilibrio condiviso fra repressione dei crimini a sfondo etnico, razziale o religioso e limiti alla libertà di manifestazione del pensiero. Di certo, l'affermazione di principio, contenuta nell'art. 7, secondo cui sono fatti salvi i principi fondamentali delle libertà di associazione, di espressione e di stampa, non è sufficiente per sostenere, come pure è stato fatto, che l'intervento *de quo* sia orientato ad una soluzione *lato sensu*

¹⁰⁰⁷ In argomento, rinviamo al cap. I, par. 3.6, e a quanto analizzato sul rapporto tra le istigazioni di parte speciale e la disciplina del concorso di persone nel reato.

¹⁰⁰⁸ In argomento, si rimanda al capitolo I, par. 4.2.

compromissoria¹⁰⁰⁹. Viceversa, non si nota alcuno sforzo nella direzione di ricercare un bilanciamento tra questi interessi potenzialmente confliggenti. L'intervento appare, infatti, interamente diretto alla soccombenza di alcuni valori rispetto ad altri e, precisamente, il razzismo raggiunge un livello di tutela tale da sacrificare lo statuto costituzionale del diritto penale.

Qualcuno, prima della decisione, aveva già sottolineato la tentazione di prevenire forme di criminalità attraverso la repressione delle manifestazioni di pensieri e culture "diversi"¹⁰¹⁰. La nostra opinione è nel senso che, se prima si trattava solo di una tentazione, ora il rischio che l'esigenza di una tutela penale del "razzismo" si trasformi in una macchina distruttrice della libertà di espressione è un dato che appartiene alla realtà. A ben vedere, nelle retrovie operano gli effetti di quell'orientamento, tradizionalmente sostenuto da una parte della dottrina del secolo scorso, secondo il quale la libertà di manifestazione del pensiero, oltre a costituire una fonte di legittimazione e condizione essenziale di vita e di crescita del sistema, per altro verso "può rappresentare, se fruita in forme aggressive da quanti a quel sistema si contrappongono radicalmente, un potenziale pericolo per la sua stabilità o addirittura per i suoi valori di civiltà"¹⁰¹¹. Abbiamo già avuto modo di sottolineare le criticità e le contraddizioni di questa impostazione¹⁰¹², ma ciò che conta di più rilevare in questa sede è la sicura inefficienza di simili interventi: le legislazioni nazionali, in special modo quella italiana, non hanno condotto, come previsto, ai risultati sperati. I reati a sfondo razziale non sono certo diminuiti e l'adozione di tali sistemi di repressione ha paradossalmente conseguito l'effetto opposto di un aggravamento del fenomeno. La ragion d'essere della decisione quadro deve essere, quindi, individuata altrove, e precisamente in un simbolo di natura ideologica, di per sé scarso e inefficiente, che non contribuirà di certo all'estinzione del fenomeno che intende reprimere¹⁰¹³. Grazie

¹⁰⁰⁹ E' questo il giudizio, a nostro avviso, non condivisibile di L. SCAFFARDI, *La cooperazione giudiziaria in materia penale e la proposta di decisione-quadro relativa alla lotta contro il razzismo e la xenofobia*, cit., p. 1532.

¹⁰¹⁰ M. MANETTI, *L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione dell'eguaglianza e difesa dello Stato*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, vol. II, Torino, 2005, p. 539.

¹⁰¹¹ Per questa impostazione, v. per tutti A. DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, cit., p. 21.

¹⁰¹² In argomento si rimanda al cap. II, par. 5.

¹⁰¹³ Sulla scarsa efficienza della legislazione in materia di discriminazione razziale, rinviamo al cap. III, par. 3.2.

ad esso, l'Unione Europea si prende il merito di combattere il razzismo e la xenofobia, mostrandosi agli occhi dei popoli europei come un'istituzione libera e democratica, senza conseguire, tuttavia, alcun risultato apprezzabile. Ciò rende l'opera di anticipazione della punibilità dell'espressioni razziste priva di senso, e la propaganda e l'apprezzamento dell'opinione pubblica i fini maggiormente perseguiti dal legislatore dell'U.E.

1.1 Il reato di negazionismo

“Negazionismo” è quel preciso filone del revisionismo storiografico che ritiene di dimostrare come la *Shoah* o altri genocidi e/o crimini contro l'umanità non si siano mai svolti nei termini in cui vengono comunemente ricostruiti. Per la dottrina che maggiormente si è occupata del tema, esso rappresenta una degenerazione del revisionismo, definito alla stregua della “tendenza a rivedere le opinioni storiche consolidate alla luce di nuovi elementi e di nuove conoscenze acquisite nel corso della ricerca, col risultato di operare una reinterpretazione e una riscrittura della storia”¹⁰¹⁴. Se è così, ogni storico non può essere che un revisionista, perché lo svolgimento della sua attività euristica, metodologicamente fondata, non può che comportare un naturale succedersi di nuove acquisizioni. Tuttavia, cosa differente è il negazionismo: esso non porta con sé alcun rigore scientifico e, per questo, si presta ad essere considerato inaccettabile dai revisionisti, sia nella metodologia che nei risultati. Come vedremo, tale distinzione è valida solo in astratto, giacché se è vero che l'assenza di un metodo della ricerca rende quella negazionista un'opinione rozza, priva di fondamento, sciatta e volgare, e per questo gravemente offensiva, nondimeno, sul piano concreto, è pressoché impossibile operare un sicuro discernimento tra i due fenomeni, che sia anche affidabile sul piano epistemologico.

L'art. 1, par. 1, lett. *c-d* della Decisione quadro, come si è detto, rende punibile il negazionismo, definendolo come “l'apologia, la negazione o la minimizzazione grossolana sia dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra quali definiti sia agli artt. 6, 7 e 8 dello Statuto della Corte penale internazionale” (art. 1, par. 1, lett. *c*), sia “dei crimini definiti all'art. 6 dello

¹⁰¹⁴ Così E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, Milano, 2012, p. XIII.

statuto del tribunale militare internazionale, allegato all'accordo di Londra dell'8 agosto 1945" (art. 1, par. 1, lett. *d*), "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 ad istigare alla violenza o all'odio nei confronti di tale gruppo o di un suo membro".

La fattispecie si presenta con due caratteristiche che meritano di essere segnalate. In primo luogo, i comportamenti negazionisti sono punibili se sono "posti in essere in modo atto a istigare alla violenza o all'odio". Il ventaglio di condotte – apologia, negazione o minimizzazione – è, quindi, punibile soltanto se scivola in un'istigazione effettivamente idonea a mettere in pericolo il bene tutelato, concretandosi, in ultima istanza, in un reato di pericolo concreto. La formula *de qua* rappresenta però una massima di "stile" che ha la sola funzione di prevenire l'obiezione solitamente mossa di fronte ai reati di opinione, cioè quella di violare il principio di libera manifestazione del pensiero. In secondo luogo, la decisione permette agli Stati membri di scegliere tra varie clausole limitative della punibilità¹⁰¹⁵, in modo da allontanare i sospetti di incostituzionalità: l'art. 1, par. 2 specifica, infatti, che "gli Stati membri possono decidere di rendere punibili soltanto i comportamenti atti a turbare l'ordine pubblico o che sono minacciosi, offensivi e ingiuriosi". Tanto precisato, l'intervento in parola, quindi, se da una

¹⁰¹⁵ La Germania è stata la prima a prevedere la pena della reclusione fino a cinque anni per la c.d. *Auschwitzlüge* (o menzogna di Auschwitz) e la fattispecie (il comma 3 del § 130 del codice penale tedesco introdotto dalla l. 28 ottobre 1994), collocata tra le disposizioni a tutela del c.d. ordine pubblico materiale, contiene in omaggio all'offensività due correttivi; oltre alla formula dell'idoneità del turbamento della pace pubblica, la necessità che le opinioni negazioniste siano espresse pubblicamente o quantomeno in una riunione. In base a tale disposizione risulta punibile non solo la semplice negazione e la minimizzazione – quantitativa o qualitativa – ma anche l'approvazione della Shoah col risultato che possono essere puniti anche autori appartenenti al filone revisionista giustificazionista.

In Francia l'art. 9 della *Loi Gayssot* prevede la reclusione fino ad un anno e l'ammenda (45.000 euro) per la negazione dei crimini contro l'umanità, così come definiti dall'art. 6 dello Statuto del Tribunale di Norimberga. Anche qui la disposizione, in termini analoghi alla corrispondente tedesca, non consente di incriminare genocidi diversi da quelli commessi dal regime nazional-socialista, nonostante faccia riferimento, in luogo della Shoah, al termine più generico di "crimini contro l'umanità", più esposto alla forte tensione potenziale all'allargamento della norma a ricomprendere altri crimini. Ciò che rileva nell'esempio francese è la predisposizione della fattispecie alla tutela della *res iudicata* del Tribunale di Norimberga.

Altra norma degna di essere segnalata è l'art. 301 del codice penale turco che rende punibile con la pena della reclusione fino ad un massimo di due anni l'affermazione del genocidio armeno del 1915 da parte del governo turco. Questa disposizione si pone in termini uguali e contrari a quelle che prevedono il reato di negazionismo, giungendo a punire le condotte "affermazioniste".

parte sembra richiedere una soglia minima di offensività, dall'altra lascia liberi gli Stati membri di individuarla con un rilevante margine di autonomia¹⁰¹⁶.

A tal proposito, va precisato che il reato era già presente negli ordinamenti di molti Paesi europei¹⁰¹⁷, anche se non in tutti¹⁰¹⁸; *ergo*, la Decisione ha rappresentato una sollecitazione all'aumento di penalità soprattutto per i paesi ex-socialisti dell'Est europeo, "dove il campo di applicazione del reato è stato esteso alla negazione o giustificazione dei crimini commessi dal regime totalitario sovietico"¹⁰¹⁹.

Pertanto, nonostante una comune tendenza punitiva, il "negazionismo" mostra la natura di reato a geografia variabile¹⁰²⁰ in un contesto caratterizzato da una spinta forte all'armonizzazione delle discipline nazionali.

Questo è uno dei primi punti: nello studio della fattispecie di "negazionismo", s'intercetta la complessità di una fisionomia multilivello del diritto penale, visto che la norma, prima prevista nei soli ordinamenti nazionali, ha seguito un moto ascensionale¹⁰²¹ che l'ha portata fino ad essere sancita da fonti internazionali, quali *in primis* la decisione in esame.

Tale dinamica d'internazionalizzazione, tuttavia, non ha condotto ad una puntualizzazione della materia, e anzi si riscontrano differenze significative tra le varie disposizioni riguardanti le condotte punibili, l'oggetto della negazione e l'individuazione del bene giuridico protetto¹⁰²². Questo perché il moto ascensionale, che ha condotto la norma alla fonte di produzione europea, avrebbe poi dovuto produrre un 'effetto a cascata', comportante il risultato ultimo di una disciplina uniforme, frutto di un'unica risposta comune e compatta dell'Unione

¹⁰¹⁶ E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, cit., p. 77, la quale correttamente nota, che non esistendo a livello europeo una nozione unitaria di ordine pubblico, le opinioni riguardanti un fatto storico potrebbero essere punite in un Paese, ma non in un altro.

¹⁰¹⁷ Possono citarsi la Germania, la Francia, il Belgio, l'Austria, il Portogallo e la Svizzera.

¹⁰¹⁸ E' il caso dell'Italia, del Regno Unito, dell'Olanda, della Danimarca e della Finlandia, che non prevedono una fattispecie apposita. Per ciò che riguarda il nostro Paese, tuttavia, la disposizione a cui sembrerebbero potersi ricondurre eventuali affermazioni di negazione, minimizzazione o giustificazione di genocidi o altri crimini contro l'umanità è l'art. 3, co. 1, *lett. a)* della l. n. 654/1975, oppure lo stesso art. 414 c.p., che prevede l'apologia di delitto e l'istigazione a delinquere.

¹⁰¹⁹ E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, cit., p. 71, nota 205.

¹⁰²⁰ E' l'efficace definizione fornita da E. FRONZA, *op. loc. cit.*, pp. 15 e 16.

¹⁰²¹ M. DELMAS MARTY, *Les forces imaginantes du droit II. Le pluralisme ordonné*, Paris: Seuil, 2006, in ordine alle dinamiche di internazionalizzazione del sistema penale come movimento ascendente dal livello nazionale al livello internazionale.

¹⁰²² E. FRONZA, *op. loc. cit.*, p. 17.

Europea al fenomeno ‘negazionista’. Tuttavia, ciò non si è affatto verificato. La decisione quadro rende punibili, infatti, “l’apologia, la negazione o la minimizzazione grossolana” non solo dei crimini previsti dall’art. 6 dello Statuto del Tribunale di Norimberga – così come previsto negli ordinamenti tedesco e francese - ma anche dei crimini di genocidio, dei crimini contro l’umanità e dei crimini di guerra, come definiti nello Statuto della Corte penale internazionale. In tal modo, la norma penale europea, rispetto ai suoi precedenti nazionali, ha esteso non solo l’oggetto della tutela (non più limitato alla sola Shoah) ma anche “la dimensione temporale dei crimini di cui si occupa”¹⁰²³ (non solo quelli passati, ma anche quelli presenti o appartenenti ad un passato non del tutto prossimo). Come si nota, la fisionomia multilivello delle fonti di produzione della fattispecie, lungi dal garantire una più sicura formulazione del costrutto penale, ne accentua così il carattere confuso e indeterminato¹⁰²⁴, giacché la norma penale subisce un fenomeno che potremmo definire di “indeterminatezza circolare”, in cui all’indeterminatezza della prima formulazione ad opera del legislatore nazionale si aggiunge l’indeterminatezza della seconda redazione della norma a livello sovranazionale.

Inoltre, sul piano del rispetto della legalità, accanto a queste interazioni di carattere verticale, bisogna calcolare gli effetti derivanti dallo sviluppo d’interazioni orizzontali, tipicamente giurisdizionali, giacché potranno essere puniti dalle norme interne solo i crimini accertati dalle decisioni passate in giudicato degli organi giurisdizionali cui la norma comunitaria rinvia. In altri termini, la norma europea cristallizza il dato – peraltro già presente negli ordinamenti interni - secondo il quale l’accertamento giurisdizionale diviene il momento di costruzione della memoria da tutelare, e sul piano interno dell’incriminazione, la qualifica *iuris* del fatto quale genocidio diviene elemento costitutivo della fattispecie. In tal modo, il giudice diviene storico, perché tramite la pronuncia della sentenza ufficializza la versione storiografica che non può essere contraddetta né rivista, perché resa “dominante” dal passaggio in giudicato

¹⁰²³E. FRONZA, *op. loc. cit.*, p. 72.

¹⁰²⁴In parte ciò è dovuto anche al fatto che non tutti i Paesi hanno attuato la Decisione Quadro, nonostante la scadenza del termine. Si veda approfonditamente E. FRONZA, *op. loc. cit.*, pp. 70 e 71, nota 205.

della sentenza. Così, “i processi penali divengono parte costitutiva dei processi di memoria” e le Corti sono autorizzate dal legislatore a ‘dettare’ la storia¹⁰²⁵.

Per conseguire tale effetto, i processi in cui si giudicano fatti di negazionismo vengono essenzialmente concepiti come spazi pubblici: non solo per il loro essere materialmente incentrati sulla memoria di eventi storici fondanti e “per definizione di interesse generale poiché investono il patrimonio storico-identitario di intere comunità e nazioni, ma anche per il rilievo mediatico e politico che li connota. La pubblicità che caratterizza il rito penale viene esaltata quando è la storia l’oggetto del processo”¹⁰²⁶. Basti considerare la rilevanza politica di alcuni tra i procedimenti giudiziari incentrati su crimini di guerra e altre gravissime violazioni dei diritti umani: dai processi come quello ad *Eichmann* a Gerusalemme nel 1961¹⁰²⁷, a quello di Francoforte del 1964-65 contro *Robert Mulka* ed altri responsabili della struttura di comando di Auschwitz. La dimensione pubblica dei processi di memoria è così accentuata tanto da indurre taluni autori a definirli *show trials*¹⁰²⁸ per la grande attenzione mediatica che essi ricevono in società e per una funzione esemplare e ‘didattica’ del dibattimento e del giudizio¹⁰²⁹. Le udienze dibattimentali sono, infatti, trasmesse in diretta televisiva e possono essere seguite da ogni parte del mondo sui siti web delle Corti internazionali.

La dimensione pubblica va, però, colta in una duplice direzione: da una parte, la rilevanza esterna del processo è esplicitamente volta a dare un messaggio forte, “chiarendo che crimini di quella gravità non sono coperti da impunità e neppure il tempo può sanarli, sancendone l’imprescrittibilità”; in secondo luogo, il processo

¹⁰²⁵ Così si esprime E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, cit., p. XI. Più avanti, l’Autrice, *op. loc. cit.*, pp. 79 e 80, osserva, infatti, che “la giurisprudenza relativa al reato di negazionismo è ormai abbondante. Tanti i casi risolti da Tribunali ordinari a livello nazionale. Tante anche le decisioni in cui le Corti Costituzionali e la Corte europea dei diritti umani sono state chiamate a valutare la compatibilità delle norme che sanzionano il negazionismo con la libertà di espressione”.

¹⁰²⁶ E. FRONZA, *op. loc. cit.*, p. 81. Il corsivo è nostro.

¹⁰²⁷ In argomento, v. H. ARENDT, *La banalità del male. Eichmann a Gerusalemme*, Milano, 1964, *passim*.

¹⁰²⁸ M. KOSKENIEMMI, *Between Impunity and Show Trials*, 6 Max Planck Yearbook of the United Nations Law, 2002, 1-35; cfr. E. FRONZA, *op. loc. cit.*, p. 82.

¹⁰²⁹ E. FRONZA, *op. loc. cit.*, p. 82, la quale sottolinea la rilevanza mediatica di alcuni processi, come quelli a *Milosevic* o a *Karadzic*.

serve all'esterno per il riconoscimento dei fatti, per la ricostruzione della verità storica e il "diritto alla verità" della vittima.

Se è così, il piano teleologico della pena si arricchisce di una nuova proiezione finalistica: accanto a quelle tradizionali della prevenzione e della rieducazione, insite nel riconoscimento della colpevolezza e della conseguente sanzione, si aggiunge un insolito 'telos' ricostruttivo, nel quale la libertà del singolo finisce per essere strumentalizzata a fini di politica criminale. I processi di memoria sono, infatti, anche appelli rivolti all'opinione pubblica, dove il primo obiettivo è la ricostruzione della verità, più che l'accertamento della responsabilità individuale. "Nel riconoscimento del male, nel nominare le vittime ed i colpevoli, nel considerare il giusto e l'ingiusto sono implicite alcune prese di posizione morale, ed è a questo punto che è chiamato il pubblico, a valutare l'accaduto e a dare un proprio giudizio etico sugli eventi. In un certo senso, a giudicare, seppur in modo molto differente dal magistrato [...] In questo la pubblicità del dibattimento, da garanzia di controllo popolare alla corretta amministrazione della giustizia, diviene momento rituale collettivo in cui voci esterne al processo trovano una eco". L'obiettivo è quello di influenzare l'opinione pubblica in una direzione precisa. "Una eterogenesi dei fini, quindi, cui corrisponde uno scopo che possiamo qualificare come politico in senso proprio, in quanto rivolto alla sfera pubblica"¹⁰³⁰. A ciò deve aggiungersi anche la motivazione della sentenza che, da elemento garantistico di controllo della razionalità della decisione, diviene un trafiletto di storia ufficiale, in cui vengono ricostruiti i fatti una volta e per sempre. In tale contesto, verità e pena si trovano sullo stesso asse, e dal punto di vista della vittima, addirittura coincidono. Il processo penale è allora strumento di verità, più che luogo mite di accertamento della responsabilità personale, perché soltanto l'*auctoritas* di questo può garantire con forza un'eco pubblica alla ricostruzione della verità storica.

La recente tendenza alla criminalizzazione del negazionismo deve essere sottoposta a feroce e ragionata censura. Essa s'insinua nel solco tradizionale della storia dei reati d'opinione quale categoria volta a rappresentare la risposta repressiva delle autorità al fenomeno del dissenso politico. Sotto questo profilo,

¹⁰³⁰ Così E. FRONZA, *op. loc. cit.*, p. 84.

anche il negazionismo, poiché reato di opinione, è il risultato di una politica criminale di repressione dell'idea dissenziente, a protezione di un'entità empiricamente inafferrabile, niente affatto riconducibile entro i confini categoriali del bene giuridico. Dare un nome a quest'entità è veramente cosa ardua: si può sostenere che il negazionismo miri a tutelare il c.d. ordine pubblico ideale, così come sostenuto in *obiter dictum* dall'art. 1 par. 2 della decisione quadro, oppure – come appare più preciso – la versione storiografica dominante di passaggi cruciali della storia dell'umanità, sulla cui ricostruzione si è basato lo stesso processo fondativo della nuova Europa (si pensi al carattere costitutivo del processo di Norimberga).

Inoltre, i confini empirici della condotta 'negazionista' restano molto oscuri e difficilmente ricostruibili, soprattutto in punto di distinzione con il revisionismo, che resta fenomeno privo di disvalore e quindi lecito. Il pericolo è quello che la libertà di pensiero possa trasformarsi in un raro privilegio aristocratico, impedendo all'individuo di giungere a risultati diversi da quelli sostenuti dalla storiografia dominante. La differenza tra "negazionismo" e "revisionismo" ricorda molto da vicino quella tra "critica lecita" e "vilipendio", in cui l'autentico fondamento dell'incriminazione del secondo è stato tradizionalmente scorto nella tendenza a limitare il più possibile la c.d. pratica popolare della libertà di espressione¹⁰³¹. Si noti altresì che, in materia di vilipendio, per lungo tempo gli orientamenti tradizionali distinsero fra critica lecita e vilipendio sulla base delle caratteristiche formali del discorso, che se "irriguardoso", "immotivato", e "sommario", risultava penalmente rilevante. Solo le "contumelie", le "ingiurie grossolane e volgari", le "basse critiche" furono ritenute intrinsecamente idonee a 'dispregiare' le istituzioni.

A nostro avviso il riferimento diacronico coglie nel segno, giacché, anche nel caso di specie del negazionismo, punire una ricostruzione "grossolana" della storia implica un "controllo qualitativo del linguaggio"¹⁰³² da parte dei giudici, che si traduce in una pesante discriminazione tra il sapiente e l'incolto; perpetuazione dell'ideologia di una *élite* che rivendica per essa il privilegio illuministico di educare le masse.

¹⁰³¹ V. per tutti C. FIORE, *Il vilipendio davanti alla Corte costituzionale*, cit., p. 271.

¹⁰³² Così ancora C. FIORE, *op. loc. cit.*, p. 274.

Questo tipo di penalità è perfettamente funzionale alle esigenze di chi detiene il potere politico, giungendo all'atrofizzazione dell'esercizio del diritto di critica. E' ovvio che, così ragionando, la libertà di espressione si trasforma in un privilegio aristocratico, facoltà di una ristretta cerchia di uomini di cultura, perdendo la sua capacità di penetrare ed informare l'intero assetto della società, che del 'libero pensiero' costituisce la fondamentale ragione d'essere.

Quanto appena detto si pone in continuità con la tradizione. Ma ciò che il negazionismo aggiunge alla storia classica dei reati di opinione è il trasferimento della politica criminale dal legislatore al giudice, il quale decide quale evento della storia non deve essere più 'negato'. In tale contesto, i giudici hanno, in punto di negazionismo, un potere pressoché illimitato. Nei processi penali, essi scrivono la storia che l'*auctoritas* del giudicato contribuisce a far diventare 'ufficiale'. Ma 'ufficializzare' la storia significa evidentemente anche orientare le masse, cioè 'selezionare' per via giurisdizionale i valori fondanti sui cui deve basarsi l'avanzamento del processo d'integrazione europea. Come a dire, una nuova Europa dei giudici, e non dei popoli. Infatti, la peculiarità del fenomeno negazionista consiste proprio nel configurarsi come un vero e proprio attacco ideologico al patto costituente europeo¹⁰³³, che, quindi va tutelato con lo strumento penale. "La difesa di questo patto etico fondamentale si concretizza pertanto non solo nel perseguire le dirette violazioni dei diritti umani ma anche nel combattere la messa in dubbio del valore fondativo che essi rappresentano: rispetto alle violazioni di ieri (Shoah, genocidio armeno) come a quelle attuali (genocidio ruandese, 'pulizia etnica' nell'ex Jugoslavia), così come a fronte della negazione delle une e delle altre"¹⁰³⁴. Sotto questo profilo, le sentenze di condanna del negazionismo sono pilastri su cui si costruiscono i valori della politica europea.

In conclusione, non possiamo non schierarci a favore di una tutela non penale della storia, perché nel momento in cui si contrappone all'oblio la giustizia nelle Corti, la vittoria è dell'oblio¹⁰³⁵. Meglio percorrere una via diversa da quella

¹⁰³³ E. FRONZA, *op. loc. cit.*, pp. 166 ss.

¹⁰³⁴ Così E. FRONZA, *op. loc. cit.*, p. 168.

¹⁰³⁵ C. GINZBURG, *Beweis, Gedächtnis, Vergessen*, in *Memory*, 30, 2002 (*Werkstatt Geschichte*), pp. 50-60.

invasiva e stigmatizzante del diritto penale, che deve ancora rispondere, a maggior ragione nel contesto comune dell'Unione, ad una logica di *extrema ratio*; una via certamente più profonda, più efficace e dunque più legittima: quella della politica. “È la società civile, attraverso una costante battaglia culturale, etica e politica, che può creare gli unici anticorpi capaci di estirpare o almeno ridimensionare ed emarginare 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”¹⁰³⁶.

Nonostante ciò, recentemente si è registrato il tentativo da parte del legislatore italiano di introdurre la fattispecie in esame. Si tratta di un disegno di legge proposto in Commissione Giustizia del Senato in sede deliberante, il 16 ottobre 2013, con cui si inserisce nell'art. 414 c.p. una fattispecie autonoma che punirebbe “chi nega l'esistenza di crimini di guerra, di genocidio o contro l'umanità”¹⁰³⁷.

¹⁰³⁶ WU MING, *Il déjà-vu del cosiddetto DDL sul negazionismo*, in www.wumingfoundation.com; contra P. SEVERINO, *Antigone o Porzia? Il giurista davanti alla legge ingiusta*, in *Cass. pen.*, III, 2013, p. 989, secondo la quale “la memoria non basta ad evitare di evocare comportamenti criminosi e discriminatori”.

¹⁰³⁷ In argomento, v. E. FRONZA-A. GAMBERINI, *Le ragioni che contrastano l'introduzione del negazionismo come reato*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, i quali avvertono che non si tratta della prima volta: un altro tentativo recente risale al disegno di legge Mastella del 2007, n. 1694, presentato in Parlamento, XV legislatura, il 5 luglio 2007.

2. I reati di opinione e i loro rapporti con gli artt. 9 e 10 CEDU

Ai problemi di compatibilità con il rispetto dei diritti individuali fondamentali che i reati di opinione sollevano all'interno dei singoli ordinamenti nazionali, si aggiungono i profili di possibile conflitto con l'art. 10 CEDU¹⁰³⁸, che sancisce la libertà di espressione, ma anche con l'art. 9 CEDU, che tutela la libertà di pensiero, coscienza e religione, là dove l'opinione espressa nel caso concreto assuma il rango di manifestazione di una "religione" o di un "credo"¹⁰³⁹.

A ben vedere, però, già al livello testuale, le disposizioni in parola non sembrano particolarmente idonee a rappresentare un presidio garantistico più forte di quello apprestato dalle Costituzioni nazionali, perché i diritti in questione sono diritti condizionati, nel senso che le interferenze con il diritto medesimo possono essere ritenute legittime se ed in quanto risultino "conformi alla legge" e "necessarie in una società democratica" ad assicurare la tutela dei controinteressi indicati dalle stesse disposizioni¹⁰⁴⁰. Esse, infatti, secondo un tipico rapporto "regola-eccezione", autorizzano gli Stati alle restrizioni ritenute necessarie in ossequio alla pubblica sicurezza, alla protezione dell'ordine, alla salute, alla morale pubblica (art. 9, par. 2 CEDU), alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale, alla difesa dell'ordine, alla prevenzione dei reati e all'autorità e all'imparzialità del potere giudiziario (art. 10, par. 2 CEDU). Tuttavia, come si nota, il numero delle eccezioni è davvero molto ampio, soprattutto se messo a confronto con l'art. 21 Cost., che prevede l'unico limite interno del buon costume, circostanza che comunque non ha evitato, nel corso degli anni, una proliferazione *contra constitutionem* dei reati di opinione. Non ci si deve meravigliare, allora, della capacità della categoria di reati in commento di resistere, per la verità senza particolari difficoltà, anche ad un testo come quello della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che, a fronte di quello costituzionale, rappresenta

¹⁰³⁸ In argomento, v. CARETTI, *Articolo 10. Libertà di espressione*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 339.

¹⁰³⁹ E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, pp. 209 ss.

¹⁰⁴⁰ In argomento, v. anche A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile": quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008, p. 455, la quale bene chiarisce che "le autorità nazionali possono limitare, anche attraverso incriminazioni, tale diritto nel rispetto però dei requisiti di legalità, adeguatezza e proporzionalità indicati dalla clausola di liceità".

sicuramente un sistema di garanzie “debole”. La dimostrazione di ciò si rinviene agevolmente nell’analisi della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, il cui approccio *case by case*, senza dubbio, mal si presta a disvelare i profili veramente problematici della categoria.

Un primo gruppo di reati di opinione al varo della Corte di Strasburgo è costituito dalle fattispecie di oltraggio e di vilipendio politico (artt. 290, 291, 292, 299 e 342 ss. c.p.). Al riguardo i maggiori problemi sono sorti in un ambito in cui l’esigenza di tutela del prestigio istituzionale è particolarmente sentita come quello militare, e non è un caso che la Corte abbia annoverato tra i motivi di legittima restrizione della libertà di espressione la minaccia alla disciplina militare derivante dalla diffusione tra i soldati di materiale contenente opinioni ritenute pericolose o offensive per le forze armate, sia se proveniente da militari¹⁰⁴¹ che da civili¹⁰⁴², proprio argomentando in base alle eccezioni contenute nell’art. 10, par. 2 CEDU. Tuttavia, non mancano pronunce di segno contrario che, nell’affrontare il problema del possibile contrasto con la libertà di espressione dall’angolo visuale della concreta pericolosità della condotta incriminata, hanno concluso per la violazione dell’art. 10 CEDU nei casi in cui questa non contenga offese specifiche rivolte al destinatario o ad altri individui precisi, né sia pubblicata e diffusa presso i terzi¹⁰⁴³.

In ultimo, è da segnalare la sentenza *Colombiani c. Francia*¹⁰⁴⁴, l’unica a spingersi in direzione di una critica “ontologica”¹⁰⁴⁵ ai reati di oltraggio e di

¹⁰⁴¹ Sentenza *Engel e altri c. Paesi Bassi*, 8 giugno 1976, in *Foro it.*, 1977, IV, 1, parr. 43 ss., 99 ss. (relativa alla distribuzione da parte di un gruppo di soldati di un giornale proibito dai superiori in quanto ritenuto pericoloso per la disciplina militare) in cui la Corte ha sostenuto che l’esigenza di prevenzione del disordine ex art. 10.2 Cedu riguarda non solo l’ordine pubblico, ma anche l’ordine all’interno di un gruppo specifico come quello militare.

¹⁰⁴² Rapporto *Arrowsmith c. Regno Unito*, rapp. 12 ottobre 1978 (ric. 7050/75), in *DR*, 19, 1980, 5, in cui la distribuzione ai soldati di volantini che incitavano a non prestare servizio in Irlanda del Nord, era stata ritenuta pericolosa per la sicurezza nazionale tanto dalle autorità nazionali, che avevano perseguito penalmente l’autrice del volantinaggio (per istigazione alla diserzione), quanto dalla Commissione, che ritenne pertanto legittimo l’operato delle autorità statali ai sensi dell’art. 10.2 Cedu. Cfr. E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e diritto penale*, cit., p. 211, nota 109.

¹⁰⁴³ Sentenza *Grigoriades c. Grecia*, 25 novembre 1997, in *Riv. intern. diritti dell’uomo*, 1998, 324, parr. 45 ss., concernente un ufficiale dell’esercito condannato e imprigionato per oltraggio all’esercito in base all’art. 74 c.p.m. greco, per aver scritto una lettera molto dura al proprio comandante in merito agli abusi commessi a danno dei militari di leva. Cfr. E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e diritto penale*, cit., p. 211.

¹⁰⁴⁴ Sentenza *Colombiani c. Francia*, 25 giugno 2002, in *Riv. intern. diritti dell’uomo*, 2003, 216, parr. 64-65.

vilipendio, nel senso che la loro applicazione, secondo la Corte, costituirebbe comunque un'ingerenza non "necessaria in una società democratica". In quest'occasione i giudici di Strasburgo hanno in particolare rilevato che: a) contrariamente al reato di diffamazione, "il reato di vilipendio non consente ai ricorrenti di far valere l'*exceptio veritatis*, vale a dire di provare la veridicità delle loro affermazioni per poter essere esonerati da ogni responsabilità penale"; b) il vilipendio "tende a conferire ai capi di Stato una posizione giuridica derogativa al diritto comune, sottraendoli alla critica soltanto in base alla loro funzione o *status*, senza alcuna considerazione dell'importanza della critica"; c) infine, "il reato di vilipendio tende a ledere la libertà di espressione e non corrisponde a nessuna prevalente necessità sociale, allorché stabilisce un regime derogatorio di tutela per i capi di Stato estero".

La pronuncia richiamata si rivela particolarmente interessante, nella parte in cui sembra valorizzare, seppur in *obiter dictum*, i principi di sussidiarietà ed *extrema ratio* del diritto penale, i quali dovrebbero condurre agevolmente a negare la necessità preventiva di simili fattispecie; inoltre, la Corte affronta le differenze tra diffamazione e vilipendio, identificando nell'impossibilità di proporre l'*exceptio veritatis* un rilevante elemento di critica ai reati di opinione. Essi non comportando la possibilità di una "falsificazione processuale", disvelano tutto il loro *humus* autoritario di fattispecie volte alla repressione del mero dissenso politico. In prima approssimazione, deve riconoscersi che a tali risultati esegetici la giurisprudenza italiana non è mai giunta, caratterizzandosi quest'ultima per un atteggiamento sicuramente più conservatore rispetto a quello della Corte europea. Tuttavia, pronunce di tal segno restano una *rara avis*, se si considera che il quadro giurisprudenziale complessivo si schiera comunque compattamente a favore della compatibilità del vilipendio politico con l'art. 10 CEDU.

Un secondo, consistente gruppo di reati di opinione potenzialmente confliggenti con l'art. 10 (e talvolta anche con l'art. 9) CEDU è formato dalle fattispecie d'istigazione, apologia e propaganda¹⁰⁴⁶. In riferimento ai reati di istigazione, non si rivengono significative pronunce volte a criticare le fattispecie *de quibus*,

¹⁰⁴⁵ E' l'opinione di E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, cit., p. 212.

¹⁰⁴⁶ E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, cit., pp. 213 ss.

mostrandosi i giudici di Strasburgo particolarmente sensibili alle esigenze interne di tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza nazionale, anche nei casi "limite" in cui la comune istigazione a delinquere riguardi l'invito alla commissione di "reati controversi dei quali una parte non irrilevante dell'opinione pubblica auspica la depenalizzazione, quali quelli di produzione e consumo di droghe leggere"¹⁰⁴⁷, oppure in cui la condotta è supportata da motivazioni ideali di carattere più spiccatamente politico¹⁰⁴⁸.

I maggiori problemi di compatibilità con la CEDU emergono a proposito delle attività di apologia e propaganda a carattere politico. Come già analizzato in dottrina, la casistica europea più significativa in proposito riguarda soprattutto la legislazione antiterroristica emanata in Turchia, per contrastare il fenomeno del terrorismo curdo, orientata a sanzionare anche coloro che si pronunciano in senso generalmente sfavorevole alla politica del Governo centrale. "Quanto avvenuto con riferimento ai c.d. casi turchi costituisce un esempio significativo dell'approccio caso per caso seguito dai giudici europei"¹⁰⁴⁹: da esso traspare l'atteggiamento di avallare l'operato delle autorità nazionali in tutti quei casi in cui l'opinione è diretta ad incitare all'uso della violenza, o alla commissione di attività criminali o terroristiche, non distaccandosi questo orientamento da quello tradizionalmente adottato dalla giurisprudenza italiana, incline a punire l'apologia quale forma di istigazione indiretta, senza che, per forza, la punibilità della condotta venga fatta dipendere dalla commissione del reato oggetto dell'istigazione, quanto meno nella forma del delitto tentato.

¹⁰⁴⁷ E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, cit., p. 215, il quale cita la Decisione *Marlow c. Regno Unito*, dec. 5 dicembre 2000 (ric. 42015/98), "in cui la Corte ha ritenuto legittima la condanna penale di uno scrittore che in un libro aveva incitato a coltivare la *cannabis*, dal momento che si trattava di perseguire lo scopo legittimo della prevenzione dei reati e di rispondere in modo proporzionato a un "bisogno sociale imperativo", tenuto anche conto dell'assenza di un consenso sociale diffuso in Europa sull'opportunità di depenalizzare i reati connessi alla produzione e al consumo di droghe leggere".

¹⁰⁴⁸ I casi in questione riguardano prevalentemente la classica fattispecie istigatoria, di carattere più spiccatamente politico dell'istigazione di militari a disobbedire alle leggi (cfr. art. 266 c.p.). V. *Saszmann c. Austria*, dec. 27 febbraio 1997 /ric. 23697/94), relativa alla punizione di condotte consistenti nella distribuzione di volantini che promuovevano l'abolizione dell'esercito e l'interruzione dei processi agli obiettori, e invitavano alla disobbedienza alle leggi militari, laddove la Commissione ha ritenuto legittima l'ingerenza delle autorità statali nell'esercizio della libertà di espressione. Cfr. E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, cit., p. 216.

¹⁰⁴⁹ E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, cit., p. 216.

A parte questo elemento di fondo, gli esiti del *case by case* sono stati naturalmente oscillanti¹⁰⁵⁰.

Inoltre, si segnala una non trascurabile casistica giurisprudenziale in materia di manifestazioni di idee e opinioni a carattere razzista e di apologie di ideologie estremiste quali il nazismo e il fascismo, nonché le correlate condotte di “negazionismo” o “giustificazionismo”.

Va subito specificato che, diversamente dalle condotte di propaganda, istigazione e apologia sovversiva appena analizzate, la punizione di simili comportamenti, oltre che con la libertà di espressione di cui all’art. 10 CEDU, presenta più spiccati profili di conflitto anche con la libertà di pensiero, coscienza e religione di cui all’art. 9 CEDU, la cui protezione è invocabile – secondo la Corte – in tutti quei casi in cui una manifestazione esterna di opinioni individuali venga considerata manifestazione di “religione” o “credo”, espressioni dilatate fino a comprendere anche convincimenti non strettamente religiosi, quali, ad esempio, il pacifismo o il comunismo¹⁰⁵¹.

Tuttavia, anche a voler ammettere che dottrine razziste, naziste o fasciste siano assimilabili ad una religione o ad un credo, la Corte esclude che esse possano essere tutelate dall’art. 9 CEDU, sulla base dell’intrinseca incompatibilità di tali

¹⁰⁵⁰ Cfr. *Zana c. Turchia*, 25 novembre 1997, in *Riv. internaz. diritti dell’uomo*, 1998, 314, in cui la Corte ha ritenuto legittimo l’aggravamento di pena subito da un detenuto politico per avere fatto dichiarazioni di sostegno al PKK, organizzazione terroristica fuori legge, in un momento di gravi disordini nel sud-est della Turchia; *Süreç c. Turchia n. 1*, 8 luglio 1999, in *Riv. internaz. diritti dell’uomo*, 2000, 229, in cui i giudici europei hanno ritenuto legittima la condanna dell’editore di un giornale – che aveva pubblicato due lettere in cui si criticava aspramente la politica della Turchia in riferimento al problema curdo – per i reati di propaganda separatista e di istigazione alla violenza, ritenendo che la polemica politica non possa spingersi fino a legittimare le cause della lotta armata separatista e sostenere le ragioni della resistenza. Più di recente, si segnalano *Leroy c. Francia*, 2 ottobre 2008 (ric. 36109/03), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 324, in cui la Corte ha ritenuto legittima la condanna di un vignettista satirico per il reato di apologia al terrorismo per aver pubblicato due giorni dopo l’attentato dell’11 settembre, su un quotidiano Basco, una vignetta raffigurante l’attentato stesso, accompagnata dalla didascalia: “Tutti noi lo sognavamo... Hamas l’ha fatto”. I giudici europei hanno in questo caso escluso la violazione dell’art. 10 Cedu, ritenendo prevalente, rispetto al diritto di critica politica, l’interesse dello Stato francese a condurre un’effettiva lotta al terrorismo. Nel senso della violazione della Cedu, v. da ultimo *Aktan c. Turchia*, 23 settembre 2008 (ric. 20863/02), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1697; *Orban e altri c. Francia*, 15 gennaio 2009 (ric. 20985/05), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 832

Tuttavia, non sono mancate pronunce in cui, invece, è stata riscontrata la violazione della CEDU in riferimento a casi meno gravi dei precedenti, rilevando la sproporzione tra la pena irrogata e l’intensità offensiva delle condotte punite. Cfr. *Incal c. Turchia*, 9 giugno 1998, in *Riv. internaz. diritti dell’uomo*, 1998, 831; *Yagmurdereli c. Turchia*, 4 giugno 2002, in *Legisl. pen.*, 2002, 987; *Abdullah Aydin c. Turchia*, 9 marzo 2004, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, 648. Cfr. E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e diritto penale*, cit., pp. 215 e 216.

¹⁰⁵¹ Lo rivela E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e diritto penale*, cit., p. 219.

dottrine con lo spirito di fondo del testo europeo; e comunque la repressione delle relative manifestazioni potrebbe sempre essere agevolmente giustificata ai sensi di una delle eccezioni contenute nell'art. 9.2 CEDU¹⁰⁵².

Il discorso non si presenta più complesso per l'art. 10 CEDU, rispetto al quale manifestazioni di tal sorta sono state generalmente ritenute illegittime e ingiustificate e, pertanto, ragionevolmente perseguite dagli ordinamenti interni. La Corte, cioè, pur ammettendo in via astratta che le opinioni in commento rientrano nella sfera protetta dalla disposizione, ha affermato al contempo che la loro incriminazione non costituirebbe una misura sproporzionata ai sensi dell'art. 10.2 Cedu, tenuto conto anche dell'art. 17, che vieta l'abuso dei diritti riconosciuti dalla Convenzione: l'abuso della libertà di espressione, pertanto, andrebbe vietato in base all'art. 17, che farebbe dichiarare irricevibile il ricorso¹⁰⁵³. Su questa linea si collocano alcune decisioni di irricevibilità, relative alla repressione di comportamenti ispirati alla dottrina nazionalsocialista¹⁰⁵⁴. C'è chi ha ragionevolmente ritenuto che alla luce di questa giurisprudenza siano probabilmente da ritenere compatibili anche le sanzioni penali previste nell'ordinamento italiano in applicazione della XII disposizione transitoria della Costituzione, per le attività di carattere neofascista¹⁰⁵⁵.

¹⁰⁵² Cfr. Decisione *F.P. c. Rep. Fed. tedesca*, dec. 29 marzo 1993 (ric. 19459/92), in cui la Corte ha ritenuto che le affermazioni fatte da un militare nel corso di una festa privata, che negavano l'Olocausto, non riflettessero un "credo" nel senso tutelato dall'art. 9 Cedu.

¹⁰⁵³ In argomento, v. anche A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile": quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, cit., p. 472, che chiarisce che la funzione dell'art. 17 CEDU risiede nel costituire uno dei fattori DI cui i giudici di Strasburgo si servono per valutare la "necessità" delle misure in esame in una società democratica.

¹⁰⁵⁴ *Kühnen c. Rep. fed. tedesca*, dec. 12 maggio 1988 (ric. 12194/86), in *Riv. internaz. diritti dell'uomo*, 1988, 167, relativa alla condanna di un esponente neonazista "per la preparazione e la diffusione di scritti diretti contro i cardini fondamentali della libertà e della democrazia e la comprensione tra i popoli", che ha ritenuto legittima l'ingerenza nella libertà di espressione del ricorrente; *B.H., M.W., H.P. e G.H. c. Austria*, dec. 12 ottobre 1989 (ric. 12774/87), in *Riv. internaz. diritti dell'uomo*, 1990, 409, che ha ritenuto CHE la proibizione di attività di divulgazione di idee naziste sia "necessaria in una società democratica" e sia, dunque, coperta dall'art. 10.2 Cedu, dal momento che il nazionalsocialismo è una dottrina incompatibile con la democrazia e i diritti dell'uomo.

¹⁰⁵⁵ F. PALAZZO – A. BERNARDI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la politica criminale italiana: intersezioni e lontananze*, in *Riv. internaz. diritti dell'uomo*, 1988, p. 48-49; Cfr. E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, cit., p. 222.

Per un'analisi ancora più recente della casistica giurisprudenziale della Corte, v. L. BEDUSCHI, *La Giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: gli altri diritti di libertà (artt. 8-11 Cedu)*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 3-4, 2011, 316 ss., e in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 3-4, 2012, 282 ss.

Alcuni problemi di compatibilità con la CEDU sono poi sorti in relazione al reato di “negazionismo”. Tradizionalmente, i giudici europei hanno stabilito il principio generale per cui le manifestazioni “negazioniste” non rientrano nella sfera protetta dell’art. 10 CEDU, ancora una volta letto congiuntamente all’art. 17¹⁰⁵⁶, anche se non sono mancate pronunce di segno contrario¹⁰⁵⁷.

Tuttavia, un recente arresto della Corte ha completamente ribaltato l’impostazione precedente. Nella sentenza *Perinçek c. Svizzera*¹⁰⁵⁸, infatti, i giudici europei hanno disconosciuto che il “negazionismo” integri un abuso del diritto di espressione, ritenendo che l’art. 10 Cedu protegga soprattutto la possibilità di manifestare liberamente le idee che colpiscano o siano sgradite alla maggior parte dell’opinione pubblica. In particolare, *prima facie* appare forte l’affermazione secondo cui la limitazione alla libertà di espressione messa in campo dal reato di negazionismo non risulta “necessaria in una società democratica”. Ma si tratta di un risultato esegetico principalmente frutto dell’approccio casistico della Corte¹⁰⁵⁹. Il ricorrente, nel caso di specie, aveva sì negato il genocidio armeno, ma pronunciando discorsi che non erano né diretti, né idonei ad incitare all’odio, a differenza del caso *Garaudy c. Francia*¹⁰⁶⁰, nel quale l’opera contestata al ricorrente e ritenuta illegittima dalla Corte presentava spiccati contenuti razzisti. Inoltre, la conclusione della maggioranza non è stata condivisa da tutti, e la Corte si è vista recapitare l’opinione dissenziente di due giudici¹⁰⁶¹, che hanno auspicato un riesame della questione da parte della Gran Camera. Nel documento

¹⁰⁵⁶ Decisione *Witzsch c. Rep. fed. tedesca*, dec. 20 aprile 1999 (ric. 41448/98), dove si è ritenuta legittima la condanna del ricorrente per avere offeso la memoria delle vittime dell’Olocausto nel contesto delle proteste contro l’introduzione della legislazione repressiva del “negazionismo”. Cfr. E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e diritto penale*, cit., pp. 223 e 224.

¹⁰⁵⁷ V. *Lehideux e Isorni c. Francia*, 23 settembre 1998, in *Riv. internaz. diritti dell’uomo*, 1999, 320.

¹⁰⁵⁸ *Perinçek c. Svizzera*, 17 dicembre 2013 (ric. 27510/08), in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 7 gennaio 2014, con nota di M. MONTANARI, *La Corte europea dei diritti dell’uomo si pronuncia sul problematico bilanciamento tra il diritto alla libertà di espressione e l’esigenza di reprimere il negazionismo del genocidio armeno*.

¹⁰⁵⁹ Al riguardo devono condividersi le riflessioni di A. ESPOSITO, *Il diritto penale “flessibile”*: *quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, cit., p. 457, secondo la quale “la molteplicità dei dati da considerare e le loro innumerevoli possibilità di combinazione, oltre alla ricchezza delle situazioni concrete, determinano un elevato numero di variabili di cui la Corte deve tener conto nella formulazione dei suoi giudizi, che inevitabilmente possono porsi in contraddizione tra loro. [...] risulta poi evidente che la diversità delle soluzioni giuridiche è stata determinata dalla diversità dei dati su cui il giudizio è stato fondato”.

¹⁰⁶⁰ *Garaudy c. Francia*, dec. 24 giugno 2003 (ric. 65831/01), in *Dir. e giust.*, 2003, fasc. 34, 84.

¹⁰⁶¹ Si tratta dei giudici Vučinić e Pinto de Albuquerque.

l'incriminazione del genocidio è, viceversa, ritenuta necessaria e proporzionata. Infatti, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo impone agli Stati membri di vietare il razzismo in ogni sua forma, fra le quali può essere annoverata anche la negazione di fatti di genocidio, come si legge nell'art. 6 del Protocollo addizionale alla Convenzione della Cybercriminalità del 28 gennaio 2003, oltre che alla Decisione quadro 2008/913/GAI. Non solo, i due giudici ritengono ragionevole non differenziare la posizione del popolo armeno – il cui genocidio fu negato dal ricorrente nel caso in esame – da quella del popolo ebraico, cui si riferisce, invece, la decisione *Garaudy c. Francia*.

Come si nota, commentiamo gli esiti interpretativi di un diritto giurisprudenziale, *case by case*, che, almeno nella materia dei reati di opinione, non ha fatto registrare alcun miglioramento rispetto allo *status* della legislazione e della giurisprudenza nazionali.

3. La proposta di riforma della Commissione “Pagliaro”

In conclusione, è opportuno procedere all'analisi dell'unica proposta di riforma del codice penale che si sia occupata anche della parte speciale, il progetto “Pagliaro” del 1991, in cui sopravvivono pochi reati di opinione. In primo luogo, si segnala un generico divieto di istigare pubblicamente alla commissione di delitti (art. 97 co. 2 del progetto), inserito coerentemente nel titolo dedicato ai reati contro la “sicurezza collettiva”. Tale formula non fa altro che cambiare sembianze alla tradizionale nozione di “ordine pubblico” del codice Rocco che, pertanto, sopravvive in tutta la sua essenza, tanto è vero che viene proposta la conservazione delle ipotesi di reato vigenti, tra cui l'associazione per delinquere, l'assistenza agli associati e la devastazione o saccheggio.

Ugualmente criticabili risultano gli artt. 123 co.3 e co.5 del progetto, che rispettivamente renderebbero punibili l'offesa all'onore o al prestigio del Presidente della Repubblica e un indistinto vilipendio a tutela dello Stato e delle sue istituzioni. Quest'ultima norma si rivela molto interessante, nella parte in cui rende punibile chiunque offenda pubblicamente il prestigio della Repubblica, della sua Costituzione, del Governo, del Parlamento, della Corte costituzionale, o di altro Organo costituzionale ovvero dell'Ordine giudiziario o delle forze armate, “per uno scopo politico”. La norma è inserita all'interno del titolo dedicato ai “reati contro l'ordine costituzionale” e nel capo relativo a quelli contro “gli organi costituzionali”, e se l'articolato va salutato favorevolmente per la scomparsa della nozione di “personalità dello Stato”, tuttavia l'ipotesi di vilipendio di cui si discute si trasforma in una sorta di super-fattispecie capace di rendere punibile qualsiasi forma di dissenso vilipendioso contro gli organi dello Stato. Sotto questo profilo, il mantenimento della nozione di “prestigio” e l'introduzione dell'inciso “per uno scopo politico”, da una parte, e l'estrema indeterminatezza del tenore letterale, dall'altra, fanno facilmente pensare alla riproduzione della *ratio* tradizionalmente assegnata dal codice Rocco alle fattispecie di vilipendio, cioè quella di conferire al potere giudiziario la possibilità di strumentalizzare fattispecie così ampie per indirizzarle, qualora le esigenze “politiche” dello Stato lo richiedano, verso la repressione del mero dissenso politico. Inoltre, appare

davvero grave che la Commissione non abbia chiarito cosa significa “offendere pubblicamente il prestigio di un’istituzione”, forse persuasa del fatto che non utilizzare espressamente il termine “vilipendio” avrebbe risolto *ex ante* il problema del fondamento dell’incriminazione.

Ciò rende evidente il dato secondo cui i compilatori dell’articolato di riforma non hanno saputo rinunciare del tutto alla categoria del “reato d’opinione”, sebbene non si possa negare che il progetto in esame rappresenti un indubitabile passo in avanti rispetto alla normativa vigente. In ogni caso, la proposta di riunire tutti i vilipendi politici in un’unica fattispecie non è tramontata con la Commissione “Pagliaro” ed è stata riproposta nel 2003 dalla Commissione “Nordio”, con risultati identici, se non peggiori¹⁰⁶².

Viceversa, ciò che va salutato con favore è la nozione di “discriminazione” adottata dalla Commissione, consistente “nell’imporre misure dirette ad impedire ad un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso, la partecipazione paritaria alla vita politica, culturale, sociale ed economica” (art. 96 co. 3 del progetto). A ben vedere, la disposizione non brilla per chiarezza, soprattutto per ciò che concerne il significato da attribuire alla nozione di “partecipazione paritaria”. Tuttavia l’aver ancorato la nozione di discriminazione al segmento fattuale di “imposizione di una misura” segna un sensibile avanzamento rispetto alla legislazione vigente, il che lascia presagire, in questo settore, la scomparsa del classico “reato di opinione” e il contestuale recupero delle esigenze legate ad un diritto penale del f

¹⁰⁶² In argomento si rimanda al capitolo III, par. 5.

Bibliografia

- AA. VV., *Aula IV*, Roma 1961.
- AA.VV., *Ambito e prospettive di uno spazio giuridico-penale europeo*, a cura di S. MOCCIA, Napoli, 2004.
- AA.VV., *Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela*, a cura di D. TEGA, Roma, 2011.
- ABBAGNANO – FORNERO, *Filosofia. Dall'Illuminismo a Hegel*, vol. II b, Torino, 2012.
- ALBAMONTE, *La nozione di propaganda nel delitto previsto dall'art. 272 del codice penale, e sue implicanze sotto l'aspetto soggettivo del delitto*, in *Giust. pen.*, 1976, II, 683.
- ALBAMONTE, *Ratifica ed esecuzione della Convenzione di Lanzarote. Parte I: le principali modificazioni al codice penale, esclusi i nuovi art. 414 bis e 609 undecies c.p.*, in *Giur. mer.*, IV, 2013, 752.
- ALBEGGIANI, *Imputazione dell'evento e struttura obiettiva della partecipazione criminosa*, in *Ind. pen.*, 1977, 403.
- ALESIANI, *I reati di opinione. Una rilettura in chiave costituzionale*, Milano 2006.
- ALESSANDRI, sub *art. 27 comma 1 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione* a cura di G. BRANCA – A. PIZZORUSSO, *Rapporti civili*, Zanichelli, 1991, 1.
- ALESSI PALAZZOLO, *Prova legale e pena - La crisi del sistema tra evo medio e moderno*, Napoli 1979.
- AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano 1967.
- AMATO, *Libertà di pensiero e propaganda sovversiva*, in *Dem. dir.*, 1966, 485.
- ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano 1983.
- ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. Struttura oggettiva*, Milano, 1994.
- ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, II, Torino, 1991.
- ARANGIO-RUIZ, *Il diritto di stampa*, Modena, 1905.
- ARENDRT, *La banalità del male. Eichmann a Gerusalemme*, Milano, 1964.
- ARENDRT, *The Origins of Totalitarianism*, New York, 1966, con traduzione italiana a cura di A. GUADAGNIN, Torino, 2009.
- ARIENZO, *Nozione di grida e manifestazioni sediziose*, in *RP*, 1956, II, 726.
- ARTZ-WEBER, *Strafrecht, Besonderer Teil, LH 5*, Bielefeld, 1982.
- BALESTRINO, *Sulla contestazione del contributo individuale al concorso di persone nel reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, III, 2012, 768.
- BARATTA, *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale. Lineamenti di una teoria del bene giuridico*, in *Studi in memoria di G. TARELLO*, II, Milano, 1990.
- BARATTA, *Introduzione alla sociologia giuridico-penale*, Bologna, 1980.
- BARATTA, *La politica criminale e il diritto penale della Costituzione. Nuove riflessioni sul modello integrato delle scienze penali*, in AA.VV., *Il diritto penale alla svolta di fine millennio. Atti del convegno in ricordo di Franco Bricola*, a cura di S. CANESTRARI, Torino, 1998, 24.
- BARATTA, *La teoria della prevenzione-integrazione. Una nuova fondazione della pena all'interno della teoria sistemica*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, 5.
- BARAZZETTA, sub *art. 414 c.p.*, in AA. VV., *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI/G. MARINUCCI, Milano 2006, 3009.
- BARAZZETTA, sub *art. 415 c.p.*, in AA. VV., *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI/G. MARINUCCI, Milano 2006, 3027.
- BARAZZETTA, sub *art. 421 c.p.*, in AA.VV., *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI/G. MARINUCCI, Milano 2006, 3175.
- BARILE - DE SIERVO, (voce) *Sanzioni contro il fascismo e il neofascismo*, in *Noviss. Dig. It.*, App., VI, Torino, 1986, 970.
- BARILE, (voce) *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Milano, 1974, 424.
- BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984.
- BARILE, *Il vilipendio è da abolire*, in *Temì*, 1969, 540.
- BARILE, *La libertà di espressione del pensiero e le notizie false, esagerate e tendenziose*, in *Foro it.*, 1962, I, c. 855 ss.

BASAGLIA e ONGARO, *La maggioranza deviante. L'ideologia del controllo sociale totale*, Torino, 1974.

BASILE, *Apologia di delitto*, in *Quale giustizia*, 1970, 85.

BASILE, sub art. 403 c.p., in AA. VV., *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI/ G. MARINUCCI, Milano, 2006, 2954.

BATTAGLIA, *Il vilipendio del governo*, in *Riv. pen.*, 1951, 44.

BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (a cura di F. VENTURI), Torino, 1965.

BELLOMIA, *Manifestazioni fasciste e XII disp. trans. della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1973, II, 1070 ss.

BERGAMASCO, sub art. 115 c.p., in *Codice commentato*, a cura di T. PADOVANI, Milano 2011, 906.

BERNAZZANI, sub art. 266 c.p., in CADOPPI-CANESTRARI-MANNA-PAPA, *Trattato di diritto penale*, PS I, 231.

BETTIOL, *Diritto penale*, XI ed., Padova, 1982.

BETTIOL, *Sui limiti penalistici alla libertà di manifestazione del pensiero*, in *Scritti giuridici*, t. 2, Padova, 1966.

BETTIOL, *Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1971, 3.

BEVERE, *Ordine pubblico*, in *Dizionario critico del diritto*, a cura di Donati, Milano 1980, 275.

BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, I, Leipzig 1922.

BIONDI, *Brevi considerazioni sul reato di manifestazioni fasciste: può essere considerato un reato di opinione?*, in *Giur. di merito*, fasc. 3, 1009, 735.

BIONDI, *E' ancora attuale la norma che punisce le associazioni finalizzate alla riorganizzazione del partito fascista*, in *Giur. di merito*, 2006, 2483.

BOBBIO, *La cultura e il fascismo*, in AA. VV., *Fascismo e società italiana*, Torino, 1973, 211.

BOBBIO, *Studi hegeliani*, Einaudi, Torino, 1981.

BOGNETTI, *Apologia di delitto e principi costituzionali della libertà di espressione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, 183.

BOGNETTI, *Apologia di delitto punibile ai sensi della Costituzione e interpretazione della norma dell'art. 414 c.p., ultimo comma*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1971, 18.

BOGNETTI, *Il pericolo nell'istigazione all'odio di classe e nei reati contro l'ordine pubblico*, in *Giur. cost.*, 1974, 1433.

BOGNETTI, *Vilipendio del governo e principi costituzionali di libertà d'espressione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1960, 950.

BORGHESE, *Il codice penale italiano commentato*, 1953.

BRICOLA, (voce) *Cospirazione politica mediante accordo o associazione*, in *Enc. dir.*, XI, 121.

BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, vol. I, *Nozione ed aspetti costituzionali*, Milano, 1965.

BRICOLA, *Politica criminale e politica penale dell'ordine pubblico (a proposito della legge 22 maggio 1975 n. 152)*, in *La questione criminale*, 1975, 221.

BRICOLA, sub art. 25 co. 2 e 3, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Rapporti Civili, art. 24-26, 1981, 227.

BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nss.D.I.*, XIX, 1973, 5.

CAMPAILLA, *La "circolazione" giudiziaria europea dopo Lisbona*, in *Proc. pen. Giust.*, I, n. 2, 2011, pp. 90 ss.

CAMPISI, *I reati di vilipendio*, Padova, 1968.

CANESTRARI, (voce) *Genocidio*, in *Enc. giur.*, XVI, Roma, 1985, 1 ss.

CANTIMORI, *Eretici italiani del Cinquecento. Ricerche storiche*, Firenze, 1939.

CARETTI, *Articolo 10. Libertà di espressione*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 339.

CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2012.

CARRARA, *Grado della forza fisica del delitto*, in *Opuscoli di diritto criminale*, I, 1870, p. 577.

CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, III ed., 1867, 250.

CASALBORE, (voce) *Oltraggio e altre offese all'autorità*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, 462.

CASSESE, *Il sistema di garanzia della Convenzione dell'ONU sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale*, in *Riv. dir. int.*, 1967, 272 ss.

CATTANEO, *Il codice Rocco e l'eredità illuministico-liberale*, in *La questione criminale*, 1981, 99.

CAVALIERE, *Associazione per delinquere*, in AA. VV., *Delitti contro l'ordine pubblico*, a cura di S. MOCCIA, Napoli, 2007, XVII, 22.

CAVALIERE, *Diritto penale del "nemico" e "di lotta": due insostenibili legittimazioni per una differenziazione, secondo tipi d'autore, della vigenza dei principi costituzionali*, in *Crit. dir.*, 2006, 295.

CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo. Le ipotesi delle associazioni per delinquere e di tipo Mafioso*, Napoli, 2003.

CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, in AA. VV., *Costituzione, diritto e processo penale*, a cura di G. GIOSTRA e G. INSOLERA, Milano 1998, pp. 133 ss.

CERRI, *Libertà di manifestazione del pensiero, propaganda, istigazione ad agire*, in *Giur. cost.*, 1969, p. 1118 ss.

CHIAROTTI, *Diffusione o pubblicazione di notizie false o tendenziose*, in *EdD*, XII, 1964, 515.

CLASS, *Die Kausalität der Beihilfe*, in *Festschrift für U. Stock*, Würzburg, 1966.

COLAIANNI, *La bestemmia ridotta e il diritto penale laico*, in *Foro it.*, 1996, I, 30.

COLAO, *Il delitto politico tra ottocento e novecento. Da "delitto fittizio" a "nemico dello Stato"*, Milano 1986.

CONSO-TOSI-ZUCCALA', *Note sul caso Tolin*, in *Giur. merito* 1970, II, 232.

CONSO, *Contro i reati di vilipendio*, in *Ind. pen.*, III, 1970, 545.

CONSOLI, *Il reato di vilipendio della religione cattolica*, Milano, 1957.

CONTIERI, *Bandiera (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, V, 1959, 40.

CONTIERI, *I delitti contro l'ordine pubblico*, Milano, 1961.

CORSO, *Ordine pubblico (dir. pubbl.)*, in *Enc. dir.* XXX, Milano 1980, pp. 1057 ss.

CURCIO, (voce) *Anarchia*, in *Nov. ssimo dig. it.*, I, 612.

D'AMATO, *Brevi note a margine della sentenza declaratoria di incostituzionalità del reato di vilipendio alla religione di Stato (Corte Cost. n. 508 del 13 novembre 2000)*, in *Crit. Dir.*, 2000, 536.

D'ELIA, sub *XII disp. Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 2786.

DE FELICE, *Intervista sul fascismo*, a cura di M.A. Ledeen, Bari, 1975.

DE FELICE, *Mussolini il duce. Gli anni del consenso 1929-1936*, Torino, 1974.

DE FELICE, *Mussolini il duce. Lo stato totalitario 1936-1940*, Torino, 1981.

DE FELICE, *Mussolini il fascista. La conquista del potere 1921-1925*, Torino, 1966.

DE FRANCESCO, *Commento all'art. 1 d.l. 26/4/1993 n. 122, conv. con modif. dalla l. 26/6/1993 n. 205*, in *Legisl. pen.*, 1994, 173 ss.

DE FRANCESCO, *Commento all'art. 3 l. 6.2.80 n. 15*, in *Legisl. pen.*, 1981, 49.

DE FRANCESCO, *I reati di associazione politica*, Milano, 1985.

DE FRANCO V., *I limiti oggettivi del diritto di critica e l'art. 290 C.p.*, in *Riv. pen*, II, 1959, 445.

DE MARSICO, *I delitti contro lo Stato nella evoluzione del diritto pubblico*, in *Studi di diritto penale*, Napoli 1930.

DE MARSICO, *Premessa dommatica all'esame dei reati di istigazione, cospirazione e banda armata (artt. 302-309 c.p.)*, in *Scritti giuridici in onore di Carnelutti*, vol. IV, Padova 1950.

DE VERO, (voce) *Istigazione a delinquere e a disobbedire alle leggi*, in *Dig disc. pen.*, VII, 1993, p. 292 ss.

DE VERO, *Banda armata e delitti di associazione politica: profili sistematici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 310 .

DE VERO, *Inosservanza di provvedimenti di polizia e manifestazioni sediziose e pericolose*, in *Dpen*, VII, 1993, 81.

DE VERO, *Intimidazione pubblica*, in *Disc. pen.*, VII, 1993, 237.

DE VERO, *Istigazione, libertà di espressione e tutela dell'ordine pubblico*, in *Arch. pen.*, 1976, 3.

DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, Milano 1988.

DEAN, (voce) *Personalità interna dello Stato (delitti contro la)*, in *Nss. dig. it.*, XII, 1968, pp. 1097 ss.

DEL CORSO, *Commento all'art. 2 d.l. 26/4/1993 n. 122, conv. con modif. dalla l. 26/6/1993 n. 205*, in *Legisl. pen.*, 1994, 201 ss.

DEL RE, *Colpevolezza e colpevolizzazione*, Napoli, 1976.

DELITALA, *Criteri direttivi del nuovo codice penale*, in *Riv. it. di dir. pen.*, XIII, 1935, 585.

DELITALA, *I limiti giuridici alla libertà di stampa*, in *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, II, Milano, 1976.

DELITALA, *I limiti giuridici alla libertà di stampa*, in *Iustitia*, 1959, 383.

DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato* (1930), in *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, I, Milano, 1976.

DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Milano, 1956.

DELMAS MARTY, *Les forces imaginantes du droit II. Le pluralisme ordonné*, Paris: Seuil, 2006.

DELOGU, *L'elemento politico nel codice penale*, in *Arch. pen.*, 1954, 161.

DI VICO, *Il delitto di apologia*, in *Ann. dir. proc. pen.*, 1936, 785.

DOLCE, *Istigazione a delinquere*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano 1972, 995.

DONINI, *Il principio di offensività, dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. pen. cont.*, settembre 2013.

ESCOBEDO, *A proposito del reato di incitamento alla disobbedienza della legge e d'istigazione all'odio tra le classi sociali, in modo pericoloso per la tranquillità pubblica*, in *Giust. pen.*, 1895, pp. 1434 ss.

ESPOSITO A., *Il diritto penale "flessibile": quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008.

ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile": quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008.

ESPOSITO, *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954.

ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958.

FAZIO e VIAZZI, *Istigazione a delinquere e apologia di reato nella giurisprudenza dall'unità ad oggi*, in *Pol. dir.*, 1972, 533.

FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1989), Roma-Bari 2000.

FERRAJOLI, *La separazione tra diritto e morale*, in *I problemi del socialismo*, 1985, n. 5, 136.

FEUERBACH, *Kritik del Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuch für die Chur-Pfalz-Bayerischen Staaten*, Theil III, 1804.

FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts* (1801), 14° ed., Geissen 1847, ristampa anastatica Aalen 1973.

FIANDACA e MUSCO, *Diritto penale parte speciale*, vol. I, IV ed, Bologna 2007.

FIANDACA e MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VI ed., Bologna, 2009.

FIANDACA, *Il "bene giuridico" come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 55.

FIANDACA, *Il codice Rocco e la continuità istituzionale in materia penale*, in *Quest. crim.*, 1981, I, 71.

FIANDACA, sub art. 27 comma 3 e comma 4 Cost., in *Commentario alla Costituzione* a cura di G. BRANCA – A. PIZZORUSSO, Rapporti civili, Zanichelli, 1991, 222.

FILANGIERI, *La scienza della legislazione* (1788-89), Paris 1853, lib. III.

IORE, (voce) *Ordine pubblico (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, 1084.

IORE, *I reati di opinione*, Padova 1972.

IORE, *Il principio di offensività*, in *Ind. pen.*, 1994, 275.

IORE, *Il vilipendio davanti alla Corte costituzionale*, in *Quale Giust.*, 1974, 271.

IORE, *L'ordine pubblico tra codice penale e leggi eccezionali*, in AA. VV., *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di Stile, Napoli 1985, 277.

IORE, *Libera manifestazione del pensiero e apologia di reato*, in *Arch. Pen.*, 1970, vol. XXVII, 15.

IORE, *Libertà di espressione politica e reati di opinione*, in *Pol. dir.*, 1970, 499.

IORE, *Libertà di manifestazione del pensiero e reati di istigazione*, in *Giur. merito*, 1974, 6.

IORELLA, (voce) *Reato*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, 789.

FISICHELLA, *Analisi del totalitarismo*, Firenze, 1976.

FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957.

FORGES DAVANZATI, *Fascismo e cultura*, Firenze, 1926.

FORTI, *Dei delitti contro l'ordine pubblico. Nota introduttiva*, in CRESPI-STELLA-ZUCCALA', *Commentario breve al codice penale*, 3° ed., Padova 1999, 1030.

FORTI, sub art. 414 c.p., in *Commentario breve c.p.*, a cura di CRESPI-STELLA-ZUCCALA', Padova, pp. 691 ss.

FORTI, *Tra criminologia e diritto penale: cifre nere e funzione generalpreventiva della pena*, in MARINUCCI-DOLCINI, (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, 53 ss.

FOUCAULT, *Microfisica del potere*, a cura di A. Fontana e P. Pasquino, Torino, 1977.

FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, trad. it. di A. Tarchetti, Torino, 1975.

FREZZA, sub art. 654 c.p., in *Codice commentato*, a cura di T. PADOVANI, Milano 2011, 4856.

FREZZA, sub art. 655 c.p., in *Codice commentato*, a cura di T. PADOVANI, Milano 2011, 4857.

FREZZA, sub art. 656 c.p., in *Codice commentato*, a cura di T. PADOVANI, Milano 2011, 4860.

FRIEDRICH e ZBRZEZINSKI, *Totalitarian Dictatorship and autocracy*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1956.

FROMM, *Fuga dalla libertà*, Milano, 1970.

FRONZA E., *Il negazionismo come reato*, Milano, 2012.

FRONZA-GAMBERINI, *Le ragioni che contrastano l'introduzione del negazionismo come reato*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

FRONZA, *Brevi note sulla teoria dell'istigazione indiretta in tema di apologia*, in *Cass. pen.*, 2003, 1006.

GAJOTTI, *Istigazione e determinazione nella teoria del reato*, Genova, 1948.

GALDENZI, sub art. 270 bis c.p., in AA.VV., *Codice commentato*, a cura di E. DOLCINI-G. MARINUCCI, Milano, 2006, 1948 ss.

GALDENZI, sub art. 270 c.p., in AA.VV., *Codice commentato*, a cura di E. DOLCINI-G. MARINUCCI, Milano, 2006, 1936 ss.

GALDENZI, sub art. 278 c.p., in AA. VV., *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI/ G. MARINUCCI, Milano 2006, 1978.

GALDENZI, sub art. 302 c.p., in AA. VV., *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI/ G. MARINUCCI, Milano 2006, 2055.

GALLI, *Brevi note sulla questione di incostituzionalità dell'art. 272 c.p.*, in *Temi* 1965, 1710.

GALLO e MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, Bologna, 1984.

GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, 1.

GALLO, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, Milano, 1953 .

GALLO, *Insurrezione armata contro i poteri dello Stato*, in *Giust. pen.*, 1981, II, c. 237 s.

GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, 1957.

GALTERIO, (voce) *Personalità dello Stato*, in *Enc. giur. Treccani*, 1990, XXIII, 1.

GAMBERINI, *Forze armate e tutela penale delle istituzioni*, in *Dem. e dir.*, 1974, 83.

GARGANI, sub art. 414, in *Codice commentato*, a cura di T. PADOVANI, Milano 2011, 3047.

GARGANI, sub art. 415, in *Codice commentato*, a cura di T. PADOVANI, Milano 2011, 3055.

GARGANI, sub art. 421, in *Codice commentato*, a cura di T. PADOVANI, Milano, 2011, 3135.

GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, IX ed., Roma, 2013.

GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XVI ed., Napoli, 2009.

GENTILE e MUSSOLINI, (voce) *Fascismo*, in *Enciclopedia italiana*, 1932.

GENTILE, *Che cosa è il fascismo. Discorsi e polemiche*, Firenze, 1925.

GENTILE, *Il mio liberalismo*, in *La nuova politica liberale*, I, 1923.

GERMANI, *Autoritarismo, fascismo e classi sociali*, Bologna, 1972.

GIANI, *Civiltà fascista, civiltà dello spirito*, in *Gerarchia*, 1937.

GIANI, *Perché siamo dei mistici*, in *Gerarchia*, 1940.

GIANNOLA, sub art. 654 c.p., in AA. VV., *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI/ G. MARINUCCI, Milano 2006, 4801.

GIANNOLA, sub art. 655 c.p., in AA. VV., *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI/ G. MARINUCCI, Milano 2006, 4804.

GIANNOLA, sub art. 656 c.p., in AA. VV., *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI/ G. MARINUCCI, Milano 2006, 4807.

GINZBURG, *Beweis, Gedächtnis, Vergessen*, in *Memory*, 30, 2002 (*Werkstatt Geschichte*), pp. 50-60.

GLASER, *Osservazioni sul progetto di codificazione dei diritti internazionali*, in *SP*, 1970, 9 ss.

GOVERNATORI, *Stato e cittadino in tribunale*, Bari 1970.

GRAF ZU DOHNA, *Die Elemente des Schuldbegriffs*, in *Gerichtssaal*, 85°, 1905.

GRAMSCI, *Lettere dal carcere*, Torino, 1947, ed. Einaudi.

GRASSO, (voe) *Genocidio*, in *Dig. disc. pen.*, V, Torino, 1991, 399 ss.

GRASSO, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, p. 2326.

GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 716.

GRASSO, *sub art. 266 c.p.*, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di Crespi-Forti-Zuccalà, Padova, 2008, 620.

GRAVEN, *Les crimes contre l'humanité. Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye*, 1950, I, 433 ss.

GRISPIGNI, *Diritto penale italiano, II, La struttura della fattispecie legale oggettiva*, Milano 1947.

GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972, 55.

GUELLI, (voce) *Anarchia*, in *Enc. dir.*, II, 384.

HASSEMER, *Grundlinien einer personalen Rechts-gutslehre*, in *Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag*, Heidelberg, 1989.

HASSEMER, *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, 108.

HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt am Main, 1973.

HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto. Diritto naturale e scienza dello stato in compendio*, trad. it. a cura di G. MARINI, Roma-Bari, 1999.

HOLMES, *Opinioni dissenzienti*, Milano, 1975.

HONIG, *Die Einwilligung des Verletzten*, Mannheim, 1919, 94.

IAVOLELLA, *Scontri a Napoli, protagonisti gli attivisti di 'Casapound'. Semplici episodi di violenza? No, sovversione*, in *Diritto&Giustizia*, fasc. 0, 2013, 114.

INGROIA, *L'associazione di tipo mafioso*, Milano 1993.

INSOLERA, *Concorso di persone nel reato*, in *D. pen.*, II, p. 437.

INSOLERA, *I delitti contro l'ordine pubblico*, in AA. VV., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, 2° ed., Bologna 2000.

JAKOBS, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, *ZStW*, 1985, 751.

JAKOBS, *Strafrecht - Allgemeiner Teil*², Berlin 1991.

JEMOLO, *I problemi pratici della libertà*, Milano, 1972.

JEMOLO, *Lo Stato può difendersi*, in *Giur. cost.*, 1970, 955.

JESCHECK, *Nuremberg Trials*, in *Encyclopedia of public international Law*, IV, Amsterdam-New York-Oxford, 1982, 50 ss.

KAUFMANN, *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtphilosophische Untersuchung*, Heidelberg, 1961 (II ed., Heidelberg – Karlsruhe, 1976).

KINDERMANN, *Symbolische Gesetzgebung*, in *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik*, Band 13 *JbRSoz*, Opladen, 1988.

KOHN-BRAMSTEDT, *Dictatorship and Political Police: The Technique of Control by Fear*, Londra 1945.

KOSKENIEMMI, *Between Impunity and Show Trials*, 6 *Max Planck Yearbook of the United Nations Law*, 2002, 1-35.

L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, Padova, 2009.

LA CUTE, (voce) *Apologia e istigazione*, in *Enc. giur. Trec.*, I.

LACROIX, *Philosophie de la culpabilité*, Paris, 1977.

LARIZZA, *Le pene accessorie*, Padova, 1986.

LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, Napoli, 1964.

LAVAGNA, *Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali*, in *Dem. dir.*, 1967, 368.

LEONE, *Il reato di radunata sediziosa*, in *AP*, 1965, II, 331.

LOMBROSO e LASCHI, *Le crime politique et les révolutions*, Paris 1892.

LOMBROSO, *Gli anarchici*, Torino 1894.

LOMBROSO, *L'uomo di genio in rapporto alla psichiatria, alla storia ed all'estetica*, Torino 1894.

LÖWENSTEIN, *Militant Democracy and Fundamental Rights*, in *Am. Pol. Science Rev.*, XXXI, 1937, 417.

LUCIANI, *Antifascismo e nascita della Costituzione*, in *Politica del diritto*, 1991, p. 190.

M. PELISSERO, *Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati di opinione: occasioni mancate e incoerenze sistematiche*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, 960 ss.

MAIELLO, *Pubblica intimidazione*, in *Enc. dir.*, XXXVII, 1988, 911.

MAISTO, *Il diritto penale dell'immigrazione. Profili socio-criminologici, esegetici, dommatici e di politica criminale*, Saarbrücken, 2013.

MANES, *Il principio di offensività. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino 2005.

MANETTI, *L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione dell'eguaglianza e difesa dello Stato*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, vol. II, Torino, 2005, p. 539.

MANNA, (voce) *Fascismo (sanzioni contro il)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. V, Torino, 1991, 137.

MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2009.

MANTOVANI, *I reati di opinione*, in *Il Ponte*, I-II, 1971, 206.

MANTOVANI, *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in *Scritti di C. Mortati*, IV, 1977, p. 465 ss.

MANTOVANI, *Principi di diritto penale*, II ed., Padova, 2007.

MANZINI, *Diritto penale italiano*, II ed., 1942, vol. IV, n. 989, IV a.

MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, IV, Torino, 1981.

MARCONI, *Apologia sovversiva, violenze scritte ed eversione ideologica*, in *Giur. merito* 1979, II, 1179.

MARCONI, *Presidente della Repubblica (reati contro il)*, in *Enc. dir.*, XXXV, 1986, 242.

MARCONI, *Propaganda ed apologia sovversiva*, in *Enc. dir.*, XXXVII, 147.

MARCONI, *Stato (delitti contro la personalità internazionale dello)*, in *Digesto pen.*, XIII, Torino, 1997, 605.

MARENGHI, sub art. 302 c.p., in *Codice commentato*, a cura di T. PADOVANI, Milano 2011, 1931.

MARINI, (voce) *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 950.

MARINI, *Delitti contro la persona*, Torino 1996.

MARINI, *Lineamenti del sistema penale*, Torino, 1993.

MARINUCCI – DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001.

MARINUCCI e DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, III ed., Milano, 2009.

MARIOTTI, sub art. 266, in *Codice penale ipertestuale*, 2° ed., Torino, 2007, 1202.

MARTINI, *Commento all'art. 6 d.l. 26/4/1993 n. 122, conv. con modif. dalla l. 26/6/1993 n. 205*, in *Legisl. pen.*, 1994, 235 ss.

MARZADURI, *Commento all'art. 5 d.l. 26/4/1993 n. 122, conv. con modif. dalla l. 26/6/1993 n. 205*, in *Legisl. pen.*, 1994, 218 ss.

MASARONE, *Il minore come vittima: la tutela penale contro lo sfruttamento sessuale dopo la ratifica della Convenzione di Lanzarote*, in *Crit. dir.*, 2012, p. 217 ss.

MAZZACUVA, *La legislazione penale in materia economica: normativa vigente e prospettive di riforma*, in *Riv. it. di dir. e proc. pen.*, 1987, 509.

MERENGHI, sub art. 302 c.p., in *Codice commentato*, a cura di T. PADOVANI, Milano 2011, 1931.

MESSINA, *Introduzione allo studio dei delitti contro la personalità interna dello Stato*, Milano 1981.

MESSINA, *Teoria generale dei delitti contro l'onore*, Roma, 1953.

MOCCIA, (voce) *Ordine pubblico (disposizioni a tutela dell')*, in *Enc. Giur.*, XXII, Roma, 1990.

MOCCIA, *Aspetti involutivi del sistema penale*, in AA.VV., *Il diritto penale alla svolta di fine millennio. Atti del convegno in ricordo di Franco Bricola (Bologna, 18-20 maggio 1995)*, a cura di S. CANESTRARI, Torino, 1998, 264 ss.

MOCCIA, *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Napoli 1979.

MOCCIA, *Cesare Beccaria e la difesa dei diritti dell'individuo*, in *Crit. dir.*, n. 1-3, 2010, 192.

MOCCIA, *Contributo ad uno studio sulla teoria penale di G.W.F. Hegel*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 131.

MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it di dir. e proc. pen.*, 1995, 343.

MOCCIA, *Diritto penale politico e giurisprudenza costituzionale in materia di libertà di riunione e di associazione (articoli 17 e 18 Cost.)*, in G. VASSALLI, *Diritto penale e Giustizia Costituzionale*, Napoli 2006, 211.

MOCCIA, *Euforia tecnicistiche nel "laboratorio della riforma del codice penale"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, II, 453.

MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli 1992.

MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta'. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli 2001.

MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli 2000.

MOCCIA, *Mario Pagano ovvero l'impegno civile del giurista*, in *Crit. dir.*, n. 2-3, 1999, 355.

MOCCIA, *Prefazione*, in AA. VV., *Delitti contro l'ordine pubblico*, a cura di S. MOCCIA, Napoli, 2007, XVII.

MOCCIA, *Prospettive non 'emergenziali' di controllo dei fatti di criminalità organizzata*, in AA. VV., *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. Tra efficienza e garanzia*, a cura di Moccia, Napoli 1999.

MORSELLI, *Note critiche sulla normativa del concorso di persone nel reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1983, 415.

MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, IX ed., Padova, 1976

MOSSE, *Intervista sul nazismo*, a cura di M.A. Ledeen, Bari, 1977.

NATOLI, *Residui del regime nero e Corte costituzionale*, in *Dem. e dir.*, 1974, 197.

NEESSE, *Die verfassungsrechtliche Gestaltung der Ein-Partei*, in *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 1938, vol. 98.

NENCIONI, *La legge Scelba, una barbara reliquia*, Roma, 1973.

NEPPI MODONA, (voce) *Legislazione penale*, in *Storia d'Italia*, a cura di F. LEVI, U. LEVRA, N. TRANFAGLIA, II, 1978, 597.

NEPPI MODONA, *La magistratura e il fascismo*, in AA.VV., *Fascismo e società italiana*, Torino, 1973, 127.

NEPPI MODONA, *Manifestazioni e radunata sediziosa: concorso di reati o concorso apparente di norme*, in *Riv. it. di dir. e proc. pen.*, 1963, 873.

NEPPI MODONA, *Tecnicismo e scelte politiche nella riforma del codice penale*, in *Dem. e dir.*, 661

NEUMANN, *Lo stato democratico e lo stato autoritario*, Bologna, 1973.

NICOSIA E., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006.

NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006.

NORDIO, *Reati di opinione, le proposte della commissione da me diretta: così illiberali da essere bocciate*, in *Dir. Giust.*, 01/02/2006.

NORDIO, *Reati di opinione: occasione persa. Una riforma senza anima liberale: pene ridotte, le fattispecie incriminatrici restano*, in *Dir e giust.*, 2006, n. 6, 9.

NORMANDO, *L'istigazione. Problemi generali della fattispecie e rapporti con il tentativo*, Padova, 1995.

NOSENGO, *Commento all'art. 6 d.l. 26/4/1993 n. 122, conv. con modif. dalla l. 26/6/1993 n. 205*, in *Legisl. pen.*, 1994, 229 ss.

NOTARO, *Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione (l. 24.2.06 n. 85)*, in *Leg. Pen.*, 2006, 401.

NOTARO, *Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione (l. 24.2.2006 n. 85)*, in *Legisl. pen.*, 2006, 401 ss.

NOTARO, sub art. 266 c.p., in AA. VV., *Codice Commentato* a cura di T. PADOVANI, Milano 2011, 1785.

NUVOLONE, *Cronaca (libertà di)*, in *Enc. dir.*, XI, 421.

NUVOLONE, *Il diritto penale della stampa*, Padova, 1971.

NUVOLONE, *Il problema dei limiti della libertà di pensiero nella prospettiva logica dell'ordinamento*, in AA. VV., *Legge penale e libertà di pensiero, (Atti del III Convegno di diritto penale - Bressanone)*, Padova 1966, 353.

NUVOLONE, *Il problema dei limiti della libertà di pensiero nella prospettiva logica dell'ordinamento*, in AA. VV., *Legge penale e libertà di pensiero, (Atti del III Convegno di diritto penale - Bressanone)*, Padova 1966, 353.

NUVOLONE, *Le leggi penali e la Costituzione*, Milano, 1953.

OLIVERO, (voce) *Apologia e istigazione (reati di)*, in *Enc. Dir.*, II, 618.

PACE, *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, in *Archivio Giuridico "Filippo Serafini"*, XXIV, 1963, 113.

PACE, *Ordine pubblico, ordine pubblico costituzionale, ordine pubblico secondo la Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1971, 1784.

PADOVANI e STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose*, Bologna, 1991.

PADOVANI, (voce) *Stato (reati contro)*, in *Enc. dir.*, XLIII, 815.

PADOVANI, *Bene giuridico e delitti politici*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1982, 1.

PADOVANI, *Bene giuridico e delitti politici. Contributo alla critica ed alla riforma del titolo I, libro II c.p.*, in AA.VV., *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A. STILE, Napoli, 1975.

PADOVANI, *Il problema del bene giuridico e la scelta delle sanzioni*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, 119.

PADOVANI, *Tutela dei beni e tutela di funzioni nella scelta fra delitto, contravvenzione e illecito amministrativo*, in *Cass. pen.*, 1987, 675.

PADOVANI, *Un intervento normativo scoordinato che investe anche i delitti contro lo Stato*, in *Guida al dir.*, 2006, n. 14, p. 23.

PADOVANI, *Un intervento normativo scoordinato che investe anche i delitti contro lo Stato*, in *Guida dir.*, 2006, n. 14, 23.

PAGANO, *Principj del codice penale (1785-86)*, Napoli, 1815.

PAGLIARO, (voce) *Legge penale: principi generali*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1973, 1040.

PAGLIARO, *La nozione di reato politico agli effetti dell'extradizione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 813.

PALADIN, *Ordine pubblico*, in *Nss. D. I.*, XII, Torino, 1965, 130.

PALAZZI e FOLENA, *Dizionario della lingua italiana*, Torino, 1995.

PALAZZO – A. BERNARDI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la politica criminale italiana: intersezioni e lontananze*, in *Riv. internaz. diritti dell'uomo*, 1988, p. 48-49.

PALAZZO, *Associazioni illecite ed illeciti delle associazioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 425.

PALAZZO, *Corso di diritto penale*, III ed. Torino, 2010.

PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, II, 1992, 453.

PALAZZO, *Il principio di determinatezza in diritto penale*, Padova, 1979.

PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova 1979.

PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. di dir. e proc. pen.*, 1992, 849.

PALMIERI, (voce) *Vilipendio politico*, in *Enc. dir.*, XLVI, 753.

PALMIERI, *Osservazioni in tema di istigazione a delinquere*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1968, 996.

PANAGIA, *Il delitto politico nel sistema penale italiano*, Padova 1980.

PAPA, sub art. 110 c.p., in *Codice commentato*, a cura di T. PADOVANI, Milano 2011, 814.

PASCARELLI, *La riforma dei reati di opinione: un commento alla nuova disciplina*, in *Ind. pen.*, 2006, 697 ss.

PASOLINI, *Scritti corsari*, VIII ed., Milano, 2001.

PASTORE, *L'apologia di Don Lorenzo Milani costituisce reato?*, in *Dem. e dir.*, I-II, 1969, 315.

PATALANO, *Significato e limiti della dommatica del reato di pericolo*, Napoli, 1975.

PATERNITI, *Concorso di persone nel reato*, in *Enc. Giur. Trec.*, VII, Roma, 1988.

PECORARO-ALBANI, *Il concorso di più persone nel reato*, Milano, 1961.

PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952.

PEDRAZZI, *Problemi di tecnica legislativa*, in AA.VV., *Comportamenti economici e legislazione penale*, a cura di C. PEDRAZZI e G.S. COCO, Milano, 1979, 32.

PEDRAZZI, *Sentenze manipolative in materia penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, 444.

PEERS, *The 'Third Pillar acquis' after the Treaty of Lisbon enters into force*, in *Statewatch Analysis*, december 2009.

PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, Napoli 2000.

PETROCELLI, *Il delitto tentato*, Napoli, 1995.

PETTA, *Il primo caso di applicazione della legge Scelba*, in *Giur. cost.*, 1974, I, 473 ss.

PETTA, *Le associazioni anticostituzionali nell'ordinamento italiano*, in *Giust. cost.*, 1973, 689.

PETTA, *Le nuove norme per la repressione e la prevenzione di attività eversive (legge 22 maggio 1975, n. 152)*, in *Giust. Cost.*, 1975, 2842 ss.

PIASENZA, *Tecnicismo giuridico e continuità dello Stato: il dibattito sulla riforma del codice penale e della legge di pubblica sicurezza*, in *Pol. dir.*, 1979, 261.

PIAZZA, *Come definire il razzismo?* in *Cass. pen.*, III, 1995, 686.

PICOTTI, *Diffusione di idee razziste ed incitamento a commettere atti di discriminazione razziale*, in *Giur. mer.*, fasc. IX, 2006, 1960.

PICOTTI, *I diritti fondamentali nell'uso ed abuso dei social network. Aspetti penali*, in *Giur. mer.*, XII, 2012, 2522.

PIEMONTESE, *sub art. 270 bis c.p.*, in AA.VV., *Codice commentato*, a cura di T. PADOVANI, Milano, 2011, 1830 ss.

PIEMONTESE, *sub art. 270 c.p.*, in AA.VV., *Codice commentato*, a cura di T. PADOVANI, Milano, 2011, 1814 ss.

PISANI, *La "penetrazione" del diritto internazionale penale nel diritto penale italiano*, in *Ind. pen.*, 1979, 12 ss.

PITTARO, *sub art. 341 bis c.p.*, in AA.VV., *Codice Commentato*, a cura di T. PADOVANI, Milano, 2011, 2536.

PITTARO, *sub art. 342 c.p.*, in AA.VV., *Codice Commentato*, a cura di T. PADOVANI, Milano, 2011, *cit.*, 2540.

PITTARO, *sub art. 343 c.p.*, in AA.VV., *Codice Commentato*, a cura di T. PADOVANI, Milano, 2011, *cit.*, 2552.

POST R.C., *La disciplina dell'hate speech tra considerazioni giuridiche e sociologiche*, in AA.VV., *Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela*, a cura di D. TEGA, Roma, 2011, 97 ss.

PROSDOCIMI, (voce) *Vilipendio (reati di)*, in *Enc. dir.*, XLVI, 737.

PULITANO', *Giudice negli anni '70*, Bari, 1977.

PULITANO', *Libertà di pensiero e pensieri cattivi*, in *Quale giust.*, 1970, 187.

PULITANO', *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 498.

PULITANO', *Riforma dei reati di opinione*, in *Corr. giur.*, 2006, 745-746.

PULITANO', *Spunti critici in tema di vilipendio della religione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1969, 194.

PUNZO, *In tema di riorganizzazione del partito fascista*, in *Giur. Ital.*, 1978, II, 35, n.1.

RICCIO, *Ordine pubblico*, in *Dizionario di diritto e procedura penale*, diretto da G. VASSALLI, Milano, 1986, 715.

RICCIO, *Politica penale dell'emergenza e Costituzione*, Napoli 1982.

RICCIOTTI, *Brevi considerazioni sul delitto di riorganizzazione del Partito Fascista*, in *Crit. pen.*, 1976, 93 ss

RICCIOTTI, *Le sanzioni contro il neofascismo*, in *Crit. pen.*, 1975, 212 ss.

RIDOLA, (voce) *Partiti politici*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 113.

RINALDINI, *sub art. 110 c.p.*, in AA. VV., *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI/ G. MARINUCCI, Milano 2006, 1104.

ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Riv. di diritto e procedura penale*, I, 1910, 497.

ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Milano-Torino-Roma 1913.

ROCCO, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. IV, III, Roma 1929.

ROMANO, *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in AA.VV., *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law*, a cura di A. CADOPPI, Milano, 2010, 143.

ROMANO, *Il codice Rocco e i lineamenti di una riforma del diritto penale politico*, in *Quest. crim.*, 1981, I, 145.

ROMANO, *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 491.

ROMEO, *Modelli normativi orwelliani al vaglio della Consulta*, 1172, e in *Giur. it.*, 2004, 1790.

RONZITTI, (voce) *Genocidio*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 573 ss.

ROSSANO, (voce) *Partiti politici*, in *Enc. Giur.*, XXII, Roma, 1990, 4

ROSSI, *Lineamenti di diritto penale costituzionale*, Palermo, 1954.

ROSSO, *Ordine pubblico (delitti contro l')*, in *NsD*, XII, 1965, 152.

ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, a cura di S. MOCCIA, Napoli, 1998.

ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe* (1966), in *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin-New York, 1973.

ROXIN, *Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs* (1969), in *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin-New York, 1973.

RUGA RIVA, *sub art. 290 c.p.*, in AA. VV., *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI/ G. MARINUCCI, Milano 2006, 2020.

RUGA RIVA, sub art. 291 c.p., in AA. VV., *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI/G. MARINUCCI, Milano 2006, 2036.

RUGA RIVA, sub art. 292 c.p., in AA. VV., *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI/G. MARINUCCI, Milano 2006, 2039.

SALCUNI, *I delitti contro il sentimento religioso*, in CADOPPI-CANESTRARI-MANNA-PAPA, *Parte speciale*, III, 873.

SALERNO, *Introduzione alla Convenzione sulla discriminazione razziale*, in E. VITTA – V. GREMENTIERI, *Codice degli atti internazionali sui diritto dell'uomo*, Milano, 1981, 264 ss.

SALVATORELLI e MIRA, *Storia d'Italia nel periodo fascista*, Torino, 1964.

SANTAMARIA, *Interpretazione e dottrina nella dottrina del dolo*, Napoli, 1961.

SANTORO, *Manuale di diritto penale*, II, Parte speciale, Torino 1962.

SANTOSUOSSO, *Forme di rinuncia alla pena in materia politica*, in *Crit. Dir.*, 1992, n.29-30, 79.

SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano 1979.

SBRICCOLI, *Dissenso politico e diritto penale in Italia tra Otto e Novecento*, in *Quaderni fiorentini*, II, 1973, 607.

SBRICCOLI, *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXVIII, 1999, II, 829.

SCAFFARDI, *La cooperazione giudiziaria in materia penale e la proposta di decisione-quadro relativa alla lotta contro il razzismo e la xenofobia*, in AA.VV., *Il trattato costituzionale nel processo di integrazione europea*, a cura di M. SCUDIERO, Napoli, 2005, 1499 ss.

SCAFFARDI, *La cooperazione giudiziaria in materia penale e la proposta di decisione-quadro relativa alla lotta contro il razzismo e la xenofobia*, in AA.VV., *Il trattato costituzionale nel processo di integrazione europea*, a cura di M. SCUDIERO, Napoli, 2005, 1499 ss.

SCHIAFFO, *Alle origini dei reati di opinione: modelli di incriminazione e opzioni politico-criminali*, in *Studi in onore di G. Melillo*, III, 1175.

SCHIAFFO, *Istigazione e ordine pubblico: tecnicismo giuridico ed elaborazione teleologica nell'interpretazione della fattispecie*, Napoli, 2004.

SCHIAFFO, *Istigazione ed apologia nei delitti contro l'ordine pubblico*, in AA. VV., *Delitti contro l'ordine pubblico*, a cura di S. MOCCIA, Napoli, 2007, XVII, 139.

SCHMINK, *Stato di diritto e movimento operaio - Per la storia del diritto penale politico in Italia*, in *Studi storici*, 1970, 445.

SCHROEDER, *Die Straftaten gegen das Strafrecht*, Berlin-New York, 1985.

SEELMANN, *Le filosofie della pena di Hegel*, a cura di P. BECCHI, in *Hegelianica* 35, edito dall'Istituto italiano degli studi filosofici, Napoli, 2002.

SEMERARO, *Concorso di persone nel reato e commisurazione della pena*, Padova, 1986.

SEMINARA, *Riflessioni sulla condotta istigatoria come forma di partecipazione al reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1123.

SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milano 1987.

SESSA, *Tutela penale dell'ordine pubblico e teleologismo dei valori costituzionali: ambiti e prospettive di un riformismo razionale*, in AA. VV., *Delitti contro l'ordine pubblico*, a cura di S. MOCCIA, Napoli, 2007, XVII, 1.

SEVERINO, *Antigone o Porzia? Il giurista davanti alla legge ingiusta*, in *Cass. pen.*, III, 2013, p. 989.

SGROI, sub art. 402 c.p., in *Codice commentato*, a cura di T. PADOVANI, cit., 2983.

SGUBBI F., *Meccanismo di aggiramento della legalità e della tassatività nel codice Rocco*, Dibattito su "Il codice Rocco cinquant'anni dopo", in *La questione criminale*, I, 1981, 319.

SINISCALCO, *La XII disposizione transitoria della Costituzione e il divieto di manifestazioni fasciste*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959, 166 ss.

SIRACUSANO, *I delitti in materia di religione. Beni giuridici e limiti dell'intervento penale*, Milano, 1983.

SOTIS, *Il trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione Europea*, n *Cass. pen.*, 2010, p. 1150.

SPAGNOLO, *Norme penali contro il neofascismo e XII disposizione finale della Costituzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, 318 ss.

SPASARI, (voce) *Condotta (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, VIII, 837.

SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 689.

SPERDUTI, *Il principio di non-discriminazione e una recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 1976, 245; U. VILLANI, (voce) *Diritti dell'uomo*, in *NNDI*, App., II, 1981, 1140 ss.

SPINELLI, *Appunti in tema di tutela del sentimento religioso nell'ordinamento penale italiano*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1962, p. 374.

SPINOZA, *Tractatus Theologico-politicus*, cap. VII, in *Opera*, a cura di C. Gebhardt, vol. III, C. Winter, Heidelberg, 1925, 97-117

STELLA, *Laicità dello Stato: fede e diritto penale*, in AA.VV., *Diritto penale in trasformazione*, a cura di MARINUCCI-DOLCINI, Milano, 1985, p. 309 ss.

STELLA, *Laicità dello Stato: fede e diritto penale*, in AA.VV., *Diritto penale in trasformazione*, a cura di MARINUCCI-DOLCINI, Milano, 1985, p. 309 ss.

STORTONI, *Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclama?*, in *Crit. dir.*, 1994, 14 ss.

TARANTINO, *I c.d. reati di opinione ed il diritto costituzionale alla libera manifestazione del pensiero*, in *Giust. Pen.*, 1970, 443.

TASCONE, (voce) *Vilipendio (reati di)*, in *Enc. giur. Trecc.*, XXV, 1.

TONINI, *Istigazione, tentativo e partecipazione al reato*, in *Studi Delitala*, vol. III, Milano, 1985, 1571.

VALASTRO, sub art. 21 Cost., in *Commentario alla Costituzione*, Torino 2006, 451.

VALENTI, *Principi di materialità e offensività*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, a cura di G. INSOLERA – N. MAZZACUVA – M. PAVARINI – M. ZANOTTI, vol. I, III ed., Torino, 2001, 274.

VALLINI, *Commento all'art. 18, l. 25.6.99 n. 205*, in *Legge Penale*, 2001, 68.

VASSALLI, (voce) *Analogia nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. I, Torino, 1987, 160.

VASSALLI, (voce) *Colpevolezza*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 1988, 1.

VASSALLI, (voce) *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino, 1994, 317.

VASSALLI, (voce) *Tipicità (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 535.

VASSALLI, *Accordo (dir. pen.)*, in *Enc. Dir.*, I, 301.

VASSALLI, *La nozione di pubblicità in relazione ai mezzi di propaganda*, in *Giust. pen.*, 1943, II, 344.

VASSALLI, *Propaganda sovversiva e sentimento nazionale*, in *Giur. cost.*, II, 1966, 1095.

VENDITTI, *Sul vilipendio della religione dello Stato*, in *Riv. it. di dir. e proc. pen.*, 1958, 119.

VIGNALE, *Ai confini della tipicità: l'identificazione della condotta concorsuale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1983, 1358.

VINCIGUERRA, (voce) *Sanzioni contro il fascismo*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 902.

VIOLANTE, (voce) *Istigazione (nozioni generali)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 987.

VIOLANTE, (voce) *Istigazione a disobbedire alle leggi*, in *Enc. dir.*, vol. XXII, Milano, 1972, 991.

VIOLANTE, (voce) *Istigazione di militari a disobbedire alle leggi*, in *Enc. dir.*, XXII, 1009.

VIRGA, *La potestà di polizia*, Milano, 1954.

VISCONTI, *Il legislatore azzecagarbugli: le "modifiche in materia di reati di opinione" introdotte dalla l. 24 febbraio 2006, n. 85*, in *Foro it.*, 2006, V, 217 ss.

VISCONTI, *La tutela penale della religione nell'età post-secolare e il ruolo della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 1029.

VITALI, *Vilipendio della religione dello Stato*, Padova, 1964.

WU MING, *Il déjà-vu del cosiddetto DDL sul negazionismo*, in www.wumingfoundation.com.

ZAFFARONI, *Alla ricerca del nemico: da Satana al diritto penale cool*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano 2006, 757.

ZAZA, sub art. 278 c.p., in *Codice commentato*, a cura di T. PADOVANI, Milano 2011, 1869.

ZAZA, sub art. 290 c.p., in *Codice commentato*, a cura di T. PADOVANI, Milano 2011, 1906.

ZERBOGLIO, *Istigazione a disobbedire alle leggi*, in *Scritti teorico-pratici sulla nuova legislazione penale*, II, Milano, 1933, 93.

ZUCCALA, *Personalità dello Stato, ordine pubblico e tutela della libertà di pensiero*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, 1152.