

ATTUALITÀ

LUIGI SCOLLO

Simboli proibiti e proibizioni simboliche: la natura polisemica del saluto romano

L'articolo si propone di affrontare, anche dal punto di vista dogmatico, lo statuto penale dei rituali e delle simbologie fasciste, alla luce della recente sentenza delle Sezioni unite, per offrire un quanto più possibile ordinato affresco e contribuire a demarcare il confine tra simboli proibiti e proibizioni simboliche. Precisamente, lo studio conduce un'analisi strutturale tra le fattispecie contenute nella "Legge Scelba" e nella "Legge Mancino" per individuare i punti critici della recente decisione del giudice di legittimità ed offrire una differente prospettiva più aderente al principio di legalità che, valorizzando il reale rapporto di specialità unilaterale sussistente tra le due disposizioni rilevanti, perviene all'affermazione del concorso di norme, in luogo del concorso di reati. Inoltre, il saggio prova ad esplicitare ed approfondire i criteri di accertamento del pericolo concreto tratteggiati dalla decisione della Cassazione, fornendo un elenco che possa fungere da ausilio al giudice di merito nella elaborazione del percorso decisionale e motivazionale sui casi di saluto romano e altri rituali fascisti. Il saggio infine, attraverso l'analisi dell'analoga disciplina tedesca contenuta nel § 86a *StGB* che punisce, a titolo di pericolo astratto, l'uso di simboli e rituali del nazionalsocialismo, giunge alla conclusione che l'unica forma di tutela dell'ordine costituzionale e democratico suscettibile di essere, allo stesso tempo, compatibile con l'assetto costituzionale e con il volto costituzionale del diritto penale risulta la tecnica d'incriminazione già tratteggiata dalla Corte costituzionale, ossia il ricorso al pericolo concreto, e senza che ciò comporti alcun serio rischio d'impunità.

Forbidden symbols and symbolic prohibitions: the polysemic nature of the Roman salute.

*The article proposes to address, also from a dogmatic point of view, the criminal statute of fascist rituals and symbols, in the light of the recent ruling of the Italian Supreme Court, to offer as orderly a framework as possible and to help demarcate the boundary between prohibited symbols and symbolic prohibitions. Specifically, the essay conducts a structural analysis between the cases contained in the "Scelba Law" and the "Mancino Law" to identify the critical points of the recent decision of the Supreme Court and to offer a different perspective more in keeping with the principle of legality that, enhancing the real relationship of unilateral specialty existing between the two relevant provisions, arrives at the affirmation of the concurrence of rules, instead of the concurrence of crimes. In addition, the essay attempts to explain and deepen the criteria of ascertainment of the concrete danger outlined by the decision of the Supreme Court, providing a list that can serve as an aid to the judge of merit in the elaboration of the decisional and motivational path on the cases of the Roman salute and other fascist rituals. Finally, the article, through the analysis of the analogous German discipline contained in § 86a *StGB*, which punishes, as an abstract danger, the use of symbols and rituals of National Socialism, concludes that the only form of protection of the constitutional and democratic order susceptible to be at the same time, compatible with the constitutional order and the constitutional face of criminal law is the incrimination technique already outlined by the Italian Constitutional Court, i.e. recourse to concrete danger, and without posing any serious risk of impunity.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Dalla "Legge Scelba" alle Sezioni unite sul "saluto romano": profili

dogmatici ed osservazioni critiche. – 3. Pregi e difetti di un’impostazione alternativa. – 4. L’uso di simboli proibiti a norma del § 86a StGB. – 5. Conclusioni.

1. *Introduzione.* Il 7 luglio 2024 quaranta persone all’incirca si radunavano in via Velia, a Salerno, davanti al monumento a Carlo Falvella, là dove il giovane militante missino trovò la morte nel 1972 per mano dell’anarchico Giovanni Marini¹.

La cronaca della “commemorazione” ne restituisce un’atmosfera spettrale: posizionati come un «plotone» militare, vestiti di nero o in mimetica, avanzavano a «passo marziale» scandito dal ritmo solenne e, allo stesso tempo, «lugubre» di un tamburo, dietro ad uno striscione nero e rosso che recitava la scritta «Carlo Falvella Presente», munito di croce celtica e firmato «i Camerati». La medesima scritta figurava nella corona di fiori in testa al corteo. Il passo lento da parata militare s’interrompeva in corrispondenza della lapide in memoria di Falvella. Le parole scandite, anzi urlate, sempre le stesse da almeno quindici anni: «Camerati, attenti!», «Camerata Carlo Falvella», «Presente!». Il braccio alzato per effettuare il saluto fascista, per tre volte. Poi il «Camerati, riposo!»².

¹ Marini fu condannato a nove anni di reclusione per omicidio preterintenzionale. Sul tragico episodio storico v. *ex multis* ZAVARONI, *Caduti e memoria nella lotta politica*, Milano, 2010, 123.

² La manifestazione è stata ripresa dalle telecamere della testata giornalistica “Fanpage.it”: v. *Saluto romano e “presente!”: a Salerno in scena la nostalgia fascista per ricordare giovane ucciso*, in <https://www.youtube.com/watch?v=sLFvZSke2Pk>, 19 luglio 2024. V. altresì il racconto di C. PELLEGRINO, *Saluto romano e “presente!”: a Salerno in scena la nostalgia fascista per ricordare Carlo Falvella, ucciso nel 1972*, in www.fanpage.it, 9 luglio 2024; *Id.*, *Delitto Falvella mito fondativo della destra. A Salerno negli anni troppa tolleranza su certe commemorazioni*, in www.fanpage.it, 9 luglio 2024; *Id.*, *Il corteo e i saluti romani di Salerno arrivano in Parlamento: interrogazione a Piantedosi di Miari (AVS)*, *ivi*, in www.fanpage.it, 10 luglio 2024. V. anche A. PELLEGRINO, *Salerno, saluto romano e inni fascisti alla commemorazione di Falvella*, in www.repubblica.it, 9 luglio 2024; SANTINI, *Salerno, saluto romano e “presente” alla commemorazione di Carlo Falvella. L’Anpi: «Rievocazione fascista»*, in www.corriere.it, 9 luglio 2024. Che non si tratti di una manifestazione episodica o estemporanea ne è testimonianza la descrizione del video pubblicato sul canale YouTube denominato «CasaPound Italia Napoli», la quale chiarisce che «Sono almeno 15 anni che la nostra comunità regionale, ordinata, pulita, marziale e composta ricorda

Appena tre settimane prima, precisamente il 17 giugno 2024, all'incirca trecento manifestanti sfilavano per le vie di Padova sino alla vecchia sede del Movimento Sociale Italiano (MSI) di via Zabarella³, luogo dove furono assassinati dalle Brigate Rosse i militanti missini Giuseppe Mazzola e Graziano Giralucci⁴. Le cronache immortalano il corteo, la deposizione di una corona d'alloro, seguita dal comando: «Camerati, attenti!», dalle chiamate: «Camerata Giuseppe Mazzola» e «Camerata Graziano Giralucci», dalla risposta: «Presente!» con il braccio destro alzato. Esattamente quanto documentano le immagini del raduno dell'anno precedente, riprese dal *Mattino di Padova*⁵.

Ancora, il 29 aprile 2024 circa millecinquecento persone si radunavano in via Paladini, a Milano, davanti alla targa dedicata a Sergio Ramelli, giovane missino assassinato in quel luogo nel 1975 da Marco Costa e Giuseppe Ferrari Bravo, condannati per omicidio volontario quali autori materiali, in concorso con altri soggetti di Avanguardia Operaia⁶.

Le immagini, raccolte dal Corriere della Sera⁷, mostrano una via - angusta, quale è via Paladini - colma di uomini disposti su file ordinate, che si

la memoria di Carlo Falvella per le strade di Salerno». In effetti, sul canale YouTube denominato «Casa-PoundSalerno» sono visibili numerosi video che ritraggono analoga manifestazione negli anni passati, almeno sin dal 2008.

³ La notizia veniva ripresa dai principali quotidiani, i quali davano altresì conto del fatto che i manifestanti avrebbero impedito alla stampa di registrare durante la chiamata del “presente” ed il saluto romano. Sul punto v. *Estrema destra, 300 al corteo di Padova e saluti romani in ricordo di Mazzola e Giralucci*, in www.corriere.it, 17 giugno 2024; v. anche *Saluto romano e corteo a Padova per commemorare Mazzola e Giralucci, uccisi 50 anni fa dalle Brigate Rosse*, in www.ilgazzettino.it, 17 giugno 2024.

⁴ Dei delitti degli anni di piombo, incluso l'attentato di via Zabarella, v. TELESE, *Cuori neri*, Milano, 2022.

⁵ *Mazzola e Giralucci, il video del saluto romano a Padova*, in mattinopadova.gelocal.it, 18 giugno 2023.

⁶ Per una ricostruzione analitica v. ancora TELESE, *Cuori neri*, cit., § 7.

⁷ Le immagini sono disponibili su YouTube. V. Corriere della Sera, *Il saluto romano alla commemorazione di Sergio Ramelli a Milano*, in www.youtube.com/watch?v=Yxc0NaaK7So, 30 aprile 2024; nonché Vista Agenzia Televisiva Nazionale, *Saluti romani alla commemorazione di Sergio Ramelli a Milano*, in www.youtube.com/watch?v=1p95ReToI, 30 aprile 2024.

uniformavano ai comandi: «Camerati, attenti!» e «Camerati, riposo!», e che alla chiamata: «Camerata Sergio Ramelli» rispondevano per tre volte con il braccio destro teso, gridando: «Presente!».

Anche in questo caso, la manifestazione si ripete da molti anni nello stesso giorno e con le medesime modalità⁸, ed è proprio da una di queste adunate – precisamente quella avvenuta il 29 aprile 2016⁹ – che scaturisce la recente sentenza delle Sezioni unite¹⁰ sul c.d. «saluto romano» di cui si parlerà diffusamente.

Il giorno precedente, ossia il 28 aprile 2024, a Dongo – in provincia di Como – una settantina di manifestanti, con giubbotto nero, omaggiavano i gerarchi fascisti, catturati dai partigiani, mentre nel 1945 cercavano di fuggire verso la Svizzera assieme a Mussolini, e lì giustiziati. Pochi chilometri più a sud, precisamente a Giulino, lo stesso giorno, duecento manifestanti si radunavano per commemorare con il saluto romano e con il grido: «Presente!», sia Mussolini sia Claretta Petacci, nel luogo dove furono fucilati¹¹.

Una commemorazione del duce, che include il saluto romano e la chiamata del “presente” si celebra il 29 luglio di ogni anno a Predappio, località dove il 30 ottobre viene altresì celebrata la marcia su Roma. Nel 2022 furono circa

⁸ In proposito, v. il video denominato «Ramelli, a Milano sfilano i neofascisti: apologia, croci celtiche e saluti romani», pubblicato sul canale YouTube del Fatto Quotidiano, il 30 aprile 2014.

⁹ Per alcune immagini della manifestazione oggetto del *leading case* di fronte alle Sezioni unite della Suprema corte, v. *Milano, saluti romani a cerimonia Ramelli. Antifascisti: “Da Pisapia nessun contrasto*, in *www.ilfattoquotidiano.it*, 30 aprile 2016.

¹⁰ Cass., Sez. un., 17 aprile 2024, n. 16153 in *Foro it.*, 2024, II, 278, nonché in *Riv. pen.*, 2024, 5, 447, nonché in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2024, 2, 511 con nota di RISICATO, *Le Sezioni Unite e il “saluto romano”: un pericolo concreto di irrilevanza penale?*. Il tema è ampiamente esplorato da TESAURO, *“Le radici profonde non gelano”: le manifestazioni fasciste al vaglio delle Sezioni Unite. Tra storia e diritto*, in *Sist. pen.*, 12 gennaio 2024.

¹¹ *Doppia commemorazione fascista a Dongo e Giulino di Mezzegra con divise brune e saluti romani: contestazioni di Anpi e partiti al ricordo dei gerarchi uccisi*, in *www.larepubblica.it*, 28 aprile 2024.

duemila i manifestanti arrivati alla tomba di Mussolini¹².

Il 7 gennaio 2024 circa duecento manifestanti raggiungevano la vecchia sede del MSI in via Acca Larentia, dove nel 1978 furono barbaramente assassinati Franco Bigonzetti e Francesco Ciavatta, anche loro del Fronte della Gioventù, per mano di un gruppo armato di estrema sinistra, nonché dove poche ore dopo perse la vita Stefano Recchioni a seguito degli scontri con la polizia seguiti all'agguato¹³.

Le immagini - che stavolta faranno il giro del mondo¹⁴ - mostrano centinaia di persone disporsi ordinatamente¹⁵ e uniformarsi al comando: «Attenti!», dopodiché, per tre volte, effettuare il saluto fascista e rispondere: «Presente!» al grido: «Per tutti i camerati caduti!».

Quelli appena richiamati costituiscono solo alcuni esempi di eventi nei quali vengono ciclicamente compiute manifestazioni esteriori che richiamano il fascismo, al culmine delle quali si collocano il saluto romano - che invero nulla ha a che vedere con l'antica Roma, come recenti studi hanno

¹² CACCIA, *Predappio, 2.000 fascisti sfilano per il centenario della marcia su Roma*, in *www.corriere.it*, 30 ottobre 2022; *Marcia su Roma: camicie nere sfilano a Predappio, anche bambini. Alla fine il saluto romano*, in *www.ansa.it*, 30 ottobre 2022. V. anche *Saluto romano e 'Presente' per commemorare Mussolini: partito il processo a 5 "nostalgici"*, in *www.forlito.com* in cui si ricostruisce che a Predappio si celebrano, di norma, tre manifestazioni all'anno: in aprile, a luglio e a ottobre, per celebrare rispettivamente la morte del duce, la sua nascita e, infine, la marcia su Roma. I cinque "nostalgici" di cui parla l'articolo sono stati recentemente assolti, a seguito della pronuncia delle Sezioni unite sopra citata: v. *Quei saluti romani a Predappio. Assoluzione per 5 nostalgici*, in *www.ilrestodelcarlino.it*, 5 luglio 2024.

¹³ Sulla strage di Acca Larentia v. ancora TELESE, *Cuori neri*, cit.

¹⁴ Le immagini che ritraggono le centinaia di persone effettuare la chiamata del "presente" ed il saluto romano, documentate dal giornalista di *Repubblica*, Paolo Berizzi, sulla piattaforma "X" (v. BERIZZI, *Vergogna di Stato*, in <https://x.com/PBerizzi/status/1744128907941425567>, 7 gennaio 2024), finiscono sui siti delle principali testate giornalistiche mondiali: v., ad es., *Video of more than 150 men performing fascist salute sparks outrage in Italy*, in *www.cnn.com*, 12 gennaio 2024.

¹⁵ V. *Acca Larentia, cosa è accaduto prima del saluto fascista collettivo? Le immagini dei preparativi della commemorazione*, in *www.ilfattoquotidiano.it*, 9 gennaio 2024, in cui si mostrano le fasi propedeutiche, con gli intervenuti aiutati a disporsi su file parallele, in vista della chiamata del "presente".

inequivocabilmente dimostrato¹⁶ – e la chiamata del “presente”.

La cronaca restituisce un’immagine impietosa della brulicante diffusione dei simboli del passato. Volgendo lo sguardo solo agli ultimi anni, ricorrono notizie sul braccio teso durante funerali¹⁷, nei messaggi politici di candidati¹⁸ ed eletti¹⁹, nell’occasione di aggressioni fisiche²⁰ e altri atti violenti²¹, persino nelle sedi

¹⁶ WINKLER, *The Roman Salute: Cinema, History, Ideology*, Columbus, 2009, 4 – richiamando gli studi di KOON, *Believe, Obey, Fight: Political Socialization of Youth in Fascist Italy, 1922-1943*, Chapel Hill-London, 1985, 20 – ricostruisce la totale mancanza nella storia, nella letteratura e nell’arte dell’antica Roma di tracce comprovanti la diffusione o anche solo l’adozione in ambito politico o militare del saluto fascista. Al contrario, l’A. conferma che il saluto fu adottato da Mussolini dopo che, a seguito dell’impresa di Fiume, Gabriele D’Annunzio vi conferì accezione ideologica e rituale, e che la scelta fu adottata per sostituire la stretta di mano (considerata borghese, effeminata e portatrice di germi) con un gesto ritenuto più virile.

¹⁷ VERDERAME, *Saluto fascista al funerale a Sassari, chieste condanne per 22 persone*, in www.sassarioggi.it, 26 giugno 2024. L’episodio era avvenuto nel 2018. Ancora, *Saluto romano e svastiche a un funerale, chiesto il processo per 8 persone*, in www.ansa.it, 11 giugno 2024. I fatti risalgono al gennaio 2022. Ancora, *Milano, Romano La Russa fa il saluto fascista al funerale del cognato Alberto Stabilini: «Chiedo scusa se qualcuno si è sentito offeso»*, in www.corriere.it, 21 settembre 2022. Ancora, FREGONESE, *Oderzo. Saluto romano al funerale del tifoso dell’Inter: poi gli insulti alla consigliera*, in www.ilgazzettino.it, 10 novembre 2023.

¹⁸ MASCIA, *“Il saluto romano lo facciamo e della legge Scelba ce ne freghiamo”*, il *claim* del leghista su *TikTok*, in www.lastampa.it, 17 giugno 2024. Ancora, *Elezioni, candidato FdI canta “Faccetta Nera” e fa il saluto romano, polemica nel Modenese*, in www.larepubblica.it, 19 giugno 2024.

¹⁹ È il caso che ha coinvolto l’imprenditore Simone Nava, eletto sindaco di Antegnate, nella bergamasca, su cui v. *Il neo sindaco di Antegnate fa il saluto romano alla festa per l’elezione*, in www.primabergamo.it, 11 giugno 2024. Il primo cittadino, appena pochi mesi prima, era stato nominato Cavaliere al merito della Repubblica Italiana dal Presidente Mattarella, secondo quanto riportato nell’articolo della medesima testata: *Simone Nava è stato nominato Cavaliere al merito della Repubblica Italiana*, in www.primabergamo.it, 28 aprile 2024.

²⁰ *Saluto romano e poi le botte, condannati tre appartenenti all’estrema destra trevigiana*, in www.treviso-today.it, 3 luglio 2024. Il fatto risale al 24 maggio 2020.

²¹ OMIZZOLO-RUOTOLO, *Braccianti obbligati a fare il saluto romano o minacciati con le armi: la lotta al caporalato torni una priorità*, in www.editorialedomani.it, 17 maggio 2024.

universitarie²² e nelle aule giudiziarie²³.

L'inequivocabile «significato di evocazione e celebrazione dell'ideologia del partito fascista e del regime conseguentemente instaurato» di tali simbologie e rituali è scolpito oramai nelle pagine della recente sentenza delle Sezioni unite²⁴. Tuttavia, la pronuncia - di cui fra breve si darà conto analiticamente - nel risolvere il quesito sulla qualificazione giuridica del saluto romano o saluto fascista²⁵, nel senso di ammettere il concorso formale tra il reato di cui all'art. 5 L. 20 giugno 1952, n. 645 (c.d. "Legge Scelba") e quello di cui all'art. 2 d.l. 26 aprile 1993, n. 122 (convertito con modificazioni con L. 25 giugno 1993, n. 205, c.d. "Legge Mancino")²⁶, stabilisce che occorre, in un caso, l'accertamento del pericolo concreto di riorganizzazione del disciolto partito fascista e, nell'altro, il collegamento con gruppi o entità esistenti nell'attualità, aventi tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, circostanza da cui desumere il pericolo astratto²⁷.

Tali conclusioni hanno condotto, sin dai primi mesi dal deposito delle motivazioni, ad una serie di assoluzioni nell'ambito di procedimenti già avviati²⁸,

²² CASTAGNERI, *Politecnico, il saluto romano di un vigilante: i vertici chiedono alla società di intervenire*, in www.rainews.it, 14 giugno 2024. Il fatto sarebbe avvenuto nell'ambito delle contestazioni degli studenti pro Palestina.

²³ SCARPA, *Assalto sede Cgil, condannati i leader di Forza Nuova Fiore e Castellino. In aula saluti romani e cori dopo la sentenza: "Non molliamo mai"*, in www.larepubblica.it, 20 dicembre 2023.

²⁴ Cass., Sez. un., 17 aprile 2024, n. 16153, cit., § 8 parla di «"fisiologica" riconducibilità» e «"naturale" identificazione». Vale la pena richiamare il carattere emblematico delle virgolette che racchiudono le parole «fisiologica» e «naturale», atte a sottolineare come tali parole non possano essere accostate - se non in senso lato - alla simbologia fascista.

²⁵ Le due espressioni verranno usate come sinonimi, pur ribadendo la premessa - confortata dalle conclusioni delle Sezioni unite - che il saluto romano si identifica con il saluto fascista.

²⁶ Sul tema si tornerà più avanti.

²⁷ Cass., Sez. un., 17 aprile 2024, n. 16153, cit., § 10.

²⁸ V. *Saluti romani e coro 'me ne frego', ultras assolti a Milano*, in www.ansa.it, 28 maggio 2024; *Saluti romani per Ettore Muti a Ravenna: prosciolti i due accusati, il processo non si farà*, in

mentre nuovi fascicoli vengono aperti in relazione a nuovi episodi²⁹.

Così ricostruito il contesto attuale, il presente lavoro si propone di affrontare, anche dal punto di vista dogmatico, lo statuto penale dei rituali e delle simbologie fasciste, alla luce della recente sentenza delle Sezioni unite, per offrirne un quanto più possibile ordinato affresco e contribuire a demarcare il confine tra simboli proibiti e proibizioni simboliche. Precisamente, lo studio condurrà un'analisi strutturale tra le fattispecie rilevanti per individuare i punti critici della recente decisione del giudice di legittimità (§ 2), tentando poi di offrire una diversa impostazione, più aderente al principio di legalità, e una criteriologia accurata che possa fungere d'ausilio nell'accertamento del pericolo concreto (§ 3), per poi giungere – attraverso il confronto con l'analoga disciplina tedesca (§ 4) – alla conclusione che l'unica forma di tutela dell'ordine costituzionale e democratico suscettibile di essere, allo stesso tempo, compatibile con l'assetto costituzionale e con il volto costituzionale del diritto penale implica una necessaria delimitazione della tecnica d'incriminazione, ossia il ricorso al pericolo concreto, e senza che ciò comporti alcun serio rischio d'impunità (§ 5).

2. Dalla “Legge Scelba” alle Sezioni unite sul “saluto romano”: profili dogmatici ed osservazioni critiche. Le simbologie e i rituali del fascismo costituiscono il fulcro della tutela penale approntata dalla Legge Scelba la quale, sin dall'art. 1, non a caso, chiarisce che si ha «riorganizzazione del disciolto partito fascista» anche quando una associazione, un movimento o un gruppo di persone non inferiore a cinque «rivolge la sua attività all'esaltazione di esponenti, principi,

www.ilrestodelcarlino.it, 12 giugno 2024; *Saluti romani a Predappio, assolti cinque nostalgici*, *ivi*, 4 luglio 2024.

²⁹ DEL BOCA, *Saluti romani alla commemorazione per Sergio Ramelli a Milano, la Procura apre un'inchiesta*, in *www.fanpage.it*, 30 aprile 2024; *Altri 14 indagati per il saluto romano ad Acca Larentia, la Scientifica passa le foto al lentino*, in *www.illattoquotidiano.it*, 27 gennaio 2024.

fatti e metodi propri del predetto partito» ovvero «compie manifestazioni esteriori di carattere fascista». Va evidenziato, altresì, come sotto l'egida della XII disposizione transitoria e finale³⁰, la norma include nell'ambito del divieto penale ogni entità che, pur senza esaltarlo o replicarne pedissequamente le simbologie, «persegue finalità antidemocratiche proprie del partito fascista», ad esempio «esaltando, minacciando o usando la violenza quale metodo di lotta politica», «propugnando la soppressione delle libertà garantite dalla Costituzione», «denigrando la democrazia, le sue istituzioni e i valori della Resistenza», ovvero «svolgendo propaganda razzista»³¹.

Con ciò, la disposizione individua rispettivamente metodi di riconoscimento e metodi d'azione del fascismo, sancendo un esplicito divieto rispetto ad ogni forma di organizzazione che, anche solo parzialmente, ne richiami le sembianze o ne replichi le finalità antidemocratiche³². La scelta del legislatore,

³⁰ La natura di disposizione «finale» è indubbia secondo la più autorevole dottrina. V. DE SIERVO, *Attuazione della Costituzione e legislazione antifascista*, in *Giur. cost.*, 1975, 3268; PIZZORUSSO, *Disp. XII*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca-Pizzorusso, Bologna-Roma, 1995, 198. Il tema è oggetto di recenti studi alla luce della possibile esclusione dalle competizioni elettorali di movimenti politici che si rifanno a quell'esperienza storica e politica: v. VIGEVANI, *Origine e attualità del dibattito sulla XII disposizione finale della Costituzione: i limiti della tutela della democrazia*, in *MediaLaws*, 2019, 4; DONATO, *Il valore precettivo della XII disposizione finale e l'estromissione delle liste neofasciste dalle competizioni elettorali*, in *Rivista AIC*, 2019, 590.

³¹ Sul tema, senza pretesa di esaustività, v. VINCIGUERRA, voce *Sanzioni contro il fascismo*, in *Enc. dir.*, Milano, 1967, 914; BARILE-DE SIERVO, voce *Sanzioni contro il fascismo e il neofascismo*, in *NN.D.I.*, XVI, Torino, 1969, 561; NUVOLONE, *Il delitto di riorganizzazione del partito fascista*, in *Ind. pen.*, 1972, 310; CALVI, *Sul delitto di riorganizzazione del partito fascista*, in *Ind. pen.*, 1977, 209; SPAGNOLO, *Norme penali contro il neofascismo e XII disposizione finale della Costituzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, 318; RAMAJOLI, *Il delitto di ricostituzione del disciolto partito fascista*, in *Giust. Pen.*, 1980, 518; MANNA, voce *Fascismo (sanzioni contro il)*, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino, 1991, 139; NOTARO, *Commento a l. 20 giugno 1952, n. 645. Norme di attuazione della XII disposizione transitoria e finale (comma primo) della Costituzione*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di Palazzo-Paliero, Padova, 2003, 1081.

³² Cfr. COLOMBANI, *Il delitto di riorganizzazione del partito fascista*, in *Riv. pen.*, 1994, 823 il quale sembra concepire lo svolgimento della propaganda razzista come condotta autonoma dal perseguimento di

dunque, da un lato, enumera i tratti caratteristici del fascismo, dall'altro, definisce tale ogni gruppo che ne impiega una o più modalità d'azione³³.

La struttura della norma, secondo l'interpretazione costituzionalmente orientata fornita dal giudice delle leggi³⁴, suggerisce altresì che i metodi di riconoscimento implicino necessariamente i metodi d'azione, stabilendo una relazione inscindibile e univoca dei primi rispetto agli ultimi³⁵. Quanto osservato si riverbera sul precetto di cui all'art. 2 della Legge Mancino e sull'interpretazione – non del tutto soddisfacente – offerta in proposito dalla recente decisione delle Sezioni unite³⁶.

In proposito, va osservato che il divieto previsto da tale disposizione nei

finalità antidemocratiche e non come modalità esecutiva della condotta.

³³ Come osservato da PEZZINI, *Attualità e attuazione della XII disposizione finale: la matrice antifascista*, in *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano 2011, p. 1383 ciò dipese da una precisa preoccupazione di Calamandrei, il quale avvertì circa la necessità che venisse vietato non solo il “fascismo”, bensì ogni caratteristica associata a quel nome, ben prefigurandosi il carattere transitorio della sola definizione, la quale oltretutto avrebbe potuto condurre ad applicazioni discrezionali.

³⁴ Le decisioni della Consulta che hanno interessato la disposizione prevista dalla Legge Scelba hanno sottolineato che – sotto l'egida della XII disposizione finale – la stessa mira a sanzionare le condotte tali da «poter condurre alla riorganizzazione del partito fascista», non le azioni «in sé e per sé» (Corte cost., 26 gennaio 1957, n. 1), per cui la tutela penale si estende dagli «atti finali e conclusivi della riorganizzazione» sino ad ogni loro «antecedente causale» dotato di «sufficiente idoneità a produrre gli atti stessi», dovendosi escludere che il legislatore abbia inteso punire «qualunque manifestazione del pensiero, tutelata dall'art. 21 Costituzione, bensì quelle manifestazioni usuali del disciolto partito che, come si è detto prima, possono determinare il pericolo che si è voluto evitare», creando terreno fertile per «adesioni e consensi» alla ricostituzione (Corte cost., 6 dicembre 1958, n. 74).

³⁵ Sul punto, recentemente Cass., Sez. I, 15 marzo 2022, n. 28565, § 4.1 in cui si ribadisce che la disposizione menziona tre condotte alternative e non cumulative, per cui il perseguimento di finalità antidemocratiche, l'esaltazione di esponenti, fatti e metodi del fascismo, ovvero il compimento di manifestazioni esteriori di carattere fascista non debbono essere integrate simultaneamente. Altresì, già Cass., Sez. II, 5 marzo 1982, n. 7560 osservava che la disposizione «si riferisce non alla struttura di detto partito [...] bensì al suo fondamento ideologico ed al metodo di lotta praticato nel corso degli anni».

³⁶ Invero, Cass., Sez. un., 17 aprile 2024, n. 16153, cit., §7 esclude il rapporto di specialità unilaterale affermando che vi sarebbe una «diversità genetica» tra gli enti cui richiamano le due diverse disposizioni, ma sul punto si tornerà più avanti.

confronti di chi «in pubbliche riunioni, compia manifestazioni esteriori od ostenti emblemi o simboli propri o usuali delle organizzazioni, associazioni, movimento o gruppi di cui all’art. 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654» (c.d. “Legge Reale”) postula che tali enti perseguano lo scopo di «incitamento alla discriminazione», tra gli altri, per «motivi razziali». Ebbene, tale finalità risulta implicitamente richiamata dal ricorso alla simbologia fascista, secondo la struttura dell’art. 1 Legge Scelba la quale, come detto, riconnette ai gruppi che ne compiono manifestazioni esteriori anche i valori propri del fascismo³⁷, tra cui il razzismo³⁸.

Per giungere al raffronto dell’art. 2 Legge Mancino con l’art. 5 Legge Scelba occorre, allora, partire proprio dal rapporto tra l’art. 3 Legge Reale – oggi riprodotto nell’art. 604 *bis* c.p. – e gli artt. 1 e 2 Legge Scelba³⁹. Precisamente, la costituzione di organizzazioni di matrice xenofoba e razzista è punita per ciò solo dall’art. 604 *bis* c.p.⁴⁰; laddove, invece, la propaganda razzista sia lo

³⁷ Si tratta, appunto, della relazione univoca tra metodi di riconoscimento e metodi d’azione propri del fascismo.

³⁸ È appena il caso di tratteggiare il fatto che la legge non costituisce la matrice razzista del fascismo, ma si limita a riconoscerla quale connotato operativo-valoriale. Difatti, il razzismo abbraccia ampiamente l’esperienza del fascismo, a partire dalle conquiste coloniali che posero il “problema” della «contaminazione» della popolazione italiana con quella locale. Sul tema v. COLLOTTI, *Il fascismo e gli ebrei. Le leggi razziali in Italia*, Bari, 2006, 22; SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione*, Padova, 2006, 149. Sul razzismo come “valore” da tutelare in epoca fascista, v. PELISSERO, *Discriminazione, razzismo e il diritto penale fragile*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 8, 1017.

³⁹ È la stessa Corte cost., 6 dicembre 1958, n. 74 ad avvertire che le disposizioni della Legge Scelba non possono essere prese in considerazione isolatamente, bensì costituiscono una armonica attuazione della XII disposizione finale, struttura di cui occorre tenere conto nell’interpretazione delle stesse.

⁴⁰ Per una lettura critica della disposizione oggi contenuta all’interno dei delitti contro l’uguaglianza, già collocata nella Legge Reale (come modificata dalla Legge Mancino), v. STORTONI, *Le nuove norme contro l’intolleranza: legge o proclama?*, in *Critica dir.*, 1994, 14 che osservava il prevalere delle finalità simboliche sulle esigenze di difesa di interessi meritevoli di tutela; DE FRANCESCO, sub *Art. 2*, in *Commento al d.l. 26.4.1993, conv. con modif. dalla l. 25.6.1993, n. 205*, 190 che avvertiva sui rischi di snaturare la *ratio* della fattispecie associativa, finendo per attribuire rilevanza «al mero dato fattuale della

strumento attraverso cui l'organizzazione «persegue finalità antidemocratiche», un *quid pluris* dotato di particolare disvalore si aggiunge alla fattispecie astratta, giustificandone anche il diverso trattamento sanzionatorio⁴¹. Ne discende che ben può esservi una organizzazione avente tra i propri scopi l'incitamento all'odio razziale⁴² senza che ciò trascenda nella ricostituzione del partito fascista⁴³, mentre non appare possibile scindere la simbologia di tale partito dai metodi d'azione che lo hanno caratterizzato in passato, i quali riecheggiano nitidamente in presenza dei metodi di riconoscimento dello stesso, ossia del saluto romano, della chiamata del “presente”, dell'appellativo «camerata», delle adunanze pubbliche in camicie nere, o dell'esposizione ed esaltazione delle effigie di Mussolini⁴⁴.

contemporanea presenza di più persone», elemento che invero viene fatto proprio da Cass., Sez. un., 17 aprile 2024, n. 16153, cit., § 9 in cui si attribuisce rilevanza ad «aggregazioni di natura estemporanea»; AMBROSETTI, *Beni giuridici tutelati e struttura delle fattispecie: aspetti problematici nella normativa penale contro la discriminazione razziale*, in *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, a cura di Riondato, Padova, 2006, 100 in cui si ravvisa la difficile compatibilità con il principio di necessaria offensività nella deroga al principio enunciato nell'art. 115 c.p. che la disposizione, ad avviso dell'Autore, introduce nell'ordinamento.

⁴¹ Vale la pena richiamare il fatto che l'art. 2 Legge Scelba punisce gli “apicali” con la reclusione da cinque a dodici anni, oltre la multa, e i “partecipi” con la reclusione da due a cinque anni, mentre l'art. 604 *bis* co. 2 c.p. commina la reclusione da uno a sei anni, ovvero da sei mesi a quattro anni rispettivamente per i soggetti “apicali” e per i meri “partecipi”. Su queste basi, Cass., Sez. I, 30 settembre 1993, in *Cass. pen.*, 1995, 686 affermava l'applicazione del principio di sussidiarietà della fattispecie di cui alla Legge Reale in quella della Legge Scelba, supportata anche dalla clausola di sussidiarietà («Salvo che il fatto costituisca più grave reato») presente nel primo comma.

⁴² Cass., Sez. III, 24 aprile 2013, n. 33179, pronunciandosi in materia *de libertate*, ha ribadito che ricade all'interno della fattispecie non la mera manifestazione di opinioni personali, bensì l'incitamento che, avendo un contenuto fattivo di istigazione, è idoneo a provocare una condotta discriminatoria e violenta, per cui «la libertà di manifestazione del pensiero e quella di associazione cessa quando travalica in istigazione ed incitamento alla discriminazione e alla violenza di tipo razzista».

⁴³ Così, Cass. Sez. I, 7 maggio 1999, n. 7812 che ricostruisce il rapporto tra le due fattispecie associative in termini di sussidiarietà, evidenziando che l'istigazione alla discriminazione integra un fatto «ontologicamente più grave» rispetto alla propaganda razzista.

⁴⁴ VINCIGUERRA, voce *Sanzioni contro il fascismo*, cit., 923.

Effettuata tale premessa, chiarito altresì che il rapporto tra fattispecie va indagato alla luce del principio di specialità unilaterale, non potendo fare ricorso – almeno ad avviso di giurisprudenza consolidata che rifiuta le teorie pluralistiche⁴⁵ – ai criteri di sussidiarietà, assorbimento e consunzione⁴⁶, riguardo al confronto tra le fattispecie astratte di cui agli artt. 5 Legge Scelba e 2 Legge Mancino si pongono essenzialmente tre questioni.

La prima è quella cui si è appena accennato che sovrappone connotazioni valoriali e cronologiche, ossia la pretesa «diversità genetica» degli enti richiamati dalla Legge Mancino e dalla Legge Scelba⁴⁷. Precisamente, l'indirizzo recepito dalle Sezioni unite⁴⁸, ritiene che le fattispecie di «manifestazione fascista» e «manifestazione razzista» divergano quanto al collegamento con gli enti cui si richiamano. Nel primo caso, si tratterebbe di una organizzazione del passato (appunto, il disciolto partito fascista), mentre nel secondo caso la norma

⁴⁵ Cass., Sez. un., 28 ottobre 2010, n. 1235; Sez. un., 28 ottobre 2010, n. 1963; Cass., Sez. un., 22 giugno 2017, n. 41588; Cass., Sez. un., 23 febbraio 2017, n. 20664. In passato, sussidiarietà e consunzione (assorbimento) avevano trovato riconoscimento in Cass., Sez. un., 9 maggio 2000, n. 23427. Uno studio della giurisprudenza di legittimità appena richiamata è contenuto in GIACONA, *Concorso apparente di reati e istanze di ne bis in idem sostanziale*, Torino, 2022. Sul tema, in generale, v. DE FRANCESCO, voce *Concorso apparente di norme*, in *Dig. Disc. pen.*, II, Torino, 1988, 416 ss.; *Id.*, Lex Specialis. *Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, Milano, 1980.

⁴⁶ Su tali principi, v. le osservazioni critiche contenute nel recente studio di SCOLETTA, *Idem Crimen. Dal "fatto" al "tipo" nel concorso apparente di norme*, Torino, 2023, 127 ss. e 274 in cui si definisce «utopistica» l'idea di una «geometria del concorso apparente» riconducibile ad «operazioni quasi meccanicamente realizzabili, attraverso la sovrapposizione dei testi legislativi che definiscono la struttura formale esterna delle fattispecie incriminatrici» giacché – per l'A. – si tratta di un'attività «interpretativa» che conduce ad un giudizio «variabile».

⁴⁷ Come si è anticipato, Cass., Sez. un., 17 aprile 2024, n. 16153, cit., §7 non ravvede tra le fattispecie un rapporto di specialità unilaterale, rilevando al contrario che vi sarebbe una «diversità genetica» tra gli enti menzionati nelle due diverse norme.

⁴⁸ Si tratta di Cass., Sez. I, 4 marzo 2022, n. 7904 e Cass., Sez. I, 26 febbraio 2023, n. 26019, espressamente richiamate dalle Sezioni unite.

richiederebbe un «nesso funzionale con organizzazioni o gruppi esistenti oggi»⁴⁹. Tali conclusioni non sembrano del tutto condivisibili e si prestano, pertanto, a qualche osservazione critica.

Nel solco dell'indicazione fornita dalla Corte costituzionale⁵⁰, anzitutto, sembra non potersi prescindere da una interpretazione sistematica delle due fattispecie, le quali s'inseriscono in un articolato normativo che, dapprima, pone un generale divieto di costituire organizzazioni (in deroga alla libertà di associazione), dopodiché si occupa di punire chi ne propaga i valori abietti, e infine si preoccupa di prevenire la diffusione dei simboli che, al pari della propaganda, possono condurre al concretizzarsi del pericolo sotteso alla disciplina (in deroga alla libertà di riunione e di manifestazione del pensiero)⁵¹. La struttura così sinteticamente richiamata è ben visibile tanto nella Legge Scelba, tanto nel combinato disposto tra Legge Mancino e Legge Reale. Precisamente, la

⁴⁹ Cass., Sez. I, 26 febbraio 2023, n. 26019 oltretutto afferma che proprio il nesso funzionale con organizzazioni attualmente operanti caratterizzerebbe la pericolosità della condotta, pur ritenendo il reato di «manifestazioni razziste» come di pericolo concreto.

⁵⁰ Corte cost., 6 dicembre 1958, n. 74, riguardo all'art. 5 Legge Scelba.

⁵¹ Più volte le norme penali contenute nella Legge Scelba, nella Legge Mancino e nella Legge Reale sono state oggetto di censure di incostituzionalità rispetto ai parametri della libertà di riunione e associazione, di cui agli artt. 17 e 18 Cost., e della libertà di manifestazione del pensiero, di cui all'art. 21 Cost. Tuttavia, il giudice delle leggi ha chiarito che un'interpretazione conforme alla Carta esclude di poter includere nell'ambito di tutela penale «qualunque parola o gesto, anche il più innocuo, che ricordi comunque il regime fascista e gli uomini che lo impersonarono ed esprima semplicemente il pensiero o il sentimento, eventualmente occasionale o transeunte, di un individuo, il quale indossi una camicia nera o intoni un canto o lanci un grido», giacché tali comportamenti - ricadendo oltretutto nella libertà di «manifestazione del pensiero, tutelata dall'art. 21 della Costituzione» - sarebbero inadatti a «determinare il pericolo che si è voluto evitare» con tali disposizioni, ossia «la riorganizzazione del disciolto partito fascista» (Corte cost., 6 dicembre 1958, n. 74; pertanto, le disposizioni della Legge Scelba, come ad es. l'art. 5, risultano disposizioni legislative volte ad attuare il disposto della XII disposizione, la quale «in vista della realizzazione di un ben determinato scopo, pone dei limiti all'esercizio dei diritti di libertà» tra i quali proprio quelli enunciati dagli artt. 17 e 21 Cost. (Corte cost., 27 febbraio 1973, n. 15). Lo stesso vale per la Legge Mancino che, invece, presidia proprio le libertà enunciate negli artt. 18 e 21 Cost. (Cass., Sez. V, 20 gennaio 2001, n. 31655).

Legge Scelba punisce agli artt. 1 e 2 il delitto associativo, mentre all'art. 4 co. 2 chi «esalta» e, con ciò, propaganda determinati valori («principi», «metodi», «finalità»); segue l'art. 5 che sanziona chi ne espone i rituali⁵². Analogamente, l'art. 604 *bis* co. 2 c.p. contempla il delitto associativo; al comma 1 si punisce la propaganda di determinate «idee»; all'art. 2 Legge Mancino si sanziona l'esposizione dei simboli che tali idee rievocano.

Una delimitazione temporale circa l'operatività delle associazioni vietate dalle due leggi non trova espliciti riferimenti testuali nelle disposizioni appena richiamate⁵³. Ciò risponde ad una precisa e logica finalità desumibile proprio da una lettura sistematica delle stesse. Quanto alla Legge Scelba non vi è, infatti, ragione di ritenere che le norme assumano una visione retrospettiva: anzi, è proprio il sorgere nel presente di organizzazioni di matrice fascista che il legislatore intende evitare con la previsione di cui all'art. 2. che le simbologie punite dal successivo art. 5 siano quelle «usuali del disciolto partito fascista» non equivale a confinare tale disposizione nel passato, dovendo anzi ritenersi inclusi nella fattispecie quei cerimoniali che replicano la simbologia fascista e che, in ragione di ciò, vengano adottati da organizzazioni neofasciste (o neonaziste) operanti nell'attualità, ivi inclusi eventuali adattamenti o camuffamenti⁵⁴.

⁵² Secondo MANNA, voce *Fascismo (sanzioni contro il)*, cit., 139 la XII disposizione fornirebbe copertura costituzionale alla sola fattispecie associativa, mentre i reati di apologia e di manifestazioni fasciste costituirebbero un «*ultra petita*».

⁵³ In questo senso, TESAURO, «*Planando sopra boschi di braccia tese*»: il saluto fascista davanti alle sezioni unite, in *www.sistemapenale.it*, 16 dicembre 2024, 10.

⁵⁴ Si pensi alla scelta del braccio sinistro teso verso l'alto con il palmo rivolto verso il basso (anziché del braccio destro); oppure al simbolo "88", impiegato dalle organizzazioni neonaziste per indicare l'ottava lettera dell'alfabeto e, dunque, evocare il saluto «Heil Hitler». In Italia, l'uso di tale simbolo è particolarmente controverso ed ha portato, ad esempio, in ambito calcistico ad un espresso divieto di utilizzare maglie con tale numero (v. GIROLIMETTI, *Il Governo interviene, vietati i numeri 88 sulle maglie dei giocatori: "simbolo antisemita"*, in *www.gazzetta.it*, 27 giugno 2023). I casi di camuffamento non sono infrequenti. Nella vigenza del divieto, i movimenti neofascisti e neonazisti hanno provato, nel tempo, ad

Le medesime conclusioni discendono da una lettura sistematica, oltre che letterale, della Legge Mancino. Non v'è dubbio che ricadano all'interno dell'art. 2 Legge Mancino le «manifestazioni esteriori», gli «emblemi» e i «simboli» di organizzazioni razziste attualmente operanti, ma tale requisito limitativo costituisce un elemento accessorio non rinvenibile nella norma, la quale deve ritenersi applicabile anche alle manifestazioni esteriori di organizzazioni xenofobe esistite in passato e non più esistenti, le quali – opinando diversamente – rimarrebbero prive di sanzione penale⁵⁵. Tale conclusione è sorretta, altresì, da due logici argomenti: in primo luogo, l'art. 604 *bis* co. 2 c.p. non acclude alcuna connotazione cronologica al divieto, il quale non si occupa di discernere se si tratta di una nuova formazione ovvero di ricostituzione di una formazione già attiva in passato; in secondo luogo, l'esperienza testimonia che la diffusione di formazioni razziste spesso si caratterizza per momenti di declino e di riviviscenza (es. Ku Klux Klan, Skinhead)⁵⁶ e, perciò, la disposizione assicura una tutela penale senza soluzione di continuità sia rispetto agli antecedenti causali delle ricostituzioni, sia alle condotte idonee a consolidare e supportare le

ostacolare il riconoscimento dei simboli propri di tali ideologie, cogliendo somiglianze tra usi e costumi del presente con rituali e segni del passato. È il caso della polo nera con corona d'alloro gialla del marchio britannico «Fred Perry» ritirata dal mercato dalla casa di moda dopo aver scoperto che la maglia era divenuta una sorta di divisa per una organizzazione neofascista americana (i «proud boys») che con la maglia, verosimilmente, intendeva rievocare la bandiera di Hitler, che raffigurava una svastica nera al centro di una corona gialla (v. SEGRAN, *Why the far right Proud Boys co-opted these polo shirts*, in *fastcompany.com*, 10 luglio 2020).

⁵⁵ Si tratta di un rischio cui Cass., Sez. un., 17 aprile 2024, n. 16153, cit., §9 cerca di ovviare statuendo che il requisito dell'attualità potrà ricavarsi anche dalle «aggregazioni di natura estemporanea», per cui nel caso di organizzazione non più operante il giudice potrebbe ritenere che la pubblica riunione sia essa stessa la prova dell'operatività.

⁵⁶ HAMM, *American Skinheads. The Criminology and Control of Hate Crime*, Westport, 1993, 10; RANDEL, *Ku Klux Klan. Un secolo di infamia*, Milano, 2018. Sulla costituzione dell'organizzazione «Veneto Fronte Skinheads» v. C. Appello Venezia, 02 maggio 2005. Circa i movimenti «SkinHeads Milano» e «Skinheads Pavia», v. Trib. Milano, 21 febbraio 2008, n. 13682.

organizzazioni esistenti⁵⁷.

Dunque, alcuna differenza genetica può rinvenirsi nel collegamento tra le «manifestazioni esteriori» di matrice esplicitamente o implicitamente⁵⁸ razzista e le organizzazioni cui tali manifestazioni si riferiscono, poiché tali organizzazioni non possono essere differenziate sulla base dei connotati cronologici sopra evidenziati, né – come si è visto – sotto il profilo valoriale, attesa la comune matrice razzista delle formazioni punite in ossequio alla Convenzione di New York⁵⁹ e alla XII disposizione finale della Costituzione⁶⁰.

Il rapporto tra le due fattispecie – venendo alla seconda questione – potrebbe allora dipendere dalla sovrapponibilità o meno delle nozioni di «incitamento alla discriminazione» (art. 604 *bis* c.p.) e di «propaganda razzista» (art. 1 Legge Scelba), che potrebbe costituire l'elemento specializzante in favore dell'una o dell'altra norma penale.

⁵⁷ Un'interpretazione che volesse confinare l'art. 2 Legge Mancino nei termini indicati dalla Suprema Corte, invero, sembrerebbe porsi in contrasto con la chiara indicazione fornita dal giudice delle leggi che ha – con riguardo alla omologa disposizione della Legge Scelba – chiarito che l'ambito di tutela si estende, attraverso tale disposizione, dal delitto associativo ad ogni antecedente causale, ossia alle manifestazioni esteriori anche precedenti al risorgere di una organizzazione xenofoba, posto che tale evento costituisce proprio il risultato che la norma intende evitare.

⁵⁸ Implicitamente, in quanto ricavabile in via mediata dall'impiego di metodi di riconoscimento del fascismo.

⁵⁹ Per quanto noto, vale la pena richiamare che la Legge Reale – al cui interno figura l'art. 3 oggetto della presente indagine – provvede alla ratifica ed esecuzione della Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, aperta alla firma a New York il 7 marzo 1966, la quale all'art. 4 lett. b) espressamente impegna gli Stati a dichiarare illegali e proibire ogni organizzazione o attività di propaganda organizzata che promuove o incita alla discriminazione razziale, ed a punire come reato la partecipazione a tali organizzazioni o attività. Il testo della convenzione è disponibile su: www.treaties.un.org.

⁶⁰ La disposizione fu approvata in conformità all'art. 17 del Trattato di pace fra l'Italia e le Potenze Alleate ed Associate, firmato a Parigi il 10 febbraio 1947, e l'art. 30 della Convenzione di Armistizio, firmato a Malta il 29 settembre 1943 (c.d. armistizio lungo), che prevedevano lo smantellamento e il divieto di ricostituzione di organizzazioni fasciste. Sul tema, v. la ricostruzione di PEZZINI, *Attualità e attuazione della XII disposizione finale: la matrice antifascista*, cit., p. 1379.

Prima di proseguire l'indagine appare però utile un chiarimento, ossia che tanto le disposizioni contenute nella Legge Scelba⁶¹ quanto quelle contenute nella Legge Mancino⁶² e nella Legge Reale⁶³ costituiscono norme a più fattispecie e non disposizioni a più norme⁶⁴. La circostanza non è di poco conto, giacché mentre nel secondo caso non si riscontrerebbe alcuna problematica rispetto al concorso di norme⁶⁵, tanto interno quanto esterno alla disposizione, nel primo caso – quale quello in esame – invece s'impone di verificare le condizioni alle quali il concorso di norme possa operare⁶⁶, e precisamente se il concorso apparente di norme debba essere valutato in considerazione di tutte le sottofattispecie⁶⁷ contenute dalle due disposizioni, e quindi tra le due norme nel loro complesso, ovvero tra le sole «fattispecie particolari» che vengono in rilievo nel caso in esame. La soluzione, com'è facile intuire, è la seconda giacché, come si è osservato in dottrina, la singola fattispecie particolare è allo stesso

⁶¹ Si fa riferimento all'art. 1 in combinato disposto con l'art. 2, nonché all'art. 5 Legge Scelba.

⁶² L'art. 2 co. 1 Legge Mancino.

⁶³ L'art. art. 3 co. 3 Legge Reale, oggi riprodotto nell'art. 604 *bis* co. 2 c.p.

⁶⁴ La terminologia risale a FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, Milano, 1971, 272 che sostituisce le definizioni di «*Mischgesetze*» e «*Mischtatbestände*» del Binding (*Normen*, I, § 31, 208), e di «*alternativen*» e «*kumulativen*» del Wertheimer (*Die Mischgesetze des deutschen Strafgesetzbuchs*, Breslau, 1903). Sull'art. 2 Legge Scelba v. VINCIGUERRA, voce *Sanzioni contro il fascismo*, cit., 916-918 il quale scinde le condotte di chi «promuove o organizza» da quelle di chi «dirige» sul presupposto che le prime due condotte precedono la formazione dell'organizzazione, mentre la condotta di direzione necessariamente segue alla costituzione dell'associazione illecita. Allo stesso tempo, l'A. evidenzia che l'azione tipica è imperniata su vari «nuclei di comportamento equivalenti» che «non scalfiscono l'unicità della fattispecie delittuosa», la quale perciò «non configura ipotesi autonome di reato».

⁶⁵ MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966, 189.

⁶⁶ Occorre qui precisare che si fa riferimento al concorso con un'altra disposizione, giacché all'interno della disposizione non si pongono problemi di concorso di norme, come chiarito da MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 189-190.

⁶⁷ Sottolinea DONINI, *Diritto penale. Parte generale*, I, Milano, 2024, 655 come all'interno di una norma «coesistono diverse sottofattispecie, vale a dire nozioni generali e astratte di singole applicazioni normative, o *tipologie* di condotte».

tempo «fattispecie costitutiva» e, dunque, «*individualmente* considera un gruppo di elementi che di per sé sono *necessari e sufficienti* a configurare il reato (elementi *costitutivi*)»⁶⁸.

Il rinvio che tanto l'art. 2 Legge Mancino quanto l'art. 5 Legge Scelba effettuano alle fattispecie incriminatrici delle formazioni razziste, postula che il raffronto avvenga tra le fattispecie costitutive rilevanti contenute nei delitti associativi oggetto del presente studio. Viene perciò in rilievo il fatto che, da un lato, è punita l'organizzazione «avente tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione [...] per motivi razziali» (604 *bis* c.p.) e, dall'altro, quella che «persegue finalità antidemocratiche proprie del partito fascista [...] svolgendo propaganda razzista» (art. 1 Legge Scelba).

Effettuato tale chiarimento è ora possibile prendere in considerazione le eventuali differenze tra le nozioni di «incitamento alla discriminazione» (art. 604 *bis* c.p.) e di «propaganda razzista» (art. 1 Legge Scelba).

Secondo una risalente giurisprudenza, le due formule si caratterizzerebbero per un «diverso contenuto istigatorio» benché entrambe riconducibili alla sfera della «istigazione indiretta» e ponendosi quali «antecedenti più o meno immediati di fatti criminosi». Precisamente, la propaganda identificherebbe «un'azione rivolta a diffondere un'idea e a far proseliti», mentre l'incitamento avrebbe invece la funzione di far «nascere e alimentare lo stimolo che spinge all'azione di discriminazione» e, dunque, la condotta sussumibile sotto tale formula «realizz[erebbe] un fatto ontologicamente più grave»⁶⁹.

Si è però osservato, nell'esegesi dell'art. 3 Legge Reale, che l'attività di

⁶⁸ FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., 277.

⁶⁹ Cass., Sez. I, 7 maggio 1999, n. 7812, pronunciatasi proprio sul *discrimen* tra l'associazione fascista e l'associazione razzista.

propagandare non equivale a semplice divulgazione⁷⁰, bensì «indica l'attività di chi diffonde con la propaganda, cioè attraverso un'opera diretta a influenzare l'opinione pubblica o verosimilmente a modificare le idee e i comportamenti dei destinatari»⁷¹, dunque non solo a provocare adesione rispetto ai valori oggetto di diffusione, bensì ad influenzarne e stimolarne le condotte⁷². In questi termini, la nozione di propaganda razzista finisce per confondersi nel concetto di incitamento alla discriminazione⁷³, tanto è vero che nell'ambito della Legge Reale, l'art. 3 co. 3 condensa tanto la «propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale», quanto la «istiga[zione] a commettere [...] atti di discriminazione» nel concetto di «incitamento»⁷⁴. Dunque, alcun elemento di specialità tra le fattispecie può essere fondatamente rinvenuto nell'attività discriminatoria comune alle due organizzazioni vietate dall'ordinamento, dovendo considerare la nozione di «propaganda razzista» ricompresa in quella di «incitamento alla

⁷⁰ Si noti che la L. 25 giugno 1993, n. 205 intervenne a modificare l'art. 3 co. 1 Legge Reale sostituendo, tra l'altro, proprio il verbo «diffonde» con il verbo «propaganda» nella lett. a) di tale comma.

⁷¹ Cass., Sez. III, 7 maggio 2008, n. 37581; Cass., Sez. I, 16 febbraio 2016, n. 34713.

⁷² PICOTTI, *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale fra offesa dei diritti fondamentali della persona e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, a cura di Riondato, Padova, 2006, 139, pur senza attribuire particolare rilievo alla modifica del verbo diffondere con il verbo propagandare, indica che quest'ultimo assume una particolare «venatura soggettiva, data dall'intento di spronare od eccitare altri all'imitazione». L'A. sottolinea che la diffusione di contenuti aventi una precisa prospettiva o motivazione ideologica si caratterizza per essere intrinsecamente orientata al proselitismo.

⁷³ *Ibid.*, 141 sottolinea tuttavia la diversità dei requisiti «costitutivi e di struttura» dell'istigazione rispetto alla propaganda, affermando che si tratta di autonome fattispecie che possono concorrere, non di modalità alternative di commissione della medesima fattispecie.

⁷⁴ In questo senso depone la lettura della Convenzione di New York che, all'art. 4 lett. b) impegnava gli Stati a dichiarare «fuorilegge e vietate le organizzazioni, nonché le attività di propaganda organizzata e ogni altro tipo di attività di propaganda, che promuovono ed incitano la discriminazione razziale». Lo sottolinea anche Cass., Sez. I, 16 febbraio 2016, n. 34713. Inoltre, Cass., Sez. I, 7 maggio 1999, n. 7812 espressamente indica che la «propaganda» può acquistare rilevanza sul piano penale «come forma di incitamento, punibile ai sensi della legge n. 205 del 1993».

discriminazione»⁷⁵.

Veniamo, dunque, alla terza e pregnante questione. L'elemento di specialità tra le norme va conseguentemente ricercato sotto il profilo del pericolo nei termini di cui si dirà di seguito, premettendo una considerazione di ordine dogmatico.

Com'è noto, la nozione di evento comunemente accettata considera l'evento in senso naturalistico⁷⁶ come «accadimento della realtà esterna riconducibile causalmente alla condotta»⁷⁷, mentre parte della dottrina attribuisce rilevanza all'evento in senso giuridico⁷⁸, inteso quale offesa (lesione o messa in pericolo) che necessariamente deriva dalla commissione di un reato⁷⁹. Secondo la prospettiva maggioritaria, perciò, l'offesa pur non costituendo l'evento del reato risulta comunque un elemento «costitutivo» indefettibile del fatto tipico⁸⁰. Ciò vale sia nel caso in cui l'offesa abbia la forma della lesione, sia che si tratti

⁷⁵ La riconducibilità della propaganda al concetto di incitamento comporta che la fattispecie costitutiva che viene in rilievo sia, per entrambe le norme, la medesima, con la conseguenza di escludere ogni elemento di specialità sul punto.

⁷⁶ Già ANTOLISEI, *La disputa sull'evento*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1938, 258 secondo cui l'evento è l'«effetto naturale dell'azione che trovasi contemplato nel modello di reato configurato dal legislatore», da non confondere con la lesione al bene protetto che, invece, costituisce «una conseguenza giuridica del reato»; *Id.*, *L'azione e l'evento nel reato*, Milano, 1928, 68. Anche NUVOLONE, *L'evento e il dolo nella diffamazione*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1949, 574.

⁷⁷ Così CANESTRARI-CORNACCHIA-DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2017, 335; in MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2024, 260 si parla di «accadimento temporalmente e spazialmente separato dall'azione e che da questa deve essere causato».

⁷⁸ VANNINI, *Il reato*, in *Riv. pen.*, 1922, 297; DELITALA, *Il "fatto" nella teoria generale del reato*, Padova, 1930, 169; DE MARSICO, *Diritto penale*, Napoli, 1937, 64; GALLO, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, in *Studi urb.*, 1951-51, 290.

⁷⁹ Per una ricostruzione della «disputa» v. SANTAMARIA, voce *Evento (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 118; MAZZACUVA, voce *Evento*, in *Dig. Disc. pen.*, IV, Torino, 1990, 445.

⁸⁰ Così MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., 278. Cfr. MANTOVANI, *Il principio di offensività nella Costituzione*, in *Scritti in onore di C. Mortati. Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*, Milano, 1977, 425

di reato di pericolo concreto, nel quale è compito del giudice accertare se la situazione di pericolo si sia effettivamente verificata⁸¹. A tale schema si sottraggono, invece, i reati di pericolo astratto o presunto nei quali, com'è noto, il pericolo rappresenta la «*ratio*» dell'incriminazione, ma non anche un elemento costitutivo del fatto⁸².

In base a quanto si è appena osservato, la collocazione sistematica del pericolo concreto all'interno del tipo ne fa inevitabilmente un elemento del confronto funzionale all'individuazione del rapporto di specialità, il quale, come si è osservato, opera tra i «singoli elementi costitutivi, in prima battuta»⁸³. Venendo al caso in esame, allora, non appare condivisibile quanto indicato dai giudici di legittimità secondo cui il pericolo sarebbe estraneo al raffronto in quanto attinente al profilo della «punibilità»⁸⁴. Al contrario, ne va riaffermata la centralità ai fini della determinazione del rapporto di specialità tra le disposizioni oggetto d'indagine.

In ossequio alla lettura costituzionalmente orientata delle fattispecie previste dalla Legge Scelba, si è osservato che le stesse intendono scongiurare il pericolo concreto di ricostituzione del partito fascista, giacché sovvertirebbe la stessa «tavola dei valori costituzionali e democratici fondativi della Repubblica, efficacemente riassumibili nel bene dell'«ordine pubblico democratico e

⁸¹ *Ibid.*

⁸² In questo senso, anche FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2024, 237. Sulle differenze tra pericolo astratto, per il quale occorre comunque un «giudizio di causabilità in termini di rilevante probabilità», e presunto, per il quale al giudice è «precluso il controllo delle caratteristiche del singolo accadimento», v. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, II, Milano, 2013, 138.

⁸³ SCOLETTA, *Idem Crimen. Dal "fatto" al "tipo" nel concorso apparente di norme*, cit., 273. In questo senso, già DE FRANCESCO, *Lex Specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, cit., 41.

⁸⁴ Cass., Sez. un., 17 aprile 2024, n. 16153, cit., § 8, ultimo periodo. Nello stesso senso, Cass., Sez. I, 12 ottobre 2021, n. 7904.

costituzionale”⁸⁵. Tra questi valori vi sono, senz’altro, quelli espressi negli artt. 2 e 3 Cost., ossia la dignità e l’eguaglianza che, invece, costituiscono l’oggetto della tutela delle disposizioni della Legge Mancino⁸⁶.

Nel solco di questa analisi, il ricorso al principio di sussidiarietà in senso lato consentirebbe allora un’agevole soluzione: in breve, dignità ed eguaglianza costituiscono valori che si esauriscono nella preminente e composita tavola di valori costituzionali e democratici⁸⁷. Tuttavia, pur nelle «persistenti ambiguità rilevabili nell’elaborazione giurisprudenziale della materia»⁸⁸, tale principio sarebbe avulso dal percorso indicato dalla giurisprudenza tradizionale che impone l’impiego del solo principio di specialità inteso in termini restrittivi⁸⁹.

Se dunque il rapporto tra fattispecie non può essere risolto sul piano

⁸⁵ *Ibid.*, § 6.2.2.

⁸⁶ *Ibid.*, § 6.2.3.

⁸⁷ Per le osservazioni critiche a questo criterio, si rinvia nuovamente al recente studio di SCOLETTA, *Idem Crimen. Dal “fatto” al “tipo” nel concorso apparente di norme*, cit., 31, che richiama la riflessione di MORO, *Unità e pluralità di reati*, Padova, 1951, 86-88 in cui si osserva che il principio può operare laddove «un disvalore criminoso si esaurisca in un altro prominente» e, precisamente, laddove «il valore proprio dell’uno dev’essere contenuto compiutamente nell’altro», come nel caso in esame; ancora, per citare BELING, *Die Lehre vom Berbrechen*, Tübingen, 1906, 307, quando il *Tatbestand* della legge penale primaria «soffoca» quello della sussidiaria.

⁸⁸ L’espressione è di FIANDACA, *sub Art. 15*, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di Forti-Seminara-Zuccalà, Padova, 2017, 61.

⁸⁹ Come rileva GIACONA, *Concorso apparente di reati e istanze di ne bis in idem sostanziale*, cit., 37 una risalente impostazione della giurisprudenza richiedeva anche l’omogeneità (se non l’identità) del bene protetto, ricavando tale requisito dal concetto di «stessa materia» di cui all’art. 15 c.p. Tuttavia, la più recente giurisprudenza, anche a Sezioni unite, ha aderito all’impostazione di MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., 434 e DE FRANCESCO, *Lex Specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, cit., 40 per cui il confronto deve avvenire unicamente sul piano delle fattispecie, avvedendosi del fatto che «il riferimento all’interesse tutelato dalle norme incriminatrici non ha immediata rilevanza ai fini dell’applicazione del principio di specialità, perché si può avere identità d’interesse tutelato tra fattispecie del tutto diverse, come il furto e la truffa, offensive entrambe del patrimonio, e diversità d’interesse tutelato tra fattispecie in evidente rapporto di specialità, come l’ingiuria, offensiva dell’onore, e l’oltraggio a magistrato in udienza, offensivo del prestigio dell’amministrazione della giustizia» (Cass., Sez. un., 19 aprile 2007, n. 16568).

dell'oggetto del pericolo⁹⁰, ad una diversa conclusione si perviene avuto riguardo al grado dello stesso. Precisamente, come si è detto, la concretezza del pericolo richiesta della Legge Scelba implica una differenza strutturale della fattispecie di cui occorre tenere conto poiché, sul piano astratto, agli elementi costitutivi della fattispecie generale (Legge Mancino) si aggiunge un elemento specializzante (il pericolo concreto) in grado di risolvere il concorso di norme alla luce dell'art. 15 c.p.

L'art. 2 Legge Mancino – che richiama all'art. 604 *bis* co. 2 c.p. – è dunque norma generale la quale, laddove integrata dal saluto romano o dagli altri simboli “proibiti” del fascismo, cede rispetto alla norma speciale costituita dall'art. 5 Legge Scelba in ragione della concretezza del pericolo che tale fattispecie richiede. La soluzione del concorso formale indicata dalle Sezioni unite, pertanto, non appare pienamente aderente al principio di legalità, con la conseguente necessità di un auspicabile ripensamento. A valle di questa riflessione rimangono ora da affrontare, da un lato, le conseguenze dell'opzione prevalsa in giurisprudenza e, dall'altro, quelle che deriverebbero dalla soluzione appena illustrata che si ritiene più aderente al principio di legalità. Di questo si occuperà il paragrafo seguente.

3. *Pregi e difetti di un'impostazione alternativa.* Il “rischio” che si potrebbe avanzare seguendo una simile impostazione è che l'elemento del pericolo concreto, oltre ad essere specializzante, potrebbe costituire un *vulnus* per l'applicazione della Legge Scelba nei confronti di quelle manifestazioni che

⁹⁰ Questo era stata, invece, la soluzione scelta da Cass., Sez. I, 19 novembre 2021, n. 3806 in cui si consideravano entrambe le disposizioni – ossia quelle contenute nell'art. 5 Legge Scelba e nell'art. 2 Legge Mancino – come reati di pericolo concreto, ma differenti quanto all'oggetto del pericolo che nella prima disposizione doveva ritenersi specifico.

richiamano al fascismo dalle nostre vie e piazze democratiche⁹¹. Non può difatti essere sottaciuto che proprio l'elemento del pericolo concreto ha condotto talvolta a pronunce assolutorie dalle imputazioni *ex* Legge Scelba in altrettanti casi di chiamate del "presente", saluti "romani", apologie e manifestazioni di vario tipo⁹². Al contrasto in giurisprudenza potrebbe aver contribuito proprio tale prospettiva di "impunità", per cui il ricorso alle disposizioni della Legge Mancino poteva in effetti impedire il rischio che i divieti ai simboli proibiti si trasformassero in proibizioni simboliche.

Sotto questo profilo, la soluzione per cui hanno optato le Sezioni unite e di cui si è dato conto - ossia il concorso di reati in luogo del concorso di norme - se da un lato evita il "pericolo" di marginalità cui sembravano relegate le disposizioni della Legge Scelba, allo stesso tempo conduce ad un "rischio" non dissimile da quello sopra prospettato, ossia che l'esigenza di accertare la concretezza del pericolo finisca per condurre alla disapplicazione della disposizione (effettivamente) speciale, con il pregio tuttavia di consentire l'applicazione della disposizione (effettivamente) generale in tutti i casi in cui - non ricorrendo il pericolo concreto di ricostituzione del partito fascista - il saluto romano si riveli uno «"strumento simbolico" di espressione delle idee di intolleranza e discriminazione proprie, nell'attualità degli agglomerati considerati dall'art. 3 legge 654 del 1975»⁹³.

⁹¹ Osserva RISICATO, *Le Sezioni Unite e il "saluto romano": un pericolo concreto di irrilevanza penale?*, cit., 517-519 che il pericolo concreto è divenuto, nel corso del tempo, «l'*escamotage* per eludere in modo sistematico la rilevanza penale di manifestazioni fasciste e apologia di fascismo», e che la giurisprudenza costituzionale, se letta nella giusta prospettiva, avrebbe potuto sorreggere una diversa connotazione del pericolo, liberando la disposizione «dal *golem* del pericolo concreto».

⁹² *Ex multis* Cass., Sez. I, 25 settembre 2020, n. 11576; Cass., Sez. I, 14 dicembre 2017, n. 8108; Cass., Sez. I, 2 marzo 2016, n. 11038.

⁹³ Cass., Sez. un., 17 aprile 2024, n. 16153, cit., § 9.1.

Tuttavia, per quanto “pregevole” nelle ripercussioni pratiche⁹⁴, la soluzione indicata dal massimo consesso non appare del tutto convincente per le ragioni che si è sopra provato ad illustrare. Del resto, risulta agevole notare come si tratti di un problema di accertamento^{95,96} e non di carattere dogmatico⁹⁷, ed inoltre - vale la pena ribadirlo - in aderenza alla lettura costituzionalmente

⁹⁴ La soluzione del concorso di reati, indicata dalla Suprema Corte, ha infatti ampliato le possibilità di perseguire i simboli proibiti del fascismo, ora sotto l’una ora sotto l’altra disposizione, per di più - come meglio si vedrà di seguito - apparentemente aprendo le porte anche a più rigide interpretazioni delle fattispecie associative.

⁹⁵ TESAURO, *“Le radici profonde non gelano”: le manifestazioni fasciste al vaglio delle Sezioni Unite. Tra storia e diritto, cit.*, 13 osserva, tuttavia, che «appare quanto meno poco promettente la speranza di recuperare a livello interpretativo-applicativo un’offensività in concreto difficilmente pronosticabile in astratto, ossia a livello di progettazione legislativa della fattispecie». Per l’A. infatti «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».

⁹⁶ Nel recente saggio di MORELLI, *La prova del pericolo quale elemento costitutivo del reato*, in *www.la-legislazionepenale.eu*, 2024, 29 ottobre 2024, 2 ss. si indaga sulla «“traduzione” processuale del concetto giuridico di pericolo», osservando che esso «rimanda anzitutto ad un fatto non verificatosi ossia, in questa accezione, un non-fatto» il quale «affinché il diritto penale non punisca la mera disobbedienza o la condotta inoffensiva, [...] deve in qualche modo emergere». Difatti, «“usare” il concetto di pericolo senza identificarlo precisamente nel giudizio sarebbe esiziale per la funzione stessa del processo, poiché il giudice sarebbe affidatario di un apprezzamento dai margini incontrollati. Quindi, dacché il processo se ne interessa, il pericolo va necessariamente identificato in quanto oggetto passibile di prova» ed «oggetto della dimostrazione è la probabilità che un certo fatto dannoso accada quale conseguenza della condotta». L’A. dunque sottolinea che «la prova del pericolo è la prova di una possibilità o di una probabilità», a seconda che si tratti di pericolo astratto o concreto, la quale si sostanzia nella «valutazione [...] attorno al grado di evidenza della relazione causale probabilistica tra condotta ed evento dannoso potenziale». Per cui, «per capire l’incidenza della probabilità con cui l’evento di danno si possa verificare è inevitabile ricostruire lo stato della realtà materiale in cui la catena causale ipotetica è collocata con ricchezza di dettagli, che possano ben circostanziare la valutazione probabilistica e che diventano tutti rilevanti per il processo».

⁹⁷ PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, Napoli, 2000, 340 osserva però che la tecnica d’incriminazione del pericolo concreto «si trasforma in un elemento foriero di interpretazioni giudiziarie arbitrarie» modulate «secondo il giudizio soggettivo dell’interprete e condizionat[e] dai contingenti bisogni di pena». Sul punto, come si avrà modo di osservare di seguito, vale la pena anticipare che è la determinazione di criteri chiari e puntuali di accertamento a poter scongiurare che la discrezionalità sfoci in arbitrio.

orientata delle disposizioni della Legge Scelba, punire tali condotte all'infuori dei casi di concretezza del pericolo risulterebbe avulso dal disegno della Carta fondamentale⁹⁸.

La soluzione al "dilemma" parrebbe segnalata proprio nelle pagine della sentenza della Suprema Corte, la quale indica espressamente cinque criteri per l'accertamento del pericolo concreto di ricostituzione del partito fascista che vale la pena richiamare, per quanto non si tratti di criteri esaustivi, bensì di indicazioni esemplificative d'ausilio per il giudice di merito, giacché si tratta di criteri che, se correttamente applicati, risultano idonei a scongiurare quei problemi applicativi (e il rischio di spazi d'impunità) illustrati in premessa⁹⁹. Precisamente, nella sentenza si citano: 1) il «contesto ambientale», 2) la «valenza simbolica del luogo di verifica», 3) il «grado di immediata, o meno, ricollegibilità dello stesso contesto al periodo storico in oggetto e alla sua simbologia», 4) il «numero dei partecipanti» e 5) la «ripetizione insistita dei gesti».

Il giudice di legittimità ha dunque riconosciuto valenza significativa ad un nucleo di criteri sia qualitativi sia quantitativi – riguardanti il tempo, il luogo e le modalità della condotta – per agevolare l'accertamento *ex ante* in concreto a base totale del pericolo scongiurato dalla disposizione: si tratta di una elencazione in merito alla quale vale la pena soffermarsi analiticamente per

⁹⁸ A tal riguardo TESAURO, *“Planando sopra boschi di braccia tese”: il saluto fascista davanti alle sezioni unite*, cit., 13, parla di «simmetrica contrazione della gamma complessiva dei fatti punibili», in virtù di quell'inaggrabile bilanciamento di valori costituzionali che risulta essere una condizione esistenziale dei moderni ordinamenti giuridici, rinviando alla riflessione di BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in *La ragionevolezza nel diritto*, a cura di La Torre-Spataro, Torino, 2002, 59-85. Si veda, tuttavia, Cass., Sez. I, 7 maggio 1999, n. 7812 la quale – pronunciandosi sui delitti associativi della Legge Scelba e della Legge Reale – afferma che «venendo meno la norma principale per la insussistenza di elementi specializzanti rispetto alla norma sussidiaria, questa riprende vigore ed esplica la sua funzione con la sanzione penale che le è propria», in ossequio al principio di sussidiarietà.

⁹⁹ La decisione espressamente indica che la valutazione attiene agli «elementi di fatto (esemplificativamente, tra gli altri, ...)», con ciò rendendo inequivoco il carattere non esaustivo degli stessi.

apprezzarne l'idoneità a risolvere i possibili problemi applicativi della disposizione.

In primo luogo, come si è accennato, occorre guardare al «contesto ambientale» nel quale la manifestazione esteriore è occorsa. Premesso che, in ogni caso, deve trattarsi di pubbliche riunioni, potranno assumere rilevanza la pubblicità della via o della piazza, specie se non si tratta di località isolate, in quanto idonee a garantire particolare diffusione delle manifestazioni stesse e, dunque, a favorire adesioni verso i valori sottesi, così come il carattere organizzato e pianificato dell'evento nel cui ambito le manifestazioni esteriori si verificano, giacché idoneo a rafforzare la potenza diffusiva e – quindi – concretamente idonea a suscitare consensi e partecipazione¹⁰⁰.

È poi indubbio che alcuni luoghi assumano particolare «valenza simbolica», sia perché possono rievocare direttamente episodi o esponenti del fascismo, sia perché a questi possono risultare collegati in via indiretta, giacché ad esempio “scelti” da organizzazioni neo-fasciste quale luoghi d'elezione. È il caso, per l'appunto, di piazza San Babila a Milano la quale, com'è stato osservato¹⁰¹, oltre a rievocare anche cronologicamente il periodo storico nel quale il fascismo ha avuto il suo sviluppo (circostanza di per sé non particolarmente conducente), è stata tuttavia – anche per tale ragione – eletta quale luogo di «trincea» negli anni Settanta dalle organizzazioni che si rifacevano a tale cultura anti-democratica. Ma gli esempi potrebbero essere molti e per ragioni oramai note (alcuni, peraltro, sono stati richiamati nell'introduzione: Predappio, Dongo e Giulino, via Acca Larentia a Roma, via Paladini a Milano, via Zabarella a Padova, via Velia a Salerno).

Il grado di «ricollegabilità del contesto» al periodo o alla simbologia fascista

¹⁰⁰ Cass., Sez. I, 19 novembre 2021, n. 3806.

¹⁰¹ Trib. Milano, 21 febbraio 2008, n. 13682.

può risultare *ictu oculi* dalle manifestazioni stesse – come nel caso di rituali palesemente consueti per il fascismo (l’adunanza che rivolge il saluto romano, la risposta collettiva alla chiamata del “presente”) – o, ancora, per via dei simboli direttamente ricollegabili al fascismo che si accompagnano alle manifestazioni e ne rafforzano il contenuto identitario – come ad esempio l’esposizione di emblemi e stendardi che richiamano la «Repubblica Sociale Italiana» o i «Fasci di combattimento»¹⁰² – ma, altresì, può desumersi anche dagli scopi statutari dell’organizzazione che ha programmato e realizzato la manifestazione esteriore¹⁰³. Si tratta di elementi che quanto più si avvicinano sino anche a collimare con le consuetudini del partito fascista, tanto più alto è il grado di ricollegabilità.

Sino a qui, com’è facile intuire, si è parlato di criteri per lo più qualitativi, rispetto ai quali il giudice dovrà apprezzare – sulla base degli indici menzionati a titolo esemplificativo – la concretezza del pericolo di ricostituzione del partito fascista, pur nella consapevolezza che non occorre verificare un effettiva adesione di proseliti in seguito all’episodio oggetto di contestazione.

In ausilio ai criteri qualitativi figurano criteri prettamente quantitativi, riguardo ai quali residua comunque un margine di valutazione di esclusiva competenza del giudicante.

Il primo ed emblematico criterio è quello del «numero dei partecipanti» all’evento nel cui ambito ha luogo la manifestazione esteriore “incriminata”. La giurisprudenza di merito e di legittimità, in passato, hanno negato il pericolo concreto di fronte ad una esigua partecipazione (ora di quindici¹⁰⁴, ora di circa

¹⁰² Cass., Sez. I, 19 novembre 2022, n. 3806.

¹⁰³ Cass., Sez. I, 15 marzo 2022, n. 28565; Cass., Sez. I, 19 novembre 2022, n. 3806.

¹⁰⁴ Cass., Sez. I, 15 marzo 2022, n. 28565.

cinquanta avventori¹⁰⁵), ma si è trattato di numeri ben lontani da alcuni recenti episodi nei quali – come si è visto in apertura¹⁰⁶ – centinaia e, talvolta, migliaia di persone disposte “militarmente” hanno sfilato pubbliche vie effettuando il saluto romano in luoghi dalla particolare valenza simbolica.

Vale la pena di richiamare il fatto che, non di rado, al mero dato numerico si è affiancata una ben più pregnante valutazione sulla qualità degli intervenuti, nella prospettiva che la partecipazione di figure istituzionali o politiche di primo piano avesse una concreta capacità offensiva maggiore¹⁰⁷.

Inoltre, è pur vero che occorre leggere il dato numerico rispetto al contesto dal quale è tratto, riconoscendo la maggiore idoneità offensiva ai raduni nei quali tutti gli aderenti pubblicamente ed ordinatamente richiamano i simboli propri del fascismo, rispetto a quanto può avvenire in manifestazioni composite, caratterizzate dalla partecipazione di soggetti per nulla ricollegabili a tale ideologia, che manifestano in modo pacifico, nelle quali però s’infiltra lo stesso numero di soggetti considerati nell’esempio precedente, legati ad ambienti di ultra-destra e intenzionati a riprodurre simboli e rituali. In tali circostanze, pur in presenza del medesimo dato numerico di partecipanti, si è osservato (non del tutto peregrinamente) che l’idoneità offensiva risulta scemata¹⁰⁸.

Un secondo criterio quantitativo è costituito, come si è detto, dalla «ripetizione insistita dei gesti» che sovente ricorre nelle adunate in cui reiteratamente si invocano i “camerati” a rispondere alla chiamata del “presente” con l’immancabile braccio teso. Non v’è dubbio che l’insistenza nell’espone uno o più rituali propri del fascismo quali quelli appena richiamati concreta una esponenziale

¹⁰⁵ Trib. Milano, 13 giugno 2019.

¹⁰⁶ Cfr. §1.

¹⁰⁷ Cass., Sez. II, 17 febbraio 1961, Rossi; Trib. Milano, 21 febbraio 2008, n. 13682.

¹⁰⁸ Trib. Milano, 21 febbraio 2008, n. 13682.

capacità offensiva degli stessi giacché svanisce anche solo la possibilità che il gesto non venga notato, o sia considerato un avvenimento estemporaneo, assumendo invece tratti di sicura riconoscibilità e capacità emulativa¹⁰⁹.

A quanto appena illustrato può aggiungersi ogni altra connotazione espressiva di particolare idoneità offensiva, la cui valutazione è rimessa al giudice del merito, e che può afferire sia alle concrete modalità esecutive della condotta sia al contesto nel quale la stessa si verifica. Ad esempio, la concretezza del pericolo può fondatamente ricavarsi dalla voce «stentorea» con la quale viene risposto alla chiamata del presente¹¹⁰, o ancora dall'essere tali manifestazioni corroborate da inni riconducibili all'ideologia fascista¹¹¹, dal peculiare abbigliamento o equipaggiamento degli autori della condotta (quali anfibi, indumenti di colore nero, o manganelli allacciati alla cintura o branditi)¹¹², e persino dalla corralità con la quale gestualità e rituali vengono ad esistenza¹¹³. Si tratta indubbiamente di connotati che allontanano tali manifestazioni esteriori dal carattere di improvvisazione e, viceversa, approssimano le stesse al concetto di organizzazione fascista, assumendo perciò la fisionomia di quell'antecedente causale che la disposizione mira a scongiurare.

Nelle pieghe delle motivazioni del Supremo Collegio s'intravede, poi, più o meno nitidamente, un catalogo di circostanze irrilevanti ai fini della non configurabilità del reato, di cui sembra opportuno dare brevemente conto. La sentenza, infatti, esclude espressamente che la natura «commemorativa» del saluto romano abbia efficacia esimente, attesa l'irrilevanza dei motivi¹¹⁴. In passato si

¹⁰⁹ Cass., Sez. I, 19 novembre 2021, n. 3806.

¹¹⁰ Trib. Milano, 21 febbraio 2008, n. 13682.

¹¹¹ Cass., Sez. II, 12 febbraio 1963.

¹¹² Cass., Sez. I, 18 gennaio 1972, n. 3826.

¹¹³ Trib. Milano, 21 febbraio 2008, n. 13682.

¹¹⁴ Cass., Sez. un., 17 aprile 2024, n. 16153, cit., § 8.1.

era posto più volte il tema della valenza commemorativa, specie se riferito ad eventi cronologicamente antecedenti la proclamazione delle leggi razziali o quando si tratti di atto animato esclusivamente dalla volontà di rendere omaggio al defunto¹¹⁵. In simili circostanze – si è ora chiarito – non si verifica alcun «fattore di neutralizzazione» della rilevanza penale della condotta¹¹⁶.

Altresì, alcuna rilevanza assume il carattere di spontaneità dell'adunanza nella quale il saluto romano dovesse essere effettuato. Il Supremo collegio – affrontando il tema della configurabilità del reato di cui all'art. 2 Legge Mancino – ha osservato che ben potrebbe trattarsi di «aggregazioni di natura estemporanea»¹¹⁷. Ciò, a ben vedere, ha una triplice implicazione. In primo luogo, è utile sottolineare che si tratta di un principio applicabile tanto alla Legge Mancino, quanto alla Legge Scelba, stante l'evidente struttura comune dei due testi normativi. In secondo luogo, occorre osservare che tale principio apre la strada ad una interpretazione estensiva delle fattispecie associative, le quali potranno essere più frequentemente e fondatamente contestate nei confronti dei partecipanti ad adunanze pubbliche simili a quelle occorse nei casi di cronaca citati. La duttilità delle fattispecie, infatti, consente di individuare le aggregazioni illecite punite da entrambe le leggi proprio sulla base della condotta collettiva esteriore, che assumerà la duplice natura di illecito penale e, al contempo, di indice rivelatore di altro e più grave reato quale quello associativo. In breve: *ubi salutatatio ibi societas*.

Si tratta di un'impostazione ispirata al “principio” di semplificazione probatoria, invero, non necessaria e persino pernicioso. Difatti, è piuttosto agevole constatare come, nei più recenti e noti casi di manifestazioni fasciste, vi sia stata

¹¹⁵ Cass., Sez. I, 19 novembre 2021, n. 3806, § 3.1.

¹¹⁶ Cass., Sez. Un., 17 aprile 2024, n. 16153, cit., § 8.1.

¹¹⁷ *Ibid.*, § 9.

un'attività di pianificazione, coordinamento e gestione delle adunanze e delle manifestazioni esteriori, tutte difficilmente compatibili con gli artt. 1 e 2 Legge Scelba. Nei video disponibili in rete si notano distintamente soggetti deputati a serrare le fila, a scandire i tempi e i modi della manifestazione, a collocare ed esporre sul luogo oggetti raffiguranti simboli riconducibili all'ideologia fascista. È logico, perciò, ritenere che tali condotte s'inseriscano in un quadro di una ben più ampia condotta collettiva che, con i tradizionali mezzi investigativi, potrebbe verosimilmente emergere laddove sussistente.

Per altro verso, occorre sottolineare il rischio che una interpretazione eccessivamente risoluta del principio indicato dal Supremo collegio possa condurre alla contestazione del reato associativo per il mero fatto di aver realizzato il saluto romano. Venendo dunque alla terza considerazione, l'aver aderito ad una manifestazione pianificata, oppure l'aver partecipato spontaneamente – senza alcun previo avviso o accordo – all'esibizione del saluto fascista non può, di per sé, costituire un elemento dimostrativo della partecipazione al delitto associativo, risultando semmai indice che un delitto associativo potrebbe sussistere sotto il profilo oggettivo ma occorrerebbero ulteriori elementi per la sua ascrizione agli effettivi autori.

Per quanto qui più rileva, è necessario comunque rimarcare che la spontanea e finanche estemporanea adesione all'adunanza collettiva nel cui ambito si verifica la manifestazione esteriore vietata, in linea con i principi applicativi del concorso di persone, non esclude la responsabilità per il reato associativo, né tantomeno per il reato di cui all'art. 5 Legge Scelba.

Analogamente, va osservato come non rilevino di per sé ai fini dell'esclusione del pericolo né l'eventuale mancanza di atti di violenza¹¹⁸, e dunque lo

¹¹⁸ Pacificamente rientranti nella tutela apprestata dalla Legge Scelba. Cfr. Cass., Sez. V, 18 aprile 2019, n. 36162.

svolgimento pacifico della manifestazione, né la forma statica del corteo, né l'assenza di contenuti politici, trattandosi al più di circostanze che possono essere valutate dal giudice nell'ambito dei criteri sopra richiamati¹¹⁹.

In conclusione, la soluzione indicata dal Supremo Collegio lungi dal ridurre l'ambito applicativo della disciplina penale, invero amplia le possibilità di rispondere tanto dei reati "d'opinione" tanto dei delitti associativi previsti nella Legge Scelba e nella Legge Mancino, in combinato con l'art. 604 *bis* c.p. Il percorso argomentativo della sentenza delle Sezioni unite non risulta però condivisibile per le ragioni illustrate e offre, a ben vedere, alcune insidie relative all'eccessiva dilatazione delle fattispecie in luogo, invece, di una alternativa – quale quella sopra esposta – più aderente al principio di legalità che, pur recuperando i criteri indicati dalla Corte, perviene a risultati più accettabili sul piano dei principi generali.

4. *L'uso di simboli proibiti a norma del § 86a StGB.* La protezione dell'ordine costituzionale dal nazionalsocialismo e dai suoi simboli, nell'ordinamento tedesco, trova luogo all'interno della Sezione prima, Titolo terzo dello *Strafgesetzbuch*, dove al § 86 è collocato un generale divieto di diffusione di materiale di propaganda afferente a organizzazioni anticonstituzionali e terroristiche (tra le quali si cita al comma primo n. 4 anche il nazionalsocialismo), mentre al § 86a si punisce l'utilizzo dei simboli («*Kennzeichen*») di tali enti, dopo aver previsto

¹¹⁹ Cass., Sez. I, 25 marzo 2014, n. 37577.

ai §§ 84-85 un generale divieto di organizzazione^{120,121}.

Si tratta di un reticolato di disposizioni su cui, nel corso del tempo, è intervenuta sia la Corte costituzionale per censurarne l'illegittimità rispetto ad alcune previsioni della Legge Fondamentale, sia il legislatore sino a plasmarne l'odierna fisionomia¹²². Nel *framework* normativo così composto, un ruolo del tutto peculiare ai nostri fini assume il § 86a («*Verwenden von Kennzeichen*

¹²⁰ Nei §§ 84 e 85 StGB si trovano, infatti, i delitti associativi riguardanti organizzazioni dichiarate incostituzionali o contro l'ordine costituzionale, in conformità agli artt. 9, 18 e 21 della Costituzione tedesca in cui l'ordine costituzionale trova una esplicita tutela. Sul tema, nell'ampia letteratura, si rinvia a COPIC, *Grundgesetz und politisches Strafrecht neuer Art*, Tübingen, 1967; DEITERS, *Der Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung durch das Strafrecht*, in Thiel (Hg.), *Wehrhafte Demokratie*, Tübingen, 2003, 291; HEFENDEHL, *Politisches Strafrecht zwischen dem Schutz von Staat und Verfassung und einem Kampf gegen die Feinde*, in Hoyer et al. (Hg.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. GEBURTSTAG*, Heidelberg, 2006, 453; HEINRICH, *Der Verstoß gegen ein vereinsrechtliches Betätigungsverbot durch öffentliche Erklärung der eigenen Mitgliedschaft*, *NSiZ*, 2010, 429; LAITENBERGER, *Die Strafbarkeit der Verbreitung rassistischer, rechtsextremistischer und neonazistischer Inhalte*, Frankfurt, 2003; LAUE, *Parteiverbote, Vereinsverbote und strafrechtliche Reaktionen*, in Ostendorf (Hg.), *Rechtsextremismus - Eine Herausforderung für Strafrecht und Strafjustiz*, Baden-Baden 2009, 185; MORLOK, *Parteiverbot als Verfassungsschutz - ein unauflösbarer Widerspruch?*, *NJW*, 2001, 2931; SCHMITT-GLAESER, *Parteiverbot und Strafrecht*, *JZ*, 1970, 59; STEGBAUER, *Rechtsextremistische Propaganda im Lichte des Strafrechts*, München, 2000; STIEHR, *Das Parteiverbotsverfahren*, *JuS*, 2015, 994; THIEL, *Das Verbot verfassungswidriger Parteien (Art. 21 Abs. 2 GG)*, in: Thiel (Hg.), *Wehrhafte Demokratie*, Tübingen, 2003, 173.

¹²¹ Cfr. anche il §130 (4) StGB in vigore dal 1 aprile 2005 a norma del quale: «*Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer öffentlich oder in einer Versammlung den öffentlichen Frieden in einer die Würde der Opfer verletzenden Weise dadurch stört, dass er die nationalsozialistische Gewalt- und Willkürherrschaft billigt, verherrlicht oder rechtfertigt*» (ossia: «Una pena detentiva non superiore a tre anni o una pena pecuniaria sarà inflitta a chiunque, pubblicamente o in una riunione, disturbi la pace pubblica in modo da violare la dignità delle vittime condonando, glorificando o giustificando il regno nazionalsocialista della violenza e del dispotismo», nda).

¹²² Si tratta di una materia originariamente regolata dai § 90a e 129a StGB, poi sostituito dal §90b, i quali si trovano oggi nei §§ 84 e 85 StGB dopo alcuni interventi della Corte costituzionale e del legislatore, sia per correggere alcuni profili di incostituzionalità, sia per adeguare il testo alle emergenze contemporanee, come il terrorismo. Su questi aspetti, v. STEINSIEK, § 84, *Leipziger Kommentar*, Band 7, Berlin-Boston, 2021, 68. Un'analisi rispetto ai parametri costituzionali è contenuta in PALAZZO, *Associazioni illecite ed illeciti delle associazioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 428.

verfassungswidriger und terroristischer Organisationen»), il quale recita che:

(1) È punito con una pena detentiva non superiore a tre anni o con una sanzione pecuniaria chiunque

1. diffonde o utilizza pubblicamente, in una riunione o in un contenuto da lui diffuso (articolo 11, paragrafo 3), gli emblemi di uno dei partiti o delle organizzazioni di cui all'articolo 86, paragrafo 1, nn. 1, 2 e 4 o 2, in Germania, oppure
2. produce, detiene in magazzino, importa o esporta contenuti (sezione 11(3)) che raffigurano o contengono tali segni per la distribuzione o l'uso in Germania o all'estero nel modo descritto al numero 1.

(2) I segni di cui al paragrafo 1 sono, in particolare, bandiere, distintivi, uniformi, slogan e forme di saluto. I segni di identificazione che sono confusamente simili a quelli di cui alla frase 1 sono considerati equivalenti.

(3) L'articolo 86, paragrafi 4 e 5, si applica di conseguenza¹²³.

Si tratta di un reato di pericolo astratto che mira non solo a tutelare l'ordine costituzionale, ma altresì a garantire la pace politica della Repubblica e ad evitare che i simboli di organizzazioni incostituzionali possano diffondersi sino a

¹²³ Traduzione a cura dell'Autore. Il testo del § 86a è il seguente:

«(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer

1. im Inland Kennzeichen einer der in § 86 Abs. 1 Nr. 1, 2 und 4 oder Absatz 2 bezeichneten Parteien oder Vereinigungen verbreitet oder öffentlich, in einer Versammlung oder in einem von ihm verbreiteten Inhalt (§ 11 Absatz 3) verwendet oder

2. einen Inhalt (§ 11 Absatz 3), der ein derartiges Kennzeichen darstellt oder enthält, zur Verbreitung oder Verwendung im Inland oder Ausland in der in Nummer 1 bezeichneten Art und Weise herstellt, vorrätig hält, einführt oder ausführt.

(2) Kennzeichen im Sinne des Absatzes 1 sind namentlich Fahnen, Abzeichen, Uniformstücke, Parolen und Grußformen. Den in Satz 1 genannten Kennzeichen stehen solche gleich, die ihnen zum Verwecheln ähnlich sind.

(3) § 86 Abs. 4 und 5 gilt entsprechend».

divenire tollerati nel dibattito politico e nella società, per cui la fattispecie si applica a prescindere che l'autore del gesto – quale, ad esempio, il saluto del nazionalsocialismo – abbia un effettivo collegamento con l'organizzazione vietata, giacché è sufficiente che vi sia un astratto pericolo di identificazione tra il gesto e l'ente perché il fatto violi lo scopo protettivo della disposizione. In sostanza, la norma mira ad una vera e propria messa al bando dei simboli proibiti¹²⁴.

Tale prospettiva si coglie nitidamente dall'esame del comma primo n. 2 del § 86a nel quale si puniscono come reato consumato quelli che, invero, potrebbero essere qualificati come meri atti preparatori della diffusione, ossia chi «produce, detiene, importa o esporta contenuti che raffigurano o contengono tali simboli per la distribuzione o l'uso in Germania» («*einen Inhalt, der ein derartiges Kennzeichen darstellt oder enthält, zur Verbreitung oder Verwendung im Inland*»), così anticipando ulteriormente la tutela.

Le condotte punite dal n. 1 sono invece la «diffusione», ossia il consentire ai simboli proibiti la pubblica fruibilità o percepibilità, con qualsiasi forma (potendo trattarsi anche di simboli immateriali come video o audio), oppure farne un «uso» non meramente privato, e dunque «pubblico», in una «riunione», o in «contenuti» o «scritti» poi divulgati dallo stesso autore¹²⁵.

Si è osservato che, nell'intenzione del legislatore, il carattere di «pubblicità» implica modalità che comportino la mera possibilità che il simbolo venga visto

¹²⁴ STEINMETZ Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1. Auflage 2005, Rdn. 1; ELLBOGEN, § 86a, Beck'scher Online-Kommentar StGB, hrsg. v. von Heintschel-Heinegg, 42. Edition, 2019, Rdn. 2; KETT-STRAUB, Das Verwenden nationalsozialistischer Kennzeichen – § 86a im Spannungsfeld zwischen symbolischem Strafrecht, Gefühls- und echtem Rechtsgüterschutz, *NSIZ*, 2011, 601; PAEFFGEN, Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch, hrsg. von Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, 5. Aufl., 2017, Rdn. 2 u. 4.

¹²⁵ STEINSIEK, *cit.*, 103.

o percepito da un numero indefinito di persone, mentre non è necessario accertare che ciò sia concretamente avvenuto, così come costituisce una circostanza irrilevante la natura pubblica del luogo in cui avviene l'uso¹²⁶. Quanto alla nozione di «riunione», essa va intesa in senso non formale, purché si tratti di compresenza non puramente casuale di due o più persone, mosse da un comune scopo¹²⁷. Infine, l'impiego di simboli proibiti in contenuti scritti rievoca il concetto stesso di «diffusione», che costituisce la condotta principale alternativa all'uso, rappresentando una norma di chiusura che salda le due modalità di commissione del reato¹²⁸.

È agevole notare, pur dal breve affresco sopra rappresentato, come la disposizione tedesca risulti a maglie più strette rispetto a quella italiana, giacché connotata dal pericolo astratto di inquinamento della vita pubblica con i simboli del passato¹²⁹. In un simile contesto normativo, l'approccio criteriologico della Corte di Cassazione italiana¹³⁰ risulterebbe ultroneo rispetto a condotte che arrestano il livello di offesa allo stadio della mera possibilità («*abstraktes Gefährdungsdelikt*»)¹³¹.

Chiariti questi aspetti, va però sottolineato che è sul concetto di «uso» che dottrina e giurisprudenza tedesche hanno più a lungo dibattuto, in rapporto al bene giuridico tutelato dalla fattispecie.

Inizialmente il BGH aveva accolto una nozione ampia di «uso», limitata esclusivamente dalla c.d. clausola di adeguatezza sociale («*sozialadäquanzklausel*»)

¹²⁶ STEINSIEK, *cit.*, 101.

¹²⁷ STEINSIEK, *cit.*, 102.

¹²⁸ STEINSIEK, *cit.*, 102-103.

¹²⁹ Sul punto, riecheggiano le riflessioni sul «disvalore dell'azione» di MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, Milano 1983, 55.

¹³⁰ Si rinvia al paragrafo precedente.

¹³¹ JESCHECK-WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Berlin, 1996, 264.

di cui al § 86a comma terzo la quale, come si è visto, richiamando il § 86 comma quarto, esclude la rilevanza penale del comportamento laddove abbia finalità scientifiche, artistiche, di cronaca o altri scopi simili egualmente meritevoli. In forza di una tale rigida interpretazione della disposizione, qualunque uso esogeno rispetto a tali contesti era considerato illecito e penalmente perseguibile¹³². In particolare, la Corte federale di giustizia disattendeva l'opinione prevalsa in dottrina per cui solo l'uso che manifestasse un chiaro segno di adesione ai valori rappresentati dal simbolo, e dunque al partito politico o all'organizzazione di cui risultava espressione, dovesse rientrare nell'ambito di rilevanza penale¹³³, affermando al contrario che persino un simbolo "barrato" in segno di disapprovazione poteva comunque essere idoneo a ingenerare negli astanti immedesimazione tra gli oppositori politici e il partito il cui simbolo veniva esposto¹³⁴.

Ben presto, tuttavia, la stessa Corte federale ammetteva il rischio che un'interpretazione eccessivamente ampia potesse tradursi nell'applicazione della norma a fatti palesemente privi di portata offensiva, affermando che in tal caso si doveva concludere per l'irrilevanza penale¹³⁵. Tale impostazione si è ulteriormente avvicinata all'opinione prevalsa in dottrina, escludendo dall'ambito di applicazione della disposizione tutti i casi in cui il simbolo proibito viene impiegato in un contesto di evidente opposizione all'organizzazione di cui è espressione o all'ideologia dalla stessa professata¹³⁶, senza però escludere da tale

¹³² BGH, Urteil v. 29. Mai 1970, BGHSt 23, 267. Cfr. GREISER, *Die Sozialadäquanz der Verwendung von NS-Kennzeichen bei Demonstrationen*, NJW 1969, 155; *Id.*, *Verbreitung verfassungsfeindlicher Propaganda*, NJW, 1972, 1556; LUTTGER, *Zur Strafbarkeit von Kennzeichen ehemaliger nationalsozialistischer Organisationen nach § 3 VersammlG*, GA, 1960, 129.

¹³³ STERNBERG-LIEBEN, § 86a, in *Schönke-Schröder Kommentar*, 2014, Rdn. 6.

¹³⁴ STEINSIEK, *cit.*, 101-102.

¹³⁵ BGH, Urteil v. 18. Oktober 1972, Az. 3 StR 1/71 I, BGHSt 25, 30

¹³⁶ BGH, Urteil v. 15. März 2007, Az. 3 StR 486/06, BGHSt 51, 244.

ambito i casi “neutrali”, né fornendo sufficienti elementi per concludere in un senso o nell’altro nei casi dubbi.

Tale impostazione, ancorché potrebbe apparire non pienamente soddisfacente se letta dalla prospettiva del *Grundgesetz*¹³⁷, si spiega in ragione della natura del pericolo (astratto) che la fattispecie tedesca contempla, a differenza di quella italiana che, come si è detto, richiede il pericolo concreto. Un simile sostrato normativo ed interpretativo ha, quindi, dato vita ad una folta casistica di cui preme dare conto, seppur brevemente, al fine di delineare meglio i confini del precetto.

È bene premettere che l’oggetto del reato sono chiaramente i simboli proibiti menzionati al secondo comma della disposizione (ancorché non si tratti di un elenco tassativo), ossia «bandiere, distintivi, uniformi, slogan e forme di saluto» propri delle organizzazioni vietate, ovvero delle organizzazioni che ad esse si sostituiscono¹³⁸.

Risulta, dunque, proibito l’uso della svastica, così come di qualunque altro simbolo che le somigli o la ricordi, o qualunque oggetto che riproduca la sua forma¹³⁹. Lo stesso può dirsi per le immagini raffiguranti Hitler o Himmler in uniforme¹⁴⁰, o per gli stendardi delle SA e la sigla delle SS¹⁴¹. Infine, integrano la fattispecie il saluto hitleriano con il braccio alzato («*Hitler-Gruß*»), i saluti «*Heil Hitler*» e «*Sieg Heil*», lo slogan delle SA «*Alles für Deutschland*» e il saluto comune nella corrispondenza nazionalsocialista «*Mit deutschem Gruß*»

¹³⁷ STEGBAUER, *The Ban of Right-Wing Extremist Symbols According to Section 86a of the German Criminal Code*, in *German Law Journal*, 2007, 175.

¹³⁸ STEINSIEK, *cit.*, 102.

¹³⁹ BGH, Urteil v. 29. Mai 1970, BGHSt 23, 267, 269; BGHSt 25 133, 135; BGHSt 29 73, 83

¹⁴⁰ BGH, Urteil v. 25. April 1979, Az. 3 StR 89/79, BGHSt 28, 394. OLG München v. 7. Mai 2015 - 5 OLG 13 Ss 137/15.

¹⁴¹ BGH bei Wagner GA 1967 106. OLG Frankfurt NSZ 1982, 333.

(«con saluti tedeschi»)¹⁴².

Si tratta di manifestazioni inequivoche dal chiaro collegamento con la dittatura nazista, per le quali non vi è spazio alcuno nel dibattito pubblico e che costituiscono un illecito penale a norma del § 86a StGB, salvo quanto si dirà di seguito. Non rientrano nella fattispecie, invece, le diciture come «HH» (che richiama il saluto «*Heil Hitler*») o «88» (la «H» è l'ottava lettera dell'alfabeto, per cui ancora una volta si richiama al saluto da ultimo citato) in quanto usate solo dopo il 1945 e dunque non appartenute al nazionalsocialismo¹⁴³, così come l'esposizione del logo «LONSDALE» il quale, sebbene talvolta impresso in capi indossati in modo da coprire le estremità, così da richiamare il «NSDAP» («*Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei*»), risulta aver inglobato la dicitura proibita in un marchio e dunque non perseguibile, così come il logo «CONSDAPLE» ritratto su indumenti quali magliette e felpe, spesso di colore nero, indossati con le medesime modalità¹⁴⁴.

È importante sottolineare che l'ambito applicativo della disposizione si estende ai simboli che si confondono con gli "originali", apparendo come tali, ma non a quelli che semplicemente li ricordano, oppure che a questi si richiamano, in osservanza del divieto di analogia¹⁴⁵.

Tracciata una linea di demarcazione tra ciò che, senz'altro, è proibito e ciò che,

¹⁴² BGH, Beschl. v. 10. August 2010 - 3 StR 286/10. OLG Celle, *NJW* 1970, 2257, 2258; OLG Oldenburg, *NStZ*, 1986, 166; BayObLG, *NStZ-RR*, 2003, 233. OLG Düsseldorf, *MDR*, 1991, 174. OLG Hamm, *NStZ*, 2007, 45. BGH, 08. September 1976 - 3 StR 280/76 (S) - BGHSt 27, 1. BGHSt 25 30, 34. BVerfG, Beschl. v. 19. Juli 1995 - 2 BvR 674/95.

¹⁴³ OLG Brandenburg, v. 12.9.2005 - 1 Ss 58/05. Per consentirne la perseguibilità, pertanto, occorrerebbe la dichiarazione di incostituzionalità delle organizzazioni che le avessero adottate, ricorrendone i requisiti.

¹⁴⁴ VG Berlin, 26. April 2001 - 3 A 443.01, *NVwZ-RR*, 2002, 33. OLG Hamm, 08. Oktober 2003 - 2 Ss 407/03, *NStZ-RR*, 2004, 12. Naturalmente, i simboli proibiti non si limitano al nazionalsocialismo bensì ad ogni emblema di organizzazione incostituzionale, come ad esempio la bandiera dello Stato Islamico.

¹⁴⁵ STEINSIEK, *cit.*, 100.

invece, non è coperto dalla disposizione, permane sul confine una serie di condotte dubbie che, come si è anticipato, è difficile collocare all'interno o all'esterno dell'ambito di tutela penale.

È in tale contesto che - ancor prima dell'operatività della «*sozialadäquanzklausel*»¹⁴⁶ - l'attenzione dell'interprete torna sul tema dell'offensività della condotta.

Difatti, sebbene l'«*Hitler-Gruß*» e il «*Sieg Heil*» costituiscano di regola simboli proibiti, si è osservato che il loro impiego con chiaro intento di critica di metodi brutali impiegati da forze di polizia può risultare inidoneo ad offendere il bene giuridico¹⁴⁷. Lo stesso può dirsi se la svastica viene raffigurata in modo da indicare disapprovazione o scherno verso la medesima e ciò che ha storicamente rappresentato¹⁴⁸; oppure se le rune delle SS vengono raffigurate congiuntamente al volto o al nome di esponenti politici la cui vicinanza al nazionalsocialismo si vuole espressamente stigmatizzare, e perciò usate unitamente a frasi o slogan marcatamente antifascisti¹⁴⁹.

Diversamente, è stata ritenuta perseguibile la spruzzatura di manifesti politici con la svastica, poiché l'opposizione ai valori abietti che la stessa implica non risultava chiaramente dalla sola apposizione del simbolo¹⁵⁰; oppure, la vendita di magliette raffiguranti il volto di Hitler, poiché l'intento dissacrante non

¹⁴⁶ La clausola di adeguatezza sociale che esclude la punibilità nel caso di uso "consentito" di simboli proibiti per ragioni di scienza, di cronaca, di formazione o altri scopi di simile natura può operare solo a condizione che la condotta violi effettivamente lo scopo di protezione della norma penale. Occorre, pertanto, verificare che il § 86a risulti effettivamente integrato da un fatto offensivo affinché possa eventualmente operare tale clausola.

¹⁴⁷ BGHSt 25 30, 34. OLG Oldenburg *NSZ*, 1986, 166.

¹⁴⁸ È il caso nel quale la svastica era stata raffigurata sopra maiali di ceramica: BGH, 10. Juli 1974 - 3 StR 6/71.

¹⁴⁹ OLG Stuttgart, 28. September 1981 - 3 Ss (13) 671/81.

¹⁵⁰ OLG Köln, 09. Mai 1984 - 3 Ss 886 - 887/83 (69/84).

emergeva chiaramente dalla figura¹⁵¹.

Il nodo gordiano dell'«uso» illecito è dunque risolto caso per caso dalla astratta possibilità di cagionare un inquinamento della società con i simboli del passato, provocandone l'assuefazione e, dunque, di sedimentare un sostrato fertile per la reviviscenza di organizzazioni proibite, come il nazionalsocialismo¹⁵². Tuttavia, tale accertamento – perlomeno nei casi limite – sembra approssimarsi ad una valutazione *ex ante* in concreto a base totale, propria dei reati di pericolo concreto, ed estranea allo schema del pericolo astratto. Quanto appena osservato appare riecheggiare nelle conclusioni alle quali è pervenuta la Corte di Cassazione sul pericolo concreto in caso di salute romano e sul pericolo astratto in caso di violazione della Legge Mancino, ossia di sostanziale sovrapposibilità delle due figure in punto di accertamento, alla luce del necessario contemperamento delle due forme di pericolo con il principio di offensività¹⁵³. Una differenza con la disciplina italiana appare però decisiva, e si apprezza sul piano costituzionale. Precisamente, essa concerne il bilanciamento con gli altri diritti fondamentali. Difatti, mentre nell'interpretazione della Legge Scelba fornita dalla Corte costituzionale la libertà di manifestazione del pensiero tende a prevalere, con la sola eccezione del concreto pericolo di ricostituzione delle organizzazioni fasciste, il *Bundesverfassungsgericht* invece ritiene che alcuni

¹⁵¹ LG Frankfurt/Main, 13. Dezember 1985 – 5/24 Qs 8/85, *NSZ*, 1986, 167. Per altri esempi di violazione dello «Schutzzweck» si rinvia a STEINSIEK, *cit.*, 102.

¹⁵² Il partito nazionalsocialista, invero, non ha ricevuto una declaratoria di incostituzionalità come previsto dai §§ 84-85 StGB poiché sciolto ancor prima dell'entrata in vigore della Legge Fondamentale, ossia a norma del *Gesetz Nr. 2 des Kontrollrats der Alliierten Kontrollbehörde* del 10 ottobre 1945, ma la sua “messa al bando” permane e trova fondamento proprio nella Legge Fondamentale. Sul punto, ancora STEGBAUER, *The Ban of Right-Wing Extremist Symbols*, *cit.*, 177; v. anche LÜBBE-WOLFF, *Zur Bedeutung des Art. 139 GG für die Auseinandersetzung mit neonazistischen Gruppen*, *NJW*1988, 1294.

¹⁵³ A sua volta, nella decisione del giudice di legittimità non può non scorgersi un chiaro riferimento all'insegnamento di BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XIV, 1973, 86.

interessi di particolare rilevanza debbano essere protetti anche se la modalità di offesa risulta essere quella della manifestazione del pensiero, e dunque il § 86a non viola il § 5 comma primo della Legge Fondamentale¹⁵⁴. Tra questi interessi, rientra non solo la reviviscenza di organizzazioni incostituzionali o vietate come il nazionalsocialismo, ma anche la parvenza di rinascita di tali enti o dei valori che li caratterizzano attraverso l'esposizione dei simboli ad essi appartenuti; dunque, in buona sostanza, la norma mira ad evitare che si diffonda nella società la percezione di consenso sociale rispetto ad organizzazioni che si porrebbero al di fuori dell'arco costituzionale, poiché ciò potrebbe agevolare la comparsa e affermazione¹⁵⁵.

Del resto, i divieti nei confronti di organizzazioni incostituzionali trovano un addentellato esplicito nel *Grundgesetz*, per cui tali divieti – come si è osservato – si trasformerebbero in proibizioni meramente simboliche e inefficaci laddove non vi si potesse affiancare alcuna norma penale volta a inibirne la promozione e la propaganda¹⁵⁶.

Abbozzare le ragioni sottese alla differente impostazione che promana direttamente dalle due leggi fondamentali porterebbe davvero troppo lontano: in questa sede non si può fare altro che limitarsi a qualche osservazione *en passant*. Vero è che una riflessione sul tema non può tralasciare le marcate differenze che hanno caratterizzato la giustizia di transizione nei due paesi, successivamente all'ultima guerra mondiale¹⁵⁷. Ciò non consente di spingersi sino ad affermare che le manifestazioni fasciste occorse di recente nel nostro paese e

¹⁵⁴ BVerfG, Beschluss vom 23. März 2006 - 1 BvR 204/03: «Dieses Rechtsgut muss in der Rechtsordnung allgemein und damit unabhängig davon geschützt sein, ob es durch Meinungsäußerungen oder auf andere Weise verletzt werden kann».

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ STEGBAUER, *The Ban of Right-Wing Extremist Symbols*, cit., 176-177.

¹⁵⁷ FORNASARI, *Giustizia di transizione e diritto penale*, Torino 2013, 15 ss.

richiamate nell'introduzione siano il frutto della c.d. amnistia Togliatti¹⁵⁸. Semmai, occorrerebbe indagare sulle cause, tenendo conto degli sforzi – con buona probabilità insufficienti – nella conservazione e nell'esercizio della memoria. Sul piano del diritto, altresì, non si può concludere che il disegno del Costituente abbia lasciato spazi di impunità. Come si è visto, un corretto impiego dei principi e dei criteri di accertamento del pericolo concreto, nonché un ricorso (non disinvolto, ma) puntuale ai delitti associativi previsti sia dalla Legge Scelba sia – oggi – dall'art. 604 *bis* c.p. sembra assolutamente idoneo a scongiurare la reviviscenza del fascismo, pur nella ovvia considerazione che l'antifascismo non si afferma per decreto.

5. Conclusioni. La rilevanza penale del saluto romano e degli altri rituali fascisti ha generato, nel corso degli ultimi decenni, un contrasto giurisprudenziale ormai risolto dalla Corte di cassazione; che la decisione delle Sezioni unite abbia posto la parola fine al dibattito è, però, conclusione alla quale non è agevole arrivare, per due motivi: uno di ordine dogmatico ed uno di ordine pratico. Sul primo profilo, va richiamato il fatto che la decisione non sembra aver adoperato il concorso di norme in modo pienamente aderente al principio di legalità. In particolare, la sottovalutazione del pericolo concreto a livello dogmatico sembra aver condotto la Corte ad una conclusione, ossia quella del concorso di reati, che non risponde pienamente al raffronto strutturale tra fattispecie, dal quale invece emerge che le due disposizioni (Legge Scelba e Legge Reale, oggi art. 604 *bis* c.p.) si trovano in rapporto di specialità unilaterale. Pertanto, non è peregrina l'ipotesi che l'opzione prospettata del concorso di reati conduca le due disposizioni – e le loro interpretazioni nel diritto vivente – a

¹⁵⁸ *Ibid.*, 22.

confliggere nuovamente nella prassi applicativa, riportandole all'attenzione delle Sezioni unite.

È proprio la prassi applicativa che introduce il secondo elemento di perplessità, il quale riguarda l'accertamento del pericolo concreto. Sul punto, però, la decisione delle Sezioni unite sembra aver fornito elementi, a ben vedere, utili che il presente studio ha cercato di evidenziare e sviluppare ulteriormente, in modo da esplicitare il percorso decisionale e motivazionale richiesto al giudice del merito nell'accertamento del pericolo rispetto a casi di saluto romano ed altri rituali fascisti.

È proprio sulla criteriologia del pericolo che la decisione delle Sezioni unite, se adeguatamente valorizzata, può invece costituire un ausilio risolutivo.

Il rischio, in questo ambito, è di cadere nel campo del diritto penale simbolico, in un modo o nell'altro. Difatti, una concezione rigorosa di pericolo concreto rischierebbe di trasformare il precetto in una norma inapplicabile, generando un problema d'impunità; d'altro canto, uno scivolamento verso il pericolo astratto rischierebbe di elevare il saluto romano e gli altri rituali fascisti alla stregua di simboli proibiti ancorché privi della minima portata offensiva.

Più che mai in questa materia si avverte, perciò, la necessità di tenere distinta la riprovazione sul piano valoriale dal rimprovero penale, e di salvaguardare le libertà fondamentali scolpite dal Costituente.

Ad una attenta riflessione, per le considerazioni sopra esposte, la soluzione sembra non particolarmente distante, giacché un corretto uso dei criteri di accertamento del pericolo concreto, unitamente ad uno sforzo investigativo che consenta di acquisire quegli elementi qualitativi e quantitativi utili alla decisione, possono consentire una adeguata tutela al pericolo di ricostituzione del partito fascista, scongiurando il rischio di uno scivolamento verso simboli proibiti o proibizioni simboliche.