

OSSERVATORIO COSTITUZIONALE

Codice ISSN: 2283-7515

Fasc. 3/2024

Data: 4 giugno 2024

La XII Disposizione transitoria e finale: tra garanzia “antirazzista” della legge Mancino e specificità della matrice antifascista*

di Francesca Paruzzo – Assegnista di ricerca presso l’Università degli Studi di Torino

TITLE: The Twelfth Transitional and Final Provision: between the "anti-racist" guarantee of the Mancino Law and the specificity of the anti-fascist matrix

ABSTRACT: Il 7 gennaio 2024, conclusasi la commemorazione per le vittime di Acca Larentia, un corteo di circa 1000 persone si è diretto di fronte all’ex sede del Movimento Sociale Italiano, esibendo, come in plurime occasioni in passato, il rituale dei saluti romani e gridando "presente". Si tratta, in un contesto di rinvigorito attivismo di gruppi neofascisti, di manifestazioni che impongono di interrogarsi su cosa possa (o debba) fare un ordinamento come quello italiano, che ha ripudiato – e pertanto escluso - il fascismo come esperienza storica e come ideologia, “per impedire che gruppi o partiti liberticidi minino le sue stesse fondamenta”.

On Jan. 7, 2024, having concluded the commemoration for the victims of *Acca Larentia*, a procession of about 1,000 people headed in front of the former headquarters of the Italian Social Movement, displaying, as on multiple occasions in the past, the ritual of Roman salutes and shouting "presente". These are, in a context of reinvigorated activism by neo-fascist groups, of demonstrations that force one to question what a system such as the Italian one, which has

* Lavoro sottoposto a referaggio secondo le linee guida della Rivista.

Contributo soggetto alla licenza “CC BY-NC-ND” Attribuzione – Non Commerciale – Non Opere Derivate 4.0 Internazionale; <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

repudiated-and therefore excluded-fascism as a historical experience and as an ideology, can (or should) do “to prevent liberticidal groups or parties from undermining its very foundations”.

KEYWORDS: fascismo; XII Disposizione transitoria e finale; legge Scelba; legge Mancino; fascism; XII transitional and final provision; Scelba law; Mancino law

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La questione fascista nell’ordinamento italiano: i reati di opinione. – 3. Inclusione ed esclusione nel patto costituente. La Costituzione antifascista e la parabola dei movimenti neofascisti. – 4. Osservazioni conclusive. La specificità della matrice antifascista della Costituzione e i “conti con la storia”.

1. Premessa

Il 7 gennaio 2024, conclusasi la commemorazione per le vittime di *Acca Larentia*, un corteo di circa 1000 persone si è diretto di fronte all’ex sede del Movimento Sociale Italiano, esibendo, come ormai avvenuto in plurime occasioni, il rituale dei saluti romani e gridando ‘presente’¹.

Si tratta, in un contesto di rinvigorito attivismo di gruppi neofascisti, di manifestazioni che impongono di interrogarsi su cosa possa (o debba) fare un ordinamento come quello italiano, che ha ripudiato – e pertanto escluso – il fascismo come esperienza storica e come ideologia, “per impedire che gruppi o partiti liberticidi minino le sue stesse fondamenta”². Fino a che punto, infatti,

¹ Nel 1927, il governo fascista introduce l’obbligo del saluto romano nei confronti del superiore gerarchico all’interno di tutte le amministrazioni pubbliche. Per cenni storici sull’origine di tale forma di saluto cfr. F. LISENA, *Gesti anticostituzionali e anacronismi legislativi: il divieto del c.d. saluto romano*, in *Osservatorio AIC*, n. 3 del 2014, 1 ss.

² La necessità, quindi, è quella di tenere presenti i campi di tensione propri delle democrazie liberali: libertà e sicurezza, ordine costituito e manifestazione del dissenso. Cfr. L. EINAUDI, *Maior et sanior pars*, in *Idea*, gennaio 1945, riportato in *Il buongoverno*, Laterza, Bari-Roma, 2004, 85. A tale questione Einaudi risponde affermando che uno Stato democratico non possa far “nulla che violi la libertà degli uomini di darsi, se credono, un governo tirannico”. In una prospettiva diversa si pone, ad esempio, B. CROCE, *Libertà e forza*, in *Scritti e discorsi politici (1943-1973)*, Laterza, Roma-Bari, 1973, 159 che sostiene che deve essere ascritta una colpa ai “regimi liberali che si sono lasciati sopraffare”. Ciò, non in quanto sono stati poco liberali, bensì, poiché sono stati “imbelli, per noncuranza, per imprevidenza, per momentaneo smarrimento”. Influisce sul pensiero di Croce la corrente del c.d. liberalismo armato che si diffonde in Europa a partire dagli anni ’40 e che rifiuta di accettare incondizionatamente il principio di tollerare tutti gli intolleranti. Si veda, in tal senso, K. POPPER, *Congetture e confutazioni*, Il Mulino, Bologna, 1976, 604 che sostiene che “se estendiamo l’illimitata tolleranza anche a coloro che sono intolleranti, se non siamo disposti a difendere una società intollerante contro gli attacchi degli intolleranti, allora i tolleranti saranno distrutti. Noi dovremmo quindi proclamare, in nome della tolleranza, il diritto di non tollerare gli intolleranti e dovremmo considerare come criminali

un'opinione o un gesto riconducibili a tale regime possono essere inclusi in quella protezione, offerta dall'art. 21 della Costituzione, che riconosce nella persona e nel suo patrimonio identificativo e irretrattabile il soggetto attorno al quale si incentrano diritti e doveri? In che modo, al contrario, è possibile (o necessario) valorizzare, eventualmente anche attraverso la criminalizzazione di condotte legate all'uso della simbologia fascista, il significato della XII Disposizione transitoria e finale³?

La disciplina delle libertà fondamentali contenuta nella Costituzione è, infatti, come noto, ispirata alla fiducia nel cittadino e nella sua capacità di integrarsi in una dialettica tra libertà e potere che esclude limiti precostituiti⁴, fondata sul libero scambio di idee e sulla possibilità di ogni pensiero di farsi accettare nell'ambito di un contesto plurale⁵. Al tempo stesso, però, l'identità antifascista alla base della Costituzione repubblicana esplicita tanto un netto rifiuto dell'eredità fascista, quanto una precisa prescrizione per i poteri dello Stato: offre, cioè, una soluzione aperta al futuro, precludendo al tempo stesso il ripetersi di una tragica esperienza politica e culturale⁶; come tale, gode, a dispetto della sua collocazione, di piena precettività normativa⁷.

l'incitamento all'intolleranza e alla persecuzione". Sul tema si veda altresì A. DI GIOVINE, *La protezione della democrazia fra libertà e sicurezza*, in A. DI GIOVINE (a cura di), *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Giappichelli, Torino, 2005 E G.E. VIGEVANI, *Origine e attualità del dibattito sulla XII Disposizione finale della Costituzione: i limiti della tutela della democrazia*, in *Rivista di diritto dei media*, n. 1/2019.

³ F. BLANDO, *Movimenti neofascisti e difesa della democrazia*, in *Costituzionalismo.it*, n.1 del 2014, 6.

⁴ G. AZZARITI, *Forme e soggetti della democrazia pluralista. Considerazioni su continuità e trasformazioni dello stato costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2000, 67-68.

⁵ "Quando però gli uomini si rendono conto che il tempo ha provocato un mutamento di molte delle ragioni che originariamente li avevano spinti alla guerra, essi sono forse portati a credere con una convinzione ancor maggiore di quella che ripongono nei fondamenti della loro stessa condotta, che il bene ultimo da loro auspicato sia più facilmente raggiungibile mediante un libero scambio delle idee – che la migliore verifica della verità è data dalla capacità del pensiero di farsi accettare in una libera competizione e che la verità è l'unico terreno che consente di veder realizzate in modo sicuro le proprie aspirazioni. Questa è almeno l'ispirazione della nostra Costituzione"; è, questa, la *dissenting opinion* del giudice Holmes nel caso *Abrams v. U.S.*, 250 U.S. 616, 624 (1919). Si veda, a riguardo, L. BOLLINGER, *La società tollerante* (1986), Giuffrè, Milano, 1992, 18 ss.; J. RAWLS, *Liberalismo politico* (1993), Edizioni di Comunità, Milano, 1994, 284ss. In altri ordinamenti è stata sottolineata l'assoluta libertà della quale deve godere la manifestazione del pensiero in materia politica: ad esempio una famosa sentenza della Corte costituzionale federale tedesca (cosiddetta sentenza *Liith* del 1958) ha dichiarato che questo diritto fondamentale è "l'espressione più diretta della personalità umana nella società", "non solo uno dei precipui diritti umani", ma è fattore costituente anche per un ordinamento liberal-democratico dello Stato, poiché esso permette un continuo confronto intellettuale, la lotta delle opinioni, che è il suo fondamento vitale; cfr. E. DENNINGER, *I diritti fondamentali in Germania e in Italia. Abbozzo di un confronto*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2013, 887).

⁶ P. GROSSI, *La Costituzione italiana quale espressione di un tempo giuridico post-moderno*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2013, 607 ss.

⁷ Cfr. P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, 469.

2. La questione fascista nell'ordinamento italiano: i reati di opinione

Nella Costituzione repubblicana la “questione fascista” prende, come detto, forma esplicita nella XII Disposizione transitoria e finale, il cui primo comma⁸ sancisce il divieto di ricostituzione “del disciolto partito fascista”.

A questo articolo è data attuazione, attraverso la criminalizzazione di condotte a esso riconducibili, per mezzo della l. n. 645 del 20 giugno 1952 (la c.d. legge Scelba)⁹: quest'ultima, all'art. 1¹⁰, nel vietare la riorganizzazione di tale partito¹¹, definisce le fattispecie sanzionate individuandole nelle attività di gruppi che “perseguono finalità antidemocratiche [...] esaltando, minacciando o usando la violenza quale metodo di lotta politica, o propugnando la soppressione delle libertà garantite dalla Costituzione o denigrando la democrazia, le sue istituzioni e i valori della Resistenza o svolgendo propaganda razzista”, che si fondano sull' “esaltazione di esponenti, principi, fatti e metodi propri del predetto partito” o che “compiono manifestazioni esteriori di

⁸ Il secondo comma, invece, prevede che “in deroga all'articolo 48, sono stabilite con legge, per non oltre un quinquennio dall'entrata in vigore della Costituzione, limitazioni temporanee al diritto di voto e alla eleggibilità per i capi responsabili del regime fascista”

⁹ Secondo alcuni autori gli artt. 17, 18 e 21 Cost. sono le disposizioni potenzialmente lese dalla disciplina contenuta nella legge Scelba; cfr. in tal senso, P. NUVOLONE, *Il delitto di riorganizzazione del partito fascista*, in *L'indice penale*, 1972, 310; C. ROSSANO, *Partiti politici*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXII, Istituto dell'Enciclopedia italiana, Roma, 1990, 4.

¹⁰ Si vedano alcune riflessioni su tale disposizione ad opera di C. MORTATI, *Costituzionalità nel disegno di legge per la repressione dell'attività fascista*, in C. MORTATI, *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana* Giuffrè, Milano, 1972, 76; P. NUVOLONE, *Il diritto penale della stampa*, Cedam, Padova, 1971, 183; A. AQUARONE, M. VERNASSA, *Introduzione*, in A. AQUARONE, M. VERNASSA (a cura di), *Il regime fascista*, Il Mulino, Bologna, 1974, 12.

¹¹ L'art. 3 della legge Scelba, il cui primo comma prevede che “qualora con sentenza risulti accertata la riorganizzazione del disciolto partito fascista, il Ministro per l'interno, sentito il Consiglio dei Ministri, ordina lo scioglimento e la confisca dei beni dell'associazione, del movimento o del gruppo”, ha trovato applicazione una sola volta nel momento in cui, in conseguenza della sentenza del Tribunale di Roma del 9 febbraio 1974, si è disposto lo scioglimento del movimento politico Ordine Nuovo. Si legge nella sentenza (in *Giurisprudenza costituzionale*, 1974, 472) che Il movimento “Ordine Nuovo” ha operato la ricostituzione del partito fascista mediante una organizzazione centrale e periferica e strumenti di stampa e propaganda. Le ideologie propugnate da “Ordine Nuovo” sono riconducibili a quelle fasciste come risulta dal raffronto della dottrina ordinovista e quella fascista sia per il collegamento alla tradizione fascista, sia per l'adesione al totalitarismo fascista, al razzismo, all'antidemocratismo e all'antipartitismo, alla violenza, all'esaltazione dei principi, dei simboli e dei metodi propri del disciolto partito fascista. Invece, per lo scioglimento, intervenuto con D.m. del 9 Novembre 2000, del “Fronte nazionale”, è stata applicata la simile previsione della legge Mancino (l'art. 7, comma 3, del decreto-legge 26 aprile 1993, n. 122). La sentenza della Corte di cassazione, sezione I penale, del 7 maggio 1999, ha infatti accertato che il movimento politico “Fronte nazionale”, costituito il 12 gennaio 1991 da Franco Freda ed altri a Bondeno (Ferrara), con sede centrale a Milano, è “un'organizzazione avente tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione razziale”.

carattere fascista”; agli art. 4 e 5, poi, la legge Scelba punisce l’apologia di fascismo¹² e le manifestazioni, svolte in luoghi pubblici, ad esso riconducibili anche se poste in essere da soggetti isolati¹³; in ultimo, all’art. 8, prevede speciali provvedimenti cautelari in materia di stampa¹⁴. Su queste disposizioni interviene, in un contesto fortemente influenzato dal fenomeno terroristico e nell’ambito di una progressiva estensione della portata dei c.d. reati di opinione, la l. 22 maggio 1975 n. 52 (c.d. legge Reale) che, modificando la legge Scelba, incrimina anche la propaganda per la costituzione di un’associazione, gruppo o movimento che persegue finalità del disciolto partito fascista, l’apologia di idee o metodi razzisti e le manifestazioni usuali di organizzazione nazista. Si aumenta, così facendo, il disvalore penale di tali fatti, trasformando la fattispecie contravvenzionale della legge Scelba (sanzionabile tanto a titolo di dolo che di colpa) in delitto¹⁵ e come tale punibile solo in quanto sia riscontrato l’elemento soggettivo del dolo. Fino a quel momento, infatti, alcune pronunce, sebbene estremamente rare, avevano messo in luce come, per quanto qui interessa, il reato di manifestazioni fasciste, per la sua natura contravvenzionale, dovesse prescindere, affinché venisse integrato, da ogni particolare fine che l’agente si fosse proposto – compreso quella della ricostituzione del partito fascista – alla luce della premessa per cui il neofascismo si alimenta “di episodi apparentemente innocui e isolati, ma in realtà espressione di un disegno di vasto respiro. Pertanto, vanno repressi perché oggettivamente pericolosi”¹⁶.

¹² Per una ricostruzione storica della normativa si veda P. BARILE, U. DE SIERVO, *Sanzioni contro il fascismo ed il neofascismo*, in *Novissimo Digesto*, 543 ss.

¹³ L’art. 5, che qui interessa, infatti sanziona “chiunque, partecipando a pubbliche riunioni, compie manifestazioni usuali del disciolto partito fascista ovvero di organizzazioni naziste”.

¹⁴ Sui problemi sollevati nel nostro ordinamento da tali sanzioni S. VINCIGUERRA, *Fascismo (sanzioni)*, in *Enciclopedia del diritto*, XVI, Milano, 1967, 902 ss.; P. PETTA, *Le associazioni anticostituzionali nell’ordinamento italiano*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1973, 714 ss.; A. MANNA, *Fascismo (sanzioni contro)*, in *Digesto delle discipline penali*, V, Torino, 1991, 137. Per una ricostruzione dottrinale e giurisprudenziale dei problemi evocati da tali norme si veda, riassuntivamente, a C. BERNASCONI, *Le disposizioni sanzionatorie del divieto di ricostituzione del partito fascista a cinquant’anni dalla loro entrata in vigore*, in *Annali dell’Università di Ferrara*, Nuova serie Vol. XVI, 2002, 177 ss.

¹⁵ F. LISENA, *Gesti anticostituzionali e anacronismi legislativi: il divieto del c.d. saluto romano (Nota a Corte di cassazione, sez. I pen., sent. 12 settembre 2014, n. 37577)*, cit., 6

¹⁶ Cfr. Pretura di Bari 5 aprile 1973, in *Quale Giustizia*, n. 23-24, 668; Tribunale di Bari, 30 Aprile 1973 in *Foro italiano*, II, 273; Pretura di Trieste 10 luglio 1973 in *Quale Giustizia* n. 23-24, 665 ss.

Al contrario, l'uso dello strumento penale, nella forma di delitto quale introdotto da tali disposizioni, ha finito per disegnare il rapporto tra la XII Disposizione e “l'edificio complessivo della Costituzione in chiave riduttiva”¹⁷.

Da una parte, infatti, la Corte costituzionale ha pronunciato sentenze che, facendo salva la legislazione penale di attuazione della XII Disposizione, hanno modificato profondamente l'effettiva capacità prescrittiva di quest'ultima¹⁸. La Corte, nel richiamare al rispetto del principio di offensività sotteso all'art. 25 della Costituzione (e all'art. 13, quale presupposto per giustificare il sacrificio della libertà personale conseguente alla sanzione penale), ha “ritenuto le ipotesi di reato della legislazione antifascista riconducibili alla protezione della XII Disposizione, e quindi costituzionalmente legittime, solo nella misura in cui esse puniscano condotte idonee a far sorgere una situazione di effettivo pericolo di ricostituzione del partito fascista”¹⁹; si è introdotto, quindi, in via interpretativa, un elemento di pericolo concreto (la ricostituzione del partito fascista e il correlato rischio per le istituzioni democratiche) in fattispecie penali originariamente concepite dal legislatore, anche per la loro natura contravvenzionale, come di pericolo astratto.

È in conseguenza di ciò che i giudici, di merito e di legittimità, dovendo accertare in concreto il pericolo di ricostituzione del partito fascista, sono stati nel tempo restii ad applicare le disposizioni previste dalla legge Scelba, rendendola, nel suo complesso, inefficace²⁰.

Guardando alle pronunce più recenti, ad esempio, secondo Cass. Pen. n. 11038 del 2016, per ritenersi configurato il reato di cui all'art. 5 della legge Scelba deve sussistere il pericolo concreto, in relazione al momento e all'ambiente in cui è compiuto, di “ricostituzione di organizzazioni fasciste” che possono attentare “alla tenuta dell'ordine democratico e dei valori allo stesso sottesi”,

¹⁷ A.J. GOLIA, *L'antifascismo della Costituzione italiana alla prova degli spazi giuridici digitali. Considerazioni su partecipazione politica, libertà d'espressione online e democrazia (non) protetta in CasaPound c. Facebook e Forza Nuova c. Facebook*, in *Federalismi.it*, 10 giugno 2020.

¹⁸ Corte cost. n. 1 del 1957, che con un'interpretativa di rigetto dichiara che la fattispecie di cui all'art. 4 della legge Scelba, “per assumere carattere di reato, deve consistere non in una difesa elogiativa, ma in una esaltazione tale da potere condurre alla riorganizzazione del partito fascista”; similmente Corte cost. n. 74 del 1958, con riferimento all'art. 5; Corte cost. n. 4 del 1972, con riferimento all'art. 8, che esclude che il richiamo dell'art. 21 Cost. alla *legge sulla stampa* debba riferirsi soltanto ad una speciale fonte normativa così denominata; altresì Corte cost. n. 15 del 1973 e n. 254 del 1974. In tema di apologia si veda anche Corte cost. n. 65 del 1970.

¹⁹ A.J. GOLIA, *L'antifascismo della Costituzione italiana alla prova degli spazi giuridici digitali. Considerazioni su partecipazione politica, libertà d'espressione online e democrazia (non) protetta in CasaPound c. Facebook e Forza Nuova c. Facebook*, cit.

²⁰ A.J. GOLIA, *L'antifascismo della Costituzione italiana alla prova degli spazi giuridici digitali. Considerazioni su partecipazione politica, libertà d'espressione online e democrazia (non) protetta in CasaPound c. Facebook e Forza Nuova c. Facebook*, cit.

non potendosi sostenere che le manifestazioni dell'ideologia fascista siano, in sé, vietate. Diversamente interpretando, infatti, secondo i giudici di legittimità, tale disposizione si porrebbe in contrasto con l'art. 21 della Costituzione: la libertà di manifestazione del pensiero, come affermato in più occasioni dalla Corte costituzionale, rappresenta il fondamento stesso del regime democratico²¹, “il più alto dei diritti primari”²² sanciti dalla Costituzione; come tale, deve essere caratterizzata dalla massima capacità espansiva²³ ed è suscettibile di limitazione solo a fronte dell'esigenza di tutela di altri beni di rilevanza costituzionale²⁴. Similmente si pone Cass. Pen. n. 8108 del 2017, che ha escluso la sussistenza del reato di manifestazioni fasciste in un caso in cui si riscontrava “la natura puramente commemorativa della manifestazione e del corteo, organizzati in onore di tre defunti, vittime di una violenta lotta politica che ha attraversato diverse fasi storiche”. Secondo tale orientamento, in altre parole, andrebbero penalmente sanzionati solamente quei “comportamenti che siano in grado di suggestionare concretamente le folle, inducendo negli astanti sentimenti nostalgici in cui ravvisare un serio pericolo di organizzazione del partito fascista”.

²¹ Cfr. Corte cost., n. 9 del 1965 in cui la Corte afferma che: “la libertà di manifestazione del pensiero è, tra le libertà fondamentali e protette dalla nostra Costituzione, una di quelle che meglio caratterizzano il regime vigente dello Stato, condizione com'è del modo di essere e dello sviluppo della vita del Paese in ogni suo aspetto culturale, politico, sociale”. Cfr. in dottrina, *ex multis*, A. VALASTRO, *Art. 21*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006, 454; P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Giuffrè, Milano, 1975, 79 ss.; C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 1958, 12 ss.; A. DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero. Linee di riflessione teorica e profili di diritto comparato come premesse a uno studio sui reati di opinione*, Giuffrè, Milano, 1988; P. CERETTI, *Pensiero (libertà di)*, in *Novissimo Digesto italiano*, Utet, Torino, XXII, 1965, 865 ss.; A. BALDASSARRE, *Libertà di stampa e diritto all'informazione nelle democrazie contemporanee (con particolare riguardo a Francia, RFT, e USA)*, in *Politica del diritto*, 1986, 576 ss.; A. BARBERA, *Le libertà tra “diritti” e “istituzioni”*, in AA.VV., *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Giuffrè, Milano, 1977, 34 ss.; A. CERRI, *Libertà di manifestazione del pensiero, propaganda, istigazione ad agire*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1969, 1178 ss.; S. FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Giuffrè, Milano, 1957, 45 e ss.; G. GONELLA, *La libertà di stampa e i diritti individuali di libertà*, in AA.VV., *La libertà di stampa nell'ordinamento giuridico*, Studium, Roma, 1961; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Lezioni*, Cedam, Padova, 1984; A. PACE, M. MANETTI, *Art. 21*, in *Commentario alla Costituzione Scialoja – Branca*, Zanichelli, Roma-Bologna, 2006, 797 ss.

²² Corte cost. n. 168 del 1971. Altresì Corte costituzionale n. 126 del 1985. La libertà di manifestazione del pensiero è definita “pietra angolare dell'ordine democratico” nella sentenza n. 84 del 1969 e “cardine di democrazia nell'ordinamento generale” nella sentenza n. 126 del 1985.

²³ S. FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Giuffrè, Milano, 1957, 37 ss.

²⁴ *Ex multis*, Corte cost. n. 19 del 1962; n. 18 e 87 del 1966; n. 126 del 1985; n. 100 del 1981. Cfr. altresì C. CHIOLA, *Manifestazione del pensiero (libertà di)*, in *Enciclopedia Giuridica*, XIX, Roma, 1990, 11; M. VILLONE, *Interessi costituzionalmente protetti e giudizio sulle leggi. Logiche e politiche della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1974, 252. Anche la Corte europea dei diritti dell'uomo afferma che la libertà di espressione “vale non solo per le informazioni o idee accolte con favore o considerate inoffensive o indifferenti ma anche per quelle che offendono, indignano o turbano lo Stato o una qualsiasi parte della popolazione. Così vogliono il pluralismo, la tolleranza e lo spirito di apertura, senza i quali non vi è società democratica”. Corte EDU, 23 settembre 1998, ric. N. 24662/94, *Lehideux et Isorni c. Francia*.

Parallelamente alla “disapplicazione” (di fatto) di tale normativa, si è assistito, nel tempo, anche su impulso di fonti di diritto internazionale, all’introduzione di nuovi e differenti strumenti legislativi: la l. 13 ottobre 1975, n. 654, nel ratificare la Convenzione di New York del 7 marzo 1966, prevede ad esempio una sanzione per le condotte di discriminazione razziale, che trova una propria sistematizzazione nel decreto-legge 26 aprile 1993, n. 122, convertito con modifiche nella legge 25 giugno 1993, n. 205 (c.d. legge Mancino), il cui art. 2 punisce chi, “in pubbliche riunioni, compie manifestazioni esteriori o ostenti emblemi o simboli propri o usuali delle organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi di cui all’art. 3 della l. 13 ottobre 1975, n. 654”; tale disposizione si ricollega, così, alla norma che, abrogata dal d.lgs. 1 marzo 2018, n. 21 e trasfusa, senza variazioni, nell’art. 604 bis, secondo comma, c.p., vieta “ogni organizzazione, associazione, movimento o gruppo avente tra i propri scopi l’incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi”²⁵.

È proprio quest’ultima disciplina a trovare maggiore applicazione, al posto dell’art. 5 della legge Scelba, nei casi in cui la Corte di cassazione²⁶ si trova a giudicare in ordine ai reati di apologia e manifestazioni fasciste commessi durante cerimonie di commemorazione di defunti. Ad esempio, con sentenza n. 25184 del 2009, i giudici di legittimità, nel ricondurre il saluto romano nella fattispecie di cui all’art. 2 della legge Mancino, hanno ritenuto tale gesto, compiuto in occasione di un incontro di calcio, “una manifestazione esteriore, che rimanda, per comune nozione storica, all’ideologia fascista e quindi ad una ideologia politica sicuramente non portatrice dei valori paritari e di non violenza, ma al contrario fortemente discriminante e intollerante”, che ha emanato, tra “l’altro, le leggi di discriminazione dei cittadini per motivi razziali”. Tale condotta non può, alla luce di ciò, essere ascritta all’alveo di tutela dell’art. 21 della Costituzione, poiché “travalica in istigazione alla discriminazione e alla violenza di tipo razzista”²⁷. Agli stessi esiti perviene altresì la sentenza n. 21409 del 2019²⁸, che, nell’inquadrare il saluto romano come forma di “esibizionismo

²⁵ Per una panoramica sulla normativa introdotta dal d.lgs. 1° marzo 2018, n. 21, cfr. G. PAVICH, A. BONOMI, *Reati in tema di discriminazione: il punto sull’evoluzione normativa recente, sui principi e valori in gioco, sulle prospettive legislative e sulla possibilità di interpretare in senso conforme a Costituzione la normativa vigente, in Diritto penale contemporaneo*, 13 ottobre 2014, e G. PAGLIARULO, *La tutela penale contro le discriminazioni razziali*, in Arch. pen., n. 3 del 2014.

²⁶ Afferma F. SPACCASASSI, *Le manifestazioni usali del fascismo tra leggi “Scelba” e “Mancino”*, in *Questione Giustizia*, 7 aprile 2022, 1, che dalla data di sua approvazione, la legge Scelba ha trovato applicazione circa 20 volte.

²⁷ In questo senso anche Cass. Pen., 31655 del 2001 e Cass. Pen., 37581 del 2008.

²⁸ Per un commento si veda A. COSTANTINI, *Il saluto romano nel quadro dei crimini d’odio razziale: dimensione offensiva e rapporti con la libertà di espressione*, in *Diritto penale e processo*, n. 2 del 2020. Altresì M. GALLI, *Dalla*

razzista”²⁹, anziché come delitto specificamente pensato per reprimere le “manifestazioni usuali del disciolto partito fascista”, di cui all’art. 5 della legge Scelba, evidenzia come la fattispecie contestata all’imputato non richieda che “le manifestazioni siano caratterizzate da elementi di violenza, svolgendo una funzione di tutela preventiva, che è quella propria dei reati di pericolo astratto, i quali, come tali, non richiedono la prova, ai fini della punibilità, dell’effettiva messa in pericolo del bene protetto”³⁰.

A fronte di due fattispecie incriminatrici, quindi, la scelta qualificatoria della (medesima) condotta (cioè, il saluto romano) si rivela non priva di significato: alla sussunzione sotto l’uno (l’art. 5 della legge Scelba) o l’altro (l’art. 2 della legge Mancino) delitto corrisponde infatti un restringimento o un ampliamento dell’area della rilevanza penale³¹ e un’asimmetria nel complessivo assetto della disciplina applicabile. Tale asimmetria ha portato la prima Sezione penale della Corte di Cassazione, con ordinanza del 22 settembre 2023, a devolvere alla competenza interpretativa delle Sezioni Unite un quesito, articolato in più sotto-questioni tra loro collegate, con cui si chiede di chiarire “se la condotta consistente nel protendere in avanti il braccio nel ‘saluto fascista’, evocativa della gestualità tipica del disciolto partito, tenuta nel corso di una manifestazione pubblica, senza la preventiva identificazione dei partecipanti quali esponenti di un’associazione esistente che propugni gli ideali del predetto partito, integri la fattispecie di reato di cui all’art. 2 d.l. 26 aprile 1993, n. 122, convertito dalla legge 25 giugno 1993, n. 205, ovvero quella prevista dall’art. 5 legge 30 giugno 1952, n. 645; se entrambe le disposizioni configurino un reato di pericolo concreto o di pericolo astratto; e se le stesse siano in rapporto di specialità oppure possano concorrere”³².

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, all’esito della pubblica udienza del 18 gennaio 2024 – su conclusioni parzialmente difformi del Procuratore generale –, in data 17 aprile 2024, hanno

Cassazione alcune indicazioni per individuare il discrimine tra il delitto di “esibizionismo razzista” (art. 2 co. 1 legge mancino) e il delitto di «manifestazioni fasciste» (art. 5 legge Scelba), in Diritto Penale contemporaneo, 22 giugno 2019. Più in generale, A. NOCERA, Manifestazioni fasciste e apologia del fascismo tra attualità e nuove prospettive incriminatrici, in Diritto Penale contemporaneo, 9 maggio 2018, 6 ss. e C. BRUSCO, Contrasti giurisprudenziali sull’interpretazione e applicazione delle leggi di contrasto al neofascismo, in Questione giustizia, 14 maggio 2019.

²⁹ A. SPENA, “La parola(-)odio. Sovraesposizione, criminalizzazione e interpretazione dello hate speech”, in *Criminalia*, 2016, 588.

³⁰ A. GALLUCCIO, “Il saluto fascista è reato? L’attuale panorama normativo e giurisprudenziale ricostruito dal Tribunale di Milano, in una sentenza di condanna”, in *Diritto penale contemporaneo*, 29 aprile 2019.

³¹ A. TESAURO, “Le radici profonde non gelano”: le manifestazioni fasciste al vaglio delle sezioni unite. Tra storia e diritto, in *Sistema penale*, 12 gennaio 2024.

³² Cass. Pen., I Sez. Penale, Ordinanza n. 38686 del 22 settembre 2023.

depositato le motivazioni volte a dare soluzione al quesito: sostengono, i giudici di legittimità, con la sentenza n. 16153, che “la condotta tenuta nel corso di una pubblica manifestazione consistente nella risposta alla chiamata del presente e nel c.d. *saluto romano*, rituali entrambi evocativi della gestualità propria del disciolto partito fascista, integra il delitto previsto dall’art. 5 della legge 20 giugno 1952 n. 645, ove, avuto riguardo a tutte le circostanze del caso, sia idonea a integrare il concreto pericolo di riorganizzazione del disciolto partito fascista, vietata dalla XII disposizione transitoria e finale della Costituzione. A determinate condizioni può configurarsi anche il delitto previsto dall’art. 2 del decreto-legge 26 aprile 1983, convertito, con modificazioni, nella legge 25 giugno 1993 n. 205 che vieta il compimento di manifestazioni esteriori proprie o usuali di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno, tra i propri scopi, l’incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. Tra i due delitti non sussiste rapporto di specialità. I due delitti possono concorrere sia materialmente, sia formalmente in presenza dei presupposti di legge”.

Si tratta di una pronuncia che, da un lato, non pare far venire meno il rischio, finora riscontrato nelle pronunce citate, di una sostanziale “fuga” dalle potenzialità applicative della legge Scelba, esposta al confronto con il nodo del pericolo concreto di ricostituzione del Partito fascista, e di un parallelo “ripiegamento strategico sulla meno rigorosa legge Mancino”³³, quale fattispecie di pericolo astratto, attraverso la dissociazione dalla cornice “dei fatti punibili, delle esternazioni verbali o gestuali prive di pericolosità reale nei confronti del bene conservazione delle istituzioni repubblicane”³⁴. Il tutto, con un sostanziale indebolimento della garanzia *oggettiva e normativa* della XII Disposizione transitoria e finale, che si risolve nell’ignorare “il giudizio irrevocabilmente postulato da tale disposizione costituzionale, la quale ha creato una presunzione assoluta di incompatibilità democratica a carico del fascismo”³⁵.

Tuttavia, dall’altro, e per quanto qui interessa, essa va segnalata poiché, pur continuando a ricostruire la fattispecie di cui all’art. 5 della legge Scelba come di pericolo concreto, sancisce che il *saluto romano* è sempre espressione dell’ideologia fascista e ben può assumere un carattere

³³ A. TESAURO, *Le radici profonde non gelano*: le manifestazioni fasciste al vaglio delle sezioni unite. *Tra storia e diritto*, cit., 7.

³⁴ A. TESAURO, *Le radici profonde non gelano*: le manifestazioni fasciste al vaglio delle sezioni unite. *Tra storia e diritto*, cit., 8.

³⁵ B. PEZZINI, *Attualità e attuazione della XII disposizione finale: la matrice antifascista della Costituzione repubblicana*, in AA.VV., *Scritti in onore di Valerio Onida*, Giuffrè, Milano, 2011, 1394.

prodromico e funzionale alla (ri)organizzazione di un partito a essa riconducibile; inoltre, individua nell'ordinamento democratico (e non nell'ordine pubblico) il bene giuridico cui deve essere apprestata “una tutela anticipata” in relazione a manifestazioni che, a prescindere dal fatto che siano poste in essere da un movimento (già) organizzato, “possono essere tali da indurre alla ricostituzione di un partito”³⁶, come quello fascista, portatore di un'ideologia antidemocratica.

Tale bene giuridico ben può quindi essere posto in pericolo a fronte di condotte, quali il saluto romano, che, coniugate con elementi modali o spaziali (ovvero lo svolgimento in pubbliche riunioni), non si risolvono, pur potendola integrare, in un'istigazione alla violenza e alla discriminazione di tipo razzista di cui all'art. 2 della legge Mancino, ma sono appunto idonee a “provocare adesioni e consensi e a concorrere alla diffusione di concezioni favorevoli alla ricostituzione di organizzazioni fasciste”³⁷, inconciliabili, come detto, con il nostro sistema costituzionale.

3. Inclusione ed esclusione nel patto costituente. La Costituzione antifascista e la parabola dei movimenti neofascisti

Che la XII Disposizione transitoria e finale debba essere intesa “quale norma che enuncia un principio o indirizzo generale, la cui portata non può stabilirsi se non nel quadro integrale delle esigenze politiche e sociali da cui fu ispirata”³⁸ emerge già il 10 agosto del 1946, quando il Presidente del Consiglio Alcide De Gasperi, durante la Conferenza di pace di Parigi³⁹, nel descrivere la situazione politica del momento, pone in luce come la matrice antifascista che accomunava tutte le forze politiche all'interno dell'Assemblea costituente non potesse essere limitata alla sola sfera politico- istituzionale, impegnata a individuare i nodi della ricostruzione del Paese, ma dovesse investire direttamente quella giuridica⁴⁰: il patto fondativo antifascista, all'origine della nuova unità politica, non era, infatti, solo un fatto storico di apertura della fase

³⁶ SS.UU., n. 16153 del 2024, Cons. in diritto, punto 6.2.1.

³⁷ Corte cost., n. 74 del 1958.

³⁸ Cfr. Corte cost. n. 1 del 1957 e n. 15 del 1973.

³⁹ A. DE GASPERI, *La politica come servizio*, in RCS quotidiani, Milano, 2011, 11-12. Cfr. altresì P. SCOPPOLA, *La proposta politica di De Gasperi*, Il Mulino, Bologna, 66; M. LUCIANI, *Antifascismo e nascita della Costituzione*, in *Politica del diritto*, 1991, 185.

⁴⁰ F. BLANDO, *Movimenti neofascisti e difesa della democrazia*, cit., 9.

costituente, ma è il vero e proprio dato da cui è originato l'ordinamento democratico costituzionale del nostro Stato⁴¹.

La "questione fascista", in questo senso intesa, rimane sullo sfondo di molti dei dibattiti tenutisi nel corso dell'Assemblea costituente e riguardanti il modo di intendere lo spirito della Costituzione⁴².

Il suo significato e la sua importanza strategica emergono chiaramente, ad esempio, già nella discussione della Prima Sottocommissione della Commissione per la Costituzione, il 9 settembre 1946, in occasione dell'elaborazione di quello che sarebbe divenuto il testo dell'art. 2 della Costituzione: Dossetti, affermando che i diritti fondamentali devono dare "la fisionomia sintetica del nuovo Stato" e dei rapporti tra questo e i cittadini⁴³, asserisce come tra le diverse possibili impostazioni sistematiche di una dichiarazione dei diritti non si possa che escludere una visione totalitaria che faccia risalire all'ente statale l'attribuzione delle libertà dei singoli e delle formazioni sociali⁴⁴. Non vede altra soluzione anche La Pira là dove sostiene che allo Stato si deve imporre di riconoscere "i diritti sacri, inalienabili, naturali della persona in opposizione al regime fascista che questi diritti aveva violato in radice"⁴⁵; o, ancora, Moro, che ricorda l'esistenza di una comune "base di polemica antifascista"⁴⁶ e di un "elementare substrato ideologico" che uniscono chi ha combattuto la Resistenza e che portano ad affermare la priorità e l'autonomia della persona di fronte allo Stato⁴⁷, vede chiaramente nell'antifascismo il fattore unificante che porta a considerare la Costituzione quale garanzia normativa e istituzionale.

La necessaria irripetibilità di quell'esperienza totalitaria trova, poi, spazio e forma di limite invalicabile all'attività politica nel corso della discussione sul ruolo costituzionale dei partiti. Nella seduta del 19 novembre 1946, dibattendo della formula dell'art. 49 della Costituzione, Togliatti sostiene come, se in generale è opportuno astenersi dal prevedere controlli o limiti giuridici a cui

⁴¹ B. PEZZINI, *Attualità e attuazione della XII disposizione finale: la matrice antifascista della Costituzione repubblicana*, cit., 1394.

⁴² Sia consentito il richiamo a F. PARUZZO, *Il Tar Brescia rigetta il ricorso di CasaPound: l'antifascismo come matrice e fondamento della Costituzione*, in *Osservatorio AIC*, n. 2 del 2018, e F. PARUZZO, *Dichiarazioni antifasciste e concessione di spazi pubblici: il significato inclusivo ed esclusivo della Carta costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, n. 5 del 2019.

⁴³ G. DOSSETTI, *La ricerca costituente. 1945 – 1952*, Il Mulino, Bologna 1994, 103.

⁴⁴ Prima sottocommissione della commissione per la Costituzione. Dossetti, seduta del 9 settembre 1946 Cfr. anche G. DOSSETTI, *La ricerca costituente. 1945 – 1952*, cit. 107.

⁴⁵ Prima sottocommissione della commissione per la Costituzione. La Pira, seduta del 10 settembre 1946.

⁴⁶ Prima sottocommissione della commissione per la Costituzione. Moro, seduta del 10 settembre 1946.

⁴⁷ Prima sottocommissione della commissione per la Costituzione. Moro, seduta del 10 settembre 1946.

sottoporre i partiti – e che al più la “lotta” tra gli stessi si deve ricondurre all’interno di una competizione politica democratica – per i gruppi che in futuro aderiscano all’ideologia propria del regime fascista non si può che seguire la linea opposta: “si deve escludere”, infatti, “dalla democrazia chi ha manifestato di essere suo nemico”⁴⁸.

Se, in modo simile, Basso auspica che nella Costituzione trovi posto un’affermazione concreta e precisa di condanna del fascismo, è a Dossetti che si deve la formula: “è proibita sotto qualsiasi forma la riorganizzazione del disciolto partito fascista”, che verrà approvata all’unanimità⁴⁹ e la cui collocazione sarà mutata nella XII Disposizione transitoria e finale in sede di discussione generale, sancendo in modo definitivo la profonda cesura tra il passato, attraverso il riferimento a un fenomeno politico-culturale individuato e individuabile⁵⁰ al di là delle sue metamorfosi⁵¹, da un lato, e il presente e futuro, dall’altro: con la dizione “sotto qualsiasi forma”, si vuole, infatti, vietare la ricostituzione di partiti o anche solo movimenti che, sotto altro nome, professino l’ideologia fascista⁵².

Sono considerazioni, queste, che si saldano perfettamente con un sistema di democrazia pluralista⁵³ e che, in ultimo, trovano spazio nelle parole di Calamandrei: a quest’ultimo si deve il collegamento esplicito tra il carattere antifascista dell’intera Costituzione⁵⁴ e la XII Disposizione

⁴⁸ Prima sottocommissione della commissione per la Costituzione. Togliatti, seduta del 19 novembre 1946.

⁴⁹ Il divieto di riorganizzazione del partito fascista, previsto nel primo comma, è trattato nella seduta del 5 dicembre 1947 e approvato senza discussione.

⁵⁰ G. CORSO, *Ordine pubblico nel diritto amministrativo*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. X, Utet, Torino, 1995, 444-445; M. LUCIANI, *Antifascismo e nascita della Costituzione*, cit., 192; per una ricostruzione storica si veda E. COLLOTTI, *Fascismo, fascismi*, Sansoni, Milano, 2004, 41ss.

⁵¹ Di cui, come detto, era già stato disposto lo scioglimento in conseguenza del Regio Decreto n. 704 del 1943. Cfr. G. PARLATO, *Fascisti senza Mussolini. Le origini del neofascismo in Italia, 1943-1948*, Il Mulino, Bologna, 2006, 7 ss.; l’Autore sostiene che l’elemento decisivo che ha spinto l’Assemblea costituente ad emanare una legge contro il neofascismo (l. 3 dicembre 1947, n. 1546) fu l’inaspettato successo elettorale del Msi all’elezioni amministrative romane del 5 novembre 1947.

⁵² Prima sottocommissione della commissione per la Costituzione. Seduta del 19 novembre 1946; cfr. P. VIRGA, *Il partito nell’ordinamento giuridico*, Giuffrè, Milano, 1948.

⁵³ Per questa interpretazione, si veda G. CORSO, *Ordine pubblico nel diritto amministrativo*, cit., e A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XI, Istituto dell’Enciclopedia italiana, Roma, 1989, 14. Cfr. su tale questione G. AZZARITI, *La Costituzione e i suoi critici. Riflessioni sul diritto mite*, in *Diritto pubblico*, 1999, 173.

⁵⁴ P. GROSSI, *La costituzione italiana quale espressione di un tempo giuridico post-moderno*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2013, 607 ss. Cfr. altresì V. ONIDA, (a cura di), *L’ordinamento costituzionale italiano dalla caduta del fascismo all’avvento della Costituzione repubblicana. Testi e documenti con due saggi introduttivi sul periodo costituente e sulla costituzione L’ordinamento costituzionale* cit., citando questo dibattito, l’Autore sottolinea come la volontà di dare vita ad una costituzione antifascista emerga nelle norme speciali e derogatorie che precludono qualsiasi reviviscenza dell’esperienza del ventennio (XII disp.) e nella “cura con cui si vollero circondare di garanzie le libertà che il fascismo aveva cancellato, e si volle creare un ordinamento in grado di evitare ritorni di autoritarismo (fattore,

transitoria e finale; afferma quest'ultimo che nel suo essere, la nostra, una Costituzione "presbite"⁵⁵, proiettata verso il futuro⁵⁶, essa mira ad attribuire un carattere oggettivo e permanente al divieto di riorganizzazione di movimenti politici che si ricolleghino all'esperienza storica del fascismo italiano, rendendo evidente il legame ancora oggi inscindibile tra l'esclusione del fascismo da quella dialettica pluralistica che più di tutto connota un regime democratico e il sistema che la Carta fondamentale è andata a costituire⁵⁷.

È alla luce di ciò, allora, che torsioni riduttive del significato da attribuire alla XII Disposizione transitoria e finale non possono essere considerate legittime. Tale disposizione spoglia, infatti, "l'ideologia fascista della garanzia costituzionale delle libertà"⁵⁸ e, in conseguenza di ciò, ammette l'esistenza di misure preventive e repressive di ogni attività, sia individuale che associata, ispirata a tale regime.

Eventuali limitazioni della libertà di manifestazione del pensiero che dalla repressione di tali condotte rischiano di derivare⁵⁹, discendono, quindi, proprio dalla XII Disposizione transitoria e finale in sé considerata⁶⁰: essa risulta già bilanciata, a monte, con le libertà democratiche⁶¹ e, pertanto, in base a ciò, legittimamente deroga "a qualunque norma costituzionale che preveda diritti

questo, non estraneo all'ispirazione fortemente garantista della Carta)". Cfr. anche S. ROSSI, B. PEZZINI (a cura di), *I giuristi e la Resistenza. Una biografia intellettuale del Paese*, Franco Angeli, Milano, 2016.

⁵⁵ Assemblea costituente, seduta del 4 marzo 1947.

⁵⁶ Così G. D'ELIA, *Disposizione XII*, in CELOTTO-BIFULCO-OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla costituzione*, Utet, Torino, 2006, 2787.

⁵⁷ N. BOBBIO, *Dal fascismo alla democrazia. I regimi, le ideologie, le figure e le culture politiche*, cit. 167.S. BELLOMIA, *Manifestazioni fasciste e XII disposizione transitoria della Costituzione*, cit. 1672. Ricostruzioni orientate ad agganciare la XII disposizione a un ciclo storico concluso sono state proposte in chiave riduttiva. Per alcuni autori si tratterebbe addirittura di norma di valore transeunte. Si vedano L. PICCARDI, *Relazione*, in *Un adempimento improrogabile, Atti del Convegno giuridico sull'attuazione della XII norma finale della Costituzione*, Firenze, 1961, 46 ss. e G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1972; V. CRISAFULLI, *I partiti nella Costituzione*, in *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea costituente*, Vallecchi, Firenze, 1969, II, 131. Si veda anche C. MORTATI, *Disciplina dei partiti politici nella Costituzione italiana*, cit. 41 ss.

⁵⁸ P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIV, 1974, 470.

⁵⁹ P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 470; cfr. anche C. FIORE, *I reati di opinione*, Cedam, Padova, 1972, 82.

⁶⁰ Ciò emerge in particolar modo con la sentenza n. 15 del 1973: "nessun raffronto è dato istituire tra la norma denunciata e gli artt. 17 e 21 Cost. È evidente, infatti, che non può sostenersi la illegittimità costituzionale di una norma legislativa che attui il disposto della XII disposizione transitoria, la quale, in vista della realizzazione di un ben determinato scopo, pone dei limiti all'esercizio dei diritti di libertà enunciati dagli invocati precetti costituzionali".

⁶¹ A. PIZZORUSSO, *Disp. XII*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di) *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli, Bologna – Roma, 1995, 199, che afferma come la verifica della costituzionalità delle soluzioni attuative previste dal legislatore può solo essere condotta, al più, dal punto di vista della ragionevolezza intrinseca della norma e della proporzionalità del mezzo allo scopo. Cfr. B. PEZZINI, *Attualità e attuazione della XII disposizione finale: la matrice antifascista della Costituzione repubblicana*, cit., 1388.

il cui esercizio possa favorire la riorganizzazione del partito fascista”⁶². Il significato normativo della prescrizione costituzionale può essere in questo senso tratto dalla sua stessa collocazione: essa pone un’eccezione “alla regola della apertura democratica sancita dagli artt. 18, 21 e 49 Cost., e costituisce l’unico vero vincolo di adesione ideologica esplicitato nella Costituzione”⁶³. Si tratta di un vincolo che produce i suoi effetti giuridici senza limiti temporali⁶⁴ e che non si contrappone ai principi fondamentali della stessa Costituzione, ma anzi li conferma, esaltando il “rapporto antitetico”⁶⁵ che esiste tra l’ordine democratico e tale tipo di regime⁶⁶.

Se questo è il significato attribuito in sede di Assemblea costituente alla XII Disposizione transitoria e finale, ossia un rifiuto del fascismo quale esperienza storica e quale ideologia, immanente all’interno dell’intero tessuto costituzionale, per comprendere le difficoltà pratiche di applicazione della relativa disciplina di attuazione non si può prescindere dal guardare, se pur nei suoi elementi essenziali, a come l’Italia ha affrontato il proprio percorso di transizione democratica⁶⁷ successivamente alla caduta del regime.

Da una parte, già nei primi anni successivi alla fine della Seconda Guerra Mondiale, la strutturazione del fatto tipico dei singoli delitti fascisti⁶⁸, la centralità del reato di collaborazionismo⁶⁹ – pressoché l’unico reato perseguito – nonché la “scarsa determinatezza”⁷⁰ del

⁶² S. VINCIGUERRA, *Fascismo (sanzioni)*, cit., 920 ss. Critici sull’estensione della portata della XII disposizione transitoria e finale alla libertà di manifestazione del pensiero C. ESPOSITO, *Nota senza titolo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1958, 958 ss.; S. BELLOMIA, *Manifestazioni fasciste e XII disposizione transitoria della Costituzione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1973, 1673 ss.; M. BON VALSASSINA, *Apologia di fascismo, divieto di riorganizzazione del partito fascista e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Foro italiano*, 1957, 952.

⁶³ C. CARUSO, *Un patto repubblicano contro il neofascismo*, in *Associazione Italiana Costituzionalisti, Costituzione e neofascismo*, Lettera 1 del 2024.

Altresì, A. Longo, *I simboli (del Fascismo) e il tempo (della Costituzione): pochi spunti suggeriti dalla sentenza della Corte di cassazione n. 37577 del 2014*, in *Osservatorio AIC*, n. del 2014, 1 ss.;

⁶⁴ U. DE SIERVO, *Attuazione della Costituzione e legislazione antifascista*, cit., 3269 e A. PIZZORUSSO, *Disp. XII*, in G. Branca-A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1995, 198.

⁶⁵ N. BOBBIO, *Dal fascismo alla democrazia. I regimi, le ideologie, le figure e le culture politiche*, Baldini e Castoldi, Milano, 1997, 10.

⁶⁶ C. MORTATI, *Lezioni di diritto costituzionale italiano e comparato*, Edizioni ricerche, Roma, 1961, 87-88; cfr. anche G. BRUNELLI, *Struttura e limiti del diritto di associazione politica*, Giuffrè, Milano, 1991, 215.

⁶⁷ J. ELSTER, *Chiudere i conti. La giustizia nelle transizioni politiche*, Il Mulino, Bologna, 2008; N.J. KRITZ, *Transitional Justice: How emerging democracies reckon with former regimes*, Washington DC, Ins. Of Peace Press, 1995.

⁶⁸ P. BARILE, U. DE SIERVO, *Sanzioni contro il fascismo ed il neofascismo*, in *Novissimo Digesto Italiano*, 16, 1969, 541-563.

⁶⁹ Che ha portato a concepire la violenza della RSI solo come funzionale all’occupante e non dotata di caratteri autonomi, cfr. F. FOCARDI, *Il cattivo tedesco e il bravo italiano*, Laterza, Roma-Bari, 2014.

testo del provvedimento della c.d. amnistia Togliatti⁷¹, hanno allentato le maglie della legislazione penalistica e depotenziato le sanzioni comminate⁷²; dall'altra, i partiti rappresentativi della Resistenza, consapevoli di aver combattuto e sconfitto il nazifascismo, concepito come “altro da sé”⁷³, avevano, quale interesse primario, quello di affermare la “vittoria politica della democrazia sulla dittatura e di tradurre tali principi in norme giuridiche [in primo luogo la Costituzione] per il presente e per il futuro”⁷⁴, più che quello di creare un'effettiva memoria storica e una narrazione condivisa che chiedesse conto, politicamente e giuridicamente, delle responsabilità passate.

È (anche) per questa ragione che la democrazia italiana, a partire dal 26 dicembre 1946⁷⁵, si è trovata a fare i conti con la “traiettoria” politica del Movimento Sociale Italiano⁷⁶ (di cui sono oggi eredi molti movimenti che a esso si richiamano); un partito che trovava fondamento nell'*altra repubblica*, quella collaborazionista di Salò, in controtendenza storica rispetto ai processi in quel momento in corso in Italia e il cui ruolo e la cui funzione nel sistema politico sociale italiano non possono essere limitati a “semplice ridotta nostalgica”⁷⁷. Il MSI rappresentò “il segno dei mancati conti dell'Italia con la storia del fascismo”, inteso sia come assenza di un processo ai criminali di guerra italiani e ai gerarchi del regime mussoliniano, ma anche come sanzione storica; costituì, altresì, la misura di quella “continuità dello Stato”⁷⁸ che ha determinato un “rimosso nazionale e

⁷⁰ P. CAROLI, *Che cosa è il fascismo? Prove di confronto con il passato. Dalle Corti di Assise straordinarie al disegno di legge Fiano*, in C. NUBOLA, P. PEZZINO, T. ROVATTI, *Giustizia straordinaria tra fascismo e democrazia*, Il Mulino, Bologna, 128.

⁷¹ M. FRANZINELLI, *L'amnistia Togliatti. 22 giugno 1946: colpo di spugna sui crimini fascisti*, Mondadori, Milano, 2006.

⁷² Si è scritto che “il ceto giudiziario della Cassazione romana [...] opera una scelta non solo di continuità con gli apparati del regime, ma di copertura dei reati comuni commessi dai nazifascisti”. Così G. NEPPI MODONA, *I problemi della continuità dell'amministrazione della giustizia dopo la caduta del fascismo*, in G. NEPPI MODONA, *Giustizia penale e guerra di liberazione*, Franco Angeli, Milano, 1984, 11-40.

⁷³ P. CAROLI, *Che cosa è il fascismo? Prove di confronto con il passato. Dalle Corti di Assise straordinarie al disegno di legge Fiano*, cit., 132.

⁷⁴ P. CAROLI, *Che cosa è il fascismo? Prove di confronto con il passato. Dalle Corti di Assise straordinarie al disegno di legge Fiano*, cit., 132.

⁷⁵ In questo quadro non può non menzionarsi come, il 22 giugno 1946, il Ministro di Grazia e giustizia Palmiro Togliatti promulga il provvedimento di amnistia che rende possibile, per i fascisti, la liberazione dalle carceri, la riemersione da latitanze e clandestinità.

⁷⁶ Da cui si scinderà, sotto la guida di Pino Rauti, nel 1956, Ordine Nuovo, inizialmente come Centro Studi Ordine Nuovo e poi, dal 21 dicembre 1969, come Movimento politico Ordine Nuovo. Si tratta del movimento politico ritenuto responsabile della strage di Piazza della Loggia a Brescia, nel 1974.

⁷⁷ D. CONTI, *Fascisti contro la democrazia. Almirante e Rauti alle radici della destra italiana 1946-1976*, Einaudi, Torino, 2023, XII e 12.

⁷⁸ C. PAVONE, *Alle origini della Repubblica. Scritti su fascismo, antifascismo e continuità dello Stato*, Bollati Boringhieri, Milano, 1995.

collettivo che eluse l'assunzione di responsabilità rispetto alla pesante eredità del regime di Mussolini; [in altre parole], la cifra della profondità delle radici fasciste nella società italiana"⁷⁹.

Nei fatti, il MSI si è proposto, in quegli anni, di "sfruttare" l'asimmetria tra la Costituzione formale antifascista (che in ogni articolo nega e rovescia legalità e pratiche del regime, ponendo "una cesura netta in cui il dopo è contro il prima, radicalmente"⁸⁰), e l'esercizio politico sostanziale di governo definitosi nel quadro della Guerra Fredda⁸¹, affidando le proprie *chances* di esistenza (e di radicamento politico) "a una rottura altrettanto profonda e fondante di quella che aveva segnato il passaggio dal fascismo all'Italia repubblicana"⁸².

Il tutto, peraltro, è stato portato avanti attraverso "la reinterpretazione della violenza e dell'estremismo di destra come fattori riequilibratori in senso conservatore di un assetto sociale storicamente dato e attraverso la contestazione globale degli istituti della Repubblica e del sistema politico costituzionale"⁸³, accusati di "incapacità nel fronteggiare le esigenze e le necessità della comunità nazionale e, per questo, da sostituire con un nuovo sistema di valori"⁸⁴.

Eppure, nonostante questo, nel contesto di un "aumento della violenza di piazza, anche stragista, e della crescita della predisposizione al voto missino"⁸⁵, si riscontrano pochissime sentenze di condanna che ritengono integrato il pericolo concreto di riorganizzazione del partito fascista⁸⁶, evidentemente, però, esistente.

⁷⁹ D. CONTI, *Fascisti contro la democrazia. Almirante e Rauti alle radici della destra italiana 1946-1976*, cit., 144-145.

⁸⁰ P. FLORES D'ARCAIS, *La filigrana della Costituzione: ora e sempre resistenza*, in *Micromega*, n. 1 del 2024, 6.

⁸¹ D. CONTI, *Fascisti contro la democrazia. Almirante e Rauti alle radici della destra italiana 1946-1976*, cit., 144-145.

⁸² M. REVELLI, *La destra nazionale*, Il saggiatore, Milano, 1996, 73-74.

⁸³ D. CONTI, *Fascisti contro la democrazia. Almirante e Rauti alle radici della destra italiana 1946-1976*, cit., 155-156.

⁸⁴ N. RAO, *La fiamma e la celtica, Sessant'anni di neofascismo da Salò ai centri sociali di destra (Le radici del presente)*, Sperling & Kupfer, Milano, 2010, 158.

⁸⁵ M. TARCHI, *Continuità ed evoluzione della destra italiana negli anni di Piombo*, in G. DE ROSA, G. MONINA (a cura di), *L'Italia repubblicana nella crisi degli anni Settanta. Sistema politico e istituzioni*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2003, 152.

⁸⁶ D. CONTI, *Fascisti contro la democrazia. Almirante e Rauti alle radici della destra italiana 1946-1976*, cit., 183.

4. Osservazioni conclusive. La specificità della matrice antifascista della Costituzione e i “conti con la storia”

Emerge, dal quadro tratteggiato, una limitata applicazione delle norme della legge Scelba, interpretate, in giusta coerenza con il principio di offensività, come fattispecie di pericolo concreto. Tale interpretazione risponde all’esigenza democratica di evitare che la pena sia usata quale strumento di controllo dei comportamenti dei consociati, al di là della verifica della portata lesiva degli stessi.

Conseguenza di ciò è che *essere* fascisti non è, *in sé*, reato.

Emerge altresì un più frequente ricorso, a fronte di medesime condotte, alle fattispecie di cui all’art. 2 della legge Mancino, con il risultato che l’applicazione della sua garanzia *antirazzista, di pericolo presunto*, finisce per assorbire ogni specificità della matrice antifascista, rivelandosi meno conflittuale poiché solleva l’interprete da ogni responsabilità di valutazione politica di tali condotte, se non nei termini della verifica della riconducibilità della singola fattispecie concreta al paradigma punitivo astratto, al fine di evitare che ricadano in quest’ultimo comportamenti privi di qualsiasi attitudine lesiva⁸⁷.

L’esito di ciò, tuttavia, a parere di chi scrive, è stato, in un quadro che vede ancora oggi la presenza stabile e imperturbata nel panorama politico italiano di forze dichiaratamente neofasciste⁸⁸, che non solo praticano contenuti esplicitamente riconducibili a tale regime, ma che si ripropongono di “attualizzarne gestualità, simboli, immagini e ritualità”⁸⁹, l’offuscamento della *garanzia oggettiva* delle norme costituzionali in materia.

Perché a tale offuscamento sia possibile porre rimedio, l’esigenza (e l’urgenza) che si avverte non può che essere quella di riappropriarsi di una lettura del fascismo che, da un lato, non sia limitata a una mera “operazione di identificazione meccanicistica con il vecchio partito nazionale fascista”⁹⁰ (come tale irripetibile), e che, dall’altro, non passi semplicemente attraverso la pretesa di (re)interpretazione dei delitti previsti dalla legge Scelba come fattispecie di pericolo astratto; nei

⁸⁷ Da ultimo, Corte cost. n. 139 del 2023, ma altresì n. 211 del 2022; n. 278 e n. 141 del 2019; n. 109 del 2016; n. 265 del 2005; n. 263 del 2000; n. 360 del 1995.

⁸⁸ U. DE SIERVO, *Attuazione della Costituzione e legislazione antifascista* cit., 3286-3288.

⁸⁹ B. PEZZINI, *Ritrovare la matrice antifascista della Costituzione repubblicana*, in *Associazione Italiana Costituzionalisti, Costituzione e neofascismo*, Lettera 1 del 2024, 8.

⁹⁰ MSI Fuori legge? Intervista al Presidente della Corte costituzionale Franco Bonifacio, in *Panorama*, 3 maggio 1973.

termini per cui, cioè, anticipando il momento in cui una condotta possa essere considerata punibile, ogni manifestazione pubblica riconducibile alla simbologia fascista debba essere considerata, in sé, reato. Evidenti sarebbero, in questo caso, le frizioni con il principio di offensività.

Ciò con cui è invece necessario “fare i conti”, se realmente si vuole riconoscere nell’ordinamento costituzionale (e nella sua matrice antifascista) il *bene direttamente protetto* dalle norme di attuazione⁹¹, è il fatto che il fascismo costituisce un prodotto di una società, quella italiana, in cui, ancora oggi, non è presente una narrazione comune sul passato da esso rappresentato e rispetto al quale sono evidenti le torsioni riduttive che impediscono l’elaborazione di una verità storica complessa e critica⁹²; proprio quest’ultima deve partire dal presupposto per cui l’entità del rischio di ricostituzione del partito fascista “non si computa né in voti né in seggi parlamentari”, ma nella consapevolezza che “la radice del totalitarismo fascista affonda nel corpo sociale della nazione”⁹³.

È vero che già negli ultimi anni si è assistito alla tendenza a riscoprire la XII Disposizione come norma autonoma, direttamente precettiva, indipendentemente dall’intermediazione della legislazione penale⁹⁴: lo si è visto nelle decisioni dei tribunali amministrativi con riferimento all’estromissione di liste con simboli o denominazioni neofasciste dalle competizioni elettorali⁹⁵; o,

⁹¹ B. PEZZINI, *Ritrovare la matrice antifascista della Costituzione repubblicana*, in *Associazione Italiana Costituzionalisti, Costituzione e neofascismo*, Lettera 1 del 2024, 3.

⁹² G. ZAGREBELSKY, *Il «Crucifige!» e la democrazia*, Torino, Einaudi, 1995, teorizza il concetto di democrazia critica, fondata sull’etica della possibilità.

⁹³ A. MORO, *La democrazia incompiuta. Attori e questioni della politica italiana 1943-1978*, Editori riuniti, 1999, 172.

⁹⁴ A.J. GOLIA, *L’antifascismo della Costituzione italiana alla prova degli spazi giuridici digitali. Considerazioni su partecipazione politica, libertà d’espressione online e democrazia (non) protetta in CasaPound c. Facebook e Forza Nuova c. Facebook*, cit.

⁹⁵ Si tratta di una giurisprudenza che trae origine da Cons. St., sez. I, parere n. 173 del 1994, in cui i giudici amministrativi, davanti alla richiesta da parte del Governo relativa alla legittimità della negazione dell’ammissibilità di un contrassegno che si poneva in contrasto con la XII disp. fin. Cost., ha ritenuto che “non è concepibile che un raggruppamento politico partecipi alla competizione elettorale sotto un contrassegno che si richiama esplicitamente al partito fascista bandito irrevocabilmente dalla Costituzione, con norma tanto più grave e severa, in quanto eccezionalmente derogatoria al principio supremo della pluralità, libertà e parità delle tendenze politiche”. Si tratta di una giurisprudenza ripresa in TAR Piemonte, sez. I, n. 466 del 2010; Cons. St., sez. V, nn. 1354 e 1355 del 2013, in un caso in cui la ricorrente, candidata sindaco per la lista ruscata, asseriva che il suo movimento, non essendo mai stato sciolto ex art. 3 della legge Scelba, non si poneva in contrasto con la XII disp. fin. e che, di conseguenza, la sua esclusione aveva violato i limiti di giudizio posti dagli artt. 30 e 33 del d.P.R. n. 570 del 1960. A queste decisioni sono seguite in senso conforme TAR Piemonte, sez. II, n. 558 del 2013; Cons. St., sez. V, n. 2573 del 2013 e n. 2575 del 2013; TAR Sicilia, Palermo, sez. II, n. 1366 del 2017; TAR Lombardia, Brescia, sez. I, n. 105 del 2018; Cons. St., sez. III, n. 3208 del 2018; TAR Piemonte, sez. II, nn. 632 e 633 del 2018. Cfr. G. DONATO, *Il valore precettivo della XII disposizione finale e l’estromissione delle liste neofasciste dalle competizioni elettorali*, in *Rivista AIC*, n. 3 del 2019, 585.

ancora, in relazione alla mancata concessione di spazi pubblici comunali nei confronti di chi si rifiuti di dichiarare di “riconoscersi nei principi e nelle norme della Costituzione italiana e di ripudiare il fascismo e il nazismo”⁹⁶.

Ciò, però, non è ancora sufficiente.

Manca una piena coscienza del fatto che il ricorso alla simbologia, ai rituali e all’ideologia fascista, se svolto in pubblico e se in grado di consolidare il consenso intorno a idee e pulsioni di cui il fascismo si faceva portatore e che da esso furono catalizzate, può essere in grado, concretamente, di realizzare un effetto di turbamento della pacifica civile convivenza⁹⁷.

Come tale, se ciò si verifica, deve essere sanzionato.

Non è possibile, infatti, ignorare che l’eredità culturale del fascismo, “con tutte le opzioni autoritarie, anti-egualitarie e razziste che ne hanno connotato l’originaria proposta politica”⁹⁸, può ancora vantare una notevole capacità di penetrazione nell’immaginario collettivo, dal momento che le interpretazioni del passato non sono mai dissociabili da un loro impiego strategico nel dibattito pubblico corrente.

Se è vera la premessa che l’unità e l’identità nazionale si fondano su un dato valoriale di cui il movimento di resistenza italiana è la radice⁹⁹, sul fatto che la continuità della matrice antifascista deve essere sganciata dai soggetti – che non ci sono più – e, quindi, collegata ai contenuti e alle procedure, e che un’involuzione di tipo autoritario non è il frutto casuale di eventi storici irripetibili, ma è una sempre immanente minaccia in un sistema politico liberal-democratico¹⁰⁰, è necessario in una prospettiva di azione socio-culturale, ricordarsi che il radicarsi dell’esperienza fascista “in un passato ormai giudicato non consente di indulgere nella libertà dell’errore”¹⁰¹.

⁹⁶ Sia consentito il rinvio a F. PARUZZO, *Il Tar Brescia rigetta il ricorso di CasaPound: l’antifascismo come matrice e fondamento della Costituzione*, in *Osservatorio AIC*, n. 2 del 2018, e F. PARUZZO, *Dichiarazioni antifasciste e concessione di spazi pubblici: il significato inclusivo ed esclusivo della Carta costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, n. 5 del 2019.

⁹⁷ A. PERDUCA, *Fascismo II) Disposizioni penali sul fascismo*, in *Enc. Giur.*, XIV, 1989, 5 e F. MARTIN, *L’apologia di fascismo: profili normativi e costituzionali*, in *Ius in itinere*, 22 ottobre 2021.

⁹⁸ A. TESAURO, *Le radici profonde non gelano”: le manifestazioni fasciste al vaglio delle sezioni unite. Tra storia e diritto*, cit., 42.

⁹⁹ P. MARSOCCI, *Uguaglianza e memoria del legame costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3 del 2017.

¹⁰⁰ U. DE SIERVO, *Attuazione della Costituzione e legislazione antifascista*, cit. 3277. Cfr. anche L. PALADIN, *Fascismo (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XVI, Giuffrè, Milano, 1967, 888.

¹⁰¹ C. MORTATI, *Costituzionalità del disegno di legge per la repressione dell’attività fascista*, cit. 15-16.

Fintantoché, al contrario, vi sarà spazio per una percezione sociale del fascismo caratterizzata da memorie “antagoniste”¹⁰², indulgenti o, peggio, assolutorie¹⁰³, il problema non potrà essere risolto né da nuovi reati, né da diverse interpretazioni giurisprudenziali; ciò, in quanto, nei fatti, “la democrazia non si protegge dalle forze nemiche a mezzo di norme giuridiche: se la democrazia muore nel cuore del popolo, nessuna forza giuridica potrà farla resuscitare”¹⁰⁴.

¹⁰² Così G.E. RUSCONI, *Resistenza e postfascismo*, Il Mulino, Bologna, 1995.

¹⁰³ F. FOCARDI, *Nel cantiere della memoria. Fascismo, Resistenza, Shoah, Foibe*, Viella, Roma, 2020, 29.

¹⁰⁴ P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984, 413.