

## “PLANANDO SOPRA BOSCHI DI BRACCIA TESE”: IL SALUTO FASCISTA DAVANTI ALLE SEZIONI UNITE

*Nota a Cass. SU, sent. 18 gennaio 2024 (dep. 17 aprile 2024), n. 16153, Pres. Cassano,  
rel. Andreazza.*

di Alessandro Tesauro

*Questo articolo analizza criticamente la questione della rilevanza penale delle manifestazioni di pensiero fascista alla luce delle conclusioni raggiunte dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite delle Corte di cassazione.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il reato che punisce le manifestazioni razziste come reato di pericolo astratto. – 2.1. (*Segue*) La “clausola di innocuità” – 3. Il reato che punisce le manifestazioni fasciste come reato a pericolo concreto: quattro punti da approfondire. – 4. La questione dell’unità o pluralità di reati. – 4.1. (*Segue*). Specialità per specificazione. – 4.2. (*Segue*). Specialità per aggiunta.

*Troppa fascistaggine in giro  
per l’Italia  
(Altan)*

### 1. Premessa.

Scopo di queste note è di analizzare criticamente la controversa questione della rilevanza penale delle manifestazioni tradizionalmente riconducibili al repertorio simbolico tipico del disciolto partito fascista – “saluto romano” e “chiamata del presente” in testa - alla luce della recente presa di posizione con cui le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno tentato – con una pronuncia invero non priva di lati in ombra e qualche *deficit* argomentativo – di risolvere il contrasto interpretativo emerso nell’ambito dei diversi orientamenti giurisprudenziali precedentemente sviluppatasi sul tema<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Corte di cassazione, Sezioni Unite penali, sentenza 18 gennaio 2024, su cui si vedano i commenti di L. RISICATO (2024) e C. VISCONTI (2024).

In risposta al quesito devoluto alla sua competenza nomofilattica, la Cassazione riunita si è impegnata nell'impervio compito di dare adeguata sistemazione a tre sotto-questioni problematiche tra loro collegate: *i)* in primo luogo, stabilire *se e a quali condizioni* le manifestazioni esteriori tipiche dell'iconografia rituale di stampo fascista integrino l'uno, l'altro (o *entrambi!*) i dispositivi legali astrattamente disponibili per la valutazione penalistica del fenomeno: che notoriamente sono, da un lato, il reato di chi inscena pubblicamente manifestazioni usuali del disciolto partito fascista, di cui all'art. 5 della c.d. legge Scelba; e dall'altro, il reato di "manifestazioni razziste", realizzato da 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», previsto all'art. 2 della c.d. legge Mancino; *ii)* prima ancora, sciogliere in via preliminare il nodo di quale sia la fisionomia strutturale delle due fattispecie incriminatrici potenzialmente applicabili al comportamento in questione. E, in particolare, se il primo modello delittuoso debba continuare ad essere concepito – sulla scorta delle indicazioni fornite dalla Corte costituzionale sul finire degli anni '50<sup>2</sup> – come un *reato di pericolo concreto*, per il quale è richiesta la prova processuale che al comportamento punibile sia credibilmente associato un pericolo effettivo di ricostituzione del Partito fascista<sup>3</sup>; mentre il secondo debba, al contrario, essere ricostruito, in conformità al trattamento ad esso per lo più riservato nella prassi giurisprudenziale formatasi in materia, come *reato di pericolo astratto*<sup>4</sup>; e infine *iii)* chiarire se le incriminazioni simultaneamente convergenti sullo stesso nucleo di condotta

---

<sup>2</sup> Sono le note sentenze 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.

<sup>3</sup> «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.

<sup>4</sup> 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. Una ricostruzione esaustiva del contrasto giurisprudenziale in materia è contenuta nei parr. 4 e 5 della sentenza.

materiale diano luogo a un'imputazione unica o plurima e, cioè, a un *concorso formale eterogeneo di reati* o a un *concorso apparente di norme*.

Effettuata una preliminare ricognizione ad ampio spettro delle sentenze più rappresentative dei diversi filoni giurisprudenziali presenti sul campo, il cuore della verifica compiuta dalla Corte si concentra tutto nell'individuazione dei tratti strutturali distintivi che caratterizzano cornice tipica, bene giuridico e proiezione offensiva delle due figure criminose coinvolte.

Sotto il primo profilo – quello relativo al piano dei contrassegni formali di caratterizzazione legislativa del fatto punibile – la sentenza traccia il confine tra le due fattispecie tipiche a confronto lungo la linea che separa, dal punto di vista dei rispettivi contenuti specifici, l'armamentario simbolico-rituale più peculiarmente riconducibile all'esperienza storica del «*disciolto partito fascista*» *in senso stretto*, dall'universo linguistico-immaginario di tipo razzista, gerarchico e anti-egualitario di cui fanno usuale impiego le organizzazioni *attualmente operanti* nell'odierno mercato politico dell'intolleranza. Con l'ulteriore problema di stabilire il "posto" di quelle manifestazioni che, proprio come il saluto romano, per il loro carattere ambivalente, 'giocano su due tavoli' e, per questo, sfuggono alla predetta bipartizione.

Sotto il secondo profilo – quello relativo al diverso spessore qualitativo dei beni rispettivamente protetti dalle due fattispecie legali poste a raffronto – nel caso della normativa antirazzista viene più direttamente chiamato in causa – accanto a un potenziale, e più defilato, rivolto lesivo a carico dell'ordine pubblico materiale – un bene con un assorbente statuto metafisico-trascendente come la "pari dignità sociale senza distinzioni di razza"; mentre, invece, alla normativa antifascista viene attribuita, sulla scia della posizione tradizionalmente assunta al riguardo dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritaria, la difesa di un bene con un retroterra empirico-fattuale percepito come comparativamente più accentuato. E, cioè, l'integrità delle istituzioni repubblicane basate su democrazia e diritti, l'interesse vitale all'inalterabilità della scelta istituzionale a favore della democrazia costituzionale<sup>5</sup>: con le parole della Corte, l'«ordine pubblico democratico o costituzionale», visto in una prospettiva che trascende il mero ordine pubblico materiale, la mera protezione dell'ecosistema sociale da disordini e violenze, per includervi «la stessa tavola dei valori costituzionali fondativi della Repubblica».

Nel caso della normativa antirazzista, quindi, sulla scorta di una (episodica) esperienza applicativa che, peraltro, non lo aveva esplicitato così apertamente, la scelta

---

<sup>5</sup> 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)

è stata quella di individuare espressamente il bene protetto in via prioritaria dal reato di «esibizionismo razzista» 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", qui come altrove concepito, non senza una spiccata dose di idealismo giusnaturalista, come un valore assoluto e *non bilanciabile*: e, cioè, come un bene ricostruito alla stregua di un'entità concettuale astratta, capace di disegnare attorno a sé una barriera magica di intangibilità e *prima facie* in grado di imporsi in modo categorico e incondizionato sul concorrente diritto alla libertà di espressione<sup>6</sup>.

Mentre nel caso dell'altra fattispecie applicabile 'a condotta materiale invariata' e, cioè, l'art. 5 della legge Scelba, la scelta è stata quella di considerarla un presidio penalistico finalisticamente orientato a immunizzare contro il rischio contingente di danni sostanziali a carico del bene 'integrità dello Stato costituzionale di diritto': un bene espressamente considerato, questa volta, dalla Corte come suscettibile di entrare in bilanciamento con le concomitanti esigenze di protezione della libertà di espressione, oltre che provvisto di correlati fenomenici materialmente ledibili in grado di consentire attendibili verifiche giudiziarie sul piano della concreta dannosità sociale dei comportamenti incriminati.

Sfruttando le correlazioni concettuali esistenti tra struttura del fatto tipico, tecniche di tutela adottabili e specifica fisionomia del bene convenzionalmente assumibile a oggetto di protezione, la Corte ha, perciò, avuto buon gioco nell'inserire la prima delle due fattispecie potenzialmente coinvolte nel "paniere" dei reati a pericolo astratto e la seconda in quello dei reati a pericolo concreto<sup>7</sup>.

## 2. Il reato che punisce le manifestazioni razziste come reato di pericolo astratto.

Più in particolare, per assegnare al reato di cui all'art. 2 della legge Mancino natura di reato di pericolo astratto la Corte fa essenzialmente leva su due argomenti.

a) Pur senza esplicitarlo apertamente, sembra di potere intuire che il primo argomento che la Corte schiera a favore del pericolo astratto si basi sulle sopra menzionate caratteristiche "ideali" o "immateriali" comunemente attribuite al bene

---

<sup>6</sup> Sul punto sia consentito il rinvio a A. TESAURO (2013), pp. 2 e ss.

<sup>7</sup> Per quanto, a ben guardare, anche in relazione alla fattispecie che punisce le esternazioni fasciste viene ugualmente ad emersione un inattingibile macro-bene con caratteristiche meta-individuali o "ad ampio spettro", come la tenuta complessiva della democrazia parlamentare, che avrebbe dovuto suggerire alla Corte un atteggiamento di maggiore cautela al momento di vagliare l'effettiva praticabilità del ricorso al pericolo concreto in tale ambito. Rileva, con riferimento a entrambe le oggettività giuridiche, come «potrebbe perfino ipotizzarsi che i beni giuridici così meritoriamente individuati con spirito costituzionalistico e repubblicano, per la loro natura ideale e astratta si rivelino paradossalmente ancora più distanti dalla dimensione fattuale in cui è chiamato a decidere l'interprete giudiziale che, verosimilmente, in questa cornice avrà un supplemento di difficoltà nel render conto del grado di offensività di singole, specifiche, condotte rispetto a un orizzonte di tutela tanto ideologicamente impegnativo quanto empiricamente impalpabile», C. VISCONTI, (2024), p. 509.

dignità-uguaglianza. Sotto questo profilo, avremmo, qui come altrove, a che fare con un oggetto di tutela che, per le sue stesse caratteristiche strutturali, si presenta come un *quid* di così scarsa afferrabilità materiale, di così ridotta consistenza empirica, da rendere evanescente e incorporea l'offesa che potrebbe essergli *concretamente* arrecata da singole condotte aggressive: pretendere, perciò, di fornire la prova processuale di un danno materiale tangibile e incombente su di un bene con un profilo così spiritualizzato (e, dunque, così difficilmente "catturabile") significherebbe richiedere una prestazione giudiziaria inesigibile e decretare *in apicibus* una sostanziale rinuncia alla tutela penale.

Sotto altro profilo avremmo a che fare con un bene che, in questo come in altri casi, viene trattato come «una nuvola lontana dalla quale piovono i risultati»<sup>8</sup>; e, cioè, come un "universale naturale" che si autocertifica da sé nella sua solitaria perfezione astratta e impone la sua tutela (e nelle forme del pericolo astratto) in base a una mera «retorica dell'enunciazione»<sup>9</sup>. Nel caso di specie viene, più precisamente, chiamata in causa una declinazione più specifica di tale bene, di solito identificata, non senza qualche approssimazione retorica, in un "ideale normativo" di piena integrazione razziale a metà strada fra reputazione collettiva di gruppo, sentimenti individuali di umiliazione pubblica, uguaglianza formale senza distinzioni di razza, ordine pubblico ideale di fonte internazionale, universalismo morale antidiscriminazione. Ma il risultato non cambia: quello della pari dignità senza distinzioni di razza è un bene la cui lesione è concepita come *di per sé* autoevidente, senza che sia richiesta la verifica giudiziale del pericolo concreto di prassi sociali violente o discriminatorie a danno dei singoli appartenenti al gruppo-bersaglio, come risultato di un possibile bilanciamento con il controinteresse antagonista della libertà di espressione. Anche se non è del tutto ininfluyente notare come, una volta individuato nella dignità umana il bene protetto, le caratteristiche incorporee e lo statuto soprasensibile che gli vengono attribuite oppongono una certa resistenza alla possibilità di distinguere con profitto tra danno, pericolo concreto e pericolo astratto, essendo i relativi concetti e confini in larga misura dipendenti da opzioni normativo-valutative dell'interprete.

b) Consapevole, dunque, che la distinzione tra pericolo astratto e pericolo concreto non può derivare da un mero confronto tra i beni giuridici assunti a oggetto di protezione ma va desunta dalla descrizione legislativa delle relative fattispecie astratte, la Corte schiera un secondo argomento che fa leva sul collegamento organico delle manifestazioni esterne a contenuto discriminatorio o "inferiorizzante" con entità organizzative *effettivamente operanti nel contesto politico-sociale contemporaneo*.

Nella prospettiva di inquadramento scelta dalle Sezioni Unite, sarebbe «l'esistenza attuale di detti agglomerati», la loro presenza effettiva nel panorama complessivo dell'offerta politica fornita dalle formazioni di orientamento xenofobo, l'elemento costitutivo cardine cui si è potuta ragionevolmente agganciare, in sede di prognosi

---

<sup>8</sup> La metafora è di W. HASSEMER (2007), p. 62.

<sup>9</sup> Per questo concetto v. E. DICIOTTI, B. PASTORE, (2008), p. 375.

legislativa di pericolosità astratta, un'intrinseca (e più accentuata) «capacità di contagio o diffusione» dell'esternazione nell'ecosistema sociale circostante.

In realtà, è difficile sottrarsi alla sensazione che, nell'individuare nel predetto elemento il tratto tipico che incentra su di sé le ragioni esclusive della scelta legislativa a favore del pericolo astratto, la Corte sia potuta incorrere in un esercizio di sovrainterpretazione giudiziale. La differenza tra reati a pericolo astratto e reati a pericolo concreto deriva *innanzitutto* dalle caratteristiche strutturali della fattispecie incriminatrice: di conseguenza, dovrebbe essere primariamente compito del legislatore tipizzare espressamente le note che rendono in generale pericolosa la classe di condotte punibili. In questo senso, la qualificazione non può dipendere dalle caratteristiche empirico-fattuali di raggruppamenti di ispirazione razzista liberamente interpretate come equivalente fenomenico dell'offensività astratta, *se queste non sono richiamate dalla fattispecie*.

Ciononostante, nel ragionamento seguito dalla Cassazione riunita, la “non manifesta irrazionalità o arbitrarietà” della presunzione di pericolo secondo *l'id quod plerumque accidit* – come fondamentale condizione legittimatrice che, secondo l'avviso espresso a più riprese dalla giurisprudenza costituzionale, rende razionalmente motivato il ricorso legislativo al pericolo astratto<sup>10</sup> – viene fatta dipendere da una sequenza logico-causale grosso modo descrivibile così: i) rappresentazione sulla scena pubblica di manifestazioni e simboli distintivi peculiari di organizzazioni *attive e vitali nell' odierno contesto politico-sociale*; ii) il cui il grado di pericolosità viene espressamente reputato dalla pronuncia in questione come «proporzionalmente» più elevato *rispetto alle manifestazioni usuali del disciolto partito fascista*, in ragione di una asserita, più intensa «disseminazione di idee discriminatorie» che da esse ci si potrebbe legittimamente attendere proprio in virtù della loro provenienza genealogica; e il cui esito finale sarebbe iii) una più spiccata attitudine al proselitismo, a sua volta valutabile in termini di “conservazione” o “rafforzamento” delle formazioni di riferimento.

Quanto, poi – in evidente contrasto con le premesse di partenza – anche una generica rivendicazione di appartenenza all'immaginario neofascista possa rispecchiare un simile giudizio predittivo, è un profilo che la pronuncia lascia completamente in ombra: si tratta, infatti, di manifestazioni trasversalmente riferibili, in modo indifferenziato, al patrimonio simbolico di una molteplicità indistinta di organizzazioni di stampo razzista ed è, pertanto, molto più dubbio che possano anch'esse produrre l'ipotizzato *surplus* di pericolosità astratta in termini di maggiore diffusione di idee discriminatorie. Come si vedrà, le uniche precisazioni che la Corte riesce a fornire in ordine ai presupposti minimi per una concorrente punibilità delle manifestazioni di più «naturale riconducibilità» sotto la normativa antifascista anche alla stregua della legislazione antirazzista si limitano ad un generico (e abusato) appello al contesto situazionale, un po' troppo sbrigativamente concepito come uno strumento regolativo

---

<sup>10</sup> Per un efficace quadro di sintesi della giurisprudenza costituzionale che richiede come irrinunciabile condizione di ingresso per l'accesso al pericolo astratto la giustificabilità del giudizio predittivo di 'normale pericolosità' di una determinata classe di azioni al metro di adeguate verifiche empiriche cfr., G. FIANDACA, G. DI CHIARA, (2003), pp. 148 e ss.

sempre capace di fornire risposte sicure in ordine alla presenza di un concomitante significativo normativo-sociale di tipo discriminatorio.

In proposito, quel che va messo opportunamente in risalto è che, nella parte finale della motivazione, la Corte – in modo autocontraddittorio e in contrasto con quanto affermato da precedenti filoni giurisprudenziali<sup>11</sup> – sorprendentemente allenta (e di molto) l'elemento-chiave del legame di simbologie e codici autorappresentativi con *preesistenti* e *ben individuate* organizzazioni dotate di un sufficiente grado di consolidamento strutturale e con un profilo identitario ben riconoscibile, ritenendo, in un'ottica di iper-prevenzione molto anticipata, di dovere superare la «rigida e formale schematizzazione dell'ente di riferimento» per includervi «aggregazioni di natura estemporanea»: e, cioè, aggregazioni transeunti e non strutturate sorte, come in un processo di germinazione spontanea, nell'*hic et nunc* della loro prima irruzione sulla scena pubblica. Un robusto ampliamento dei fatti punibili che sembra appositamente pensato proprio per applicare la più agile disposizione antidiscriminazione a formazioni "liquide", giocoforza prive di un proprio apparato simbolico codificato e ben riconoscibile e costrette a ripiegare, più di altre, sul tradizionale armamentario di stampo fascista.

Una profilassi politico-criminale *orientata al futuro* e spinta molto oltre i confini di una legittima criminalizzazione del pericolo astratto?

La domanda è tanto più legittima se si considera che, come già rilevato più sopra, la Corte non assolve all'onere di specificare *se, come e a quali condizioni* una più generica manifestazione identitaria di stampo neofascista – di per sé indiscriminatamente riferibile a una pluralità indeterminata di organizzazioni suprematiste di estrema destra – possa produrre, in termini di pericolosità comparativamente più accentuata, gli ipotizzati effetti di rafforzamento di una aggregazione di matrice razzista già esistente. Sicché, non è forse infondato supporre che l'espedito di fare sparire dal quadro il riferimento a una ben individuata formazione preesistente con un proprio profilo già consolidato risponda anche allo scopo di aggirare tale necessità, allargando, nel contempo, a dismisura l'ambito della punibilità.

## 2.1. (Segue) La "clausola di innocuità".

Sia come sia, il reato in questione tipicizzerebbe comportamenti considerati idonei, nella generalità dei casi, a esporre a pericolo il bene dignità (individuale o "di gruppo"): sicché, ai fini della punibilità, basterebbe la realizzazione del comportamento

---

<sup>11</sup> A proposito del doppio nesso di derivazione genetica e di strumentalità funzionale dell'ostentazione simbolica con una preesistente formazione-matrice, le Sezioni Unite prendono esplicitamente le distanze da quell'orientamento, emblematicamente rappresentato dalla citata sentenza Scordo, che «in linea con la condivisibile preoccupazione di non travalicare il principio di legalità e di tassatività nell'interpretazione della norma (...), ha richiesto che tali gruppi siano individuati dal giudice e che solo la previa individuazione degli stessi consenta di ritenere applicabile l'art. 2, comma 1, cit.»

conforme al modello legale, senza richiedere al giudice l'effettivo accertamento *in positivo* di alcun pericolo concreto di comportamenti violenti o discriminatori.

In linea di massima, la lesione della pari dignità sociale senza distinzioni di razza si "incapsulerebbe", come dato intrinseco o "immanente", nella realizzazione stessa del fatto tipico, mentre il pericolo di rottura della pace sociale o di trattamenti anti-egualitari, secondo l'avviso espresso dalla Corte, costituirebbe – lo vedremo – un profilo lesivo solo *secondario, eventuale e accessorio*: un approccio ricostruttivo, quindi, che – al netto delle più che discutibili manovre correttive tentate dalla Corte – appare formalisticamente ispirato a un atteggiamento di disinvoltura giuspositivistica secondo cui, almeno in prima battuta, 'il giudice deve solo sussumere' e la possibilità eventuale di scagionarsi è semmai interamente affidata alla discrezionalità valutativa dell'interprete giudiziario.

In questa prospettiva di tutela, il saluto romano fatto dal militante di Casa Pound o di Forza Nuova nel contesto di una manifestazione pubblica a tali movimenti riconducibile (così come 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 Disney<sup>12</sup>, o ancora tappezzare, nel corso di *raid* organizzati, le vie di Roma con adesivi di propaganda nazifascista allo scopo di coprire scritte "antifa"<sup>13</sup>) sarebbero da considerare – almeno tutte le volte in cui gli si possano attribuire, in base al «contesto complessivo», implicite valenze razziste – condotte astrattamente lesive della dignità di gruppo, in grado di generare *ex se* il futuro rischio di prassi sociali violente o discriminatorie ai danni delle minoranze prese a bersaglio (principalmente, gli immigrati "clandestini"): secondo un'ottica, dunque, che ipotizza un danno criminale *in re ipsa* del tutto sganciato dalla verifica *in positivo* del pericolo di alimentare comportamenti materiali ispirati a un'antropologia della disuguaglianza e del disprezzo.

E, a conferma della validità dell'ipotesi ricostruttiva da essa avanzata, la Cassazione non esita a fare impiego di un (a dire il vero non risolutivo) argomento di tipo letterale, ritenendo che la ribadita intitolazione della normativa in questione con la rubrica «Disposizioni di prevenzione» sia interpretabile come un indice testuale a

---

<sup>12</sup> La vicenda ha poi avuto un diverso esito giudiziario. Il tribunale di Forlì, con sentenza 12 gennaio 2023, aveva assolto l'imputata in quanto nulla era stato riferito in giudizio sulla portata distintiva del segno grafico esibito e, soprattutto, non era stata fornita la prova della riferibilità del medesimo ad una organizzazione attualmente esistente che propugni idee fondate sull'odio razziale. La Corte di cassazione, nel ritenere fondato il ricorso, ha ritenuto che il disegno stilizzato del campo di concentramento - diversamente da quanto sostenuto il pubblico ministero ricorrente, che lo ha ritenuto emblema indiscusso dei gruppi nazifascisti - non costituisca simbolo rappresentativo di un'organizzazione, associazione, movimento o gruppo che inciti alla discriminazione o violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. E ha concluso che il comportamento posto in essere dall'imputata potrebbe astrattamente rientrare tra quelli previsti dall'art. 604 *bis* c.p., ultimo comma, che punisce, in presenza di un concreto pericolo di diffusione processualmente acclarato chi propaganda idee fondate "sulla negazione, sulla minimizzazione in modo grave o sull'apologia della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra".

<sup>13</sup> Una prassi documentata dall'ormai famosa inchiesta di *Fanpage.it* intitolata *Gioventù Meloniana*.

conferma della volontà legislativa di anticipare la soglia della punibilità al livello del pericolo astratto.

Al riguardo ci si potrebbe, però, chiedere problematicamente se il nesso di derivazione genetica dell'esternazione simbolica da entità collettive attualmente esistenti (o, peggio ancora, contestualmente emergenti *in sincrono* con la stessa esternazione pubblica) possa essere assunto senza riserve come l'*unico* fattore decisivo in grado di incentrare per intero su di sé le ragioni esclusive dell'incriminazione e veicolare così attendibili valutazioni astratte di pericolosità: se, cioè, la mera esibizione pubblica di gesti e contrassegni identitari di organizzazioni presenti sulla scena dell'estremismo razzista valga ad esentare dalla simultanea presa in considerazione di altri indicatori di pericolosità reale in grado di incidere sulla loro capacità di penetrazione nell'immaginario collettivo e sulla loro temuta capacità attrattiva (consistenza numerica del gruppo, radicamento territoriale, rappresentatività, impatto suggestivo della coreografia, carattere isolato o di massa della manifestazione pubblica). E sia, perciò, sempre in grado di dispensare da indagini "contestuali" sulla effettiva sussistenza di un «pericolo di sostanziale "disseminazione" di idee discriminatorie».

Proprio perché consapevole di questi prevedibili scollamenti tra pericolo congetturato e pericolo reale, la Corte non ha esitato, perciò, a ricorrere, anche qui, alla solita scialuppa di salvataggio della sostanziale «innocuità» della condotta (astrattamente pericolosa) *nel caso concreto*. E – sulla scia di una consolidata giurisprudenza costituzionale, ribadita ancora di recente<sup>14</sup> – si è mostrata disponibile a valorizzare, accanto a una funzione *critico-limitativa* del principio di offensività inteso come criterio di conformazione legislativa del fatto punibile, una sua concorrente dimensione *interpretativo-applicativa*, con effetti "riequilibratori", di competenza del Giudiziario. Secondo l'avviso espresso dalla Corte, mentre i reati a pericolo concreto impongono al giudice «il compito di appurare la seria probabilità della verifica del

---

<sup>14</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 139 del 2023, in *Federalismi*, 26 luglio 2023, n.19, con cui è stata dichiarata non fondata la questione di legittimità dell'art. 4, comma 2, prima parte della Legge n. 110/1975, nella misura in cui non prevede, ai fini della integrazione dell'illecito, la sussistenza di circostanze di tempo e di luogo atte a prefigurare un pericolo concreto di utilizzo dello strumento in danno di terzi, come invece si richiede per gli oggetti di cui alla seconda parte del medesimo comma (strumenti "innominati" o "atipici"). La Corte, per un verso, ha ritenuto empiricamente suffragabile in base a regole di esperienza dotate di fondamento controllabile la scelta legislativa di adottare un trattamento di maggior rigore nei confronti di chi abbia portato fuori della propria abitazione o delle sue appartenenze un'arma impropria c.d. nominata che, sebbene di portata potenzialmente meno lesiva di quella posseduta da alcuni strumenti "innominati" (es. bastoni, martelli), secondo l'*id quod plerumque accidit* è più frequentemente rivolta a impieghi illeciti. Per altro verso, sotto il profilo della compatibilità dell'incriminazione in questione con la categoria dell'offensività in concreto, la Corte si orienta nel senso di ritenere che, mentre nel caso dei reati a pericolo concreto, il giudice deve verificare se «alla luce delle specifiche circostanze sussistesse una seria probabilità della verifica del danno», «nei reati di pericolo presunto, il giudice deve escludere la punibilità di fatti pure corrispondenti alla formulazione della norma incriminatrice, quando alla luce delle circostanze concrete manchi ogni (ragionevole) possibilità di produzione del danno». Conferendo dunque al giudice il mandato a escludere la punibilità per il reato in oggetto alla luce delle caratteristiche dell'oggetto e/o delle «condizioni spazio-temporali del porto, qualora esse dimostrino l'inesistenza di qualsiasi (apprezzabile) pericolo di tale utilizzazione.

danno» attraverso un accertamento necessario e indefettibile da condurre *in positivo* e *in via principale*, nei secondi «il giudice deve escludere la punibilità del fatto, sia pur corrispondente alla formulazione della norma incriminatrice, quando, alla luce delle circostanze concrete, manchi ogni ragionevole possibilità di produzione del danno»: questa volta, attraverso un accertamento solo eventuale da condurre *in negativo* e *in via sussidiaria*.

In questo quadro, quindi, mentre nel caso dell'art. 5 della legge Scelba *onus probandi incumbit ei qui dicit* (e, cioè, sulla pubblica accusa), nel caso dell'art. 2 della legge Mancino la responsabilità penale scatta, in via ordinaria, in base a un mero giudizio di conformità al tipo. E può essere, semmai, paralizzata *solo in seconda battuta*, per lo più tramite un onere di allegazione difensiva avente ad oggetto l'innocuità della condotta individuale. Saremmo dunque di fronte a un pericolo contemporaneamente (e contraddittoriamente) 'presunto e concretizzabile', al punto da rendere, secondo la stessa Cassazione riunita, «la distinzione, nei fatti, evanescente».

Ma è il caso di chiedersi appunto: che differenza sostanziale c'è, se ce n'è una, tra i due diversi assetti di tutela? Se si ritiene che il giudice si trovi nelle condizioni epistemologiche per escludere il pericolo concreto, perché mai non lo potrebbe anche *affermare*?

La risposta più plausibile al quesito è che, a pesare in misura determinante sulla scelta di impostare la tutela penale contro le esternazioni razziste in base al più celere ed efficiente dispositivo repressivo basato su 'pericolosità astratta' più 'clausola di esclusione' sia stata unicamente una valutazione politico-criminale di pericolosità comparativamente più accentuata che la Corte mostra di volere riservare al presupposto della connessione genetico-funzionale dell'esternazione con organizzazioni attualmente operanti nel panorama politico-sociale contemporaneo. Ma, come si accennava sopra, che si tratti davvero di un elemento *da solo* in grado di coagulare attorno a sé considerazioni razionalmente giustificate di pericolosità astratta è lecito, quantomeno, dubitare. Tanto più se si considera, per un verso, l'assenza di un'esplicita presa di posizione legislativa al riguardo e, per altro verso, la contemporanea scelta iperestensiva della Corte di promuovere una accentuata deformalizzazione delle entità collettive cui potere ricondurre le manifestazioni punibili.

Rovesciando il cannocchiale, ci si potrebbe anche chiedere: come può il giudice essere considerato un soggetto epistemicamente competente a *escludere* (in negativo) il pericolo concreto se, optando per il pericolo astratto, lo si è in partenza disabilitato ad *accertarlo* (in positivo)?

L'obiezione può certamente assumere rilievo più generale contro la possibilità di distinguere – in contrasto con quanto sostenuto dalle Sezioni Unite con l'appoggio della Corte costituzionale – tra «offensività in astratto» e «offensività in concreto».

Per quel che qui interessa, la scelta ricostruttiva adottata dalle Sezioni Unite è stata quella di ricorrere, come di consueto, al correttivo giudiziario dell'inoffensività in concreto allo scopo di trasformare il reato che punisce il propagandismo simbolico di matrice razzista da divieto "trincerato" in un divieto *prima facie* (e cioè superabile, "defettibile"). E con questa mossa ermeneutica tentare di controbilanciare, in chiave compensativa, l'avvertita debolezza empirica del rischio preventivato in astratto con la

«clausola di eccezione» basata sull'esclusione *nel caso singolo* di ogni possibile pericolo di contagio ideologico e/o di proselitismo.

Senonché, il ricorso a una clausola di salvaguardia basata sulla prova giudiziaria dell'assenza 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, nella maggioranza dei casi, “controintuitivo”.

Procedendo per sintesi brutali, è un dato comunemente acquisito che la scelta legislativa a favore del pericolo astratto si giustifichi in due casi: o, come accade nel caso in esame, in ragione delle caratteristiche “superindividuali” dei beni protetti, come tali strutturalmente privi di un substrato empirico materialmente ledibile; ovvero - quando si tratta di assicurare protezione anticipata a beni finali di natura individuale - in ragione dell'incontrollabile vocazione espansiva del pericolo generato dalla condotta.

Nell'uno e nell'altro caso, l'offesa non appare, perciò, circoscrivibile entro precise coordinate fenomeniche, sicché la richiesta rivolta al giudice di fornire la prova empirica della assenza di pericolosità in concreto della singola condotta incriminabile equivarrebbe, in realtà, a pretendere una prestazione inesigibile. Tanto più se, come nel caso del reato che punisce le manifestazioni a contenuto razzista, la tipizzazione di comportamenti astrattamente pericolosi si ispira a un approccio precauzionale sganciato da collaudate regole di esperienza dotate di fondamento empiricamente controllabile. Se questo è il quadro, appare allora quanto meno poco promettente il tentativo della Corte di recuperare, attraverso una selezione giudiziaria dei comportamenti innocui da attuare in fase applicativa, una dimensione di offensività in concreto non isolabile a livello di strutturazione legislativa della fattispecie.

Sicché, in mancanza di più precise istruzioni orientative fornite dal giudice di legittimità in sede di scrutinio sulla ragionevolezza complessiva della presunzione di pericolo in questione, il mandato giudiziario a impegnarsi sul fronte della carenza di lesività in concreto finisce con l'assomigliare molto da vicino a una delega “in bianco” che, in nome di una certa fiducia ideologica nelle ‘decisioni individualizzate caso per caso’, attribuisce ai giudici di merito il compito di distinguere tra tipi di casi pericolosi e innocui in base a valutazioni contingenti di tipo prevalentemente intuizionistico-emotivo, ovvero in base a poco controllabili valutazioni extragiuridiche di stampo socio-politico<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> Esprime parere conforme C. Visconti (2024), p. 509, secondo cui « Insomma, da un canto, la natura ideale e impalpabile dei beni giuridici coinvolti, dall'altro, per stessa ammissione della Corte, la prossimità tra astratto e concreto nell'accertamento del pericolo, finiscono per delineare un'interpretazione giudiziale che, a ben vedere, rimane refrattaria a una rigorosa prevedibilità dell'esito della sussunzione del salute romano entro l'una o l'altra fattispecie. Piuttosto, riemerge inesorabile un ampio spazio per decisioni assunte caso per caso e fortemente dipendenti da fattori contestuali extra-normativi».

### 3. Il reato che punisce le manifestazioni fasciste come reato a pericolo concreto: quattro punti da approfondire.

Radicalmente diverso è, invece, il modo in cui viene configurato l'orizzonte di tutela in cui si iscrive la normativa antifascista. Due sono gli elementi differenziatori che la sentenza ravvisa rispetto alla confinante fattispecie di esibizionismo razzista: a) innanzitutto, il riferimento specifico è al «partito fascista storico», visto come “macchina di produzione simbolica”, come generatore di «materiali mitologici», per dirla con Furio Jesi<sup>16</sup>; b) in secondo luogo, il bene protetto che - in conformità alle concezioni prevalenti nelle prassi argomentative di giudici e giuristi - la sentenza identifica nella tenuta dell'assetto complessivo della democrazia costituzionale basata sui diritti (civili, sociali, politici), viene presentato come un impasto a metà strada tra ordine pubblico materiale e ordine pubblico costituzionale e, per questa ragione, verosimilmente reputato in grado di esibire un più tangibile substrato fenomenico-fattuale<sup>17</sup>. Il che ha probabilmente agito da fattore (verosimilmente implicito) rilevante nello spingere le Sezioni Unite (e, prima ancora, la stessa giurisprudenza costituzionale in sede di originaria prospettazione del criterio) a richiedere, per questa classe di azioni, la prova giudiziaria della pericolosità effettiva dei comportamenti individuali in essa rientranti, a salvaguardia del bene 'conservazione delle istituzioni repubblicane' assunto nella sua duplice dimensione giuridico-istituzionale e politico-ideologica.

Almeno quattro i passaggi argomentativi che meritano di essere messi opportunamente in risalto.

a) Quanto all'inserimento nel corpo dell'incriminazione *de qua* del requisito aggiuntivo del pericolo concreto, le Sezioni Unite lo considerano comprensibilmente il prodotto del necessario giudizio di bilanciamento tra le esigenze di protezione della democrazia costituzionale e le concorrenti esigenze antagoniste di salvaguardia della libertà di espressione: un tipo di operazione che - in questo come in ogni altro caso in cui le corti si impegnano in un bilanciamento «definitorio» (o *categoriale*) - come vedremo, produce tipicamente un arricchimento della lista dei requisiti originariamente

---

<sup>16</sup> F. JESI, *Cultura di destra*, Nottetempo, Milano, 2011, che, in occasione dell'uscita del libro, in un'intervista rilasciata nel 1979 a «L'Espresso» fornì una definizione di “cultura di destra” valida ancora oggi: è la cultura in cui «il passato è una sorta di pappa omogeneizzata che si può modellare [...] nel modo più utile, [...] in cui prevale una religione della morte o anche una religione dei morti esemplari», in cui «esistono valori non discutibili, indicati da parole con l'iniziale maiuscola». “Di destra” è ogni discorso che abbia forma assertiva indiscutibile, cioè autoritaria e quindi “mitica”: è soprattutto il linguaggio di «parole spiritualizzate» elaborato dalla destra tradizionale, fascista e neofascista, con le iniziali maiuscole (Tradizione, Razza, Patria, Famiglia, Sangue, Terra...) ma è anche il linguaggio del «sinistrese [...] più dinamitardo» dei comunicati delle Brigate Rosse. Tutto questo sono le ‘idee senza parole’ di cui parlava Spengler: retoriche del sublime, monumentali e celebrative, che legittimano la sfera politica riferendosi al passato e imitando il linguaggio del sacro. Alludono e non spiegano nulla.

<sup>17</sup> Sintomatico in proposito il rilievo per cui «se, nel caso dell'art. 5 cit., rileva la necessità di preservare l'ordinamento da condotte che ne pongano precipuamente in pericolo i fondamenti *anche istituzionali*, nel caso dell'art. 2 cit., emerge la necessità di evitare la disgregazione dei valori di solidarietà, dignità, ed uguaglianza» (corsivo aggiunto).

richiesti dall'enunciato legislativo, il cui saldo finale è una simmetrica contrazione della gamma complessiva dei fatti punibili.

La ribadita "inaggirabilità" del bilanciamento, la sua inevitabilità, si lega, del resto, a considerazioni più generali che hanno a che fare con la condizione "esistenziale" dei moderni ordinamenti giuridici ispirati al costituzionalismo democratico-pluralista, in cui «pressoché ogni conflitto giuridico si trova in un immaginario spazio giuridico nel quale si sovrappongono le aree di protezione di due o più diritti o interessi costituzionali»<sup>18</sup>, in cui, cioè, principi, diritti o interessi direttamente o indirettamente garantiti a livello costituzionale vengono sempre «in coppia» (se non «a grappoli»<sup>19</sup>) e reclamano, pertanto, di essere reciprocamente messi in equilibrio, in fase di produzione o in fase di applicazione del diritto, tramite bilanciamenti legislativi (o «di primo livello») o tramite bilanciamenti giudiziali (o «di secondo livello»).

Colpisce, allora, che un'analogha esigenza non venga avvertita in relazione alla fattispecie che punisce le manifestazioni esteriori di stampo razzista. Presumibilmente questa asimmetria è da ricollegare al fatto che, nel ravvisare il bene protetto nel super-valore della dignità umana, si è ritenuto di potere far uso di una "briscola vincente" il cui richiamo o invocazione è destinato a funzionare come "argomento pigliatutto" in grado di chiudere la discussione in partenza, sbarrando la strada all'esigenza di concedere legittimo spazio a eventuali contro-interessi antagonisti: quasi sempre – è questo il punto – con l'obiettivo strategico (più o meno dichiarato) di "mettere in quarantena" la tecnica argomentativa del bilanciamento e i suoi annessi teorici: ossia, inibire la ricerca di regole generali e astratte di compatibilità tra la dignità e gli altri diritti o principi con essa in competizione e la conseguente possibile "dissociazione" di tipologie casistiche non punibili all'interno della fattispecie posta a presidio del super-principio invocato. Una regola di bilanciamento che, nel caso della disposizione antidiscriminazione, ben avrebbe potuto assumere le fattezze del pericolo concreto di alimentare prassi sociali violente o antiegalitarie<sup>20</sup>.

Vale la pena di osservare in proposito come, sul piano della sua ragionevolezza politico-criminale complessiva, la scelta della Corte di ammettere al bilanciamento i beni

---

<sup>18</sup> Così R. BIN (2002), p. 70

<sup>19</sup> Per l'idea secondo cui i principi si presentano sempre «in coppia» o «a grappoli», v. B. CELANO (2002), p. 96.

<sup>20</sup> Per considerazioni generali con ricadute esplicative più o meno dirette sulla dialettica pericolo astratto/pericolo concreto attorno a cui si sviluppa la trama delle relazioni tra le due fattispecie implicate, cfr. W. HASSEMER (2007), p. 62, secondo cui l'atteggiamento di «chi si limita a enunciare diligentemente il principio della dignità umana, e poi a derivarne il risultato da essa» rende del tutto superfluo uno «sguardo attento alle circostanze del caso, alla costellazione casistica che deve essere valutata»: «il principio della dignità umana ha già parlato e sistemato tutto. Il risultato è un'argomentazione che non fa progressi in relazione a un problema giuridico, perché sostituisce l'attenzione al problema con la violenza». Sulla stessa scia G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale tra laicità e 'post-secolarismo'*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 559, il quale segnala che «un ulteriore possibile inconveniente dell'uso del concetto in questione è che esso può funzionare, proprio per il particolare peso del valore che vi è sotteso (una sorta di 'asso di briscola'), come uno stratagemma per interrompere e bloccare una discussione che potrebbe teoricamente invece continuare, impedendo così un processo di approfondimento argomentativo attento alle peculiarità delle diverse costellazioni di casi concreti».

in conflitto solo in un caso e non nell'altro, assegnando conseguentemente al saluto romano (*et similia*) destini penalistici diversi a seconda della diversa normativa penale coinvolta, non sembra trovare, a tutta prima, spiegazioni sufficientemente persuasive. Ed infatti, il paradosso è che gestualità e iconografie tipicamente fasciste si considerano come *più sbrigativamente* punibili nelle forme del pericolo astratto se riconducibili in qualche modo anche al corredo simbolico-rituale di raggruppamenti di ispirazione razzista operanti nel tempo presente: ossia, quando mettono in questione un bene, in fin dei conti, secondario e più defilato, di certo meno direttamente collegato allo specifico orizzonte di senso in cui si iscrivono questo tipo di condotte (fasciste prima che razziste) e alla specifica sfera intellettuale-volitiva del reo. E, dall'altro, si considera punibile in base a presupposti applicativi *ben più esigenti* la stessa classe di azioni quando mette in questione l'assetto democratico-costituzionale dello Stato di diritto: ossia il bene più direttamente coinvolto da questo tipo di esternazioni. E allora delle due l'una: o se ne è esclusa la *pericolosità astratta* perché, come retroterra empirico-criminologico dell'interdetto antifascista, si è pensato a violazioni individuali *puntiformi e circoscritte*, non intrinsecamente connesse a organizzazioni neofasciste vitali e attive in epoca contemporanea: ma allora se ne dovrebbe coerentemente concludere che, per tale tipologia casistica, anche un pericolo concreto di compromissione della democrazia costituzionale sarebbe, per definizione, da escludere in partenza. O, all'opposto, si è pensato non a gesti isolati ma a violazioni collettive organicamente collegate a organizzazioni neofasciste attualmente esistenti: e allora il mancato ricorso al pericolo astratto non è razionalmente giustificato.

b) Quanto all'*oggetto* del giudizio di pericolo, la Cassazione riunita sembra fare restrittivamente 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"<sup>21</sup>. Non allude, invece, in modo 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, obiettivi programmatici di lotta politica e specifiche condizioni economico-sociali e politico-istituzionali di cornice. 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. Dunque, è la stessa sentenza che, col differenziare i due scenari a seconda della fattispecie coinvolta, ribadisce e rilancia la distinzione tra gruppi organizzati attualmente presenti all'interno della composita galassia dell'ultradestra e partito fascista vero e proprio.

La Corte mostra, quindi, di avere chiara consapevolezza del fatto che l'intero apparato legislativo di riferimento, con uno sforzo intenzionale di specificazione descrittiva dell'oggetto del giudizio di pericolo, abbia consapevolmente fatto esclusivo riferimento all'esperienza storica del Partito Nazionale Fascista, puntando, dunque, i

---

<sup>21</sup> La fortunata espressione di sintesi è di E. GENTILE (1989).

riflettori sul fascismo inteso non come *concetto teorico astratto* ma come *fenomeno storico reale*<sup>22</sup>. Le Sezioni Unite, perciò, si mostrano disponibili a recepire una indicazione legislativa chiaramente ispirata a canoni di determinatezza *semantica* che ha condizionato il modo in cui è stato costruito, ad opera della Corte costituzionale, il criterio di bilanciamento ordinariamente praticato in tale ambito dalle corti comuni. Ma, come è facile intuire, si tratta di una indicazione restrittiva fatalmente destinata a generare un cortocircuito con la concorrente dimensione *empirica* dello stesso principio di tassatività: nel senso che, a una determinatezza conseguita sul piano della formulazione linguistica della fattispecie, può non corrispondere, sul piano processuale, la dimostrabilità empirica del fenomeno da essa regolato al metro di adeguati riscontri probatori realmente esperibili in giudizio<sup>23</sup>. Si tratta, infatti, di un tipo di accertamento che, soprattutto se considerato in rapporto alla mancanza - da più parti segnalata in sede storiografica<sup>24</sup> - delle indispensabili condizioni storico-fattuali di contesto che ne hanno storicamente agevolato il sorgere e l'affermarsi, non può che rivelarsi altamente problematico in sede di gestione giurisprudenziale dei relativi riscontri probatori<sup>25</sup>.

c) Quanto al modo di intendere *l'evento* pericoloso che dovrebbe scaturire, in termini di causalità potenziale, dalla professione pubblica di fede fascista, la Corte - nel ritenere la norma in questione «chiaramente diretta a predisporre una tutela anticipata del bene protetto, sanzionando condotte prodromiche alla ricostituzione del partito fascista e, nello stesso tempo, di “inoculazione”, anche subdola, della relativa ideologia» - resta anch'essa prigioniera di un'ambiguità concettuale mai risolta: l'ambiguità sempre riemergente tra una più rigorosa versione che lo fa coincidere con la riaggregazione di formazioni di partito costituenti una minaccia “sistemica” per la democrazia intesa, in senso procedurale e istituzionale, come metodo di organizzazione politica della società; e una sua più elastica accezione che lo intende, ben più debolmente, come un evento sospeso a mezza strada tra attitudine potenziale al proselitismo e mero pericolo di diffusione di ideologie antidemocratiche. Il tentativo è ancora una volta quello di ridimensionare, per scopi repressivi, la (altrimenti processualmente ingestibile)

---

<sup>22</sup> 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.

<sup>23</sup> Sulla duplice dimensione del principio di determinatezza v. Fiandaca

<sup>24</sup> Tra i tanti cfr. A. DE BERNARDI (2018). Per una sintesi del dibattito storico-politologico più generale sul c.d. “ritorno del fascismo” di cui il pericolo concreto di ricostituzione del partito fascista costituisce, in un certo senso, il “doppio” penalistico, sia consentito il rinvio a A. TESAURO, “Le radici profonde non gelano”. Le manifestazioni fasciste al vaglio delle Sezioni Unite. Tra storia e diritto, in *Rivista trimestrale di diritto penale contemporaneo*, n.4, 2023, pp. 81-114.

<sup>25</sup> Esprime parere vigorosamente contrario L. RISICATO (2024), secondo cui «è però opinabile che oggi possa parlarsi con sicura certezza di “sopravvenuta impossibilità di riscontrare la presenza delle indispensabili condizioni storico-fattuali, politico-istituzionali, socio-culturali di sfondo” che hanno favorito la comparsa e il successivo radicamento del fascismo. Non solo, infatti, oggi siamo perfettamente in grado di riconoscere la ricorrenza di molte di quelle condizioni, ma (...) siamo in presenza di una vera e propria nuova legittimazione *culturale* di comportamenti, simboli e personaggi inequivocabilmente riferibili all'universo fascista».

“*magnitudo*” dell’evento temuto, sfruttando alcune elusive ambivalenze concettuali già presenti in sede di originaria prospettazione del criterio ad opera della Corte costituzionale. Trova pertanto conferma anche qui la tentazione giurisprudenziale, continuamente riaffiorante nella prassi applicativa, a sostituire, per ragioni di semplificazione probatoria - e, prima ancora, di effettività dell’incriminazione - l’inattuabile pericolo concreto di ricostituzione del partito fascista (mai esplicitamente rinnegato) col più abbordabile pericolo di coagulare «adesioni e consensi»: *non è chiaro però se intorno a una ideologia politica o in vista della futura, concreta riorganizzazione di un partito con le caratteristiche richieste*. Il nodo sta qui.

Se si propende – come sembra, invero, filologicamente più corretto – per la seconda di tali alternative, sembrerebbe non esserci una netta differenza sostanziale tra le due declinazioni del pericolo concreto sopra richiamate, nel senso che la presunta dilatazione ermeneutica dell’evento di pericolo finirebbe col risultare, in fin dei conti, più apparente che reale: priva, cioè, di reale autonomia *concettuale* rispetto alla più rigorosa caratterizzazione del criterio di bilanciamento vigente in materia.

In realtà, il sospetto è che si tratti di una manovra di aggiramento patrocinata per evidenti ragioni di efficientamento repressivo, di un mero espediente retorico (se non di una vera e propria “truffa delle etichette”) con cui si pretenderebbe di rimpiazzare una pericolosità più diretta e immediata con una pericolosità ben più generica e sfumata, oscurando più o meno intenzionalmente il dato di fondo per cui anch’essa dovrebbe essere pur sempre misurata al metro del medesimo evento finale ‘ricostituzione’.

Il ripiegamento sulla più agile attitudine della singola manifestazione di pensiero fascista a «provocare adesioni e consensi» in vista di una ipotetica rifondazione di un partito di tipo fascista (che resta come un fantasma sullo sfondo) si rivela così per quel che è: una controfigura semplificata e impoverita del medesimo criterio, il cui obiettivo non dichiarato - questo il punto - è di punire la mera *diffusione pubblica di idee antidemocratiche* secondo lo schema del pericolo (non più concreto ma) astratto nei confronti dell’assetto democratico-pluralista della forma di Stato.

Sotto questo profilo non è, del resto, un caso che la sentenza alluda a un non meglio precisato «pericolo di emulazione», come effetto tipicamente prodotto dalle manifestazioni identitarie di appartenenza all’universo ideologico-culturale di matrice fascista. Ma emulazione di che? Del gesto simbolico, della liturgia rituale? Si dovrebbe supporre di sì. Ma considerare «pericolo di emulazione» come equivalente semantico di «pericolo di ricostituzione» non è un’espressione “freudianamente” rivelatrice di come, in realtà, dietro le quinte della retorica argomentativa sul pericolo concreto, l’evento realmente temuto sia la mera propagazione di ideologie politiche connotate in senso fascista? E che, quindi, solo in senso esasperatamente anticipato tali atti potrebbero davvero aspirare al rango di veri e propri «atti prodromici» rispetto a una più che improbabile riorganizzazione? Insomma, prendendo a prestito in senso traslato il linguaggio del tentativo, potremmo dire di essere al cospetto di meri “atti preparatori”, più che di “atti esecutivi” vicini alla soglia della “consumazione”, di “atti idonei”, più che di “atti idonei diretti in modo non equivoco” a concretizzare credibilmente un reale progetto di restaurazione.

In conclusione, il pericolo che la Cassazione riunita, anche senza esplicitarlo apertamente, continua a richiedere per sottoporre a pena messaggi e gesti di propaganda fascista non è tanto il pericolo di una riemersione per loro tramite di formazioni organizzate con un programma eversivo concretamente attuabile di “Rivoluzione fascista” contro le istituzioni democratiche, quanto piuttosto (e più realisticamente) il pericolo concreto di una convalida nello spazio pubblico della sottostante ideologia politica di riferimento<sup>26</sup>.

Ma se è davvero così che stanno le cose, il contributo dato dalla singola manifestazione punibile alla riattivazione nel discorso pubblico della c.d. “Idea”, con effetti diffusi di normalizzazione, più che come antecedente di un possibile rilancio di organizzazioni di c.d. «ultradestra antisistema» (o «destra estrema») - i cui eventuali progetti di assalto violento allo stato liberale rimangono almeno per il momento confinati al piano di uno sterile minoritarismo velleitario - nelle attuali contingenze storico-politiche conta piuttosto come contributo alla legittimazione politica della c.d. «destra radicale» (o «destra populista») e, cioè, della destra postfascista di governo da tempo impegnata in un “cambio di narrazione” da attuare nell’ambito della c.d. «guerra della memoria»<sup>27</sup>.

E del resto, se saluti romani e altre manifestazioni tipiche del più rozzo armamentario neofascista ormai provengono dagli aderenti stessi al primo partito di

---

<sup>26</sup> In una recentissima sentenza del 12 giugno 2024 (n. 25452, inedita) la Cassazione ha confermato la decisione della Corte di appello di Milano che aveva dichiarato colpevole di apologia del fascismo il presidente dell’associazione DO.RA. “Comunità militante dei dodici raggi” per avere inscenato, nei giorni che avevano preceduto la presentazione nel comune di Azzate del libro di Francesco Filippi “Mussolini ha fatto anche cose buone”, l’esposizione di due striscioni, il primo, nella centrale via Piave, recante la frase: “Filippi non ti vogliamo, Azzate è casa di DO.RA”; l’altro, sulla facciata della casa comunale, con la scritta “Mussolini non si tocca!”. Inoltre, aveva organizzato la distribuzione di volantini, sempre rivolti a Filippi, contenenti la frase “Ventotene ti aspetta. Azzate NO!” firmati “commissario del Fascio di Azzate”. Secondo il punto di vista espresso dalla Corte, la condotta di esaltazione apologetica deve essere «suggestiva e comunque suscettibile di provocare adesioni e consensi favorevoli alla ricostituzione del partito fascista». Sulla scia delle indicazioni fornite dalle Sezioni Unite, la sentenza reputa, quindi, necessario che il giudice di merito accerti la sussistenza degli indicatori fattuali (il contesto ambientale, il grado di immediata ricollegabilità dello stesso contesto al periodo storico in oggetto e alla sua simbologia, il numero dei partecipanti, la ripetizione dei gesti) idonei a dare concretezza al «pericolo di emulazione» prodotto dal reato. A giudizio dei giudici di legittimità la Corte d’appello, non solo ha individuato specifiche e plurime condotte di esaltazione pubblica del regime fascista, ma le ha considerate - in ragione della loro diffusività, della destinazione a un numero cospicuo di consociati, del tenore inequivocabile delle espressioni utilizzate - come «immediatamente evocative dell’apparato esteriore dell’ideologia fascista, come oggettivamente funzionali a generare il pericolo di ricostituzione del partito fascista, sia pure sotto un particolare profilo, ovvero quello dell’idoneità a provocare nuove adesioni e consensi attraverso il richiamo nostalgico alla restaurazione del fascismo, sollecitato con l’impiego di simboli ed espressione propagandistiche in favore di una organizzazione già costituita, che, ispirandosi integralmente ai valori del regime fascista indicati dall’art. 1 legge n. 645 del 1952, si autodefiniva ‘partito fascista repubblicano-Fascio di Azzate’, e attribuiva all’imputato il titolo di ‘Commissario del fascio di Azzate’».

<sup>27</sup> Per la distinzione v. C. MUDDE, (2020), pagg. 24 e ss.: «l’estrema destra rifiuta l’essenza della democrazia, vale a dire la sovranità popolare e il principio di maggioranza. la destra radicale accetta invece l’essenza della democrazia ma si oppone a elementi fondamentali della democrazia liberale, in particolar modo ai diritti delle minoranze, allo Stato di diritto e alla separazione dei poteri».

governo al potere in Italia – come documentato da una ormai celebre, e già citata, inchiesta televisiva – con quanta credibilità razionale si può poi sostenere che siano esternazioni oggettivamente e soggettivamente finalizzate alla ricostituzione del partito fascista, il cui tratto identitario più saliente, secondo il parere pressoché unanime degli storici di professione, è l’abbattimento violento della democrazia parlamentare come metodo di lotta politica? Per evitare l’*impasse*, si dovrebbe forse procedere col metodo della tipizzazione giurisprudenziale di sotto-fattispecie casistiche non punibili (logica che, per inciso, la Corte espressamente respinge) e affiancare alle manifestazioni “commemorative” quelle “governative”? La verità è che la professione più o meno occulta di fede fascista è il collante ideologico, il codice identitario segreto che “finanzia” non tanto e non solo le organizzazioni extraparlamentari di estrema destra che rifiutano sovranità popolare e principio di maggioranza ma la stessa destra istituzionale di governo<sup>28</sup>.

d) Infine, quanto alle *chances* di effettiva verifica del pericolo concreto di riorganizzazione del partito fascista, la Corte - nonostante la sua intrinseca problematicità, già altrove messa in luce - continua ad esprimere ottimistica fiducia nella reale possibilità di effettuarne il relativo accertamento giudiziale in base a precisi riscontri empirico-fattuali, che presume di potere ricavare da un’analisi “situazionista” attenta al «contesto materiale» di svolgimento dell’azione. E a questo scopo rivolge la sua attenzione al versante dei c.d. indicatori fattuali, inserendo nel relativo campionario, a titolo meramente esemplificativo e con crescente grado di approssimazione, «il contesto ambientale, la eventuale valenza simbolica del luogo di verifica, il grado di immediata ricollegabilità dello stesso contesto al periodo storico in oggetto e alla sua simbologia, il numero dei partecipanti, la ripetizione insistita dei gesti». Insomma, come direbbe il dr. Frederick di *Frankenstein Junior*, «Si-può-fare!».

In proposito, la Corte richiama a sostegno due elementi (a dire il vero, non irresistibili).

Innanzitutto, la constatazione (di “meta-giurisprudenza descrittiva”) per cui la riconversione dell’incriminazione *de qua* in termini di pericolo concreto non è mai stata

---

<sup>28</sup> 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 destra. 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»: F. FINCHELSTEIN (2019), pp. 23 e ss. Su queste tematiche cfr. anche G. SERUGHETTI, (2021).

messa criticamente in discussione ma, al contrario, ha da sempre costituito un dato incontrovertito oggetto di consenso unanime fra le sezioni semplici, a prescindere dalla scelta qualificatoria finale a favore dell'uno o dell'altro dei due reati in campo cui di volta in volta si è ritenuto di dovere contingentemente pervenire: scelta che la Cassazione riunita parrebbe, quindi, ritenere del tutto immune da possibili "usi strategici dell'argomentazione" spiegabili in base al diverso peso degli oneri probatori rispettivamente incombenti sull'organo giudicante a seconda della fattispecie coinvolta.

A questa constatazione si lega poi la perentoria presa di posizione secondo cui un eventuale ripiegamento sul pericolo astratto – che si potrebbe ritenere di dovere adottare allo scopo di «ridurre il rischio» di interpretazioni variabili o, addirittura, arbitrarie» – non terrebbe conto del fatto che, in realtà, le corti di merito «solo apparentemente» sono pervenute ad esiti tra loro difformi in sede di deliberazione giudiziaria del pericolo concreto: e ciò perché è da ritenersi «del tutto fisiologica la possibilità di decisioni di segno diverso».

Ora, se con questo si vuole dire che, *in presenza di diverse cornici casistiche* (di diversi indicatori fattuali e di diverse variabili di contesto), il giudice può legittimamente pervenire a conclusioni diverse (a opposti esiti di assoluzione o condanna), la constatazione è in sé banale - niente di più che un "truismo" - e non vale come replica alle obiezioni tradizionalmente mosse contro il proficuo ricorso in questa materia al pericolo concreto di rifondazione *del* (non *di un*) Partito fascista, come criterio di bilanciamento affidabile – e, prima ancora, realmente verificabile – tra democrazia e diritti.

Il vero problema sta ovviamente altrove. E cioè, nel prevedibile "fallimento applicativo" della regola di bilanciamento basata sul pericolo concreto di ricostituzione del Partito fascista: quale che sia il convincimento maturato dalla Corte al riguardo, il suddetto criterio di bilanciamento non ha, infatti, tardato a rivelarsi ben presto come strutturalmente inidoneo a garantire applicazioni oggettive e neutrali<sup>29</sup>. Dando luogo a un panorama giurisprudenziale complessivo in cui prevalgono pronunce non di rado caratterizzate, a seconda dei casi, da enfattizzazioni al rialzo o da banalizzazioni di comodo, soluzioni decisorie di tipo equitativo-clemenziale e, soprattutto, un alto tasso di assoluzioni nel merito (quando non di archiviazioni già in sede di indagini preliminari)<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> Considera il suddetto pericolo concreto un «espediente retorico» inevitabilmente destinato a muoversi su un «crinale sdruciolevole» L. RISICATO (2024).

<sup>30</sup> Costituisce eloquente esemplificazione di tale ultima tendenza la sentenza del tribunale di Forlì del 13 settembre 2024 relativa alle celebrazioni per il Centenario della Marcia su Roma tenutesi a Predappio nell'ottobre del 2022 secondo cui "la manifestazione risulta da un lato di per sé connotata da un evidente riferimento all'ideologia fascista e dall'altro è apparsa priva di quella complessiva valenza discriminatoria richiesta dalla norma di cui all'art. 2 della legge Scelba. Ne discende che le manifestazioni del pensiero e dell'ideologia fascisti (al di là della loro condanna storica) non sono vietate in sé, stante la libertà di espressione e di libera manifestazione del pensiero costituzionalmente garantite". "Le contestate condotte - continua il Tribunale sono state compiute nel corso di una manifestazione tenuta in occasione dell'anniversario della marcia su Roma caratterizzata da un afflusso di persone (circa un migliaio) seppur non irrilevante nemmeno di entità tale da ravvisare in esse un'imponenza da cui poter desumere un effettivo

E ciò per il simultaneo convergere di due ordini di ragioni, già messe in evidenza in altra sede: e cioè, *ragioni strutturali* connesse alla logica interna di funzionamento del ricorso alla tecnica del pericolo concreto; e *ragioni storico-politologiche* specificamente connesse alla più che dubbia attualità di un possibile “ritorno del fascismo”.

Limitando il discorso alle prime, due sono le considerazioni che preme ribadire anche nel contesto di queste brevi note.

a) La prima considerazione ha che fare l’incommensurabile sproporzione di scala osservabile tra i “macro effetti” politico-sociali 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<sup>31</sup>.

Se si condivide questa premessa, una prima ragione in grado di spiegare il cortocircuito applicativo cui va fatalmente incontro il pericolo concreto in questo campo dovrebbe essere ravvisata nel fatto che anche la normativa di contrasto al fascismo riemergente, come quella in tema di esibizioni razziste, è posta a salvaguardia di beni superindividuali che trascendono il piano di singole e isolate deviazioni individuali: e questi beni, presentandosi 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.

La seconda ragione, strettamente collegata alla precedente, ha a che vedere con un inquietante interrogativo di fondo: ma i reati a pericolo concreto non devono esserlo anche (se non prima di tutto) *in astratto*? Può mai essere concretamente pericolosa una condotta che non lo sia già in astratto, in sede di configurazione legislativa del fatto tipico?

Il fatto è che l’ispirazione politico-criminale di fondo più plausibilmente attribuibile alla originaria introduzione della normativa penale contro le insorgenze neofasciste sembra rinviare a un’ideologia punitiva condensabile nella massima per cui “è meglio essere salvi che dispiaciuti”<sup>32</sup>: è, cioè, preferibile, in condizioni di incertezza, salvare la democrazia e rassegnarsi all’ineluttabilità del rimpianto per il sacrificio della libertà di espressione, accettando errori cognitivi su larga scala sul terreno della probabilità causale delle condotte punibili ma evitando, nel contempo, pentimenti postumi e lacrime di coccodrillo. Per come originariamente concepita, la norma che punisce le esternazioni fasciste sembrerebbe, quindi, ispirarsi a una logica punitiva sostanzialmente riconducibile al c.d. “principio di precauzione”: e, cioè, quel criterio 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 congetturabili come possibile conseguenza di determinate attività.

L’idea presumibilmente alla base dell’originaria scelta legislativa a favore del pericolo astratto costituirebbe, in questo senso, l’espressione di un “epistemologia del sospetto” tutta protesa verso la prevenzione di rischi potenziali che - questo il punto - il

---

pericolo di ricostituzione del partito fascista ed un serio allarme per l’ordinamento costituzionale”.

<sup>31</sup> Sul tema cfr. J. Z. BRATICH, (2024).

<sup>32</sup> Sul punto F. SCHAUER (2009).

giudice, successivamente chiamato in causa in base alla suddetta delega di accertamento in concreto, non è poi in condizione di escludere o asseverare al metro delle conoscenze empirico-criminologiche disponibili.

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. 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 l'allentamento della connessione causale tra manifestazione espressiva e danno temuto, ne risultano già prive in partenza, a livello di tipizzazione astratta del pericolo: 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*.

Ne dovrebbe derivare che l'appello risolutivo al pericolo concreto, quando si misura con *mega-beni istituzionali* troppo distanti dalla gittata massima della singola condotta incriminabile e nel contempo 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* e, più in generale, gli 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 tipo di pericolo *non gestibile come evento singolo*, quel che, dunque, spinge ad affermarne la presenza nel caso individuale sono in larga parte gli atteggiamenti valutativi dell'interprete.

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 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 politico-criminali di deterrenza ottimale, la domanda che, anche 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 (sempre più rari) casi in cui ci si dichiara disposti a ravvisarne in giudizio gli estremi, il pericolo diagnosticato 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 iperprevenzione anticipata di “grandi rischi” non attribuibili individualmente.

Insomma, una tangibile caduta in crisi di un bene istituzionale con substrati empirico-fattuali e giuridico-costituzionali non 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. Al punto che l’autore di dichiarazioni o gesti tipici del repertorio neofascista condannato per proteggere la collettività dalla creazione di grandi pericoli a carico di grandi beni – sarebbe in fondo autorizzato a chiedersi: *perché proprio io?*

Ed allora occorrerebbe riconoscere francamente che, nei pochi casi in cui si perviene a una condanna, alla normativa antifascista finisce con l’essere generalmente 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 classico biglietto da visita del pericolo astratto.

Da questo punto di vista, parrebbe di dover fare i conti con un ossimorico pericolo astratto “a gestione giurisprudenziale” basato su una valutazione giudiziale di rischiosità presunta che questo genere di condotte comunicative, *solo se considerate a grappolo*, potrebbe sprigionare.

E quand’anche si dovesse obiettare che la singola esternazione *sub iudice* non deve certo *generare* ma semmai soltanto limitarsi, più modestamente, a *incrementare* il tipo di pericolo richiesto, continua pur sempre a restare del tutto oscuro il profilo cruciale di *come* lo faccia, di come distinguere i casi in cui produce un simile effetto incrementale dai casi in cui ciò non accade: l’argomentazione causale resta pendente.

Ne consegue che, laddove ci si avventuri nella verifica giudiziaria di tale “oggetto intrattabile”, la selezione e il peso da attribuire agli indicatori indiziari di pericolosità reale espressamente richiamati dalla pronuncia in questione non può che rivelarsi come un’attività “normativamente compromessa”: un’attività in cui a dominare la scena sono gli atteggiamenti valutativi dell’interprete sui beni in conflitto, a loro volta contingentemente ispirati a tassi di maggiore o minore drammatizzazione del pericolo fascista a seconda delle diverse premesse politico-culturali di partenza.

Tutt’al più, nell’economia complessiva dei processi penali in tema di manifestazioni usuali e apologia, il vincolo al pericolo concreto, pur assomigliando molto da vicino a una “proposizione indecidibile”, appare verosimilmente destinato a svolgere una funzione grosso modo assimilabile quella che J. Elster definiva «forza

civilizzatrice dell'ipocrisia»<sup>33</sup>: nel senso che impostare il *thema decidendum* in chiave di pericolo effettivo impegna pur sempre l'organo giudicante ad argomentare in qualche modo *pro* o *contro* la sua sussistenza nel caso concreto. Anche se, di fatto, finisce poi per funzionare più *in negativo*, come filtro di selezione casistica per escludere la responsabilità penale, che *in positivo*, come filtro per ammetterla.

b) La seconda considerazione ha a che fare con un possibile errore di epistemologia giudiziaria in cui le corti potrebbero facilmente incorrere. E, cioè, anche ammesso di potere prendere sul serio la riproponibilità su credibili basi storico-politiche di questa (fantasmatica) possibilità di restaurazione del partito fascista, non è da escludere che le corti potrebbero sentirsi frequentemente indotte ad assecondare la tentazione di scindere i due poli della relazione: e cioè giustapporre alla singola manifestazione fascista un pericolo di riorganizzazione concepito più come *clima politico generale*, come dato sociologico di sfondo, senza impegnarsi nella puntuale dimostrazione processuale della sussistenza di un effettivo legame "causale" tra accadimenti individuali e concreti. In realtà, se davvero si vuole restare fedeli alla prospettiva del pericolo concreto - *anche se solo nei termini di un più circoscritto incremento percentuale dell'offesa* - non si può sganciare l'evento temuto dalla singola condotta incriminabile e trasformarlo surrettiziamente in una «condizione obbiettiva di punibilità» che vi si affianca *dall'esterno*: e, cioè, limitarsi a "incollare" alla singola manifestazione di pensiero fascista un pericolo concepito come variabile storico-fattuale *indipendente*, come dato ontologicamente preesistente alla condotta e desumibile *aliunde*.

Correlativamente, il pericolo di ricostituzione - se si insiste nel raffigurarlo come un risultato potenzialmente ricollegabile (anche) alla singola condotta da giudicare - deve potere entrare a far parte dell'oggetto del dolo del manifestante come suo possibile effetto (in linea con la più attenta giurisprudenza nordamericana sul *clear and present danger* che, in tipologie casistiche simili a quella in esame, richiede oltre a "probabilità" e "imminenza", anche l'*intention*). E non lo si può declassare al rango di mera condizione obbiettiva di punibilità (per di più «intrinseca»), e trattarlo, di conseguenza, come un evento destinato a restare "fuori fuoco" rispetto all'intenzione soggettiva del suo autore.

In chiusura, la sensazione complessivamente ricavabile dall'analisi dell'apparato motivazionale è che, per attribuire alle esternazioni fasciste natura di reato di pericolo concreto, la sentenza non problematizzi, e anzi aggiri, le questioni nodali cursoriamente passate in rassegna, trincerandosi dietro un argomento *ex autoritate* che assomiglia molto da vicino a una petizione di principio: a conti fatti, lo sforzo motivazionale del giudice si concentra tutto nella proposizione assertiva finale con cui, senza troppo dispendio di energie argomentative, si dichiara in tono apodittico che «non sussistendo plausibili ragioni per discostarsi dalle richiamate pronunce della Corte costituzionale, occorre recepire il *dictum* delle stesse, che mantengono ad oggi del tutto intatta la validità dei relativi enunciati».

Certo, non ci si può nascondere che se le corti (di legittimità e di merito) problematizzassero rigorosamente e approfonditamente le difficoltà applicative della

---

<sup>33</sup> J. ELSTER, *Argomentare e negoziare* (1993), Anabasi, Milano, 1993.

fattispecie, potrebbero finire con l'intestarsi una funzione discreditante, se non addirittura "eversiva", nei confronti della legislazione, così come interpolata dalle pronunce manipolative della Corte costituzionale, accentuando i rischi di una doppia conflittualità con il decisore politico e con il giudice delle leggi.

Ma la vera domanda è: le pronunce interpretative di rigetto del giudice costituzionale, come quella che ha introdotto il limite del pericolo concreto, sono stelle fisse e immutabili? Si può prospettare, sulla scia della presa di posizione a suo tempo assunta dalla Corte costituzionale in materia di plagio, 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 e superare, per sopravvenuta obsolescenza, un criterio di bilanciamento elaborato nei lontani anni '50, nel pieno di una transizione di regime, magari a vantaggio di criteri di temperamento diversamente congegnati?

La risposta è sì: ci sono voluti due scontri frontali tra Corte costituzionale e Corte di cassazione penale a distanza di quarant'anni l'uno dall'altro - conosciuti come prima e seconda "guerra tra corti" - per affermare, e poi ribadire, il principio per cui l'interpretazione della legge contenuta nelle interpretative di rigetto «non ha valore di interpretazione autentica ma solo di precedente autorevole, se sorretta da argomentazioni persuasive»<sup>34</sup>. Nulla pertanto esclude che si possa riproporre in termini diversi e aggiornati la questione di costituzionalità dell'art. 5, articolando un nuovo criterio di bilanciamento tra democrazia e diritti.

Ma vi è di più. Le pronunce interpretative "nei sensi di cui in motivazione" della Corte costituzionale non vincolano in alcun modo i giudici comuni nemmeno nella forma più attenuata del dovere alternativo dei giudici di adeguarsi alla lettura fornita dal giudice costituzionale o riproporre la questione di legittimità<sup>35</sup>: sicché, non sussistendo alcun dovere di "obbedienza funzionale" a carico delle corti comuni, resta sempre aperta la strada, a maggior ragione per l'organo di vertice della magistratura ordinaria, di superare da sé il *dictum* della Consulta. Il che avrebbe richiesto una dose di coraggio istituzionale che la Cassazione riunita mostra di non avere avuto.

#### 4. La questione dell'unità o pluralità di reati.

La questione dell'unità o pluralità di reati è forse la vera posta in gioco che sta dietro le astratte prese di posizione dogmatiche della Corte sulla natura giuridica dei reati a confronto. E, nel prendere posizione in ordine al quesito fondamentale se le diverse incriminazioni convergenti sullo stesso nucleo di condotta materiale (fare il saluto romano o altro tipo di "fascisterie") diano luogo a un *concorso formale eterogeneo di reati* o a un *concorso apparente di norme*, la Corte si schiera senza indugi a favore della prima soluzione.

---

<sup>34</sup> Così E. LAMARQUE (2009), pp. 7-8, cui si rinvia per un efficace quadro di insieme della questione

<sup>35</sup> Id, p. 8

Almeno a parole, la Cassazione riunita non sembra, quindi, avvertire alcun disagio interpretativo nel patrocinare una soluzione che potrebbe avere, come non trascurabile costo collaterale, una possibile duplicazione della qualificazione penale, difficilmente giustificabile al cospetto delle sempre più avvertite esigenze costituzionali di proporzionalità tra fatto e sanzione. L'unico debole argine a un'applicazione simultanea dell'art. 2 della legge Mancino individuato dalla Corte è rappresentato, ancora una volta, dal taumaturgico richiamo al «contesto complessivo», visto come regola risolutiva di giudizio in grado di attribuire, «per le finalità e le modalità della riunione», all'esternazione fascista il concorrente ruolo di «strumento simbolico di espressione delle idee di intolleranza e discriminazione». Quanto poi se l'impiego degli indicatori fattuali di contesto sia davvero uno strumento *descrittivo* passibile di applicazioni tendenzialmente oggettive, come inclina a ritenere la Corte, e non piuttosto uno strumento *prescrittivo* aperto agli usi etico-politici contingenti dell'interprete, è un profilo che la pronuncia lascia in sospeso.

A dispetto delle intenzioni dichiarate, non deve essere, però, sfuggito alla consapevolezza (quanto meno implicita o "latente") della Corte che, in realtà, i casi in cui si può davvero pervenire a una condanna *cumulativa* per entrambi i reati sono da considerare eventi statisticamente marginali. L'impressione è, cioè, che sulla scelta tecnica, apparentemente asettica e neutrale, a favore della plurima imputazione abbia pesato in misura rilevante una preoccupazione di segno repressivo. E, cioè, la realistica presa d'atto (negata a parole ma verosimilmente presente in sottofondo) che l'integrazione degli estremi tipici richiesti dalla normativa di contrasto al fascismo riemergente – proprio a causa della più che dubbia dimostrabilità processuale della connessione causale tra la singola esternazione e la potenziale ricostituzione di una formazione politica analogicamente assimilabile al partito fascista – sia da considerare, in fondo, quasi alla stregua di un "cigno nero": un'eventualità che, tranne rari ed estremi casi-limite, non è riscontrabile nella realtà fenomenica, almeno se si ritiene che l'affermazione del fascismo fu il prodotto di precise contingenze storico-politiche insuscettibili di replica in un contesto politico-istituzionale come quello odierno, ormai irreversibilmente segnato da una cultura costituzionale di livello anche europeo. Sicché, non è del tutto infondato il sospetto che la scelta di politica criminale a favore del concorso di reati abbia, in realtà, coinciso con il proverbiale (e prudenziale) "ferro dietro la porta". L'obbiettivo non dichiarato sembra essere, cioè, quello di lasciare sempre campo aperto a una fattispecie-*salvagente* destinata a scattare in presenza di un un *set* di requisiti ricostruiti in modo da risultare di più agevole verificabilità pratica: un collegamento, anche lasco o remoto, con organizzazioni anche se "fluide", destrutturate e non necessariamente preesistenti; e il perseguimento di concorrenti finalità discriminatorie.

Si scoprirebbero così le ragioni nascoste del previsto allargamento della punibilità anche a neoformazioni razziste effimere o, comunque, prive di consolidamento strutturale già stabilizzato in precedenza: dilatare al massimo, in chiave compensativa, la portata applicativa della *fattispecie-tappabuchi* o "di rincalzo" di cui all'art. 2 della normativa antidiscriminazione oltre i ristretti confini dei raggruppamenti «previamente sorti rispetto alla manifestazione», come riflesso della consapevolezza

profonda da parte della Corte che, per la sopravvenuta carenza delle indispensabili condizioni storico-politiche di fondo, il temuto pericolo concreto di ricostituzione del partito fascista - a meno di non volerlo intendere secondo letture iper-estensive che lo portano a coincidere con la diffusione virale del mero dissenso radicale di destra - si dimostra, nella quasi assoluta totalità dei casi prospettabili, così evanescente e "imprendibile" da risultare potenzialmente inquadrabile nella figura del reato impossibile per inidoneità dell'azione.

Che possa essere questo l'obiettivo di politica criminale giudiziaria perseguito lo comproverebbe, del resto, la controvertibilità del ragionamento sviluppato dalla Corte per scartare l'ipotizzabilità nel caso di specie di un concorso apparente di norme.

Si parte dalla riproposizione, a livello di premesse dogmatiche generali, della posizione-*standard* diffusa a livello di *mainstream* giurisprudenziale secondo cui il principio di specialità è l'unico «criterio legale previsto» (all'art. 15 c.p.), presuppone un «fatto naturalisticamente unico», opera attraverso un «confronto strutturale tra fattispecie astratte», «può ritenersi integrato solo in presenza di un rapporto di continenza» e si riferisce «alla sola "specialità unilaterale"», con esclusione quindi di altri criteri assiologico-valutativi che, come «la "specialità reciproca" o "bilaterale"», non sono altro che controfigure extralegali del *ne bis in idem* sostanziale, come tali «susceptibili di opposte valutazioni da parte degli interpreti», ossia sono ampiamente infiltrate da opachi e incontrollabili giudizi etico-normativi del decisore giudiziario. E si arriva alla conclusione per cui è lo stesso confronto logico-formale tra le due disposizioni assunte nelle loro rispettive dimensioni "tipiche" «a rivelare l'impossibilità di affermare che una delle due norme sia unilateralmente speciale rispetto all'altra»: il raffronto comparativo tra le rispettive fattispecie astratte lascerebbe semmai emergere un rapporto di *eterogeneità strutturale* inquadrabile, piuttosto, nell'orbita della specialità bilaterale «che, tuttavia, deve ritenersi estraneo alla previsione dell'art. 15».

Più in particolare, l'inquadramento nell'ambito della specialità reciproca viene fatto dipendere dalla constatazione che le due cornici tipiche messe a confronto condividerebbero "per intersezione" il medesimo segmento centrale di condotta punibile (l'ostentazione pubblica di gesti e simboli) ma si differenzerebbero per la presenza di ulteriori elementi distintivi (la riconducibilità della manifestazione *sub judice* al corredo iconografico-rituale tipico delle organizzazioni fasciste o di quelle razziste) che la Corte mostra di trattare come due universi simbolici separati da un taglio verticale così netto da non consentire alcun fenomeno di possibile interscambio, alcun tipo di sovrapposizione, sia pure parziale.

#### 4.1. (Segue). *Specialità per specificazione.*

Il punto è, però, che questa presunta divaricazione radicale che dovrebbe esistere tra i rispettivi apparati emblematico-rappresentativi appannaggio dei due diversi tipi di aggregati, in realtà, finisce con l'essere smentita nei fatti dalla presenza di ampie zone di interferenza osservabili su un duplice terreno, normativo e fattuale. Ed in effetti, data anche l'abituale convergenza (se non proprio l'indissociabilità) tra pulsioni nazifasciste

e pulsioni razziste, e la frequente adozione di codici comunicativi tipicamente fascisti da parte di formazioni razziste, non si capisce quale sia la ragione stringente che impedisce di considerare il saluto fascista *già in astratto* come *usualmente* riconducibile *anche* al complessivo insieme delle organizzazioni che agiscono come centri propulsori di odio razziale.

Se si imposta la questione in questi termini, non sembrano esserci ostacoli insormontabili a risolvere il conflitto di norme in questione facendo appello a una *specialità per specificazione* che, senza fare concessioni alla c.d. “mediazione del fatto concreto”, assegni all’art 2 della legge Mancino il ruolo di disposizione *generale* (perché comprenderebbe riti, miti e simbologie specificamente proprie delle formazioni programmaticamente razziste *più* il tradizionale repertorio simbolico di stampo fascista) e all’art. 5 della legge Scelba il ruolo di disposizione *speciale* (perché conterrebbe il solo sottoinsieme delle esternazioni fasciste). Del resto, a sostegno di tale conclusione, si può schierare un argomento di natura letterale, e cioè proprio quel tipo di argomenti inevitabilmente destinati ad assumere un peso specifico maggiore quando si fanno confronti strutturali fra enunciati linguistici. A fornire copertura testuale ad un siffatto rapporto “a scatole cinesi” tra le due incriminazioni si può, infatti, richiamare il duplice ed alternativo riferimento legislativo, rinvenibile nella sola norma in tema di manifestazioni suprematiste, alle esternazioni *più peculiarmente* «proprie» delle formazioni razziste (quelle che, cioè, ne contrassegnano lo specifico profilo identitario) e, *in aggiunta*, a quelle da considerare semplicemente «usuali» (che, invece, potrebbero alludere a un più generico, meno caratterizzante, apparato simbolico condiviso trasversalmente). Ne dovrebbe uscire per tale via confermato senza troppe difficoltà che, proprio in base a una mera comparazione logico-formale tra fattispecie astratte, la disposizione prevalente, destinata a imporsi sulla fattispecie rivale, è quella contenuta nella normativa antifascista.

#### 4.2. (Segue). *Specialità per aggiunta.*

Ma quand’anche non dovessero risultare decisivi i rilievi che precedono, per risolvere la concomitante applicabilità delle due fattispecie penali potenzialmente coinvolte dal saluto romano nel senso del concorso apparente di norme, resta sempre aperta la possibilità di valorizzare, sulla scia di una precedente presa di posizione giurisprudenziale in tal senso<sup>36</sup>, il requisito specializzante del pericolo concreto di ricostituzione del partito fascista: passando, così, dal piano della *specialità per specificazione* al piano della *specialità per aggiunta*.

In proposito, la Corte esclude in modo categorico che si tratti di un elemento formalmente suscettibile di rientrare nel “cesto” dei contrassegni strutturali da tenere presenti in una comparazione astratta tra cornici tipiche. E ciò unicamente in base alla estraneità “genetica” di tale elemento aggiuntivo rispetto all’insieme dei requisiti

---

<sup>36</sup> Cfr. la sentenza “Buzzi”, richiamata al par. 5 della motivazione.

originariamente contenuti nell'enunciato legislativo: si tratterebbe, infatti, non di un contrassegno *di fonte legale* frutto di bilanciamento effettuato dal legislatore parlamentare, bensì di un contrassegno *di fonte giurisprudenziale*, frutto di un bilanciamento effettuato in seconda battuta dalla Corte costituzionale, in quanto tale ritenuto non in grado di impegnare il livello formale della *produzione* del diritto ma solo quello della sua *applicazione* in concreto. Ad avviso della Corte, quindi, se il profilo della sovrapponibilità formale delle due fattispecie «sembra contrastato dal dato testuale delle norme», la richiesta del requisito addizionale del pericolo concreto «pare introdurre un criterio selettivo estraneo al corretto metodo di raffronto tra fattispecie astratte, dal quale deve essere escluso il profilo della punibilità».

In realtà, neanche questo argomento ha la forza persuasiva sufficiente per sbarrare la strada alla possibile configurabilità di un rapporto di continenza tra i due enunciati legali.

Non è certo questa la sede per sottoporre ad approfondita revisione critica un simile (formalistico) assunto: la questione se il confronto strutturale tra fattispecie necessario in tema di concorso di reati o concorso apparente vada effettuato al di là del puro schema legale, tenendo quindi conto anche delle interpretazioni giurisprudenziali e di quelle "integrative" della Corte costituzionale, è questione tecnica intrigante finora poco affrontata, se non ignorata, che meriterebbe un'apposita riflessione.

Qui basti rilevare che il bilanciamento svolto in sede di controllo di costituzionalità sulle norme penali è, nella maggioranza dei casi, un'operazione *concettualmente* additiva, in quanto tale inevitabilmente chiamata a svolgere una funzione *integrativa* della tipicità<sup>37</sup>.

La premessa è che il bilanciamento, almeno per come è stato configurato dalla moderna riflessione teorica, è una tecnica argomentativa di risoluzione dei conflitti funzionalmente deputata a istituire relazioni di "preferenza condizionata" tra le norme costituzionali coinvolte: il che avviene tramite la formulazione di apposite «leggi di collisione» che si incaricano appunto di esplicitare, in relazione a singoli casi paradigmatici di conflitto, le condizioni in presenza delle quali un principio, un diritto o un interesse costituzionale può prevalere sull'altro. Sicché, in assenza di bilanciamenti legislativi, è alle mediazioni del giudice costituzionale che risulta affidato il compito di fissare i contrassegni ulteriori e aggiuntivi alla cui presenza è subordinata la prevalenza di un diritto, un principio o un interesse costituzionale sull'altro.

Ora, i giudici delle leggi, quando sono chiamati a verificare la costituzionalità delle scelte unilaterali di tutela effettuate dal decisore politico in sede di configurazione legislativa dei fatti punibili, fanno più precisamente bilanciamenti *definitivi*, cioè bilanciamenti condotti «per classi di circostanze determinate», che arricchiscono il testo legislativo con ulteriori proprietà rilevanti, a loro volta selezionate in rapporto a *tipologie casistiche*, a sotto-fattispecie generali e astratte (i c.d. «casi generici»).

---

<sup>37</sup> Per una analisi più approfondita del tema, e soprattutto per gli opportuni riferimenti alla letteratura teorico-generale di corredo, sia consentito rinviare a A. TESAURO (2009).

È sotto tale specifico profilo che la teoria del ragionamento giuridico propone di distinguere tra un “bilanciamento *ad hoc*” (o *caso per caso*) e un “bilanciamento definitorio” (o *categoriale*).

Con il primo tipo di bilanciamento, il giudice risolve il conflitto *caso per caso*, in base ad una valutazione equitativa delle circostanze presenti nel singolo episodio individuale sottoposto alla sua cognizione, senza agganciare le proprie decisioni particolaristiche a *standard* di giudizio *universalizzabili*, dimodoché la regola di prevalenza fissata dal giudice vale soltanto per lo specifico caso concreto in discussione. Con il secondo tipo di bilanciamento, più in sintonia con i caratteri del controllo di costituzionalità, il giudice non si limita a determinare una semplice *sospensione* (o *disapplicazione*) del principio soccombente con riferimento al *caso concreto*: egli semmai risolve il contrasto tra i principi, i diritti o gli interessi costituzionali coinvolti attraverso la formulazione di criteri *generali e astratti* di compatibilità tra gli interessi costituzionali in conflitto costruiti in rapporto a casi generici o “tipologici”. Tali criteri finiscono così con l'integrare la premessa legislativa del sillogismo giudiziario: l'elaborazione di ulteriori proprietà generali e astratte operata in sede di giudizio costituzionale di bilanciamento è, cioè, un passo preliminare per la successiva applicazione in chiave “sussuntiva” di una regola più completa ad opera dei giudici. Sicché «nella misura in cui siano costantemente applicate, queste norme non sembrano differire significativamente dalle norme di produzione legislativa»<sup>38</sup>.

Più in particolare, il giudice costituzionale, quando – come nel caso delle sentenze che hanno introdotto il limite del pericolo concreto – è chiamato a verificare la legittimità del bilanciamento originariamente effettuato dal legislatore penale, enuncia il più delle volte una regola di temperamento tra gli interessi in conflitto basata sulla generalizzazione di ulteriori proprietà rilevanti, che costituiscono il risultato di una riconfigurazione in chiave restrittiva (o “deflattiva”) della disposizione censurata diretta a introdurre «clausole d'eccezione» non previste a livello legislativo.

Per raggiungere tale obiettivo, la Corte è, però, costretta ad arricchire la lista dei presupposti originariamente richiesti dalla fattispecie incriminatrice, ad “accrescere il contenuto dei testi di legge con una formulazione legislativa *apocrifa*”<sup>39</sup>, cioè ad introdurre nel discorso legislativo requisiti che finiscono con l'inserirsi *all'interno* dei presupposti del fatto punibile, svolgendo un'indispensabile funzione conformativa della tipicità penale.

La conclusione che se ne può trarre per il più limitato tema qui in discussione è che, a differenza di quanto inclinano a ritenere le Sezioni Unite, il contrassegno supplementare della pericolosità in concreto della singola manifestazione di pensiero fascista, sempre a patto che si decida di mantenerlo, rientra *a pieno titolo* tra gli elementi da tenere presenti in una comparazione strutturale tra cornici tipiche basata su giudizi logico-formali di continenza. E può, dunque, consentire di profilare un fenomeno di specialità *per aggiunta* che depone, ancora una volta, a favore dell'esclusione di un

---

<sup>38</sup> Così G. ITZCOVICH (2003,) p. 116.

<sup>39</sup> E. DICIOTTI, Interpretazione della legge e discorso razionale, Torino, 1999, 454.

concorso formale di reati, con connessa applicazione prioritaria della disposizione speciale in tema di contrasto al fascismo, ed eventuale riespansione della norma più generale in caso di mancato riscontro di tale requisito aggiuntivo.

## Bibliografia

- BIN, Roberto (2002): "Ragionevolezza e divisione dei poteri", in M. La Torre e A. Spataro (eds.), "La ragionevolezza nel diritto", pp.59-85 (Torino, G. Giappichelli editore).
- BRATICH, Jack Z. (2024): "On Microfascism. Gender, War and Death", Common Notions, Brooklin, 2022, trad. it. a cura di Francesco Fabrocile, Microfascismo. Genere, guerra, morte, Castelvecchi (Roma, Castelvecchi editore).
- CELANO, Bruno (2002): "Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?", in S. Pozzolo "La legge e i diritti", a cura Torino, pp. 89-123 (Torino, G. Giappichelli editore).
- DE BERNARDI, Alberto (2018): "Fascismo e antifascismo. Storia, memoria e culture politiche" (Roma, Donzelli editore).
- DICIOTTI, Enrico, (1999): "Interpretazione della legge e discorso razionale" (Torino, Giappichelli editore).
- DICIOTTI, Enrico, PASTORE, Baldo (2008): "Presentazione a Il futuro dei diritti: proliferazione o minimalismo?", in *Ragion pratica*, n. 31, pp. 275-411.
- FIANDACA, Giovanni - DI CHIARA, Giuseppe (2003): *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata* (Napoli, E.S.I.).
- FIANDACA, Giovanni (2007): "Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale tra laicità e 'post-secolarismo'", in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, n. 2-3, pp. 546-562.
- FINCHELSTEIN, Federico (2019), "Dai fascismi ai populismi. Storia, politica e demagogia nel mondo attuale", (Roma, Donzelli).
- GENTILE, Emilio (1989): "Storia del partito fascista 1919-1922. Movimento e milizia" (Laterza, Roma-Bari).
- HASSEMER, Winfried (2007): "Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana", in *Ars interpretandi*, pp. 57-69.
- ITZCOVICH, Giulio (2003): "Bilanciamento ad hoc e bilanciamento definitorio. Bilanciamento ragionevolmente definitorio?", in *Diritto&questionipubbliche*, n. 3.
- JESI, Furio (2011): "Cultura di destra (Milano, Nottetempo).
- LAMARQUE, Elisabetta (2009): "La fabbrica delle interpretazioni conformi a Costituzione tra Corte costituzionale e giudici comuni", in *Astrid Rassegna*, n. 105(fasc. 22), pp. 1-16.
- MUDDE, Cass (2020): "The Far Right Today", Polity Press, Cambridge, 2019, trad. it. a cura di Andrea Daniele Signorelli, "Ultradestra. Radicali ed estremisti dall'antagonismo al potere. (Roma, Luiss University Press).
- NOTARO, Domenico (2020): "Neofascismo e dintorni: la "resistenza" della dimensione of- fensiva del tipo criminoso", in *www.lalegislazionepenale.eu*, 2020.
- PULITANÒ, Domenico (2019): "Legge penale, fascismo, pensiero ostile", in *Rivista di diritto dei media*, 1, pp. 12 e ss.

- RISICATO, Lucia (2024): "Le Sezioni Unite e il "saluto romano": un pericolo concreto di irrilevanza penale?", in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 511-530.
- SCHAUER, Frederick (2009): "Is It Better to Be Safe than Sorry?: Free Speech and the Precautionary Principle", 36 *Pepperdine Law Review*, Iss. 2.
- SERUGHETTI, Giorgia (2021): "Il vento conservatore. La destra populista all'attacco della democrazia", (Bari-Roma, Laterza).
- TESAURO, Alessandro "«Le radici profonde non gelano». Le manifestazioni fasciste al vaglio delle Sezioni Unite. Tra storia e diritto", in *Rivista trimestrale di diritto penale contemporaneo*, n.4, pp. 81-114.
- TESAURO, Alessandro (2009): "Il bilanciamento degli interessi tra legislatore penale e Corte costituzionale: spunti per un'analisi meta-giurisprudenziale", in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 143-199.
- TESAURO, Alessandro (2013): "Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista (Torino, G. Giappichelli editore).
- VINCIGUERRA, Sergio (1967): voce "Fascismo (sanzioni contro il)", *Enciclopedia del diritto*, XVI (Milano, Giuffrè), pp. 902-926.
- VISCONTI, Costantino (2024): "Le Sezioni Unite alle prese con il "saluto romano": una "nomofilachia del caso concreto"?", pp. 506-510.