

*For when levity and cruelty play for a kingdom,
the gentler gamester is the soonest winner*
W. SHAKESPEARE, *Henry V*

I simboli (del Fascismo) e il tempo (della Costituzione): pochi spunti suggeriti dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 37577 del 2014

di **Andrea Longo** – *Ricercatore di diritto costituzionale presso Università di Roma "Sapienza"*

SOMMARIO: 1. La decisione in sintesi - 2. Più nel dettaglio: le argomentazioni della difesa ... - 3. ... e le risposte della Cassazione - 4. Alcune critiche - 5. Dubbi, contraddizioni, ipotesi.

1. La decisione in sintesi

Con sentenza del maggio 2012, la Corte di appello di Trento confermava la pronuncia con cui il Tribunale di Bolzano, circa un anno prima, aveva condannato A. B. ed M. G. per il reato previsto dall'art. 5 della legge n. 645/1952 (c. d. "Legge Scelba")¹, il quale – a seguito delle modifiche introdotte dalla l. n. 152/1975² – sanziona «chiunque, partecipando a pubbliche riunioni, compie manifestazioni usuali del disciolto partito fascista ovvero di organizzazioni naziste». Nel caso di specie, si era accertato che i due imputati, nell'ambito di una manifestazione in ricordo delle vittime delle Foibe, avessero urlato in coro "presente" e fatto il saluto romano, ossia avessero indugiato in tipiche «manifestazioni usuali del disciolto partito fascista».

La decisione della corte territoriale veniva impugnata per Cassazione: ai fini che qui interessano, in particolare, gli imputati si dolevano del fatto che il giudice di merito avesse dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale della norma penale

¹ Formalmente rubricata: "Norme di attuazione della XII disposizione transitoria e finale (comma primo) della Costituzione".

² Uno dei primi commentatori della sentenza in oggetto ci ricorda come tale disposizione sia stata «caratterizzata da un susseguirsi di modifiche legislative che ne hanno accresciuto il disvalore penale: difatti, la legge Scelba aveva introdotto una fattispecie contravvenzionale (con pena dell'arresto fino a tre mesi o con l'ammenda fino a lire cinquantamila), mentre il legislatore successivo, con l'art. 11 della legge 22 maggio 1975, n. 152, ha trasformato la figura criminosa in delitto (con pena della reclusione sino a tre anni e con la multa da duecentomila a cinquecentomila lire) e la misura della multa risulta raddoppiata in virtù dell'art. 113, comma 4, della legge 24 novembre 1981, n. 689»: così F. LISENA, *Gesti anticostituzionali e anacronismi legislativi: il divieto del c.d. saluto romano (Nota a Corte di Cassazione, sez. I pen., sent. 12 settembre 2014, n. 37577)*, in www.osservatorioaic.it, dicembre 2014.

incriminatrice. Nel respingere tale questione, la Corte di appello aveva richiamato la giurisprudenza della Consulta, secondo la quale l'art. 5 e l'intera "Legge Scelba" vanno considerati attuazione diretta della XII disposizione transitoria e finale della Costituzione³. La Corte di cassazione ha rigettato i ricorsi, non condividendo la necessità di adire il Giudice delle Leggi per la valutazione dei prospettati profili di incostituzionalità ex artt. 3, 21 e 117 (in relazione all'art. 10 CEDU) della Legge fondamentale. Il giudice di legittimità, più precisamente, ha disatteso l'opinione dei ricorrenti secondo cui l'incriminazione di manifestazioni esteriori del partito fascista sia ormai inattuale: «l'esigenza di tutela delle istituzioni democratiche non risulta, infatti, erosa dal decorso del tempo». La Suprema Corte, per negare il prospettato carattere di anacronismo legislativo della norma in esame, ha richiamato i «frequenti episodi», non singolarmente indicati, dai quali risultano rigurgiti di intolleranza ai valori democratici e al rispetto dei diritti delle minoranze. La perdurante attualità delle disposizioni incriminatrici di cui alla legge n. 645/1952 risulta confermata, nella ricostruzione offerta dalla decisione in commento, dal d.l. n. 122/1993, che reprime condotte istigatrici o realizzatrici di atti di discriminazione razziale, e dalla Carta di Nizza, i cui artt. 21 e 22 affermano con particolare forza il divieto di discriminazione e l'obbligo di rispettare le diversità. Il rilievo di tali disposizioni (e evidentemente anche della Convenzione di New York del 1966) varrebbe dunque ad eliminare il prospettato contrasto con l'art. 117 Cost.

Quanto all'asserita violazione del principio di ragionevolezza e della libertà di manifestazione del pensiero, la Cassazione ricorda la giurisprudenza costituzionale che è intervenuta a chiarire la *ratio* delle norme penali contenute nella "Legge Scelba" e a fornirne una interpretazione costituzionalmente orientata. Se infatti la libertà di manifestazione del pensiero incontra un limite in altri beni costituzionalmente rilevanti, tra di essi deve farsi rientrare la tutela dell'ordine democratico. Peraltro, non tutti i gesti che richiamano il partito fascista ed i suoi riti debbono ritenersi penalmente sanzionabili, bensì soltanto quelli che rechino un apprezzabile pericolo di ricostituzione del partito (vietato direttamente già dalla citata XII disp. trans. e fin. Cost.). A tal fine assume particolare importanza il carattere di pubblicità assunto dal gesto, tale da costituire concreto tentativo di raccogliere adesione alla riorganizzazione (secondo lo schema proprio dei reati di pericolo).

2. Più nel dettaglio: le argomentazioni della difesa ...

Nella decisione non mancano profili di problematicità. In primo luogo *per quanto attiene alla relazione tra ciò che era stato dedotto nel ricorso e ciò che, invece, viene affrontato (prima ancora*

³ Va, tuttavia, sottolineato che gli stessi Giudici di Palazzo della Consulta hanno implementato un'interpretazione conforme a Costituzione delle disposizioni recate dalla legge del 1952; di tale problema, però, ci si occuperà tra breve.

*che stabilito) in decisione*⁴: come vedremo tra poco, infatti, tra i piani argomentativi dei due diversi atti non si può registrare perfetta complementarità.

Nell'atto di impugnazione erano stati ipotizzati, dalla difesa, tre distinti profili di incostituzionalità, in relazione ad altrettanti parametri costituzionali: a) l'art. 21 Cost.; b) l'art. 3 Cost. ; c) l'art. 117 Cost.:

a) Per ciò che attiene al primo profilo, l'argomentazione è senz'altro la più articolata e verte sulla relazione tra l'art. 21 e la XII disposizione transitoria e finale della Costituzione: il ricorrente ripercorre i classici problemi del rapporto che lega le due norme, come rilevati dalla dottrina nel corso degli anni. La tesi di fondo è che l'art. 5 (come anche il 4) della legge Scelba esorbiti dal dettato della XII disposizione, non potendo tracciarsi tra la norma legislativa e quella costituzionale una continuità né *semantica* né *teleologica*.

Dal punto di vista *semantico*, la portata dispositiva della norma costituzionale sarebbe esaurita dai primi due articoli della legge n. 645 del 1952 che sanzionano le condotte effettivamente volte alla «riorganizzazione del disciolto partito fascista»⁵. Differentemente, atti quali l'apologia di fascismo o le manifestazioni fasciste *trascenderebbero questo nucleo letterale e andrebbero a ledere la libertà di manifestazione del pensiero*. Tale compressione – e qui si arriva al profilo *teleologico* – non potrebbe essere giustificata asserendo la natura derogatoria dalla XII disposizione rispetto all'art. 21 Cost., in quanto la prima, pur possedendo effettivamente natura derogatoria,

⁴ Ringrazio l'Avvocato Domenico Di Tullio (difensore di uno degli imputati della causa da cui è scaturita la sentenza che qui si commenta) per la cortesia di avermi fatto avere il proprio ricorso, onde potessi avere compiuta contezza delle argomentazioni difensive.

⁵ L'art. 1 (*Riorganizzazione del disciolto partito fascista*) definisce le caratteristiche oggettive e le finalità di quella che può definirsi una forma di riorganizzazione del Partito fascista, così recitando: «Ai fini della XII disposizione transitoria e finale (comma primo) della Costituzione, si ha riorganizzazione del disciolto partito fascista quando una associazione o un movimento persegue finalità antidemocratiche proprie del partito fascista, esaltando, minacciando o usando la violenza quale metodo di lotta politico o propugnando la soppressione delle libertà garantite dalla Costituzione o denigrando la democrazia, le sue istituzioni e i valori della Resistenza o svolgendo propaganda razzista, ovvero rivolge la sua attività alla esaltazione di esponenti, principi, fatti e metodi propri del predetto partito o compie manifestazioni esteriori di carattere fascista». L'art. 2 delinea ulteriormente i tratti essenziali della fattispecie penale, definendone i profili soggettivi ed oggettivi: «Chiunque promuove, organizza o dirige le associazioni, i movimenti o i gruppi indicati nell'articolo 1, è punito con la reclusione da cinque a dodici anni e con la multa da un milione a dieci milioni di lire. Chiunque partecipa a tali associazioni, movimenti o gruppi è punito con la reclusione da due a cinque anni e con la multa da cinquecentomila a cinque milioni di lire. Se l'associazione, il movimento o il gruppo assume in tutto o in parte il carattere di organizzazione armata o paramilitare, ovvero fa uso della violenza, le pene indicate nei commi precedenti sono raddoppiate. L'organizzazione si considera armata se i promotori e i partecipanti hanno comunque la disponibilità di armi o esplosivi ovunque siano custoditi. Fermo il disposto dell'art. 29, comma primo, del Codice penale, la condanna dei promotori, degli organizzatori o dei dirigenti importa in ogni caso la privazione dei diritti e degli uffici indicati nell'art. 28, comma secondo, numeri 1 e 2, del Codice penale per un periodo di cinque anni. La condanna dei partecipanti importa per lo stesso periodo di cinque anni la privazione dei diritti previsti dall'art. 28, comma secondo, n. 1, del Codice penale». Il testo riportato è quello novellato dalla l. n. 152 del 1975. Sui problemi sollevati nel nostro ordinamento da tali sanzioni cfr. S. VINCIGUERRA, *Fascismo (sanzioni)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 902 ss.; P. PETTA, *Le associazioni anticostituzionali*, in *Giur. cost.*, 1973, 666 ss., spec. 714 ss.; A. MANNA, *Fascismo (sanzioni contro)*, in *Dig. disc. pen.*, V, Torino, 1991. Per una ricostruzione dottrinale e giurisprudenziale dei problemi evocati da tali norme si rinvia, riassuntivamente, a C. BERNASCONI, *Le disposizioni sanzionatorie del divieto di ricostituzione del partito fascista a cinquant'anni dalla loro entrata in vigore*, in *Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur.*, Nuova serie Vol. XVI 2002, 177 ss.

esplicherebbe tale funzione in relazione all'art. 18 (e 49) della Costituzione. In definitiva, il divieto di ricostituzione del partito fascista si porrebbe come eccezione rispetto alla libertà di associazione e non rispetto alla libertà di manifestazione del pensiero⁶; pertanto le compressioni di tale ultima libertà poste dalla legge Scelba sarebbero effettivamente prive di copertura costituzionale e, anzi, si andrebbero a porre come una indebita trasgressione nei confronti del regime di garanzia assicurato alle libertà dalla nostra Carta fondamentale.

Ovviamente la difesa contesta la lettura costituzionale (sulla quale torneremo tra poco) dei reati di cui si discorre, sanzionati in quanto fattispecie prodromiche alla ricostituzione del partito fascista; considerando, infatti, che, di per sé, quest'ultimo è un reato di pericolo⁷, *una fattispecie ad*

⁶ In realtà, la natura (e la portata) effettivamente derogatoria della XII disposizione è da sempre oggetto di discussione. Sul punto, autorevole dottrina ricorda che «è controverso se essa rappresenti o meno un'eccezione al principio della libertà di associazione e se, con riguardo alle leggi di attuazione della disp. cost., una tale presunta eccezionalità concerna anche il principio di eguaglianza e quello relativo alla libera manifestazione del pensiero»; così V. CRISAFULLI – L. PALADIN, *XII disposizione transitoria e finale*, in *Commentario breve alla Costituzione*, 825, e ivi per gli ampi riferimenti dottrinali (ho tenuto presente l'edizione originaria dell'opera; nella versione aggiornata del 2008, a cura di S. BARTOLE - R. BIN, il medesimo passaggio si trova alla pagina 1219). Chi scrive ritiene che, in certo modo, vadano distinti i due profili della natura (o meno) eccezionale e della portata di tale eccezionalità: il primo ha probabilmente una pregnanza meramente ricostruttiva e crediamo si possa essere d'accordo con l'opinione dominante secondo la quale se pur tale disposizione possiede una eccezionalità dal punto di vista teleologico (imponendo un limite sostanziale in un regime politico che prevede solo limiti di metodo), differentemente essa è coerente sul piano del complessivo disegno assiologico della Costituzione. Sul punto particolarmente illuminanti le parole di P. RIDOLA, *Partiti politici*, in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Milano, 1982, 113, secondo cui: «L'art. 49 e la XII disp. trans., la regola e la sua eccezione, trovano perciò origine entrambe nelle caratteristiche dell'accordo politico sul quale è nata la Costituzione del 1947, nell'esigenza di arretrare i limiti generali alla libertà dei partiti al di qua del limite ideologico, e ad un tempo recuperare quest'ultimo nei confronti di un'esperienza storica verso la quale si intendeva precludere al nuovo ordinamento costituzionale una posizione di neutralità». Maggiori conseguenze pratiche possiede il problema della portata di tale eccezionalità, vale a dire se essa si estrinsechi solo nei confronti degli articoli 18 e 49 Cost., oppure si estenda anche ad altre norme quali, ad esempio, quelle derivanti dagli articoli 3 e 21 della Costituzione. I due poli del problema sono icasticamente delineati da S. VINCIGUERRA, *Fascismo (sanzioni)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 920 s., il quale, da un lato ricorda che «La Costituzione, mentre vieta in modo assoluto la riorganizzazione del partito fascista, non pone alcun limite alla libertà di manifestare il proprio pensiero nemmeno quando ha per oggetto fatti e persone del fascismo»; dall'altro sostiene che, nell'interpretazione della Consulta (fornita dalla sentenza n. 1 del 1957), la XII disposizione «deroga a qualunque 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 XII disp. trans.» (corsivi nostri). Concorde con tale visione P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 470, dove, in riferimento agli artt. 4 e 5 della Legge Scelba, leggiamo: «La legittimità costituzionale di tutte queste previsioni si radica in modo sicuro nella XII disp. trans. la quale infatti appare come tendente espressamente anzitutto a spogliare l'ideologia neofascista della garanzia costituzionale delle libertà, e conseguentemente a permettere (anzi ad imporre) misure preventive e repressive contro ogni attività neofascista sia individuale che associata, anche se si manifesti tramite la diffusione del pensiero: che pertanto risulta non protetta neppure dalla riserva di legge, quindi limitabile da qualsiasi atto dell'autorità (leggi o provvedimenti generali)». Critici sull'estensione della portata della XII disp. trans. alla libertà di manifestazione del pensiero C. ESPOSITO, *Nota senza titolo*, in *Giur. cost.*, 1958, 958 ss.; S. BELLOMIA, *Manifestazioni fasciste e XII disposizione transitoria della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1973, 1673 ss.; M. BON VALSASSINA, *Apologia di fascismo, divieto di riorganizzazione del partito fascista e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Foro it.*, 1957, 952 ss.

⁷ La complessità e delicatezza della materia traspare anche dal disaccordo che regna nella dottrina penalistica sulla natura di tali figure. Secondo l'opinione più diffusa i reati di pericolo si sostanziano nella «messa in pericolo o lesione potenziale del bene giuridico assunto a oggetto di tutela penale ... [essi] vengono tradizionalmente distinti in due

esso prodromica costituirebbe un'ulteriore anticipazione della soglia punitiva, risolvendosi nell'aberrazione giuridica di un reato "di pericolo di pericolo".

b) Il secondo profilo, ancorché meno articolato, è altrettanto interessante: si evoca il riferimento all'art. 3 Cost., nel suo nucleo forte, ossia come divieto di discriminazione, *ratione subiecti*, fra situazioni uguali; *tuttavia tale discriminazione non è assunta staticamente ma attraverso una ricostruzione diacronica che evoca, ad avviso di chi scrive, profili tipici del vizio di anacronismo legislativo*⁸, ibridando in tal modo ragioni di pura eguaglianza (secondo il noto schema triadico) e profili di ragionevolezza (nei quali, solitamente, si inquadra l'anacronismo).

La premessa fattuale è che certamente il Fascismo si sia macchiato di crimini quali la soppressione delle libertà civili e la persecuzione violenta degli avversari politici. Partendo da tale assunto, tuttavia, la difesa individua un profilo discriminatorio nel fatto che l'essenza antidemocratica e antiliberalista del partito fascista sia in realtà comune anche ad altre ideologie (che hanno storicamente prodotto altrettanti regimi totalitari) ma le cui manifestazioni non sono, nel nostro sistema, ugualmente vietate. La ragione di tale asimmetria ordinamentale è ovviamente storica e attiene al clima (di conflitto) politico e di acceso antifascismo dal quale originò la nostra Costituzione; oggi però, ad avviso della difesa, tale conflitto avrebbe perso gran parte della sua originaria forza, rendendo non più giustificata la discriminazione di cui sopra⁹.

categorie: di pericolo concreto o effettivo e di pericolo presunto o astratto. Nei primi il pericolo – in genere concepito come rilevante possibilità di verificazione di un evento temuto – rappresenta un elemento costitutivo della fattispecie incriminatrice, onde spetta al giudice, in base alla circostanze complete del singolo caso, accertarne l'esistenza ... Nei reati di pericolo della seconda categoria invece si presume, in base ad una regola di esperienza, che al compimento di certe azioni si accompagni l'insorgere di un pericolo»: così G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014, 202-203. Tuttavia, a riguardo, autorevole dottrina precisa che deve parlarsi di pericolo presunto e non di pericolo astratto in quanto il pericolo astratto rimanderebbe ad un concetto inammissibile. Questo perché «se il pericolo è probabilità di un evento temuto, non si può concepire una *species* di pericolo in cui questa probabilità manchi. Il pericolo in conseguenza è sempre concreto. Ne deriva che nei casi in cui si ravvisa un pericolo astratto, in realtà non si ha una forma speciale di pericolo, ma una presunzione di pericolo, la quale non ammette prova contraria. La distinzione, quindi, va sostituita con l'altra fra *reati di pericolo concreto* e *reati di pericolo presunto*»: così F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, 266. Questa tassonomia trova un fermo critico in Ferrando Mantovani il quale sostiene che «nell'ambito dei reati di pericolo, insufficiente si è rivelata la tradizionale bipartizione tra reati di pericolo concreto e reati di pericolo astratto (o presunto), fondata sulla previsione legislativa o meno del pericolo come elemento tipico e frutto di confusione tra "astrazione", che è generalizzazione, e "presunzione", che è finzione del pericolo. Ad essa come pure alle tripartizioni o pluripartizioni, viziate da concettualismo o inconcludenti, tra i reati di pericolo, reati senza pericolo (neppure astratto), va sostituita ... la tripartizione tra: 1) *reati di pericolo concreto* ... 2) *reati di pericolo astratto* ... 3) *reati di pericolo presunto*». Sul punto cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*. VII ed., Padova, 2013, 212.

⁸ Come rilevato già da F. LIENA, *Gesti anticostituzionali e anacronismi legislativi: il divieto del c.d. saluto romano*, cit., 8 ss.

⁹ A pag. 21 del ricorso così leggiamo: «Tale criminalizzazione unidirezionale, attualmente, ha il solo effetto di rendere ancora più incomprensibile e ingiustificata la previsione nel sistema di reati di opinione. Invero, se la distinzione poteva essere compresa, ma non giustificata, per motivi meramente contingenti, all'epoca in cui fu redatta e promulgata la Legge Scelba, oggi si impone un ripensamento delle categorie interpretative nel giudizio di costituzionalità della norma censurata».

Come detto, per chi scrive, dal punto di vista teorico-argomentativo, è assai interessante notare come le ragioni dei ricorrenti comportino la fusione di *forme argomentative che, tendenzialmente, gli studiosi mantengono separate*, unendo ragioni di eguaglianza formale con profili di ragionevolezza e anacronismo e immaginando come, una distinzione originariamente giustificata per ragioni storico-politiche, perda nel tempo la sua ragion d'essere divenendo anacronistica e, perciò, discriminatoria, in una sorta di *ineguaglianza sopravvenuta*.

c) L'ultimo punto evoca una violazione dell'art. 117 tramite l'interposizione dell'art. 10 CEDU, il quale, com'è noto, tutela la libertà di espressione. Il ricorrente sottolinea che le deroghe alla garanzia sancita da tale norma, ai sensi della giurisprudenza della Corte EDU, vadano interpretate restrittivamente, in quanto eccezionali rispetto al regime garantistico che contraddistingue (*rectius* dovrebbe contraddistinguere) gli ordinamenti aderenti alla Convenzione.

3 ... e le risposte della Cassazione

Ci siamo così concentrati, finora, sui motivi del ricorso per mettere in evidenza un certo "disallineamento" tra questi e il ragionamento sviluppato dalla Cassazione.

Soprattutto per quanto attiene ai punti *sub b)* e *c)* il supremo giudice di legittimità opera una sorta di "rimaneggiamento", tacendo alcune questioni e fondendone altre in un unico percorso confutatorio.

Prima di affrontare la questione facciamo, però, una minima premessa teorica.

Abbiamo detto che il punto *sub b)* concerne, anche, la prospettazione di un presunto "anacronismo legislativo" (coniugato con un problema di discriminazione). In astratto, nell'ambito del giudizio di legittimità costituzionale, *si può avere anacronismo quando il trascorrere del tempo abbia modificato la situazione di fatto* (e.g. sociale, tecnologica, politica) *o di diritto* nella quale sia sorta una determinata legge; *tale trasformazione può essere tanto significativa* (perché, ad esempio, intimamente connessa alla *ratio legis*¹⁰) *da mutare la relazione tra la Costituzione e la norma stessa*, così che quest'ultima, pur essendo alla "nascita" congruente con il dettato costituzionale, diviene, *ad un certo punto*, con esso incompatibile¹¹. Si può, dunque, affermare che l'anacronismo,

¹⁰ In tal senso il vizio di anacronismo legislativo non è altro che la *metempsicosi*, in chiave costituzionale, dell'antico brocardo "*cessante razione legis cessat et ipsa lex*".

¹¹ La migliore dottrina definisce l'anacronismo legislativo come una situazione di incostituzionalità sopravvenuta, causata dal «venir meno dei presupposti normativi, sociali, economici della valutazione legislativa» (così A. CERRI, *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, 1994, par. 3.4.1). Altra dottrina discorre di una «perdita della *ratio legis* per il fluire delle vicende storiche, che, ove non si risolva in un'acquisizione di una nuova ragion d'essere (c.d. eterogenesi dei fini), dà luogo ad un vizio di invalidità della stessa» (P. CARNEVALE-A. CELOTTO, *Il parametro eventuale. Riflessioni su alcune ipotesi tipiche di integrazione legislativa del parametro nei giudizi di legittimità costituzionale delle leggi*, Torino, 1998, 206). Come abbiamo sostenuto in altra sede (A. LONGO, *I valori costituzionali come categoria dogmatica. Problemi e ipotesi*, Napoli, 2007, 301, in nota), da queste definizioni sembra emergere chiaramente che, nel caso di anacronismo, vi è un momento ricettivo, da parte del livello costituzionale, di un mutamento di senso che promana da altre parti dell'ordinamento o della stessa società. All'anacronismo legislativo, come è noto, è collegata, nel senso di limitarlo, la c.d. eterogenesi dei fini (l'espressione mutuata dal linguaggio filosofico, si deve a W. Wundt): qualora la disposizione, persa la sua *ratio* originaria, ne assuma una differente, compatibile con i principi costituzionali, essa potrà essere ritenuta ancora valida (secondo A. CELOTTO, *L'«abuso» del*

in generale, possa poggiare su due diversi ordini argomentativi: uno di tipo sistematico ed uno di tipo pragmatico¹².

Nel caso di specie, come detto, i ricorrenti hanno avuto modo di ventilare che «il mutato clima politico e istituzionale» avrebbe reso «inattuale» la previsione legislativa dell'art. 5 legge n. 645 del 1952. In sostanza, *il vizio di anacronismo è stato esplicitamente argomentato in forza di una motivazione pragmatica fondata su un mutamento del contesto fattuale.*

Con questo ragionamento nulla avrebbe avuto a che fare la questione di cui al punto sub c) – ossia la violazione dell'art. 117 Cost. tramite interposizione dell'art. 10 CEDU – immaginata, invece, come argomentativamente autonoma e concernente la coerenza tra l'ordinamento italiano e la normativa sovranazionale.

Tuttavia, se pur, nelle intenzioni del ricorrente, i due argomenti erano stati immaginati come autonomi, essi, invece, divengono connessi nel ragionamento della Cassazione: infatti, in tale percorso, la lesione (*rectius* la mancata lesione) dell'art. 117 Cost. viene affrontata come una declinazione (sia pure di tipo sistematico e non pragmatico) del medesimo fenomeno di anacronismo ipotizzato *sub b)*.

Tale ragionamento, come vedremo, è più che comprensibile, considerando che il punto *sub c)* si presenta anch'esso, a rigore, come *una questione di illegittimità sopravvenuta*: infatti, solo dopo la riforma del Titolo V (che ha aperto la strada alle due "sentenze gemelle" della Consulta¹³) si è

decreto legge, Padova, 1997, 82, eterogenesi dei fini «si ha quando, venuta meno la finalità originaria, venga sostituita da altra finalità rispetto alla quale siano ancora ragionevoli le classificazioni effettuate») Sul tema v. anche A. CERRI, *Eterogenesi dei fini, anacronismo legislativo, limiti del giudicato costituzionale. Riflessioni a proposito della caduta del vincolo alberghiero*, in *Le Regioni*, 1981, 731 ss. Per una ricostruzione dell'uso di tale espressione nel linguaggio filosofico, v. N. ABBAGNANO, *Eterogenesi dei fini* in ID., *Dizionario di filosofia*, III edizione (aggiornata e ampliata da G. Fornero), Torino, 1998.

¹² Cfr. su tali due argomenti, nell'ambito però di una più ampia teoria dell'interpretazione, A. ROSS, *On Law and Justice*, London, 1958, trad. it. a cura di Giacomo Gavazzi, Torino, 1965, *passim*, ma spec. 143 ss..

¹³ Cfr. Corte cost., sentt. n. 347 e 348 del 2007, su cui v., senza pretesa di completezza: M. CARTABIA, *Le sentenze "gemelle": diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, 3564 ss.; R. DICKMANN, *Corte costituzionale e diritto internazionale nel sindacato delle leggi per contrasto con l'articolo 117, primo comma, della Costituzione*, in *Federalismi.it*; F. DONATI, *La CEDU nel sistema italiano delle fonti del diritto alla luce delle sentenze della Corte costituzionale del 24 ottobre 2007*, in *Osservatorio sulle fonti*; A. GUAZZAROTTI, *La Corte e la CEDU: il problematico confronto di standard di tutela alla luce dell'art. 117, comma 1, Cost.*, in *Giur. cost.*, 2007, 3574 ss.; T. F. GIUPPONI, *Corte costituzionale, obblighi internazionali e "controlimiti allargati": che tutto cambi perché tutto rimanga uguale?*, in *Forum dei Quaderni Costituzionali*; C. NAPOLI, *La nuova collocazione della CEDU nel sistema delle fonti e le conseguenti prospettive di dialogo tra le Corti*, in *Forum dei Quaderni Costituzionali*; S. PENASA, *Tanto rumore per nulla o meglio tardi che mai? Ancora sulle sentenze 348-349/2007 della Corte costituzionale, tra dubbi ermeneutici e possibili applicazioni future*, in *Forum dei Quaderni Costituzionali*; N. PIGNATELLI, *La dilatazione della tecnica della "interposizione" (e del giudizio costituzionale)*, in *Forum dei Quaderni Costituzionali*; G. PILI, *Il nuovo "smalto costituzionale" della CEDU agli occhi della Consulta (sentt. nn. 348 e 349 del 2007)*, in *Forum dei Quaderni Costituzionali*; C. PINELLI, *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa confliggenti*, in *Giur. cost.*, 2007, 3518 ss.; A. RUGGERI, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità (sentt. nn. 348/2007 e 349/2007)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*; V. SCARABBA, *Nuovi punti fermi (e questioni aperte) nei rapporti tra fonti e corti nazionali ed internazionali*, in *Giur. cost.*, 2007, 3579 ss.; D. TEGA, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la Cedu da fonte ordinaria a fonte "sub-costituzionale" del diritto*, in *Forum dei Quaderni Costituzionali*; C. ZANGHÌ, *La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell'uomo ed interpreta l'art. 117 della Costituzione: le sentenze n. 347 e 348 del 2007*, in *Consulta OnLine*.

affermata definitivamente la natura di norma interposta della disciplina CEDU. Sarebbe impossibile negare che precedentemente, nell'originario contesto giuridico nel quale era nata la legge n. 645 del 1952, tale parametro non avrebbe potuto essere invocato; pertanto, non ci pare assurdo sostenere che *la supposta obsolescenza della norma in questione possa essere ricondotta anche ad un mutamento sistematico, oltre che ad un mutamento nel contesto fattuale.*

Come detto, ciò che ha spinto chi scrive ad una simile riflessione non è soltanto un esercizio di fantasia teoretica, quanto, piuttosto, la lettura *della confutazione del tema dell'anacronismo per come viene argomentata dalla Cassazione.* Sul punto, infatti, il ragionamento del supremo giudice di legittimità sembra *percorrere due sentieri intimamente connessi* (tanto che per essere distinti necessitano di un vero e proprio sforzo diairetico¹⁴): *quello dell'argomento pragmatico e quello dell'argomento sistematico.* Dunque, *se anche il ricorrente aveva immaginato le due questioni (ex art. 3 ed ex art. 117 Cost.) come distinte, il ragionamento della Cassazione svela, invece, la loro fortissima prossimità.*

Vediamo perché, richiamando testualmente le parole della corte di legittimità: «In premessa, *va affermato che nulla autorizza a ritenere (come sostenuto dal ricorrente) che il decorso di ormai molti anni dall'entrata in vigore della Costituzione renda scarsamente attuale il rischio di ricostituzione di organismi politico-ideologici aventi comune patrimonio ideale con il disciolto partito fascista o altre formazioni politiche analoghe. L'esigenza di tutela delle istituzioni democratiche non risulta, infatti, erosa dal decorso del tempo e frequenti risultano gli episodi ove sono riconoscibili rigurgiti di intolleranza ai valori dialettici della democrazia e al rispetto dei diritti delle minoranze etniche o religiose*»¹⁵. Come vediamo, qui la Cassazione fa riferimento *al profilo pragmatico dell'anacronismo legislativo*, da un lato, sottolineando la naturale perduranza della necessità di salvaguardare le istituzioni democratiche; dall'altro, richiamando la constatazione che esistono ancora sacche di intolleranza all'interno delle società democratiche.

Il *profilo fattuale* dell'anacronismo è, dunque, confutato secondo un duplice ordine di ragioni: il primo *assiologico*, il secondo *teleologico*.

Dal primo punto di vista il ragionamento poggia sull'idea dell'*atemporalità dei valori fondamentali* espressi dalla Costituzione¹⁶: si fa, infatti, riferimento all'assoluto pregio assiologico che le istanze democratiche possiedono nel nostro sistema; e, proprio per il loro valore sistemico, tali istanze non possono essere poste in discussione dal passare del tempo. Dal secondo punto di vista, si afferma *l'attualità del pericolo dell'intolleranza*, evocando, come prova, i dati emergenti dall'osservazione empirica della realtà (indicazione questa che, ad essere rigorosi, pare più un richiamo ad un "fatto notorio" visto che non si fa alcun riferimento circostanziato a quali siano, o siano stati, gli episodi di intolleranza ai quali si riferisce la Corte).

¹⁴ La diairesi è quella parte della dialettica platonica rivolta alla distinzione dei concetti. Per l'utilizzo di tale metodo si veda PLATONE, *Sofista*, specialmente a partire da IV 219 b.

¹⁵ Punto 1.2 del *Considerato in diritto*, corsivi nostri.

¹⁶ Sulla ricostruzione dei valori come elemento ideale che si oppone al fluire della realtà materiale, sia consentito rinviare ad A. LONGO, *I valori costituzionali*, cit., 274 ss.

Concedendomi una *piccola digressione teorica*, devo dire di trovar molto interessante questo doppio piano tenuto presente dalla Cassazione e da tempo messo in rilievo da autorevole dottrina costituzionalista¹⁷: il piano dei valori costituzionali e quello degli scopi legislativi. È ugualmente interessante notare come i due piani reagiscano al problema del tempo (e, dunque, dell'anacronismo) secondo percorsi di senso diametralmente opposti: da un lato, *l'elemento di senso che caratterizza il piano costituzionale-assiologico è l'atemporalità* (declinazione dell'aspirazione della Costituzione a "durare nel tempo"¹⁸); dall'altro lato, l'elemento significativo che connota *il piano teleologico-normativo* è, invece, *l'attualità*, vale a dire la concreta capacità di una norma di rispondere ad esigenze che emergono dalla società.

Tornando alla motivazione della sentenza, vediamo come dopo il precedente passaggio – e senza alcuna soluzione di continuità – il supremo giudice di legittimità aggiunga: «Tale esigenza, avvertita anche in sede sovranazionale, ha dato luogo nel 1993 alla emanazione del d.l. n. 122 del 26.4.'93 (convertito in legge n. 205 del 25.6.'93) proprio sul tema della più efficace repressione di condotte istigatrici o realizzatrici di atti di discriminazione razziale, con attualizzazione della legge n. 654 del 1975 di ratifica ed esecuzione della Convenzione Internazionale sulla eliminazione di

¹⁷ Si fa riferimento, ovviamente, ai lavori di C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, 1984, spec. 115 ss. e A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, i quali muovono dalla distinzione weberiana tra *Wertrationalität* e *Zweckrationalität*. Per una più diffusa analisi, sia consentito ancora rinviare ad A. LONGO, *I valori costituzionali*, cit., 116 ss.

¹⁸ Sull'aspirazione della Costituzione a durare nel tempo, v., almeno, M. LUCIANI, *Interpretazione costituzionale e testo della Costituzione. Osservazioni liminari*, in G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, 2007, 48: «La Costituzione ha questo, di specificamente peculiare: essa contiene regole che aspirano a quella che potremmo chiamare *l'eternità ordinamentale*. Anche la legge, certo, è pensata per durare, ma solo la Costituzione ambisce a prescrivere le regole del gioco di un ordinamento che vivrà come tale proprio solo fino a che quelle regole, dettate da quella Costituzione, dureranno»; l'A. è ritornato sul tema nel saggio *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in C. BRUNELLI - C. CAZZETTA (a cura di), *Dalla Costituzione "inattuata" alla Costituzione "inattuale". Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana*, Milano, 2013, 31 ss.; C. PINELLI, *Il dibattito sull'interpretazione costituzionale fra teoria e giurisprudenza*, in AA. VV., *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Napoli, 2004, vol. III, 1681: «ogni costituzione porta con sé una superba pretesa di durare, che la differenzia da ogni altra disposizione del potere statale»; A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, V edizione, Milano, 2008, 122, secondo cui la Legge fondamentale è «un testo destinato a durare per "tempi storici" e non per "tempi politici"»; G. ZAGREBELSKY, *Discorso in occasione dei cinquant'anni di attività della Corte Costituzionale*, in www.cortecostituzionale.it, 2006, par. 5: «La propensione al futuro è l'essenza della costituzione»; T. MARTINES, *Prime osservazioni sul tempo nel diritto costituzionale*, già in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, Milano, 1978, vol. III e ora in *Opere*. Tomo I: *Teoria generale*, Milano 2000, 482 s.: «ogni costituzione nasce ed è posta per durare nel tempo, vale a dire che la sua durata non può avere limiti prefissati. Una costituzione che, in ipotesi, prevedesse un limite temporale alla sua vigenza rappresenterebbe una contraddizione logica ancor prima che giuridica. Ciò è tanto vero che, allorché le particolari ed eccezionali circostanze nelle quali la costituzione è sorta sono valse ad attribuirle carattere provvisorio, si è preferito designarla con un *nomen iuris* diverso, proprio per sottolineare che non si trattava di una costituzione "*im vollen Sinne des Wortes*". Il chiaro A. richiama, a titolo esemplificativo, la vicenda del GG, approvata in un periodo in cui la Germania non aveva ancora riacquisito la piena sovranità e senza la partecipazione dell'intero popolo tedesco e però precisa che «con questo non si vuole certamente affermare che le costituzioni siano o debbano essere eterne, per cui eventuali definizioni del genere, se contenute nel testo della stessa costituzione, vanno interpretate in senso relativo; ma soltanto che, rispetto, alle altre leggi, la costituzione tende a maggiore intangibilità e durevolezza e deve, per sua destinazione naturale, durare quanto più a lungo è possibile, mentre corrisponde alla sua naturale funzione l'esigenza della sua permanenza e durata nel tempo». Di recente, anche L. CUOCOLO, *Tempo e potere nel diritto costituzionale*, Milano 2009, 106, afferma che «è innegabile che le Costituzioni siano fortemente attratte dal futuro».

tutte le forme di discriminazione razziale, sottoscritta a New York il 7 marzo 1966. In tale articolato normativo, oltre a incriminare la diffusione di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico ed a punire gli atti di discriminazione razziale (anche con specifica previsione di circostanza aggravante applicabile a qualsiasi reato punibile con pena diversa dall'ergastolo) il legislatore ha riproposto l'incriminazione delle "manifestazioni esteriori" tenute in pubbliche riunioni e riconducibili alle organizzazioni o ai gruppi aventi tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi (art. 2 della legge n. 205 del '93) *il che – ancora una volta – rappresenta conferma del fatto che detti "gesti simbolici" sono ritenuti, dalla generalità dei consociati, idonei a favorire il proselitismo e risultano dunque dotati di obiettiva pericolosità per il mantenimento dei valori della democrazia e dell'uguaglianza tra le persone*¹⁹.

Trovo questo passaggio della motivazione particolarmente significativa: la Cassazione qui comincia a contaminare le argomentazioni per confutare la lesione dell'art. 3 Cost. con quelle atte a negare la lesione dell'art. 117 Cost., affermando che la modifica del sistema normativo sovranazionale (quindi un elemento sistematico) sia una dimostrazione dell'attuale contenuto della coscienza sociale (ossia del profilo pragmatico). *In tal modo i due motivi di incostituzionalità ipotizzati distintamente dal ricorrente cominciano a saldarsi, divenendo due declinazioni di un unico discorso che ruota intorno ai due aspetti (sistematico e pragmatico) dell'anacronismo legislativo.*

4. Alcune critiche

Ciò detto, questo ragionamento non può salvarsi da almeno un paio di censure.

In primo luogo, non si può negare che la Cassazione sia posseduta da un certo ottimismo rousseauiano (e addirittura cada in un salto logico) affermando che dal contenuto di una previsione legislativa (nella specie l'art. 2 della legge 205 del 1993) possa dedursi con certezza apodittica il comune sentire «della generalità dei consociati». Che dallo stato del diritto si possa immaginare lo stato del fatto appare a chi scrive alquanto discutibile; scherzosamente, quanto impropriamente, si potrebbe parlare di una inversione, ugualmente scorretta, della fallacia naturalistica che vorrebbe derivare il dover essere dall'essere²⁰. Sarebbe stato più conseguente logicamente e più efficace

¹⁹ Punto 1.2 del *Considerato in diritto*, corsivi nostri. La Cassazione continua il passaggio con il medesimo tenore aggiungendo: «In tal senso, non è privo di significato che anche la recente Carta di Nizza (Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, del 7 dicembre 2000) abbia riaffermato agli articoli 21 e 22, con particolare forza, il divieto di discriminazione e il rispetto della diversità culturale, religiosa e linguistica tra i valori fondanti delle tradizioni costituzionali dell'Unione. Da ciò deriva che le limitazioni, previste anche dall'art. 10 comma 2 della Convenzione Europea, alla libertà di espressione ben possono trovare fondamento nella necessità di assicurare la diffusione di ideali contrari a detti valori fondanti, nella loro dimensione storica ed effettuale».

²⁰ Com'è noto la fallacia naturalistica è quel vizio del ragionamento (e dell'argomentazione) che, trascurando la "grande divisione" tra essere e dover essere, vuol far derivare l'idea di bene da una qualità naturale, come l'utile o il piacevole. L'espressione si trova per la prima volta in G. E. MOORE, *Principia Ethica*, Cambridge University Press, 1993 (ed. or. 1903). Nella riflessione italiana si rinvia per tutti a G. CARCATERA, *La fallacia naturalistica*, Milano, 1969.

retoricamente se la Cassazione *avesse tenuto distinto il piano del sistema giuridico da quello dell'ambiente sociale* (per dirla à la Luhmann), confutando il presunto modificarsi della coscienza sociale con argomentazioni di tipo maggiormente pragmatico (e.g. un più puntuale riferimento a quei fatti di cronaca appena vagheggiati).

In secondo luogo, la Cassazione ignora completamente il profilo della lesione dell'eguaglianza formale ipotizzato dal ricorrente: profilo che si risolve, come detto, nella asimmetria di trattamento tra manifestazioni inerenti al Fascismo e manifestazioni tipiche di altre ideologie che hanno avuto esiti ugualmente totalitari. Ovviamente la premessa di tale ragionamento era proprio l'elemento dell'anacronismo e, in teoria, si potrebbe sostenere che la confutazione di quest'ultimo dovrebbe assorbire la confutazione dell'argomento sull'eguaglianza. Tuttavia la Cassazione non fa alcun riferimento al profilo dell'uguaglianza, cosa che, in definitiva, non risponde pienamente alla questione proposta dalla difesa, la quale non afferma *tout court* la desuetudine del pericolo di ricostituzione del partito fascista, quanto la desuetudine della necessità di sanzionare alcune manifestazioni (che ineriscano ad uno spirito totalitario) e non altre.

Tuttavia, dobbiamo aggiungere che, anche ragionando in termini puramente sistematici, difficilmente può ipotizzarsi che le norme di cui alla l. n. 645 del 1952, sotto qualunque profilo, siano suscettibili di anacronismo legislativo; e questo proprio a causa della copertura costituzionale di cui la legge gode grazie alla XII disposizione: *l'anacronismo è, infatti, un vizio della norma oggetto e pare difficile affermare la desuetudine della legge Scelba senza ipotizzare che tale desuetudine possa estendersi alla XII disposizione. Tale ipotesi è, però, giuridicamente impossibile, dal momento che una norma costituzionale non può essere oggetto di anacronismo*, sia per motivi sostanziali (non può mai essere invalida), sia per motivi processuali (non può essere impugnata dinanzi alla Consulta)²¹.

È indiscutibile che la XII disposizione cristallizzi un'asimmetria nel nostro ordinamento²² e che tale asimmetria ridondi rispetto al trattamento di diverse manifestazioni simboliche sostanzialmente assimilabili (in quanto inerenti a regimi egualmente illiberali); tuttavia, tale

²¹ Si intende far riferimento, nel testo, alle norme costituzionali approvate dall'Assemblea Costituente con la votazione finale del 22 dicembre 1947 e, a seguito della promulgazione del Capo provvisorio dello Stato, entrate in vigore il 1 gennaio 1948: non può esservi dubbio, infatti, dopo la sent. n. 1146/1988 della Corte costituzionale, che le norme inserite mediante il procedimento di revisione costituzionale possano essere invalide e siano assoggettabili al giudizio della Consulta.

²² Tale asimmetria fu addirittura *voluta* dai costituenti: basti por mente al dibattito intervenuto tra gli onorevoli Togliatti, La Pira e Dossetti, per giungere all'attuale formulazione della disposizione; formulazione che aveva come obbiettivo quello di circoscrivere il più possibile l'ambito della norma al solo partito fascista, rendendone impossibile l'estensione anche a formazioni politiche diverse che pur potevano essere ricondotte ad ideologie anti-sistema (e.g. quella leninista). Sul punto cfr. G. D'ELIA, *Disp. XII*, in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Vol. III, Torino, 2006, 2786 ss.. La miglior dottrina ha insistito sulla inscindibile relazione tra l'antifascismo e la nascita della Costituzione repubblicana, sottolineando, tra l'altro, come la legittimazione delle forze politiche presenti in Assemblea costituente derivasse più dalla comune storia di resistenza al nazifascismo che non dal risultato del referendum istituzionale del 2 giugno 1946; in tal senso M. LUCIANI, *Antifascismo e nascita della Costituzione*, in *Politica del diritto*, 1991, 183.

asimmetria, pur avendo ragioni storiche²³, è positivamente cristallizzata in Costituzione e pertanto inassoggettabile alle logiche dell'anacronismo²⁴. Di conseguenza, la stessa categoria dell'anacronismo sembra, anche astrattamente, inconciliabile con la legge Scelba proprio per la sua natura di legge costituzionalmente necessaria.

È chiaro che queste affermazioni rimangono vere fintanto che non si concordi con il ragionamento della difesa riportato *sub a*), ossia con l'idea della esorbitanza dell'art. 5 della legge Scelba rispetto alla XII disposizione e, dunque, della sua indebita lesività dell'art. 21 Cost..

Sul punto la Cassazione è molto netta, negando la tesi del ricorrente e appoggiando la propria posizione sul consolidato orientamento della Corte costituzionale²⁵; seguendo tale linea le argomentazioni del giudice di legittimità possono essere così riassunte: dopo aver affermato che nel nostro ordinamento la libera manifestazione del pensiero incontra il limite di altri interessi costituzionalmente protetti (tra i quali ovviamente ricade l'ordinamento democratico)²⁶, la Cassazione richiama la giurisprudenza della Consulta dove si ipostatizza l'interpretazione costituzionalmente conforme della norma in oggetto. Tale interpretazione, sostanzialmente, si declina in *due direttrici che rispondono ad altrettanti corni del dilemma*: in primo luogo il dubbio sul ricadere o meno dell'art. 5 (e anche del 4) all'interno della copertura costituzionale garantita dalla XII disposizione; in secondo luogo la conciliabilità con l'art. 21 Cost. di norme che sanzionino "reati di opinione", ossia condotte non materialmente lesive quali espressioni verbali o simboliche.

Per quanto riguarda il primo profilo, la Corte costituzionale ha da tempo affermato la strumentalità delle fattispecie di cui agli artt. 4 e 5 della Legge Scelba, rispetto agli art. 1 e 2, in tal modo estendendo la copertura costituzionale dei secondi ai primi: in particolare nella sentenza n. 74 del 1958 (più volte richiamata nella decisione che qui in commento) si afferma: «riconosciuta, in quel particolare momento storico, la necessità di impedire, nell'interesse del regime democratico che si andava ricostruendo, che si riorganizzasse in qualsiasi forma il partito fascista, era evidente che la tutela di una siffatta esigenza non potesse limitarsi a considerare soltanto gli atti finali e conclusivi della riorganizzazione, del tutto avulsi da ogni loro antecedente causale, ma *dovesse*

²³ In una prospettiva diversa, sul complesso tema dei rapporti tra democrazie e precedenti esperienze dittatoriali e totalitarie e, in particolare, sulle differenti scelte operate in quattro esperienze storiche (Germania, Italia, Ungheria, Sudafrica) per giungere alla riconciliazione, v. C. PINELLI, *Il trattamento giuridico di atti atroci commessi in regime totalitario. Una prospettiva comparatistica*, in *Poteri, garanzie e diritti a sessanta anni dalla Costituzione. Scritti per Giovanni Grottanelli De' Santi*, vol. II, Milano, 2007, 1211 ss. e ora in C. PINELLI, *Nel lungo andare. Una costituzione alla prova dell'esperienza*, Napoli, 2012, 11 ss.

²⁴ E questo anche considerando che la XII disposizione ha natura di norma finale e non transitoria, come ha avuto modo di chiarire definitivamente la Consulta nell'ordinanza n. 323 del 1988.

²⁵ «In particolare, nelle decisioni n. 1 del 1957 (sul tema della apologia del fascismo), n. 74 del 1958 (qui sul tema delle manifestazioni usuali) e n. 15 del 1973 la Corte delle leggi ha ben chiarito – rigettando le questioni allora proposte – la *ratio* delle incriminazioni contenute nella legge del 1952 e ne ha fissato i limiti interpretativi».

²⁶ «Va escluso, infatti, che la libertà di manifestazione del pensiero possa andare esente da limitazioni lì dove la condotta tenuta risulti violatrice di altri interessi costituzionalmente protetti (si veda quanto affermato dalla stessa Corte nella sentenza n. 65 del 1970 in tema di apologia punibile e di tutela dell'ordine e sicurezza pubblica) e tra questi rientrano le esigenze di tutela dell'ordine democratico cui è preposta la XII disposizione transitoria in tema di divieto di ricostituzione del partito fascista».

necessariamente riferirsi ad ogni comportamento che, pur non rivestendo i caratteri di un vero e proprio atto di riorganizzazione, fosse tuttavia tale da contenere in sé sufficiente idoneità a produrre gli atti stessi. Non è infatti concepibile che, mirando al fine di impedire la riorganizzazione, il legislatore costituente intendesse consentire atti che costituissero un apprezzabile pericolo del riprodursi di tale evento»²⁷. In tale ricostruzione, l'attinenza del reato di manifestazioni fasciste con la XII disposizione è garantita da un nesso di strumentalità che lega il fine (la ricostituzione del partito fascista), con i mezzi (l'apologia o le manifestazioni fasciste).

Per ciò che attiene al secondo punto, il problema è ovviamente quello della mancanza di una condotta materialmente lesiva che si traduce in un'ingiustificata compressione della libertà di manifestazione del pensiero: se, infatti, l'assunto fondamentale del nostro sistema è che la suddetta libertà può incontrare limiti solo nel confronto con altri diritti, come giustificare una sanzione che prescinde dalla lesione materiale di un bene giuridico? La Consulta, sostanzialmente ricalcando i principi tipici dei reati di istigazione, ha stabilito che non tutte le espressioni che si riferiscano al Fascismo in termini semplicemente elogiativi o apologetici possono integrare la condotta descritta dall'art. 5, ma solo quelle idonee a suscitare uno stato d'animo adesivo tale da indurre un comportamento funzionalmente volto alla ricostituzione del partito fascista. In tal modo viene recuperato il principio di materialità del reato, "immaginando" che *alcune espressioni possano in sé divenire equivalenti all'azione poiché sono in grado di suscitare tale azione* (una forma giuridica che viene definita come «istigazione indiretta»).

Questo ragionamento suscita l'ulteriore problema di stabilire *quando l'espressione sia concretamente idonea* a suscitare l'azione. La Corte costituzionale, valorizzando il testo della disposizione, ha risposto ponendo a discrimine un *fattore oggettivo*, vale a dire il *contesto* nel quale tali manifestazioni sono espresse: «il fatto deve trovare nel momento e nell'ambiente in cui è compiuto circostanze tali da renderlo idoneo a provocare adesioni e consensi ed a concorrere alla diffusione di concezioni favorevoli alla ricostituzione di organizzazioni fasciste»²⁸. Tale principio viene ripreso dalla Cassazione nel caso di specie: «Dunque non è la manifestazione esteriore in quanto tale ad essere oggetto di incriminazione, bensì il suo venire in essere in condizioni di "pubblicità" tali da rappresentare un concreto tentativo di raccogliere adesioni ad un progetto di ricostituzione, il che esclude ogni contrasto con gli invocati parametri costituzionali, alla luce di quanto detto in precedenza».

5. Dubbi, contraddizioni, ipotesi

In definitiva, la decisione della Corte appare indiscutibilmente corretta, considerando lo stato del sistema giuridico (la legislazione interna e sovranazionale, il dettato costituzionale, la giurisprudenza della Consulta); tuttavia sia permessa una notazione personale.

Con un certo sforzo diairetico, abbiamo suddiviso l'argomentazione della Cassazione in frazioni e sottofrazioni, ma in realtà i vari argomenti appaiono legati con consequenzialità quasi

²⁷ Corte cost., sent. n. 74 del 1958.

²⁸ Corte cost., sent. n. 74 del 1958.

sillogistica: la lesione dell'art. 21 e lo stesso problema dell'anacronismo sono intimamente connessi alla riconducibilità della norma legislativa sotto l'egida della XII disposizione trans. e fin.; questi problemi sistematici ricadono a loro volta, come in un collo di bottiglia, nel problema pratico della concreta *idoneità delle manifestazioni a suscitare stati d'animo e azioni*. *La valutazione di questo elemento pragmatico diviene il nodo di tutta la questione*: ora dobbiamo chiederci se tale valutazione debba essere, come nello stato attuale, lasciata nella discrezionalità del singolo giudice, oppure sia giunto il momento per una rimediazione più ampia che abbia natura politica.

Per quanto mi riguarda, nell'approfondire questa decisione, mi è capitato di interrogarmi sulla intrinseca giustizia (o sull'intrinseca iniquità) della previsione di cui all'art. 5 della legge n. 645 del 1952 e, onestamente, l'idea che si possa essere sottoposti ad una sanzione detentiva per aver commesso un gesto, un qualunque gesto (che non ha ferito nessuno, che non ha danneggiato nessuno, che non ha privato nessuno di qualcosa) repelle alla mia coscienza. Questo, però, è il dilemma comune a tutti i reati di pericolo, drammatica eccezione a quel principio di civiltà che presiede la generalità del sistema penale: la necessaria offensività della condotta. Questo diallelo nel caso di specie può essere superato, davvero, solo interrogandosi *sull'attualità del pericolo* (il *clear and present danger*²⁹) rappresentato dalle recrudescenze di intolleranza, all'interno della nostra società. E sul punto, nonostante i salti logici nel suo ragionamento, mi trovo concorde con quanto affermato dalla Cassazione: la verità, difficilmente contestabile, è che viviamo ancora in un mondo pieno di intolleranza; intolleranza aumentata dalla povertà, dalle diversità culturali, da una globalizzazione troppo brutale, dalla paura della diversità che abbiamo costantemente sotto gli

²⁹ Il *Clear and present danger test* è una tecnica di giudizio elaborata nella giurisprudenza statunitense per vagliare la legittimità di un intervento legislativo volto a limitare la libertà di espressione, protetta dal Primo emendamento e chiave di volta dell'intero sistema delle libertà costituzionali. È onere del potere pubblico dimostrare la sussistenza di un pericolo "chiaro e attuale" che giustifichi la limitazione di tale diritto. *Clear and present danger*, come è noto, è un'espressione utilizzata, per la prima volta, dal Justice Oliver Wendell Holmes, redattore della decisione, resa all'unanimità, della Corte Suprema Federale Usa nel caso *Schenk v. United States*, 249 U.S. 47 (1919). Si trattava del caso di un dirigente del partito socialista di Philadelphia, che aveva organizzato la stampa e l'invio di migliaia di volantini in cui si invitavano i cittadini a ribellarsi alla coscrizione obbligatoria: egli era stato dunque condannato sulla base dello Espionage Act del 1917. Scrisse Holmes, a nome della Corte che ritenne valida la legge in questione: «The question in every case is whether the words used are used in such circumstances and are of such a nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that Congress has a right to prevent. It is a question of proximity and degree». Il passaggio più noto, sino a divenire proverbiale, è quello in cui si afferma che «The most stringent protection of free speech would not protect a man falsely shouting fire in a theater and causing a panic». Come ricorda M. A. INMAN, *Constitutional Law-Clear and present danger test applied to overbroad unlawful assembly Statute. Owens v. commonwealth*, 211 Va. 633, 179 S.E. 2d 477, in *William and Mary Law Review*, 1971, vol. XIII, 236, nella di poco successiva pronuncia *Abrams v. United States*, lo stesso Giudice Holmes, questa volta in una *dissenting opinion*, insistette sul fatto che «It is only the present danger of immediate evil or an intent to bring it about that warrants Congress in setting a limit to the expression of opinion where private rights [of other individuals] are not concerned». Per un tentativo di chiarire il significato dell'espressione alla luce della prima giurisprudenza della Corte Suprema Federale americana sul tema, v. C. J. ANTIEAU, *Clear and present danger-its meaning and significance*, in *Notre Dam Lawyer*, XXV, 1950, 603 ss. Per una più recente ricostruzione e per una dura critica al CPDT, ritenuto incompatibile con una moderna nozione di responsabilità morale, v. D. R. DOW-R. S. SHIELDS, *Rethinking the clear and present danger test*, in *Indiana Law Journal*, 1998, 1218 ss. Per alcune riflessioni sui complessi problemi, anche filosofico-politici, dei limiti alla libertà di pensiero, v. A. BEVERE-A. CERRI, *Il diritto di informazione e i diritti della persona*, II ed., Milano, 2006, 13 ss.

occhi. In un simile mondo, una previsione come quella della "legge Scelba" è un argine forse, ancora, dolorosamente, necessario. Ma ammetto di non essere certo di questo assunto, quantomeno allo stato attuale della mia riflessione.

Una verità mi pare incontestabile: nell'erigere difese contro gli intolleranti, contaminiamo il nostro sistema (liberale, democratico, pluralista) con porzioni di intolleranza; contaminiamo noi stessi con l'essenza di ciò che aborriamo. L'evidenza di questo limite è naturalmente coesistente alla stessa idea di tolleranza pura (che deve cedere di fronte agli intolleranti); tuttavia, l'esecrabilità di questo peccato contro gli stessi ideali che la Costituzione difende va tenuta presente e sottoposta a continuo vaglio, a continua discussione politica, se vogliamo evitare di trasformarci nei mostri che combattiamo.

Per questo, pur con le perplessità che ho evidenziato, non voglio sottrarmi al dibattito, rinunciando ad esprimere un'opinione: la questione che qui si discute ha a che fare con il problema dei simboli e del valore che essi possono assumere rispetto alla trasmissione delle idee e soprattutto alla capacità di suscitare azioni. Credo che la questione, per essere assunta nel suo senso profondo, debba essere affrontata su questo piano. I simboli sono essenziali per la costruzione di un gruppo sociale; essi contribuiscono a creare i due poli significativi di ogni comunità: identità e differenza; intorno ai simboli si coagulano la coscienza di una nazione, lo spirito di un popolo, il senso di un ordinamento³⁰. Alcuni simboli sono implementati coscientemente e direttamente, come un «saluto romano»; altri prendono vita indirettamente, quali effetti riflessi di altre azioni: e qui penso alla risposta punitiva di uno Stato, al valore simbolico della repressione e delle forme di tale repressione. Questo punto è fondamentale: tutta la questione si basa sulla possibilità che un simbolo possa divenire un mezzo idoneo per suscitare un'azione, ma la verità è che, inevitabilmente, anche le azioni divengono simboli. Di qui la domanda: è giusto punire un gesto che simbolicamente rappresenti valori anti-democratici? Credo di sì. Credo che una risposta dello Stato debba manifestare il disvalore che l'ordinamento attribuisce ad idee come l'intolleranza, il razzismo, la violenza. Ma qual è il valore simbolico di una risposta repressiva come la carcerazione? Non è forse l'atto di un sistema che, attuando una risposta brutale, brutalizza se stesso, la propria identità, i propri valori? E quali sono le conseguenze di una simile azione che rivolge non solo contro un isolato comportamento deviante, ma contro *una controcultura* che, attraversa, come un fiume carsico, l'intera storia della Repubblica? Non sarebbe forse aumentare il senso di marginalizzazione e, per questo aumentare la coesione di questi gruppi antagonisti?

In realtà, la risposta a tali domande deve, a sua volta, essere posta in termini interrogativi: sarebbe giusto eliminare la pena detentiva? Non sarebbe anche questo un gesto simbolico che indurrebbe l'idea di un diminuito disvalore che oramai (a causa del trascorrere del tempo) può essere attribuito a simili gesti?

³⁰ Su tale complessa questione, di natura prevalentemente sociologica ma estremamente rilevante per il giurista, si rinvia, sinteticamente, al recente lavoro di G. ZAGREBELSKY, *Simboli al potere. Politica, fiducia, speranza*, Torino, Einaudi, 2014.

Come detto, ritengo che la questione dovrebbe essere oggetto di riflessione politica e mi permetto di fare una proposta *de iure condendo*: introdurre, in riferimento alle ipotesi di cui agli articoli 4 e 5 della "legge Scelba", la possibilità (similmente a quanto previsto nel caso della guida in stato di ebbrezza³¹) che il reato venga estinto grazie alla scelta di aderire a lavori di pubblica utilità. Credo che così lo Stato potrebbe, con l'accordo del reo, sgombrare il campo da ogni forma di violenza, persino quella che è costretto ad attuare esso stesso; così si potrebbe marcare, simbolicamente, la differenza tra tolleranza ed intolleranza, tra l'aspirazione ad una società chiusa e la fede in una società aperta: «Perché quando dolcezza e crudeltà trovano a disputarsi un regno, non può che trionfare il giocatore più mite».

³¹ L'art. 186 comma 9-bis del Codice della Strada (come modificato dalla legge n. 120/2010) prevede che la pena detentiva o pecuniaria possa essere sostituita, anche con il decreto penale di condanna, se non vi è opposizione da parte dell'imputato, con quella del lavoro di pubblica utilità, consistente nella prestazione di un'attività non retribuita a favore della collettività da svolgere, in via prioritaria, nel campo della sicurezza e dell'educazione stradale presso lo Stato, le Regioni, le Province, i Comuni o presso enti o organizzazioni di assistenza sociale e di volontariato, o presso i centri specializzati di lotta alle dipendenze. Questo impegno ha una durata corrispondente a quella della sanzione detentiva irrogata e della conversione della pena pecuniaria raggugiando 250 euro ad un giorno di lavoro di pubblica utilità. In caso di svolgimento positivo di tale obbligo, il giudice fissa una nuova udienza e dichiara estinto il reato, dispone la riduzione alla metà della sanzione della sospensione della patente e revoca la confisca del veicolo sequestrato.