

CJN

Diritto Penale Contemporaneo

RIVISTA TRIMESTRALE

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE



4/2023

EDITOR-IN-CHIEF

Gian Luigi Gatta

EDITORIAL BOARD

Italy: Antonio Gullo, Guglielmo Leo, Luca Luparia, Francesco Mucciarelli, Francesco Viganò

Spain: Jaime Alonso-Cuevillas, Sergi Cardenal Montraveta, David Carpio Briz,

Joan Queralt Jiménez

Chile: Jaime Couso Salas, Mauricio Duce Julio, Héctor Hernández Basualto,

Fernando Londoño Martínez

MANAGING EDITORS

Carlo Bray, Silvia Bernardi

EDITORIAL STAFF

Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Emanuele Birritteri, Javier Escobar Veas,

Stefano Finocchiaro, Alessandra Galluccio, Elisabetta Pietrocarlo, Rossella Sabia,

Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali

EDITORIAL ADVISORY BOARD

Rafael Alcacer Guirao, Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Coral Arangüena Fanego, Lorena Bachmaier Winter, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, Carolina Bolea Bardón, Manfredi Bontempelli, Nuno Brandão, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Pedro Caeiro, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, Claudia Marcela Cárdenas Aravena, Raúl Carnevali, Marta Cartabia, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Federico Consulich, Mirentxu Corcoy Bidasolo, Roberto Cornelli, Cristiano Cupelli, Norberto Javier De La Mata Barranco, Angela Della Bella, Cristina de Maglie, Gian Paolo Demuro, Miguel Díaz y García Conlledo, Francesco D'Alessandro, Ombretta Di Giovine, Emilio Dolcini, Jacobo Dopico Gomez Áller, Patricia Faraldo Cabana, Silvia Fernández Bautista, Javier Gustavo Fernández Terruelo, Marcelo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Gabriele Fornasari, Novella Galantini, Percy García Caveró, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Víctor Gómez Martín, José Luis Guzmán Dalbora, Ciro Grandi, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Roberto E. Kostoris, Máximo Langer, Juan Antonio Lascuráin Sánchez, Maria Carmen López Peregrín, Sergio Lorusso, Ezequiel Malarino, Francisco Maldonado Fuentes, Stefano Manacorda, Juan Pablo Mañalich Raffo, Vittorio Manes, Grazia Mannozi, Teresa Manso Porto, Luca Marafioti, Joseph Margulies, Enrico Marzaduri, Luca Masera, Jean Pierre Matus Acuña, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Iván Meini, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Melissa Miedico, Vincenzo Militello, Fernando Miró Linares, Vincenzo Mongillo, Renzo Orlandi, Magdalena Ossandón W., Francesco Palazzo, Carlenrico Paliero, Michele Papa, Raphaële Parizot, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lorenzo Picotti, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrococo, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Lucia Riscato, Mario Romano, María Ángeles Rueda Martín, Carlo Ruga Riva, Stefano Ruggieri, Francesca Ruggieri, Dulce María Santana Vega, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Paola Severino, Nicola Selvaggi, Rosaria Sicurella, Jesús María Silva Sánchez, Carlo Sotis, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Inma Valeije Álvarez, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, John Vervaele, Daniela Vigoni, Costantino Visconti, Javier Wilenmann von Bernath, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

Editore Associazione "Progetto giustizia penale", c/o Università degli Studi di Milano,
Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" - Via Festa del Perdono, 7 - 20122 MILANO - c.f. 97792250157
ANNO 2023 - CODICE ISSN 2240-7618 - Registrazione presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011.
Impaginazione a cura di Chiara Pavese

Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale è un periodico on line ad accesso libero e non ha fine di profitto. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione. La rivista, registrata presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011, è edita attualmente dall'associazione "Progetto giustizia penale", con sede a Milano, ed è pubblicata con la collaborazione scientifica e il supporto dell'Università Commerciale Luigi Bocconi di Milano, dell'Università degli Studi di Milano, dell'Università di Roma Tre, dell'Università LUISS Guido Carli, dell'Universitat de Barcelona e dell'Università Diego Portales di Santiago del Cile.

La rivista pubblica contributi inediti relativi a temi di interesse per le scienze penalistiche a livello internazionale, in lingua italiana, spagnolo, inglese, francese, tedesca e portoghese. Ogni contributo è corredato da un breve abstract in italiano, spagnolo e inglese.

La rivista è classificata dall'ANVUR come rivista scientifica per l'area 12 (scienze giuridiche), di classe A per i settori scientifici G1 (diritto penale) e G2 (diritto processuale penale). È indicizzata in DoGI e DOAJ.

Il lettore può leggere, condividere, riprodurre, distribuire, stampare, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, cercare e segnalare tramite collegamento ipertestuale ogni lavoro pubblicato su "Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale", con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza Creative Commons - Attribuzione - Non commerciale 3.0 Italia (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale, nonché dell'autore del contributo.

La rivista può essere citata in forma abbreviata con l'acronimo: *DPC-RT*, corredato dall'indicazione dell'anno di edizione e del fascicolo.

La rivista fa proprio il [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

La rivista si conforma alle norme del Regolamento UE 2016/679 in materia di tutela dei dati personali e di uso dei cookies ([clicca qui](#) per dettagli).

Ogni contributo proposto per la pubblicazione è preliminarmente esaminato dalla direzione, che verifica l'attinenza con i temi trattati dalla rivista e il rispetto dei requisiti minimi della pubblicazione.

In caso di esito positivo di questa prima valutazione, la direzione invia il contributo in forma anonima a due revisori, individuati secondo criteri di rotazione tra i membri dell'Editorial Advisory Board in relazione alla rispettiva competenza per materia e alle conoscenze linguistiche. I revisori ricevono una scheda di valutazione, da consegnare compilata alla direzione entro il termine da essa indicato. Nel caso di tardiva o mancata consegna della scheda, la direzione si riserva la facoltà di scegliere un nuovo revisore.

La direzione comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se entrambe le valutazioni sono positive, il contributo è pubblicato. Se una o entrambe le valutazioni raccomandano modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se uno o entrambi i revisori esprimono parere negativo alla pubblicazione.

La direzione si riserva la facoltà di pubblicare, in casi eccezionali, contributi non previamente sottoposti alla procedura di peer review. Di ciò è data notizia nella prima pagina del contributo, con indicazione delle ragioni relative.

I contributi da sottoporre alla Rivista possono essere inviati al seguente indirizzo mail: editor.criminaljusticenetwork@gmail.com. I contributi che saranno ritenuti dalla direzione di potenziale interesse per la rivista saranno sottoposti alla procedura di peer review sopra descritta. I contributi proposti alla rivista per la pubblicazione dovranno rispettare i criteri redazionali [scaricabili qui](#).

Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale es una publicación periódica *on line*, de libre acceso y sin ánimo de lucro. Todas las colaboraciones de carácter organizativo y editorial se realizan gratuitamente y no se imponen a los autores costes de maquetación y publicación. La Revista, registrada en el Tribunal de Milan, en el n. 554 del 18 de noviembre de 2011, se edita actualmente por la asociación “Progetto giustizia penale”, con sede en Milán, y se publica con la colaboración científica y el soporte de la *Università Commerciale Luigi Bocconi* di Milano, la *Università degli Studi di Milano*, la *Università di Roma Tre*, la *Università LUISS Guido Carli*, la *Universitat de Barcelona* y la *Universidad Diego Portales de Santiago de Chile*.

La Revista publica contribuciones inéditas, sobre temas de interés para la ciencia penal a nivel internacional, escritas en lengua italiana, española, inglesa, francesa, alemana o portuguesa. Todas las contribuciones van acompañadas de un breve abstract en italiano, español e inglés.

El lector puede leer, compartir, reproducir, distribuir, imprimir, comunicar a terceros, exponer en público, buscar y señalar mediante enlaces de hipervínculo todos los trabajos publicados en “Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale”, con cualquier medio y formato, para cualquier fin lícito y no comercial, dentro de los límites que permite la licencia *Creative Commons - Attribuzione - Non commerciale 3.0 Italia* (CC BY-NC 3.0 IT) y, en particular, debiendo mantenerse la indicación de la fuente, el logo, el formato gráfico original, así como el autor de la contribución.

La Revista se puede citar de forma abreviada con el acrónimo *DPC-RT*, indicando el año de edición y el fascículo.

La Revista asume el [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) elaborado por el COPE (*Comitte on Publication Ethics*).

La Revista cumple lo dispuesto en el Reglamento UE 2016/679 en materia de protección de datos personales ([clica aquí](#) para los detalles sobre protección de la privacy y uso de cookies).

Todas las contribuciones cuya publicación se propone serán examinadas previamente por la Dirección, que verificará la correspondencia con los temas tratados en la Revista y el respeto de los requisitos mínimos para su publicación.

En el caso de que se supere con éxito aquella primera valoración, la Dirección enviará la contribución de forma anónima a dos evaluadores, escogidos entre los miembros del *Editorial Advisory Board*, siguiendo criterios de rotación, de competencia por razón de la materia y atendiendo también al idioma del texto. Los evaluadores recibirán un formulario, que deberán devolver a la Dirección en el plazo indicado. En el caso de que la devolución del formulario se retrasara o no llegara a producirse, la Dirección se reserva la facultad de escoger un nuevo evaluador.

La Dirección comunicará el resultado de la evaluación al autor, garantizando el anonimato de los evaluadores. Si ambas evaluaciones son positivas, la contribución se publicará. Si alguna de las evaluaciones recomienda modificaciones, la contribución se publicará después de que su autor la haya revisado sobre la base de los comentarios recibidos y de que la Dirección haya verificado que tales comentarios han sido atendidos. La contribución no se publicará cuando uno o ambos evaluadores se pronuncien negativamente sobre su publicación.

La Dirección se reserva la facultad de publicar, en casos excepcionales, contribuciones que no hayan sido previamente sometidas a *peer review*. Se informará de ello en la primera página de la contribución, indicando las razones.

Si deseas proponer una publicación en nuestra revista, envía un mail a la dirección editor.criminaljusticenetwork@gmail.com. Las contribuciones que la Dirección considere de potencial interés para la Revista se someterán al proceso de *peer review* descrito arriba. Las contribuciones que se propongan a la Revista para su publicación deberán respetar los criterios de redacción (se pueden [descargar aquí](#)).



Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale is an on-line, open-access, non-profit legal journal. All of the organisational and publishing partnerships are provided free of charge with no author processing fees. The journal, registered with the Court of Milan (n° 554 - 18/11/2011), is currently produced by the association “Progetto giustizia penale”, based in Milan and is published with the support of Bocconi University of Milan, the University of Milan, Roma Tre University, the University LUISS Guido Carli, the University of Barcelona and Diego Portales University of Santiago, Chile.

The journal welcomes unpublished papers on topics of interest to the international community of criminal scholars and practitioners in the following languages; Italian, Spanish, English, French, German and Portuguese. Each paper is accompanied by a short abstract in Italian, Spanish and English.

Visitors to the site may share, reproduce, distribute, print, communicate to the public, search and cite using a hyperlink every article published in the journal, in any medium and format, for any legal non-commercial purposes, under the terms of the Creative Commons License - Attribution – Non-commercial 3.0 Italy (CC BY-NC 3.0 IT). The source, logo, original graphic format and authorship must be preserved.

For citation purposes the journal’s abbreviated reference format may be used: *DPC-RT*, indicating year of publication and issue.

The journal strictly adheres to the [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) drawn up by COPE (Committee on Publication Ethics).

The journal complies with the General Data Protection Regulation (EU) 2016/679 (GDPR) ([click here](#) for details on protection of privacy and use of cookies).

All articles submitted for publication are first assessed by the Editorial Board to verify pertinence to topics addressed by the journal and to ensure that the publication’s minimum standards and format requirements are met.

Should the paper in question be deemed suitable, the Editorial Board, maintaining the anonymity of the author, will send the submission to two reviewers selected in rotation from the Editorial Advisory Board, based on their areas of expertise and linguistic competence. The reviewers are provided with a feedback form to compile and submit back to the editorial board within an established timeframe. If the timeline is not heeded to or if no feedback is submitted, the editorial board reserves the right to choose a new reviewer.

The Editorial Board, whilst guaranteeing the anonymity of the reviewers, will inform the author of the decision on publication. If both evaluations are positive, the paper is published. If one or both of the evaluations recommends changes the paper will be published subsequent to revision by the author based on the comments received and verification by the editorial board. The paper will not be published should one or both of the reviewers provide negative feedback.

In exceptional cases the Editorial Board reserves the right to publish papers that have not undergone the peer review process. This will be noted on the first page of the paper and an explanation provided.

If you wish to submit a paper to our publication please email us at editor.criminaljusticenetwork@gmail.com. All papers considered of interest by the editorial board will be subject to peer review process detailed above. All papers submitted for publication must abide by the editorial guidelines ([download here](#)).

GUERRA E DIRITTO PENALE	La criminologia della guerra e la politica criminale dell'Unione Europea	1
<i>GUERRA Y DERECHO PENAL</i>	<i>La criminología de la guerra y la política criminal de la Unión Europea</i>	
<i>WAR AND CRIMINAL LAW</i>	<i>The Criminology of War and the Criminal Policy of the European Union</i>	
	Luis Arroyo Zapatero	
INTERPRETAZIONE E DIRITTO PENALE	L'interpretazione giudiziale deve guardare oltre la soluzione del caso concreto.	16
<i>INTERPRETACIÓN Y DERECHO PENAL</i>	Alcune vicende esemplari	
<i>INTERPRETATION AND CRIMINAL LAW</i>	<i>La interpretación judicial debe mirar más allá de la solución del caso concreto.</i>	
	<i>Algunos casos ejemplares</i>	
	<i>Judicial Interpretation Must Look Beyond the Solution to the Specific Case.</i>	
	<i>Some Exemplary Cases</i>	
	Giovanni Cocco	
	Nuovi problemi e nuove soluzioni per la penalistica contemporanea	31
	<i>Nuevos problemas y nuevas soluciones para el derecho penal contemporáneo</i>	
	<i>New Problems and New Solutions for Contemporary Criminal Law</i>	
	Massimo Vogliotti	
	L'analogia in bonam partem nel diritto penale. Una riflessione sulla natura "eccezionale" delle norme penali di favore	54
	<i>La analogía in bonam partem en el derecho penal. Una reflexión sobre la naturaleza "excepcional" de las normas penales favorables</i>	
	<i>Analogy in Bonam Partem in Criminal Law. A Reflection on the "Exceptional" Nature of Favorable Criminal Laws</i>	
	Roberto D'Andrea	

<p>DIRITTO PENALE E PRINCIPI FONDAMENTALI</p> <p><i>DERECHO PENAL Y PRINCIPIOS FUNDAMENTALS</i></p> <p><i>CRIMINAL LAW AND FUNDAMENTAL PRINCIPLES</i></p>	<p>“Le radici profonde non gelano”: le manifestazioni fasciste al vaglio delle Sezioni Unite. Tra storia e diritto</p> <p><i>Las raíces profundas no se congelan: las manifestaciones fascistas bajo la lupa de las Secciones Unidas. Entre historia y derecho</i></p> <p><i>Deep Roots Don't Freeze: Fascist Manifestations Under Review by the Cassation Joint Criminal Branches. Between History and Law</i></p> <p>Alessandro Tesauro</p>	<p>81</p>
	<p>A Critical Analysis of the “New” ‘Ergastolo Ostativo’ in Light of ECTHR’s Jurisprudence</p> <p><i>Un’analisi critica del “nuovo” ergastolo ostativo alla luce della giurisprudenza della Corte EDU</i></p> <p><i>Un análisis crítico de la nueva “prisión perpetua optativa” a la luz de la jurisprudencia del TEDH</i></p> <p>Francesco Saccoliti</p>	<p>115</p>
<p>NOTE A SENTENZA</p> <p><i>COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA</i></p> <p><i>NOTES ON JUDGMENTS</i></p>	<p>La corruzione in atti giudiziari del testimone nel caso ‘Ruby-ter’. Vecchie soluzioni per vecchi problemi</p> <p><i>Manipulación de testigos en el caso ‘Ruby-ter’. Soluciones antiguas para problemas antiguos</i></p> <p><i>Witness Tampering in the ‘Ruby-ter’ Case. Old Solutions for Old Problems</i></p> <p>Anna Pampanin</p>	<p>138</p>
<p>QUESTIONI DI DIRITTO PROCESSUALE PENALE</p> <p><i>CUESTIONES DE DERECHO PROCESAL PENAL</i></p> <p><i>ISSUES IN CRIMINAL PROCEDURAL LAW</i></p>	<p>L’art. 558 bis c.p.p. e la competenza funzionale del giudice per le indagini preliminari</p> <p><i>La competencia funcional en el juicio inmediato ante el tribunal unipersonal por delitos sujetos a citación directa a juicio</i></p> <p><i>Immediate Trial in Proceedings Before a Single Judge Court. The Functional Competence of the Judge for Preliminary Investigations</i></p> <p>Teresa Bene</p>	<p>154</p>

DIRITTO PENALE E PRINCIPI FONDAMENTALI
DERECHO PENAL Y PRINCIPIOS FUNDAMENTALS
CRIMINAL LAW AND FUNDAMENTAL PRINCIPLES

- 81 **“Le radici profonde non gelano”: le manifestazioni fasciste al vaglio delle Sezioni Unite.
Tra storia e diritto**
*Las raíces profundas no se congelan: las manifestaciones fascistas bajo la lupa de las Secciones Unidas.
Entre historia y derecho*
*Deep Roots Don't Freeze: Fascist Manifestations Under Review by the Cassation Joint Criminal Branches.
Between History and Law*
Alessandro Tesaurò
- 115 **A Critical Analysis of the “New” ‘Ergastolo Ostativo’ in Light of ECTHR’s Jurisprudence**
Un'analisi critica del “nuovo” ergastolo ostativo alla luce della giurisprudenza della Corte EDU
Un análisis crítico de la nueva “prisión perpetua optativa” a la luz de la jurisprudencia del TEDH
Francesco Saccoliti

“Le radici profonde non gelano”: le manifestazioni fasciste al vaglio delle Sezioni Unite. Tra storia e diritto

Las raíces profundas no se congelan: las manifestaciones fascistas bajo la lupa de las Secciones Unidas. Entre historia y derecho

Deep Roots Don't Freeze: Fascist Manifestations Under Review by the Cassation Joint Criminal Branches. Between History and Law

ALESSANDRO TESAURO

Professore ordinario di diritto penale nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Palermo
alessandro.tesauro@unipa.it

REATI D'ODIO, DISCRIMINAZIONE,
LIBERTÀ DI ESPRESSIONE,
PRINCIPIO DI OFFENSIVITÀ

CRÍMENES DE ODIO, DISCRIMINACIÓN,
LIBERTAD DE EXPRESIÓN,
PRINCIPIO DE LESIVIDAD

HATE CRIMES, DISCRIMINATION,
FREEDOM OF EXPRESSION,
HARM PRINCIPLE

ABSTRACTS

L'articolo trae spunto dall'atteso intervento delle Sezioni Unite sul reato che punisce le manifestazioni usuali del disciolto partito fascista per analizzare criticamente la retorica argomentativa del pericolo concreto di ricostituzione, anche alla luce di un indispensabile confronto interdisciplinare con le conoscenze storiografiche maturate sul tema. Constatato il fallimento degli sforzi volti a conferire concreto spessore applicativo al suddetto criterio di bilanciamento fra democrazia e diritti, propone di individuare l'interesse protetto dalle fattispecie contenute nella Legge Scelba nella memoria antifascista a base dell'identità costituzionale repubblicana.

El artículo toma como punto de partida el esperado pronunciamiento de las Secciones Unidas sobre el delito que castiga las manifestaciones habituales del partido fascista disuelto, para luego analizar críticamente la retórica argumentativa del peligro concreto de reconstitución, también a la luz de una indispensable comparación interdisciplinaria con los conocimientos historiográficos madurados sobre el tema. Tras constatar el fracaso de los esfuerzos dirigidos a dar espesor aplicativo al mencionado criterio de equilibrio entre democracia y derechos, se propone identificar el interés protegido con los hechos contenidos en la Ley Scelba en la memoria antifascista en la base de la identidad constitucional republicana.

The paper draws on the long-awaited judicial intervention on the crime punishing the customary manifestations of the dissolved fascist party to critically analyze the argumentative rhetoric of the concrete danger of reconstitution also in light of a much-needed interdisciplinary comparison with the historiographical knowledge on the subject and proposes to identify the protected interest in the antifascist memory as the basis of the republican constitutional identity.

SOMMARIO

1. La recente sentenza di rimessione alle Sezioni Unite delle questioni interpretative più rilevanti sollevate dal reato che punisce le «Manifestazioni fasciste»: in particolare se si tratti di un reato di pericolo astratto o di pericolo concreto. – 2. Il pericolo di ricostituzione del partito fascista nella giurisprudenza costituzionale e ordinaria: le ragioni di un fallimento. – 3. Le possibili ragioni strutturali che inceppano la regola di bilanciamento basata sul pericolo concreto di ricostituzione del partito fascista. – 3.1. (segue). Il ruolo dominante svolto dagli atteggiamenti valutativi dell'interprete a fronte di un pericolo non gestibile come evento singolo. – 4. Un equivoco storiografico. – 4.1. (segue). Il dibattito storico-politologico più generale sul c.d. "ritorno del fascismo". – 4.2. (segue). La comparazione storica e il ruolo-chiave della violenza politica organizzata. – 4.3. (segue). Le conseguenze sul piano dell'accertamento penale. – 5. La tendenziale identificazione tra "discorso pericoloso" e "discorso scandaloso". – 6. La protezione della memoria antifascista a base dell'identità repubblicana come vero bene protetto dalla normativa di contrasto al fascismo riemergente. – 6.1. (segue). Giustificazioni, condizioni e controindicazioni di una possibile riconversione ermeneutica del bene protetto in chiave di memoria antifascista.

Ascoltando infatti le grida di esultanza che si levavano dalla città, Rieux si ricordava che quell'esultanza era sempre minacciata. Poiché sapeva quel che la folla in festa ignorava, (...), cioè che il bacillo della peste non muore né scompare mai, che può restare per decenni addormentato nei mobili e nella biancheria, che aspetta pazientemente nelle camere da letto, nelle cantine, nelle valigie, nei fazzoletti e nelle carte, e che forse sarebbe venuto il giorno in cui, per disgrazia e monito agli uomini, la peste avrebbe risvegliato i suoi topi e li avrebbe mandati a morire in una città felice. (A. Camus, *La peste*, 1947).

1.

La recente sentenza di rimessione alle Sezioni Unite delle questioni interpretative più rilevanti sollevate dal reato che punisce le «Manifestazioni fasciste»: in particolare la questione cruciale se si tratti di un reato di pericolo astratto o di pericolo concreto.

Con una sentenza del settembre 2023 la prima sezione penale della corte di cassazione - preso atto delle persistenti difficoltà ermeneutiche che, a dispetto (o forse a causa) di due ben note sentenze manipolative della Corte costituzionale, continuano a pesare sul destino applicativo del reato che punisce le manifestazioni usuali del disciolto partito fascista (e, per estensione, anche dell'apologia del fascismo)¹ - devolve alla competenza interpretativa delle Sezioni Unite un quesito, articolato in più sotto-questioni tra loro collegate, con cui chiede all'organo nomofilattico di chiarire «se la condotta consistente nel protendere in avanti il braccio nel "saluto fascista", evocativa della gestualità tipica del disciolto partito, tenuta nel corso di una manifestazione pubblica, senza la preventiva identificazione dei partecipanti quali esponenti di un'associazione esistente che propugni gli ideali del predetto partito, integri la fattispecie di reato di cui all'art 2 d.l. 26 aprile 1993, n. 122, convertito dalla legge 25 giugno 1993, n. 205, ovvero quella prevista dall'art. 5 legge 30 giugno 1952, n. 645; se entrambe le disposizioni configurino un reato di pericolo concreto o di pericolo astratto; e se le stesse siano in rapporto di specialità oppure possano concorrere»².

Come è facilmente intuibile, il cuore della verifica demandata alla cassazione riunita riguarda il diverso trattamento legislativo e giudiziale cui sono rispettivamente sottoposti, da una parte, il reato di "manifestazioni razziste" - e cioè la condotta di chi «in pubbliche riunioni, compia manifestazioni esteriori od ostenti emblemi o simboli propri o usuali delle organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi aventi tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi» - preva-

¹ Si allude a Corte cost., sentenza 26 gennaio 1957, n. 1, in *Giurisprudenza costituzionale* 1957, p. 2 e Corte Cost., sentenza 6 dicembre 1958, n. 74, in *Giurisprudenza costituzionale* 1958, p. 958, con nota di C. Esposito e in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1959, p. 165 con nota di M. Siniscalco.

² Sentenza 6 settembre 2023, inedita.

lentemente concepito come un *reato di pericolo astratto*³; e, dall'altra, il reato di chi compie manifestazioni usuali del disciolto partito fascista, almeno formalmente concepito, dalla giurisprudenza consolidatasi sulla scorta delle indicazioni fornite dalla Corte costituzionale sul finire degli anni '50, come un *reato di pericolo concreto*, per il quale è richiesta la prova processuale che al comportamento punibile sia associato un pericolo effettivo di ricostituzione del Partito fascista⁴.

Due fattispecie rispetto alle quali, sul terreno della concreta prassi applicativa, si assiste frequentemente a disinvolti cambi di casacca, a fenomeni di sovrapposizione e interscambio tra le due incriminazioni, solitamente spiegabili in base al diverso peso degli oneri probatori rispettivamente incumbenti sull'organo giudicante a seconda della fattispecie coinvolta⁵.

La formulazione del quesito rivolto alle Sezioni Unite presuppone quindi, almeno implicitamente, il riconoscimento, da parte del giudice rimettente, di un'asimmetria nel complessivo assetto della disciplina applicabile che, sia pure in modo inespresso, gli deve essere risultata difficilmente giustificabile al cospetto del principio costituzionale di uguaglianza-ragionevolezza (assunto sia nella sua duplice dimensione "intrinseca" e "comparativa").

È il caso di chiedersi, allora, quali siano le ragioni di fondo adducibili a sostegno di questa disparità di disciplina, che "complica" i presupposti della punibilità quando è in gioco la normativa antifascista e li semplifica invece quando, a *parità di condotta materiale*, entra in scena la normativa antirazzista. Verosimilmente, questa asimmetria nella ricostruzione del profilo strutturale della condotta punibile - che, in un caso, esige e, nell'altro, rinuncia al pericolo concreto - si deve fondamentalmente a due ordini di ragioni.

In primo luogo, si deve, banalmente, alla circostanza, fortuita e occasionale, per cui il reato di cui all'art. 2 della c.d. legge Mancino non è stato anch'esso analogamente interessato da pronunce correttive della Corte costituzionale: ragioni per cui l'inserimento del requisito aggiuntivo del pericolo concreto resta affidato a uno "spontaneismo giurisprudenziale" condotto in nome del principio di offensività nella sua dimensione c.d. interpretativa, al di fuori di un mandato del giudice costituzionale percepito come più o meno vincolante.

In secondo luogo, si spiega verosimilmente in rapporto al diverso spessore qualitativo dei beni convenzionalmente assumibili a oggetto di protezione. Pur se in entrambe le fattispecie a raffronto viene ad emersione un bene superindividuale o ad ampio spettro, nell'un caso, più che un potenziale e più defilato risvolto lesivo a carico dell'ordine pubblico materiale⁶, viene più direttamente chiamato in causa un bene come la pari dignità sociale senza distinzioni di razza: un bene con un assorbente statuto "metafisico-trascendente" in relazione al quale

³ Come espressione paradigmatica dell'orientamento giurisprudenziale favorevole a sussumere le manifestazioni esteriori riconducibili all'armamentario simbolico di tipo fascista nella cornice tipica dell'art. 2 del D. L. n. 122 del 1993, con annessa loro attrazione nell'orbita del pericolo astratto, viene richiamata in motivazione Cass. 27 marzo 2019, Leccisi, secondo cui «il "saluto fascista" o "saluto romano" costituisce una manifestazione gestuale che rimanda all'ideologia fascista e ai valori politici di discriminazione razziale e intolleranza» evidenziando che la fattispecie «non richiede che le manifestazioni siano caratterizzate da elementi di violenza, svolgendo una funzione preventiva, che è quella propria dei reati di pericolo astratto». Accanto a questo filone maggioritario convive un isolato orientamento giurisprudenziale, emblematicamente rappresentato da Cass. 12 ottobre 2021 n. 7904, Scordo, che subordina la punibilità del reato di esibizioni razziste all'«esigenza di scongiurare l'eventualità del rafforzamento» di formazioni (più o meno organizzate) esistenti nella realtà attuale, richiedendo dunque un «nesso funzionale», «sul fronte della connotazione di pericolosità» tra singola esternazione verbale o gestuale e incremento delle potenzialità offensive del gruppo di riferimento, sotto il profilo della propaganda o del proselitismo. A una tale impostazione ricostruttiva si può però obiettare che il suscitare future adesioni all'organizzazione del cui apparato simbolico-comunicativo si fa uso non sembra appartenere al piano di tutela tracciato dal legislatore.

⁴ «Rappresenta in modo esemplare questo orientamento ermeneutico il principio di diritto secondo cui: "il delitto di cui all'art. 5 delle legge 20 giugno 1952, n. 645 è reato di pericolo concreto, che non sanziona le manifestazioni del pensiero e dell'ideologia fascista in sé, attese le libertà garantite dall'art. 21 cost., ma soltanto ove le stesse possano determinare il pericolo di ricostituzione di organizzazioni fasciste, in relazione al momento e all'ambiente in cui sono compiute, attentando concretamente alla tenuta dell'ordine democratico e dei valori ad esso sottesi": così la sentenza di rimessione *de qua*, citando testualmente Cass. 2 marzo 2016, Goglio.

⁵ In questo senso A. GALLUCCIO (2019), secondo la quale «sebbene la ricostruzione dei rapporti fra le fattispecie in termini di specialità della l. Scelba appaia largamente condivisibile, sono frequenti le pronunce della cassazione nelle quali l'uso di simboli quali il saluto fascista viene fatto ricadere nell'ambito di applicazione della legge Mancino. Ciò, verosimilmente, per aggirare l'ostacolo rappresentato dalla prova del pericolo concreto per le istituzioni democratiche». In giurisprudenza cfr. Cass. 10 luglio 2007, Sposato, (citata in motivazione), in cui la norma con finalità antirazziste entra in scena come fattispecie di rincalzo per sanzionare «il fatto di chi, in occasione di un incontro calcistico, sventoli un drappo tricolore recante l'emblema del fascio littorio», fatto non inquadrabile in alcuno dei reati previsti dalla legge Scelba per mancanza della «condizione costituita da un pericolo per le istituzioni democratiche».

⁶ Per l'impostazione che individua il bene protetto dall'incriminazione in questione nell'ordine pubblico inteso in senso materiale come «condizione di pacifica convivenza immune da disordini e violenza» G. DE FRANCESCO (1994), p. 206. Aderisce a tale impostazione più di recente M. GALLI (2019), secondo la cui interpretazione «il "saluto romano" è punibile ai sensi dell'art. 2 del d.l. n. 122 del 1993 qualora la condotta abbia sì creato un pericolo concreto, ma per il bene giuridico ordine pubblico, non per il bene giuridico personalità dello Stato. Ove, diversamente, si ritenga che la condotta possa dar luogo a un pericolo per le istituzioni democratiche, individuato nella concreta possibilità di ricostituzione del disciolto partito fascista, le circostanze imporranno l'applicazione del reato di cui all'art. 5 della Legge Scelba».

il riferimento al pericolo astratto (se non proprio direttamente al danno) è dovuto apparire come una scelta pressoché obbligata. Nell'altro caso, invece, entra in gioco, almeno secondo la posizione attribuibile alla dottrina e alla giurisprudenza maggioritaria, un bene con un retroterra empirico-fattuale percepito come comparativamente più accentuato come l'integrità delle istituzioni democratiche, in relazione al quale si è, dunque, reputata come più facilmente percorribile la strada del pericolo concreto⁷.

Nel caso della normativa antirazzista, cioè, la (esigua) prassi applicativa, pur senza esplicitarlo apertamente, sembra mostrarsi per lo più incline a individuare il bene coinvolto in prima battuta dal reato di «esibizionismo razzista»⁸ nell'ideale morale-costituzionale riassunto nel super-diritto all'«uguale considerazione e rispetto» desumibile dagli artt. 2 e 3 cost. Un bene, quello della pari dignità razziale, generalmente considerato alla stregua di un'intangibile entità concettuale astratta da preservare *a tutta oltranza e senza eccezioni*, come un valore *assoluto e non bilanciabile* in grado di imporsi in modo categorico sul concorrente diritto alla libertà di espressione. In questa prospettiva di tutela, il saluto romano – o l'esposizione allo stadio di uno stemma littorio o l'esibizione, nel corso della parata commemorativa della marcia su Roma a Predappio, di una maglietta nera con la scritta «Auschwitzland», realizzata con la stessa grafica utilizzata dalla Disney⁹ – sono considerati comportamenti astrattamente lesivi della dignità di gruppo in grado di generare *ex se*, per forza propria, il futuro rischio di prassi sociali violente o discriminatorie ai danni dei gruppi-bersaglio, secondo un'ottica che ipotizza un danno criminale *in re ipsa* del tutto sganciato dalla verifica in concreto del pericolo di effetti materiali tangibili sul terreno di possibili violenze, discriminazioni o disordini.

Al contrario, nel caso della normativa antifascista, secondo la concezione che nelle prassi argomentative dei giudici tende a prevalere, il bene protetto, ossia la tenuta dell'assetto complessivo della democrazia costituzionale basata sui diritti (civili, sociali, politici), esibirebbe un substrato fenomenico materialmente ledibile (un impasto a metà strada tra ordine pubblico materiale e ordine pubblico costituzionale) che ha probabilmente agito da fattore rilevante nello spingere la giurisprudenza (costituzionale prima, e ordinaria poi) a richiedere la prova giudiziaria della pericolosità effettiva dei comportamenti incriminati.

E vale la pena di osservare in proposito che, sotto il profilo della sua intrinseca plausibilità politico-criminale, la scelta di considerare l'ostentazione di simboli fascisti come più sbrigativamente punibile in quanto dannosa e/o pericolosa *in re ipsa* quando riguarda il bene pari dignità razziale – e, cioè, un bene secondario e più defilato, meno direttamente collegato alla specifica fisionomia oggettiva della condotta e alla specifica sfera intellettuale-volitiva del reo – e punibile solo in quanto pericolosa in concreto quando riguarda l'assetto democratico-costituzionale dello Stato di diritto – ossia il bene più direttamente coinvolto da questo tipo di esternazioni (fasciste prima che razziste) – non sembra trovare, a tutta prima, spiegazioni sufficientemente persuasive.

Viste le cose in quest'ottica, basterebbe, infatti, un diverso inquadramento formale nell'una o nell'altra delle due cornici legali teoricamente disponibili, per determinare un radicale mutamento di paradigma: mentre la prima norma considererebbe l'ostentazione di gesti e simboli tipici dell'iconografia rituale fascista come presuntivamente idonea a ledere il bene dignità di gruppo – sicché sarebbe sufficiente, ai fini della punibilità, la mera realizzazione della condotta conforme al modello legale – la seconda norma esigerebbe, per converso, il compimento di attendibili verifiche giudiziali in ordine alla potenziale dannosità espressa *dalla stessa classe di comportamenti* in direzione del diverso bene rappresentato dall'integrità dello Stato costitu-

⁷ In dottrina per l'individuazione del bene protetto nella «sicurezza dell'ordine democratico costituzionale» cfr. S. VINCIGUERRA, 1967, p. 914. In senso conforme, più di recente D. NOTARO (2020), il quale sottolinea la «dimensione macroscopica dei beni giuridici attinti dalle norme, attesa l'attitudine di questi ad investire il piano istituzionale e collettivo della comunità organizzata. Se con la violazione del divieto si teme la compromissione dell'assetto democratico del Paese, l'integrazione dei reati dovrebbe ritenersi subordinata alla possibilità di postulare un collegamento, pur potenziale, tra la condotta dell'agente e l'effetto eversivo dell'assetto istituzionale dello Stato». In giurisprudenza cfr. Cass. 1.4.2014, n. 40629, in CED Cass m. 260707, dove si afferma che la legge Scelba tutela l'«integrità dell'ordinamento democratico e costituzionale (con le sue ricadute in tema di divieto del ricorso alla violenza come metodo di lotta politica e rifiuto di atteggiamenti discriminatori basati su condizioni o qualità personali)

⁸ L'espressione è di A. SPENA, 2016, p. 588.

⁹ È il caso, riportato dalla stampa, della militante di estrema destra Selene Ticchi poi assolta dal Tribunale di Forlì sul presupposto della mancanza di adeguata dimostrazione processuale in ordine alla «portata distintiva del logo» e «in ordine alla riferibilità dello stesso a una qualche organizzazione attualmente esistente che propugni ideologie fondate sull'odio razziale». Fatto poi riquilificato in cassazione come più correttamente inquadrabile all'interno dell'art. 604 bis c.p. in base al rilievo per cui «non fu una incitazione alla discriminazione tramite ostentazione di simboli particolari, ma un incitamento fondato sulla negazione, sulla minimizzazione in modo grave o sull'apologia della Shoah».

zionale di diritto.

Il che produce un evidente *stress* a carico del principio di uguaglianza (o giustizia formale), che impone di trattare (tipi di) casi uguali in modo uguale e (tipi di) casi diversi in modo diverso: per cui, o ci si decide a trasformare anche la prima in reato di pericolo concreto, replicando tutti gli inconvenienti che da sempre ne inceppano il funzionamento pratico, o ci si rassegna a considerare anche l'altra come un reato di pericolo astratto, a dispetto dell'intervento manipolativo realizzato dalla Corte costituzionale nella seconda metà del novecento¹⁰.

È in definitiva questo il senso ultimo del quesito devoluto alla cognizione della Cassazione riunita: precisare la rispettiva fisionomia strutturale e i reciproci intrecci tra le due fattispecie a confronto e avviare a soluzione i problemi di sussunzione al loro interno del caso tipologico "saluto romano", chiarendo le specifiche condizioni dell'inquadramento penalistico nell'uno o nell'altro dei due dispositivi legali disponibili.

In proposito, resta pendente un interrogativo cruciale: è davvero così incolmabile la distanza tra la punibilità delle esternazioni razziste secondo il modello del pericolo astratto e la punibilità delle esternazioni fasciste secondo il modello, sulla carta più esigente, del pericolo concreto, come sembra doversi desumere dal panorama giurisprudenziale passato in rassegna dal giudice rimettente? O nei fatti, al di là dell'ossequio formale alla retorica argomentativa del pericolo concreto, si tratta di due approcci solo apparentemente antitetici ma sostanzialmente convergenti nei rispettivi esiti ultimi?

È quello che ci proponiamo di sottoporre a verifica.

2. Il pericolo di ricostituzione del partito fascista nella giurisprudenza costituzionale e ordinaria: le ragioni di un fallimento.

Come è evidente, la fuga dalla legge Scelba, e il ripiegamento strategico sulla meno rigorosa legge Mancino, costituisce una spia significativa del disagio interpretativo cui si trova normalmente esposta la prassi applicativa al momento di confrontarsi col nodo irrisolto del pericolo concreto di ricostituzione del Partito fascista.

In questo senso, il cortocircuito tra i diversi presupposti di applicazione delle due disposizioni messo in evidenza dalla pronuncia di rimessione in questione rappresenta la proverbiale "pietra di inciampo" che sollecita una rinnovata riflessione sulla reale tenuta giudiziaria di tale problematico criterio di bilanciamento tra libertà e democrazia.

A questo scopo, tenteremo di mettere in evidenza il curioso destino evolutivo dei reati di opinione contenuti nella normativa di contrasto al fascismo riemergente: originariamente concepiti dal legislatore del 1952, per comprensibili ragioni di difesa sociale, come reati di pericolo astratto (o meglio, presunto) contro la democrazia nascente (o, comunque, non ancora definitivamente consolidatasi); trasformati poi in reati di pericolo concreto, con l'obiettivo di fornire tutela selettiva *caso per caso* contro il rischio contingente di sovvertimento o alterazione degli assetti repubblicani (comparativamente percepiti come più solidi); per poi assumere, ricorsivamente, il volto di reati in cui, per la vistosa impraticabilità del criterio di bilanciamento prescelto, il pericolo torna nuovamente ad essere *di fatto* affermato su basi sostanzialmente presuntive.

La vicenda è nota: la Corte costituzionale, servendosi dello strumento delle interpretative di rigetto, ha a più riprese proposto, sia con riferimento all'apologia del fascismo, sia con riferimento alle manifestazioni fasciste, un modello di bilanciamento che punta sul rischio contingente di causare effetti dannosi empiricamente verificabili a carico del bene 'integrità dello Stato democratico-costituzionale': le singole manifestazioni di pensiero fascista sarebbero dunque punibili *a patto che* il giudice riesca a fornire adeguata dimostrazione processuale

¹⁰ Costituisce una spia significativa del disagio interpretativo cui risulta esposta la prassi, il tentativo di contaminazione concettuale della dogmatica del pericolo astratto con elementi più tipicamente ambientabili nel diverso dominio del pericolo concreto esperito da Cass. Cass. 27 marzo 2019, Leccisi, secondo cui «la natura di reato di pericolo astratto della fattispecie dell'art. 2 del decreto-legge n. 122 del 1993 impone, per la sua configurazione, che sia accertata l'idoneità della condotta a offendere il bene giuridico, contestualizzando il comportamento dell'agente attraverso un giudizio *ex ante*. Tale contestualizzazione presuppone un accertamento finalizzato a verificare se la condotta dell'imputato è astrattamente idonea a essere percepita come manifestazione esteriore o come ostentazione simbolica ed emblematica «delle organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi di cui all'articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654».

del pericolo effettivo di riorganizzazione del disciolto Partito fascista, cui si dovrebbe poter ulteriormente associare un pericolo di danni sostanziali realmente incombenti *hic et nunc* a carico dell'interesse vitale all'inalterabilità della scelta istituzionale a favore della democrazia costituzionale.

Un modello di bilanciamento tra gli interessi costituzionali in conflitto, quello che scommette sul suddetto requisito aggiuntivo, non già *categorico* e *incondizionato* - come secondo alcuni sembrerebbe invero potersi desumere dalla XII disposizione transitoria e finale della Costituzione¹¹ - bensì *relativo* e *condizionato*: un bilanciamento «per contemperamento», e non già «per superamento»¹², con cui (non senza una spiccata dose di ottimismo, come vedremo) si chiede alle corti comuni di «dissociare», dalla cornice dei fatti punibili, le esternazioni verbali o gestuali prive di pericolosità reale nei confronti del bene 'conservazione delle istituzioni repubblicane', assunto nella sua duplice dimensione giuridico-istituzionale e politico-ideologica¹³.

Più in particolare, la Corte costituzionale ha affermato, per l'apologia di fascismo (art. 4, l. n. 645/1952) che la condotta non può rilevare «in sé e per sé» ma «per assumere carattere di reato, deve consistere non in una difesa elogiativa, ma in una esaltazione tale da potere condurre alla riorganizzazione del partito fascista»; in modo convergente, a proposito del delitto di pubbliche manifestazioni usuali del partito fascista (art. 5, l. n. 645/1952), la Corte ha affermato che la norma non può spingersi a considerare «come fatto punibile qualunque parola o gesto, anche il più innocuo, che ricordi comunque il regime fascista e gli uomini che lo impersonarono ed esprima semplicemente il pensiero o il sentimento, eventualmente occasionale o transeunte, di un individuo, il quale indossi una camicia nera o intoni un canto o lanci un grido» in quanto «una simile interpretazione della norma non si può ritenere conforme alla intenzione del legislatore, il quale, dichiarando espressamente di voler impedire la riorganizzazione del disciolto partito fascista, ha inteso vietare e punire non già una qualunque manifestazione del pensiero, tutelata dall'art. 21 della Costituzione, bensì quelle manifestazioni usuali del disciolto partito che [...] possono determinare il pericolo che si è voluto evitare».

Nel formulare un siffatto criterio di bilanciamento in stretta aderenza al mandato costituzionale che impone un divieto di ricostituzione a largo raggio («sotto qualsiasi forma»), la Corte ha avuto cura di precisare «che la tutela di una siffatta esigenza non potesse limitarsi a considerare soltanto gli atti finali e conclusivi della riorganizzazione, del tutto avulsi da ogni loro antecedente causale; ma dovesse necessariamente riferirsi ad ogni comportamento che, pur non rivestendo i caratteri di un vero e proprio atto di riorganizzazione, fosse tuttavia tale da contenere in sé sufficiente idoneità a produrre gli atti stessi».

E per sgombrare il campo da ogni possibile rischio che il criterio proposto potesse trasformarsi in un collo di bottiglia troppo stretto, si è altresì affermato che la condotta punibile, nel proiettarsi oltre il ristretto novero degli «atti veri e propri di riorganizzazione strettamente intesi», 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».

Un ridimensionamento in chiave di mera «attitudine al proselitismo» (per citare dal vocabolario giurisprudenziale) che, come vedremo, oltre a lasciare la regola di bilanciamento ambigualmente sospesa a metà strada tra idoneità causale *ex ante* e mera diffusione di idee, mantiene inalterato sullo sfondo il riferimento, storiograficamente problematico, ad organizzazioni assimilabili al «partito fascista», come destinatarie potenziali dell'attività di aggregazione di consensi.

In realtà, la regola di bilanciamento del pericolo concreto di ricostituzione del Partito fascista non ha tardato a rivelarsi strutturalmente inidonea a garantire applicazioni tenden-

¹¹ Cfr. in tal senso B. PEZZINI (2011), p. 1394, secondo cui il «riferimento alla *sicurezza dell'ordine democratico* (...), sul versante dell'accertamento penale, chiede la dimostrazione dell'effettività del pericolo per l'ordine democratico, ignorando il giudizio irrevocabilmente postulato dalla XII disp. che ha creato una presunzione assoluta di incompatibilità democratica a carico del fascismo».

¹² Per questa distinzione v. P. CHIASSONI (2018), p. 13.

¹³ Sulla c.d. «interpretazione dissociativa», nell'argomentazione giuridica v. nella letteratura teorica, E. DICIOTTI, 1999, pp. 451 e ss; e R. GUASTINI (2004), p. 163. Il concetto di dissociazione è stato introdotto nella teoria dell'argomentazione pratica (morale, politica, giuridica) e filosofica da C. PERELMAN e L. OLBRECHTS-TYTECA (2001), pp. 433 ss. Nella riflessione costituzionalistica cfr. G. SORRENTI (2006), p. 243, secondo cui «di frequente il contemperamento delle contrapposte istanze costituzionali coinvolte, effettuato dal legislatore in misura sbilanciata a favore di una sola di esse e riformulato dalla Corte costituzionale, giustifica di per sé una «metamorfosi» della disposizione legislativa, la cui rigorosa natura di regola viene stemperata da eccezioni da essa ritagliate in via interpretativa per «aggiustare» il punto di equilibrio tra i configgenti principi».

zialmente oggettive e neutrali, dando vita a un panorama giurisprudenziale complessivo in cui prevalgono pronunce contraddittorie e oscillanti, non di rado avventurosamente motivate, soluzioni equitativo-clemenziali e un alto tasso di archiviazioni in sede di indagini preliminari¹⁴.

Ma quali sono le ragioni che potrebbero contribuire a spiegare perché la “clausola di eccezione” del pericolo concreto di ricostituzione del Partito fascista era candidata a un fallimento più che probabile sul piano del rendimento applicativo che da essa ci si poteva ragionevolmente attendere?

Innanzitutto, a pesare sono ragioni strutturali generalmente connesse alla logica interna di funzionamento del ricorso alla tecnica del pericolo concreto.

E poi, ragioni storico-politologiche specificamente connesse alla perdurante attualità di un possibile “ritorno del fascismo”.

3. Le possibili ragioni strutturali che inceppano la regola di bilanciamento basata sul pericolo concreto di ricostituzione del partito fascista.

Quanto alle prime, si può cominciare con l'osservare preliminarmente che le linee evolutive del sindacato costituzionale di ragionevolezza-uguaglianza sui reati di pericolo, in questo come in altri settori della legislazione penale, sembrano decisamente orientarsi verso la progressiva trasformazione dei reati di pericolo astratto in corrispondenti fattispecie a pericolo concreto. Si è, cioè, assistito al tendenziale superamento di un modello di decisione giudiziale basato su “generalizzazioni trincerate”, cioè su regole “indefettibili”, “inderogabili”, “conclusive (in cui il giudice è chiamato solo a sussumere e nessuno deve potersi scagionare) a tutto vantaggio di una strategia di decisione che, in nome di elementari esigenze di uguaglianza, si mostra sensibile alle giustificazioni sostanziali sottostanti e al bilanciamento in concreto delle ragioni confliggenti: e cioè, a vantaggio di una strategia di decisione di tipo “particolaristico” che, attraverso la clausola generale del pericolo concreto, punta alla trasformazione delle presunzioni legali di pericolosità da generalizzazioni assolute in generalizzazioni *prima facie*: e, cioè, sulla loro riconversione in regole “defettibili” o “superabili”¹⁵.

Nell'ottica della Corte costituzionale, il superamento del pericolo astratto a favore di decisioni individualizzate caso per caso si giustifica principalmente in base all'esigenza costituzionale di assicurare al giudice la possibilità di differenziare situazioni di fatto fra loro non assimilabili, cosa che trasforma la questione di legittimità costituzionale da questione relativa all'offensività in astratto in una questione relativa all'uguaglianza in concreto¹⁶. Più in particolare, lo strumento che, anche nel caso dei reati di pericolo, la giurisprudenza costituzionale solitamente adotta per trasformare generalizzazioni assolute in regole rivedibili al servizio delle circostanze e aperte alle eccezioni è costituito dalla c.d. *delega di bilanciamento in concreto agli organi dell'applicazione*: un meccanismo decisionale cui la Corte fa frequente ricorso proprio quando si tratta di rendere più “malleabili” presunzioni legali basate su rigidi automatismi allo scopo di rendere la “sovrainclusività” delle presunzioni assolute un inconveniente solo temporaneo, emendabile sul terreno dell'applicazione giudiziale concreta¹⁷.

E proprio l'intervento manipolativo della Corte costituzionale sulla normativa di attuazione della XII disposizione transitoria e finale ha costituito uno dei primissimi esempi del ricorso a tale tecnica decisoria.

Ma, si tratta di una manovra sensata, plausibile? O, piuttosto, di un assetto regolativo di più che dubbia tenuta pratica?

Per rispondere al quesito, occorre ripercorrere, in estrema sintesi, i passaggi argomentativi del ragionamento solitamente seguito dal giudice costituzionale per giustificare il salto

¹⁴ Per un quadro complessivo della giurisprudenza in materia si rinvia a D. NOTARÒ (2020); D. TARANTINO (2020), pp. 248 e ss.

¹⁵ La distinzione tra «strategia decisionale basata su regole» e «strategia decisionale particolaristica», come la connessa nozione di «regole trincerate», si deve a F. SCHAUER, (1991), 2000.

¹⁶ Sul punto v. G. FIANDACA, (2011), p. 290, il quale rileva che il senso complessivo di tutta la giurisprudenza costituzionale sulle presunzioni assolute di pericolo sia proprio quello di risolvere, in linea col principio di uguaglianza, «un problema interpretativo-applicativo di “giusta” o proporzionata riconduzione del caso concreto alla fattispecie generale e astratta».

¹⁷ Per questo modello di decisione cfr. R. BIN, (1991), p. 3574.

dal pericolo astratto a un pericolo concreto a gestione giurisprudenziale¹⁸. Tale ragionamento segue generalmente uno spartito abbastanza costante che si snoda attraverso due tappe fondamentali.

In primo luogo, per aggirare i rischi più che probabili di una conflittualità istituzionale col decisore politico, il giudice costituzionale di solito si sottrae al compito di procedere con rigore analitico ad una puntuale verifica *in positivo* della corrispondenza alla realtà empirica dei predicati fattuali su cui si basano le presunzioni legali di pericolosità. Anche perché la valutazione circa la fondatezza empirica delle generalizzazioni legislative si presenta di solito come epistemicamente controversa, quando non aperta a usi politici contingenti dei saperi tecnici degli esperti (nel nostro caso di tipo storico-politologico). E ripiega su un criterio di legittimazione più presuntivo che effettivo, com'è quello che fa leva sulla c.d. ragionevolezza *in negativo*: un criterio che si incarica di mettere immancabilmente al riparo la fattispecie incriminatrice sotto il generoso e capiente ombrello della “non manifesta irrazionalità o arbitrarietà” della normativa astratta secondo l'*id quod plerumque accidit*.

In secondo luogo - ed è questo il punto più sensibile - con una tattica di spostamento alla sede giudiziaria di decisioni altrimenti spettanti al legislatore democratico o allo stesso giudice costituzionale, delega alle corti di merito il compito di verificare, caso per caso, in base a quali circostanze sia possibile diagnosticare possibili convergenze o sfasature tra pericolo astrattamente congetturato e pericolo effettivamente pronosticabile.

Senonché, il ricorso a una clausola di salvaguardia basata sulla prova giudiziaria di una reale messa in pericolo del bene protetto, pur se motivata dalla comprensibile esigenza di evitare applicazioni eccessivamente formalistiche della norma penale ai limiti dell'illecito di pura disobbedienza, rischia di apparire ‘controintuitivo’. E ciò per due ordini di ragioni.

Limitando il discorso alle esternazioni fasciste, una prima ragione in grado di spiegare il cortocircuito applicativo cui va fatalmente incontro il pericolo concreto in questo campo ha a che vedere col fatto che la normativa di contrasto è posta a salvaguardia di beni superindividuali: e questi beni, presentandosi in realtà come strutturalmente privi di un substrato empirico materialmente ledibile per effetto di una singola condotta di *micro-aggressione* diretta nei loro confronti, tendenzialmente rifiutano la logica del pericolo concreto.

Sotto questo profilo, l'incommensurabile sproporzione di scala osservabile tra i “macro-effetti” politico-sociali del discorso fascista ipotizzati a carico di un bene dai contorni indefiniti e imprevedibili come la tenuta complessiva delle istituzioni democratico-repubblicane e le condotte di c.d. “microfascismo” oggetto di repressione penale, finisce col rendere l'offesa impossibile da circoscrivere entro precisi correlati fenomenici, fino al punto da renderla, il più delle volte, nemmeno giudiziariamente prospettabile.

La seconda ragione, strettamente collegata alla precedente, ha a che vedere col fatto che l'ispirazione politico-criminale di fondo più plausibilmente attribuibile la normativa penale contro le insorgenze neofasciste sembra rinviare a un'ideologia punitiva di tipo genericamente “precauzionista”, come tale sganciata da collaudate regole di esperienza dotate di fondamento controllabile.

L'idea presumibilmente alla base dell'originaria scelta legislativa a favore del pericolo astratto costituirebbe, in questo senso, niente di più che l'espressione di un “epistemologia del sospetto” tutta protesa verso la prevenzione di rischi potenziali che poi il giudice, chiamato in causa in base alla suddetta delega di bilanciamento in concreto, non è in condizione di escludere o asseverare al metro delle conoscenze empirico-criminologiche disponibili.

In tali condizioni, la norma che punisce l'agire comunicativo di chi si richiama a questa tradizione storico-politica finisce per porsi in un rapporto di filiazione più o meno legittima con una logica di tipo *lato sensu* “precauzionale”, secondo quello che è stato suggestivamente definito il “Paradigma Cassandra”¹⁹, nel senso che la logica punitiva che vi sta alla base potrebbe costituire un'emersione spuria del c.d. “principio di precauzione”: e cioè, di quel criterio

¹⁸ Per un efficace quadro riassuntivo della giurisprudenza costituzionale sui reati di pericolo che ne mostra complessità e limiti di approccio v. G. FIANDACA, in G. FIANDACA-G. DI CHIARA (2003), 141 e ss.

¹⁹ D. CASTRONUOVO (2011), pp. 611 e ss., secondo cui “una riconduzione degli illeciti fondati sul principio di precauzione al modello del pericolo astratto-presunto pare possibile a patto di intendere tale modello in maniera sensibilmente diversa rispetto a quello “tradizionalmente” invalso: ossia il modello a base etiologica potenziale, fondata su leggi scientifiche o regole di esperienza. Benché i rischi temuti sulla base di una seria supposizione, ma in assenza di certezze, restino nell'alveo del “dogma causale” (perché si continua, inevitabilmente, a ragionare in termini di ipotetici rapporti causa/effetto tra condotte indiziate e conseguenze supposte), gli illeciti costruiti per scongiurare tali tipologie di rischi si distinguono dal modello tradizionale del pericolo astratto-presunto proprio per l'indisponibilità, in tali costellazioni di casi, di una base cognitiva nomologico-esperienziale dotata di sufficiente conferma”.

di gestione del rischio sempre più frequentemente attivato quando si abbia a che fare con un quadro epistemico di sfondo caratterizzato da forte incertezza cognitiva circa i possibili effetti dannosi congetturati come conseguenza di determinate attività. Un criterio che, data la sua intrinseca versatilità concettuale, si è spesso prestato a progressive, e non sempre ben sorvegliate, dilatazioni dei suoi confini applicativi (dal rischio ambientale alla lotta al terrorismo internazionale, all'*allarme fascismo*) che lo hanno reso adattabile a fenomeni molto distanti ed eterogenei fra loro, tutti accomunati però dalla capacità di provocare, in diversa misura, insicurezza, ansia e paura collettiva.

Sotto questo profilo, quindi, è la più che problematica individuazione *a monte* di sottostanti generalizzazioni causali dotate di intrinseca plausibilità empirico-criminologica invocabili a sostegno della dannosità sociale astratta del discorso fascista a mettere sotto scacco la stessa possibilità di un fruttuoso ricorso *a valle* alla tecnica del pericolo concreto.

La conclusione che se ne può trarre è che, nelle condizioni date, appare quanto meno poco promettente la speranza di recuperare a livello interpretativo-applicativo un'offensività *in concreto* difficilmente pronosticabile *in astratto*, ossia a livello di progettazione legislativa della fattispecie.

L'autorizzazione conferita ai giudici a utilizzare criteri di giudizio ispirati alla logica del caso concreto non può che tradursi in "erculei", e per lo più inutili, tentativi di stabilire un ponte diretto col macro-bene tutelato, sperando così di conferire concreto spessore lesivo a tipologie di condotta che, per la fragilità empirica della connessione causale tra manifestazione espressiva e danno temuto, ne risultano già prive in partenza, a livello di tipizzazione astratta del pericolo²⁰: in tali circostanze, la richiesta rivolta al giudice di fornire caso per caso la prova empirica della pericolosità in concreto della singola condotta incriminabile equivale, perciò, a una richiesta supererogatoria ai limiti della *probatio diabolica*.

3.1. *(segue). Il ruolo dominante svolto dagli atteggiamenti valutativi dell'interprete a fronte di un pericolo non gestibile come evento singolo.*

Non sorprende, allora, che, considerata tra l'altro l'assenza di istruzioni anche solo debolmente orientative del giudice costituzionale che vadano al di là di un generico richiamo al «momento» e al «contesto», il correttivo della ricerca in sede giudiziaria di un'irraggiungibile offensività in concreto finisca con l'assomigliare molto da vicino a una delega in bianco che, in nome di una certa fiducia ideologica nel particolarismo, attribuisce ai giudici di merito un ruolo quasi ruolo "sapienziale": quello di una corte di *equitas* che, per distinguere tra casi pericolosi e casi innocui, deve operare in base a generalizzazioni compensative contingenti di tipo prevalentemente intuizionistico-emotivo, ovvero in base a poco controllabili valutazioni extragiuridiche di stampo sociologico-politico.

Ne deriva, allora, che l'appello risolutivo al pericolo concreto, quando si misura con mega-beni istituzionali troppo distanti dalla gittata massima della condotta singola e non può disporre di basi conoscitive oggettive e neutrali dotate di fondamento empirico controllabile, non è mai una polizza di assicurazione contro il rischio che sulla sua amministrazione giudiziale pesino in misura determinante valutazioni etico-politiche di riprovevolezza, inquietudini preventivo-repressive, esigenze di stigmatizzazione simbolica, considerazioni legate al *tipo di autore*, nonché i diversi atteggiamenti etico-normativi dell'interprete sul modo di concepire, pesare e contemperare tra loro il grappolo degli interessi costituzionali in gioco.

Di fronte a un *pericolo non gestibile come evento singolo*, quel che spinge ad affermarne la presenza nel caso individuale oggetto di giudizio sono, infatti, in larga parte, gli atteggiamenti valutativi dell'interprete, contingentemente ispirati a tassi di maggiore o minore drammatizzazione del pericolo fascista a seconda delle diverse premesse politico-culturali di partenza.

Tra questi trova posto anche una preoccupazione di tipo schiettamente general-preventivo: la preoccupazione (a sua volta avvertita in modo più o meno pronunciato a seconda dei

²⁰ «Nel caso di beni superindividuali o ad ampio spettro (inclusi quelli a carattere istituzionale o immateriale) il potenziale offensivo di singole condotte tende a farsi sfuggente, per cui non è tecnicamente possibile in sede legislativa tipizzare le condotte penalmente rilevanti in base a un criterio di offensività concepito in senso forte (in termini cioè di danno o pericolo concreto)»: così G. FIANDACA (2012), p.109.

diversi orientamenti politico-ideologici condivisi a monte) che la singola manifestazione di pensiero fascista possa operare come un “veleno a lento rilascio”, che sia, cioè, in grado di produrre, *in combinazione con altre violazioni dello stesso tipo*, un effetto tossico su larga scala. Facendosi portavoce di istanze di tipo dissuasivo-responsabilizzante, la domanda che, senza esplicitarla in modo autocosciente, i giudici presumibilmente si fanno è: cosa succederebbe, in una prospettiva futura *che trascende il piano degli effetti immediati* prodotti da violazioni contingenti e occasionali, se si lasciassero circolare liberamente, fino alla piena saturazione dell’ambiente sociale, messaggi di propaganda fascista? Se si lasciassero sbocciare liberamente sul “mercato delle idee” tutti i fiori, compresi quelli carnivori e velenosi?

L’impressione è che, in tutti i casi in cui ci si dichiara disposti a ravvisarne in giudizio gli estremi, il pericolo non sia un pericolo “chiaro e presente” associato alla *condotta singola*, bensì un pericolo futuro ricollegato ad una successiva stratificazione seriale di più messaggi ostili a democrazia/uguaglianza/diritti civili, politici, sociali: nel senso che a giocare un ruolo preponderante è, in realtà, l’allarme generato da un possibile *danno cumulativo* valutato in un’ottica di iper-prevenzione molto anticipata di “grandi rischi” non attribuibili su basi individuali.

Al punto che, in una situazione in cui a imporsi come prioritario sembra essere più il “controllo del comportamento” e la “gestione del conflitto” che la risposta reattiva a un danno temuto *hic et nunc*, l’autore di dichiarazioni o gesti tipici del repertorio neofascista - condannato per proteggere la collettività presente e futura dalla creazione di grandi pericoli a carico di grandi beni - sarebbe in fondo autorizzato a chiedersi: *perché proprio io?*

Ed in effetti, è vero che una tangibile caduta in crisi di un bene istituzionale privo di substrati empirico-fattuali e giuridico-costituzionali ledibili per effetto di singole violazioni individuali sarebbe forse più plausibile aspettarsela, più che come effetto isolato di circoscritte e puntiformi trasgressioni dell’interdetto antifascista, come effetto “di lungo periodo” prodotto dal replicarsi generalizzato e frequente di più condotte dello stesso tipo ripetute nel tempo con grado crescente di intensità.

Ma, allora, occorrerebbe riconoscere francamente che alla normativa antifascista è, di fatto, attribuito in sede giudiziaria il compito di intervenire in funzione accentuatamente preventiva allo scopo di neutralizzare in anticipo una offesa potenziale al bene democrazia che non è mai il prodotto della singola condotta ma che, a tutto concedere, potrebbe essere semmai il risultato della progressiva accumulazione di una pluralità indeterminata di messaggi ad essa ostili.

Il che, se non si vede male, è il più caratteristico biglietto da visita del pericolo astratto!

Sicché, una volta preso atto del carattere illusorio della retorica argomentativa del pericolo concreto, la conclusione che se ne può trarre è che si ha a che fare, in realtà, con un pericolo astratto “sotto mentite spoglie”: un pericolo astratto a gestione giurisprudenziale basato su una valutazione di rischiosità presunta che questo genere di condotte comunicative, *se considerate in aggregato*, potrebbe sprigionare.

Né a conclusioni diverse da quelle raggiunte fin qui parrebbe in grado di condurre il tentativo di ridimensionare in sede di interpretazione giudiziaria la *magnitudo* dell’evento di pericolo, sfruttando alcune ambiguità concettuali presenti già in sede di originaria prospettazione del criterio ad opera della giurisprudenza costituzionale. Si allude alla tendenza giurisprudenziale a rimpiazzare il pericolo concreto di ricostituzione del partito fascista col pericolo concreto di aggregare «adesioni e consensi», pur sempre in vista della riorganizzazione di un partito con tali caratteristiche²¹. Ma c’è davvero una differenza sostanziale così netta tra queste due diverse declinazioni del pericolo concreto²²? O una simile riconversione ermeneutica dell’oggetto del giudizio di pericolo è, in fin dei conti, solo un mero espediente retorico con cui, per ragioni di semplificazione probatoria, si sostituisce semplicemente a una idoneità diretta e immediata,

²¹ Cfr. Cass. 25.3.2014, n. 37577, in CED Cass m. 259826 la quale individua la sussistenza di un sia pur minimo potenziale sollecitatorio della condotta nel «suo venir in essere in condizioni di pubblicità tali da rappresentare un concreto tentativo di raccogliere adesioni ad un progetto di ricostituzione del disciolto partito fascista». Come accadrebbe, ad es., nel caso di coloro che dopo la lettura della sentenza compiono il saluto romano e gridano più volte la parola “Sieg Heil” (così Cass. 14.12.2016, n. 8108, in *Guida al diritto*, 2018, n.15, p. 98).

²² Sembra dare risposta positiva al quesito D. NOTARO, (2020), p. 9, il quale rileva che «le esternazioni di orientamento neofascista, più che per la concreta probabilità d’indurre alla (prossima) riorganizzazione del disciolto partito, sono oggetto di repressione per la possibilità che ad esse segua la diffusione di idee fertili alla germinazione dei movimenti vietati. Si dà con ciò evidenza alla capacità del divieto di abbracciare gli atti prodromici a un’eventuale ricostituzione del partito fascista. Ed è chiaro che, rispetto all’esito di una propagazione delle idee antidemocratiche, è più facilmente prospettabile una relazione di pericolosità (non meramente presunta) delle esternazioni di opinioni e degli atteggiamenti di simpatia per movimenti di matrice fascista (...) l’integrazione dei reati in esame dovrebbe finire col risultare subordinata al riscontro di concreti caratteri di idoneità della manifestazione del pensiero a indurre gli astanti ad aderire ai contenuti esternati. Le condotte assumerebbero allora le vesti di sollecitazioni *ad incertas personas*».

una idoneità più indiretta e mediata ma misurata pur sempre in rapporto al medesimo evento finale ‘ricostituzione’? Il sospetto è, cioè, che si tratti di un semplice aggiustamento di comodo, più praticabile dal punto di vista del suo riscontro processuale ma, in realtà, privo di reale autonomia concettuale rispetto alla precedente sistemazione. La concreta idoneità a coagulare consensi in vista di una futura, ipotetica ricostituzione di un partito di tipo fascista, infatti, non è altro che una controfigura semplificata e impoverita del medesimo criterio, una sua versione iper-preventiva sospinta ad una fase prodromica ancora più remota dei meri atti preparatori.

Se è così, sarebbe forse il caso di riconoscere che nemmeno l’adozione in chiave sostitutiva un simile correttivo al criterio di bilanciamento tra democrazia e libertà di parola praticato in tale ambito riesce a nascondere il dato di fondo per cui quel che si punisce è, ancora una volta, la *mera diffusione pubblica di idee secondo lo schema del pericolo astratto* nei confronti dell’assetto democratico-pluralista della forma di Stato.

Anche qui, quel che in definitiva torna puntualmente a fare capolino, come lo *Stregatto* di Lewis Carroll, è una pericolosità della condotta punibile affermata su basi presuntive e nascosta sotto la “foglia di fico” di una sua supposta attitudine concreta al proselitismo.

4. Un equivoco storiografico.

Le conclusioni più generali appena raggiunte in ordine alle disavventure applicative del pericolo concreto, concepito più come metafora psicologicamente rassicurante che come oggetto di rilevazione empirica - con la connessa identificazione tendenziale tra condotta realmente pericolosa e condotta eticamente censurabile e il conseguente scivolamento verso forme mascherate di pericolo astratto a gestione giurisprudenziale - trovano ulteriore conferma alla luce di specifiche ragioni di taglio storiografico che sembrano opporsi alla possibilità di affermare la perdurante attualità di un pericolo concreto di ricostituzione del Partito fascista nell’odierno contesto politico-istituzionale, socio-economico e giuridico-costituzionale.

Tutto il complesso normativo finalizzato a reprimere penalmente le riemersioni del fascismo in epoca presente, così come riconfigurato in chiave correttiva dall’intervento manipolativo della Corte costituzionale, sembra avvitarci, invero, su di un colossale fraintendimento storiografico, ben messo in luce nelle opportune sedi specialistiche.

Vediamo in breve di che si tratta, partendo da una necessaria premessa: la descrizione, da parte della Corte costituzionale, dell’oggetto del giudizio di pericolo delegato alle corti di merito sembra, a stretto rigore, fare riferimento al pericolo di ricostituzione di un partito assimilabile al c.d. “partito fascista storico”, *al completo di tutti i caratteri che ne hanno originariamente contraddistinto il profilo identitario*, primo fra tutti il carattere armato di “partito-milizia”²³. Non allude, invece, in modo più sbrigativo o meno esigente, al pericolo di dare vita alla costituzione o al rafforzamento di neoformazioni associative che si richiamino semplicemente a quella tradizione politico-ideologica senza, però, duplicarne assetti organizzativi, metodi di azione e obiettivi programmatici di lotta politica. E, soprattutto, senza l’aggancio alle indispensabili condizioni storico-fattuali di contesto che ne hanno storicamente agevolato il sorgere e l’affermarsi²⁴. L’indicazione tassativa contenuta nella XII disposizione transitoria e ribadita dal combinato disposto degli artt. 1, 4 e 5 della Legge Scelba, col suo riferirsi espressamente al «*disciolto partito fascista*», non lascia, del resto, spazio a soverchi dubbi in merito.

Di sicuro c’è che l’intero apparato legislativo di riferimento, con un consapevole sforzo di specificazione descrittiva, sembra riferirsi all’*esperienza storica del Partito Nazionale Fascista*, anziché puntare i riflettori sul fascismo inteso più come concetto teorico astratto che come fenomeno storico reale, il cui «presunto polimorfismo» «nasconde una sua camaleontica capacità di ripresentarsi sulla scena pubblica sotto una quantità di mentite spoglie sorprendenti»²⁵.

Si tratta, perciò, di una restrizione legislativa ispirata a canoni di determinatezza *semantica* e inevitabilmente destinata a riflettersi sul modo di intendere il criterio di bilanciamento successivamente messo a punto dalla Corte costituzionale²⁶. E, come vedremo, si tratta di una

²³ La fortunata espressione di sintesi è di E. GENTILE (1989).

²⁴ Sul punto cfr. D. PULITANÒ (2019), p.17, il quale, consapevole dei rischi di un’applicazione in chiave espansiva della normativa in questione prodotti da un uso inflazionistico del termine “fascista”, raccomanda, come antidoto contro indebiti e non sorvegliati «sovraccarichi semantici» del termine, un uso consapevole di competenze storiografiche in sede giudiziaria.

²⁵ A. DE BERNARDI (2018), p. 13.

²⁶ Già l’on. Palmiro Togliatti, in sede di lavori dell’Assemblea Costituente, all’iniziale favore per l’introduzione di una norma che vietasse

indicazione altrettanto fatalmente destinata a generare un cortocircuito con la concorrente dimensione *empirica* dello stesso principio di determinatezza-tassatività.

Al riguardo, possiamo cominciare col dire che, nel valutare la sussistenza di tale requisito cruciale, il giudice non dovrebbe lasciarsi ispirare da una nozione, per lo più intuitiva, di «fascismo generico»: ossia andare alla ricerca di una presunta «essenza» del fenomeno, che possa poi servire da guida per l'attribuzione in giudizio dell'etichetta di «fascista» ai movimenti che si teme possano svilupparsi nell'attuale *milieu* politico-sociale²⁷. Non deve, cioè, muovere - per dirla con E. Nolte - da un concetto «transpolitico» di fascismo²⁸ ed elaborare, in modo più o meno personale, una «teoria generale del fascismo» che vada alla caccia del c.d. «minimo comun denominatore fascista», pescando - dall'ampio e assortito *supermarket* delle opinioni espresse, non tanto da storici di professione, quanto soprattutto da storici delle idee, studiosi di scienze sociali e di filosofia politica - «liste di caratteristiche» asseritamente in grado di catturare l'*intrinseca natura* del fenomeno²⁹. Anche perché il tentativo di identificare, con uno sforzo di astrazione generalizzatrice, le coordinate politico-ideologiche comuni del fascismo inteso come fenomeno *metastorico e transnazionale* ha tradizionalmente dato luogo, nell'ambito dei settori disciplinari più direttamente interessati da simili indagini, a un panorama così variegato, incerto e contraddittorio di posizioni, da consigliare la rinuncia ad ogni sforzo volto a individuare una «definizione universale di fascismo», nella convinzione che il termine «sia intraducibile al di fuori di un determinato contesto storico»³⁰.

In questa prospettiva, il sindacato giudiziario sulla sussistenza degli estremi di un pericolo concreto e attuale di ricostituzione del Partito fascista è necessariamente tenuto a fare i conti con le specifiche acquisizioni conoscitive consolidate dalla storiografia: una disciplina che, in ragione del metodo individualizzante di indagine cui, per statuto professionale, è vincolata, si è sempre concentrata sulla «singolarità inimitabile delle numerose espressioni particolari del fenomeno», evitando di «pronunciare qualsiasi parola definitiva sul suo carattere di manifestazione politica generale»³¹.

E ciò anche perché, nella specifica ottica del giudizio di pericolo demandato in questa materia al giudice penale, se lo scopo è quello di valutare le effettive *chances* di riemersione dell'esperimento fascista nell'attuale contesto politico-istituzionale, interessa più interrogarsi sul *perché* sia sorto, *come* e con *quale tipo* di proposta politica si sia *storicamente* affermato in Italia, che non su *cosa* sia nella sua essenza di fondo, come fenomeno generale unitario.

Paradigmatica al riguardo la posizione assunta da Renzo De Felice, uno dei più celebrati storici del fascismo. Lo studioso reatino sembra opporre una netta chiusura nei confronti dei tentativi di costruzione di un «concetto superiore unitario» di fascismo da estendere al di là dei confini nazionali (o, per quel che qui interessa, da utilizzare come modello idealtipico per gli scopi del processo penale). E dichiarandosi in linea di principio contrario al proficuo impiego di approcci generalizzanti, a causa del peso decisivo esercitato dalle peculiarità nazionali sulle caratteristiche specifiche dei singoli movimenti, esprime forti riserve critiche sull'utilità di ricerche che mettano l'accento «sul *quantum* di fascismo puro, sul *minimum*, sul *maximum*, come se lo si dovesse pesare col bilancino, per poi attribuire un'etichetta, una patente». Insomma, fare impropriamente uso di un concetto omnicomprendente, non contestualizzato e cronologicamente indeterminato, non importa se per finalità contingenti di polemica politica o di risposta repressiva, significa costruire «grattacieli su palafitte», come tali inesorabilmente destinati a cadere sotto il peso delle obiezioni ad esso opponibili.

Per il vincolo costituzionale che lo lega al principio di stretta legalità, il giudice penale deve, quindi, restare fedele al celebre monito di Angelo Tasca per cui «definire il fascismo è anzitutto scriverne la storia»³². E verificare, pertanto, non già il generico rischio di «finanziare»

in chiave genericamente omnicomprendente la ricostituzione «di un partito fascista», sostitui ben presto una posizione ispirata a canoni di maggiore determinatezza descrittiva che concentrava il divieto costituzionale sul solo fascismo storico.

²⁷ Per la nozione di *Generic Fascism* v. R. GRIFFIN (1999), p. 107.

²⁸ E. NOLTE (1971).

²⁹ Le espressioni riportate tra virgolette nel testo sono di M. TARCHI (2003), pp. 3 e ss. il cui saggio ha al centro la controversa questione dell'ipotizzabilità di un concetto teorico-generale di fascismo, inteso come categoria metapolitica.

³⁰ È la posizione paradigmaticamente assunta al riguardo da G. ALLYARDACE (1979), pp. 365-388, che oppone una netta chiusura di principio nei confronti di ogni pretesa universalizzante in materia, ritenendo che formulare un modello generale di fascismo produce solo astrazioni idealizzanti che finiscono per funzionare come «uno specchio che riflette le illusioni intellettuali del periodo che le genera». Per poi concludere che i diversi concetti generalizzanti di fascismo universale proposti sono pure costruzioni ideologiche senza altro effetto se non quello di generare un fraintendimento di ciò che i movimenti raggruppati sotto questa etichetta realmente sono.

³¹ Così M. TARCHI (2003), pp. 15 e 12.

³² A. TASCA (1950).

la formazione di entità associative iscrivibili in un più generico orizzonte di «panfascismo planetario»³³; bensì il più specifico pericolo di contribuire alla rifondazione di un partito analogicamente assimilabile al c.d. “Partito Nazionale Fascista” (o a quel suo abbozzo embrionale che è stato il movimento dei Fasci di combattimento) al completo di tutti i caratteri che ne hanno storicamente contraddistinto non solo il profilo ideologico, ma soprattutto le peculiari modalità di azione e le specifiche condizioni economico-sociali e politico-istituzionali di cornice.

Incidentalmente, si può forse osservare in proposito che, se così non fosse, se ci si potesse accontentare del meno impegnativo accertamento del pericolo di contribuire con la singola manifestazione di pensiero alla costituzione di movimenti politici che si richiamano semplicemente a quella tradizione ideologica, senza poterne replicare moduli organizzativi, metodi di azione e scopi programmatici e, soprattutto, senza doverne dimostrare l’ancoraggio a condizioni storico-fattuali equiparabili a quelle che hanno storicamente agevolato il sorgere e l’affermarsi del c.d. “fascismo-movimento”, potremmo trovarci, in realtà, di fronte a un cortocircuito legislativo difficilmente giustificabile.

Più precisamente, posto che della repressione di tali formazioni associative si occupano già gli artt. 1 e 2 della L. Scelba, se l’evento verso cui la singola espressione verbale o gestuale sprigiona la sua carica di pericolosità andasse ricostruito secondo questa più caritatevole chiave interpretativa, le fattispecie che puniscono propaganda, apologia e manifestazioni fasciste sarebbero controintuitivamente destinate a svolgere l’incongrua funzione di prevenire la creazione di un *pericolo già esistente* (anzi già trasformatosi in danno), essendo le manifestazioni esteriori di adesione o appartenenza a tale universo politico-ideologico indirizzate verso organizzazioni neofasciste già costituite, che, cioè, quel pericolo hanno già concretizzato con la loro stessa esistenza³⁴.

A prendere sul serio le enunciazioni del giudice costituzionale, il giudice penale non dovrebbe, dunque, limitarsi semplicemente ad accertare che alla singola rivendicazione identitaria di affiliazione all’ambiente politico-culturale di matrice neofascista sia genericamente associato un più blando pericolo di agevolare il mero rafforzamento di organizzazioni ideologicamente orientate in quel senso³⁵. Bensì impegnarsi nel ben più impervio riscontro empirico di un pericolo di *ricostituzione del Partito fascista*³⁶.

4.1.

(segue). Il dibattito storico-politologico più generale sul c.d. “ritorno del fascismo”.

Sia come sia, giunti a questo punto è il caso di chiedersi se, anche sotto questo più specifico profilo, la regola di collisione approntata dalla giurisprudenza costituzionale e diligentemente seguita, con esiti alterni, dalla giurisprudenza ordinaria, sia in grado di mantenere quel che promette. O se sia, invece, progressivamente diventato sempre più simile a un *bilanciamento-truffa con oggetto impossibile*: se, cioè, la prospettata verifica giudiziaria del pericolo concreto di riorganizzazione del partito fascista sia una verifica ontologicamente ed epistemologicamente praticabile o se, invece, un simile giudizio sia ineluttabilmente condannato a un fallimento applicativo ampiamente prevedibile, per sopravvenuta impossibilità di riscontrare la

³³ P. TAGUIEFF (2015), p. 63.

³⁴ Sul punto cfr. NOTARO (2020), pagg. 2-3, il quale, a proposito della «difficoltà nel definire i tratti dei movimenti ai quali si rivolge il divieto di ricostituzione», ritiene che l’attuale formulazione a trama aperta della norma definitoria contenuta nell’art. 1 della legge del 1952 - contenutisticamente più ampia di quella previgente che si limitava, ben più parsimoniosamente, a vietare soltanto quei partiti e movimenti «che, per l’organizzazione militare o paramilitare o per l’esaltazione o l’uso di mezzi violenti di lotta, perseguissero finalità proprie del disciolto partito fascista» - nota come, pur essendo «evidenti i rimandi a concetti storicamente connotati, condensati nell’attributo “fascista”(…) le finalità o le modalità attuative del programma evocano non di rado caratteristiche *non esclusive* dei movimenti che si sono imposti nel “ventennio”(…). Non infondato è, dunque, il rischio di confondere i fenomeni da colpire».

³⁵ E’ questo semmai il tratto distintivo che, almeno secondo l’orientamento giurisprudenziale patrocinato dalla sentenza *Scordo* richiamata alla nota 3, caratterizzerebbe il profilo tipico del diverso reato di esibizioni razziste di cui all’attuale art. 604 bis c.p.

³⁶ Sotto questo aspetto, vale la pena di notare, a ulteriore chiarimento dell’assunto, che la portata significativa della regola di bilanciamento proposta dalla Corte costituzionale per circoscrivere lo spazio applicativo dei reati di opinione contenuti nella legislazione penale di settore è indipendente dalla definizione legale ad ampio spettro del concetto di «Riorganizzazione del disciolto partito fascista» fornita dall’art. 1 della Legge Scelba, posto che si tratta di una definizione valevole esclusivamente al diverso fine di delimitare la rilevanza penale del solo fenomeno associativo, senza refuenze vincolanti sul modo di intendere il criterio di contemperamento adottato dal giudice delle leggi. Ne costituisce una riprova indiretta il fatto che, ai sensi di questa definizione legale a trama aperta, ci sarebbe riorganizzazione del partito anche nel caso di un’associazione, un movimento o un gruppo di persone non inferiore a cinque che «compie manifestazioni esteriori di carattere fascista»: i rischi di un ragionamento “a spirale” che si avvita su sé stesso sono più che evidenti.

presenza delle indispensabili condizioni storico-fattuali, politico-istituzionali, socio-culturali di sfondo che ne hanno favorito la comparsa e il successivo radicamento. E se dunque, anche sotto questo profilo più squisitamente storiografico, non finisce con l'assomigliare a una scatola vuota riempita solo dai mutevoli giudizi di valore etico-politico del singolo interprete giudiziario e, persino, da fattori emotivi e irrazionali.

In questa direzione di indagine, le difficoltà applicative in cui si imbatte il pericolo concreto di ricostituzione del partito fascista, come nozione interna al diritto che identifica il prodotto del bilanciamento tra gli interessi in conflitto, potrebbero essere messe utilmente in relazione con il dibattito storico-politologico più generale sul c.d. "ritorno del fascismo" e costituirne, in un certo senso, il suo "doppio" penalistico.

La prima cosa da mettere a fuoco in proposito è, infatti, che la scommessa sulle effettive chances di utilizzo di un siffatto criterio di compatibilità tra gli interessi in gioco si mostra solidale con la tesi storico-antropologica dell'«eterno ritorno del fascismo», finendo per questo col restare inevitabilmente ostaggio delle insuperabili obiezioni critiche ad essa opponibili³⁷.

Secondo questa tesi, il fascismo sarebbe da considerare come una specie di maledizione antropologica degli italiani riattivabile in permanenza, una «malattia morale» che - lungi dal poter essere efficacemente estirpata, come riteneva B. Croce³⁸ - sarebbe perennemente disponibile al suo ciclico reinnesco. Dovremmo costantemente fare i conti, cioè, con un «sommerso della Repubblica» fatto di diffidenza pregiudiziale nei confronti dei partiti e della partecipazione politica, anti-antifascismo qualunquista, sostanziale estraneità nei confronti del costituzionalismo dei diritti, visti come atteggiamenti collettivi da cui potrebbero derivare non solo innocui nostalgismi verso il passato regime ma una ben più temibile disponibilità diffusa, sempre presente in sottofondo, verso avventure autoritarie affidate all'Uomo della Provvidenza di turno³⁹. Insomma, il fascismo come «autobiografia della nazione», secondo la memorabile definizione che ne fornì Piero Gobetti⁴⁰. O come "rivelazione": propendendo per una lettura dell'esperimento fascista che non riusciva a coglierne i tratti inediti e irripetibili - quelli, per intenderci, di una mobilitazione dall'alto delle masse volta a «trasformare, attraverso un uso capillare della violenza di Stato e di partito, le nazioni in comunità di destino razzialmente definite sotto la guida del partito unico e del capo carismatico»⁴¹ - fu F. S. Nitti ad aver introdotto, per la prima volta, la categoria interpretativa del c.d. "fascismo-rivelazione"⁴²: il fascismo sarebbe stato nient'altro che la manifestazione epifenomenica di tendenze strutturali di fondo stabilmente presenti nel tessuto della società italiana, la riemersione sintomatica, con tratti solo più traumatici, di una stessa Italia reazionaria, clericale e antimoderna, la riproposizione tragica di irrisolte patologie sociali sempre in agguato (dal sovversivismo delle classi dirigenti, al ribellismo anarcoide degli strati sociali inferiori, alle tendenze autoritarie del capitalismo di famiglia italiano)⁴³.

In tempi più recenti, è a Umberto Eco che si deve la più lucida e arguta difesa della legittimità del tentativo di ipostatizzare il fascismo in una categoria politico-antropologica cui sono attribuiti caratteri a-temporali e ricorsivi.

Il c.d. «"Ur-Fascismo" o "fascismo eterno" è ancora intorno a noi, talvolta in abiti civili» e

³⁷ L'espressione è di E. GENTILE (2019), pp. 10 e ss. il quale rileva anche (a pag. 142) la curiosa stranezza per cui il fascismo, a differenza di altri movimenti e regimi della storia contemporanea, a cominciare dal bolscevismo, sarebbe «l'unico fenomeno politico al quale si attribuisce una straordinaria capacità mimetica, la vocazione a ritornare camuffato sotto altre spoglie. Dopo la singolarità del "fascismo generico", abbiamo la singolarità del "fascismo mimetico", che sono però un'unica singolarità: entrambe sottintendono infatti che il fascismo sia dotato, se non dell'eternità, certamente della immortalità o di una straordinaria vitalità, che gli permette di rianimarsi, quando vuole e come vuole, per tornare a minacciare la democrazia».

³⁸ B. CROCE (1946), p. 102.

³⁹ F. M. BISCIONE (2023).

⁴⁰ P. GOBETTI, 2016. Di questo stesso avviso anche P. CALAMANDREI (1952), tra gli antifascisti più intransigenti nel denunciare il pericolo del fascismo ritornante, considerato come un fenomeno mai veramente morto, perché affondava le sue radici nel carattere e nel costume secolari degli italiani, il quale osservava che se il fascismo, come ordinamento politico, era finito, sopravviveva ancora, sotterraneo, il «costume fascista», che «circola, serpeggia, fermenta: alimenta altre ruberie, incoraggia altre tracotanze, suscita altre oppressioni. E i dominatori, anche se sotto divise meno marziali (e magari, oggi, sotto vesti pie: e domani chissà sotto quali altri travestimenti) sono sempre loro; e le vittime sono sempre le stesse». Date queste condizioni, il giurista proponeva il dovere della vigilanza antifascista per scoprire il nuovo fascismo «sotto tutti i suoi travestimenti».

⁴¹ A. DE BERNARDI (2018), p. 54.

⁴² Scriveva dal suo esilio parigino F. S. NITTI (1926), p. 87, a sostegno dell'idea del fascismo come "rivelazione" di una stessa struttura sociopolitica di base, suscettibile dunque di ripresentarsi ciclicamente sia pure sotto altre forme: «la marche fasciste sur Rome n'a pas été, comme prétendent les Fascistes, une révolution, mais seulement une révélation (...). C'est un retour au passé dans la forme la plus inattendue, mais la plus explicable».

⁴³ A. DE BERNARDI (2018), p. 55.

«può ancora tornare sotto le spoglie più innocenti. Il nostro dovere è di smascherarlo e punire l'indice su ognuna delle sue forme»⁴⁴. Per riempire di contenuti questo super-concetto archetipico dai contorni storicamente indeterminati e dalle pressoché infinite potenzialità attualizzatrici viene proposta una lista di indicatori sintomatici che, variamente combinati fra loro, sono virtualmente in grado di abbracciare tutti i movimenti di destra, dagli autoritarismi novecenteschi ai neopopulismi sovranisti del tempo presente: nell'elenco trovano posto il *culto della tradizione* e la «rivolta contro il mondo moderno», con il connesso primato di «terra e sangue» sugli ideali universalistici della Rivoluzione francese; l'*idolatria dell'azione diretta* come manifestazione suprema dell'energia sociale; il *sospetto verso il mondo intellettuale*; la *paura della differenza* da cui deriva la spinta al respingimento fobico di un'ampia platea di intrusi e l'assunzione di posture razziste e xenofobe; la *mobilizzazione delle classi medie frustrate* (la c.d. «rivolta dei perdenti»); l'*ossessione del complotto*, l'*elitismo popolare* (o di massa) e il *machismo*, con la connessa condanna di abitudini sessuali non conformi; l'*antiparlamentarismo*; il ricorso ad una *neolingua* creata al fine di inibire il ragionamento critico⁴⁵. E analoghe tassonomie, tutte accomunate dallo sforzo teorico di elaborare un concetto generale e astratto di fascismo utile anche per future applicazioni, sono state tentate da una nutrita schiera di storici di professione⁴⁶.

Ora, il tentativo di accreditare la tesi di un possibile ritorno del fascismo è sostenibile solo a patto di interpretarlo come un concetto tipologico privo di coordinate precisamente definite nel tempo e nello spazio, come una mera disposizione collettiva totalmente destoricizzata e, in quanto tale, da considerare, anche in sede giudiziaria, come dotata di un'intrinseca e insopprimibile *consuetudo revertendi*.

La tesi è stata, però, fatta oggetto di confutazioni radicali in sede storiografica. Confutazioni che finiscono col travolgere la stessa ragionevolezza politico-criminale complessiva del ricorso al pericolo effettivo di ricostituzione del partito fascista come controlimite plausibile alla criminalizzazione del dissenso politico-ideologico.

Alcuni tra i più avvertiti storici del fascismo e della Liberazione, mettendo in guardia contro i nefasti effetti di quello che S. Mallarmè chiamava *il demone dell'analogia*, hanno, infatti, meritoriamente messo nel dovuto risalto l'irripudibilità delle condizioni storiche in cui si impose la soluzione totalitaria, escludendo nettamente ogni possibile sovrapposizione tra la crisi economico-sociale e politico-istituzionale post-bellica degli anni Venti del Novecento - e cioè la temperie in cui maturò l'esperimento fascista - e la crisi della democrazia indotta dalla globalizzazione neo-liberista dei primi anni Duemila, in cui ha fatto la sua comparsa il sovranismo populista⁴⁷.

Al centro delle argomentazioni addotte a sostegno dell'inattualità di un pericolo fascista di qualche tipo nell'attuale contesto politico segnato dall'avanzata dei moderni populismi identitari di destra sta la ribadita necessità di ancorare il giudizio sul presente (per quel che qui interessa, non solo politico ma anche giuridico-penale) ad un'attenta valutazione *storica* del passato⁴⁸: non si può in nessun modo parlare di un pericolo imminente di un possibile ritorno del fascismo perché «non si vede alle porte la ricomparsa di alcun regime totalitario monopartitico proteso al dominio integrale della società e alla sua trasformazione»⁴⁹, nessun contesto ambientale che possa funzionare da incubatore per lo sviluppo di movimenti anche solo analogicamente apparentabili al partito fascista storico, contraddistinto com'era da caratteristiche di impossibile riscontrabilità empirica nelle attuali contingenze storico-politiche: tra queste, «il capo carismatico, il partito-milizia, il corporativismo, lo statalismo organicistico, la sacralizza-

⁴⁴ U. Eco (2018), pp. 49-50.

⁴⁵ U. Eco (2018), pp. 34 e ss. Una sottocultura che N. BOBBIO (1982), pp. 598-624. riassumeva in un lungo catalogo di «anti»: «anti-razionalismo, anti-illuminismo, anti-progressismo, anti-materialismo, anti-individualismo, anti-parlamentarismo, anti-pacifismo».

⁴⁶ Per una esaustiva rassegna dei risultati cui è pervenuta la storiografia contemporanea nel tentativo di intercettare l'essenza del fenomeno, in quella che è stata efficacemente definita la «guerra delle interpretazioni» v. M. TARCHI (2003), pp. 21 e ss. Sul versante delle dispute politiche già Giorgio Amendola osservava: «Si vede il fascismo italiano come un fenomeno che si ripete, come se ci fosse una categoria universale del fascismo. Io respingo questa astrazione».

⁴⁷ Il riferimento è ai due lavori di De Bernardi e Gentile già citati in precedenza.

⁴⁸ Per la tesi secondo cui l'eterno ritorno del fascismo si basa sull'uso di analogie, che solitamente producono falsificazioni nella conoscenza storica» si veda E. GENTILE (2019), p. 18, il quale sottolinea con forza l'indicazione di metodo per cui «non possiamo prescindere dal fascismo storico per definire chi è fascista, o usare il termine «fascista» per movimenti politici che non presentano affatto le caratteristiche peculiari, o hanno addirittura caratteristiche opposte del fascismo storico, cioè del fenomeno politico che ha impresso il suo marchio nella storia del Novecento, imponendosi in Italia negli anni fra le due guerre mondiali come partito milizia, regime totalitario, religione politica, irreggimentazione della popolazione, militarismo integrale, preparazione bellicosa all'espansione imperiale, e diventando un modello per altri partiti e regimi sorti nello stesso periodo in Europa, per finire poi travolto e distrutto dalla disfatta militare nel 1945».

⁴⁹ E. GENTILE (2019), p. 93.

zione della politica, la dialettica amico/nemico, con la distruzione violenta di quest'ultimo»⁵⁰.

Del resto, una carica di dinamiche epistemologiche sulla fondatezza empirico-criminologica del ricorso al requisito-chiave del pericolo concreto di ricostituzione del partito fascista viene, più in generale, dal versante della metodologia della ricerca storica, che da sempre insiste sul monito (peraltro intuitivamente percepibile anche in base al senso comune) per cui 'la storia non si ripete': essa «è un insieme di fatti materiali, culturali, militari, politici, sociali, mentali, unici e irripetibili. E il compito specifico degli storici è quello di ricordare all'opinione pubblica di non confondere possibili somiglianze tra eventi attuali e altri del passato con la possibilità che il passato si riproduca nell'oggi e, quindi, di non cadere nel tranello di spiegare il recente con il remoto»⁵¹, inseguendo quella che Marc Bloch definiva «l'ossessione delle origini»⁵².

Il tempo storico è «una realtà concreta e viva» fondata sulla «irreversibilità del suo corso», all'interno del quale si dispongono fenomeni ed eventi dotati di una loro irripetibile unicità, sicché l'impossibilità ontologica di mandare in replica il "già avvenuto" è l'unico paradossale contributo che gli storici possono dare alla previsione del futuro implicata in un accertamento come quello devoluto dal giudice costituzionale alle corti comuni in materia.

Se si vuole scomodare ancora una volta Bloch, si può forse dire che il frequente errore epistemologico commesso dai giudici impegnati in questa verifica sia quello di scambiare «una filiazione per una spiegazione»⁵³: e va da sé che l'adozione di un simile stile decisorio, confondendo pericolo oggettivamente esistente e pericolo soggettivamente percepito, non può che compromettere la persuasività, al metro di convincenti verifiche sperimentali, del giudizio predittivo sulla pericolosità effettiva della singola condotta che essi pretendono di poter formulare.

4.2.

(segue). La comparazione storica e il ruolo-chiave della violenza politica organizzata.

In un quadro come quello fin qui molto sommariamente tratteggiato, una valutazione delle *performances* attese dal criterio che punta sulla riorganizzazione del partito fascista, se condotta alla luce di una seria analisi di "storia comparata", ne mette allo scoperto tutte le insufficienze.

Detto in estrema sintesi, lo specifico statuto disciplinare cui obbedisce la comparazione storica consiste fondamentalmente nel mettere in evidenza, attraverso confronti sistematici e alla luce di determinati interessi conoscitivi, le analogie e le differenze esistenti tra due o più fenomeni storici, allo scopo o fornirne una descrizione il più possibile accurata o di pervenire a interpretazioni più generali di eventi, esperienze, strutture e processi storici.

Ora, le comparazioni storiche fra due o più "casi" oggetto di indagine possono essere distinte in base alle rispettive finalità euristiche cui prevalentemente tendono. A livello teorico generale esistono, infatti, due tipi fondamentali di analisi storica comparata, finalizzati a scopi rispettivamente diversi: da un lato, un approccio tendenzialmente focalizzato sugli aspetti differenziali, sui profili di discontinuità esistenti tra le c.d. unità storiche oggetto di indagine e funzionalmente preordinato a fornire una descrizione e una conoscenza più esatta dei singoli casi posti a confronto (o di uno solo di essi); dall'altro, un approccio che invece mette l'accento su affinità e similitudini, questa volta allo scopo principale di formulare generalizzazioni o di fornire una descrizione di contesti globali.

La distinzione tra queste due tipologie ricorrenti di comparazione storiografica si incontra costantemente nella letteratura in argomento.

Già John Stuart Mill aveva contrapposto il *method of difference* al *method of agreement*⁵⁴. Fu poi Marc Bloch ad avere affermato per parte sua che la storia comparata ha come obiettivo primario il riconoscimento di analogie e differenze e, per quanto possibile, la spiegazione della loro presenza in contesti storici diversi⁵⁵. Analogamente, Otto Hintze osservava che la com-

⁵⁰ A. DE BERNARDI (2018), p. 120.

⁵¹ A. DE BERNARDI (2018), p. 27

⁵² M. BLOCH (2009), p. 152.

⁵³ M. BLOCH (2009), p.157.

⁵⁴ J. S. MILL, (1881), pp. 221-233.

⁵⁵ M. BLOCH (1963), p. 17.

parazione può essere finalizzata all'individuazione di un carattere generale che sta alla base dei fenomeni oggetto del confronto, oppure può mirare a distinguerli e coglierli nella loro specifica singolarità⁵⁶. In anni più recenti, Theda Skocpol e Margaret Somers hanno isolato due tipi di comparazione, una "storica" e l'altra "sociologica", la prima caratterizzata dalla individuazione e valorizzazione di profili di contrasto (c.d. *contrasting type*) e la seconda orientata a mettere in evidenza possibili parallelismi tra i fenomeni storici indagati (c.d. *parallel demonstration*), pronunciandosi poi a favore di un metodo intermedio che associa entrambi nella c.d. analisi macrocausale⁵⁷. E Charles Tilly ha, dal canto suo, distinto agli stessi fini una «comparazione universalizzante» attenta alle ricorrenze e una «comparazione individualizzante» attenta alle variazioni.⁵⁸

Ora, assumendo come oggetti di indagine storiografico-giudiziaria rilevanti in materia di esternazioni fasciste penalmente rilevanti, da un lato, il fascismo storico e, dall'altro, le singole manifestazioni contemporanee di un presunto fascismo riaffiorante, le uniche analogie rintracciabili in base ai sopra richiamati obiettivi tipici della c.d. «comparazione generalizzante» si fermano tutt'al più al piano di una mai tramontata mentalità fascista sommersa. Mentre, se si imposta la verifica giudiziale secondo gli scopi analitico-descrittivi tipici della c.d. «comparazione individualizzante» - come del resto parrebbe esigere lo specifico *thema probandum* delegato ai giudici penali - a prevalere nettamente sono gli elementi differenziali o di contrasto⁵⁹.

Fra questi soprattutto il requisito centrale della violenza politica organizzata.

Anche se «gli aspetti originali e specifici della sua individualità come un fenomeno del XX secolo che non può avere repliche future» ovviamente non coinvolgono solo la c.d. «dimensione organizzativa» ma anche quella «culturale» e quella «istituzionale»⁶⁰, l'esigenza di sottolineare i contrassegni differenziali e irripetibili del fascismo storico rispetto alle sue manifestazioni contemporanee vale, ai nostri fini, soprattutto per la prima dimensione, caratterizzata dal connotato di fondo della c.d. «brutalizzazione della politica»⁶¹: un requisito attinente ai metodi e agli obiettivi della lotta politica che, avendo costituito il tratto identitario più saliente del c.d. fascismo delle origini, assume particolare rilevanza nel contesto di un'indagine giudiziaria tipicamente volta ad accertare la sussistenza di un pericolo oggettivo di ricostituzione di un partito di tipo fascista fotografato "allo stato nascente". Vediamo in breve di che si tratta.

Costituisce oggetto di consenso unanime tra gli storici di professione che il fascismo di massa si è originariamente strutturato secondo l'inedita fisionomia organizzativa del c.d. "partito-milizia": e, cioè, un partito armato che, per prima cosa, si era proposto - dandosene, sul piano della realtà effettiva, le possibilità materiali e istituzionali di contesto - l'abbattimento violento della democrazia parlamentare tramite il ricorso su larga scala a forme diffuse di intimidazione e terrore nei confronti del nemico politico (per poi procedere, nelle fasi successive della sua dinamica di sviluppo, alla realizzazione di uno stato totalitario a partito unico e a vocazione bellicista-imperialista, attuata nel quadro di una mobilitazione permanente delle masse, trasformate dal capo carismatico in comunità organica).

In questo senso, la c.d. "brutalizzazione della politica" ad opera di formazioni paramilitari di partito assume il ruolo di chiave interpretativa fondamentale per spiegare storicamente l'ascesa del fascismo⁶².

E (passando dal descrittivo al prescrittivo) lo stesso elemento assume contemporaneamente il ruolo di prerequisito indispensabile per giustificare in sede giudiziaria la sussistenza del pericolo concreto di una sua eventuale riproposizione in forme attualizzate.

In uno dei primi e più lucidi studi sulle origini del fascismo in Italia, Angelo Tasca individuava nello squadristico «la vera, la sola forza reale del fascismo», facendone un attributo necessario e indefettibile di tutti i movimenti di stampo fascista nati in seguito: «ogni fascismo

⁵⁶ O. HINTZE, (1964), p. 251.

⁵⁷ T. SKOCPOL, M. SOMERS (1980), pp. 174-197.

⁵⁸ C. TILLY (1984), pp. 82 ss. Si può osservare, al riguardo, che mentre gli storici di regola privilegiano l'individualizzazione, sociologi e politologi sono solitamente più interessati alla generalizzazione, sebbene si tratti comunque soltanto di una distinzione tendenziale o di grado.

⁵⁹ «Marc Bloch, metteva in guardia dal credere che il metodo comparativo "non abbia altro oggetto se non la caccia alle somiglianze", perciò "facilmente lo si accusa di accontentarsi di analogie forzate, perfino, all'occasione, d'inventarsele"; un metodo comparativo così adoperato "non sarebbe che una mediocre caricatura", mentre se rettamente inteso, "esso riserva al contrario un interesse particolarmente vivo alla percezione delle differenze", "la storia comparativa "deve mettere in evidenza la originalità" dei fenomeni politici, piuttosto che ricondurli tutti alla genericità di un unico fenomeno, che si ripete sotto diverse spoglie»: così E. GENTILE (2019), pp. 144-45.

⁶⁰ Per un sintetico resoconto del significato storicamente assunto da queste tre dimensioni definitorie del fenomeno fascista v. E. GENTILE (2019), pp. 163-167.

⁶¹ L'espressione è di G. MOSSE (1990).

⁶² Sul punto cfr. G. ALBANESE (2014), pp. 3-14.

implica un'organizzazione armata: senza organizzazione armata, niente fascismo»⁶³.

L'attenzione della storiografia si è poi concentrata con sempre maggiore insistenza sul ruolo svolto dal braccio armato del movimento e sulla sua stretta compenetrazione con le strutture organizzative e politiche: Adrian Lyttelton, ad esempio, ha dato un contributo decisivo nel mettere in luce come l'organizzazione paramilitare e il capillare ricorso alla violenza di partito abbia rappresentato «verosimilmente la più importante di tutte le componenti del fascismo»⁶⁴; Emilio Gentile, per parte sua, definendo il fascismo *ante-marcia* come un «partito-milizia», ha negato l'esistenza di un vero e proprio «dualismo inseparabile» tra «politici» e «guerrieri», ritenendo che lo squadristo avrebbe rappresentato la vera «essenza del fascismo», la «sostanza originale del nuovo partito» e del suo innovativo modo di fare politica⁶⁵. D'altra parte, per convincersene basterebbe rileggere gli enunciati programmatici del primo Statuto del Partito nazionale fascista, nella parte in cui afferma esplicitamente che «le Squadre formano un tutto inscindibile con i Fasci».

E non è un caso che proprio su questo requisito-chiave puntino tutti i più recenti e accreditati studi come spartiacque ideale tra fascismo e neopopulismo identitario di destra⁶⁶. Così, in un recente lavoro di comparazione su scala internazionale tra le due tradizioni politiche, si individuano innanzitutto alcuni tratti costitutivi comuni a entrambe, come l'essere una «teologia politica fondata da un leader del popolo che ha tratti messianici e carismatici», il promuovere una concezione tendenzialmente olistica del popolo contrapposto alle élites, l'operare una costante identificazione degli avversari politici con l'antipopolo, il manifestare una malcelata insofferenza nei confronti dello stato di diritto, della separazione dei poteri, del pluralismo politico-culturale, il definirsi in base a un'idea esclusivista o «nativista» di nazione declinata in termini etnici, con una decisa ostilità nei confronti di qualsiasi progetto di società multietnica e multiculturale basata sull'universalismo dei diritti. E tuttavia, se sul piano delle genealogie culturali sono molte le aree di sovrapposizione, il populismo continua a differenziarsi nettamente dal fascismo perché, pur coltivando un progetto di trasformazione autoritaria della democrazia, non contesta il metodo democratico fondato su libere elezioni pluripartitiche, accetta il gioco elettorale e soprattutto si caratterizza per il rifiuto della violenza politica come metodo di conquista e mantenimento del potere, sicché «sul piano concettuale e soprattutto su quello pratico, proprio la violenza fa da spartiacque tra fascismo e populismo».

Alcune puntualizzazioni possono forse risultare utili a mettere meglio a fuoco il nodo della violenza politica, anche in vista della sua valorizzazione sul terreno dell'attualità penalistica⁶⁷.

Procedendo un po' all'ingrosso, la prima precisazione è che la pratica della violenza paramilitare organizzata a livello di partito non ha rappresentato semplicemente una strategia di risposta in chiave «antisovversiva» spiegabile solo in base al noto binomio «rivoluzione-reazione»⁶⁸, ma è stata concepita e attuata fin dall'inizio come una vera e propria *strategia eversiva di ampio respiro* esplicitamente volta al rovesciamento delle legittime istituzioni politiche⁶⁹.

La seconda puntualizzazione riguarda il fatto che, in generale, l'analisi storiografica si è concentrata soprattutto sulla cosiddetta fase «eroica» dello squadristo (vale a dire sul periodo anteriore alla marcia su Roma), focalizzando l'attenzione sul ruolo svolto dalla violenza politica organizzata nell'eliminazione sistematica degli oppositori e nell'assalto allo stato liberale. In realtà, però, la violenza di matrice squadrista ha caratterizzato, come elemento di governo informale, le dinamiche di sviluppo regime fascista lungo tutta la sua parabola evolutiva, e non solo la sua fase movimentista.

Ciononostante, quel che dovrebbe assumere rilievo decisivo nel contesto di una valutazione penalistica sul pericolo di rifondazione di un movimento che ne rispecchi i tratti tipici della sua fase inaugurale è, più specificamente, il riscontro di un'organizzazione paramilitare di grandi dimensioni e il diffuso ricorso su larga scala alla violenza di partito in vista del sovvertimento delle istituzioni democratiche.

⁶³ A. TASCA (1967), pp. 257, 562.

⁶⁴ A. LYTTTELTON (1974), p. 83.

⁶⁵ E. GENTILE (1989), pp. 464-5, 534.

⁶⁶ F. FINCHLSTEIN (2019), pp. 23 e ss, Su queste tematiche cfr. anche G. SERUGHETTI, (2021).

⁶⁷ Su questi aspetti cfr. M. MILLAN (2014).

⁶⁸ Cfr. sul punto R. VIVARELLI (1991).

⁶⁹ Questo non implica che la pratica della violenza, così come realmente sperimentata all'interno della squadra, non abbia assunto anche i tratti di una «violenza per la violenza» capace di diventare stile di comportamento abituale: lo squadristo ha introdotto infatti un costume politico prima sconosciuto nel quale il ricorso attivo alla violenza fisica e morale è divenuto un obiettivo fine a sé stesso e, contemporaneamente, uno strumento terroristico programmaticamente rivolto alla conquista del potere.

La terza precisazione riguarda il nesso genetico inscindibile tra guerra mondiale, violenza politica e conquista del potere fascista. La forza dirompente dei processi di trasformazione della società indotti dal primo conflitto mondiale fu tra le principali cause che determinarono la diffusione a vasto raggio della violenza organizzata di tipo squadrista, il collasso dello Stato liberale e l'imporsi della soluzione fascista. Esiste dunque un «nesso non solo politico, ma anche esistenziale, tra guerra e fascismo»⁷⁰, tra acquisizione di pratiche e culture della violenza nel corso del primo conflitto mondiale, mobilitazione delle masse, radicalizzazione della politica e avvento del fascismo.

Niente di tutto questo è alle viste.

4.3. (segue). *Le conseguenze sul piano dell'accertamento penale.*

Se è vero che lo squadristo ha rappresentato l'«essenza» del fascismo, da quanto precede si può ricavare l'assunto per cui, in mancanza di un analogo clima diffuso di violenza organizzata programmaticamente volto al ribaltamento violento delle istituzioni democratiche, l'allegazione di un pericolo di ricostituzione del partito fascista come conseguenza potenzialmente associabile al compimento di gesti tipici del relativo repertorio iconografico assomiglia molto da vicino a un vero e proprio *non sequitur*, nel senso che non lo si può nemmeno ritenere un dato processualmente dimostrabile al banco delle prove esperibili in giudizio: solo con una notevole dose di fantasia giudiziaria si può infatti immaginare che dal compimento in pubblico di manifestazioni esteriori tipiche dell'universo simbolico fascista si possa originare un reale pericolo di riprodurre organizzazioni di partito con effettive possibilità di realizzare simili obiettivi programmatici (o fare proselitismo in vista di una loro possibile ricostituzione). L'organo giudicante se non vuole condurre interamente *in vacuo* l'accertamento delegatogli, dovrebbe, prima di tutto, riuscire a classificare, dal punto di vista definitorio, come «fascista» nel senso predetto l'organizzazione politica verso cui l'esternazione verbale o gestuale sprigiona la sua carica di pericolosità, per poi passare a verificare l'eventuale presenza delle condizioni empirico-fattuali di un suo radicamento effettivo nel contesto socio-politico di riferimento. E una simile verifica, presa sul serio, non può che dare esito negativo: adattando al tema specifico in questione una efficace metafora di Marc Bloch, si potrebbe osservare che, certo, «la quercia nasce dalla ghianda. Ma diventa quercia e tale rimane, solo se incontra condizioni d'ambiente favorevoli, che non dipendono più dall'embriologia»⁷¹.

In questa prospettiva di analisi, si è quindi opportunamente osservato che la possibilità di argomentare con successo (per quel che qui interessa, anche in sede giudiziaria) a favore di una riedizione in forme aggiornate del fenomeno fascista (o del suo *equivalente penalistico* rappresentato dal pericolo concreto di rifondazione del relativo partito) è possibile solo a patto di trattare il fascismo, e il suo antagonista (anche politico-criminale), e cioè l'antifascismo, come «due archetipi metastorici del lessico politico» (e giuridico-penale), come «due lemmi enciclopedici fuori dal tempo che possono riempirsi di tutti i contenuti politici che di volta in volta attori diversi e storicamente determinati gli hanno attribuito e continuano ad attribuirgli» (inclusi nel conto, ovviamente, i magistrati penali). Ed in effetti, assecondando una simile prospettiva metastorica in sede di formulazione del giudizio di pericolo loro demandato, i giudici finiscono il più delle volte ineluttabilmente col rimanere prigionieri di quella che potremmo definire l'«illusione retrospettiva della fatalità»⁷²: l'illusione, cioè, di potere effettuare con successo raffronti comparativi fra due fenomeni radicalmente diversi per caratteristiche ed esiti come fascismo e «post-fascismo»⁷³.

Nelle condizioni sopra sommariamente descritte, quel che continua a venire alla ribalta in sede applicativa è, allora, solo un nebuloso ed evanescente rimando a un «fascismo antropologico» proiettato in una dimensione atemporale più che effettuale: riconoscerlo sinceramente

⁷⁰ G. ALBANESE (2014), p. 4.

⁷¹ M. BLOCH (2009), p. 157.

⁷² Z. STERNHELL, M. SZNAJDER, M. ASHÉRI (2008), pp. 53-128.

⁷³ Per la categoria del c.d. postfascismo cfr. E. TRAVERSO (2017), pp. 11 e ss. Sul punto E. GENTILE (2019), p. 89, «se invece di librarci con l'immaginazione fra le analogie volessimo rimanere con i piedi ben piantati nella storia, dovremmo innanzi tutto rinunciare a pensare che ci sia storicamente un albero genealogico fascista, che ha le radici nel 1919, si è sviluppato robustamente nel ventennio e, dopo essere stato stroncato nel 1945, si è ripreso e nei successivi settanta anni ha continuato a produrre nuovi frutti, anche se all'apparenza diversi da quelli del periodo precedente il 1945».

eviterebbe ai giudici penali di rimanere «contagiati e invischiati in pronostici infiniti sul fascismo prossimo venturo» di impossibile risoluzione⁷⁴.

Se ne può concludere che la minaccia fascista, intesa come “alternativa sistemica” - *pur se valutata al più remoto stadio del pericolo di ricostituzione delle relative strutture di partito* - pare definitivamente scomparsa dall’orizzonte delle possibilità realisticamente percorribili di organizzazione politica della società. Volendo, si potrebbe anche impiegare a questo proposito la formula riassuntiva del «fascismo-parentesi», proposta, con tutt’altro significato, da B. Croce⁷⁵: se negli intendimenti di chi l’aveva originariamente avanzata, la formula esprimeva in forma abbreviata una rappresentazione del fascismo come corpo estraneo a una supposta tradizione politico-culturale di stampo liberale che si presumeva profondamente radicata nella società italiana (la c.d. «invasione degli *Hyksos*»), nel diverso contesto in cui la si ripropone qui, questa stessa formula allude semplicemente al fatto che «il fascismo è morto»⁷⁶, che il totalitarismo fascista - inteso come “regime reazionario di massa”, per usare una efficace espressione di P. Togliatti⁷⁷ - nell’attuale quadro dei vincoli socioeconomici, politico-culturali e *lato sensu* costituzionali in cui si muovono le moderne democrazie occidentali, non presenta nessuna *chance* di resurrezione postuma, *nemmeno a livello di embrionali strutture di partito col compito di promuovere la restaurazione*. E semmai, se c’è qualcosa che presenta caratteri di persistente attualità è proprio il permanere di un residuo di mentalità fascista che ispira, oltre al “folklore tenebroso” di chi rivendica tuttora un’affiliazione identitaria al mondo dei vinti, la formazione di movimenti, fortemente minoritari, eredi di un’esperienza storica in nome della quale continuano a rifiutarsi di aderire senza riserve al “patto sui fondamentali” sancito a livello costituzionale.

Se ci si vuole esprimere nei termini della sistematica tradizionale del pericolo, si potrebbe dire, allora, che manca la “base” per emettere il relativo giudizio (di “prognosi postuma”), il *plafond* minimo di circostanze storico-ambientali su cui appoggiare la relativa verifica. Al punto che si potrebbe prospettare in chiave difensiva il ricorso alla figura del “reato impossibile per inidoneità dell’azione” (a veicolare plausibili contenuti lesivi a carico del bene democrazia costituzionale), affermando che l’evento pericoloso da cui è stata fatta dipendere l’esistenza del reato è empiricamente impossibile che si verifichi per sopravvenuta carenza delle necessarie condizioni storico-politiche di sfondo.

E, spingendo il ragionamento un metro più in là, si potrebbe addirittura prospettare una incostituzionalità (che potremmo definire “di secondo grado”) per indeterminatezza empirica del presupposto di fatto cui è stata agganciata la rilevanza penale del fatto punibile. Sulla scia della presa di posizione a suo tempo assunta dalla Corte costituzionale in materia di plagio si potrebbe, cioè, ritenere che ai guadagni conseguiti sul piano della determinatezza semantica della fattispecie attraverso il riferimento (costituzionale, legislativo e giurisprudenziale) al fascismo come concetto storicamente definito, si sono accompagnate corrispondenti perdite sul piano della determinatezza empirica: vale, infatti, anche per le norme in questione il principio per cui «nella dizione dell’art. 25 Cost., che impone espressamente al legislatore di formulare norme concettualmente precise sotto il profilo semantico della chiarezza e dell’intelligibilità dei termini impiegati, deve ritenersi anche implicito l’onere di formulare ipotesi che esprimano fattispecie corrispondenti alla realtà (...). Sarebbe infatti assurdo ritenere che possano considerarsi determinate in coerenza col principio di tassatività della legge, norme che, sebbene concettualmente intelleggibili, esprimano situazioni e comportamenti irreali o fantastici o comunque non avverabili e tanto meno concepire disposizioni legislative che inibiscano o ordinino o puniscano fatti che per qualunque nozione ed esperienza devono considerarsi inesistenti o non razionalmente accertabili»⁷⁸.

E non è superfluo ribadire che, anche sotto questo profilo, il criterio di bilanciamento adottato in materia non sembra reggere al vaglio di una serrata indagine di taglio storiografico, nemmeno se, per correre ai ripari e continuare ad attribuirgli un minimo di credibilità,

⁷⁴ E. GENTILE (2019), p. 141.

⁷⁵ B. CROCE (1963). Per il filosofo neoidealista napoletano il fascismo era rappresentabile come una “parentesi” tra lo stato monarchico liberale e lo stato repubblicano democratico, visti l’uno come erede legittimo dell’altro. Tale “parentesi” spuria ed estranea era da imputare a una “malattia morale” che avrebbe corrotto le strutture più autentiche della società e della politica italiana in occasione dell’avvento e del successivo consolidamento del regime fascista.

⁷⁶ Così, lapidariamente, A. DE BERNARDI (2018), p. 120, il quale opportunamente ha cura di aggiungere che «ovviamente non sono morti il nazionalismo, il populismo, la destra reazionaria, la violenza politica, il terrorismo, il razzismo e l’antisemitismo che invece attraverseranno la storia dell’Occidente fino a oggi in diverse forme».

⁷⁷ P. Togliatti (1970).

⁷⁸ Corte costituzionale, sentenza 9 aprile 1981, n. 96.

si adottasse quella iper-semplificata chiave di lettura giudiziaria della clausola eccettuativa in questione tutta sbilanciata sul versante della mera attitudine al proselitismo: essendo infatti questa capacità potenziale della condotta ad attrarre consensi pur sempre misurata in vista del possibile, futuro coagulo di un aggregato politico con le caratteristiche ideologico-organizzative proprie del Partito fascista, l'argomento dell'impossibilità di un "eterno ritorno dell'identico" resta pendente.

In conclusione, se è vero che l'affermazione del fascismo fu il prodotto di precise contingenze storico-politiche insuscettibili di replica in un contesto sociopolitico e istituzionale come quello odierno, ormai irreversibilmente segnato da una cultura costituzionale di livello anche europeo, la sostanziale inutilizzabilità sul piano pratico-applicativo del criterio di accertamento a suo tempo prospettato dalla Corte costituzionale finisce con l'assumere le sembianze del proverbiale "elefante nella stanza", che tutti hanno sotto gli occhi ma che tutti fingono di non vedere⁷⁹.

Tutto ciò a meno di non volere procedere a una manipolazione con effetti estensivi dell'"oggetto" del pericolo (a una surrettizia metamorfosi del termine di riferimento del relativo giudizio di idoneità *ex ante* e in concreto) e sostenere che la regola di bilanciamento messa a punto in questo settore non faccia più riferimento, nemmeno in termini sfumati e indiretti, al pericolo di ricostituzione di un partito assimilabile al partito fascista storico, al completo dei tratti più tipici che ne hanno storicamente contraddistinto il profilo identitario, ma (più debolmente) al pericolo di contribuire ad alimentare con la propria condotta un clima culturale diffuso favorevole al recepimento nel contesto sociale di riferimento di simili dottrine politiche⁸⁰; e cioè, ripiegare su un'edulcorata e vanificante lettura del criterio di contenimento tuttora vigente in materia in cui l'estremo del pericolo concreto di ricostituzione del partito fascista perde quota come requisito autonomo e la sostanza del reato finisce, nei fatti, per esaurirsi tutta nella pura e semplice manifestazione esterna di convincimenti politici indesiderati. Una lettura, questa, che mostraintonie concettuali più che evidenti con l'idea di un fascismo concepito *sub specie aeternitatis* come fenomeno incistato nell'antropologia profonda della nazione ma depurato da ogni riferimento probatorio a connotati storicamente determinati.

5.

La tendenziale identificazione tra "discorso pericoloso" e "discorso scandaloso".

Anche da questa angolazione più strettamente storico-politologica, sembra quindi trovare conferma il dato di fondo, più innanzi già messo in evidenza, per cui la decisione giudiziale a favore o contro la sussistenza nel caso concreto di un rischio oggettivo di ricostituzione del partito fascista non è che una mera retorica argomentativa che maschera o traveste i giudizi di valore dell'interprete, i suoi atteggiamenti etico-normativi nei confronti del pericolo fascista.

Ed in effetti, quel che di frequente è dato osservare dietro le applicazioni giudiziarie del criterio è, non a caso e non di rado, una tendenziale identificazione tra "discorso pericoloso" e "discorso scandaloso".

Volendo sintetizzare in poche battute questioni complesse, si può richiamare sul punto la giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti allorché, nel codificare, in un celebre *Seminal Case*, il criterio del *Clear and Present Danger*, ha nitidamente affermato che «la parola è spesso di per sé provocatoria: tuttavia risulta protetta contro la censura preventiva o contro

⁷⁹ Non se la sente di giungere a conclusioni così *tranchant* D. PULITANÒ (2019), pp. 18-19, il quale, pur partendo dalla condivisibile premessa metodologica secondo cui «per formulare e controllare i giudizi di pericolo richiesti per l'applicazione della legge Scelba, può (e deve) entrare nel processo il problema della attualità o inattualità storica di un pericolo fascista - cioè rispecchiante le caratteristiche del fascismo novecentesco - nel XXI secolo in Italia», non ne trae fino in fondo tutte le conseguenze, limitandosi ad affermare che «nell'ottica del giudizio penale, l'inattualità di un pericolo specificamente fascista oggi in Italia è una ragionevole ipotesi di partenza, fino a prova contraria» sicché «nei termini in cui il contesto fattuale abbia rilievo rispetto all'ipotesi d'accusa (...) è l'accusa che ha l'onere di provare il pericolo costituente elemento di fattispecie, ricostruendo il fatto e (in quanto siano rilevanti) gli elementi del contesto in cui si inserisce».

⁸⁰ Sembra orientata in questa direzione la posizione espressa da L. RISCATO (2021), pp. 1959 e ss. la quale, attraverso la porta girevole dei frequenti interscambi concettuali tra proselitismo e riorganizzazione, si mostra propensa a considerare reciprocamente sovrapponibili pericolo di ricostituzione e pericolo di diffusione di idee, individuando il pericolo concreto di rifondazione delle strutture di partito nel pericolo di «una nuova legittimazione politico culturale» dell'ideologia fascista. Sembra reputare, per altro verso, sufficiente ai fini della diagnosi di pericolosità in concreto il requisito della pubblicità della condotta «a prescindere dall'eventuale e futura commissione di atti emulativi o violenti» e reputa, in conclusione, promettente in prospettiva di riforma la strada del pericolo astratto, riservando al legislatore il compito di selezionare *ex ante* gli indicatori generali di pericolosità.

la sanzione, a meno che non sia provata la capacità di produrre un pericolo, chiaro ed attuale, di un male grave e sostanziale, e di un'entità tale da ergersi al di sopra del semplice disagio pubblico, fastidio o disordine»⁸¹.

Una parte della letteratura giuridica nordamericana che ha indagato in profondità i nessi tra dignità, libertà e democrazia, assumendo una posizione critica nei confronti di chi inclina a rappresentarlo come il risultato innocente di una operazione di misurazione oggettiva valutativamente neutra e dagli esiti tendenzialmente certi e controllabili, ha messo in luce il dato di fondo per cui la strategia argomentativa del pericolo concreto non sarebbe altro che una forma di razionalizzazione postuma di decisioni di condanna che continuano pur sempre a fondarsi su aspettative sociali di comportamento rispettoso, decente o politicamente corretto⁸².

La pericolosità del discorso ostile (e, per estensione, del discorso fascista) viene vista come un concetto *culturalmente condizionato*: nel senso che la disciplina penalistica dell'*hate speech* (o del pensiero politico radicale di destra) «non è nulla di più che una forma di protezione di norme di civiltà (...) in realtà stiamo usando il diritto per fare rispettare norme di correttezza in aree sensibili quali la razza, la nazionalità e l'etnia» (o il passato fascista).

In questa prospettiva di indagine, tutte «le leggi che vietano discorsi intrisi d'odio» (incluso l'odio politico per la democrazia costituzionale antifascista), anche quelle in apparenza orientate a reprimere «solo quelle espressioni capaci di provocare effetti concreti (...), in realtà mirano a reprimere solo il sottoinsieme comunicativo che viola determinate norme sociali di rispetto»⁸³: sottoinsieme nel nostro caso rappresentato da quello che Renzo De Felice polemicamente definiva «l'antifascismo inteso come ideologia di Stato»⁸⁴.

In questo senso, la violazione di *standard* di decenza del discorso pubblico considerati come irrinunciabili occupa il centro della scena anche in «quei tipi di regolamentazione che pretendono di fondarsi su fatti oggettivi ed empirici, come la realizzazione di discriminazione o violenza»⁸⁵ (o il fantasmatico pericolo di riorganizzazione di un partito autenticamente fascista nel senso sopra precisato).

Se si traduce la retorica argomentativa del pericolo concreto in chiave sociologica e di psicologia della percezione, infatti, «ci rendiamo conto che noi percepiamo la violazione di norme sociali come provocatorie e potenzialmente idonee a creare disordini, proprio perché il mantenimento di tali norme è ritenuto essenziale per l'ordine sociale». Il pericolo concreto servirebbe, quindi, non tanto ad affermare una possibile relazione causale tra pensieri (o gesti) «cattivi» e danni contestuali empiricamente dimostrabili quanto, piuttosto, a confermare «la sensazione soggettiva di disturbo che insorge quando le norme sociali di correttezza o civiltà vengono violate»⁸⁶.

Ecco che, quanto più si percepisce soggettivamente come disgustosa o disturbante la singola rivendicazione identitaria di appartenenza all'universo simbolico-discorsivo di estrema destra, tanto più si è disposti a ravvisare la presenza di un pericolo concreto di rifondazione del partito fascista⁸⁷. E ciò potrebbe, tra l'altro, anche contribuire a spiegare perché la prassi giurisprudenziale si è mostrata per lo più incline a escludere la possibile esistenza di qualsiasi pur remota traccia di pericolo concreto nel saluto romano (e correlativa rituale «chiamata del presente») con carattere commemorativo di elogio funebre, non reputandosi violate norme sociali di correttezza o di civiltà in grado di provocare reazioni emotive di turbamento e angoscia⁸⁸.

In un quadro come quello che abbiamo tentato fin qui di delineare, la normativa penale contro il pericolo fascista, data la più che dubbia verificabilità di un'offesa criminale alla stregua di affidabili generalizzazioni empiriche di taglio storico-politologico, sembrerebbe quindi

⁸¹ *Terminello v. Chicago* 337 US 1, 4 (1949).

⁸² Il riferimento è ai lavori di R. C. POST (2011), pp. 97 e ss. ID (1992), p. 2267 e ss.

⁸³ Così R. C. POST (2011), p. 112 e ss.

⁸⁴ Così R. DE FELICE, in un'intervista concessa a Giuliano Ferrara e pubblicata dal «Corriere della Sera» (*Le norme contro il fascismo? Sono grottesche, aboliamole*, 27/12/1987).

⁸⁵ R. C. POST (2011), p. 114.

⁸⁶ R. C. POST (2011), p. 114.

⁸⁷ Conforme la posizione espressa da D. PULITANÒ (2019), p. 16, secondo cui «nell'insieme le condanne paiono fondate su un giudizio etico-politico di riprovevolezza del fatto retoricamente tradotto in giudizio di pericolo».

⁸⁸ Si allude a quel consistente filone giurisprudenziale esemplificativamente rappresentato dalle sentenze Goglio e Clemente (rispettivamente Cass. 23 marzo 2016 e Cass. 14 dicembre 2017) che - pur senza rinnegare apertamente l'orientamento più rigorista incline a immedesimare il connotato della pericolosità in concreto nella mera pubblicità della condotta - tende a ridimensionare il campo di applicazione della norma eccettuando in chiave generalizzante dalla cornice dei fatti punibili quelle sotto-tipologie casistiche con carattere prevalentemente commemorativo di onoranza funebre ai caduti, da considerare come astrattamente non pericolose. Per una ricostruzione del panorama giurisprudenziale formatosi sul punto cfr. A. GALLUCCIO (2019).

orientata a presidiare il bene «sicurezza dell'ordine democratico costituzionale» secondo una prospettiva di tutela sensibilmente sbilanciata sul versante *psicologico* piuttosto che su quello *fattuale*: più come «condizione mentale» che come «stato di cose», più come percezione soggettiva di allarme diffuso a livello di emozioni profonde che come pericolo oggettivo⁸⁹.

All'intervento penale finirebbe così con l'essere affidata una funzione più “propulsiva” che “conservativa”: non più tutela di interessi costituzionali ben identificabili contro il pericolo di danni realmente incombenti o in atto, ma piuttosto una iper-prevenzione marcatamente anticipata che sconfinata nella *protezione dell'ambiente sociale da rischi ubiquitari e indeterminati* contro condotte che, di per sé, si annunciano, già in partenza, come concretamente prive di connotati di pericolosità *hic et nunc* nei confronti dell'interesse fondamentale all'integrità delle istituzioni democratico-repubblicane. Il nucleo essenziale del fatto illecito verrebbe in tal modo identificato in uno “stato negativo” da scongiurare grazie alla funzione stabilizzatrice svolta dalla sanzione penale, intesa come sistema di governo e di organizzazione della società.

In un contesto come questo, è quasi superfluo aggiungere che la selezione giudiziale delle circostanze fattuali di volta in volta considerate come indicative di pericolosità reale in direzione di un macro-evento dai contorni così manifestamente “fantasmizzati” non è un'attività assiologicamente neutrale ma è potentemente influenzata dalla preventiva formulazione di giudizi etico-normativi a monte sul modo di concepire i beni in conflitto, fino al punto da coincidervi quasi del tutto: e così, giusto per fare un esempio, all'intitolazione di un parco e alla connessa organizzazione di uno spazio museale dedicato alla memoria di un noto gerarca della R.S.I., in sede di giudizio di merito è stata riconosciuta, in un modo poi giudicato come apodittico e immotivato, l'idoneità causale *ex ante* a funzionare da “incubatore” in vista di una futura riorganizzazione del partito fascista⁹⁰. E, al contrario, all'allestimento di uno stabilimento balneare noto alle cronache come “la spiaggia del Duce”, forse per il clima più scanzonato e il contesto vacanziero, è stata negata analoga attitudine (e per questo concessa l'archiviazione)⁹¹.

Ne esce, a conti fatti, il ritratto di una legislazione al crocevia tra funzione “promozionale” del diritto penale e “tutela dei sentimenti”.

Sotto il primo profilo, avremmo a che fare con fattispecie incriminatrici chiamate a esercitare vistose funzioni di tipo propulsivo-rieducazionale, fattispecie cui, cioè, sono affidati in via principale compiti di pedagogia sociale prevalentemente ambientabili sul terreno della c.d. prevenzione positiva: insomma, una terapia collettiva somministrata per mezzo di rimedi penalistici all'improbabile scopo di promuovere, attraverso auspiccate riconversioni delle pulsioni fasciste largamente radicate nell'immaginario collettivo, una cultura politica di base ispirata al costituzionalismo democratico-pluralista, quando non addirittura più ambiziosi mutamenti antropologici su vasta scala⁹².

Sotto il secondo dei due profili sopra menzionati, non è da escludere che, data la più che problematica verificabilità su solide basi empirico-criminologiche dei possibili danni macro-sociali (o sistemici) asseritamente prodotti dalle singole manifestazioni di pensiero fascista, mobilitare il diritto penale serve, in definitiva, a tutelare emozioni collettive – di scandalo, irritazione, disgusto, indignazione, inquietudine, paura. E che quindi le fattispecie in esame possano trovare le proprie ratifiche in titoli di legittimazione diversi e ulteriori sia rispetto all'idea tradizionale della protezione dei beni giuridici che dal c.d. “principio del danno” di matrice anglosassone.

Da questo specifico punto di vista, le fattispecie che puniscono le esternazioni di pensiero fascista, per come nei fatti vengono solitamente trattate in sede giudiziaria, finiscono col risultare concretamente caratterizzate dall'attitudine a offendere sentimenti o provocare reazioni

⁸⁹ Così A. PINTORE (2010), p. 127, la quale sottolinea che l'esperienza (insieme con le scienze cognitive) ci dice che l'aspetto soggettivo e quello oggettivo della sicurezza sono tra loro collegati (normalmente si prova timore per i pericoli, a parte i casi estremi dei pavidetti e dei temerari), ma non in modo necessario o meccanico, perché non è affatto detto che il pericolo e il timore seguano la stessa metrica. Sono anzi possibili divaricazioni anche notevoli».

⁹⁰ Mentre non è chiaro se sia stato frutto di studiata perfidia o di ingenuo ottimismo epistemologico il successivo invito rivolto dalla cassazione al giudice di rinvio a specificare in dettaglio gli indicatori oggettivi di contesto a sostegno di tale conclusione: Cass. 25 marzo 2021, in Giurisprudenza italiana 2021, p. 1959 con nota di L. Risicato

⁹¹ Sui contorni della vicenda relativa allo stabilimento balneare “Playa Punta Cana” - dove ovunque campeggiavano cartelli recanti immagini iconografiche e parole d'ordine categoriche e ammonitrici tipo “zona antidemocratica e a regime”, “servizio solo per i clienti... altrimenti manganello sui denti”, “Nonno Benito per un'Italia onesta e pulita torna in vita” - per la quale il G.i.p presso il tribunale di Venezia, su richiesta della procura, ha disposto l'archiviazione, ritenendo che si trattasse di «mera articolazione del pensiero», v. P. Berizzi, la spiaggia fascista di Chioggia: “Qui a casa mia vige il regime”, in “La Repubblica”, 9 luglio 2017..

⁹² Cfr. in questo senso D. PULITANÒ (2019), p. 16, secondo cui è «poco plausibile ipotizzare effetti di prevenzione speciale “rieducativa”; più probabili (forse) effetti di rafforzamento dell'adesione dei condannati all'ideologia messa sotto accusa

emotive sgradevoli e col denunciare, quindi, una imprevista parentela con quella categoria di reati espressamente finalizzati, nella prospettiva del legislatore, a tutelare entità di tipo affettivo-passionale (come quelli posti a salvaguardia del sentimento religioso, del sentimento di pietà per i defunti, del comune sentimento del pudore o del sentimento per gli animali)⁹³.

Non possiamo entrare più direttamente nel merito della delicata questione se sia o meno ammissibile che il legislatore democratico - o, più o meno consapevolmente, il giudice penale - forniscano un presidio penalistico a entità incorporee e immateriali come sono di regola i sentimenti morali, anche quando se ne voglia prospettare un'immagine che non li confini, per partito preso, nel regno della pura irrazionalità⁹⁴.

Quel che qui si può dire al riguardo è che il tema del possibile promovimento, a livello legislativo o giudiziario, dei sentimenti a legittimi oggetti di tutela penale non può essere affrontato in astratto, ma richiede «una selezione fra le emozioni, in funzione del relativo grado di razionalità o irrazionalità, così come in considerazione delle loro possibili implicazioni politiche in termini di compatibilità o incompatibilità con i valori di una democrazia liberale»⁹⁵ (nel nostro caso, ad esempio, delle possibili ripercussioni a carico della libertà di espressione). Nel senso che qui non si tratta tanto di ipotizzare in partenza una lesione del principio di necessaria offensività o del principio di determinatezza (per es., nella sua dimensione empirica) e archiviare la pratica *in apicibus*⁹⁶. Si tratta piuttosto di prendere atto di un quadro più articolato e complesso, in cui i sentimenti individuali e/o collettivi che trovano protezione a livello di decisioni politico-criminali o interpretativo-applicative non sono bruti fenomeni psicosociali di tipo naturalistico ma sono 'imbevuti di valori': «più che sentimenti in sé, sentimenti-valori, se non valori *tout court*»⁹⁷.

6. La protezione della memoria antifascista a base dell'identità repubblicana come vero bene protetto dalla normativa di contrasto al fascismo riemergente.

In quest'ottica, se ci si dovesse chiedere, allora, quale potrebbe essere il valore più probabilmente retrostante al sentimento di indignazione collettiva che almeno una parte consistente dell'opinione pubblica democratica sperimenta di fronte a manifestazioni rituali e esaltazioni glorificatrici del passato regime, una possibile risposta potrebbe essere, a nostro avviso, questa: che il valore ad esso soggiacente non sia tanto la sicurezza dell'ordine costituzionale democratico contro il più o meno remoto pericolo di una sua messa in crisi ad opera di organizzazioni interne alla "galassia nera" ma la salvaguardia della memoria antifascista e della identità repubblicana⁹⁸, «una memoria pubblica che è stata in grado di attivare nel paese processi di identificazione profondi, tali da conferirle i tratti di una memoria collettiva»⁹⁹.

Il che implicherebbe l'aperto riconoscimento di un ineluttabile slittamento dell'asse di tutela dalla difesa dell'integrità delle istituzioni democratiche dal pericolo più o meno imminente di una (impossibile) riorganizzazione del partito fascista alla protezione di un diverso bene, identificabile, appunto, nella memoria repubblicana su cui si fonda il patto costituzionale: un valore concettualizzabile come la "controparte oggettiva" del sentimento soggettivo di rifiuto morale del fascismo prodotto dall'eterogenea serie di comportamenti sussumibili all'interno degli artt. 4 e 5 della legge in questione, che in tal modo risulterebbe, per un verso, fondato su basi razionali un pò più solide dell'enfatico e sproporzionato allarme per la demo-

⁹³ Sul tema cfr., per tutti, F. BACCO (2018).

⁹⁴ G. FIANDACA (2013), p. 223, il quale, sulla scorta delle acquisizioni maturate sul terreno della filosofia morale contemporanea, segnala come si tenda a considerare ormai superata "la tradizionale opposizione filosofica tra ragione, da un lato, ed emozione e sentimento dall'altro, come se questi ultimi fossero soltanto manifestazione di irrazionalità, o comunque, del tutto privi di qualsiasi valore cognitivo. Piuttosto si inclina a ritenere che le emozioni siano intrise di pensiero, abbiano una struttura cognitiva, sottintendano ed esprimano giudizi di valore".

⁹⁵ G. FIANDACA (2013), p. 228.

⁹⁶ Come ritiene M. DONINI (2008), p. 1578. Sul tema cfr. anche F. BACCO (2010), pp. 1165 e ss.

⁹⁷ G. FIANDACA (2013), p. 228.

⁹⁸ Sul concetto di «memoria collettiva», e sui suoi nessi strutturali con la costruzione del profilo identitario di un gruppo sociale o di una comunità politica, M. HALBWACHS (2001), p. 155, il quale, a proposito dello stretto legame tra memoria e identità di gruppo, acutamente segnala che «quando il periodo smette di essere interessante per il periodo che segue, non è lo stesso gruppo che dimentica una parte del suo passato: ci sono, in realtà, due gruppi che si succedono». Sui rapporti tra esperienza storica dell'antifascismo e costruzione dell'identità politico-costituzionale repubblicana v. M. LUCIANI (1991), p. 191.

⁹⁹ F. FOCARDI (2005), p. 4.

crazia in pericolo e, per altro verso, più sensatamente in grado di entrare in bilanciamento con la libertà di espressione esercitata con un singolo, puntiforme atto comunicativo¹⁰⁰.

Se le cose stanno così, a meno di non volere continuare a riproporre illusori modelli di soluzione del conflitto tra i diritti e gli interessi realmente in gioco (*che, tra l'altro, spesso funzionano come sostituto occulto di una più radicale scelta abolizionistica*) bisognerebbe prendere definitivo congedo dall'autoconsolatorio richiamo a un indimostrabile pericolo attuale di ricostituzione del partito fascista. E prendere esplicitamente atto che, se proprio si vuole insistere con l'opzione penalistica, fare il saluto romano in una pubblica adunanza, scrivere un libello anti-resistenziale che trae ispirazione dalla memorialistica saloina, attrezzare una spiaggia a tema "Ventennio", intitolare un parco alla memoria del Maresciallo Graziani, emettere scontrini con l'effigie del duce¹⁰¹, pubblicare sul sito ufficiale di "Forza Nuova" l'immagine di una torta di compleanno recante una svastica e la scritta «Sieg Heil!»¹⁰², lanciare sul *web* l'idea di una "marcia su Roma" contro lo *ius soli* nell'anniversario della più storica marcia¹⁰³, arredare la stanza di una caserma dei carabinieri con un vessillo nazista¹⁰⁴ sono, in realtà, tutte condotte che possono semmai più realisticamente integrare un reato - se di danno, di pericolo astratto, o di pericolo concreto lo vedremo subito appresso - diretto, in prima battuta, contro la intangibilità della narrazione memoriale antifascista posta a base della convivenza democratica e non, invece, un reato di pericolo concreto contro la tenuta complessiva della democrazia costituzionale: un reato che impegna in prima istanza l'identità repubblicana e, solo *di rimbalzo*, l'assetto democratico della forma di stato¹⁰⁵.

Quanto poi il ripiegamento strategico pressoché obbligato verso la tutela di un bene da sempre controverso e problematico come la memoria possa esibire sufficienti titoli di legittimazione in termini di giustificazione etico-politica e costituzionale della fattispecie - dal grado di certezza e di razionalità argomentativa realmente conseguibile per effetto di una simile manovra di riconversione del bene giuridico, al coefficiente di effettiva dannosità sociale espresso dalla condotta - è tutto un altro discorso, che confidiamo di affrontare in altra sede.

6.1. (segue). Giustificazioni, condizioni e controindicazioni di una possibile riconversione ermeneutica del bene protetto in chiave di memoria antifascista.

Per il momento basti qui rilevare che se il fascismo, concepito nelle sue forme storiche di invero, è da considerare come definitivamente dissolto in termini di *pericolo reale*, si ritiene però che la sua eredità culturale, con tutte le opzioni autoritarie, antiegalitarie e razziste che ne hanno connotato l'originaria proposta politica, possa ancora vantare una notevole capacità di penetrazione nell'immaginario collettivo, con tutti i connessi rischi di regressione democratica che questo reca con sé: il che accade soprattutto, grazie ad un uso pubblico della storia disinvolto, autointeressato e politicamente orientato¹⁰⁶.

Se, cioè, aveva ragione A. Gramsci quando avvertiva che «la storia è sempre contemporanea, cioè politica», ovvero che le interpretazioni del passato non sono mai dissociabili da un loro impiego strategico nel dibattito pubblico corrente per finalità contingenti di lotta politica, una percezione sociale del fascismo infiltrata o, peggio, colonizzata da memorie «antagoniste e inconciliate»,¹⁰⁷ o anche indulgenti e assolutorie, «può comunque rappresentare una minaccia

¹⁰⁰ Sul ruolo della memoria collettiva nel dibattito pubblico contemporaneo, anche in rapporto ai processi di istituzionalizzazione cui va incontro anche col contributo del diritto penale, e sui suoi intrecci con l'indagine storiografica e la divulgazione in sede di *Public History*, v. di recente M. FLORES (2020). Sul tema v. anche E. TRAVERSO (2005); S. PIVATO (2007).

¹⁰¹ Sul caso della Titolare del Bar Armando di Cerea v. "La Repubblica", 7 settembre 2023, *Polemica sul bar veneto con il Duce sullo scontrino, la barista: "per me è tutta pubblicità"*.

¹⁰² Sulla vicenda v. P. Berizzi, *Forza Nuova, nella sede di Milano la svastica sulla torta. Gli ebrei italiani: "Sconcertante"*, in "La Repubblica", edizione di Milano, 7 giugno 2017.

¹⁰³ Cfr. P. Berizzi, *Forza Nuova prepara la marcia su Roma per il 28 ottobre*, in "La Repubblica.it", 12 ottobre 2017.

¹⁰⁴ Sulla vicenda cfr. ilFattoQuotidiano.it, 2 dicembre 2017.

¹⁰⁵ Che questo sia l'orizzonte di tutela più plausibilmente attribuibile alla normativa in questione è una tesi sostenuta con diversità di accenti e impostazione già da G. SPAGNOLO (1979), pp. 318-333 e, in tempi più recenti da B. PEZZINI (2016), pp. 219-241.

¹⁰⁶ Il passato, come rileva A. ASSMANN (2008), p. 57, «non è più chiuso tranquillamente nei libri di storia ma continuamente rivendicato come una risorsa importante per il potere e le politiche di identità. La storia non è solo ciò che viene *dopo* la politica; è diventata materia e carburante della politica».

¹⁰⁷ L'espressione e di G. E. RUSCONI (1995).

per le nostre democrazie»¹⁰⁸. In che senso?

In poche battute, la premessa è che, nel contesto di una memoria pubblica del fascismo e della resistenza che è stata definita come «divisa»¹⁰⁹, «fratturata»¹¹⁰, «difficile»¹¹¹, si può constatare, almeno a partire dagli anni novanta del '900, l'ampia diffusione nella comunicazione politico-mediatica corrente in Italia, di una rilettura edulcorata e benevola del regime fascista, condotta con l'obiettivo di riabilitarne la rappresentazione pubblica e presentarlo come «un autoritarismo all'italiana»¹¹² bonario, paternalista e modernizzatore, come una «dittatura all'acqua di rose»¹¹³ retorica, velleitaria e sostenuta dal consenso popolare¹¹⁴: il tentativo è stato (e continua ad essere) quello di accreditare nel discorso pubblico una «defascistizzazione retroattiva del fascismo»¹¹⁵ che, al prezzo di «banalizzazioni, amnesie e striscianti riabilitazioni»¹¹⁶, tendeva, e tende tuttora, a oscurarne i tratti totalitari, liberticidi e criminali che storicamente lo avevano contraddistinto¹¹⁷.

Accanto a questa sopravvive, e anzi tende sempre più a riemergere in tempi recenti, anche «l'altra memoria», «la memoria antagonista e rancorosa del neofascismo»¹¹⁸, elaborata in modo più o meno sotterraneo dalla cultura politica d'area in risposta alla narrazione egemonica compendiata nel c.d. «paradigma antifascista» e nella «vulgata resistenziale»¹¹⁹: per un verso, si tratta di una «seconda memoria» parallela ispirata ad atteggiamenti di estraneità esistenziale, prima ancora che culturale e politica, nei confronti dell'Italia democratica, che ha dato luogo a una «storiografia dell'autocompiacimento» e «del risentimento» basata sulla contrapposizione tra un'immagine eroica ed estetizzante del regime fascista e un'immagine dell'Italia della Resistenza, vista come sentina di tutti i vizi storici del paese (in breve «l'élite della nazione» contro «il popolo-plebe»). Per altro verso, di una rielaborazione di parte che, in base a un atteggiamento di pregiudiziale diffidenza polemica nei confronti della storiografia ufficiale più accreditata, ha tentato di risolvere in chiave strumentalmente revisionista la questione politico-istituzionale della propria «identità illegittima», col proposito di «fondare la propria legittimazione politica a partire dalla propria legittimazione storica»¹²⁰.

Ora, in un paesaggio memoriale come quello sinteticamente tratteggiato, ciò che va messo nel dovuto risalto anche ai nostri fini è un dato che numerosi osservatori hanno opportunamente messo in evidenza: e, cioè, che la circolazione indisturbata nell'*audience* sociale di memorie conflittuali anti-antifasciste o, peggio, dichiaratamente neofasciste, è potenzialmente in grado di influire attivamente sugli equilibri politici attuali, favorendo l'affermazione elettorale di democrazie autoritarie o illiberali di stampo nazional-populista, sovranista o postfascista¹²¹. E così, ad esempio, una solida ricerca empirica condotta in campo politologico, dopo aver individuato quattro possibili «culture del ricordo» astrattamente ipotizzabili («auto-colpevolizzazione», «vittimizzazione», «eroicizzazione», «rimozione») ha messo in luce che il particolare tipo di elaborazione collettiva del passato fascista che si impone come dominante nel discorso pubblico in un determinato contesto nazionale è in grado di influenzare le *performances* eletto-

¹⁰⁸ F. FOCARDI (2020), p. 29.

¹⁰⁹ G. CONTINI (1997).

¹¹⁰ J. FOOT (2009).

¹¹¹ S. PELI (1999).

¹¹² L'espressione è di N. GALLERANO (1986), pp. 106-133.

¹¹³ F. FOCARDI (2020), p. 30.

¹¹⁴ Sul punto cfr. T. BARIS (2018).

¹¹⁵ Secondo la fortunata formula di E. GENTILE (2002), p. VII.

¹¹⁶ A. DE BERNARDI (2018), pagg 58-59.

¹¹⁷ Sul processo di costruzione sociale di una memoria collettiva che «lentamente ma insistentemente si è allontanata dai fatti» dedicandosi con energia a una progressiva «normalizzazione del fascismo» come mito popolare resistente alla confutazione v. di recente P. CORNER (2022), pp.7-37.

¹¹⁸ F. FOCARDI (2005), p. 19.

¹¹⁹ Sul «racconto egemonico» elaborato dalla cultura antifascista v. F. FOCARDI (2005), pagg 3 e ss. V. anche T. BARIS (2014), pp. 437 e ss.

¹²⁰ Le espressioni tra virgolette basse riportate nel testo sono di F. GERMINARIO (1999), pp. 18 e ss.

¹²¹ Va in questa direzione la riflessione di E. TRAVERSO (2017), pp. 11-13, il quale osserva che se «da un lato, la nuova destra estrema non è più fascista, dall'altro non possiamo definirla senza un confronto col fascismo», che ne costituirebbe per così dire, il «supplemento d'anima». Sulla stessa linea argomentativa, come abbiamo visto, si schiera lo storico argentino F. FINCHELSTEIN (2019), p. 262, il quale, a proposito del retaggio politico-culturale che il fascismo storico transnazionale ha continuato a trasmettere pur dopo la sua definitiva scomparsa, osserva che «i leader populistici di estrema destra prendono spunto dal copione fascista senza essere loro stessi fascisti» perchè «il populismo è collegato sia geneticamente, sia storicamente, al fascismo». In senso conforme nella dottrina penalistica v. D. PULITANÒ, (2019), pp. 17-18, il quale si rende ben conto che le condanne emesse in base alla legge Scelba «sono discutibili in fatto o, e comunque insignificanti rispetto a problemi di difesa della società democratica da un ipotetico pericolo fascista» e segnala come «per la tenuta della democrazia liberale si profilano pericoli nuovi, non quelli di un ritorno al fascismo novecentesco fra le due guerre mondiali. In una lettura storica dell'oggi, i fascismi novecenteschi appaiono un antifatto, una radice (accanto ad altre) di nuove forme o tendenze di democrazia illiberale. Non sono i fascismi storici una fotografia di ciò che oggi sta avvenendo».

rali dei partiti politici che si iscrivono nell'orizzonte del neopopulismo identitario di destra¹²².

La conclusione che se ne può trarre è che una simile presa d'atto potrebbe costituire una ragione in più per procedere a una riconversione ermeneutica del piano di tutela tracciato dalle incriminazioni in esame secondo un'orientazione teleologica che, nel passaggio dalla più che dubbia messa in pericolo diretta degli equilibri democratici alla lesione della memoria pubblica antifascista come suo tramite intermedio di tutela, potrebbe, almeno a prima vista, apparire comparativamente più in linea col principio di offensività.

Ora, un riorientamento interpretativo dell'offesa tipica come quello sopra abbozzato apre la strada a due possibili soluzioni alternative del conflitto tra libertà di espressione e protezione della memoria pubblica alla base della c.d. «Nazione antifascista»¹²³.

Una prima, più drastica, soluzione - prospettata proprio sul presupposto che la XII Disposizione transitoria e finale della Costituzione sia stata finalisticamente concepita per svolgere funzioni di «garanzia della matrice antifascista dell'ordinamento costituzionale», piuttosto che di tutela della «sicurezza dell'ordine democratico»¹²⁴ - considera *in blocco* il discorso fascista come una categoria di «discorso non protetto» e, correlativamente, esclude in partenza la stessa possibilità di formulare una qualsiasi ulteriore regola di compatibilità tra gli interessi costituzionali in gioco a livello di bilanciamenti giudiziali, perché inclina a ritenere che tale disposizione contenga già, al suo interno, un bilanciamento «trincerato» con cui il legislatore costituente ha *una volta e per tutte* inteso attribuire, in modo categorico e incondizionato, priorità inderogabile e assoluta al «patto fondativo antifascista» sulle concomitanti esigenze di tutela della libertà di opinione¹²⁵: un bilanciamento *di livello costituzionale* che esprime già a monte, un giudizio definitivo di prevalenza secca del primo sul secondo, in premessa concepito come non più rivedibile dal circuito co-decisionale Corte costituzionale-giudici comuni. Cosa che dovrebbe simmetricamente spingere ad attribuire senza troppe inibizioni alle fattispecie incriminatrici contenute nella relativa normativa di attuazione la natura di reati di pericolo astratto in cui il giudice è chiamato solo a operare un mero giudizio di sussunzione, secondo un'impostazione che, del resto, si colloca sulla stessa scia di progetti di riforma e soluzioni regolative adottate in altri ordinamenti culturalmente più vicini al nostro¹²⁶. E vale la pena di segnalare per inciso che, una volta adottata una simile soluzione massimalista, solo fino a un certo punto ha senso chiedersi se propaganda, apologia o gesti tipici dell'iconografia rituale fascista si traducano in un insulto alla memoria che lede il bene suddetto nelle forme del danno (ovviamente, non nelle forme della compromissione definitiva bensì in quelle dell'erosione goccia dopo goccia, dell'arretramento progressivo), o se ne provochino soltanto una potenziale caduta in crisi nelle forme del pericolo astratto, essendo i relativi concetti e confini in larga misura dipendenti da scelte normativo-valutative dell'interprete.

Una seconda possibile soluzione, un po' meno costosa per la libertà di espressione politica radicale e più in sintonia con l'inevitabilità del bilanciamento nell'*ecosistema* del moderno neo-costituzionalismo democratico-pluralista, potrebbe rispondere al mutamento di paradigma imposto dalla suddetta trasformazione qualitativa del bene protetto con una parallela riformulazione del criterio di bilanciamento E quindi virare su una «legge di collisione» analogicamente strutturata sulla falsariga di quella in atto prevista in tema di negazionismo dall'art.

¹²² D. CARAMANI, L. MANUCCI (2019), pp. 1-28.

¹²³ L'espressione è di A. DE BERNARDI (2018), p. 116, che la contrappone alla «Nazione comunista» e alla «Nazione fascista».

¹²⁴ Così B. PEZZINI (2011), p. 1393.

¹²⁵ Cfr. ancora B. PEZZINI (2011), p. 1394, la quale parla al riguardo di «eccezione antifascista» e nota come «la magistratura non trovi le coordinate per un percorso che usi *direttamente* la XII disposizione. Esigenze di tutela garantistica della libertà di manifestazione del pensiero contribuiscono a spingere la magistratura a cercare bilanciamenti *non necessari*. La norma che vieta la ricostituzione del partito fascista è *norma speciale e fondativa*, la sua attuazione legislativa non richiede di essere applicata con le stesse cautele interpretative con cui si reindirizza l'applicazione della legislazione penale sui reati di opinione».

¹²⁶ Si allude all'ordinamento penale tedesco, il cui paragrafo 86a StGB, intitolato «*Uso di contrassegni di organizzazioni incostituzionali*» (*Verwenden von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen*), incrimina l'uso (in pubblico, in una riunione, o in scritti divulgativi) dei contrassegni tipici delle organizzazioni anticostituzionali, tra le quali il partito nazionalsocialista, e nella nozione di contrassegno annovera espressamente «bandiere, stemmi, uniformi, slogan e forme di saluto»: si tratta di una fattispecie che la giurisprudenza, più volte chiamata a precisarne i confini, ha ricostruito come reato di pericolo astratto. Per un rapido sguardo in chiave comparativa alla giurisprudenza tedesca cfr. P. Caroli, Commemorare i caduti della R.S.I. con il saluto romano non costituisce reato, in *Diritto penale e processo*, 2017, n. 12, pp. 1589-1592. Manifesta un analogo slittamento verso un tipo di tutela penalistica contro la circolazione di ideologie tossiche strutturato secondo il modello del pericolo astratto il testo dell'art. 293 bis del codice penale (*Propaganda del regime fascista e nazifascista*), attualmente approvato alla Camera dei Deputati, secondo cui «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque propoganda i contenuti propri del partito fascista o del partito nazionalsocialista tedesco, ovvero dei relativi metodi sovversivi del sistema democratico, anche attraverso la produzione, distribuzione, diffusione o vendita di beni raffiguranti persone, immagini o simboli ad essi chiaramente riferiti, ovvero ne fa comunque propoganda richiamandone pubblicamente la simbologia o la gestualità è punito con la reclusione da sei mesi a due anni».

604 bis c.p., in modo da punire soltanto le professioni simboliche o discorsive di fede fascista commesse «in modo che ne derivi concreto pericolo di diffusione»¹²⁷.

Nonostante qualche impressione in senso contrario, ci sembra di poter dire che una simile riconfigurazione dell'assetto di tutela non segni, come in un paradossale “gioco dell'oca”, un deludente ritorno alla casella di partenza, perché - nello sbarazzarsi di un limite ormai anacronistico originariamente pensato per regolare una “transizione di regime” - rende esplicito, quanto meno dal lato delle (rare) decisioni di condanna, quel che in atto segretamente si fa già, in una meritoria operazione di smascheramento dell'ipocrisia.

Quel che di sicuro si può dire è che si tratterebbe di una regola di bilanciamento che, nel semplificare di molto *thema decidendum* e partita argomentativa, si presenterebbe *prima facie* dotata di migliori *chances* di verifica rispetto all'ormai obsoleto macro-pericolo di riorganizzazione del partito fascista: nel senso che il pericolo di diffusione, e di successivo contagio, di idee basate sulle «finalità antidemocratiche proprie del partito fascista» è un'eventualità più circoscritta rispetto al pericolo di ricostituzione. Certo, l'attività di selezione giudiziale delle circostanze indicative di pericolosità reale continua, anche in questa diversa cornice decisionale, a restare pur sempre un'attività “normativamente compromessa”, risente sempre di pregiudiziali etico-politiche sui beni in conflitto. Ma, pur con tutti i margini di discrezionalità valutativa a disposizione dell'interprete nella prospettazione giudiziale di un pericolo di diffusione, l'evento temuto appare comunque circoscrivibile entro correlati fenomenici comparativamente più delimitabili e, dunque, più controllabili intersoggettivamente e meglio gestibili processualmente.

C'è però un intuibile lato in ombra.

Entrambe le soluzioni sopra prospettate, sia pure in misura diversa, si espongono, infatti, a una consistente batteria di note obiezioni critiche. Mi limito ad elencarne cursoriamente soltanto alcune, con riserva di tornare più diffusamente sul punto in un lavoro di prossima pubblicazione.

In primo luogo, slacciando le fattispecie penali in tema di apologia e manifestazioni fasciste da un vincolo applicativo con funzioni “deflazionistiche” nascoste - forse mantenuto in vita proprio per la sua natura “spettrale” di evento irraggiungibile - il primo rischio è quello di un più che probabile incremento del numero di condanne, con correlativo scivolamento verso possibili forme di penalizzazione a tappeto del mero dissenso politico-ideologico. Intuibili, sotto questo profilo, le possibili assonanze che un assetto regolativo primariamente incentrato sulla protezione della memoria antifascista intrattiene con il c.d. «paradosso della tolleranza» di K. Popper: paradosso riassumibile nello *slogan* auto-difensivo tipico di una “democrazia interventista” per cui «a essere tolleranti con gli intolleranti si genera intolleranza»¹²⁸; o anche con l'idea di «tolleranza repressiva» di H. Marcuse, secondo cui quanto più ampi sono gli spazi di tolleranza garantiti ai movimenti di opinione di stampo regressivo-reazionario, corrispondentemente più ampie saranno le future ripercussioni repressive nei confronti delle fasce più deboli e svantaggiate della società: per cui sarebbe raccomandabile reprimere con minori inibizioni la libertà di parola per liberare libertà, non solo di parola¹²⁹.

Il secondo rischio ha a che fare con un interrogativo più di fondo: il diritto penale può plausibilmente rientrare fra i possibili strumenti di una “politica legislativa del ricordo”? Più precisamente, il diritto e il processo penale possono persuasivamente candidarsi al ruolo di strumenti di riaffermazione di una “narrazione condivisa” contro le manomissioni del «mito di fondazione dello Stato repubblicano»¹³⁰ operate, con sempre maggiore frequenza, dai c.d. «assassini della memoria»¹³¹?

In effetti, una simile rimodulazione della tutela penale, caratterizzata dal superamento del vecchio *totem* del pericolo di ricostituzione, potrebbe finire con l'attribuire ai giudici penali il ruolo di “funzionari della memoria” col compito di «riparare la storia»¹³² in sostituzione degli

¹²⁷ Sul tema v. M. DONINI (2021); E. Fronza (2017), pp. 155-157. Sulla difficoltà teorica di assumere la memoria a bene penalmente tutelabile della stessa autrice v. E. Fronza (2018). Esprime parere favorevole in ordine a un possibile apparentamento in chiave analogica dei reati in questione con una prospettiva di tutela declinata in chiave di diritto penale “memoriale” o “identitario” tipica del reato di negazionismo, e cioè con una «tutela penale del consenso» (l'espressione è di E. FRONZA, 2016, p. 1025) nei confronti del patto etico-politico sui fondamenti che caratterizza le Costituzioni post-belliche, P. CAROLI (2017), p. 1592

¹²⁸ K. R. POPPER (2004), pp. 214-215.

¹²⁹ R. P. WOLFF, B. MOORE JR., H. MARCUSE (1968), pp. 97-98.

¹³⁰ F. FOCARDI (2005), p. 46.

¹³¹ Per dirla con P. VIDAL-NAQUET (2008).

¹³² E con A. GARAPON (2008).

appartenenti al ceto professionale degli storiografi di mestiere, piegando il processo penale a una specie di “ossessione commemorativa” non priva di effetti collaterali (dalla diffusione di tesi complottiste all’auto-vizzimizzazione dei responsabili nel ruolo di martiri della libertà, al rafforzamento cameratesco della coesione interna al gruppo destinatario della condanna). Il rischio è, cioè, quello di una *rimemorializzazione per via giudiziaria* che può facilmente assumere i toni di una vera e propria “guerra della memoria” condotta con le armi improprie del diritto penale, con tutti gli inconvenienti della canonizzazione di una memoria «imballata o beatificata»¹³³. Come è stato ben rilevato, a differenza della ricostruzione storica, caratterizzata da distacco critico e attenzione alla complessa dimensione multifattoriale degli eventi, la memoria collettiva, nelle sue connessioni con la fondazione dell’identità di gruppo, assomiglia piuttosto a un più semplificato impasto tra storia, «mito e propaganda»¹³⁴. In queste condizioni, la convinzione diffusa che la sua protezione costituisca un dovere (eventualmente anche politico-criminale) non farebbe a sufficienza i conti col fatto che «essa può anche essere fomentatrice e sobillatrice di rabbia, conflitti, violenze»¹³⁵. Per cui è quantomeno legittimo chiedersi problematicamente se, in luogo di un interventismo penalistico a tutti i costi, «una misura decente di oblio collettivo non fosse in realtà la condizione *sine qua non* di una società pacifica e dignitosa, mentre ricordare fosse un obiettivo politicamente, socialmente e moralmente rischioso»¹³⁶.

Un terzo motivo di perplessità si basa sul rilievo per cui nel punire, in definitiva, l’esterminazione di “false credenze” e “pensieri cattivi” - con o senza propensione alla diffusione poco importa - ossia due voci esemplificative di quelli che il liberalismo penale di matrice anglosassone annovera tra i c.d. illeciti senza danno¹³⁷, non è infondato intravedere, in controluce, la tendenza politico-criminale a soggettivizzare il disvalore dell’illecito più in termini di mera pericolosità individuale che di fatto oggettivo anche solo indirettamente dannoso per la tenuta dell’assetto complessivo della democrazia costituzionale¹³⁸: uno spostamento spiegabile solo in un’ottica securitaria di protezione dal Nemico fascista, dal c.d. *Dissenter* che (a gesti o a parole) esprime punti di vista eterodossi ed esteticamente sgradevoli su questioni attinenti a fascismo, resistenza, democrazia e diritti¹³⁹.

Infine, resta sul tappeto la grande questione se il pericolo astratto per la democrazia che dovrebbe accompagnare il pericolo concreto di diffusione di idee basate sulla c.d. «superstizione fascista (nel senso di sopravvivenza di credenze e pratiche di un tempo lontano)»¹⁴⁰ sia sorretto da affidabili generalizzazioni esplicative di taglio socio-politologico o se si basi, invece, su argomentazioni *lato sensu* causali più asserite che dimostrate “modello Barone di Münchhausen”, analogamente a quanto è dato di osservare sul confinante terreno della propaganda razzista a proposito degli effetti macrosociali del discorso razzista¹⁴¹.

A ritenere insuperabili le obiezioni ora passate in rassegna, a disposizione resterebbe solo la scelta abolizionista¹⁴². O, come pure si è sostenuto, il mantenimento della norma con funzione di «messaggio» - sul duplice presupposto che «la pregiudiziale antifascista ha un significato assiologico» e che il rischio annunciato di una formale abrogazione sarebbe quello di aprire il campo a «reinterpretazioni strumentali dei fondamenti della nostra democrazia» - sterilizzandone, però, in partenza le proiezioni applicative grazie a «un’archiviazione culturale nella

¹³³ F. FOCARDI (2005), p. 47.

¹³⁴ D. RIEFF (2019).

¹³⁵ M. FLORES (2020), p. 17.

¹³⁶ D. RIEFF (2019), pp. 57-58.

¹³⁷ J. FEINBERG (1990), pp. 20 e ss.

¹³⁸ Si può, sotto questo profilo, osservare, in linea con le osservazioni fatte sul punto da M. NUSSBAUM (2005), pp. 387 e ss. che anche la tutela penale apprestata alle reazioni emotive di turbamento e angoscia prodotte dai discorsi fascisti sia, in fondo, maggiormente in sintonia con un moralismo legale di stampo conservatore, autodifensivo ed escludente che fomenta lo spostamento dello stigma dal fatto all’autore.

¹³⁹ La figura del c.d. *dissenter* è utilizzata da una parte cospicua della cultura giuridica americana come metafora riassuntiva di alcune delle ragioni che militano a sostegno del principio di c.d. neutralità dello Stato nel campo della libertà di espressione, concepito come uno ‘spazio franco’ dove le regole di rispetto e decoro dovrebbero essere sospese per consentire lo sviluppo del dibattito pubblico e la messa in crisi opinioni consolidate, idee tradizionali e senso comune diffuso: cfr. sul punto C. SUNSTEIN, Cambridge (2003). È però il caso di rilevare che il *dissenter* (soprattutto quello nostrano) non fa parte di solito di una minoranza anticonformista e politicamente scorretta ma, molto meno eroicamente, si fa più spesso portavoce, amplifica e, in alcuni casi, legittima umori tossici stabilmente acuartierati nella pancia della maggioranza dei benpensanti.

¹⁴⁰ Come la definisce A. SCURATI (2023), p. 28.

¹⁴¹ A cominciare dal c.d. *Silencing Effect*. Sul punto cfr. A. TESAURÒ (2013), pp. 67 e ss.

¹⁴² Sulla scelta politico-criminale di rispondere a difficoltà pratico-applicative e problemi di legittimazione costituzionale con l’abrogazione radicale delle fattispecie della legge Scelba più compromesse col piano dei reati di opinione v. M. PELISSERO (2015), p. 38.

sfera pubblica»¹⁴³: una scommessa, non si sa quanto vincente, per una specie di *abrogatio sine abolitione* che mantiene la norma al suo posto come presidio simbolico e la avvia verso un destino di desuetudine applicativa.

È, però, il caso di chiedersi in chiusura se, sotto il profilo della razionalità assiologica e strumentale, non sia più raccomandabile, in prospettiva *de jure condendo*, il definitivo abbandono di una strategia di contrasto *dal basso*, arbitraria, casuale, ad alto tasso di ineffettività, con mere funzioni di riaffermazione simbolica dei valori antifascisti messi in discussione, come quella penalistica, e la sua sostituzione con una strategia di intervento a più forte impatto politico che punti sul potenziamento di un “dispositivo di scioglimento” di associazioni, movimenti o gruppi riformato nei suoi presupposti, da affidare magari alla Corte costituzionale sul modello del *Parteiverbot* utilmente sperimentato in Germania, per colpire alla fonte la centrale generatrice delle più insidiose forme di esternazione dell’ideologia nazi-fascista¹⁴⁴.

Bibliografia

ALBANESE, Giulia (2014): “Brutalizzazione e violenza alle origini del fascismo”, in *Studi Storici*, n. 1, “Fascismo: itinerari storiografici da un secolo all’altro”, pp. 3-14.

ALLYARDACE, Gilbert. (1979): “What fascism is not: thoughts on the deflation of a concept”, in *American Historical Review*, 84, 2, pp. 365-388, trad. it. Cosa non è “fascismo”. Riflessioni sulla deflazione di un concetto, in R. DE FELICE (eds.), “Il fascismo. Le interpretazioni dei contemporanei e degli storici”, Laterza, Roma-Bari, 1998.

ASSMANN, Aleida (2008): “Transformation between History and Memory”, in *Social Research*, vol. 75, n.1, pp. 49-72.

BACCO, Federico (2010): “Sentimenti e tutela penale: alla ricerca di una dimensione liberale”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1165 e ss.

BACCO, Federico (2018): “Tra sentimenti ed eguale rispetto. Problemi di legittimazione della tutela penale” (Torino, G. Giappichelli editore).

BARIS, Tommaso (2014): “Crisi del paradigma antifascista e retoriche politiche delle nuove destre tra prima e seconda repubblica”, in S. COLARIZI, A. GIOVAGNOLI, P. POMBENI (eds.), “L’Italia contemporanea dagli anni Ottanta a oggi”, pp. 437 e ss. (Roma, Carocci editore).

BARIS, Tommaso (2018): “La stampa italiana e il dibattito sul fascismo (1945-1990). Appunti per una ricerca”, in *E Review*, n.6.

BIN, Roberto, “Giudizio in astratto e delega di bilanciamento «in concreto»”, in *Giur. Cost.*, 1991, 3574.

BISCIONE, Francesco M. (2023): “Il sommerso della repubblica. La democrazia italiana e la crisi dell’antifascismo” (Torino, Bollati Boringhieri).

BLOCH, Marc (1963): “Pour une histoire comparée des sociétés européennes”, in *Mélanges historiques*, vol. I, Paris, pp. 16-40.

BLOCH, Marc (2009): *Apologia della storia. O mestiere di storico* (Torino, Einaudi) (ed. or. 1950)

BOBBIO, Norberto (1982): “L’ideologia del fascismo”, in *Quaderni della Fiap*, 1975, ora in C. Casucci (eds.), “Il fascismo. Antologia di scritti critici” (Bologna, Il Mulino), pp. 598-624.

CALAMANDREI, Piero (1952): “Trent’anni dopo”, in *Il Ponte*, n. 10 (Firenze, La Nuova Italia).

¹⁴³ È la proposta conclusiva di D. PULITANÒ (2019), p. 17 e p. 20.

¹⁴⁴ Sul punto cfr. A. GATTI (2017).

CARAMANI, Daniele - MANUCCI, Luca, “National Past and Populism: the Re-elaboration of Fascism and its Impact on Right-Wing Populism in Western Europe”, in *Western European Politics*, n. 42, pp. 1-28.

CAROLI, Paolo (2017): “Commemorare i caduti della Repubblica Sociale Italiana con il saluto romano non costituisce reato”, in *Diritto penale e processo*, pp 1587-1592.

CASTRONUOVO, Donato (2011): “Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza. La logica precauzionale come fattore espansivo del “penale” nella giurisprudenza della Cassazione”, in G. GRASSO, L. PICOTTI, R. SICURELLA (eds.), “L’evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona” (Milano, Giuffrè).

CHIASSONI, Pierluigi (2018): “Tre problemi di teoria del bilanciamento”, in *Lo Stato*, n. 11, pp. 1 e ss.

CONTINI, Giovanni (1997): “La memoria divisa”, Rizzoli, Milano, 1997.

CORNER, Paul (2022): “Mussolini e il fascismo. storia, memoria e amnesia” (Roma, Viella).

CROCE, Benedetto (1946): «*Quaderni della Critica*», vol. 2, n. 6, p. 102.

CROCE, Benedetto (1963): “Scritti e discorsi politici (1943-1947)”, vol. II (Bari, Laterza).

DE BERNARDI, Alberto (2018): “Fascismo e antifascismo. Storia, memoria e culture politiche” (Roma, Donzelli editore).

DE FRANCESCO, Giovannangelo (1994): Sub. art. 2, in “Commento al d.l. 24/4/1993, conv. con modif. dalla l. 25/6/1993, n. 205”, in *Leg. pen.* 1994, pp. 203 e ss.

DICIOTTI, Enrico (1999): “Interpretazione della legge e discorso razionale”, Giappichelli, Torino, pp. 451 e ss.

DONINI, Massimo (2008): “«Danno» e «offesa» nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici a margine della categoria dell’«offense» di Joel Feinberg”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1546-1593.

DONINI, Massimo (2021): “Negazionismo e protezione della memoria. L’eredità dell’Olocausto e la sua sfida per l’etica pubblica e il diritto penale”, in *Sistema penale*, 10 febbraio 2021.

ECO, Umberto (2018): “Il fascismo eterno” (Milano, La nave di Teseo).

FEINBERG, Joel (1990): “The Moral Limits of the Criminal Law”, vol. IV, “Harmless Wrong-doing” (Oxford-New York, Oxford University press).

FIANDACA, Giovanni (2011): “Sui «giudizi di fatto» nel sindacato di costituzionalità in materia penale, tra limiti ai poteri e limiti ai saperi”, in *Studi in onore di Mario Romano*, I (Napoli, Jovene).

FIANDACA, Giovanni (2012): “Sull’approccio costituzionale al diritto penale: attualità e limiti” in *La Corte d’Assise*, n. 1-2, pp. 95 e ss.

FIANDACA, Giovanni (2013): “Sul ruolo delle emozioni e dei sentimenti nella genesi e nell’applicazione delle leggi penali”, in O. Di Giovine (eds.), “Diritto penale e neuroetica”, pp. 215-239 (Padova, Cedam).

FIANDACA, Giovanni - DI CHIARA, Giuseppe (2003): *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata* (Napoli, E.S.I.).

FINCHELSTEIN, Federico (2019), “Dai fascismi ai populismi. Storia, politica e demagogia nel mondo attuale”, (Roma, Donzelli).

FLORES, Marcello (2020): “Cattiva memoria. Perché è difficile fare i conti con la storia” (Bologna, Il Mulino).

FOCARDI, Filippo (2005): “La guerra della memoria. La resistenza nel dibattito politico italiana dal 1945 a oggi” (Roma-Bari Laterza).

FOCARDI, Filippo (2020): “Nel cantiere della memoria. Fascismo, Resistenza, Shoah, Foibe” (Roma, Viella).

FOOT, John (2009): “Fratture d’Italia. Da Caporetto al G8 di Genova. La memoria divisa del paese” (Milano, Rizzoli).

FRONZA, Emanuela (2016): “Criminalizzazione del dissenso o tutela del consenso. Profili critici del negazionismo come reato”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, p. 1025.

FRONZA, Emanuela (2017): “L’introduzione dell’aggravante di negazionismo”, in *Diritto penale e processo*, II, pp. 155-157.

FRONZA, Emanuela (2018): “Memory and Punishment. Historical Denialism, Free Speech and the Limits of Criminal Law (Den Haag, Asser).

GALLERANO, Nicola (1986): “Critica e crisi del paradigma antifascista”, in AA.VV. “Fascismo e antifascismo negli anni della Repubblica” (Milano, Franco Angeli).

GALLI, Monica (2019): “Dalla Cassazione alcune indicazioni per individuare il discrimine tra il delitto di “esibizionismo razzista” (art. 2 co. 1 legge Mancino) e il delitto di «manifestazioni fasciste» (art. 5 legge Scelba)” in *Diritto penale contemporaneo*, 22 giugno 2019.

GALLUCCIO, Alessandra (2019): “Il saluto fascista è reato? L’attuale panorama normativo e giurisprudenziale ricostruito dal Tribunale di Milano, in una sentenza di condanna”, in *Diritto penale contemporaneo*, 29 aprile 2019.

GARAPON, Antoine (2008): “Peut-on réparer l’histoire? Colonisation, esclavage, Shoah” (Paris, Odile Jacob).

GATTI, Andrea (2017): “Il *Parteiverbot* e la nuova incostituzionalità a geometria variabile nell’ordinamento tedesco”, in *Rivista AIC*, n.3.

GENTILE, Emilio (1989): “Storia del partito fascista 1919-1922. Movimento e milizia” (Laterza, Roma-Bari).

GENTILE, Emilio (2002): “Fascismo. Storia e interpretazione” (Roma-Bari, Laterza).

GENTILE, Emilio (2019): “Chi è fascista” (Bari-Roma, Laterza).

GERMINARIO Francesco (1999): “L’altra memoria. L’estrema destra, Salò e la resistenza” (Torino, Bollati Boringhieri).

GOBETTI, Piero (2016): “L’autobiografia della nazione”, in C. Panizza (eds.), *Collana Gobettiana* (Fano, Aras edizioni).

GRIFFIN, Roger (1999): “The Nature of Fascism” (London-New York, Routledge).

GUASTINI, Riccardo (2004): “L’interpretazione dei documenti normativi” (Milano, Giuffrè).

HALBWACHS, Maurice (2001): “La mémoire collective”, PUF, Paris, 1950, trad. it. a cura di P. Jedlowski, T. Grande “La memoria collettiva” (Milano, Unicopli).

HINTZE, Otto (1964): “Soziologie und geschichtliche Staatsauffassung”, in G. Oestreich (eds.) *Soziologie und Geschichte. Gesammelte Abhandlungen*, vol. II, Göttingen, pp. 239-305.

LUCIANI, Massimo (1991): “Antifascismo e nascita della Costituzione”, in *Politica del diritto*, pp. 183 e ss.

LYTTELTON, Adrian (1974): “La conquista del potere: il fascismo dal 1919 al 1929” (Roma-Bari, Laterza).

MILL, John Stuart (1881): “Philosophy of Scientific Method” (New York, E. Nagel).

- MILLAN, Matteo (2014): “Squadrisimo e squadristi nella dittatura fascista” (Roma, Viella).
- MOSSE, George (1990): “Fallen Soldier: Reshaping the Memory of the World Wars” (Oxford, Oxford University press).
- NITTI, Francesco Saverio (1926): “Bolschevisme, fascisme, démocratie” (Paris, Édition du progrès civique) Paris, 1926.
- NOLTE, Ernst (1971): “I tre volti del fascismo”, trad.it. a cura di F. Saba Sardi e G. Manzoni Milano, A. Mondadori).
- NOTARO, Domenico (2020): “Neofascismo e dintorni: la “resistenza” della dimensione offensiva del tipo criminoso”, in *www.lalegislaZIONEpenale.eu*, 2020.
- NUSSBAUM, Martha (2005): “Nascondere l’umanità. Il disgusto, la vergogna, la legge”, trad. it. a cura di C. Corradi, (Roma, Carocci).
- PELI, Santo (1999): “La Resistenza difficile” (Milano, FrancoAngeli).
- PELISSERO, Marco (2015): “La parola pericolosa. Il confine incerto del controllo penale del dissenso”, in *Questione Giustizia*, 4.
- PERELMAN, Chaïm - OLBRECHTS-TYTECA, Lucie (2001): “Trattato dell’argomentazione: la nuova retorica” (Einaudi, Torino).
- PEZZINI, Barbara (2011): “Attualità e attuazione della XII disposizione finale: la matrice antifascista della Costituzione repubblicana”, in *Scritti in onore di Valerio Onida* (Milano, Giuffrè), pp. 1379 e ss.
- PEZZINI, Barbara (2016): “Attualità della Resistenza: la matrice antifascista della Costituzione repubblicana”, in B. PEZZINI e S. ROSSI (eds.), “I giuristi e la Resistenza. Una biografia intellettuale del Paese” (Milano, Franco Angeli).
- PINTORE, Anna (2010): “Le due torri. Diritti e sicurezza ai tempi del terrore”, in “Democrazia e diritti. Sette studi analitici” (Pisa, ETS).
- PIVATO, Stefano (2007): Vuoti di memoria. Usi e abusi della storia nella vita pubblica italiana (Roma-Bari, Laterza).
- POPPER, Karl R. (2004): “La società aperta e i suoi nemici 1” (Roma, Armando Editore).
- POST, Robert C (1992): “Racist Speech, Democracy and the First Amendment”, in *William & Mary Law Review*, 3, pp. 2267 e ss.
- POST, Robert C. (2011): “La disciplina dell’*hate speech* tra considerazioni giuridiche e sociologiche”, in D. Tega (eds.), “Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela”, pp. 97 e ss. (Roma, Armando Editore)
- PULITANÒ, Domenico (2019): “Legge penale, fascismo, pensiero ostile”, in *Rivista di diritto dei media*, 1, pp. 12 e ss.
- RIEFF, David (2019): “In Praise of Forgetting: Historical Memory and its Ironies”, New Haven, Yale University Press, 2016, “Elogio dell’oblio: i paradossi della memoria storica”, trad. it. a cura di G. Tonoli, (Roma, Luiss).
- RISICATO, Lucia (2021): “Lo scivoloso confine tra commemorazione e apologia del fascista”, in *Giurisprudenza italiana*, pp. 1959 e ss.
- RUSCONI, Gian Enrico (1995): “Resistenza e postfascismo” (Bologna, Il Mulino).
- SCHAUER, Frederick (1991): “Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based-Decision-Making in Law and in Life”, Oxford University Press, New York, trad. it. “Le regole del gioco. Un’analisi delle decisioni prese secondo le regole nel diritto e nella vita quotidiana” (Bologna, Il Mulino).

- SCURATI, Antonio (2023): "Fascismo e populismo. Mussolini oggi" (Firenze, Bompiani).
- SERUGHETTI, Giorgia (2021): "Il vento conservatore. La destra populista all'attacco della democrazia", Bari-Roma, Laterza).
- SKOCPOL, Theda - SOMERS, Margaret (1980): "The Uses of Comparative History in Macrosocial Inquiry", in *Comparative Studies in Society and History*, XXII, pp. 174-197.
- SORRENTI, GIUSI (2006): "L'interpretazione conforme a Costituzione" (Milano, Giuffrè).
- SPAGNOLO, Giuseppe (1979): "Norme penali contro il neofascismo e XII disposizione finale della Costituzione", in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 318-333.
- SPENA, Alessandro (2016): "La parola(-)odio. Sovraesposizione, criminalizzazione e interpretazione dello *hate speech*", in *Criminalia*, pp. 577-607.
- STERNHELL, Zeev - SZNAJDER, Mario - ASHÉRI, Maia (2008): "Nascita dell'ideologia fascista" (Milano, Baldini Castoldi dalai).
- SUNSTEIN, Cass R. (2003): "Why Societies Need Dissent" (Cambridge, Cambridge University Press).
- TAGUIEFF, Pierre-André (2015): "La revanche du nationalisme. Néopopulistes et xénophobes à l'assaut de l'Europe", (Paris, Presses Universitaires de France)
- TARANTINO, Dora (2020): "Diritto penale e "culto del littorio". La repressione dell'uso di simboli fascisti tra *ius conditum* e *ius condendum*", in *Diritto penale contemporaneo - Rivista Trimestrale*, n. 1, pp. 248 e ss.
- TARCHI, Marco (2003): "Fascismo. Teorie, interpretazioni e modelli" (Bari, Laterza).
- TASCA, Angelo (1950): "Nascita e avvento del fascismo" (Firenze, La Nuova Italia).
- TESAURO, Alessandro (2013): "Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista" (Torino, Giappichelli).
- TILLY, Charles (1984): "Big Structures, Large Processes, Huge comparisons" (New York, Russell Sage Foundation).
- TOGLIATTI, Palmiro (1970): "Lezioni sul fascismo" (Roma, Editori Riuniti).
- TRAVERSO, ENZO (2005): *Il passato: istruzioni per l'uso. Storia, memoria, politica* (Verona, Ombre Corte).
- TRAVERSO, ENZO (2017): "I nuovi volti del fascismo" (Verona, Ombre Corte).
- VIDAL-NAQUUET, Pierre (2008): "Gli assassini della memoria: saggi sul revisionismo e la Shoah" (Roma, Viella).
- VINCIGUERRA, Sergio (1967): voce "Fascismo (sanzioni contro il)", *Enciclopedia del diritto*, XVI (Milano, Giuffrè), pp. 902-926.
- VIVARELLI, Roberto (1991): "Storia delle origini del fascismo" (Bologna, Il Mulino).
- WOLFF, Robert Paul - MOORE, Barrington Jr. - MARCUSE, Herbert (1968): "Critica della tolleranza" (Torino, Einaudi).



Diritto Penale Contemporaneo

R I V I S T A T R I M E S T R A L E

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

<http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu>