



Anno IX, n. 2, 2019

Data di pubblicazione: 11 dicembre 2019





Democrazia e Sicurezza - Democracy & Security Review

Direzione e redazione: c/o Laboratorio
Multimediale e di Comparazione Giuridica
Università degli Studi "Roma Tre"
via G. Chiabrera, 199 - 00145 Roma



www.democraziaesicurezza.it - <http://ojs.romatrepress.uniroma3.it/index.php/DemSic>
redazione@democraziaesicurezza.it

Direttore responsabile: Salvatore Bonfiglio

Iscrizione presso il Tribunale di Roma, n. 373/2011 del 5 dicembre 2011. ISSN 2239-804X.

Rivista scientifica (ANVUR) per l'Area 12 - Scienze giuridiche e l'Area 14 - Scienze politiche e sociali ai fini dell'ASN.

Salvo diversamente indicato, gli articoli sono sottoposti a procedura di revisione anonima (*double blind peer review*).

Comitato direttivo

Salvatore Bonfiglio (Università degli Studi "Roma Tre" - Direttore scientifico)

Artemi Rallo Lombarte (Universitat Jaume I – Castellón - Condirettore)

Consiglio scientifico

Domenico Amirante, Francesco Antonelli, Fabrizio Battistelli, Paolo Benvenuti, Salvatore Bonfiglio, Roberto Borrello, Francesco Clementi, Mario De Caro, Jean-Philippe Derosier, Rosario Garcia Mahamut, Hermann Groß, Andrew Hoskins, Martin Innes, Luis Jimena Quesada, Luis Maria Lopez Guerra, Stelio Mangiameli, Maria Luisa Maniscalco, Kostas Mavrias, David Mongoin, Lina Panella, Cristina Pauner Chulvi, Otto Pfersmann, Artemi Rallo Lombarte, Angelo Rinella, Marco Ruotolo, Cheryl Saunders, Giovanna Spagnuolo, Alessandro Torre, Matthew C. Waxman.

Redazione

Coordinamento: Gabriele Maestri (collaborazione di Enrico Strina).

Osservatorio sulla normativa: Massimo Rubechi (coordinatore), Valentina Fiorillo.

Osservatorio sulla giurisprudenza: Pamela Martino (coordinatrice), Giulia Aravantinou Leonidi, Caterina Bova.

Osservatorio europeo e internazionale: Mario Carta (coordinatore), Mariana Rodrigues Canotilho, Beatriz Tomás Mallén, Cristina Gazzetta, Pablo Meix Cereceda, Tommaso Amico di Meane.

Osservatorio sociale: Francesco Antonelli (coordinatore), Pina Sodano, Valeria Rosato.

Il sito riporta i *referee* esterni della Rivista, nonché le procedure di invio e revisione.



Democrazia e Sicurezza – Democracy and Security Review
ISSN: 2239-804X

anno IX, n. 2, 2019

data di pubblicazione: 11 dicembre 2019

Indice

Saggi

- Paura dei partiti antisistema e scelte sulla “protezione” della democrazia, tra Italia e Germania*
di Gabriele Maestri 3
- Crimmigration practices. La detenzione dei migranti in Italia dopo l’entrata in vigore del “decreto sicurezza” alla luce del Diritto internazionale e dell’Unione europea*
di Giulia Colavecchio 113

Osservatori

- Le misure anti-tratta nell’ordinamento italiano: profili penalistici e tutela delle vittime*
di Gianluca Ferrari 161
- Anatomia della tecnocrazia: l’egemonia della “nuova classe” e i rischi di una società tecnotalitaria*
di Emanuele Rossi 195





Paura dei partiti antisistema e scelte sulla “protezione” della democrazia, tra Italia e Germania *

di Gabriele Maestri **

SOMMARIO: 1. Quali risposte giuridiche alla paura dell'estrema destra? – 2. Partiti, paura e Costituzione, in una democrazia “non protetta”. – 2.1. Genesi della XII disposizione costituzionale. – 2.2. Le norme attuative e la giurisprudenza costituzionale. – 2.3. I primi casi di scioglimento e i successivi interventi. – 3. Partiti, paura e “democrazia protetta”: il caso tedesco. – 4. Le reazioni contro il neofascismo nei casi più recenti. – 4.1. Maggiore durezza per i reati neofascisti d'opinione. – 4.2. Riorganizzazione del partito fascista: un metro variabile (e discutibile) tra piano penale ed elettorale. – 5. Conclusioni.

1. Quali risposte giuridiche alla paura dell'estrema destra?

Da anni il dibattito pubblico italiano assiste a periodiche discussioni e polemiche sul divieto, sancito dalla XII disposizione finale della Costitu-

* Lo scritto rientra nell'attività di ricerca del progetto sul tema «Dinamiche pubbliche della paura e cittadinanza inclusiva» finanziato dall'Università degli Studi Roma Tre nell'ambito dell'Azione 4: azione sperimentale di finanziamento a progetti di ricerca innovativi e di natura interdisciplinare.

** Dottore di ricerca in Teoria dello Stato e Istituzioni politiche comparate, nonché in Scienze politiche; cultore di Diritto dei partiti italiano e comparato presso l'Università degli Studi Roma Tre. Contributo sottoposto a referaggio anonimo (*double blind peer review*). Si ringraziano Claudio Negrini e lo studio dell'avv. Emilio Ricci per il materiale gentilmente fornito.



Saggi

zione, di «riorganizzazione, sotto qualsiasi forma, del disciolto partito fascista», sulle disposizioni di legge che ne costituiscono attuazione – la l. 20 giugno 1952, n. 645 (c.d. “legge Scelba”) e la l. 25 giugno 1993 n. 205 (c.d. “legge Mancino”) – e, *de iure condendo*, sui tentativi di inasprirle in risposta al crescere di episodi d’intolleranza, razzismo, violenza (con varietà di forme e mezzi), nonché l’esibizione di gesti e segni riconducibili al fascismo, da parte di singoli e aderenti a soggetti collettivi più o meno organizzati.

Ha destato scalpore l’iniziativa penale intrapresa a fine giugno dall’Associazione nazionale partigiani d’Italia (Anpi) presso la Procura della Repubblica di Roma «contro le organizzazioni neofasciste, in particolare Forza Nuova e CasaPound, per i numerosi atti di intimidazione, violenza e apologia di fascismo da queste commessi ripetutamente negli ultimi tempi»¹. Ai magistrati sarebbe stato chiesto di valutare «i singoli episodi sorti in varie parti d’Italia», ma anche di considerare «in maniera più strutturata la sussistenza di un più ampio progetto teso a creare i presupposti per la ricostituzione di un partito che riferisce i suoi valori a quelli del fascismo e del nazismo»: ciò per il susseguirsi di «continui atti di prevaricazione e di violenza [...] posti in essere nei confronti di tutti coloro i quali contrastano in una logica democratica e partecipativa i suddetti fenomeni» (Ricci 2019). L’iniziativa, seguita alle intenzioni dei vertici di Anpi², potrebbe culminare,

¹ V. il comunicato *Presentata dall’ANPI al Procuratore di Roma formale denuncia contro CasaPound e Forza Nuova* (25 giugno 2019), leggibile all’indirizzo <http://www.anpi.it/articoli/2215/presentata-dallanpi-al-procuratore-di-roma-formale-denuncia-contro-casapound-e-forza-nuova>. Altrove si parla, invece che di denuncia, di esposto (più probabile) o genericamente di «azione» o «iniziativa giudiziaria».

² V. la dichiarazione del 20 giugno 2019 della presidente nazionale di Anpi, Carla Nespolo («CasaPound è un’organizzazione criminale, venga subito sciolta se si ha davvero a cuore il



Saggi

ove si accertasse con sentenza la riorganizzazione del partito fascista, con lo scioglimento delle associazioni (o movimenti o gruppi) a opera del Ministro dell'interno ex art. 3, l. n. 645/1952.

Non si sa se la Procura eserciterà l'azione penale, né quale esito avranno eventuali procedimenti (che potrebbero richiedere tempi lunghi). Chi ha promosso l'azione ha voluto però anche richiamare l'attenzione dell'opinione pubblica sulla proliferazione di partiti, movimenti e gruppi collocabili nell'estrema destra che ha interessato soprattutto l'ultimo decennio, benché le radici siano più risalenti (Toscano 2018): non sarebbero fenomeni catalogabili solo come "nostalgici", ma si inserirebbero in pieno nel contesto storico, politico e sociale attuale. Approfitando del clima di paura e insicurezza che caratterizza quest'epoca (Battistelli 2016, 8), alimentato soprattutto dalla crisi economica, dal terrorismo e dai flussi migratori percepiti come minacce, certi gruppi hanno trovato terreno fertile per le loro idee, spesso di matrice nazionalista, sovranista e "antimeticista".

Benché in Italia il numero di persone coinvolte in queste realtà sia piuttosto contenuto (specie in confronto con altri paesi), alcune idee propugunate hanno preso piede anche al di fuori di quei contesti: l'uso massiccio della Rete e dei *social network* ne ha consentito una diffusione notevole³, ben al di là dei "confini" dei movimenti e dei gruppi che ne

bene degli italiani»), <http://www.anpi.it/articoli/2210/casapound-e-unorganizzazione-criminale-venga-subito-sciolta-se-si-ha-davvero-a-cuore-il-bene-degli-italiani>.

³ V. la corposa indagine sulla "galassia nera" (com'è stata denominata la rete delle pagine Facebook legate all'estrema destra) condotto da *Patria Indipendente*, periodico online di Anpi. Dopo una prima mappatura divulgata alla fine del 2016, il lavoro è continuato con aggiornamenti (maggio 2017, aprile 2018) e si consulta alla pagina <http://www.patriaindipendente.it/idee/cittadinanza-attiva/esplorando-la-galassia-nera/>.



Saggi

erano portatori in origine. Proprio nel tentativo di contenere questa diffusione, andata oltre il tollerabile secondo varie opinioni⁴, tanto Anpi quanto altri soggetti hanno chiesto una reazione forte per colpire le condotte più violente, contestando a monte la legittimità dei soggetti collettivi in seno ai quali quelle condotte sarebbero maturate.

Se le considerazioni riportate fin qui sono essenzialmente di natura politica (e sociologica), chi le fa chiede poi all'ordinamento una risposta giuridica: essa si traduce innanzitutto nell'impiego dello strumento penalistico, attraverso le fattispecie criminosi oggi previste (riorganizzazione del partito fascista e apologia del fascismo, ma pure quelle di incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi). Il *petitum* mediato è però quasi sempre, e spesso esplicitamente, lo scioglimento dei soggetti collettivi in caso di accertamento della riorganizzazione del disciolto partito fascista: una fattispecie assai più ristretta, poiché – come si vedrà – non può avere alla base il solo reato di apologia del fascismo (ove esso sia integrato dalla mera esaltazione di esponenti, principi, fatti o metodi del fascismo o delle sue finalità antidemocratiche).

Si può condividere l'assunto in base al quale «in politica metodo e contenuto coincidono», per cui se certi metodi spaventano per i contenuti che possono portare con sé è giusto lanciare l'allarme; il giurista accorto non può però – a prescindere dalle sue credenze – trasportare in automatico questo ragionamento sul piano giuridico, concludendo che, com'è stato re-

⁴ Diffusione che, peraltro, deve aver generato a sua volta nelle menti degli "antifascisti" l'immagine terrorizzante dell'assedio in grado di contaminare loro stessi: «il nemico è alle porte, insidioso, e forse è già entrato e si annida fra di noi, nella città, il luogo dove l'indicibile è la possibilità che non si distingua più il fuori dal dentro» (Filoni 2014, 83).



Saggi

centemente affermato, «fascista è chi il fascista fa» (Murgia 2018, 7). Questo discorso cozza contro i principi di tipicità e tassatività (con divieto di analogia, specie se *in malam partem*) validi nel diritto penale, come conseguenza dell'art. 25, comma 2 Cost.: non si può ignorare che la XII disposizione finale è norma eccezionale rispetto alla regola che risulta dalla lettura degli artt. 18 e 49, che riconoscono la libertà di associazione e di associarsi in partiti⁵. Ciò deve suggerire cautela e attenzione nell'attività di chi è chiamato ad analizzare i fatti per valutarne l'eventuale natura criminosa.

Pur potendosi ritenere di essere di fronte a «provocazioni intollerabili per qualsiasi repubblica democratica» tanto da ravvisare la necessità di «agire, battersi, prendere l'iniziativa per arginare i pericoli. Disinnescarli prima che lievino diventando difficili da gestire» (Berizzi 2018), l'azione e l'iniziativa non dovrebbero mai farsi orientare dalla paura al punto da perdere di vista i caratteri fondativi del nostro ordinamento. Nato certamente sotto il segno della Resistenza e con una forte tensione antifascista, ma con un canestro di valori e principi che non si possono mai mettere da parte. La loro interpretazione, perfino se volta *ad salutem rei publicae servandam*, non si può fare a cuor leggero o ragionando "in buona sostanza".

⁵ Ruggeri (1993, 53) indica la XII disposizione come caso di "rottura", in quanto "deroga" alla regola generale della libera formazione di partiti politici (art. 49 Cost.), limitata a una classe d'azioni (la riorganizzazione del partito fascista) e operata da una disposizione contenuta nello stesso testo. Parlano di norma «indubbiamente eccezionale in relazione al generale sistema costituzionale di libertà associativa e partitica» Barile e De Siervo (1969, 561). Mortati (1972, 46-47) discorre di «deroga eccezionale [...] rispetto ai principi generali della Costituzione»; altrove (1960, 85-88) richiama il concetto di "rottura". Era per la deroga all'art. 49 e all'art. 21 Pizzorusso (1995, 198-199), il quale insisteva anche sull'assenza di lesioni al principio di uguaglianza; sul punto, cfr. anche il par. 2.2.



2. Partiti, paura e Costituzione, in una democrazia “non protetta”

Tali riflessioni sono, come si diceva, strettamente legate al dettato costituzionale e alle sue letture consolidate. È bene ripercorrere la genesi della XII disposizione finale⁶ della Costituzione italiana, per coglierne le differenze rispetto a norme affini (eppure *diverse*) di altri ordinamenti.

2.1. Genesi della XII disposizione costituzionale

Il comma 1 della XII disposizione («È vietata la riorganizzazione, sotto qualsiasi forma, del disciolto partito fascista») nasce dai confronti iniziati in Assemblea costituente il 25 settembre 1946: nella Prima Sottocommissione della “Commissione dei 75”, il socialista Pietro Mancini propose di scrivere che «Non sono consentite le associazioni a carattere militare e fascista»⁷. La

⁶ Il primo comma non contiene una «disposizione transitoria». Anche volendola considerare tale (in base alla collocazione), sarebbe problematico individuare la “scadenza” della transitorietà: non può applicarsi per analogia (trattandosi di norma eccezionale) il termine massimo di cinque anni previsto per la limitazione *ope legis* dell’elettorato dei capi responsabili del regime fascista (v. il comma 2). Il costituente avrebbe potuto indicare un lasso di tempo come ha fatto altrove: l’assenza di indicazioni è significativa. Negava De Siervo (1975, 3267) che la dottrina, pure dopo l’entrata in vigore della Costituzione, avesse mai chiaramente avanzato l’ipotesi di una norma «addirittura di valore transeunte».

⁷ Ass. Cost., Commissione per la Costituzione – 1ª Sottocommissione, 25 settembre 1946, sed. n. 13, pp. 125-127 (res. somm.). La proposta si tradusse in una modifica alle deroghe alla libertà di associazione (riguardanti per i relatori solo le associazioni a carattere militare), volta a esplicitare una «manifestazione verbale antifascista» (da non evitare come se avesse potuto «destare preoccupazioni o allarmi») e a scongiurare il rischio che, vietando espressamente le (sole) associazioni militari, qualcuno potesse ricavarne la legittimità di quelle fasciste (per Mancini il divieto avrebbe dovuto riguardare le «associazioni a caratte-



Saggi

discussione però si svolse soprattutto il 19 novembre 1946: Palmiro Togliatti, accettando il testo di Lelio Basso alla base dell'art. 49 Cost., ma credendo che l'obbligo di organizzarsi «democraticamente» dovesse bloccare solo «movimenti politici già esistenti», suggerì di precisare «che è proibita, in qualsiasi forma, la riorganizzazione di un partito fascista, perché si deve escludere dalla democrazia chi ha manifestato di essere il suo nemico»; il politico comunista precisò di riferirsi a «un fatto preciso storicamente determinato. Il partito fascista ha dimostrato di voler distruggere le libertà umane e civili del cittadino ed ha portato il Paese alla rovina», così gli si doveva negare «il diritto all'esistenza»⁸.

Dall'inizio, tuttavia, si ritenne problematico per il legislatore «definire quale sia un partito fascista», col rischio che una formula costituzionale troppo vaga lasciasse al Parlamento «la possibilità di commettere arbitri

re fascista o neofascista, che vanno profilandosi sul nostro orizzonte politico»; timore condiviso da Ottavio Mastrojanni dell'Uomo Qualunque). Mancini poi desistette, ritenendo sufficienti le «affermazioni di perfetta fede antifascista» ricevute dai colleghi, ma gli altri membri avevano bocciato la proposta: il presidente della sottocommissione Umberto Tupini (Dc) temeva che il testo potesse produrre «interpretazioni discordanti e contraddittorie»; per Concetto Marchesi (Pci) vietare genericamente le «associazioni a carattere fascista» poteva dare «al fascismo autentico e sostanziale il permesso di associarsi»; per Camillo Corsanego (Dc) non si doveva dare al fascismo «l'onore di essere citato nella futura Costituzione italiana» (timore condiviso dal liberale Roberto Lucifero, sostenitore di una Costituzione a-fascista). Ciò forse spiega la scelta di porre il divieto di riorganizzazione fuori dal corpo della Carta; autorevole dottrina (Tarchi 1995, 1 e 11 ss.) ha però precisato che tutte le disposizioni «devono essere considerate come parte integrante della Costituzione stessa», né l'uso di una diversa numerazione ne riduce il valore giuridico.

⁸ Ass. Cost., Commissione per la Costituzione – 1ª Sottocommissione, 19 novembre 1946, sed. n. 39, p. 403 (res. somm.).



Saggi

a danno di qualsiasi partito»⁹; ciò benché lo stesso relatore Basso ritenesse opportuno «non [...] lasciar passare l'occasione per fare una delle poche affermazioni concrete e innovatrici della Costituzione», marcando una netta cesura con ciò che aveva preceduto l'avvento della Repubblica¹⁰.

Giuseppe Dossetti (Dc) sottolineò i timori che il divieto di riorganizzare «un partito fascista» potesse consentire esclusioni «in senso opposto a quello che oggi si vuole intendere, e con fini che non hanno niente a che vedere con quella cesura e con quella totale condanna del fascismo» accettata dalla Commissione¹¹. Togliatti si premurò così di circoscrivere il rife-

⁹ V. l'intervento di Giorgio La Pira *ibidem*. Era dubbioso sulla proposta di Togliatti (pur condividendola) il demolaburista Mario Cevolotto, ritenendo il divieto troppo legato a un fatto contingente e già compreso nella richiesta di un'organizzazione partitica democratica («Poiché il partito fascista è nella sua struttura essenzialmente antidemocratico, viene escluso automaticamente dai partiti riconosciuti»); riteneva inutile il testo di Togliatti Carmelo Caristia (Dc), convinto che, in caso di sua «risurrezione», il partito fascista «evidentemente si presenterebbe sotto un'altra forma, non di un partito unico e militarista, ma se mai di un partito estremamente conservatore, a cui non si potrebbe negare il diritto di esistere, quando si ammette [...] tale diritto per un partito anarchico».

¹⁰ Ivi, p. 404. Per Basso «finora, in Italia, ci si è preoccupati di assicurare la continuità giuridica dello Stato, evitando ogni aperta condanna del fascismo» (idea condivisa da Dossetti), forse per la paura che la parte rilevante di cittadini e funzionari pubblici che aveva avuto un ruolo nel regime fascista potesse essere esclusa nell'Italia repubblicana (con conseguente «paralisi» pubblica o con il rischio di tensioni e sommosse, magari approfittando di supposte «soluzioni di continuità» nell'ordinamento), ma questo aveva «prodotto la situazione di disagio in cui si trova il paese», per cui era necessario chiarire in Costituzione che «tutto ciò che è stato fascista è condannato», così che il popolo «abbia la sensazione precisa che la Repubblica segna una data nuova nella storia d'Italia».

¹¹ Com'è noto, Dossetti, in sintonia con La Pira («vi è chi crede perfino di ravvisare le sembianze del fascismo proprio nel partito comunista»), fece discretamente, ma nettamente pesare i dubbi sulla democraticità interna del Pci per l'organizzazione in base al centrali-



Saggi

rimento al partito fascista «quale si è manifestato nella realtà politica del Paese dal 1919 al 1943»: per evitare interpretazioni equivocate, accettò di modificare il suo testo (accogliendo la riformulazione di Dossetti) in «è proibita la riorganizzazione, sotto qualsiasi forma, *del* partito fascista».

Il testo, votato all'unanimità in Sottocommissione¹², divenne il comma 1 della prima delle «Disposizioni finali e transitorie»¹³ nel Progetto di Co-

smo democratico e gli equivoci sulla "dittatura del proletariato" – non a caso, Marchesi e Togliatti avevano avversato il testo dell'articolo sulla libertà di associarsi in partiti proposto da Umberto Merlin e Pietro Mancini per evitare che potesse ritorcersi (anche) contro i comunisti: «non saranno i Commissari ad interpretare i termini della formula in discussione, ma altri uomini politici i quali, quando si trovassero di fronte ad un partito comunista non più governato dall'onorevole Togliatti, il quale oggi può richiamarsi ai suoi 25 anni di antifascismo, potrebbero ritenere che esso nel suo indirizzo riproducesse il partito fascista, e volessero sopprimerlo proprio in base alla formula proposta dall'onorevole Togliatti». Questi si limitò a dire che ogni altro partito avrebbe potuto «essere ricondotto sotto la figura del partito fascista attraverso disquisizioni dialettiche», per cui lui non aveva preteso di «definire il contenuto di un movimento o di un partito fascista».

¹² Ivi, p. 406.

¹³ In questa fase la sezione, che inizia col divieto di riorganizzare il partito fascista, sia rubricata «Disposizioni finali e transitorie»; alla fine i primi testi riguardano i primi anni dopo l'entrata in vigore della Carta e i termini s'invertono («Disposizioni transitorie e finali»). Non essendo transitorio il divieto di riorganizzazione del partito fascista, il liberale Piero Calamandrei espresse dubbi sulla collocazione («può essere transitorio il nome "fascismo", ma voi capite che non si troveranno certamente partiti che siano così ingenui da adottare di nuovo pubblicamente il nome fascista per farsi sciogliere dalla polizia»): Ass. Cost., 4 marzo 1947, sed. n. 49, p. 1753 (res. sten.). Propose di spostare la disposizione tra i diritti e doveri il socialista Gustavo Ghidini, poiché quasi tutte le «disposizioni finali e transitorie» risolvevano «situazioni che non hanno carattere di immanenza»: Ass. Cost., 8 marzo 1947, sed. n. 55, p. 1753 (res. sten.). Se Ruini (1951, 274) si assunse la responsabilità della posizione attuale, Luciani (1991, 187-188) riconduce condivisibilmente la collocazione al di fuori degli articoli, più che al non voler citare il fascismo nel corpo della Carta, alla «garan-



Saggi

stituzione, quasi uguale all'attuale XII disp., comma 1 (la riorganizzazione da «proibita» sarebbe divenuta «vietata»)¹⁴; nel Progetto il "Comitato dei 18" inserì l'aggettivo «disciolto», ma il dibattito sull'aggiunta non figura nei resoconti. Chi stese il testo da sottoporre all'Assemblea volle così precisare che era vietato *quel* partito fascista (magari con altro nome ma con uguali metodi), non formazioni affini (v. pure D'Elia 2006)¹⁵.

Dalla XII disposizione, quindi, per i costituenti non poteva discendere una norma che sbarrasse genericamente la strada a partiti autoritari. Quel testo era poi coerente – come segnalato da Togliatti¹⁶ – con le previsioni

zia reciproca nei confronti del futuro» che tutti i partiti (non solo il Pci) tenevano in conto, non avendo approvato proposte di controllo pubblico sugli statuti. Di scelta frutto di un atteggiamento "presbite" del costituente, più rivolto al futuro che al passato, scrive D'Elia (2006); di posizione dovuta a «mera opportunità redazionale» parlò De Siervo (1975, 3271).

¹⁴ Il 5 dicembre 1947 la disposizione (rimasta la prima finché, quello stesso giorno, venne inserita in apertura del *locus* l'attribuzione al Capo provvisorio dello Stato delle funzioni e del titolo del Presidente della Repubblica) fu approvata. Non pare che le proposte di spostarla si siano tradotte in emendamenti: v. Ass. Cost., 5 dicembre 1947, pom., sed. n. 321, p. 1753 (res. sten.). Blando (2014, 8) sottolinea il «silenzio eloquente, carico di valenze politiche» nel quale l'Assemblea costituente approvò il testo in tale collocazione.

¹⁵ Calamandrei – Ass. Cost., 4 marzo 1947, sed. n. 49, p. 1754 (res. sten.) – riteneva che si dovesse «definire [...] quali sono i caratteri che un partito deve avere per non cadere sotto quella denominazione e per corrispondere invece ai requisiti che i partiti devono avere in una Costituzione democratica», identificando «la organizzazione militare o paramilitare», «il programma di violenze contrario ai diritti di libertà», «il totalitarismo e la negazione dei diritti delle minoranze»; segnalò poi l'opportunità di individuare un organo con adeguate garanzie «giuridiche e politiche» (magari una sezione della Corte costituzionale) per controllare la repressione di quei caratteri, evitando che le autorità politiche potessero discrezionalmente «impedire la vita di un partito in sé sinceramente democratico».

¹⁶ Ass. Cost., Commissione per la Costituzione – 1ª Sottocommissione, 19 novembre 1946, sed. n. 39, p. 404 (res. somm.).



Saggi

delle Condizioni aggiuntive di armistizio con l'Italia (firmate il 29 settembre 1943 nelle acque di Malta)¹⁷ e del Trattato di pace fra l'Italia e le Potenze Alleate ed Associate (firmato a Parigi il 10 febbraio 1947, discusso nei contenuti alla Conferenza di pace parigina, terminata prima che la Sottocommissione elaborasse la disposizione)¹⁸. Le condizioni imposte dai vincitori della guerra (Lanchester 2007) contribuirono a redigere una Costituzione antifascista: essa, come chiesto dal Trattato, voleva evitare che entro la libertà di associazione politica¹⁹ si organizzasse qualunque soggetto volto a «privare il popolo dei suoi diritti democratici»²⁰, ma poneva l'accento solo sul pericolo sentito più vicino dai costituenti (nel timore che potesse riprendere corpo), dando luogo all'unidirezionalità della XII disp. Cost.

¹⁷ Punto n. 30: «Tutte le organizzazioni fasciste, compresi tutti i rami della milizia fascista (MVSN), la polizia segreta (OVRA) e le organizzazioni della Gioventù Fascista saranno, se questo non sia già stato fatto, sciolte in conformità alle disposizioni del Comandante Supremo delle Forze Alleate. Il Governo italiano si conformerà a tutte le ulteriori direttive che le Nazioni Unite potranno dare per l'abolizione delle istituzioni fasciste, il licenziamento ed internamento del personale fascista, [...], la soppressione della ideologia e dell'insegnamento fascista». Si prevede anche l'arresto di persone sospettate di aver commesso delitti di guerra o reati analoghi (n. 29) e l'abrogazione di tutte le leggi fasciste, specie se implicanti «discriminazioni di razza, colore, fede od opinione politica» (n. 31).

¹⁸ Art. 17: «L'Italia, la quale, in conformità dell'articolo 30 della Convenzione di Armistizio, ha preso misure per sciogliere le organizzazioni fasciste in Italia, non permetterà, in territorio italiano, la rinascita di simili organizzazioni, siano esse politiche, militari o militarizzate, che abbiano per oggetto di privare il popolo dei suoi diritti democratici». L'Assemblea costituente ratificò il trattato con la legge 2 agosto 1947, n. 811.

¹⁹ Sulle decisioni della Costituente in materia di partiti nel più ampio contesto della libertà di associazione, cfr. Brunelli (1991, 157-204) e Gemma (1993, 81-113, spec. 106-113).

²⁰ Di approccio liberale rimasto «imbrigliato dalle scelte internazionali prese nel 1947» parla Nicotra (2007, 94).



(Pezzini 2011, 1387)²¹, da alcuni letta come limite esplicito alla revisione costituzionale (Grasso 2002, 520).

2.2. Le norme attuative e la giurisprudenza costituzionale

La legge 3 dicembre 1947, n. 1546 («Norme per la repressione dell'attività fascista e dell'attività diretta alla restaurazione dell'istituto monarchico») punì il tentativo di «ricostituzione del disciolto partito fascista» (art. 1)²², a XII disp. Cost non ancora approvata; si attuò quest'ultima nella prima Legislatura con la legge 20 giugno 1952, n. 645 («Norme di attuazio-

²¹ Parlano di norma «non polivalente» Barile (1961, 22), Vinciguerra (1967), De Siervo (1975, 3271), D'Elia (2006), nonché Manna (1991, 139), che parla di «*espressa* opzione ideologica». Di «necessità di una più energica tutela della nuova democrazia italiana rispetto alle residue, ma non esigue, forze di un passato duro a morire» parlò Bellomia (1973, 1672); il citato De Siervo (1975, 3276-3277) estese però il divieto a ogni forma «di regime totalitario di massa» (che finirebbe per forza per recuperare parte dell'esperienza fascista), «pur nell'ipotetico formale rispetto dei procedimenti legislativi e di revisione costituzionale».

²² Si parlava di «ricostituzione» (concetto più specifico e tecnico rispetto a quello di «riorganizzazione») avendo il r.d.l. 2 agosto 1943, n. 704 soppresso il Partito nazionale fascista; altre fonti avevano soppresso organi e strutture, nonché iniziato l'epurazione delle istituzioni, proseguita con decreti luogotenenziali (come il d.lgs.lgt. 26 aprile 1945, n. 195, che all'art. 1 puniva chiunque avesse ricostituito «sotto qualsiasi forma o denominazione» il partito fascista, l'avesse promosso o vi avesse aderito). La legge n. 1546/1947 – che all'art. 1 puniva il perseguimento dei fini del partito fascista da parte di partiti e movimenti «per l'organizzazione militare o paramilitare o per l'esaltazione o l'uso di mezzi violenti di lotta», seguendo quasi *in toto* le indicazioni di Calamandrei – aveva previsto i reati di «attività fascista» volta a impedire od ostacolare l'esercizio dei diritti dei cittadini (art. 3), di istigazione a commettere i delitti previsti (art. 6), l'esaltazione pubblica delle persone e delle «ideologie proprie del fascismo» o le manifestazioni pubbliche di carattere fascista (art. 7) e lo scioglimento dell'associazione riconosciuta come ricostitutiva (art. 10).



Saggi

ne della XII disposizione transitoria e finale (comma primo) della Costituzione»). Essa definì la riorganizzazione del disciolto partito fascista (art. 1), prevedendo lo scioglimento (con confisca dei beni) dell'associazione o movimento artefice della riorganizzazione, accertata quest'ultima con sentenza (art. 3)²³; introdusse poi i reati di apologia del fascismo (art. 4) e di manifestazioni fasciste (art. 5), per punire l'esaltazione in pubblico di «esponenti, principi, fatti o modi del fascismo oppure le finalità antidemocratiche proprie del partito fascista» e il compimento in pubblico di «manifestazioni usuali al partito fascista» (compreso il “saluto romano”).

Pur formulata in modo generale e astratto, la legge²⁴ è stata vissuta *ab initio* come volta a colpire il Movimento sociale italiano: lo credevano gli interessati²⁵, i proponenti (*in primis* il ministro dell'interno Mario Scelba)²⁶,

²³ Lo scioglimento, peraltro, non richiede – e lo stesso poteva dirsi per la legge del 1947 – che la sentenza di accertamento sia passata in giudicato.

²⁴ Il d.d.l. (A.S. 1396, «Norme per la repressione dell'attività fascista») fu presentato il 30 novembre 1950 dal presidente del Consiglio De Gasperi «di concerto con tutti i ministri».

²⁵ Cfr. gli interventi in Senato di Enea Franza (eletto con Democrazia del lavoro, passato nel 1948 al Msi) per proporre una pregiudiziale di costituzionalità sull'intero testo (A.P., Senato della Repubblica, I Legislatura, 18 gennaio 1952, sed. n. 747, pp. 29873-29877 – res. sten.) e durante la discussione generale (Ivi, pp. 29881-29896), nonché l'articolata relazione di minoranza di Giorgio Almirante a Montecitorio (A.P. Camera dei Deputati, Relazione della I Commissione permanente – n. 2549-A, 9 maggio 1952, pp. 9-65, spec. 62 ss.).

²⁶ V. il suo intervento nella discussione generale sul d.d.l. (A.P., Senato della Repubblica, I Legislatura, 25 gennaio 1952, sed. n. 752, pp. 30125-30135 – res. sten.). Pur ammettendo che «il fascismo, che questa legge vuole reprimere, sta lontano dalle aule parlamentari» (ma precisando che «nel Paese vi sono fascisti e simpatizzanti del fascismo!»), Scelba riconobbe che il disegno di legge «non fu il portato di una improvvisazione, bensì il risultato di una serie di fatti che si imposero all'attenzione del Governo e contro i quali si era già reso necessario prendere precisi provvedimenti». Il Governo il 18 marzo 1950 aveva vietato i



i sostenitori della proposta nelle aule parlamentari e autorevoli interpreti²⁷.

Ogni commento della disposizione costituzionale e delle sue norme attuative, tuttavia, non può prescindere dagli interventi che la Corte costituzionale, nei suoi primi anni di attività, operò dopo l'entrata in vigore della "legge Scelba". Tra gennaio e giugno del 1956, infatti, la Consulta fu investita di tre questioni di legittimità relative all'intera legge n. 645/1952 e al suo art. 4: le norme erano state indubbiamente ritenendo che avessero travalicato la XII disp. fin. Cost., contrastando con l'art. 21. Nella prima decisione del 1957²⁸, la Corte respinse la questione notando che l'apologia del

comizi del Msi «assumendosi tutta la responsabilità dell'atto», per poi denunciare il partito (ravvisando apertamente nel suo atteggiamento «gli estremi del delitto previsto dalla legge del 1947») e vietarne il congresso nell'ottobre del 1950, dopo vari attentati alle sedi di partiti, ambasciate e ministeri, manifestazioni neofasciste, la nascita di associazioni «combattentistiche all'insegna della repubblica di Salò, con scopi e finalità [...] non esclusivamente assistenziali, con programmi di rivendicazioni non precisamente economiche, ma di carattere politico», fino ai comizi del Msi seguiti puntualmente da «una denuncia per apologia del fascismo». Ciò avrebbe pregiudicato la politica estera del Governo, generando dubbi sulla democraticità dell'Italia, col sospetto che «il fascismo potesse tornare a riprendere piede e che la democrazia non avesse né la volontà né la capacità di impedirlo».

²⁷ Il comitato promotore di un convegno sull'attuazione della XII disposizione finale, svoltosi a Firenze il 2 luglio 1961, aveva lamentato come la "legge Scelba", «per quanto esplicitamente diretta [...] allo scioglimento del M.S.I.», non fosse stata applicata in nove anni di vigenza «malgrado sempre più scoperti atteggiamenti di quel partito». V. l'invito del comitato, cui apparteneva pure Paolo Barile, alle pp. 7 e 8 del volume *Un adempimento improrogabile*, che raccoglie gli atti del convegno. Cfr. l'intervento di Boniforti (1961, 14).

²⁸ Corte cost., 16-26 gennaio 1957, n. 1. Il «considerato in diritto» si apre con la dichiarazione di infondatezza della questione relativa all'intera legge per il presunto mancato rispetto dell'art. 138 Cost.: la "legge Scelba", infatti, non è una legge di revisione costituzionale o un'altra legge costituzionale, ma una semplice legge ordinaria.



Saggi

fascismo penalmente rilevante doveva consistere «non in una difesa elogiativa, ma in una esaltazione tale da potere condurre alla riorganizzazione del partito fascista», da considerare «non già in sé e per sé, ma in rapporto a quella riorganizzazione, che è vietata dalla XII disposizione»²⁹.

Più approfondita apparve la successiva sentenza n. 74/1958³⁰, originata anche allora da tre questioni sollevate in altrettanti giudizi relativi a casi di manifestazioni fasciste (due saluti romani e un porto di camicia nera), nelle quali si era messa in dubbio la rispondenza dell'art. 5 della legge n. 645/1952 alla XII disp. fin. Cost. e all'art. 21 Cost.

Per la Corte il divieto *ex* XII disp. non doveva considerarsi «quasi come un divieto penale, costretto, nella interpretazione, entro i limiti della sua formulazione», ma «come norma costituzionale che enuncia un principio o indirizzo generale, la cui portata non può stabilirsi se non nel quadro inte-

²⁹ La motivazione era «assai succinta» (Vassalli 1957, 2), se non connotata da «una stringatezza sconcertante e nient'affatto persuasiva» (Bon Valsassina 1957a, 952). La sentenza qualificò correttamente la fattispecie di apologia del fascismo come di «istigazione indiretta a commettere un fatto rivolto alla detta riorganizzazione e a tal fine idoneo ed efficiente», come dimostrerebbe lo stesso art. 414 c.p. (che prevede l'istigazione a delinquere) nel delineare l'ipotesi di apologia di uno o più delitti. Ciò basta, per la Corte, per delegittimare «il raffronto, che è stato dedotto, tra l'art. 4 della legge n. 645 del 1952 e l'art. 21» Cost. Notò carenze motivazionali sul piano logico Bon Valsassina (1957a): considerando che il fascismo è un episodio passato, «Come può essere pensata l'istigazione... a fare la storia di ieri?», così come sarebbe mancata un'adeguata giustificazione della «singolare limitazione del diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero»; di più, la distinzione tra «difesa elogiativa» ed «esaltazione» sarebbe priva di pregio, perché il tentativo di riorganizzare il partito fascista «non appare affatto legato al tono o al grado dell'esaltazione» (la Corte, anzi, avrebbe «incidentalmente espresso l'opinione, che vi sono casi di apologia i quali non costituiscono reato», cosa che nei fatti si sarebbe in qualche modo verificata).

³⁰ Corte cost., 25 novembre - 6 dicembre 1958, n. 74.



Saggi

grale delle esigenze politiche e sociali da cui fu ispirata». L'interpretazione doveva essere estensiva, non potendosi considerare solo «gli atti finali e conclusivi della riorganizzazione, del tutto avulsi da ogni loro antecedente causale», ma «ogni comportamento che, pur non rivestendo i caratteri di un vero [...] atto di riorganizzazione, fosse tuttavia tale da contenere in sé sufficiente idoneità a produrre gli atti stessi»: nel divieto dovevano includersi pure situazioni «di mero pericolo», come ha fatto la “legge Scelba”.

Pur proseguendo tale lettura, la pronuncia limitò l'anticipo di tutela rispetto ai concreti atti organizzativi. Per la Corte non era punibile «qualunque parola o gesto, anche il più innocuo, che ricordi comunque il regime fascista e gli uomini che lo impersonarono ed esprima [...] 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»: lo erano «quelle manifestazioni usuali del disciolto partito che [...] possono determinare il pericolo che si è voluto evitare», ricadendo il resto nell'ambito dell'art. 21 Cost. La «manifestazione fascista», pubblica per natura, doveva «trovare nel momento e nell'ambiente in cui è compiut[a] circostanze tali, da renderl[a] idone[a] a provocare adesioni e consensi ed a concorrere alla diffusione di concezioni favorevoli alla ricostituzione di organizzazioni fasciste».

A sostegno della sua tesi, il giudice delle leggi richiamò una decisione della Corte di cassazione in tema di manifestazioni fasciste emessa pochi mesi prima³¹: il Supremo collegio aveva dichiarato manifestamente infondata un'eccezione d'incostituzionalità di tutta la legge n. 645/1952 (e

³¹ Cass., sez. III pen., 16 gennaio 1958, in *Foro it.*, n. 2/1959, coll. 20-24 (la rivista non indica il numero della sentenza, che forse allora non era in uso).



Saggi

dell'art. 5) sulla base della sentenza n. 1/1957 della Corte costituzionale, dopo la quale le disposizioni della legge indubbiata avrebbero dovuto essere lette e applicate «secondo lo spirito della Costituzione». La Cassazione si era però spinta oltre, ritenendo che quel criterio dovesse valere «anche quando non trattasi di atti che integrino vera e propria apologia del fascismo ma si esauriscono in manifestazioni come il canto degli inni fascisti»: anche tali manifestazioni di carattere apologetico dovevano «essere sostenute, per ciò che concerne il rapporto di causalità fisica e psichica, dai due elementi della idoneità ed efficacia dei mezzi rispetto al pericolo della ricostituzione del partito fascista e che, quando questi requisiti sussistono, l'ipotesi di cui all'art. 5 [...] è costituzionalmente legittima». Alla base, per la Suprema Corte, c'era la stessa *ratio* dell'art. 4: evitare «il ritorno a qualsiasi forma di regime in contrasto con i principi e l'assetto dello Stato».

Il richiamo di questa sentenza si presta a una duplice lettura. Il richiamo anche per l'art. 5 della “legge Scelba” dei canoni di idoneità ed efficacia dei mezzi rispetto al pericolo della ricostituzione del partito fascista sembra restringere la portata della norma punitiva: in assenza di determinate condizioni la manifestazione fascista, come l'apologia del fascismo, non sarebbe punibile (Siniscalco 1959, 169-170). Il fatto però che la Consulta avesse citato una decisione che confermava il ragionamento fatto in seconde cure per condannare gli imputati per il reato di manifestazioni fasciste³² indusse au-

³² Non è noto il contenuto della sentenza di secondo grado (non pubblicata); gli stralci della pronuncia di Cassazione resi pubblici non consentono di ricostruire la dinamica dei fatti (al di là del canto degli inni fascisti, non sono note le circostanze dell'episodio), ma fanno emergere il giudizio di condanna. Sembrava però attribuire una «interpretazione riduttiva» già a questa sentenza di legittimità Pizzorusso (1995, 200).



Saggi

torevole dottrina a mettere in guardia dal considerare le manifestazioni fasciste «illegittime e punite non “solo se” ma “perché” creano un fatto obiettivo pericoloso: il pericolo della ricostituzione del partito fascista» (Esposito 1958, 959)³³: ciò infatti avrebbe potuto far pensare che «ogni atto che creasse obiettivo pericolo di ricostruzione del partito fascista fosse vietato o punibile a termini della XII» disposizione³⁴.

Al netto dell'ultima lettura – legata a un'altra paura, quella di chi si trovasse in balia della discrezionalità dello Stato o dei giudici nell'applicare una fattispecie che, in Assemblea costituente, aveva trovato d'accordo gli eletti – se ci furono condanne per apologia del fascismo e manifestazioni fasciste (anche dopo i ricordati interventi della Consulta)³⁵, in quegli anni non se ne ebbe alcuna per il delitto di riorganizzazione del partito fascista *ex art. 1* della “legge Scelba”³⁶; crebbe intanto in una parte

³³ L'autore lamentò come la XII disposizione, così, sarebbe stata sostanzialmente riformulata come «Deve essere impedita in ogni modo la ricostituzione del P.N.F. e perciò può essere punito ogni atto che crei obiettivamente, quali che ne siano le intenzioni, il pericolo di tale partito»: una correzione lontana da una «mera interpretazione estensiva» e, dunque, non consentita alla Corte, tenuta a rispettare l'art. 12 delle Preleggi. Assai di recente Vigevari (2019, 5) riconduce le osservazioni di Esposito alla libertà di manifestazione del pensiero *ex art. 21* Cost., non potendosi qualificare la XII disp. fin. come «norma volta a definire chi abbia o non abbia il diritto di parola nel nostro ordinamento».

³⁴ Temeva che i giudici, dopo la sent. n. 1/1957 (letta senza la necessità di valutare caso per caso il legame tra apologia e perseguimento di fini riorganizzatori), si sentissero «liberi d'interpretare l'art. 4 nel senso più rigoroso e vessatorio» Bon Valsassina (1957a, 954).

³⁵ Per una rassegna di decisioni seguenti alle sentenze del 1957 e 1958, v. Moech (1958).

³⁶ Eppure poche pronunce, condannando militanti o simpatizzanti del Msi per altri reati – come Trib. Milano, sez. fer. pen., 4 agosto 1960, n. 1431, sulla devastazione della sede del Partito radicale a Milano – avevano stigmatizzato l'appartenenza o la vicinanza dei rei a un partito «la cui ideologia si ricollega direttamente a quella di un disciolto par-



Saggi

significativa della sfera pubblica e politica il timore che sempre il Movimento sociale italiano potesse con azioni violente imprimere al Paese una svolta autoritaria, riportando indietro l'orologio della storia³⁷.

Nella III Legislatura si aprì una prima riflessione sull'attuazione della XII disposizione, sulla spinta di chi non aveva ritenuto abbastanza efficace la "legge Scelba" per prevenire l'azione di soggetti quali il Msi o "disinnescare", prevedendo lo scioglimento, la minaccia percepita alla stabilità dell'ordinamento. Al Senato Ferruccio Parri (già azionista, allora indipendente eletto nel Psi) presentò un progetto di legge³⁸, volto

tito politico, la cui azione sistematica, specie nelle origini, fu improntata ad intolleranza ideologica, a violenza verso gli antagonisti, a violazione di ogni libertà individuale, specie quella del pensiero, a soppressione delle garanzie statutarie, ad assolutismo totalitario». Il riferimento al partito fascista fu solo evocato, senza riferimenti espliciti.

³⁷ I timori si acuirono quando, nel 1960, Fernando Tambroni varò un governo Dc con l'appoggio esterno dei missini, determinante per la fiducia alla Camera. Ciò aprì una fase di «ostentata provocazione» (Boniforti 1961, 15) da parte del Msi, col noto episodio dell'indizione del congresso – poi non celebrato – a Genova, città medaglia d'oro della Resistenza (e le proteste, con disordini macchiati di sangue, a Genova, Roma, Palermo e Reggio Emilia), fino alle dimissioni del governo Tambroni; le azioni missine però non cessarono.

³⁸ A.S., III Legislatura, n. 1125, «Scioglimento del Movimento sociale italiano in applicazione della norma contenuta nel primo comma della XII disposizione transitoria e finale della Costituzione», comunicato il 12 luglio 1960. Il volume *Un adempimento improrogabile* (pp. 126-130) riporta il testo: nella relazione Parri si disse convinto che il Msi avesse una o più caratteristiche «atte a farlo considerare una reincarnazione del partito fascista». Ricordati vari episodi a sostegno della sua tesi (e preso atto con preoccupazione che nessun giudice aveva dichiarato la riorganizzazione del partito fascista e con stupore che il Governo non aveva ritenuto di dover agire per decreto), chiese al Parlamento di sciogliere per legge il partito, «il più temerario tentativo contro lo spirito e i fondamenti delle istituzioni democratiche nate dalla vittoria sul fascismo», senza che «[l]a lunga tolleranza concessa dai pubblici poteri al nuovo fascismo» potesse costituire «un titolo di legittimità».



Saggi

espressamente – nel suo unico articolo, oltre a quello finale sull'entrata in vigore – a sciogliere il Msi a norma della XII disposizione.

L'iter della proposta fu però accidentato *ab initio*: i lavori concitati in I Commissione si chiusero con una relazione di maggioranza che proponeva di non passare agli articoli. Essa contestava l'idea che il Parlamento e i partiti potessero trasformarsi in giudici nei confronti dei partiti che intendono sciogliere (rischiando di ricadere in situazioni simili a quelle del fascismo) e individuava alcuni ostacoli giuridici. Si giudicava opportuno mantenere separati i poteri, evitando di legiferare interferendo con la magistratura autonoma e indipendente (nel valutare la legittimità della condotta di un partito) e col governo (che non aveva ancora ravvisato casi straordinari di necessità e di urgenza): ciò per evitare «una legge-sentenza» o «una legge-provvedimento», speciale, concreta e dal «particolare carattere politico»³⁹.

Benché la relazione di minoranza avesse contestato i rilievi mossi dalla maggioranza⁴⁰, il Senato decise – secondo l'invito della Commissione – di

³⁹ A.P., Senato della Repubblica, III Legislatura, I Commissione, n. 1125-A, pp. 3-6 (relazione di maggioranza presentata il 9 maggio 1961 dal relatore Dc Mario Zotta).

⁴⁰ Ivi, pp. 7-14 (relazione di minoranza presentata il 10 maggio 1961 da Luigi Renato Sansone - Psi e Pietro Secchia - Pci); alla relazione – in cui si sosteneva che il Parlamento aveva titolo per intervenire con legge, senza invadere lo spazio dei magistrati (non essendo prevista in Costituzione una riserva di giurisdizione) e del Governo, pur in presenza di una legge precedente e che, anzi, era giusto che il Parlamento si prendesse la responsabilità di un giudizio politico che nessun giudice si era sentito competente a dare – erano allegati vari interventi di missini sui quotidiani tacciabili di fascismo, l'elenco delle richieste di autorizzazione a procedere per i parlamentari Msi legate a reati fascisti, una lista di fatti violenti attribuiti a esponenti del partito e l'indicazione dei trascorsi fascisti dei dirigenti missini. Presentate le relazioni, si organizzò il convegno fiorentino di cui alla nota n. 26: v. gli interventi di Barile, Bianchi d'Espinosa, Piccardi e Predieri (1961).



Saggi

non passare all'esame degli articoli del progetto, ritenendo di non poter affidare «ad un organo politico come le Assemblee legislative il giudizio sulla legittimità di un partito ai sensi delle norme costituzionali; e nella convinzione che sia sommamente opportuno attribuire siffatti giudizi alla competenza della Corte costituzionale, organo particolarmente idoneo»⁴¹. Né in quella legislatura né nelle successive, però, si arrivò mai a questa soluzione, che incontrava il favore di larga parte della dottrina, ma avrebbe richiesto un intervento con legge costituzionale: questo rafforzò il sospetto che i partiti mal considerassero l'idea che per loro mano fosse sciolta una formazione concorrente (con conseguenze potenzialmente non prevedibili, a partire dall'eventualità che un analogo partito rinascesse con altro nome e richiedendo la riattivazione del faticoso procedimento)⁴² e che, in fondo, intendimento non dichiarato del legislatore fosse non arrivare ad alcuno scioglimento (Piccardi 1961, 51; Predieri 1961, 87).

Nel 1973 la Corte costituzionale, decidendo su un lamentato contrasto dell'art. 5 della "legge Scelba" con gli artt. 17, 21 e 25 Cost., nonché con la

⁴¹ A.P., Senato della Repubblica, III Legislatura, 30 novembre 1961, sed. n. 505 (pom.), p. 23405 ss. (res. sten.). La mozione, presentata da Antonio Gava e altri senatori Dc, venne approvata con 124 voti favorevoli, contro 93 voti contrari. In precedenza, lo stesso governo Fanfani III si era detto contrario alla proposta Parri (sostenendo la necessità di lasciare alla magistratura il compito di accertare in prima battuta la riorganizzazione del partito fascista) per bocca del ministro dell'interno, che era ancora Mario Scelba (Ivi, pp. 23385-23392).

⁴² Ciò anche a non voler insinuare che a certi partiti potesse ripugnare l'idea di sciogliere una formazione politica votata alle elezioni da un numero rilevante di cittadini e che aveva ottenuto eletti in Parlamento, in almeno due casi determinanti per far sorgere un governo o mantenerlo in vita. Una decisione simile avrebbe, per alcuni, compromesso il clima di "pacificazione" cui si lavorava dal 1945 per lasciare il passato alle spalle: ne danno amara testimonianza Barile e De Siervo (1968, 544) e Somma (2008, 111 ss.).



Saggi

stessa XII disposizione⁴³, ribadì la posizione degli anni '50. Dire che il testo puniva le manifestazioni fasciste senza riferirsi alla loro potenzialità riorganizzativa del partito non considerava che l'articolo era inserito in una legge la cui *ratio* era attuare la XII disposizione: a norma di questa – come notato nella sentenza n. 74/1958 – si volevano vietare e punire solo «quelle manifestazioni che, in relazione alle circostanze di tempo, di luogo e ambiente in cui si svolgono e per le loro obbiettive caratteristiche, siano comunque idonee a far sorgere la situazione di pericolo di ricostituzione del partito» (ciò bastava a far ritenere infondata la censura rispetto all'art. 25, comma 2 Cost.); allo stesso modo, sarebbero state legittime le limitazioni poste dalla XII disposizione all'esercizio delle libertà *ex* artt. 17 e 21 Cost.

Si possono ora fare considerazioni approfondite sulla XII disposizione e sulle norme attuative. L'intenzione dei costituenti fu netta: anche se, come si è autorevolmente notato, «gli autori della Costituzione furono antifascisti che recuperarono l'eredità del fascismo, oltre a sviluppare e codificare ideali e proposte dell'età liberale» (Cassese 2018, 30), allora era forte la concezione dell'antifascismo e della stessa XII disposizione

⁴³ Corte cost., 14-27 febbraio 1973, n. 15. L'anno successivo sarebbe stata sottoposta a sindacato di legittimità un'altra disposizione della "legge Scelba" (l'art. 7, relativo alla competenza e ai procedimenti): Corte cost., 7-12 novembre 1974, n. 254 avrebbe dichiarato le questioni infondate. Identico esito aveva avuto la questione sollevata nel 1971 circa l'intera legge n. 645/1952, per contrasto con l'art. 138 Cost. (per il mancato rispetto del procedimento di revisione): Corte cost., 13-19 gennaio 1972, n. 4 aveva respinto la censura, rilevando che la legge n. 1546/1947, innovata dalla "legge Scelba", era stata sì approvata (solo) dall'Assemblea costituente, ma «nell'esercizio delle funzioni legislative ordinarie», dunque per intervenire in tale materia non occorreva l'*iter* di revisione costituzionale.



Saggi

come «fondamento spirituale, storico e giuridico della Repubblica italiana», che per chi aveva vissuto quel periodo era nata «dalla disfatta e dalla condanna del fascismo»⁴⁴. Indubbiamente la scelta del “bando costituzionale” del partito fascista poteva leggersi anche come «una polemica [...] contro il passato recente, contro il regime caduto da cui è venuto fuori il nuovo regime» (Calamandrei 1955)⁴⁵, benché teoricamente rimanga aperta la possibilità di modificare o sopprimere quel primo comma con legge di revisione costituzionale ove maturassero le condizioni politiche per ritenere superato il pericolo di una riorganizzazione del partito fascista (Tarchi 1995, 60)⁴⁶.

⁴⁴ A.P., Senato della Repubblica, I Legislatura, 25 gennaio 1952, sed. n. 752, p. 30127 – res. sten. Per Barbera (2015, 354) l’antifascismo è tra i «valori e principi che danno *identità* alla Repubblica», ormai accettato anche da chi per anni si è richiamato al vecchio regime.

⁴⁵ Così pure Vinciguerra (1967) e De Siervo (1975, 3275). Parte della dottrina ha fatto discendere dalla volontà di garantire il passaggio al nuovo regime democratico la necessità di una lettura sempre più “finalizzata” delle disposizioni che lo garantiscono: il trascorrere del tempo (e il supposto consolidamento del regime) le priverebbe di fatto di efficacia (Bordonali 1993). Il discorso, relativo alla XIII disp (relativa a Casa Savoia) prima della riforma con l. cost. n. 1/2002, convince solo in parte (contrario è pure Tarchi 1995, 49) e non persuade affatto per quanto riguarda la XII disp., comma 1: come già detto, la Costituente ha indicato un termine per il comma 2, ma non per il comma 1 e ciò non può non avere rilievo. Al più, un’interpretazione restrittiva è già stata fornita dalla lettura “concreta” delle pronunce della Corte costituzionale del 1957-58 (al di là di ciò che il testo poteva suggerire) e si potrebbe al più riconoscere che la XII disposizione «non si applicherà più quando il fascismo [...] non apparirà più alla realtà di questo mondo» (Piccardi 1961, 47), il che è diverso dal ritenere la disposizione transitoria o finalizzata.

⁴⁶ In questo senso sarebbero andate le proposte di abrogazione presentate dall’XI Legislatura (come si vedrà meglio in seguito); certa dottrina (Cattedra 1988, 419-420) avrebbe invece ritenuto non abrogabile la disposizione, nemmeno in sede di revisione costituzionale, ritenendo che, se non è sottoponibile a revisione la forma repubblicana dello Stato (art. 139 Cost.), non possa esserlo a maggior ragione una disposizione che «nega legittimità al



Saggi

L'accordo in Assemblea costituente sulla XII disposizione e sul riferimento al fascismo storico non produsse però un testo privo di ambiguità⁴⁷. *In primis*, la disposizione deve considerarsi derogatoria rispetto agli artt. 18 e 49 Cost. oppure conferma quegli stessi principi costituzionali, valutando i divieti relativi ai soggetti legati al regime precedente come conseguenti all'ispirazione a principi e fini antitetici rispetto a quelli passati (cfr. Mortati 1960, 85-86; Brunelli 1991, 215)⁴⁸? In base al brocardo *quod contra rationem iuris receptum est, non est procedendum ad consequentias* e all'art. 14 delle *Disposizioni sulla legge in generale*⁴⁹, una

partito che ha come scopo la trasformazione dello Stato democratico in stato etico-autoritario», poiché la revisione dovrebbe avere solo carattere integrativo o emendativo, senza stravolgere o cambiare nella sostanza il contenuto. Pur condividendo l'auspicio che non si agisca sulla disposizione che caratterizza in senso assiologico la Costituzione e l'intero nostro ordinamento, non si ritiene di poter individuare tra i limiti impliciti alla revisione anche quello relativo alla disposizione in esame: più che di una norma di principio si tratta di una disposizione eccezionale e di dettaglio rispetto all'art. 49 (quello sì contenente un principio). In concreto l'eventualità può verificarsi, vista l'attenzione sollevata sul tema da più parti (alla base di questo stesso contributo); di più, anche in caso di abrogazione, Tarchi (1995, 61) pone giustamente il problema della sopravvivenza dell'art. 17 del trattato di Parigi – mai caduto in desuetudine – e della necessità di rispettarlo.

⁴⁷ Al punto da spingere autorevole dottrina (Predieri 1961, 87) a parlare di «mediocrissima formulazione» della disposizione, legandola alla travagliata genesi dell'art. 49 (che in materia detterebbe, proprio come la XII disp., una disciplina caratterizzata da «inadeguatezza ed embrionalità») e ritenendo la disposizione frutto dell'incrocio «della vecchia tradizione storica, che conosceva i privilegi odiosi personali, con la necessità di fare i conti con gli strumenti nuovi dello Stato di massa e quindi con il partito politico».

⁴⁸ Questa visione, peraltro, non è formalmente incompatibile con una lettura della XII disposizione come «ipotesi del tutto eccezionale ed inestensibile» (Brunelli 1991, 216).

⁴⁹ Sull'applicabilità delle «preleggi» del 1942 (specie dell'art. 12) anche al testo costituzionale, v. Vignudelli (2011, 20 ss.).



Saggi

norma (anche costituzionale) eccezionale non dovrebbe ricevere applicazione al di là del suo ambito delimitato, non essendovi spazio per l'analogia. Ritenere eccezionale, a maggior ragione in quanto afflittiva – anche se certamente non penale (Petta 1973, 716) – la XII disposizione renderebbe impossibile un'applicazione analogica a copertura delle norme attuative: è la posizione chi ritiene la XII disp. Cost. e le norme che la attuano come strettamente unidirezionali, per cui non possono colpire associazioni o movimenti senza aderenza al fascismo (comunque punibili, se configurabili come associazioni sovversive, *ex art.* 270 c.p.).

La questione si fa più delicata per chi intende allargare il campo applicativo della disposizione in analisi, perché non aderisce alla tesi della norma eccezionale (e non riconosce il divieto di analogia) o, pur aderendovi, vuole adottare un'interpretazione estensiva del testo (permessa anche per le norme eccezionali)⁵⁰, così da ampliare il significato della disposizione e ricomprendervi un novero più ampio di casi. Si possono ricondurre a questa categoria coloro che, come si vedrà, intendono punire, oltre che la riorganizzazione del partito fascista, pure le apologie e manifestazioni anche solo lontanamente prodromiche a tale riorganizzazione, anticipando la soglia della punibilità al punto in cui si trova – probabilmente – la soglia della paura (che il bene giuridico della solidità dello stato democratico sia leso); a loro si aggiunge chi vuole negare la partecipazione elettorale a soggetti che, pur in mancanza di un accertamento di riorganizza-

⁵⁰ Per la differenza tra interpretazione estensiva e applicazione analogica (in materia penale, ma le considerazioni possono essere estese), v. ad esempio Cass., sez. V. pen., 3 luglio 1991, (s.n.); in *Foro italiano*, 1992, II, coll. 145-150, spec. 149.



Saggi

zione del partito fascista (e benché lo statuto non contenga tratti antide-mocratici), adottano segni distintivi che richiamano il partito fascista.

Qui sembra di poter dire che, benché sia legittima, anche l'interpretazione estensiva di una disposizione costituzionale derogatoria o comunque limitativa della libertà dovrebbe essere praticata con prudenza⁵¹: senza nulla togliere al carattere antifascista della Costituzione⁵² di cui la XII disp. è la più esplicita espressione, sarebbe importante che la "paura del passato" – umanamente comprensibile – non arrivasse mai ad anticipare troppo i congegni di protezione da parte dell'ordinamento (che in questo modo, peraltro, si mostrerebbe assai fragile)⁵³.

Oltre che sulla natura della XII disp. Cost., negli anni appena successivi all'entrata in vigore della Carta non c'era uniformità di vedute sui fini della disposizione stessa. Pregevole dottrina, per esempio, con una lettura sistematica aveva immaginato una «presunzione assoluta (*iuris et de iure*) di infedeltà [...] di qualunque formazione la quale ricalchi gli orientamenti, l'ideologia del disciolto partito fascista», estendendo ai partiti il dovere di

⁵¹ Parte della dottrina, poi, si esprime contro i criteri dell'interpretazione estensiva e restrittiva, perché violerebbero gli «ordinari canoni metodologici di significazione» (Vignudelli 2010, 62).

⁵² Riconosciuto anche da Corte cost., sent. n. 254/1974. Bellomia (1973, 1672) rilevava però la natura «emozionale» della XII disp. Cost., «tributaria alle passioni del momento».

⁵³ Cosa già notata da Virga (1948, 212 ss.) e confermata molti anni dopo da Blando (2014, 3), con riferimento alla debolezza dello Stato di fronte a «potenti organizzazioni di partito capaci di compromettere la stabilità del regime democratico», di fronte alle quali «lo Stato liberale resta del tutto indifeso». Osservazioni legittime, ma che fanno riflettere molto, vista la debolezza – se non l'inconsistenza – di molte organizzazioni di partito attuali, comprese quelle che ora si vorrebbero accusare di riorganizzazione del disciolto partito fascista (il che non significa che tale inconsistenza si traduca in inoffensività).



Saggi

fedeltà alla Repubblica *ex art.* 54 Cost. e individuando nella XII disposizione e nel divieto di «violenza [...] anche *solo* di propaganda» il suo contenuto minimo (Barile 1961, 20-21)⁵⁴. Non è mancato chi – riprendendo le considerazioni sulla natura eccezionale o meno della disposizione – ha autorevolmente sostenuto una continuità tra l'art. 49 Cost. e la XII disp., rimarcando che il divieto contenuto in quest'ultima sarebbe «giustificat[o] proprio dal principio [democratico] cui sembra contraddire»: era necessario negare l'esistenza politica e «la stessa possibilità di conquista democratica del potere», oltre che a chi non rispetta le decisioni della maggioranza, anche a partiti che, per i loro programmi o i loro comportamenti assodati, potrebbero negare i diritti delle minoranze (Esposito 1954a, 8)⁵⁵.

⁵⁴ La tesi – ribadita da De Siervo (1975, 3278) e Caretti (2005, 392), che peraltro esclude che al di là del partito fascista possa avervi estensione ai partiti del dovere di fedeltà e, in effetti, preferisce parlare di «presunzione assoluta di contrarietà al metodo democratico», che sembra cosa diversa – ha un suo fascino, anche solo perché permetterebbe di dare corpo e contenuto al dovere di fedeltà alla Repubblica al di là di quanto previsto dall'art. 54, comma 2 Cost. Pretendere però dai partiti una fedeltà alla Repubblica ulteriore rispetto all'osservanza della Costituzione e delle leggi (contenuto che sembra già presente nell'art. 18 Cost.) sembra difficile, al di là ovviamente del rispetto del «metodo democratico» *ex art.* 49, inteso però come complesso delle «regole che in democrazia disciplinano la lotta politica» (Caretto 2005, 390), a partire dal veto alla violenza e dall'accettazione totale della democrazia rappresentativa basata sulle elezioni. Il che può di certo tradursi in una presunzione di infedeltà o di «non democraticità» per il partito fascista storico e per qualunque formazione intenda seguirne interamente le orme, ma non automaticamente – o almeno così sembra a chi scrive – per chi in comune con il «disciolto partito fascista» ha alcuni punti programmatici o ideologici e magari anche alcuni segni identificativi.

⁵⁵ Questa tesi venne ripresa dall'autore (Esposito 1954b, 238), nel dire che sarebbe opportuno vedere «nel divieto di ricostituzione del partito fascista l'implicito divieto di esistenza di ogni partito che, come quello, persegua l'instaurazione di dittature o l'abbandono degli oggi vigenti principi democratici». Non si può però non notare che tale impostazione,



Saggi

Altri avevano invece ritenuto che il divieto di riorganizzazione del partito fascista fosse diretto *in primis* contro il «patrimonio residuo del fascismo [...] continuamente ravvivato con la forza rievocatrice di certi richiami, con l'uso di certi simboli, con una certa liturgia, con il ricordo di certi nomi» (Piccardi 1961, 48). Appariva offensivo il semplice sfoggio di un certo universo simbolico, senza effettive analisi sulla sua concreta idoneità a riorganizzare il partito; non si voleva però erigere a principio una norma eccezionale, così da non impiegarla per colpire partiti o movimenti con programmi o ideologie che paiono in conflitto con la Costituzione⁵⁶.

Tutti concordavano, invece, sul fatto che la XII disposizione, pur non avendo natura solo programmatica⁵⁷ dovesse essere attuata dal legislatore⁵⁸: priorità era definire cosa si dovesse intendere per «riorganizzazione del disciolto partito fascista»⁵⁹, non avendolo esplicitato a fondo la Costituyente nemmeno con la legge n. 1546/1947.

pur condivisibile sul piano degli auspici e degli effetti deterrenti da ottenere, non tiene minimamente conto della natura unidirezionale della XII disposizione, che non può certo essere trascurata. Era contrario a simili posizioni pure Bellomia (1973, 1670-1671).

⁵⁶ Un illustre costituente, a pochi anni dall'entrata in vigore della Carta, aveva scritto che in base al testo della XII disp. Cost., «non si può uscire di lì; e cercar di colpire altri partiti che non si riconducano al fascismo». Non si poteva dunque applicare il divieto della XII disp. a partiti, anche «pericolosi e illegali», di altro colore politico; in più, «le estreme destre hanno ragione di chiedere di non essere colpite, se non si può ravvisare in esse una riorganizzazione, e quindi una continuità sostanziale col fascismo» (Ruini 1951, 274).

⁵⁷ Lettura criticata con fermezza anche da Bianchi D'Espinosa (1961, 28).

⁵⁸ Già Ruini (1951, 274) era convinto che occorresse una legge attuativa, pure a garanzia delle persone e dei soggetti collettivi tacciabili di aver riorganizzato il partito fascista.

⁵⁹ Guardando ai lavori preparatori, è lecito immaginare che, messo un punto fermo sulla natura storica del riferimento al partito fascista, si fosse preferito lasciare la decisione più



Saggi

Quanto all'attuazione della XII disposizione, il legislatore sembra aver provveduto in parte con buone intenzioni, ma in modo non proprio organico – si è parlato di una «sconcertante giustapposizione di norme» con origine e caratteri contrastanti (Petta 1973, 669-670)⁶⁰ – e creando altri dubbi interpretativi e criticità nell'applicazione delle nuove norme.

In particolare, si identificò la riorganizzazione del disciolto partito fascista «quando una associazione o un movimento persegue finalità anti-democratiche proprie del partito fascista, esaltando, minacciando o usando la violenza quale metodo di lotta politica o propugnando la soppressione delle libertà garantite dalla Costituzione o denigrando la democrazia, le sue istituzioni e i valori della Resistenza o svolgendo propaganda razzista, ovvero rivolge la sua attività alla esaltazione di esponenti, principi, fatti e metodi propri del predetto partito o compie manifestazioni esteriori di carattere fascista» (art. 1, legge n. 645/1952).

La fattispecie, rispettosa della XII disp. Cost., appariva più ampia rispetto a quella delineata dalla l. 1546/1947 all'art. 1, che parlava di «ricostituzione del disciolto partito fascista» (il concetto richiama l'atto con cui si costituisce l'associazione-partito e non pare comprendere in automatico

“pratica” e di dettaglio, ma di grande peso politico, alle Camere e alla loro maggioranza. Il fatto che non si sia mai chiesto di procedere con legge costituzionale all'attuazione può ritenersi segno di una certa fiducia reciproca tra i partiti presenti alla Costituente.

⁶⁰ L'autore si riferiva all'incoerenza del legislatore che aveva consentito la coesistenza con le nuove norme antifasciste (da Petta non del tutto condivise) con superstiti norme penali – l'art. 270 c.p. e, fino all'abrogazione nel 2001, l'art. 271 c.p. – «volute dal Fascismo per colpire [...] una particolare opposizione», mantenute a dispetto delle sanzioni pesanti; di più, non era chiaro quali disposizioni della legge n. 1546/1947 dovessero ritenersi ancora in vigore (come l'art. 6, sull'istigazione pubblica a riorganizzare il partito fascista).



Saggi

pure gli atti concreti a esso propedeutici, riconducibili invece alla «riorganizzazione»⁶¹). Lo stesso valeva per l'individuazione della condotta tipica: dai fini propri del partito fascista desunti dall'organizzazione militare o paramilitare o dall'esaltazione o uso della lotta politica violenta (comportamenti esterni, vietati pure agli altri partiti e alle associazioni dagli artt. 49 e 18 Cost.) si passava a un numero maggiore di condotte. A quelle relative alla violenza si affiancavano la soppressione delle libertà costituzionali, la denigrazione dei capisaldi del nuovo ordinamento (istituzioni democratiche e Resistenza) e la propaganda razzista, nonché le condotte alla base pure dei reati di apologia del fascismo e manifestazioni fasciste.

Tali condotte erano e sono tra loro alternative⁶²: una sola di queste era ed è sufficiente per integrare uno degli elementi del reato; era ed è peraltro necessario «un carattere di *abitualità programmatica*» (Nuvolone 1972, 311), non dovendosi trattare di episodi isolati o riconducibili all'iniziativa di singoli aderenti o simpatizzanti⁶³.

⁶¹ Concetto identificato in dottrina con la «predisposizione delle funzioni e dei mezzi, che maggiormente viene ritenuta idonea al raggiungimento dei fini», con la distribuzione delle mansioni e l'amministrazione delle risorse disponibili (Bellomia 1973, 1670).

⁶² Lo sono le tre condotte proposte dall'art. 1 (perseguitamento di finalità antidemocratiche, apologia del fascismo, manifestazioni fasciste) e, quanto alla prima, le subcondotte tipizzate (lotta politica violenta, intento di sopprimere le libertà, denigrazione della democrazia, propaganda razzista): è la tesi di Petta (1973, 723), che si chiedeva se l'elenco fosse tassativo – cfr. Bellomia (1973, 1674) – oppure no. In seguito, Trib. Bologna, 17 dicembre 1975 (in *Critica penale*, 1976, pp. 73-92) avrebbe optato per una diversa ricostruzione: quella di una sola condotta che può realizzarsi secondo le modalità esecutive previste dall'art. 1.

⁶³ Vinciguerra (1967) suggeriva il criterio della frequenza delle condotte criminose (prevalente sul contenuto "democratico" degli statuti o sulla presenza in Parlamento di eletti del soggetto accusato di riorganizzazione), nonché del numero di persone coinvolte e



Saggi

Non sono mancate le critiche a tale fattispecie delittuosa, specie dei penalisti: per una scuola di pensiero, la definizione si appoggiava a concetti assai poco giuridici, anzi, «politici, paralogici, emozionali» (Nuvolone 1953, 54), nonché a una «formula estremamente vaga e polivalente» come quella dei «valori della Resistenza», in apparenza poco rispettosa del principio di tassatività, o a condotte – come la propaganda razzista – considerate non caratterizzanti il solo disciolto partito fascista (Id. 1972, 312-313; Calvi 1977, 223 ss.)⁶⁴; restavano poi i dubbi su quanto fosse corretto riconoscere in automatico, in presenza di una di quelle condotte, il perseguimento di fini antidemocratici propri del partito fascista (tranne per la denigrazione contemporanea della democrazia e della Resistenza)⁶⁵, potendosi avere finalità antidemocratiche ma non per forza fasciste⁶⁶.

dell'ambito territoriale interessato dalle condotte (potendo sciogliere anche solo la singola articolazione risultata intenta a riorganizzare il partito fascista, senza colpire le altre).

⁶⁴ Altre difficoltà ermeneutiche furono evidenziate soprattutto da Petta (1973, 723 ss.). Lo stesso autore riteneva che, oltre alla propaganda razzista, l'uso o la minaccia della violenza come mezzo di lotta politica, il progetto di sopprimere le libertà, la denigrazione dei cardini della democrazia non fossero «elementi sufficienti a caratterizzare il fascismo rispetto ad altri movimenti eversivi» (ivi, 727). Rispetto a quando quel contributo è stato scritto, tra l'altro, alcune cose sono cambiate: non si potrebbe più sostenere che «la "propaganda razzista" [...] in Italia non può essere se non fascista» (Ivi, 728), essendosi diffusa anche al di fuori di idee e credenze etichettabili come fasciste.

⁶⁵ Né, per converso, si potrebbe applicare la "legge Scelba" a casi chiaramente riconducibili a coloriture non fasciste (e segnatamente di sinistra): cfr. Nuvolone (1972, 311).

⁶⁶ Insisteva molto – in modo condivisibile – Ricciotti (1976, 94-95) sulla punibilità non di «ogni condotta di promozione e di organizzazione di associazioni o movimenti», anche allo stato embrionale (per usare l'immagine elaborata dal Tribunale di Roma per la sentenza sul caso di Ordine nuovo), ma solo la condotta «che si riveli idonea a metter capo a una riorganizzazione del partito fascista». L'autore proponeva poi un'applicazione della giuri-



Saggi

A tale posizione si contrapponeva quella di chi riteneva «pienamente legittimo, ed anzi doveroso» garantire con limitazioni alle libertà e norme primarie repressive «la pacifica convivenza dei cittadini e dei gruppi sociali, la permanenza dell'ordinamento repubblicano e lo sviluppo delle sue istituzioni» (De Siervo 1975, 3280), sostenendo pure che i caratteri indicati *ex lege* per individuare la riorganizzazione del partito fascista fossero idonei a identificare quelle formazioni e a far sì che non nuocessero.

Di certo l'uso della violenza, in base al testo dell'articolo, non è un carattere essenziale della riorganizzazione del partito fascista: «per i movimenti politici neofascisti [...] vi è una presunzione assoluta di pericolosità per il nostro sistema politico ed un conseguente divieto di esistenza anche a prescindere dalla concreta attualità dell'uso da parte loro degli strumenti di violenza» (De Siervo 1975, 3278). Il punto, casomai, è se si debba considerare sufficiente l'impiego di simboli, gesti e liturgie legati (anche) al disciolto partito fascista per far scattare quella «presunzione assoluta di pericolosità», facendola coincidere con il perseguimento di «finalità antidemocratiche proprie del partito fascista» richiesto dalla legge. Tale coincidenza può ovviamente esservi, nel qual caso *nulla quaestio* sul corretto

sprudenza costituzionale in materia di apologia e manifestazioni fasciste (avversata, come si è visto, da parte della dottrina) anche alla fattispecie di riorganizzazione del partito, al fine di non vanificare l'inserimento dell'aggettivo «disciolto» facendo puntualmente prevalere il riferimento a «sotto qualsiasi forma»: occorre infatti bilanciare la stabilità del regime democratico con le libertà costituzionali (tutelate dagli artt. 18, 21 e 49), ritenendo punibili le condotte di promozione e riorganizzazione «idonee a creare un effettivo pericolo», distinguendo tra l'altro le finalità antidemocratiche «proprie del partito fascista» da quelle di altri movimenti (anche di destra) e accertando «l'esatta corrispondenza fra le finalità dell'associazione o movimento incriminato» e quelle appena viste.



Saggi

accertamento della riorganizzazione; ove però non vi fosse (perché del fascismo gli aderenti a un'associazione potrebbero aver preso alcuni simboli, ma non i fini), sarebbe più difficile parlare automaticamente di riorganizzazione *del disciolto* partito fascista (non *di un* partito fascista).

Quanto alla previsione sullo scioglimento successivo all'accertata riorganizzazione del partito fascista, si comprende la scelta del Parlamento di lasciare la via seguita dalla Costituente, in base alla quale l'accertamento della riorganizzazione e lo scioglimento del partito spettavano ai giudici⁶⁷: costoro difficilmente avrebbero voluto assumersi la diretta responsabilità di una decisione dal peso politico enorme. Il legislatore preferì così riservare quest'ultima al Governo, ma lasciò all'esame imparziale del giudice il compito di valutare l'effettiva riorganizzazione, soluzione altrettanto compatibile col dettato costituzionale; fu forse troppo ottimista nel credere che bastasse togliere ai magistrati il compito di sciogliere il soggetto collettivo per vincere le loro resistenze ad addentrarsi in valutazioni poco giuridiche e assai più storico-politiche (Bianchi D'Espinosa 1961, 34 ss.)⁶⁸.

⁶⁷ Erano però a favore di tale soluzione Bon Valsassina (1957b, 531) e, in un primo tempo, anche Barile (1953, 33).

⁶⁸ Dell'inidoneità dei magistrati ad applicare la "legge Scelba" era convinto Costantino Mortati, intervistato dalla *Stampa* (Trovati 1973) all'indomani della risposta del presidente del Consiglio Giulio Andreotti alle interrogazioni e interpellanze sul neofascismo e sull'ordine pubblico (v. A.P., Camera dei Deputati, VI Legislatura, 9 maggio 1973, sed. n. 128, p. 7245 ss. e, per il dibattito, 10 maggio 1973, sed. n. 129, p. 7309 ss.– res. sten.). «È estraneo alla sua mentalità e alla sua funzionalità – dichiarò Mortati sulla magistratura – il valutare i caratteri politici e non strettamente giuridici. Le si chiede un compito che sorpassa di troppo le sue possibilità e potrebbe trovarsi impreparata dinanzi al problema di sciogliere un partito». Airoidi (1973) attribuì una certa responsabilità ai magistrati, che colpevolmente non avrebbero applicato le norme.



Saggi

Ciò concorre a spiegare – assieme ai dubbi ermeneutici visti – prima la lunga inapplicazione degli artt. 1, 2 e 3 della “legge Scelba”, poi la loro scarsa applicazione (e per casi assai più circoscritti rispetto a quello per cui le disposizioni erano state concepite). Altro elemento rilevante è l’accertamento della riorganizzazione demandato – dall’art. 2 – a ogni singolo tribunale penale: ciò non permette(va) all’ufficio giudiziario una visione globale sull’attività nazionale del gruppo politico, necessaria per accertare l’eventuale ricostituzione (Bianchi D’Espinosa 1961, 40).

Si è parlato della XII disp. come derogatoria all’art. 21 Cost, ma la riorganizzazione del disciolto partito fascista non è un “reato d’opinione”: esso comprende una parte d’azione significativa, che va oltre la semplice espressione di un’opinione, come possono dirsi l’apologia del fascismo o le manifestazioni fasciste (Petta 1973, 684)⁶⁹. Il giudizio si complica poiché tra le condotte rilevanti ci sono la propaganda, basata sull’espressione di opinioni (Ivi, 686), nonché le citate apologia e manifestazioni fasciste.

Pongono più problemi le fattispecie autonome – “d’opinione” e individuali – di apologia del fascismo e manifestazioni fasciste, per l’assenza di limiti espliciti in Costituzione alla libertà di manifestare il pensiero (la XII disp. Cost. deroga *apertis verbis* agli artt. 18 e 49 Cost., non anche all’art. 21⁷⁰)

⁶⁹ L’autore (Ivi, 725-726) s’interrogò sulla costituzionalità delle ipotesi di reato di apologia del fascismo e di manifestazioni fasciste: la formulazione dell’art. 1, infatti, sgancia quei comportamenti dal perseguimento di finalità antidemocratiche. Petta ritenne ciò conforme a Costituzione: il reato era denominato «riorganizzazione del partito fascista», ex XII disp. Cost., che non prevedeva il requisito del perseguimento di fini antidemocratici.

⁷⁰ Per Bellomia e Manna il legislatore, prevedendo questi reati, aveva agito *ultra vires*: le condotte di apologia e manifestazioni fasciste potevano avere rilievo entro la fattispecie di riorganizzazione del disciolto partito fascista – come l’art. 1 della “legge Scelba” prevede –



Saggi

e la difficoltà oggettiva – rilevata da parte della dottrina – di individuare le condotte realmente idonee a riorganizzare il disciolto partito fascista, come chiesto dalla giurisprudenza costituzionale (Bellomia 1973, 1673 ss.; Manna 1991, 146-147). La ricostruzione operata dalla Consulta alla fine degli anni '50 di fatto aveva cercato di ricondurre entrambe le fattispecie alla categoria dei reati di pericolo concreto: per essi non c'è una lesione del bene giuridico tutelato (quindi dell'integrità dell'ordinamento costituzionale), ma solo la produzione di un pericolo per lo stesso, produzione che però dev'essere effettiva⁷¹. Da una parte ciò significava che c'erano condotte di esaltazione del fascismo che non costituivano reato⁷², dall'altra ri-

ma non al di fuori del perimetro del reato associativo, mentre la legge avrebbe manifestato l'intenzione di colpire comunque anche quelle espressioni fasciste (v. l'*incipit* dell'art. 4, «Fuori dai casi preveduti dall'art. 1»). Vinciguerra (1967) cercò di indicare un discrimine tra il reato associativo e le fattispecie individuali: un'apologia o una manifestazione fascista «finalisticamente rivolta solo al passato» integrava il delitto di apologia o manifestazione fascista (purché la condotta fosse risultata idonea alla riorganizzazione del partito); condotte riferite al presente o al futuro, condite da «indicazioni, anche implicite, sui mezzi, i modi, le occasioni per ridare vita al fascismo o [...] per dare ad esso peso nelle attuali vicende politiche» erano da inquadrare in uno dei delitti di riorganizzazione.

⁷¹ Barile (1974, 470) contestava questa lettura riduttiva, ritenendo – in contrapposizione a Esposito (1958), che pure non aveva sposato un'interpretazione restrittiva della disposizione – che la “finalizzazione” «pretesa dalla Corte induce[sse] ad introdurre un evento di pericolo estraneo alla fattispecie della legge speciale» e non richiesto dalla disposizione costituzionale, fino a sostenere che così l'applicazione delle fattispecie di apologia del fascismo e di manifestazioni fasciste sarebbe stata impossibile. La prassi, in seguito, si è incaricata di non dare ragione a questa pur autorevole tesi (alla quale la partecipazione alla Resistenza del suo elaboratore non fu per nulla estranea). Insisteva sull'impossibilità di identificare pubblicità e pericolosità Ricciotti (1975, 235).

⁷² Cfr., tra la giurisprudenza di legittimità di quel periodo sull'apologia del fascismo, Cass., sez. II pen., 31 gennaio 1977, n. 8506; sez. II pen., 8 aprile 1978, n. 3929; sez. II pen., 16



Saggi

sultava assai difficile operare un giudizio di pericolosità in concreto, vista la lontananza dell'offesa dal bene da tutelare (Manna 1991, 146)⁷³.

Altri costituzionalisti salvavano senza problemi i reati di apologia e manifestazioni fasciste. Per non privare di senso la XII disp. Cost., volta a colpire, più che il fenomeno associativo, «il risorgere di un movimento politico» (De Siervo 1975, 3281), occorreva ricomprendere nel divieto di riorganizzare «sotto qualsiasi forma» il disciolto partito fascista pure gli atti prodromici: erano i «comportamenti idonei a produrre le necessarie premesse attraverso la diffusione nel corpo sociale di un clima favorevole al risorgere del fascismo» (Barile e De Siervo 1968, 563). La tesi riconosceva la delicatezza di tali fattispecie penali, perché «limitano senza alcun dubbio la libertà d'espressione del pensiero dei cittadini» (Ivi, 564), dovendo essere applicate *cum grano salis* dai giudici; restava però la legittimità di norme che tutelano lo Stato democratico da eventuali rigurgiti fascisti⁷⁴.

gennaio 1979, n. 581. Barile (1974, 470) negava tuttavia ogni spazio a legittime manifestazioni di pensiero fasciste, ritenendo che la XII disp. Cost. apparisse «tendente espressamente a spogliare l'ideologia neofascista dalla garanzia costituzionale delle libertà, e conseguentemente a permettere (anzi ad imporre) misure preventive e repressive contro ogni attività neofascista, sia individuale che associata, anche se si manifesti tramite la diffusione del pensiero». Un'interpretazione, questa, del tutto rispettabile guardando all'autore che l'ha proposta, ma che qui non si sente di condividere, se non altro perché sembra di non potersi ampliare fino a tal punto il concetto costituzionale di «riorganizzazione», fino a includervi anche un semplice «Quando c'era lui...», accompagnato da una generica affermazione nostalgica (che pure l'autore di queste righe mai condividerebbe).

⁷³ Questo filone notava come il pericolo concreto fosse una categoria più indicata per le fattispecie di istigazione che per quelle di apologia: sul punto, cfr. Bricola (1973, 86).

⁷⁴ Gli autori inquadrarono i reati minori della "legge Scelba" come elementi della «indispensabile continua protezione della comunità italiana» da possibili ritorni del fascismo (Barile e De Siervo 1968, 563). Non si era però di fronte a una "democrazia protetta": «ogni



2.3. I primi casi di scioglimento e i successivi interventi

Si dovette attendere il 1973 per la prima applicazione degli artt. 1 e 3 della “legge Scelba”, con lo scioglimento di un soggetto collettivo. Il caso del Movimento politico Ordine nuovo, sciolto dal Viminale⁷⁵ dopo una sentenza del tribunale di Roma⁷⁶, dimostrò che anche le disposizioni della “legge Scelba” che miravano a colpire i reati a fattispecie plurisoggettiva potevano trovare applicazione, benché la decisione non avesse riguardato il soggetto politico e giuridico alla base di quell’intervento normativo.

La storica (in quanto prima) sentenza del tribunale di Roma, dopo aver dichiarato irrilevanti o manifestamente infondate le eccezioni di costituzionalità sulla legge n. 645/1952 e aver ribadito che la “legge Scelba”, come la norma costituzionale che intende attuare, «ha per unico scopo quello di vietare la riorganizzazione del disciolto partito fascista, né può tale divieto, penalmente sanzionato, essere esteso analogicamente ad altri movimenti anche se, per ipotesi, anche essi [...] esaltassero la violenza quale metodo di lotta politica», affrontò un nodo interpretativo fondamentale, relativo alla portata della «riorganizzazione del disciolto partito fascista». Assodato che, per avere rilievo penale, doveva esserci il tentativo di «dar vita a qualcosa di concreto e di durevole» e non «un’effimera rievocazione

sistema costituzionale vive su un fulcro immutabile di norme fondamentali ed il non difenderle contro forze radicalmente eversive vorrebbe dire tradirlo» (Ivi, 561-562).

⁷⁵ Min. interno, d.m. 23 novembre 1973, in *G.U.*, 23 novembre 1973, n. 302, p. 7716.

⁷⁶ Trib. Roma, sez. I pen., 21 novembre 1973 – 9 febbraio 1974, n. 5863, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1974, pp. 472-521. L’impianto della sentenza (con alcune pene rideterminate) sarebbe stato confermato da App. Roma, sez. I pen., 17 maggio – 20 giugno 1978, n. 2088.



Saggi

e un rimpianto puramente verbale»⁷⁷, i giudici precisarono che non occorreva «quella identità totale e [...] speculare di struttura [...], ma solo e unicamente ha rilevanza il nesso storico e logico tra il movimento attuale e il disciolto partito fascista» e senza bisogno che quella riorganizzazione si fosse compiuta con l'instaurazione di un regime, essendo sufficienti «forme embrionali» dello stesso in un reato di pericolo⁷⁸.

Il tribunale ribadì l'alternatività delle condotte delineate dall'art. 1 della legge n. 645/1952 e analizzò la storia e l'organizzazione del Movimento politico Ordine nuovo, come i suoi principi ideologici: li desunse da dichiarazioni, documenti, pubblicazioni e altro materiale del Mpon nonché, a volte, del suo antecedente, il Centro studi Ordine nuovo. I giudici conclusero che con il movimento «si [era] realizzata la riorganizzazione del partito fascista», essendosi dato vita a uno «stretto legame» tra il partito che fu e il Mpon, «che fin dal suo sorgere ha creato [...] qualcosa di concreto e di durevole che talvolta [...] è sfociato nella lotta armata, e in altri casi si è limitato alla istruzione e alla preparazione dei quadri dello stato

⁷⁷ Cosa che escludeva l'integrazione della fattispecie di riorganizzazione ma, come si è visto, per gli orientamenti dottrinali più punitivi – non disposti ad accogliere la lettura della Corte costituzionale – avrebbe comunque integrato il reato di apologia di fascismo.

⁷⁸ Petta (1974, 479-480) sottolineava che, nell'individuare il bene giuridico protetto, oltre a dire che esso coincideva con «l'ordinamento democratico dello stato italiano [...] che esclude, per sua natura, qualsiasi forma di dispotismo e tirannia», si doveva notare che esso «toller[a] di essere contestato da tutte le parti, tranne una», ricalcando la non polivalenza delle disposizioni (e precisando a quali minacce – e paure – si intendeva reagire con quelle fattispecie criminose). Altri dubbi, significativi sul piano penalistico, riguardavano le considerazioni del tribunale in materia di dolo (all'autore pareva eccessivo che le finalità del movimento o dell'associazione, una volta dimostrato l'intento di ricostituire il partito fascista, potessero essere «assolutamente indifferenti alla determinazione dell'agente»).



Saggi

che, nel futuro, sarebbe dovuto nascere dalla rivoluzione “ordinovista”»: «quando [...] i principi “propri” di quel partito (dalla antidemocraticità, all’antipartitismo, alla concezione razziale, alla violenza) sono comuni al Mpon, la nascita di questo porta con sé necessariamente, il risorgere del primo e quindi, per usare le parole della legge, la sua riorganizzazione». Da ciò derivarono le condanne per trenta tra promotori, organizzatori, dirigenti e partecipanti per aver «ricostituito, con il Movimento politico Ordine nuovo il disciolto partito fascista»: il dispositivo della sentenza fu comunicato al Ministero dell’interno, *ex art.* 3 della “legge Scelba”⁷⁹.

Alla decisione su Ordine nuovo, che diede concretezza alle disposizioni sulla riorganizzazione del partito fascista (e ne dimostrò l’applicabilità),

⁷⁹ Per Petta (1974, 486), però, aver emanato il decreto di scioglimento due giorni dopo il dispositivo, senza attendere la sentenza definitiva (e nemmeno il deposito della sentenza integrale, con la motivazione) non pareva in linea con la richiesta di accertare la riorganizzazione del partito fascista: «sarebbe stato conforme ai principi del sistema processuale penale l’attendere la sentenza definitiva», anche per la pendenza di altri procedimenti penali che avrebbero potuto avere esiti differenti. Il decreto di scioglimento fu impugnato, generando la decisione del Cons. Stato, sez. IV, 21 giugno 1974, n. 452, in *Foro italiano*, 1975, 4, coll. 101-105: essa negò che il decreto fosse un atto politico (dunque del tutto discrezionale e insindacabile), riconoscendone la natura amministrativa, pur avendo alla base «motivi politici attinenti alla sicurezza dello Stato»; il deposito della motivazione successivo all’emissione del decreto, tuttavia, non importava «l’inesistenza giuridica o la nullità della sentenza penale», perché di norma la sentenza è deliberata subito dopo il dibattimento e segue la lettura del dispositivo. Quanto all’appello pendente contro la sentenza di primo grado, esso «non importa l’irrelevanza giuridica della sentenza penale» e la sospensione dell’esecuzione *ex art.* 205 c.p.p. non riguarda lo scioglimento e la confisca, che esulano dalla competenza del giudice (mentre l’art. 3 della “legge Scelba” non richiede il passaggio in giudicato o l’irrevocabilità della sentenza e prescinderebbe dall’emissione di una sanzione penale). Restava il problema delle conseguenze sullo scioglimento di un’eventuale sentenza assolutoria di secondo grado, ma lo si rimandava al tempo debito.



Saggi

a lungo seguì una sola pronuncia analoga, relativa ad Avanguardia nazionale, sciolta nel 1976, due anni e mezzo dopo Ordine nuovo⁸⁰.

Nel frattempo, il legislatore era intervenuto per modificare la “legge Scelba”, attraverso la legge 22 maggio 1975, n. 152 («Disposizioni a tutela dell’ordine pubblico», c.d. “legge Reale”, dal nome del ministro di grazia e giustizia che la propose): essa modificò i primi sei articoli del testo.

Circa la ricostituzione del disciolto partito fascista, il Parlamento ampliò l’ipotesi: a compiere gli atti denunciati poteva essere – oltre che un’associazione o un movimento – pure «un gruppo di persone non inferiore a cinque». Si era così inteso adeguare la fattispecie «alla nuova realtà di criminalità politica», per «reprimere il dilagante ed allarmante fenomeno dello squadristo fascista»⁸¹: l’accertamento del reato spesso, per il ministro Reale, era stato «compromesso dalla difficoltà di prova in ordine all’esistenza di una associazione o di un movimento», non riuscendo ad esempio a dare prova del collegamento tra gruppi apparentemente non organizzati in movimento⁸².

⁸⁰ Min. interno, d.m. 8 giugno 1976, in *G.U.*, 9 giugno 1976, n. 150, p. 4500; alla base c’era Trib. Roma, sez. VII pen., 5 giugno 1976. Già prima c’era stata la citata sentenza del Trib. Bologna, 17 dicembre 1975 (riguardante le articolazioni bolognesi del Fuan e dell’Asan-Gi), ma non risulta esservi stato alcun decreto di scioglimento (come nota Pezzini 2011, 1397: lì si cita anche il caso dell’articolazione padovana del Fronte della gioventù, colpita da Trib. Padova, 16 luglio 1976 – in *Giurisprudenza italiana*, 1978, II, p. 35 ss. – ma la sentenza non aveva disposto la comunicazione del dispositivo al Ministero).

⁸¹ Così si legge nella relazione del progetto di legge: A.C., VI Legislatura, n. 3659, p. 3.

⁸² A.P., Camera dei Deputati, VI Legislatura, 6 maggio 1975, sed. n. 373 (pom.), p. 21886-7 – res. sten. Notava peraltro Petta (1975, 2842-3) che lo squadristo evocato nella relazione era cosa diversa dal fenomeno descritto da Reale in aula.



Saggi

Non era venuto meno il requisito di stabilità di quegli stessi gruppi, per non ricadere in un'inaccettabile torsione della XII disp. Cost., che richiedeva almeno la riorganizzazione (Petta 1975, 2843); l'intervento però abbassava giocoforza la soglia di minaccia tollerata dall'ordinamento, mentre aumentava la paura percepita, in risposta tra l'altro al clima terroristico di quegli anni (Grasso 2002, 526). Per arrivare a punire le situazioni indicate da Reale, infatti, c'era il rischio di colpire anche realtà assai minori, dall'offensività limitata (pur se formalmente in violazione delle disposizioni di legge) e che non sarebbero state criminalizzate prima.

La legge n. 152/1975 aggravò poi la fattispecie di apologia del fascismo prevista all'art. 4 della "legge Scelba", punendo anche «chiunque fa propaganda per la costituzione di una associazione, di un movimento o di un gruppo avente le caratteristiche e perseguitante le finalità indicate nell'articolo 1», oltre agli autori della pubblica esaltazione di esponenti, principi, fatti, metodi, fini del fascismo; a dette condotte fu aggiunta l'esaltazione di «idee o metodi razzisti». La modifica era molto delicata, perché colpiva la propaganda, assai più affine all'ambito delle manifestazioni del pensiero tutelate dall'art. 21 Cost., con un'estensione e un'anticipazione rilevante della risposta punitiva. La "legge Reale" agì pure sul reato di manifestazioni fasciste: le condotte punibili avrebbero dovuto essere tenute «partecipando a pubbliche riunioni» e si sarebbero sanzionate anche le manifestazioni tipiche delle organizzazioni naziste.

Non sfuggì ai commentatori un inasprimento significativo delle pene dei reati che qui rilevano: il crimine di manifestazioni fasciste da contravvenzione divenne addirittura delitto. Nello stesso disegno rientravano altre decisioni, come l'applicabilità di misure di prevenzione a chi aveva fatto parte di associazioni neofasciste sciolte e si riteneva svolgesse ancora



Saggi

attività analoghe: si era di fronte a una sostanziale applicazione piuttosto discutibile dell'analogia in materia penale, pur non trattandosi di una disposizione incriminatrice. Le misure di prevenzione divennero applicabili pure a chi compiva «atti preparatori, obiettivamente rilevanti, diretti alla ricostituzione del partito fascista [...] in particolare con l'esaltazione o la pratica della violenza»: queste persone vennero incluse tra coloro che «attentano concretamente e gravemente all'ordinamento democratico dello Stato nell'intento di sovvertirlo», in una logica di paura e di sospetto.

Non mancarono critiche severe alle nuove norme, per la loro logica «dell'inasprimento di pene mai applicate, dell'indeterminatezza delle fattispecie, della semplificazione dei procedimenti là dove la coscienza giuridica moderna esige, viceversa, il massimo delle garanzie» (Petta 1975, 2793), per non parlare dei riflessi dell'intervento normativo sulla pratica conduzione delle indagini e sull'irrogazione delle sanzioni (Ivi, 2844)⁸³.

Finita la stagione degli “anni di piombo”, nella quale al terrorismo di matrice “nera” si affiancò quello c.d. “rosso”⁸⁴, si riaprì il dibattito intor-

⁸³ L'autore sottolineò come le indagini sul collegamento tra vari gruppi associativi di fatto venissero scoraggiate (potendosi riconoscere il reato già con riferimento a realtà piccole) e in concreto, in mancanza di una visione generale sul fenomeno della riorganizzazione, sarebbe stato ben arduo definire e distinguere le posizioni dei partecipanti, dei promotori e degli organizzatori. A ciò si doveva aggiungere una situazione assai più complessa quanto al concorso di norme e di fattispecie incriminatrici.

⁸⁴ Ciò aveva fatto crescere il timore verso «gruppi e gruppuscoli di varia coloritura, aventi peraltro per comune denominatore l'uso della violenza politica» (Bellomia 1973, 1672): l'autore aveva così suggerito di far dipendere la punibilità del reato solo dalla reale qualità sovversiva dell'associazione (al di là del colore), evitando sanzioni negli altri casi.



Saggi

no alla XII disp. Cost. Nei progetti più ampi di revisione costituzionale, in effetti, non si arrivò a includere la modifica o l'abrogazione di tale disposizione⁸⁵; nella pratica, tuttavia, non fu colta alcuna delle occasioni per mettere fuorilegge o emarginare il Msi⁸⁶, che al contrario fu via via

⁸⁵ Ciò vale anche per il tentativo più ampio di riforma, portato avanti nella IX legislatura dalla c.d. "commissione Bozzi". Non si parlò né della disposizione sul disciolto partito fascista né di come intervenire nei confronti dei partiti antisistema (ci si concentrò piuttosto sulla necessità di autoriforma dei partiti stessi e su alcuni profili di "democrazia interna" da regolare modificando l'art. 49 Cost.); di più, non c'è traccia di richieste di abrogazione della XII disp. Cost. nemmeno nella relazione di minoranza presentata da Franco Franchi e Antonio Rastrelli, parlamentari del Msi-Dn (il partito più interessato a provocare una discussione sulla rimozione di quel divieto dal testo costituzionale). Contestualmente si segnala che non si sono occupati espressamente del divieto di riorganizzazione del partito fascista o di partiti antisistema neanche i componenti del «Gruppo di Milano» (1983), gli studiosi guidati da Gianfranco Miglio che delinearono un ampio progetto di riforma costituzionale: neanche nella posizione espressa da Serio Galeotti – il più incline a regolare in Costituzione e per legge i partiti – si trovano riflessioni sul tema (al di là di pregevoli riflessioni sugli statuti dei partiti, che però non riguardano i punti trattati qui).

⁸⁶ Non erano mai approdate a un processo le varie indagini avviate contro il Msi (a dispetto delle autorizzazioni a procedere contro il segretario del partito Almirante, concesse dalla Camera a partire dal 1972), né ebbe esiti la proposta di legge d'iniziativa popolare «Scioglimento del Movimento sociale italiano – destra nazionale» presentata nella VI legislatura (A.C. 3955) e in quella successiva (A.C. 4), solo deferite alla Commissione competente. Identico destino ebbe, nella VI legislatura, la proposta di legge di molti deputati socialisti (A.C. 3197), a prima firma di Manlio Vineis, intitolata «Integrazioni alla legge 2 maggio 1974, n. 195, sul contributo dello Stato al finanziamento dei partiti politici», presentata all'indomani dell'approvazione della "legge Piccoli" che aveva introdotto il finanziamento pubblico ai partiti e delle polemiche divampate per i tre miliardi l'anno che il Msi avrebbe ottenuto, nelle settimane seguenti alla strage di Piazza della Loggia a Brescia. Il progetto di legge avrebbe introdotto la sospensione dell'erogazione dei contributi pubblici a singole forze politiche una volta emesso l'avviso di procedimento penale per riorganizzazione del partito fascista nei confronti dei dirigenti nazionali di un partito



Saggi

inserito, non senza diffidenze, nelle normali relazioni tra forze politiche (cfr. Pezzini 2011, 1399). Nella seconda metà degli anni '80 si iniziò a ragionare apertamente di "inattualità" della XII disposizione, pure sulla base delle dinamiche politiche riscontrate in precedenza. La riflessione fu sollecitata da interventi di storici⁸⁷ e dalle proposte di legge costituzionale che miravano ad abrogare la XII (e spesso la XIII) disp. Cost.⁸⁸.

A dispetto di ciò, la XII disposizione della Costituzione è ancora intatta (e nessuna delle proposte abrogative citate è stata discussa); l'art. 4 della

o movimento. L'atteggiamento non univoco della politica su questa vicenda (e un giudizio severo della dottrina sulle posizioni più accomodanti) si ritrova nel commento (non firmato) *Fascismo e legalismo*, in *Politica del diritto*, 1974, 3-4, pp. 275-281.

⁸⁷ V. l'intervista a Renzo De Felice pubblicata il 27 dicembre 1987 sul *Corriere della Sera* (Ferrara 1987): lo stesso giorno, in prima pagina, l'ex costituente azionista Leo Valiani sosteneva che con il tempo «La minaccia di tentativi di riscossa monarchica o, peggio, fascista, si è largamente dileguata». De Felice, ricordato che stava cadendo «il collegamento anagrafico con il fascismo», segnalava che per passare a una nuova Repubblica, ci si doveva «liberare dei pregiudizi su cui si è fondata la vecchia»: da anni si conviveva «tranquillamente con un partito piccolo borghese come il Msi, diviso tra un'anima moderata e bottegaia e un'anima di sinistra», dunque era tempo di abolire le norme – «grottesche» e foriere di non credibilità per il sistema istituzionale – che vietavano la riorganizzazione del partito fascista, visto che «un partito fascista c'è [...] ed è sopravvissuto a tutte le tempeste». L'intervista produsse l'immediata reazione di parte della dottrina a sostegno delle norme antifasciste (Cattedra 1988); sul piano storico, culturale e politico, v. Legnani (1988).

⁸⁸ Le proposte sono state presentate da parlamentari del Msi (VIII legislatura: A.C. 4137, Greggi; IX: A.C. 1328, Trantino e a.; X: A.C. 1388, Trantino e a.; XI: A.C. 540, Trantino e a.), poi di Alleanza nazionale (XII: A.C. 363, Trantino e a.; XIV: A.C. 3237, Serena) fino all'ultima p.d.l.cost. (XVI legislatura, A.S. 2651) a prima firma del senatore Pdl Cristiano De Eccher. La prima proposta, sempre nella VIII legislatura (A.C. 3651), tuttavia, fu presentata dai deputati radicali, primo firmatario Mauro Mellini; una proposta analoga sarebbe arrivata dalla Lista Pannella nella XII legislatura (A.C. 591, L. Strik Lievers e a.).



Saggi

“legge Scelba”, anzi, nell’XI legislatura è stato aggravato dal decreto-legge 26 aprile 1993, n. 122 («Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa»), convertito con modifiche dalla legge 25 giugno 1993, n. 205, c.d. “legge Mancino”. Nel 1975 si era aggiunta l’esaltazione di idee o metodi razzisti tra gli oggetti dell’esaltazione che integravano l’apologia del fascismo; qui la condotta è stata resa autonoma e punita più gravemente (la reclusione passa da sei mesi a un anno nel minimo, da due a tre anni nel massimo; la multa va da uno a due milioni, prima la cornice era tra 200mila e 500mila lire). Ciò è in linea con lo spirito dell’intervento, volto a «proporre più efficaci strumenti di prevenzione e repressione di ogni forma di intolleranza o violenza xenofoba o antisemita»⁸⁹.

All’art. 3 della legge n. 654/1975 (che aveva ratificato e dato esecuzione alla convenzione internazionale sull’eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale del 1966) si è aggiunto il divieto di «ogni organizzazione, associazione, movimento o gruppo avente tra i propri scopi l’incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi», con sanzioni per partecipanti e promotori; l’art. 7, comma 3 della “legge Mancino” prevede poi, dopo l’accertamento con sentenza irrevocabile «che l’attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi abbia favorito la commissione di reati» per fini di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso (o il delitto

⁸⁹ V. la relazione al d.d.l. di conversione (A.C. 2576), presentato dal presidente del Consiglio Giuliano Amato, dal ministro dell’interno Nicola Mancino e dal ministro di grazia e giustizia Giovanni Conso. Lì si riconosce che in altri paesi europei l’incidenza della xenofobia e dell’antisemitismo era stata maggiore, ma non era opportuno sottovalutare l’allarme sociale – dunque la paura – che quelle notizie e situazioni avevano creato.



Saggi

di genocidio), o per agevolare l'attività di associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le stesse finalità, lo scioglimento del soggetto collettivo con decreto del Ministro dell'interno (previa deliberazione del Consiglio dei Ministri) e relativa confisca dei beni⁹⁰.

Come si vedrà, quest'innovazione normativa sarà alla base del solo altro caso di scioglimento di un soggetto collettivo di stampo neofascista – il Fronte nazionale – sia pure sulla base di una diversa fattispecie criminosa: segno questo che in qualche modo le norme specificamente rivolte contro le discriminazioni razziali hanno finito per «riassorbire il rilievo specifico della legislazione antifascista» (Pezzini 2011, 1392)⁹¹.

⁹⁰ Si segnala che l'art. 7, comma 1 prevede anche, ove si proceda «per un reato aggravato ai sensi dell'articolo 3 o per uno dei reati previsti dall'articolo 3, commi 1, lettera b), e 3, della legge 13 ottobre 1975, n. 654, o per uno dei reati previsti dalla legge 9 ottobre 1967, n. 962» ed elementi concreti facciano ritenere «che l'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi favorisca la commissione dei medesimi reati», la possibilità di chiedere al giudice competente per il giudizio la sospensione di ogni attività associativa (revocabile in ogni momento, nel caso in cui vengano meno i requisiti per la concessione).

⁹¹ Manetti (2004), ripercorrendo le origini dei divieti di manifestazioni del pensiero che incitano all'odio razziale (nate a tutela della razza/nazione maggioritaria o dell'ordine pubblico contro le contestazioni delle minoranze ed evolutesi in strumenti per far cessare le condizioni di svantaggio caratterizzanti certi gruppi, pur col rischio che il clima d'emergenza continua indotto dal terrorismo negli ultimi vent'anni riporti le disposizioni penali all'originaria funzione di tutela dell'ordine costituito), sostiene che in Italia c'erano condizioni favorevoli al recepimento delle norme internazionali, sia per l'abitudine (tristemente vera) ai reati d'opinione, sia per la preesistenza della sanzione verso la propaganda razzista; solo negli ultimi decenni però la giurisprudenza (di merito, di legittimità e costituzionale) è apparsa più in sintonia col legislatore, a costo di avalare limitazioni sempre maggiori della libertà di manifestazione del pensiero anche in assenza di pericolo concreto.



3. Partiti, paura e “democrazia protetta”: il caso tedesco

Nel dibattito sull’attuazione della XII disp. Cost., vari studiosi hanno rilevato che l’Italia si differenzia da altri ordinamenti, non prevedendo in Costituzione norme che, per difendere lo Stato e le sue istituzioni, escludano dal gioco democratico e sanzionino i soggetti (soprattutto collettivi) che, con le loro condotte, mettano a rischio l’esistenza dell’ordinamento. Ciò anche a costo di «limita[re] il pluralismo in nome del pluralismo stesso» che caratterizza la democrazia (Ferroni e Ceccanti 2015, 56).

Un conto infatti è chiedere solo – come in Italia – che i partiti rispettino il «metodo democratico» per concorrere a determinare la politica nazionale, lasciando loro per il resto ampia libertà (con la sola eccezione del divieto di riorganizzare il partito fascista)⁹²; altro è prevedere *apertis verbis* in Costituzione disposizioni che non consentano agli avversari della democrazia di servirsi della libertà per annientare proprio la libertà e la democrazia, sancendo che «I partiti che, per le loro finalità o per il comportamento dei loro aderenti, si prefiggono di danneggiare o eliminare l’ordinamento fondamentale democratico e liberale o di minacciare l’esistenza della Repubblica [...] sono incostituzionali».

⁹² Per Ceccanti e Tega (2004, 39-40) l’Italia non può ritenersi una “democrazia protetta”: in Costituzione mancano l’indicazione di un organo competente ad accertare la minaccia e a sciogliere i partiti “incriminati”, un giuramento obbligatorio per l’entrata in carica dei parlamentari, una disposizione che introduca una fattispecie di “abuso dei diritti” da parte del cittadino o dei cittadini associati o che riconosca il diritto di resistenza pure contro i rappresentanti del popolo espressi con le elezioni. Circa le disposizioni presenti (Ivi, 47), l’art. 49 Cost. «esclude qualsiasi controllo sui fini» e la XII disp. Cost. si pone come sola eccezione, non abbastanza vasta per parlare di meccanismo di protezione della democrazia.



Saggi

Quello ora ricordato è il noto istituto del *Parteiverbot* – sulla cui origine v. Gatti (2017) – delineato dall'art. 21, par. 2 della Legge fondamentale tedesca del 1949: essa è ritenuta il modello della “democrazia protetta”, che crede nella superiorità dei suoi valori e agisce per tutelarli dalle minacce, apportate da partiti anticonstituzionali come pure da altri soggetti (di cui la Costituzione si occupa in vari articoli⁹³), persino quando tale scelta comporta la violazione di alcuni principi fondamentali *pro salute rei publicae*⁹⁴.

C'è chi inquadra la “democrazia protetta” in un costituzionalismo più maturo (Nicotra 2007, 35), fondato su riflessioni successive rispetto a quelle alla base della democrazia liberale, favorite soprattutto dalla “fine di Weimar”⁹⁵. La dottrina più attenta segnala però la delicatezza di tale stato evolutivo, se riferito a fasi di tensione per la *res publica*: «è alquanto dubbio che gli ordinamenti che si vogliono definire democratico-pluralistici possano fare [dell'esigenza di tutelarsi dalle minacce] un'ossessione senza rinnegare se stessi», per evitare che «l'aggettivo “protetta” [rischi] di distruggere il sostantivo “democrazia”» (Ceccanti e Tega 2004, 37).

⁹³ Alla “democrazia protetta” si riconducono poi l'art. 9, par. 2 (difesa dell'ordinamento dalle aggressioni delle associazioni diverse dai partiti), l'art. 18 (difesa di tale ordinamento dalle aggressioni dei singoli) e, volendo, l'art. 20, par. 4 che prevede in via residuale il diritto di resistenza contro chi «si appresta a sopprimere l'ordinamento vigente».

⁹⁴ Si tratta ovviamente della rielaborazione del concetto di *militant democracy* proposto da Loewenstein (1937); non a caso, proprio la dizione «democrazia militante» è impiegata da alcuni autori (assai di recente Caterina 2018, in cui peraltro si fa discendere ancor prima da Carl Schmitt la posizione che contrappone alla neutralità valoriale l'indisponibilità di determinati valori e principi in quanto coesenziali a un determinato ordinamento).

⁹⁵ Non sembra però il caso di caricare troppo sul piano valoriale l'aggettivo «maturo», per non svalutare l'opzione della democrazia liberale che difende la libertà con la libertà.



Saggi

Anche per questo motivo, è inevitabile che tanto la “democrazia protetta”, quanto l’istituto della dichiarazione di incostituzionalità dei partiti (Fede e Testa Bappenheim 2014, 505 ss.) conoscano limiti, non legati solo al dettato costituzionale: la giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* lo dimostra. Analizzando le due precedenti sentenze di merito in materia di incostituzionalità dei partiti, la prima pronuncia resa nel 1952 contro il Partito socialista del Reich (Srp) – BVerfG 2, 1 – aveva essenzialmente ribadito che, ferma restando la libertà di costituire partiti, l’ordinamento aveva titolo di reagire dichiarando incostituzionali partiti che mirino a sconvolgere i supremi valori fondamentali dello stato liberale e democratico, devolvendo però il controllo e la decisione in materia al giudice costituzionale (la Corte aveva peraltro ribadito la legittimità di forze politiche che si oppongano a singole disposizioni «o anche a intere istituzioni previste dalla costituzione»); la successiva decisione che dichiarò incostituzionale il Partito comunista tedesco (Kpd) – BVerfG 5, 85 – aveva invece precisato che per applicare l’art. 21, par. 2 della costituzione tedesca non bastava l’elemento oggettivo di un’ideologia contraria ai principi e ai valori dello stato liberale e democratico, occorrendo anche un elemento soggettivo, non espressamente indicato nella disposizione costituzionale.

Per il collegio, infatti, era necessario pure «un contegno attivamente aggressivo e combattivo verso l’ordinamento esistente»: quest’ultimo potrebbe difendersi con lo strumento del *Parteiverbot* (solo) dai partiti che ne pregiudichino sistematicamente il funzionamento, «mirando a distruggerlo nel lungo periodo». Questa lettura “materiale”, che va oltre il mero piano oggettivo, per parte della dottrina poteva trovare ancoraggio costitu-



Saggi

zionale nell'espressione «darauf ausgehen» contenuta nell'art. 21, par. 2⁹⁶: essa indica l'atteggiamento di "prefiggersi" qualcosa, ma con un'intenzione particolarmente marcata, dunque in uno stadio almeno intermedio tra la potenza e l'atto. Quell'interpretazione di fatto evitava che da un'ideologia anticostituzionale conseguisse automaticamente il bando per il partito che l'aveva adottata: si definiva il campo d'azione della "democrazia protetta" (*rectius*: «militante», secondo il contenuto della sentenza) in ambito partitico⁹⁷, ma sancendo comunque le condizioni che richiedevano di attivare quel principio, in antitesi (forse è ancora presto per parlare compiutamente di eccezione) al «principio di neutralità dello Stato rispetto ai partiti politici»⁹⁸.

⁹⁶ Soprattutto Kunig (2012, § 79), citato da Caterina (2018, 245).

⁹⁷ Ampliando lo sguardo, tuttavia, Caterina (2018, 246) nota come, a dispetto della delimitazione del *Parteiverbot*, fino alla metà degli anni '70, si sia in realtà assistito a un'espansione della "democrazia militante" tedesca, in corrispondenza con la crescente tensione interna, legata anche al terrorismo: lo avrebbe dimostrato soprattutto la sentenza BVerfG 39, 334, nella quale si affermò che «va risolutamente escluso che quella medesima Costituzione che, in seguito all'amara esperienza dei fatti della democrazia di Weimar, ha fondato la Repubblica federale tedesca come una democrazia militante e combattiva, abbia anche, con il suo art. 3, par. 3, offerto questo Stato alla mercé dei suoi nemici». La pronuncia di inammissibilità del 2003 sulla prima richiesta di *Parteiverbot* nei confronti della Npd (v. la nota n. 99) avrebbe segnato un'inversione di tendenza.

⁹⁸ Non è inutile sottolineare che proprio la sentenza del 1956 dimostrò che l'art. 21, par. 2 non poteva essere letto in senso unidirezionale: Bonini (2017, 12) mette in luce come alla base del *Parteiverbot* nei confronti della Kpd vi siano stati soprattutto il progetto rivoluzionario per destituire l'allora cancelliere Konrad Adenauer e la stretta vicinanza (anche «per contrastare l'inclusione della Repubblica federale nel più ampio novero delle democrazie occidentali») alla Sozialistische Einheitspartei Deutschlands (Sed), partito di maggioranza nella Repubblica democratica tedesca. La paura di un attacco alle istituzioni, dunque, si era fatta così forte da suggerire una lettura più ampia del "bando".



Saggi

La decisione più recente, relativa al Partito democratico nazionale (Npd) ed emessa il 17 gennaio 2017 (2 BvB 1/13)⁹⁹, è arrivata in una Germania distante oltre settant'anni dalla fine del nazismo e oltre sessant'anni dall'ultimo caso di *Parteiverbot*: in quell'intervallo di tempo, pur non essendo mai mutato l'art. 21, par. 2 GG, sono cambiate le condizioni sociali e politiche e, con esse, probabilmente anche il sentire in materia di partiti in grado di minacciare l'ordinamento. Il Tribunale costituzionale, infatti, pur accertando e riconoscendo la natura anticostituzionale della Npd¹⁰⁰, l'ha ritenuta in concreto non pericolosa per la sopravvivenza dello stato costituzionale tedesco, evitando così di applicare il bando politico.

La sentenza rileva sotto vari profili. Innanzitutto i giudici hanno dato un corpo più preciso all'espressione «ordinamento fondamentale liberale e democratico», rimasta piuttosto indefinita nella sentenza del 1952: allora era stata riferita a un regime fondato sull'autodeterminazione del popolo

⁹⁹ La sentenza di merito, peraltro, è stata emessa dopo che nel 2003 la Corte di Karlsruhe si era già pronunciata sulla Npd in un primo procedimento intentato nel 2001 dalle Camere e dal governo federale, ma in quell'occasione - BVerfG 107, 339 – il ricorso fu dichiarato inammissibile per l'accertata presenza di agenti dei servizi segreti perfino tra i ruoli apicali del partito: le condotte di costoro avrebbero potuto influire sulle azioni addebitate alla Npd. Sulla vicenda v. Zei (2017, 1-2), Bonini (2017, 16) e Caterina (2018, 239); di nuovo Zei (2017, 3) segnala come il Tribunale costituzionale abbia chiesto anche nell'ultimo procedimento di documentare che non si erano più infiltrati informatori nel partito e non si erano più tenuti rapporti con chi si era introdotto nella Npd.

¹⁰⁰ Ciò perché – come si legge nella sentenza – gli obiettivi del partito e i comportamenti degli aderenti «violano la dignità dell'uomo e il nucleo essenziale del principio democratico e attestano elementi di contiguità ideale con il nazionalsocialismo storico» e il programma «mira a sovvertire» l'ordinamento costituzionale liberale e democratico, per cui la Npd «non rispetta i principi fondamentali irrinunciabili» per un tale ordinamento.



Saggi

sulla base del principio maggioritario, sulla libertà e sull'uguaglianza, ma con un *carnet* esemplificativo di principi tanto ampio da poter configurare un intervento *ex art.* 21, par. 2 GG. In questo caso, invece, il Tribunale costituzionale ha precisato che tale etichetta riassume solo «pochi e centrali principii fondamentali», vale a dire la dignità umana (che comprende «la garanzia della personalità, dell'identità e dell'integrità dell'individuo, come pure una basilare uguaglianza giuridica»)¹⁰¹, la democrazia (tradotta nella possibilità per tutti i cittadini di partecipare allo stesso modo alla formazione della volontà politica del paese e all'obbligo per chi esercita il potere pubblico di rispondere al popolo) e il principio dello stato di diritto (quello che «mira a vincolare e a limitare il potere pubblico per proteggere la libertà individuale»). Ciò significa che la paura che sia messo in discussione anche solo uno di *quei* principi, e non altri (come – lo nota Caterina (2018, 254) – il principio federalista e quello dello stato sociale), crea parte delle condizioni perché l'ordinamento sia titolato a difendersi; neanche la proposta di un regime diverso da quello repubblicano, come una proposta monarchica, minaccerebbe l'ordinamento (Delledonne 2017, 409).

Queste osservazioni sul piano “teorico” e oggettivo, però, non bastano, occorrendo pure un requisito soggettivo e concreto per il *Parteiverbot*. La Corte di Karlsruhe ha confermato che nel testo costituzionale (in particolare nell'espressione «darauf ausgehen») si può trovare l'indicazione che occorra un comportamento (anche) “materiale” del partito anticostituzionale per procedere alla sua messa al bando; non sono tuttavia più suffi-

¹⁰¹ Mette in luce il collegamento – effettuato dalla Corte – tra rispetto della dignità umana e mantenimento del principio democratico Gatti (2017, 15).



Saggi

cienti, come il Tribunale costituzionale aveva ritenuto nel 1956, il «contegno attivamente aggressivo e combattivo» verso l'ordinamento e un'attività che ne pregiudichi sistematicamente il funzionamento con l'idea di arrivare alla sua distruzione. Nella sua sentenza 2 BvB 1/13, il *Bundesverfassungsgericht* ha richiesto pure che il partito effettivamente "procedesse" a tale opera di distruzione: non certo che l'avesse compiuta anche solo in parte, ma almeno concretamente intrapresa, come valicando un confine (Delledonne 2017, 410): occorreva accertare l'esistenza di «indizi concreti e consistenti che permettano almeno di ritenere possibile un successo dell'attività volta contro l'ordinamento fondamentale liberale e democratico o l'esistenza della Repubblica federale tedesca».

Tale lettura assai prudente e "garantista" dell'art. 21, par. 2 GG – specie se comparata con quella emergente dalla sentenza del 1956 sulla Kpd – sembra derivare dalla scelta di un'interpretazione sistematica della disposizione: essa tiene conto delle «opzioni fondamentali costituzionali a favore dell'apertura del processo di formazione della volontà politica, della libertà di espressione e della libertà dei partiti politici dall'interferenza statale, come pure della natura eccezionale della previsione» dello stesso art. 21, par. 2. L'istituto del *Parteiverbot*, dunque, ora è ben identificato come eccezionale rispetto alla norma del "principio di apertura" che si desume dalla lettura combinata dell'art. 5, par. 1 (libertà di opinione) e dell'art. 21, par. 1 (libera fondazione e libero concorso dei partiti). Ciò non ha fatto venir meno il carattere protetto o militante della democrazia tedesca, conservato a dispetto della lunga inapplicazione dopo il 1956¹⁰²; esso però è

¹⁰² Nota Zei (2017, 5-6) che la Corte si è espressa altre due volte su richieste di *Parteiverbot*. Nei casi della Lista nazionale (NL, BVerfG 91, 262) e del Partito liberale tedesco dei



Saggi

stato delimitato più che in passato¹⁰³. Lo stesso Tribunale costituzionale ha ritenuto la “democrazia protetta” un’«autolimitazione» avvertita come necessaria dall’ordinamento per garantire una «democrazia duratura».

Si è trattato di un *revirement* significativo rispetto ai precedenti, che ha tenuto espressamente conto (Gatti 2017, 19-20) delle decisioni della Corte europea dei diritti umani in materia di divieto di partiti politici. La fattispecie è ammessa dall’art. 11, par. 2 Cedu per il *genus* delle associazioni, ma sono previste limitazioni: le restrizioni alla libertà di associazione, stabilite almeno con legge, possono essere solo quelle «necessarie, in una società democratica, per la sicurezza nazionale, l’ordine pubblico, la difesa dell’ordine e la prevenzione dei disordini e dei reati, per la protezione della salute o della morale o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui».

Tale disposizione è comparsa in varie pronunce della Corte Edu, specie quelle sull’illegalizzazione del partito turco *Refah Partisi*¹⁰⁴ e dei partiti baschi *Herri Batasuna* e *Batasuna*¹⁰⁵. Lì si sottolinea che il “bando” di un parti-

lavoratori (Fda, BVerfG 91, 276) i procedimenti erano finiti con ordinanze d’inammissibilità: per il Tribunale costituzionale si era di fronte a semplici associazioni e non a partiti, soprattutto per la loro scarsa attività e consistenza organizzativa.

¹⁰³ Anche per questo, Caterina (2018, 250) sottolinea che, pur non venendo meno il concetto di democrazia militante, la decisione del 2017 «sembra segnare un abbandono, da parte del BVerfG, del *principio* costituzionale della democrazia militante».

¹⁰⁴ Corte Edu, *Grande Chambre*, sent. 13 febbraio 2003, ricorsi nn. 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98, *Refah Partisi* e a. contro Turchia; cfr. Randazzo (2004). V. anche la più risalente Corte Edu, *Grande Chambre*, sent. 25 maggio 1998, ricorso n. 20/1997/804/1007, *Partito socialista* e altri c. Turchia. Su questi casi v. Ceccanti e Tega (2004, 64 ss.).

¹⁰⁵ Corte Edu, sent. 30 giugno 2009, ricorsi n. 25803/04 e altri, *Herri Batasuna* e *Batasuna* c. Spagna. V. anche Corte Edu, sent. 15 gennaio 2013, ricorso n. 40959/09, *Eusko Abertzale Ekintza – Acción Nacionalista Vasca* c. Spagna.



Saggi

to, oltre che dover perseguire uno scopo legittimo tra quelli indicati dall'art. 11, par. 2 Cedu può essere *secundum legem* (solo) in presenza di «un'impellente esigenza sociale» di quel bando, che può anche intervenire in uno stadio preventivo (prima che un partito antisistema abbia conquistato il potere), purché il programma del partito sia contrario alla Convenzione; in particolare, occorre anche¹⁰⁶ che l'ordinamento e, in particolare, i suoi valori fondamentali, siano sottoposti a una «minaccia sufficientemente dimostrata e imminente» (che è proprio la paura che le fondamenta assiologiche dell'ordinamento siano sconvolte). Né pare sufficiente che una minaccia simile possa venire dalla semplice esistenza di un gruppo politico o dalle affermazioni contenute nello statuto, essendo necessaria un'azione con un certo livello di concretezza. Evidentemente, nella sua sentenza del 2017, il Tribunale costituzionale ha operato il citato *revirement* interpretativo rispetto al precedente del 1956 in materia di “pericolosità” del partito anche sulla scorta di quanto deciso a Strasburgo, con una lettura adeguatrice del testo costituzionale (Caterina 2018, 252).

Secondo il *Bundesverfassungsgericht*, la Npd non aveva possibilità di imporre il proprio disegno attraverso la partecipazione elettorale, visti i risultati raccolti a livello nazionale (benché allora il partito potesse contare su un europarlamentare, i risultati nelle altre competizioni erano stati scarsi e il calo degli iscritti vistoso) e locale (pur disponendo di oltre 350 consiglieri municipali in tutta la Germania, era un numero «ben lon-

¹⁰⁶ Un ulteriore requisito indicato dalla giurisprudenza di Strasburgo è che il bando del partito sia proporzionato agli scopi che si vogliono perseguire con la stessa messa al bando. Ciò porta inevitabilmente a riflettere sulle ipotesi in cui l'ordinamento nazionale non conosca sanzioni ulteriori (e “minori”) rispetto all'illegalizzazione di un partito.



Saggi

tano dall'aver capacità di influenzare la presa di decisioni politiche rilevanti»); non c'era neanche la prova che il partito di cui si chiedeva il bando avesse «superato il confine di una legittima battaglia politica» così da poter dire che tendesse in concreto a distruggere l'ordinamento, o che le sue azioni avessero creato «un'atmosfera di paura» tale da minare la partecipazione alla formazione della volontà politica.

Su queste basi, pur senza mettere in discussione la propria natura di “democrazia protetta”, la Germania – attraverso la Corte di Karlsruhe – ha trasformato il *Parteiverbot* in uno strumento di *extrema ratio* (Delledonne 2017, 411) e ha aperto la discussione sull'opportunità di modificare il testo costituzionale per introdurre una sanzione intermedia, più lieve rispetto all'illegalizzazione del partito ma comunque in grado di assicurare una risposta dell'ordinamento a situazioni di partiti anticostituzionali ma non incostituzionali (Zei 2017, 10 ss.; Caterina 2018, 254 ss.).

Tale discussione si è tradotta nell'approvazione della riforma costituzionale che, dal 20 luglio 2017, ha modificato proprio il testo dell'art. 21, prevedendo l'esclusione dal finanziamento pubblico e da ogni beneficio fiscale per i partiti che, *pur non essendosi praticamente adoperati* per «attentare all'ordinamento costituzionale democratico e liberale, o sovvertirlo, o mettere in pericolo l'esistenza della Repubblica federale tedesca», semplicemente *mirino* a uno di quegli stessi obiettivi; tutto ciò conservando comunque il *parteiprivileg*, per cui tocca sempre al *Bundesverfassungsgericht* accertare la situazione e comminare la sanzione¹⁰⁷. Non è ancora chiaro

¹⁰⁷ Il fatto che sia il Tribunale costituzionale tedesco ad accertare i fatti e irrogare la sanzione, sia nel caso del *Parteiverbot* sia in quello dell'esclusione dal finanziamento pubblico, evita che sorgano questioni su provvedimenti sanzionatori adottati a seguito di



Saggi

però se alla base dell'esclusione dal finanziamento pubblico – che a questo punto diventa un modo per evitare che il partito in questione ottenga una rappresentanza parlamentare che gli consentirebbe il “salto di qualità” verso uno *status* incostituzionale, oltre che anticostituzionale – debba esserci almeno quel «contegnimento attivamente aggressivo e combattivo» giudicato necessario dal Tribunale costituzionale nella sua sentenza del 1956 (e ora non più sufficiente per attivare il *Parteiverbot*) o se la semplice adozione di uno statuto o di un programma anticostituzionale basti a far ritenere che il partito “miri” agli scopi individuati dall'art. 21, par. 3.

È comprensibile che un ordinamento non desideri dare sostegno finanziario a soggetti che per statuto avversino punti più o meno nevralgici dell'ordinamento stesso; la collocazione costituzionale dell'istituto, peraltro, sembra comunque richiedere una pur minima azione ulteriore rispetto alla mera enunciazione statutaria o programmatica, proprio perché non è cambiato il principio di fondo, cioè – come ha messo in luce la Corte nel 2017 – l'apertura del processo di formazione della volontà politica. L'ordinamento si riserva comunque il titolo per intervenire nelle situazioni di rilevante o marcata gravità (rispettivamente con l'esclusione dai finanziamenti e con il *Parteiverbot*); in tutte le altre, spetta «alla società civile la responsabilità di [mettere il partito] ai margini e alla magistratura penale quella di punirlo per i reati che compie» (Bonini 2017, 14). Il che è come dire che i primi “anticorpi” contro queste minacce antisistema (neonaziste, ma non solo) devono essere cercati al di fuori del *Bundesverfas-*

una sentenza non passata in giudicato (Bonini 2017, 3) o sull'impossibilità per un ufficio giudiziario periferico di avere contezza globale di un fenomeno associativo per accertare l'esistenza di un partito antisistema (o, in Italia, la riorganizzazione del partito fascista).



sungsgericht e comunque – così sembra ragionare il Tribunale costituzionale, pur non dicendolo espressamente – negli oltre sessant’anni dall’ultimo scioglimento si presume che si siano sviluppati a sufficienza.

4. Le reazioni contro il neofascismo nei casi più recenti

Sulla scorta delle riflessioni fatte, è bene passare in rassegna le decisioni più recenti dei giudici in materia di neofascismo, per verificare in concreto come l’ordinamento abbia reagito a determinati comportamenti: in base alla percezione di quelle stesse minacce (dunque foriere di paura) al bene giuridico tutelato, cioè l’integrità dell’ordinamento costituzionale, le risposte dell’ordinamento sono state differenti, tanto da provocare periodiche discussioni in dottrina, oltre che nella sfera pubblica.

4.1. Maggiore durezza per i reati neofascisti d’opinione

Di recente la magistratura sembra aver optato per un’applicazione severa dei reati neofascisti d’opinione. Si veda per esempio il caso del sindaco e di due assessori del comune di Affile (Rm), accusati di apologia del fascismo per aver dedicato al “maresciallo d’Italia” Rodolfo Graziani il monumento-sacrario al soldato, eretto tra il 2011 e il 2012: nel 2013 era iniziato un procedimento penale presso il Tribunale di Tivoli, in cui Anpi (denunciante) si era costituita parte civile¹⁰⁸. Per la giudice di primo gra-

¹⁰⁸ Si era esclusa la costituzione di parte civile dei comuni di Marzabotto, Carrara, Stazzema, Massa, Montignoso e della provincia di Massa Carrara. Per la giudice non c’era pro-



Saggi

do¹⁰⁹ intitolare con una delibera di giunta il sacrario a Graziani, fascista di spicco, e inaugurarlo con una cerimonia pubblica concretava una celebrazione del gerarca tale «da poter condurre alla riorganizzazione del disciolto partito fascista». Ciò in base a «elementi sintomatici» dell'idoneità della condotta a compromettere l'ordine democratico dello Stato.

La natura istituzionale degli agenti (per il valore che dà all'atto e al potenziale consenso verso l'apologia) e la collocazione stabile del monumento in uno spazio pubblico e frequentato (la costante rievocazione di un soggetto fascista potrebbe sempre rimandare ai valori del regime) sono state ritenute «concreto antecedente causale idoneo a provocare adesioni e consensi ed a concorrere alla diffusione di idee favorevoli alla ricostituzione di organizzazioni fasciste». Pur in assenza all'inaugurazione di manifestazioni del fascismo, ostensioni dei suoi segni, istigazioni alla discriminazione o all'odio razziale, per il tribunale era intatta l'esaltazione di Graziani come personaggio incarnante quell'ideologia: ciò avrebbe potuto rendere il sacrario ritrovo «per altre occasioni, potenzialmente illimitate, di manifestazioni apologetiche» e per «aggregazioni funzionali al momento organizzativo» e alla rievocazione degli ideali fascisti¹¹⁰.

va che tali enti fossero stati danneggiati dall'eventuale reato: non essendo stati allegati i loro statuti, non si poteva dire che «lo scopo esplicito e specifico dell'attività» degli enti fosse il bene giuridico leso (la lotta al nazifascismo); v. Cass., sez. un. pen., 24 aprile – 18 settembre 2014, n. 38343. Il fatto che i loro abitanti fossero stati vittime delle stragi naziste e avessero partecipato alla Resistenza non creava un collegamento territoriale tra i fatti di Affile e i citati enti che «non sono portatori di un interesse generale e nazionale».

¹⁰⁹ Trib. Tivoli, 7 novembre 2017 - 30 gennaio 2018, n. 2145.

¹¹⁰ La giunta della Regione Lazio, che aveva finanziato la costruzione dell'opera, aveva peraltro chiesto al comune di Affile di annullare in autotutela la parte della delibera relati-



Saggi

Integrati i requisiti della realizzazione pubblica della condotta¹¹¹ e del dolo generico (per aver «consapevolmente e volontariamente individuato il mar. Graziani» nella scelta del personaggio cui intitolare il sacrario¹¹²), la giudice ha condannato i membri della giunta per apologia del fascismo, con pene determinate pure dalla gravità di aver agito come «esponenti di un organo istituzionale di natura pubblica»¹¹³; oltre alla condanna alle spese e al risarcimento dei danni alla parte civile, si è disposta la trasmissione del dispositivo al comune di Affile «per quanto di competenza», perché rimuovesse gli effetti della delibera di intitolazione¹¹⁴.

va all'intitolazione (mai citata nei documenti inviati per chiedere il contributo), pena la revoca delle risorse. La stessa giunta aveva giudicato l'intitolazione un'espressione non condivisibile di «un giudizio positivo rispetto ad eventi contrari ai valori che guidano l'azione dello Stato italiano e della Regione» (che nel suo statuto fa propri i valori della Dichiarazione universale dei diritti umani e ripudia discriminazioni e intolleranze), ritenendo che ciò facesse venir meno il pubblico interesse alla base del contributo. L'agire della Regione, per la giudice, era un nuovo indice dell'attitudine del comportamento della giunta affiliana a determinare un pericolo concreto di riorganizzazione del partito fascista.

¹¹¹ La cerimonia si era svolta in pubblico e su inviti e manifesti era chiara l'intitolazione.

¹¹² Indicherebbero ciò la delibera e la richiesta di autorizzazione all'intitolazione alla Prefettura solo successive alla concessione dei finanziamenti e al compimento dell'opera, nonché le parole del sindaco di Affile (il sacrario «non poteva che essere intitolato a Graziani, il più grande concittadino degli Affiliani»). Né si è dimostrato che l'omaggio a Graziani fosse legato a motivi diversi da quelli che lo caratterizzano storicamente (e penalmente). Per la giudice non poteva configurarsi un errore sul fatto «che esclude l'elemento psicologico» per escludere il dolo: il sindaco conosceva il ruolo di Graziani nella storia.

¹¹³ In primo grado il sindaco è stato condannato a 8 mesi di reclusione e 120 euro di multa, gli assessori a 6 mesi e 80 euro di multa.

¹¹⁴ La giudice ha rigettato la richiesta del Pm di confiscare e distruggere l'atto di intitolazione (come «cosa che servì a commettere il reato»), lasciando che fosse la pubblica amministrazione a rimuovere altrimenti gli effetti della delibera «incriminata»; il tribunale ha



Saggi

I condannati hanno impugnato la sentenza: di recente la Corte d'appello di Roma¹¹⁵ si è espressa, confermando il verdetto di primo grado. La sentenza si apre con un ampio quadro evolutivo sulla fattispecie di apologia del fascismo e sulla sua applicazione, basato anche sulla giurisprudenza costituzionale e di legittimità; segue una ricostruzione più documentata del profilo di Graziani¹¹⁶ per accertare l'esistenza di uno degli elementi oggettivi costitutivi del reato, cioè l'esaltazione di un esponente rilevante del regime fascista (per metodi e ideologia) e a esso inconfutabilmente riconducibile. Su questi presupposti, il collegio ha respinto ogni doglianza sulla pronuncia di primo grado.

Si è escluso subito che l'intitolazione a un tale personaggio potesse avere natura solo commemorativa (come ricordo solenne, ma circostanziato, di un personaggio o un avvenimento)¹¹⁷, individuando pure l'esaltazione («sottolineare ed ampliare a dismisura aspetti o caratteristiche [...] di

pure negato il sequestro il monumento, perché sarebbe bastato rimuovere l'intitolazione per evitare che l'accessibilità del luogo potesse aggravare le conseguenze del reato.

¹¹⁵ App. Roma, sez. II pen., 14 marzo - 12 giugno 2019, n. 3809.

¹¹⁶ È significativo lo sforzo di documentazione profuso in secondo grado per una ricostruzione approfondita, basata solo sul lavoro degli storici, «unici soggetti titolati ad effettuare un valido inquadramento del personaggio nella sua prospettiva storica», mentre in prime cure ci si era basati sui «numerosi articoli, sia di stampa che scaricati da internet» relativi a Graziani e versati in atti. Molta attenzione riceve la sentenza con cui il Tribunale militare di Roma, il 2 maggio 1950, condannò Graziani per collaborazione militare col tedesco, per aver accettato cariche nel governo della Repubblica sociale italiana, per aver organizzato il suo esercito e aver ispirato ed emanato atti dal contenuto gravemente sanzionatorio, nonché per aver perseguito partigiani, loro congiunti e favoreggiatori.

¹¹⁷ Per i giudici è impossibile scindere la «figura di Graziani come “soldato” da quella, storicamente documentata, di “esponente del fascismo”».



Saggi

un'idea o di una persona, rendendole oggetto di elogi ed inusitata ammirazione»): solo l'ultima, foriera di un elogio «potenzialmente privo di un contesto temporale e spaziale necessitato», può minacciare i valori democratici della Repubblica. Riaffermati la pubblicità dell'esaltazione (per «l'intrinseca natura istituzionale dei soggetti» da cui è venuta l'intitolazione, per il luogo intitolato e per gli inviti all'inaugurazione) e il potenziale lesivo della stabilità dell'ordine democratico (con le stesse ragioni offerte in primo grado), i giudici hanno ribadito l'esistenza del dolo generico¹¹⁸, confermando la condanna degli amministratori¹¹⁹.

La diversa (e più “concreta”) fattispecie di manifestazioni fasciste è stata impiegata con riguardo al c.d. saluto romano, sebbene non si sia registrata in materia giurisprudenza unanime. Negli ultimi vent'anni, in

¹¹⁸ Il fatto che prima della fine dei lavori negli atti non si fosse mai menzionato Graziani indicava la «ferma volontà di scavalcare ogni possibile ostacolo che potesse inficiare lo scopo avuto di mira, dedicare il Museo del Soldato» al gerarca; la stessa delibera di intitolazione sarebbe stata scritta in modo ambiguo (per i giudici il fatto che il sacrario sia stato «dedicato» e non «intitolato» a Graziani ha «una connotazione necessariamente personalistica», indicando l'oggetto di un dono «a qualcuno che rivesta una importanza particolare per chi lo compie»). La censura è aggravata dal “tentativo” di legittimare l'operazione, citando l'acquisizione di pareri previsti dal Testo unico degli enti locali (in realtà non allegati) e qualificando l'intitolazione come conforme al contenuto della donazione al comune del terreno fatta dal comitato che chiedeva il monumento (nella donazione non si cita Graziani). La stessa inaugurazione si sarebbe trasformata, pur senza incitamenti alla violenza o alla discriminazione, in una «cerimonia di pubblica esaltazione di un singolo», incentrata sulla figura di Graziani (anche per la data scelta, il 110° anniversario della sua nascita).

¹¹⁹ Il collegio di seconde cure ha riconosciuto la continuazione del reato, ritenendo che l'approvazione della delibera di intitolazione del monumento e la cerimonia di inaugurazione siano due condotte criminose distinte e autonome, in continuazione *ex art. 81 c.p.* La pena non è però stata rideterminata, essendo stata ritenuta già congrua dai giudici.



Saggi

più occasioni si è messo in chiaro che gesti come quello o la “chiamata del presente”, chiaramente qualificabili come manifestazioni esteriori di carattere fascista, se svolti durante un evento pubblico possono essere idonei a mettere a rischio la tenuta dell’ordinamento democratico, mediante la possibilità di provocare consensi e concorrere alla diffusione «di concezioni favorevoli alla ricostituzione di organizzazioni fasciste»¹²⁰. Ciò anche se il contesto della condotta non è stato caratterizzato da atti di violenza o concretamente turbativi dell’ordine costituzionale.

Nel 2016, tuttavia, la stessa Corte di cassazione si era pronunciata¹²¹ su un ricorso proposto dalla Procura della Repubblica di Milano contro

¹²⁰ Cass., sez. I pen., 25 marzo - 12 settembre 2014, n. 37577. La sentenza aveva confermato la condanna – inflitta nel 2011 dal Tribunale di Bolzano, ribadita nel 2012 dalla Corte d’appello di Trento, sez. di Bolzano – di due persone che avevano urlato in coro «Presente» ed eseguito il saluto romano a una cerimonia di CasaPound per le vittime delle foibe. La Cassazione ha respinto la richiesta di sollevare la q.l.c. dell’art. 5 della “legge Scelba” per contrasto con gli artt. 3, 21 e 117 Cost.: a dispetto del decorso del tempo, non si sarebbe esaurita l’attualità di punire le manifestazioni usuali del partito fascista per tutelare le istituzioni democratiche (né persistendo si perseguirebbero manifestazioni di opinioni, violando l’art. 10 Cedu), tanto che si è sentito il bisogno di emanare il d.l. n. 122/1993 per reprimere condotte istigatrici o realizzatrici di atti di discriminazione razziale, contrarie anche agli artt. 21 e 22 della Carta di Nizza. Si è richiamata pure la giurisprudenza costituzionale su apologia di fascismo e manifestazioni fasciste, che non ha censurato le fattispecie volte a impedire la riorganizzazione del partito fascista anche scoraggiando e punendo atti in grado di costituire «un apprezzabile pericolo del riprodursi di tale evento». Concordano con la sentenza Lisena (2014), Padrone (2014) e Diotallevi (2014); nota una certa discrasia tra profili affrontati nel ricorso e nella decisione Longo (2014, 6 ss.), rilevando l’inopportunità di dedurre lo *status facti* dall’evoluzione normativa.

¹²¹ Cass., sez. I pen., 2 marzo 2016 - 7 marzo 2017, n. 11038; cfr. le decisioni “gemelle” su altri soggetti coinvolti nella stessa vicenda, Cass., sez. I pen., 20 giugno 2016 - 7 luglio 2017, n. 28298 e Cass., sez. I pen., 14 dicembre 2017 - 20 febbraio 2018, n. 8108 (Nocera 2018).



Saggi

una sentenza di non luogo a procedere emessa dal Gup del Tribunale¹²² a seguito dell'azione esercitata dal Pm contro più persone accusate di manifestazioni fasciste per aver effettuato il saluto romano e partecipato alla "chiamata del presente" (nonché per aver esposto croci celtiche) alle commemorazioni della morte di Sergio Ramelli svolte nel 2014¹²³.

Il Supremo collegio aveva dichiarato inammissibile il ricorso per cassazione proposto dalla procura, ritenendo che col ricorso «solo formalmente [fosse] prospettata una violazione di legge» (l'errata interpretazione e applicazione dell'art. 5 della legge n. 645/1952), mentre in realtà si chiedeva «un'inammissibile rivalutazione delle circostanze attentamente e congruamente esaminate dal Gup del Tribunale di Milano»: il pubblico ministero aveva chiesto di rileggere gli elementi di fatto alla base della decisione e non di valutare (come doveva essere) la solidità e la correttezza della motivazione. La pronuncia d'inammissibilità è comunque interessante perché ripercorre il ragionamento del Gup, giudicato corretto.

Nel ritenere che l'art. 5 della "legge Scelba" (modificato dalla legge n. 152/1975) vietasse le manifestazioni del pensiero e dell'ideologia fascisti ove potessero «determinare il pericolo di ricostituzione di organizzazioni fasciste, in relazione al momento e all'ambiente in cui sono compiute, e quindi se attentano alla tenuta dell'ordine democratico e dei valori allo stesso sottesi», il giudice di prime cure aveva colto la natura di reato di pericolo concreto, che non mette in discussione lo spazio garantito

¹²² Trib. Milano, Gup, 10-19 giugno 2015, n. 12357.

¹²³ Lo stesso Tribunale di Milano a novembre del 2015 aveva però condannato gli autori di comportamenti simili alla medesima cerimonia nel 2013; alcuni condannati, di più, erano stati tra i destinatari del non luogo a procedere pochi mesi prima.



Saggi

dall'art. 21 Cost. In concreto, per la Cassazione il Gup aveva «in modo del tutto logico e coerente sia col dato normativo [...] che con le risultanze investigative» qualificato i fatti come del tutto inoffensivi: pur trattandosi di manifestazioni di certo fasciste, esse erano rivolte solo ai defunti «in segno di omaggio e umana pietà e non avevano alcuna finalità di restaurazione fascista» e si inserivano in un corteo ordinato, rispettoso, disarmato e privo di riferimenti a lotte o rivendicazioni politiche. Ciò è bastato per negare che tali manifestazioni, pur pubbliche, fossero «tali da suggestionare concretamente le folle inducendo negli astanti sentimenti nostalgici in cui ravvisare un serio pericolo di riorganizzazione del partito fascista»¹²⁴.

Negli anni seguenti si sono avute pronunce di segno diverso, che hanno dato seguito a entrambi i filoni giurisprudenziali di legittimità¹²⁵.

¹²⁴ La Procura aveva contestato la lettura, ritenendo che l'offensività della manifestazione dovesse valutarsi alla luce dei connotati oggettivi concreti e non dei fini (la memoria dei defunti) e che non occorresse suggestionare la folla per la punibilità, bastando la possibilità di provocare consensi alle manifestazioni e alle idee. Per la Suprema Corte, però, il Gup aveva seguito l'interpretazione costituzionalmente orientata della "legge Scelba": esso però aveva considerato la dinamica e il contesto della vicenda per dedurre l'inidoneità offensiva della condotta (il ricorrente aveva indubbiato le valutazioni, ma per la Cassazione ciò ricadeva nel merito e ne era precluso l'esame, visto che il metodo valutativo era corretto).

¹²⁵ Aveva confermato la correttezza del giudizio di colpevolezza – *ex art. 2 della "legge Mancino"* – degli autori del saluto romano dalle tribune di uno stadio (annullando però senza rinvio la condanna per intervenuta prescrizione) Cass., sez. II pen., 8 marzo - 17 maggio 2016, n. 20450 (cfr. Ievolella 2016). Ha deciso per l'assoluzione Trib. Milano, sez. III pen., 20-22 febbraio 2019, n. 2488 (il saluto romano e la "chiamata del presente" in una manifestazione dell'Associazione nazionale arditi d'Italia e dell'Unione nazionale combattenti della Rsi al cimitero monumentale di Milano nell'anniversario della fondazione dei Fasci di combattimento non sono stati ritenuti offensivi, non apparendo tali da determinare adesioni e consensi e concorrere alla ricostituzione del partito fascista, ci-



Saggi

Di norma le decisioni sono state accolte con favore nella sfera pubblica e dalla dottrina quando contenevano verdetti di condanna; non sono mancate le critiche per le vicende concluse con assoluzioni anche solo parziali, come del resto era accaduto negli anni precedenti¹²⁶.

tando la sentenza di Cassazione del 2016; il capo d'imputazione peraltro è stato riqualificato da reato *ex art. 2* della "legge Mancino" a manifestazioni fasciste). In precedenza, nel 2015, aveva fatto scalpore una sentenza del Trib. Livorno che aveva assolto quattro tifosi dell'Hellas Verona che si erano prodotti nel saluto romano all'esterno dello stadio: il gesto fu derubricato a «pessima provocazione», per le circostanze in cui si era svolto.

¹²⁶ V. Trib. Milano, sez. VIII penale, 20 dicembre 2007 – 12 febbraio 2008, n. 13682, in *Giurisprudenza di merito*, 2009, n. 3, pp. 727-735 (relativa ai saluti romani, ai discorsi e ai cori fascisti, nonché al porto di insegne con croci celtiche, fasci e aquile in una manifestazione organizzata dal Movimento sociale Fiamma tricolore a Milano l'11 marzo 2006). Sulla base della giurisprudenza costituzionale, che ha fatto qualificare il reato di manifestazioni fasciste come di pericolo concreto, si è riconosciuto esistente il crimine per i discorsi tenuti in piazza San Babila, in grado di determinare «seppure per il breve tempo [...] la situazione di pericolo che costituisce l'evento del reato» (per la conformazione e la storia del luogo, per la folla radunatasi, per la caratura politica degli oratori, il contenuto e i toni dei discorsi degli imputati, i gesti da loro compiuti e la risposta dei presenti). È stato invece assolto chi aveva compiuto manifestazioni usuali del fascismo nel corteo: queste sono apparse come «episodi isolati [...] senza che la gestualità o i canti – per compattezza, vistosità o intensità – abbiano presentato una corallità effettivamente suggestiva sulle folle», in un contesto in cui gesti tipici fascisti convivevano con atteggiamenti e toni neutri, «dall'apparenza del tutto comune e "innocua", che nulla hanno a che vedere con l'apparato iconografico fascista» e comunque con «la carica simbolica delle manifestazioni di carattere fascista» stemperata dalle «modalità ordinate e rispettose» del corteo. Il tutto con modi tali da non essere in grado di «suggestionare concretamente le folle, inducendo negli astanti sentimenti nostalgici in cui ravvisare un serio pericolo di riorganizzazione del partito fascista».

Ha accolto con favore la sentenza – anche per la differenziazione che ha operato tra le diverse condotte – Biondi (2009), che ha sottolineato la perdurante attualità dei reati di apologia del fascismo e manifestazioni fasciste, non mancando peraltro di criticare ogni tentativo di considerare illegittimi i reati individuali contro il neofascismo per «la natura



Saggi

La Corte di cassazione ha però da poco confermato la condanna del politico Gabriele Leccisi¹²⁷, autore del gesto fascista l'8 maggio 2013¹²⁸. Nei precedenti gradi di giudizio¹²⁹ la condotta era stata riconosciuta come criminosa, ma in base all'art. 2 della "legge Mancino", che punisce chi «in pubbliche riunioni, compia manifestazioni esteriori od ostenti emblemi o simboli propri o usuali delle organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi» che abbiano tra i loro scopi (in base all'allora vigente art. 3 della l. n. 654/1975)¹³⁰ l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi¹³¹. Tale ipotesi non si riferisce chiara-

irriducibilmente contrastante dello Stato democratico italiano nei riguardi del fascismo»: «Finché nella nostra Costituzione sarà previsto il divieto di riorganizzare, sotto qualsiasi forma, il partito fascista, sarà legittima ogni forma di repressione di attività, individuali o collettive, prodromiche a tale scopo, purché [...] rivestano quel carattere di idoneità indispensabile affinché non si sfoci nella repressione del puro pensiero o dissenso politico».

¹²⁷ Cass., sez. I pen., 27 marzo - 16 maggio 2019, n. 21409. Sulla sentenza v. Galli (2019).

¹²⁸ Dopo lo sgombero teso di un insediamento rom a Milano, lo stesso Leccisi – insoddisfatto dell'attuazione del "piano" rom – aveva organizzato una manifestazione contro il comune in contemporanea a una riunione *ad hoc* delle commissioni consiliari. Invitato ad assistere all'adunanza per evitare che la manifestazione si svolgesse, Leccisi – la cui presenza era stata stigmatizzata da una consigliera – aveva risposto col saluto fascista (ripreso in vari filmati) e battibeccato con vari consiglieri comunali fino alla sua uscita dall'aula.

¹²⁹ Trib. Milano, 17 dicembre 2015; App. Milano, 17 aprile 2018.

¹³⁰ La disposizione, dopo il fatto criminoso, è stata abrogata dal d.lgs. n. 21/2018, che l'ha trasfusa nell'art. 604-bis c.p., collocando il reato di propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale etnica e religiosa tra i delitti contro la persona, segnatamente quelli contro l'eguaglianza.

¹³¹ Un'impostazione simile (e dallo stesso esito) si ritrovava già in Cass., sez. I pen., 4 marzo - 17 giugno 2009, n. 25184, anche se il contesto era diverso (saluto romano all'esterno di uno stadio prima di una partita).



Saggi

mente al fascismo, ma le manifestazioni fasciste *ex art.* 5 della “legge Scelba” possono rientrare in quelle tipiche dei soggetti collettivi che incitano alla discriminazione o alla violenza per motivi etnici, nazionali o religiosi.

Dei cinque motivi di ricorso presentati, il terzo metteva in dubbio che, anche volendo qualificare il gesto “incriminato” come saluto romano¹³², questo potesse essere idoneo a ledere il bene giuridico tutelato dalla disposizione. Per il Supremo collegio, però, aveva ragionato correttamente la Corte d’appello di Milano nel ritenere il saluto romano *ex se* «una manifestazione gestuale che rimanda all’ideologia fascista e ai valori politici di discriminazione razziale e di intolleranza sanzionati» dalla “legge Mancino”: non occorre che il gesto fosse corredato da violenza, trattandosi di una fattispecie «di pericolo astratto». Tale considerazione può allarmare l’interprete: essa non risponde allo spirito della giurisprudenza costituzionale più volte richiamata, che richiede la valutazione dell’idoneità della condotta a creare il pericolo di una riorganizzazione del partito fascista, dunque riqualificare il reato potrebbe essere solo un modo per ottenere lo stesso risultato per altra via, con meno garanzie per l’imputato.

La stessa Suprema Corte però, a dispetto delle parole utilizzate, compie la propria valutazione secondo i canoni utilizzati per accertare i reati di pericolo concreto (Galli 2019): nella sentenza si legge che il contesto, pub-

¹³² Con i primi due motivi di ricorso (inammissibili), la difesa di Leccisi aveva provato a contestare la qualificazione del «gesto manuale» come saluto fascista, ritenendo che i giudici di merito non ne avessero provato la natura (ma per il collegio aveva correttamente deciso la corte d’appello: le testimonianze raccolte e le riprese della seduta, congrue con quanto testimoniato, bastavano a dimostrare che si era eseguito un saluto romano, senza spazio per interpretazioni diverse della condotta dell’imputato).



Saggi

blico e «di particolare risonanza», in cui la condotta incriminata si è svolta permette di valutare che il comportamento dell'imputato «è astrattamente idone[o] a essere percepit[o] come manifestazione esteriore o come ostentazione simbolica ed emblematica» dei soggetti collettivi citati dall'art. 3 della legge n. 654/1975¹³³, consentendo dunque un positivo giudizio *ex ante* sull'idoneità a ledere il bene giuridico tutelato dalla norma penale.

In queste decisioni recenti in materia di apologia del fascismo e manifestazioni fasciste, i giudici sono parsi poco propensi ad applicare un metro di giudizio mitigato dal decorso del tempo, almeno in presenza di certe condizioni e circostanze¹³⁴. Si può così convenire con chi ritiene quelle fattispecie ancora attuali, se non altro per punire chi tiene un atteggiamento provocatorio e sprezzante verso le istituzioni democratiche: un atteggiamento tale da mettere in pericolo la sopravvivenza dell'ordinamento e dei suoi valori per il rilievo pubblico delle loro condotte.

¹³³ Per la Cassazione era infondata la questione di legittimità sollevata dall'impugnante sull'art. 2 della "legge Mancino" per contrasto con gli artt. 2, 3 e 111 Cost. (ritenendo che la norma non potesse essere indeterminata, poiché richiedeva in concreto il compimento di manifestazioni caratteristiche dei soggetti collettivi aventi tra i loro scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi), ricordando che il giudice di legittimità si era già espresso contro la potenziale lesione da parte della stessa fattispecie dell'art. 21 Cost.: «la libertà di manifestazione del pensiero cessa quando trasmoda in istigazione alla discriminazione e alla violenza di tipo razzista» e incitare a ciò con gesti simbolici rappresenta una «istigazione a una condotta che realizza un *quid pluris* rispetto alla mera manifestazione di opinioni personali, rendendo manifestamente infondate le questioni di costituzionalità sollevate» (Sez. III, n. 37581 del 3/10/2008, Mereu; sez. V, n. 31655 del 24/8/2001, Gariglio).

¹³⁴ Tra le pronunce più recenti, v. anche Trib. Milano, sez. III pen., 27 novembre 2018 - 19 febbraio 2019, n. 13843/18, su cui v. Galluccio (2019).



Saggi

Si tratta, peraltro, di punire l'attività dei singoli (magari esercitata all'interno di un gruppo, ma sempre *uti singuli*), a patto che possa apparire realmente prodromica alla riorganizzazione del partito fascista. Occorre non cedere alla tentazione di punire ogni comportamento che abbia una tinta di fascismo e magari ingeneri la paura di quel passato (certamente triste e sgradevole per i più): con le norme incriminatrici analizzate sin qui «non si reprimono le idee o le opinioni, ma i tentativi, di qualunque tipo, di riorganizzare il partito fascista, ovvero ciò che per sua natura risulta incompatibile con il nostro ordinamento costituzionale», per cui «[c]iò che conta è, ovviamente, saperle applicare» (Biondi 2009).

4.2. Riorganizzazione del partito fascista: un metro variabile (e discutibile) tra piano penale ed elettorale

L'orientamento quasi unanimemente severo mostrato negli ultimi anni dai giudici penali per le fattispecie "minori" dettate contro il neofascismo, a tutela dell'ordine democratico dello Stato, non si rinviene invece con riguardo all'ipotesi "maggiore", *casus reflectionis* di questo scritto: una maggiore prudenza sembra riguardare la riorganizzazione del disciolto partito fascista, per lo meno sotto il profilo penalistico, mentre – come si vedrà – si riscontra una severità sempre maggiore in ambito elettorale.

Si è detto che l'ipotesi di riorganizzazione del partito fascista ha avuto scarsissima applicazione: due casi negli anni '70 di scioglimento *ex art. 3* della "legge Scelba". L'unico altro scioglimento noto, quello del Fronte nazionale (fondato da Franco Freda nel 1990), è avvenuto nel 2000¹³⁵ ma *ex*

¹³⁵ Min. interno, d.m. 9 novembre 2000, in *G.U.*, 20 novembre 2000, n. 271, p. 8.



Saggi

art. 7, comma 3 del d.l. n. 122/1993, modificato in sede di conversione: il procedimento penale, conclusosi nei primi due gradi di giudizio con la condanna di vari imputati per riorganizzazione del partito fascista, davanti alla Corte di cassazione ha visto riqualificare il reato da riorganizzazione del partito fascista in costituzione di associazione volta all'incitamento alla discriminazione per motivi razziali¹³⁶.

Il Supremo Collegio ha rilevato – a differenza dei giudici precedenti – che «almeno per quanto concerne il divieto di svolgimento di attività *lato sensu* razzista, l'oggettività giuridica di entrambe le norme coincide nella sostanza»: esse mirano a «scongiurare il ricorso a livello collettivo a pratiche di natura discriminatoria sul piano razziale». Una condotta istigatoria di stampo razzista, pur non apparendo strumentale alla riorganizzazione del partito fascista (fattispecie più grave, anche in ossequio alla clausola prevista dall'art. 1 della "legge Mancino"), poteva rilevare come incitamento alla discriminazione che connota negativamente un'associazione al punto da renderla illecita: ciò ha comunque consentito lo scioglimento del Fronte nazionale, ma a valle di una diversa condanna penale.

Ciò per autorevole dottrina testimonia la «diversa facilità di applicazione della legge Mancino» (Pezzini 2011, 1397), come pare suggerire anche la sentenza di Cassazione del 2019, legata però alla condotta "minore" del saluto romano. Non si può dire che tutte le condotte previste dall'art. 1 della "legge Scelba" rilevino anche per il reato di costituzione di un soggetto collettivo organizzato «avente tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o reli-

¹³⁶ Cass., sez. I pen., 7 maggio - 16 giugno 1999, n. 7812.



Saggi

giosi»¹³⁷. Quando però si teme per la saldezza dell'ordine democratico (tutelata dalla "legge Scelba") ma non vi siano abbastanza elementi – specie "in concreto" – per parlare di riorganizzazione del partito fascista, la legge consente di ottenere comunque lo scioglimento di un soggetto collettivo: si deve accertare che la sua attività abbia tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi o abbia favorito l'istigazione, la commissione o la provocazione della violenza per gli stessi motivi oppure la commissione di reati previsti dalla legge n. 962/1967, come gli atti diretti a commettere genocidio¹³⁸.

L'ordinamento ha dunque approntato in due momenti diversi la stessa risposta (lo scioglimento) a due differenti paure – caratterizzanti i reati di pericolo concreto – che si traducono in timori di lesione di beni giuridici altrettanto diversi (l'integrità dell'ordinamento democratico per la riorganizzazione del partito fascista, l'ordine pubblico in senso materiale, cioè la condizione di pacifica convivenza immune da disordine e violenza, per la costituzione di un ente che inciti alla discriminazione razziale¹³⁹): a dispet-

¹³⁷ Pare difficile applicare la "legge Mancino" se le finalità antidemocratiche del partito fascista sono perseguite propugnando la soppressione delle libertà costituzionali o denigrando la democrazia, le sue istituzioni e i valori della Resistenza, senza risvolti razzisti.

¹³⁸ Si devono considerare però anche i reati d'imposizione di marchi o segni distintivi indicanti l'appartenenza a un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso (art. 6) o di pubblica istigazione e apologia degli atti diretti a commettere genocidio (art. 8).

¹³⁹ Autorevole dottrina si è interrogata sul rapporto tra «metodo democratico» ex art. 49 Cost. e ordine pubblico, concludendo che quella dell'art. 49 è una «interpretazione [...] in chiave materiale» della democraticità (Pace 1963, 118): essa presupporrebbe un concetto di ordine pubblico materiale, da intendersi come «uno stato di concreta, tangibile, esteriore pace sociale» (Ivi, 113) e addirittura vieterebbe una sua lettura in senso ideale (Ivi, 126), poiché essa dovrebbe essere limitata a ordinamenti caratterizzati, tra l'altro, «dalle concrete



Saggi

to delle differenze, come rilevato dalla Cassazione, sul piano oggettivo le due ipotesi mostrano tuttavia una sostanziale coincidenza.

Poste queste premesse, è opportuno scorrere anche rapidamente alcuni dei casi in cui non si è arrivati a una decisione che accertasse la riorganizzazione del partito fascista, per rendersi conto della lettura data dai giudici alla XII disp. Cost. e alle sue norme attuative (o, se si preferisce, dei limiti alla tendenza a estendere l'ambito di applicazione delle norme che le decisioni hanno consentito di individuare).

Il "caso pilota", in quest'ambito, è legato al Movimento Fascismo e libertà (Mfl), soggetto politico costituito il 25 luglio 1991 da Giorgio Pisanò

difficoltà fraposte alla piena libertà di associarsi in partiti» (Ivi, 114), certo non ravvisabili in Italia. Era disponibile a inquadrare l'ordine pubblico costituzionale come «ordine democratico», connesso alla «necessità di evitare mutamenti, deroghe e violazioni in genere della Costituzione con mezzi ed atteggiamenti violenti» Lavagna (1967, 369): questa, però, era una nozione assai più affine all'ordine pubblico materiale che a quello ideale.

Anche per Paladin (1965, 133) il vincolo del «metodo democratico» si traduceva «piuttosto nel divieto di turbare l'ordine materiale che l'ordine ideale»: all'ultima ipotesi, secondo l'autore, poteva al più ricondursi come «eccezione alla regola» il divieto posto dalla XII disp. Cost. (*Ibidem*), finendo per ricalcare le già viste tesi di Carlo Esposito. Negava che si potesse ricorrere «ad un generico principio di "ordine pubblico", all'infuori dei casi in cui la costituzione lo richiama in modo espresso» Mortati (1976, 1039). Ridola (1982, 111-113) ritiene invece rigido il dualismo tra ordine pubblico ideale e materiale, preferendo distinguere tra attività dei partiti «finalizzate alla diffusione ed alla propaganda della propria identità [...], tutelate nei limiti della libertà di manifestazione del pensiero» e quelle «con le quali il partito mira ad incidere direttamente sulla vita delle istituzioni (ad esempio sullo svolgimento delle elezioni o sul funzionamento delle Assemblee parlamentari)», ritenendo necessari per queste ultime controlli legati all'«esigenza di tutelare un principio politico che informa l'ordinamento della comunità statale»; sulla XII disp. Cost., sempre Ridola (1982, 113) parla di «limite ideologico-programmatico». Sul concetto di ordine pubblico legato a quello di sicurezza v., più di recente, Cerrina Feroni e Morbidelli (2008, 34 ss.).



Saggi

e altre persone: la matrice chiaramente neofascista emerge fin dal nome e dal simbolo (un fascio repubblicano circondato dal nome). Durante tutta la propria attività, specie nei primi anni, l'associazione è stata oggetto di varie denunce per i reati di riorganizzazione del partito fascista e apologia del fascismo; nessuno dei procedimenti aperti, tuttavia, si è concluso con una condanna, avendo avuto come esito l'archiviazione o l'assoluzione¹⁴⁰.

Circa le accuse relative al reato *ex art. 1* della "legge Scelba", il giudice ha notato¹⁴¹ che l'esame dell'atto costitutivo e dello statuto «consente di escludere che il suddetto movimento si proponga di sopprimere le libertà democratiche o di instaurare una dittatura»: il programma prevedeva la realizzazione di una repubblica presidenziale, con un parlamento bicamerale e la socializzazione delle imprese secondo l'ideologia corporativa, il che «non sembra incompatibile con i principi di libertà garantiti dalla Costituzione Italiana», né l'attività dei membri è risultata diretta a sovvertire l'ordine democratico o le libertà costituzionali. Pur in assenza di condanne penali, però, la partecipazione del Movimento Fascismo e libertà alle consultazioni elettorali, specie di livello sovralocale, è sempre stata difficile, a causa principalmente del fascio nel contrassegno (come si vedrà).

Oltre al Mfl, anche altri soggetti politici sono stati nel corso degli anni accusati di aver riorganizzato, per il proprio tramite, il disciolto partito fa-

¹⁴⁰ Nel sito www.fascismoeliberta.info, alla pagina «Legalità del Mfl-Psn», si trovano molti decreti di archiviazione e sentenze ora di non luogo a procedere, ora di assoluzione.

¹⁴¹ Trib. Milano, Gip, decr. archiv. 14-18 febbraio 1992, n. 456. Non sono disponibili documenti relativi ad archiviazioni o assoluzioni successivi all'entrata in vigore della "legge Mancino" (né si sa se siano iniziati procedimenti penali), quindi non si può sapere come i magistrati abbiano valutato lo statuto del partito e l'attività di esso in tempi successivi.



Saggi

scista: è il caso di Forza Nuova, soggetto politico sorto il 29 settembre 1997, con le prime partecipazioni elettorali risalenti al 2000 (senza mai fregiarsi di un nome o un emblema immediatamente ricollegabile al fascismo, mentre immagini di quella natura sono state utilizzate per la propaganda). In almeno un'occasione, il partito è stato oggetto di un procedimento penale per riorganizzazione del partito fascista, conclusosi però con una dichiarazione di non luogo a procedere, per il mancato raggiungimento della soglia di punibilità da parte delle condotte degli imputati¹⁴².

¹⁴² Trib. Castrovillari, Gup, 6 aprile 2005, in *Giurisprudenza di merito*, 2006, n. 11, pp. 2474-2483. Il procedimento, originato da indagini iniziate nel 2001, riguardava l'espansione di Fn in Calabria con forme e metodi ritenuti dal Pm riconducibili al partito fascista. Dopo aver qualificato Forza Nuova – a partire dai contenuti dello statuto – come «movimento tradizionalista, di matrice cristiana, volto all'affermazione di determinati valori tipicamente conservatori», basato sulla famiglia, sul concetto di nazione e sulle corporazioni, nonché contrario all'abbandono dei valori tradizionali, della famiglia e dell'identità italiana, il giudice ha negato che questo comportasse illiceità penale (stante, tra l'altro, la presenza di alcuni punti nei programmi di forze politiche di destra) e che i comportamenti da adottare per perseguire quei fini fossero astrattamente violenti o liberticidi. In concreto, il Gup non ha comunque ritenuto che le condotte ravvisate fossero punibili, sostenendo che non avessero «un significato univocamente dimostrativo della loro preordinazione alla costituzione di un'organizzazione partitica volta a riaffermare [...] il disciolto partito fascista»: riconosciuto il «forte richiamo ai simboli e motti propri del regime fascista» e l'interesse di vari aderenti per l'ideologia del disciolto partito, mancherebbe la prova della «univoca preordinazione della politica attuata dall'organizzazione [...] alla realizzazione di finalità liberticide» (tracce che mancherebbero del tutto nelle intercettazioni telefoniche effettuate). L'ispirazione parziale all'ideologia fascista non si traduceva in automatico in «azioni volte ad annullare o menomare la dialettica democratica, ad impedire il confronto politico, ad annientare [...] gli avversari»; nella sentenza si legge pure che «la volontà di partecipare alla competizione elettorale democratica, manifestata dai predetti imputati [...] si pone in netta antitesi con l'ipotizzato perseguimento di finalità antidemocratiche mediante l'impiego di metodiche sopraffattrici e violente».



Saggi

Ha creato infine scalpore il caso dei Fasci italiani del lavoro (Fil), costituiti il 25 maggio 2000, con attività politico-elettorale e notorietà esigua, fino alla partecipazione alle elezioni del comune di Sermide e Felonica (Mn) del 2017 col suo simbolo – fascio repubblicano su una ruota dentata – cui era seguita l'elezione in consiglio della candidata sindaca¹⁴³. Dopo la denuncia dei *media*¹⁴⁴, due cittadini elettori avevano presentato un ricorso per far ripetere il voto: per loro la lista presentata da un partito contrario alla *ratio* della XII disp. Cost. e della "legge Scelba" non avrebbe dovuto essere ammessa.

Biondi (2006) critica la ricostruzione fatta dal giudice della fattispecie di riorganizzazione del partito fascista come comprendente un'unica ipotesi – il perseguimento di finalità antidemocratiche – realizzabile con varie condotte, contraria alla lettera e alla *ratio* della norma; soprattutto, l'interpretazione seguita nella sentenza sarebbe «oggettivamente riduttiva rispetto al corretto inquadramento del fenomeno associativo neofascista alla luce delle norme che lo reprimono». Alla base di questa tesi c'è l'idea che le disposizioni contro il neofascismo non tutelino (tanto) l'integrità dell'ordinamento democratico, già protetto dalle norme contro le associazioni sovversive o eversive, ma «l'antifascismo, inteso come valore in sé, premessa e fondamento del nuovo ordinamento costituzionale»: per l'autore, dunque, sarebbe sufficiente aggiornare fondamenti ideologici e metodologici fascisti nel contesto storico e politico del momento, purché ciò si accompagni a una delle condotte indicate dall'art. 1 della "legge Scelba", compresi gli atti di apologia del fascismo o di manifestazioni fasciste. La tesi, pur basata su autorevole dottrina, sembra comunque mancare troppo di concretezza: lo stesso esiguo numero di casi in cui la fattispecie è stata applicata, non censurato dall'autore, sembra poco compatibile con la lettura da lui proposta.

¹⁴³ L'emblema era sulle schede del comune di Sermide (non ancora fuso con Felonica) alle elezioni del 2002, 2007 e 2012 (candidando Claudio Negrini, fondatore del partito e padre di Fiamma, candidata nel 2017) senza conseguire eletti; la lista aveva corso, sempre senza seggi, alle amministrative di Castelbelforte, Felonica e Pieve di Coriano nel 2004.

¹⁴⁴ Con l'intervento della presidente della Camera Laura Boldrini e del ministro dell'interno Marco Minniti; a giugno del 2017 la prefetta di Mantova ha revocato i membri della VII sottocommissione elettorale circondariale, incaricata di operare per Sermide e Felonica.



Saggi

Il Tar Lombardia aveva escluso la lista dei Fasci italiani del lavoro, facendo subentrare in consiglio il primo dei non eletti dell'altra lista sconfitta¹⁴⁵; l'esclusa dei Fasci e i primi ricorrenti, tuttavia, si sono rivolti al Consiglio di Stato, che ha annullato il risultato elettorale del 2017¹⁴⁶, ritenendo che i voti ottenuti dalla lista censurata abbiano influenzato l'intera consultazione¹⁴⁷. Erano intanto iniziate le indagini della Procura della Repubblica di Mantova, chiuse con la richiesta di rinvio a giudizio per nove persone; pochi mesi fa, però, il Gup ha assolto dalle accuse di riorganizzazione del partito fascista e di apologia del fascismo i sette imputati che avevano chiesto il giudizio abbreviato (con non luogo a procedere per gli altri)¹⁴⁸.

L'accusa faceva perno sul simbolo adottato, su vari contenuti dell'atto costitutivo e dello statuto tacciati di apologia del fascismo, nonché sui riferimenti statutari al Manifesto di Verona del 1943 («gli appartenenti alla razza ebraica sono stranieri. Durante questa guerra appartengono a nazionalità nemica», per cui si è evocata la propaganda razzista); le accuse di apologia riguardavano condotte durante eventi pubblici, le pubblicazioni cartacee e *online*, nonché la propaganda del partito (sul sito e sulla pagina Facebook).

Ricordato che la XII disp. è eccezionale (non applicabile analogicamente) rispetto agli artt. 18, 21 e 49 Cost. e richiamati i lavori alla Costituente¹⁴⁹,

¹⁴⁵ Tar Lombardia (Brescia), sez. I, 24-25 gennaio 2018, n. 105 (cfr. Maestri 2018a).

¹⁴⁶ Cons. Stato, sez. III, 17-29 maggio 2018, n. 3208 (cfr. Maestri 2018c).

¹⁴⁷ I 334 voti della lista dei Fasci erano meno della differenza tra la prima e la seconda classificata (286 voti), così ci si è dovuti rivolgere ancora agli elettori.

¹⁴⁸ Trib. Mantova, sez. Gip/Gup, 22 marzo – 15 aprile 2019, n. 97.

¹⁴⁹ Anche sull'approvazione della legge n. 1546/1947, per la quale integra l'ipotesi prevista dalla XII disp. Cost. «qualunque forma di partito o di movimento che, per l'or-



Saggi

nonché le sentenze costituzionali sulla “legge Scelba”, il giudice rileva che il divieto posto dalla XII disp. Cost. colpisce solo «forze neofasciste, che contemplino tra i loro obiettivi quelle specifiche finalità antidemocratiche proprie di quella determinata esperienza storica, che si avvalgono del metodo della violenza del movimento fascista» e ne propugnino i principi. Non c'è spazio per logiche da “democrazia protetta”, volte a tutelare la Repubblica «dalle forze politiche che non ne condividono finalità e metodi, ponendole ai margini o fuori dal sistema democratico».

Ribadita la necessità di verificare «l'idoneità e l'efficacia dei mezzi posti in essere dal movimento incriminato rispetto al pericolo di ricostituzione del partito fascista»¹⁵⁰, come richiesto pure da sentenze recenti¹⁵¹, per il giudice è chiara la «ispirazione palesamente e dichiaratamente fascista» dei Fasci italiani del lavoro; ciò però non basta a ritenere che attraverso quel partito «si sia ricostituito il disciolto partito fascista».

I passaggi censurati dello statuto richiamano letture di vicende¹⁵² non del tutto condivise dagli storici, ma non implausibili; i giudizi sulla possi-

ganizzazione militare o paramilitare o per l'esaltazione o l'uso di mezzi violenti di lotta, persegua finalità proprie del disciolto partito fascista». Ciò, per il giudice, «ammette implicitamente la possibilità di perseguire mediante il metodo democratico» obiettivi che non rientrano nell'orizzonte costituzionale: non era quindi punibile l'uso di mezzi democratici e non violenti per fare propaganda del partito fascista.

¹⁵⁰ La sentenza si riferisce anche a Cass., sez. II pen., 5 marzo 1982, n. 7560.

¹⁵¹ Si cita espressamente il caso trattato dal Tribunale di Castrovillari, già visto prima.

¹⁵² La negazione che la maggioranza degli italiani fosse estranea al fascismo, che esso sia stato «frutto della sola violenza esercitata contro il popolo italiano da una minoranza sopraffattrice» e che il regime sia durato solo per la corruzione dello spirito delle persone e la negazione dei diritti, nonché il ritenere l'8 settembre 1943 «un tradimento consumato



Saggi

bile evoluzione del fascismo «verso l'acquisizione [...] della forma democratica, elettiva e pluralista» o sulla «democrazia dei partiti» come frutto di una frattura nella storia italiana e di una sovranità limitata dagli occupanti (causando il «degrado non più sopportabile della Nazione»)¹⁵³ sono opinabili, ma non illegittimi. Per il Gup non indica la riorganizzazione del partito fascista neanche il riferimento statutario al programma di San Sepolcro del 1919 (dei Fasci di combattimento); quanto al rinvio al Manifesto di Verona del 1943, richiamerebbe la concezione corporativa fascista (non illegittima), ma non ci sarebbe propaganda razzista perché prevarrebbe lo statuto che esclude ogni forma di discriminazione razziale.

Per il giudice l'attività degli incriminati sotto le insegne dei Fasci italiani del lavoro non era dunque in grado di «mettere concretamente in pericolo l'integrità dell'ordinamento democratico e costituzionale»: in base a un precedente della Cassazione¹⁵⁴, non sono illegittimi «movimenti che facciano propria non la intera ideologia del disciolto partito fascista, ma soltanto alcuni punti programmatici dello stesso». L'accettazione del metodo democratico (pure nel perseguire il corporativismo) emergente dallo statuto, l'assenza di richiami alla violenza o al razzismo nello statuto, nei programmi e negli atti dei singoli confermano l'inidoneità offensiva dei Fasci, al pari del bassissimo numero di aderenti al partito e la mancanza

contro la Nazione» e l'affermare il ruolo chiave delle armate anglo-americane per la fine della Rsi (negando che sia avvenuta per «una sollevazione popolare e unitaria di massa»).

¹⁵³ Il giudice, anzi, vede nelle critiche alla «democrazia dei partiti» tratti delle polemiche contro la «partitocrazia» condotte da Marco Pannella, Enrico Berlinguer e Giorgio Almirante. Non si può però trascurare Maranini (1950), su cui si v. Lanchester (2003, 25 ss.).

¹⁵⁴ Cass., sez. II pen., 27 ottobre 1980, n. 1564.



Saggi

di «capacità penetrativa» nelle regioni (per la Cassazione nel 1982 occorre l'idoneità a riorganizzare il partito fascista su base nazionale).

Il giudice si prende peraltro la briga di spiegare perché la legge n. 645/1952 va interpretata in modo restrittivo («verificando l'effettiva lesione dell'interesse protetto dalla legge»), anche solo per evitare esiti paradossali¹⁵⁵; la sentenza pone giustamente in parallelo la vicenda dei Fasci italiani del lavoro e quella di Fascismo e libertà¹⁵⁶, per il quale – lo si è visto – nei pur numerosi procedimenti penali non si è mai ravvisato il reato di riorganizzazione del partito fascista o di apologia del fascismo (a dispetto della riconosciuta scala nazionale), essendo stati ritenuti lo statuto e il programma compatibili con la democrazia rappresentativa e non essendo state compiute azioni concrete giudicate foriere di pericolo.

Se le considerazioni fatte sin qui riguardano gli aspetti penalistici delle vicende (e le conclusioni dei giudici appaiono condivisibili, se non altro per l'impostazione che si è data fin qui, cioè di una lettura delle di-

¹⁵⁵ «Per integrare il reato basterebbe che un gruppo, anche se innocuo, di almeno cinque persone (magari tutte con la foto di Mussolini nel portafogli e il busto del Duce in sala da pranzo) fondasse un'associazione per ricordare, con toni altamente elogiativi, la figura e l'opera di Alfredo Rocco, o di Giovanni Gentile, o di Italo Balbo. Non si tratterebbe forse di gruppo che rivolge la sua attività all'esaltazione di esponenti propri del disciolto partito fascista? Idem per un'associazione, anche la più scalcinata e inoffensiva, fondata per ricordare [...] la marcia su Roma o la conquista dell'Etiopia. Anche in tal caso, seguendo un'interpretazione estensiva, vi sarebbe ricostituzione del disciolto partito fascista, in quanto gruppo che rivolge la sua attività alla esaltazione di un fatto proprio» di quel partito.

¹⁵⁶ Il simbolo dei Fasci è quasi uguale a quello depositato dal Mfl al Viminale per le elezioni europee del 2004 (cambia il nome e si aggiunge la ruota dentata); alcuni fondatori e aderenti ai Fasci avevano militato nel Mfl di Pisanò, salvo poi decidere di lasciarlo durante la segreteria di Giuseppe Martorana per varare un progetto ritenuto più confacente.



Saggi

sposizioni contro il neofascismo costituzionalmente orientata e che tenga conto dell'opzione per una democrazia "non protetta"), non si può trascurare quello elettorale. Se non risulta alcun provvedimento di esclusione dalle elezioni di liste di Forza Nuova motivato con riferimento alla "legge Scelba" o alla "legge Mancino", altrettanto non può dirsi per il Movimento Fascismo e libertà e – come si è visto, sia pure *ex post* – per i Fasci italiani del lavoro (Maestri 2017, 2018a, 2018c; Nacci 2018).

Con riguardo al Mfl, in particolare, sono stati rari, e quasi sempre concentrati a livello locale, i casi in cui Fascismo e libertà è riuscito a partecipare alle elezioni con il proprio emblema integrale, con tanto di nome e fascio completamente visibile¹⁵⁷; quel contrassegno è stato frequentemente

¹⁵⁷ Unica eccezione a quanto detto, pur se in un certo senso molto significativa, è costituita dalle elezioni dell'Assemblea regionale siciliana del 1996: in quell'occasione, infatti, il contrassegno del Movimento Fascismo e libertà fu regolarmente ammesso alla consultazione elettorale, nella sua versione originale e integrale. Leggendo il decreto 11 maggio 1996 dell'Assessorato degli enti locali, con cui si dava conto degli emblemi depositati e ammessi (*Gazzetta Ufficiale della Regione Siciliana*, parte I, n. 24, 15 maggio 1996, pp. 2, 9, 17 e 59), si apprende che in un primo tempo il contrassegno era stato ritenuto inammissibile, ma solo perché non risultava documentata la qualità di segretario regionale del depositante; un reclamo all'Ufficio centrale elettorale presso la Corte d'appello di Palermo, tuttavia, portò alla riammissione dell'emblema, senza che la legittimità dell'uso del nome o del simbolo del fascio fosse stata minimamente messa in dubbio.

L'episodio, per quanto isolato – non è mai più accaduto che l'emblema fosse ammesso così com'era in elezioni diverse da quelle comunali – non sarebbe irrilevante: il fatto che il simbolo sia stato depositato presso l'assessorato competente anche a beneficio dell'ufficio elettorale centrale presso la Corte d'appello di Palermo e che lo stesso ufficio abbia riammesso l'emblema senza eccepire nulla, per alcuni avrebbe l'effetto di una "legalizzazione" di livello sovraregionale, dal momento che la Corte d'appello è il massimo organo giurisdizionale siciliano, in mancanza delle mai istituite sezioni regionali della Corte di cassazione, pure previste dallo Statuto regionale (art. 23, comma 1).



Saggi

ricusato, soprattutto per la presenza della parola «Fascismo» (ritenuta in totale contrasto con la XII disp. Cost. e le sue norme attuative), ma non di rado anche per la presenza del fascio¹⁵⁸.

Interpellato in sede consultiva, il Consiglio di Stato ha espresso un proprio parere in materia¹⁵⁹, ritenendo innanzitutto inconcepibile «che un raggruppamento politico partecipi alla competizione elettorale sotto un contrassegno che si richiama esplicitamente al partito fascista bandito irrevocabilmente dalla Costituzione, con norma tanto più grave e severa, in quanto eccezionalmente derogatoria al principio supremo della pluralità, libertà e parità delle tendenze politiche», senza che ciò impedisca alla forza politica di partecipare con altri fregi alle elezioni (ovviamente senza mutare il proprio nome eventualmente censurato, ma solo evitando di riportarlo in grafica) e senza invadere la competenza del giudice penale.

Quanto al simbolo in concreto, se per la prima sezione di Palazzo Spada era inammissibile un contrassegno in cui avessero trovato posto «congiuntamente l'emblema del fascio e una scritta comprendente la parola "fascismo"», l'uso del solo fascio (o con un testo senza la parola "incriminata") poteva essere ammissibile, per l'uso storico assai risalente di quel simbolo, non univocamente riferibile al fascismo¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Per un'analisi approfondita dei vari casi sino al 2012, cfr. Maestri (2012, 258-264).

¹⁵⁹ Cons. Stato, sez. I, parere del 23 febbraio 1994, n. 173.

¹⁶⁰ Si legge nel parere: «Il fascio, usato nell'antica Roma come insegna dei magistrati elettivi dotati di potere di comando (*imperium*), ha assunto nel tempo il valore di simbolo della forma repubblicana dello Stato – e in particolare di una repubblica non oligarchica né aristocratica, ma retta dalla volontà popolare espressa mediante libere elezioni. Così è stato adottato dalla Rivoluzione francese, ed è tuttora l'emblema ufficioso di quella Repubblica; ed è stato adottato anche dalla Repubblica romana dei Giuseppe Mazzini, e



Saggi

Il parere del Consiglio di Stato, tuttavia, non ha impedito che alle elezioni di rilievo nazionale il simbolo non fosse mai ammesso con il fascio interamente visibile (come dimostra l'unico caso di ammissione, alle politiche 2006) e che fossero ruscate grafiche in cui la parola «fascismo» era richiamata con l'iniziale pur non essendo presente per intero¹⁶¹. Negli ul-

anche da qualche altro Stato (es.: il cantone elvetico di San Gallo). È vero che di questo emblema si è appropriato anche il partito mussoliniano [...] con l'intenzione [...] di accreditare il regime mussoliniano come l'erede e il continuatore della Roma repubblicana ed imperiale. Ed è anche vero che all'occhio dell'osservatore italiano l'emblema del fascio non può non richiamare alla memoria, primariamente, proprio il regime fascista. Ma non si può dire che quel simbolo, in sé e per sé, abbia un significato unico ed univoco – e forse si dovrebbe anche distinguere a seconda delle varie elaborazioni grafiche, diversificate dalla forma della scure e dalla sua posizione rispetto alle verghe: solo alcune versioni, infatti possono dirsi tipicamente fasciste».

¹⁶¹ V. Cons. Stato, sez. V, 15 gennaio - 6 marzo 2013, nn. 1354 e 1355: «il diritto di associarsi in un partito politico, sancito dall'art. 49 Cost., e quello di accesso alle cariche elettive, ex art. 51 Cost., trovano un limite nel divieto di riorganizzazione del disciolto partito fascista imposto dalla XII disposizione transitoria e finale della Costituzione. Detto precetto costituzionale, fissando un'impossibilità giuridica assoluta e incondizionata, impedisce che un movimento politico formatosi e operante in violazione di tale divieto possa in qualsiasi forma partecipare alla vita politica e condizionarne le libere e democratiche dinamiche. Va soggiunto che l'attuazione di tale precetto, sul piano letterale come sul versante teleologico, non può essere limitata alla repressione penale delle condotte finalizzate alla ricostituzione di un'associazione vietata ma deve essere estesa ad ogni atto o fatto che possa favorire la riorganizzazione del partito fascista». Su questo si fonderebbe il potere – pur non tipizzato – delle commissioni elettorali di escludere dal cimento elettorale forze politiche «già vietate, in via preliminare e preventiva, dall'ordinamento costituzionale». Le decisioni citano a proprio sostegno il parere n. 173/94 del Consiglio di Stato, omettendo però di richiamare la parte in cui si riteneva ammissibile l'uso del fascio disgiunto dalla parola «fascismo»: ep-pure le sentenze citano anche la presenza dello stesso fascio come motivo di «contrasto con la disciplina costituzionale»).



Saggi

timi anni, poi, il metro di giudizio si è fatto ancor più severo, non venendo più ammesse neppure soluzioni grafiche prive del fascio e della parola «fascismo», anche se ammesse in varie competizioni pochi anni prima¹⁶². Addirittura, andando decisamente oltre il campo d'azione delimitato dalla XII disp. Cost., nel 2018 il Viminale non ha ammesso il contrassegno del Movimento nazionalista e socialista dei lavoratori – Nsab, ritenendo che nel nome e nella sigla (Nsab sta per *Nationalistische und Sozialistische Arbeiter Bewegung*, lo stesso nome tradotto in tedesco) risultassero «chiari ed evidenti i richiami a ideologie autoritarie e antidemocratiche vietate a norma della XII disposizione transitoria e finale, primo comma della Costituzione», nonché della “legge Scelba” così come modificata via via¹⁶³.

Riprendendo la vicenda dei Fasci italiani del lavoro, l'assoluzione ottenuta con riguardo ai reati di riorganizzazione del disciolto partito fascista e di apologia del fascismo non ha comunque consigliato il gruppo che nel 2017 aveva presentato a Sermide e Felonica la lista dei Fil – senza ricevere alcuna contestazione prima del voto¹⁶⁴ – di non utilizzare di

¹⁶² È il caso dei contrassegni elettorali con il solo fascio (per liste denominate «Fascio repubblica romana» proprio per evitare rikusazioni), ammessi senza troppi problemi tra il 2010 e il 2013, ma in seguito respinti. Stessa sorte è toccato al simbolo sostitutivo del Partito socialista nazionale (aquila ad ali spiegate che ghermisce tra le unghie un sole nascente), nel 2019 ritenuto di nuovo illegittimo nel contenuto: alle elezioni di Cellarengo è stato sostituito da un cerchio bianco col la dicitura «Censurati». Su questi casi v. Maestri (2019).

¹⁶³ Pure se fin dalla “legge Reale” si puniscono tra le «manifestazioni fasciste» anche quelle naziste e rientrava nell'apologia di fascismo anche l'esaltazione di idee razziste (ammesso che dichiararsi nazionalisti e socialisti debba comportare per forza essere razzisti), richiamare qui la XII disp. Cost. appare fuori luogo. Sulla vicenda, v. Maestri (2018b).

¹⁶⁴ Tanto più che era già pronto un contrassegno “di riserva” con una fiamma, immaginando che una richiesta di sostituire l'emblema fosse probabile (Maestri 2018a).



nuovo il simbolo con il fascio (alla ripetizione delle elezioni nel 2019 e, probabilmente, anche in futuro), onde evitare un contenzioso analogo (elettorale e penale) a quello verificatosi tra il 2017 e il 2019.

5. Conclusioni

Nel tentativo di trarre alcune considerazioni alla fine di quest'analisi lunga e articolata, il confronto tra il diverso modo di reagire degli ordinamenti tedesco e italiano di fronte alla minaccia rappresentata dai partiti antisistema (e alla paura da questi creata) induce alcune inevitabili riflessioni, *de iure condito et condendo*.

In Germania si è scelta la strada della "democrazia protetta" inserendo alcuni strumenti – come il *Parteiverbot* – in Costituzione ed effettivamente impiegandoli due volte nei primi anni di vita del regime democratico; molti anni dopo si è tuttavia deciso (consapevolmente) di non applicarli di nuovo e di non "proteggersi", forse ritenendo che la "maturità" raggiunta dalla democrazia nel mezzo secolo dall'ultimo bando partitico consenta di reagire alle minacce in altri modi ugualmente efficienti, senza peraltro che tra questi fosse compreso lo sbarramento dell'accesso alle elezioni. In Italia, invece, dopo la scelta di una democrazia "non protetta" e una proibizione più circoscritta (e più rivolta al passato) rispetto a quella tedesca, si è giunti in modo accidentato alla soluzione dello scioglimento, peraltro per formazioni politiche del tutto esterne al Parlamento¹⁶⁵ e non per il partito

¹⁶⁵ Parte della dottrina ha però notato come la via dello scioglimento non sia stata del tutto efficace: essa, almeno per Ordine nuovo, non ha evitato che certi membri del movi-



Saggi

per cui lo si era invocato e per cui la disciplina di legge era stata emanata; col trascorrere del tempo, a dispetto di un esercizio sempre esiguo dello scioglimento, la disposizione costituzionale che vieta la riorganizzazione di un soggetto politico storicamente determinato sembra essere stata interpretata in modo estensivo (a dispetto della sua natura eccezionale che lo sconsiglierebbe), fino a produrre una sorta di bando elettorale non tipizzato, ma attivo in via di prassi e giurisprudenziale.

L'ultima tendenza, tra l'altro, sembrava aver trovato sponda in uno dei tentativi di risposta penale alle richieste di tutela del valore dell'antifascismo e di sanzione verso comportamenti ritenuti riprovevoli: ci si riferisce al c.d. "d.d.l. Fiano". Con esso, nella XVIII Legislatura, si era tentato di introdurre – tra i delitti contro la personalità dello Stato – il reato di «propaganda del regime fascista e nazifascista», punendo, ove la condotta non avesse costituito un illecito più grave, chiunque avesse propagandato «i contenuti propri del partito fascista o del partito nazionalsocialista tedesco, ovvero dei relativi metodi sovversivi del sistema democratico, anche attraverso la produzione, distribuzione, diffusione o vendita di beni raffiguranti persone, immagini o simboli a essi chiaramente riferiti», o ne avesse fatto propaganda «richiamandone pubblicamente la simbologia o la gestualità»: il riferimento alla simbologia poteva in effetti servire a impedire l'uso di fasci, aquile e sigle di sapore na-

mento proseguissero la lotta armata in clandestinità macchiandosi di omicidi e altri delitti e forse non ha avuto neanche l'effetto "pedagogico" sperato, portando la società italiana ad aprire gli occhi contro il rischio neofascista (Bonini 2017, 19-20). Piccione (2017) è andato oltre, sostenendo che alla stessa "legge Reale" in realtà «seguì la più veemente recrudescenza di violenza neofascista organizzata che la storia repubblicana abbia conosciuto».



Saggi

zionalista sulle schede elettorali, anche senza ritoccare direttamente le norme speciali¹⁶⁶.

Il “d.d.l. Fiano”, del resto, era stato ispirato dalla scelta fatta nel 1998 proprio in Germania: nel codice penale tedesco (*Strafgesetzbuch*) era stato introdotto l’articolo 86a, rubricato «Uso dei simboli delle organizzazioni incostituzionali»: esso punisce chiunque distribuisca, usi in pubblico o diffonda – o, ancora, produca, immagazzini, importi o esporti oggetti che rappresentano o contengono – simboli di partiti dichiarati incostituzionali dal *BVerfG* (o soggetti collettivi che siano stati riconosciuti loro continuatori), di organizzazioni vietate perché dirette contro l’ordine costituzionale o la comprensione tra i popoli, oppure mezzi di propaganda e contenuti che perseguono i fini del Partito nazionalista (Stegbauer 2007).

Se così stanno le cose, occorre chiedersi se sia legittimo e ragionevole che una democrazia “non protetta”, come quella italiana (che, anzi, ha

¹⁶⁶ Nella relazione alla proposta di legge (A.C. n. 3343), a dire il vero, questo scopo non era stato esplicitato; era però significativo che in quello stesso testo i proponenti avessero reso evidente il fine di «colpire solo alcune condotte che individualmente considerate sfuggono alle normative vigenti» e che, tra i comportamenti che sembravano «sfuggire alle maglie di queste fattispecie di reato», c’era lo stesso saluto romano, sul quale, come si è visto, la giurisprudenza in quel periodo era stata oscillante (il progetto di legge era stato depositato il 2 ottobre 2015, pochi mesi dopo la decisione del Tribunale di Livorno che aveva assolto i tifosi veronesi, autori del saluto fascista all’esterno dello stadio). Altro esempio contenuto nella relazione era costituito dalla «complessa attività commerciale che ruota intorno alla vendita e al commercio di *gadget* [...] riproducenti immagini, simboli o *slogan* esplicitamente rievocativi dell’ideologia del regime fascista o nazifascista».

Approvato alla Camera il 12 settembre 2017, il progetto, che prevedeva pure l’aggravante per il reato commesso con mezzi telematici o informatici (la Rete si è dimostrata un terreno privilegiato per la diffusione della propaganda e del *merchandising* nazifascista) è passato al Senato, senza completare l’iter entro la fine della XVIII Legislatura.



Saggi

espressamente voluto evitare formule costituzionali riconducibili alla “democrazia protetta”, e non certo con riguardo solo ai partiti, mancando ogni altro istituto legato a quel modello, come il diritto di resistenza o la fattispecie di “abuso dei diritti”¹⁶⁷) reagisca con maggiore severità e durezza, anche a distanza di molti anni dall’entrata in vigore della Costituzione, rispetto a una democrazia dichiaratamente “protetta” come la Germania, che però nello stesso periodo ha scelto deliberatamente di non proteggersi (per lo meno dalle minacce di un partito anticonstituzionale). La domanda appare tutt’altro che fuori luogo e chiama in causa riflessioni sul grado di saldezza e di “maturità” del singolo ordinamento, valutabile (anche) sulla base degli strumenti che appronta per tutelarsi.

Si potrebbe anche immaginare – impiegando la logica delle correzioni successive – che sia lecito per una “democrazia protetta” attenuare le proprie reazioni, proprio perché originariamente piuttosto severe e penetranti, mettendo invece in conto che una democrazia “pura” come la nostra possa in un secondo tempo (anche a costituzione invariata) aggravare le proprie risposte alle minacce, se non altro nella sola eccezione alla libertà di associazione politica prevista, proprio in ragione della sua “moderazione” iniziale e della nettezza con cui è formulato il “bando” per il partito fascista (rispetto all’art. 21, parr. 2-4 GG). Questo ragionamento però appare insoddisfacente, se non altro perché un conto è disporre di strumenti pervasivi e fare un passo indietro, magari – come ha fatto la Germania con la riforma dell’art. 21 GG – introducendo mezzi meno impat-

¹⁶⁷ Ritiene però che la Corte costituzionale nelle sue pronunce in materia abbia «aderito, per così dire, ad una visione di c.d. democrazia protetta», peraltro «in un certo qual modo suggerita dagli stessi costituenti» Lisena (2014, 3).



Saggi

tanti e trasformandosi «per non morire» (Gatti 2017, 22); ben altro è partire con l'escludere un'unica opzione politica tra quelle possibili, peraltro ben storicizzata, per poi estendere quel veto a opzioni simili o con solo alcuni elementi in comune (e senza mettere mano alla carta costituzionale), con l'intento di emarginarle dalla vita politica sanzionando il loro "esercizio" in pubblico e alle elezioni in quanto pericoloso per l'ordinamento democratico. Ciò appare in direzione opposta a quanto una società pluralista e complessa come quella odierna sembrerebbe richiedere (*Ibidem*).

Da una parte, colpisce come un partito che l'ordinamento non ritiene di punire sul piano penale (provocandone lo scioglimento) a dispetto del suo credo più o meno neofascista, possa essere escluso dall'offerta elettorale, persino nelle realtà minori, per l'impiego di nomi e simboli che rimandano all'esperienza fascista: quasi come se, nel proteggere l'integrità della *res publica*, ci si premurasse anche di "tutelare" il partito da se stesso e dal suo credo, che in caso di corsa alle elezioni di qualunque livello potrebbe produrre consensi, aumentare la minaccia e portare allo scioglimento. Dall'altra parte, sorprende come quello stesso partito possa comunque partecipare al voto se accetta di mutare i segni distintivi (senza dover cambiare anche idea, poiché sarebbe contrario all'art. 21 Cost.).

Si avverte un senso di neanche troppo velata ipocrisia in tale situazione, specie se la si confronta con quella tedesca, dalla quale ci si aspetterebbe una reazione più dura: la sentenza del *Bundesverfassungsgericht* sulla Npd (2017) e la successiva riforma costituzionale dell'art. 21 hanno dimostrato che è possibile un altro modello di comportamento, in grado di valutare l'entità delle minacce che si trova di fronte e, anche quando non ritiene di dover procedere allo scioglimento, non si fa condizionare dalla paura e non preclude la partecipazione elettorale (limitandosi a to-



Saggi

gliere il sostegno economico a un soggetto che si ritiene anticonstituzionale, anche se non ancora incostituzionale).

Non sembra accettabile, per lo meno in un paese di democrazia “pura”, liberale e pluralista, l’esistenza di norme punitive (non necessariamente penali) «per il sol fatto di esistere» di associazioni teoricamente sovversive, che cioè «perseguono finalità non riconducibili alle istituzioni democratiche» senza l’uso della violenza: l’anticipo rilevante della punibilità contrasterebbe con il principio di offensività che emerge dalla Costituzione (Nicotra 2007, 30-31). Ciò non significa, naturalmente, negare la legittimità di un’impostazione diversa – quella della “democrazia protetta” – che si fonda su una particolare “cultura dei vincoli” vista come strumento per conservare e far evolvere la democrazia attraverso l’adesione diffusa ad alcuni valori inalterabili (Ivi, 35): significa piuttosto esigere maggiore coerenza con le scelte fatte o, qualora siano mutate le condizioni, la massima chiarezza nel mutare quelle stesse scelte di fondo. In questo senso, può dare un contributo in direzione della citata chiarezza la tesi di chi ritiene opportuno individuare un *tertium genus* tra democrazia liberale e “democrazia protetta”, che prevede congegni in grado di «limitare l’azione politica di movimenti capaci di minacciare la struttura liberal-democratica dell’ordinamento stesso» (Ivi, 4).

Questi congegni potrebbero individuarsi nelle *conventiones ad excludendum*, che dovrebbero essere rese esplicite (riducendo il più possibile l’area del “non detto”) e, allo stesso tempo, superare un *test* di ragionevolezza, per evitare il sorgere di nuove ambiguità simili a quelle denunciate prima. È lecito dubitare, per esempio, dell’opportunità costituzionale di un patto che consenta (*rectius*: tolleri) l’esistenza di determinate forze politiche, in particolare quelle di ispirazione fascista, ma non si accontenti di escluder-



Saggi

le dal governo¹⁶⁸, ritenendo necessario escluderle anche dalla rappresentanza (parlamentare e non solo, come il caso di Sermide e Felonica ha di fatto dimostrato, specie se rapportato alla prassi precedente meno severa). Il tutto, magari, a quadro costituzionale e legislativo invariato.

È innegabile che tanto ragionare sulle scelte di fondo in materia di partiti antisistema (a partire dall'opzione per la "democrazia protetta" o per altri modelli), quanto valutare nuove forme di patti di esclusione o marginalizzazione più definiti e chiari comporta una riflessione sul ruolo dei partiti e sulla loro posizione costituzionale: ciò richiede una riconsiderazione attenta del dibattito che ha preceduto e caratterizzato la fase costituente (di recente v. Piccione 2017, Gregorio 2018; Scuto 2018; Coduti 2019). Proprio in ragione del percorso fatto fin qui, oggi certamente in Italia i partiti non possono considerarsi, come avviene altrove, «veri e propri organi costituzionali a cui, in ragione della capacità a costituire fattore di integrazione del popolo, resta affidato il compito di creare un momento di incontro tra società e Stato» (Nicotra 2007, 49), con la necessità o l'opportunità di sanzionare chi pare concretamente perseguire fini diversi: una sanzione che, prima che in norme scritte, si traduce in convenzioni.

Resta così aperto, dopo decenni, il dibattito sulla natura dei partiti. L'immagine dei partiti come «i veri soggetti politici sovrani» e, come tali, nelle condizioni di autoregolarsi (con gli statuti), ma non sottoponibili a controlli esterni di merito per evitare che si sposti «il centro del potere

¹⁶⁸ Com'è noto, se la *conventio* più nota ha riguardato il Partito comunista italiano (Elia 1970, 655), il patto convenzionale più simile a quello che si sta considerando ora, aventi implicazioni politiche e giuridiche, era quello che ha escluso dal governo il Movimento sociale italiano: su questo, cfr. Nicotra (2007, 138 ss.).



Saggi

[...] dal sistema dei partiti, a un uomo o a un gruppo o a un partito solo» (Rescigno 1977, 967-968) pare difficile da riproporre: le condizioni sociali e politiche dell'Italia sono frattanto assai mutate¹⁶⁹. Nonostante ciò, i molti contributi della dottrina che hanno invitato alla riflessione sull'opportunità di una regolazione giuridica dei partiti¹⁷⁰ hanno prodotto norme – a partire dall'emanazione del d.l. 28 dicembre 2013, n. 149, convertito con legge 21 febbraio 2014, n. 13 – che hanno fornito una pri-

¹⁶⁹ La situazione era ancora piuttosto simile nei primi anni '80, quando l'autore aveva sostenuto di nuovo la tesi della sovranità dei partiti: lì era parso più disposto ad accettare «forme di controllo pubblico-sociale» (normate con disciplina pubblicistica, per evitare applicazioni discrezionali e non prevedibili) rispetto ai controlli statali (Rescigno 1984, 91 ss.).

Incidentalmente, peraltro, è interessante l'osservazione in base alla quale, per l'autore (Rescigno 1977, 985), la legge sul finanziamento pubblico ai partiti, entrata in vigore solo pochi anni prima, «è un poderoso aiuto al partito mediatore-integratore contro il partito di combattimento»: è facile pensare a quale soggetto politico – dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 149/2013, su cui il legislatore è intervenuto in più occasioni – abbia pervicacemente rifiutato di sottoporre il proprio statuto all'esame dell'apposita Commissione, con l'idea di rifiutare le provvidenze pubbliche (più difficile, in quel senso, sottoscrivere le affermazioni successive di Rescigno, in base alle quali il finanziamento sarebbe stato un aiuto «al partito di opinione contro il partito-organizzazione di massa» o al partito che si rapporta ai cittadini «con strumenti plebiscitari contro il partito che educa e organizza i singoli»).

¹⁷⁰ Per il dibattito italiano sui partiti e sulla loro regolazione dei partiti, iniziato soprattutto con Virga (1948) e con vari contributi di Mortati (per il quale v. le citazioni in Maestri 2015), cfr. almeno Rossano (1972 e 1990), Ridola (1982), Pinelli (1984), Lanchester (1988), Elia (1992), Bonfiglio (1993 e 2013), Bartole (1995 e 2000), Frosini (2003), Gambino (2005), Barbera (2006), Ruggeri (2010), Amato (2012), Marsocci (2012), Poggi (2015) e Allegri (2015), oltre alle monografie recenti citate prima. Si vedano anche i volumi che raccolgono gli atti del convegno nazionale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti del 2008 (Aic 2009) e al convegno della fondazione Cesfin *La democrazia dei partiti e la democrazia nei partiti* del 2007 (Merlini 2009). Il tema è stato oggetto anche del convegno annuale del Gruppo di Pisa del 2019 (*Partiti politici e dinamiche della forma di governo*, Napoli, 14-15 giugno 2019).



Saggi

ma traduzione normativa formale del «metodo democratico» nella vita interna dei partiti: in quella sede, tuttavia, si è scelto di non esplicitare limiti ideologici o programmatici (che invece si è cercato di introdurre sostanzialmente attraverso strumenti penalistici, anche se – come si è visto – l’iter parlamentare del “d.d.l. Fiano” non è andato a buon fine).

Con quanto detto finora, ovviamente, non s’intende affatto tacciare di inattualità la XII disp. Cost. e il valore dell’unità antifascista, di cui la dottrina continua a riconoscere il ruolo di «“architrave” ideologico della Carta fondamentale» (Diotallevi 2014) alla pari delle istanze democratiche (Longo 2014, 8); è anche però corretto riconoscere che la Costituzione italiana «si mostra molto meno antifascista di quanto non sia antinazista la Costituzione tedesco federale» (Luciani 1991, 189). Difatti, nonostante nel *Grundgesetz* non vi sia alcun riferimento esplicito al partito nazionalsocialista (diversamente da quanto fa la pluricitata XII disp. Cost.), sono previsti strumenti costituzionali – già delineati nei loro tratti fondamentali – per consentire la reazione dell’ordinamento alle minacce mosse da partiti antisistema (di matrice nazionalsocialista ma non necessariamente, come il precedente del 1956 ha dimostrato); in Italia tutto ciò manca, innanzitutto e soprattutto per ragioni storiche, che relegavano il fascismo al rango di esperienza passata, non in grado di tornare¹⁷¹.

¹⁷¹ «La Costituzione [...] dà per avvenuta e in certo senso scontata la sconfitta del fascismo, che non è stato battuto [...] solo dalle armi straniere, ma anche (militarmente e politicamente) dalla resistenza [...] del popolo italiano. Nel momento in cui la Costituzione veniva scritta [...] il fascismo era almeno per certi aspetti un problema già risolto, perché l’Italia era già entrata – e definitivamente – in una nuova era storica» (Luciani 1991, 190).



Saggi

Ribadito il carattere intrinsecamente antifascista della Costituzione, certamente non venuto meno, e confermata l'opportunità di prevedere sanzioni per determinati comportamenti che in concreto possano rappresentare vere minacce per l'ordinamento, si ritiene che la risposta più adatta non possa essere costituita da un'ulteriore criminalizzazione di gesti ed emblemi, come si proponeva di fare il "d.d.l. Fiano" (per giunta con un delitto che sarebbe stato perseguibile d'ufficio). Non si trattava di un'adesione dell'ordinamento italiano alla "democrazia protetta", anche perché questa non dovrebbe mai avvalersi di strumenti di natura penale, bensì dotarsi di istituti di natura costituzionali, che non si risolvano nella semplice condanna di una condotta ma abbiano un respiro ben più ampio (Piccione 2017).

Si assisteva piuttosto a una «ibridazione tra modelli di tutela penale e lotta ai partiti antisistema» (Ivi): si anticipava la punibilità alla propaganda delle idee o dei metodi dei partiti nazisti e fascisti, ma con una descrizione piuttosto generica delle condotte penalmente rilevanti. Ciò appariva poco rispettoso del principio di tassatività e sembrava creare problemi di sovrapposizione con altre fattispecie penali, a partire proprio da quella di apologia del fascismo¹⁷² (v. anche Ricci 2017). Di più, la disposizione non avrebbe previsto valutazioni della concreta idoneità della condotta a ingenerare la riorganizzazione del partito fascista, secondo quanto richiesto dalla Corte costituzionale: in apparenza, dunque, la propaganda nazifascista sarebbe stata comunque punibile per «intrinseca pericolosità», senza alcun bilanciamento con l'art. 21 Cost. (Nocera 2018, 23; negano che si

¹⁷² Problemi che non sembravano essere stati del tutto risolti dall'inserimento della clausola «Salvo che il fatto costituisca più grave reato» all'inizio della disposizione, durante l'esame da parte della Camera (Nocera 2018, 22).



Saggi

possa porre la XII disp. Cost. a copertura costituzionale di una propaganda *tout court* delle idee fasciste Piccione 2017 e Vigevari 2019, 13).

L'impressione era dunque che si trattasse di una "norma simbolica", probabilmente più in grado di rispondere a determinate istanze che di risolvere un oggettivo problema, ma soprattutto dell'ennesimo tentativo di ottenere tale soluzione sul piano penale, quando la risposta avrebbe dovuto (e dovrebbe) essere innanzitutto di tipo educativo e culturale, anche e soprattutto per chi crede fermamente nel valore dell'antifascismo¹⁷³.

Parte della dottrina preme, piuttosto, per nuove norme relative alle elezioni, fondandosi sulla giurisprudenza (soprattutto amministrativa) che da tempo esclude dalla partecipazione al voto contrassegni evocativi del partito fascista, pur in mancanza di disposizioni primarie esplicite (Vigevari 2019, 13 ss.). Chi scrive vedrebbe tale via come un contributo di chiarezza: esso confermerebbe il valore normativo della XII disp. Cost. e non lascerebbe più gli interpreti nell'incertezza dovuta alla mancanza di norme sul tema e alla stratificazione di decisioni e pareri di vario segno¹⁷⁴.

A una scelta in questo senso, tuttavia, si dovrebbe guardare come "male minore", non certo come opzione da preferire. E ciò non solo per

¹⁷³ Nota Nocera (2018, 24) come l'approvazione entro la XVIII Legislatura non sia probabilmente arrivata anche «per le perplessità di far ricorso allo strumento della sanzione penale piuttosto che confinare il contrasto a tali forme di dissenso meramente ideologico alla sede naturale del confronto politico e sociale».

¹⁷⁴ Per Vigevari (2019, 15) norme chiare elettorali avrebbero il pregio di riportare la XII disp. Cost. «alla sua natura di norma costituzionale (non penale) che regola il fenomeno dell'associazionismo politico, sganciando il divieto di presentazione di un simbolo elettorale dal giudizio in sede penale se quel raggruppamento politico integri o meno gli estremi della ricostituzione del partito fascista».



Saggi

quel vago sentore di ipocrisia già ricordato, che consente alla medesima forza politica di partecipare alle elezioni con le stesse idee e persone, solo legate a una diversa etichetta (che non aiuta nemmeno gli elettori a capire l'effettiva natura della proposta). È opinione personale di chi scrive che ogni risposta restrittiva dell'ordinamento (certamente di natura penale, ma anche sul piano meramente elettorale) sia la dimostrazione – e un'implicita ammissione, anche se può sembrare paradossale – della profonda fragilità e debolezza dell'ordinamento stesso.

È sempre meglio, anche per la sicurezza dei consociati, essere consapevoli dei propri punti deboli e “munirsi”, ma sarebbe bene farlo *in primis* sul piano politico-culturale, limitando gli strumenti repressivi: quelli penali, ma anche quelli destinati a incidere sul momento che più caratterizza la democrazia, quello elettorale. In fondo, questo sarebbe il modo migliore per evitare «l'abiura di quell'atto di fede del Costituente nelle virtù della democrazia aperta, che accetta il rischio della libertà» (Vigevani 2019, 17). La libertà richiede sacrificio e sforzi: punire non costa meno di non punire e vale pure il reciproco; escludere d'imperio un soggetto, pur pericoloso, dal gioco democratico non è mai un atto privo di conseguenze.

È fondamentale dare risposte alla paura delle minacce alla democrazia ed è legittimo voler modificare una scelta fatta parecchio tempo prima, passando da una democrazia liberale a una “democrazia protetta” (purché ovviamente lo si faccia in modo chiaro e ben definito); se però si crede nel valore della democrazia aperta, occorre non farsi prendere dalla paura di farlo fino in fondo ed evitare reazioni – specie di natura penalistica – dell'ordinamento che poco si accordano con quella visione. Rispettando chi crede che la democrazia debba potersi difendere, ma con l'orgoglio di chi ritiene che la libertà vada innanzitutto coltivata e fatta crescere.



Bibliografia

Aic (2009), *Annuario 2008. Partiti politici e società civile a sessant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione*, Napoli: Jovene.

Airoidi, P.A. (1971), *Le sanzioni contro il neofascismo: una storia esemplare*, in *Quale giustizia*, pp. 427-433.

Allegri, M.R. (2015), *Statuti dei partiti politici e trasparenza delle fonti di finanziamento, tra regole inefficaci, correttivi e proposte di attuazione*, in Aic – Osservatorio costituzionale, 3.

Amato, G. (2012), *Nota su una legge sui partiti in attuazione dell'art. 49 della Costituzione*, in *Rassegna parlamentare*, 4, p. 777 ss.

Barbera, A. (2006), *La regolamentazione dei partiti: un tema da riprendere*, in *Quaderni costituzionali*, 2, pp. 323-326.

Barbera, A. (2015), *Costituzione della Repubblica italiana* (voce), in *Enciclopedia del diritto. Annali VIII*, Milano: Giuffrè, pp. 263-358.

Barile, P. (1961), *Intervento*, in AA.VV., *Un adempimento improrogabile. Atti del Convegno giuridico sull'attuazione della XII norma finale della Costituzione*. Firenze, Palazzo Vecchio, 2 luglio 1961, Firenze: Comitato promotore e Consiglio regionale toscano della Resistenza, pp. 19-27.

Barile, P. (1974), *Libertà di manifestazione del pensiero* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIV, Milano: Giuffrè, pp. 424 ss.

Barile, P., U. De Siervo (1968), *Sanzioni contro il fascismo ed il neofascismo* (voce), in *Novissimo digesto italiano*, vol. XVI, pp. 541-564.

Bartole, S. (1995), *Partiti politici* (voce), in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. X, Torino: Utet, p. 705 ss.

Bartole, S. (2000), *Partiti politici* (voce), in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, 5° aggiornamento, Torino: Utet, 2000, p. 398 ss.

Battistelli, F. (2016), *La sicurezza e la sua ombra*, Roma: Donzelli.



Saggi

Bellomia, S. (1973), *Manifestazioni fasciste e XII disposizione transitoria della Costituzione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2, pp. 1670-1675.

Berizzi, P. (2018), *NazItalia. Viaggio in un Paese che si è riscoperto fascista*, Milano: Baldini&Castoldi.

Bianchi D'Espinosa, L. (1961), *Intervento*, in AA.VV., *Un adempimento improrogabile. Atti del Convegno giuridico sull'attuazione della XII norma finale della Costituzione*. Firenze, Palazzo Vecchio, 2 luglio 1961, Firenze: Comitato promotore e Consiglio regionale toscano della Resistenza, pp. 28-41.

Biondi, G. (2006), *È ancora attuale la norma che punisce le associazioni finalizzate alla riorganizzazione del disciolto partito fascista?*, in *Giurisprudenza di merito*, 11, pp. 2483-2491.

Biondi, G. (2009), *Brevi considerazioni sul reato di manifestazioni fasciste: può essere considerato un reato di opinione?*, in *Giurisprudenza di merito*, 3, pp. 735-739.

Blando, F. (2014), *Movimenti neofascisti e difesa della democrazia*, in *Costituzionalismo.it*, 1, pp. 1-34.

Bon Valsassina, M. (1957a), *Apologia di fascismo, divieto di riorganizzazione del partito fascista e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Foro italiano*, I, coll. 952-954.

Bon Valsassina, M. (1957b), *Profilo dell'opposizione anticostituzionale nello stato contemporaneo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 7(3), pp. 531-623.

Bonfiglio, S. (1993), *Forme di governo e partiti politici. Riflessioni sull'evoluzione della dottrina costituzionalistica italiana*, Milano: Giuffrè.

Bonfiglio, S. (2013), *I partiti politici e la democrazia. Per una rilettura dell'art. 49 della Costituzione*, Bologna: Il Mulino.

Boniforti, L. (1961), *Intervento*, in AA.VV., *Un adempimento improrogabile. Atti del Convegno giuridico sull'attuazione della XII norma finale della*



Saggi

Costituzione. Firenze, Palazzo Vecchio, 2 luglio 1961, Firenze: Comitato promotore e Consiglio regionale toscano della Resistenza, pp. 13-16.

Bonini, M. (2017), *La democrazia alla prova dei suoi valori: ripudiare il partito neonazista tedesco senza scioglierlo*, in *Aic - Osservatorio costituzionale*, 2, pp. 1-22.

Bordonali, S. (1993), *Un'ipotesi d'interpretazione «adeguatrice» della XIII disposizione costituzionale transitoria*, in *Diritto e società*, 3, pp. 509-557.

Bricola, F. (1973), *Teoria generale del reato (voce)*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. XIX, Torino: Utet, pp. 5-93.

Brunelli, G. (1991), *Struttura e limiti del diritto di associazione politica*, Milano: Giuffrè.

Calamandrei, P. (1955), *Discorso sulla Costituzione*, pronunciato a Milano il 26 gennaio 1955 nella sede della Società Umanitaria, ora disponibile in *Il Ponte di Piero Calamandrei. 1945-1956*, Firenze: Il Ponte, 2005.

Calvi, A.A. (1977), *Sul delitto di riorganizzazione del partito fascista*, in *L'Indice penale*, 2, pp. 209-239.

Caretti, P. (2005), *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, 2ª ed., Torino: Giappichelli.

Caroli, P. (2017), *Commemorare i caduti della Repubblica Sociale Italiana con il saluto romano non costituisce reato*, in *Diritto penale e processo*, 12, pp. 1587-1593.

Cassese, S. (2018), *“L'officina di idee” della Costituzione*, in *Giornale di storia costituzionale*, 2, pp. 27-31.

Cattedra, A. (1988), *Alcune “cautelae” in materia di tutela penale della legislazione antifascista*, in *Rivista penale*, 5, p. 417-424.

Ceccanti, S., D. Tega (2004), *La protezione della democrazia dai partiti antisistema: quando un'esigenza può diventare un'ossessione*, in A. Di Gio-



Saggi

vine (cur.), *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Torino: Giappichelli, pp. 37-74.

Cerrina Feroni, G., G. Morbidelli (2008), *La sicurezza: un valore super-primario*, in *Percorsi costituzionali*, 1, pp. 31-44.

Chimenti, C. (2004), *Antifascismo e Costituzione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 6 gennaio, www.forumcostituzionale.it.

Coduti, D. (2019), *Regolare i partiti politici contemporanei*, Torino: Giappichelli.

Colombani, V. (1994), *Il delitto di riorganizzazione del partito fascista*, in *Rivista penale*, 9, pp. 823-826.

D'Elia, G. (2006), *XII disposizione*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (cur.), *Commentario alla Costituzione*, Torino: Utet.

De Siervo, U. (1975), *Attuazione della Costituzione e legislazione antifascista*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2, pp. 3267-3310.

Delledonne, G. (2017), *Applicare la clausola sui partiti antisistema, oggi: il Bundesverfassungsgericht non scioglie (per ora) il partito neonazista NPD*, in *Quaderni costituzionali*, 2, pp. 408-411.

Diotallevi, L. (2014), *Sulla permanente "attualità" del reato di "manifestazioni fasciste" ex art. 5 "Legge Scelba"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6, p. 4801 ss.

Elia, L. (1970), *Governo (forme di)* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIX, Milano: Giuffrè, p. 634 ss.

Elia, L. (1992), *Per una legge sui partiti*, in AA.VV., *Studi in memoria di Franco Piga*, Milano: Giuffrè, vol. I, pp. 405-416.

Esposito, C. (1954a), *Commento all'art. 1 della Costituzione*, in Id., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova: Cedam, pp. 1-15.

Esposito, C. (1954b), *I partiti nella Costituzione italiana*, in Id., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova: Cedam, pp. 215-242.



Saggi

Esposito, C. (1958), *Osservazione a Corte cost.*, sent. n. 74/1958, in *Giur. cost.*, pp. 958-959.

Fede, F., S. Testa Bappenheim (2014), *Lo scioglimento dei partiti antisistema in un'ottica comparata*, in *Studi urbinati*, 65 (4), pp. 487-530.

Ferrara, G. (1987), «*Le norme contro il fascismo? Sono grottesche, aboliamole*», in *Corriere della Sera*, 27 dicembre, p. 2.

Ferroni, F., S. Ceccanti, (2015), *Democrazia protetta* (voce), in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, 6° aggiornamento, Milano: Utet Giuridica, pp. 55-72.

Filoni, M. (2014), *Lo spazio inquieto. La città e la paura*, Palermo: Edizioni di passaggio.

Frosini, T.E. (2003), *È giunta l'ora di una legge sui partiti politici?*, in *Quaderni costituzionali*, 1, pp. 159-162.

Galli, M. (2019), *Dalla Cassazione alcune indicazioni per individuare il discrimine tra il delitto di "esibizionismo razzista" (art. 2 co. 1 legge Mancino) e il delitto di «manifestazioni fasciste» (art. 5 legge Scelba)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 22 giugno, www.penalecontemporaneo.it.

Galluccio, A. (2019), *Il saluto fascista è reato? L'attuale panorama normativo e giurisprudenziale ricostruito dal Tribunale di Milano, in una sentenza di condanna*, in *Diritto penale contemporaneo*, 29 aprile, www.penalecontemporaneo.it.

Gambino, S. (2005), *Una rilettura dell'art. 49 Cost.: la democrazia dei partiti e la democrazia nei partiti*, in AA.VV., *Studi in onore di F. Cuocolo*, Milano: Giuffrè, pp. 481-522.

Gatti, A. (2017), *Il Parteiverbot e la nuova incostituzionalità a geometria variabile nell'ordinamento tedesco*, in *Rivista Aic*, 3, pp. 1-23.

Gemma, G. (1993), *Costituzione e associazioni: dalla libertà alla promozione*, Milano: Giuffrè.



Saggi

Grasso, P.G. (2002), *Contributo allo studio sulla prevenzione dello Stato di emergenza. Sul divieto costituzionale di riorganizzazione del disciolto partito fascista*, in *Diritto e società*, 4, pp. 517-547.

Gregorio, M. (2018), *Disciplinare il partito: culture costituzionali a confronto*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1, p. 203 ss.

«Gruppo di Milano» (1983), *Verso una nuova Costituzione. Ricerca promossa dal Ceses su “Costituzione vigente e crisi del sistema politico: cause ed effetti”*, tomo I e II, Milano: Giuffrè.

Ievolella, A. (2016), *Parte l'inno di Mameli e loro fanno il “saluto romano”: punibili per apologia del fascismo*, in *Diritto & Giustizia*, 23, p. 44 ss.

Kunig, P. (2012), *Art. 21*, in I. von Münch, P. Kunig (hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, München: 2012.

Lanchester, F. (1988), *Il problema del partito politico: regolare gli sregolati*, in *Quaderni costituzionali*, 1, pp. 437-458.

Lanchester, F. (2003), *Regime, partiti e sistema elettorale in Giuseppe Maranini*, in *Il Politico*, 68 (1), pp. 5-37.

Lanchester, F. (2007), *Vincitori e vinti: suggerimenti, veti e imposizioni degli alleati nel processo di ricostruzione della democrazia in Italia, Germania e Giappone*, in S. Merlini (cur.), *Piero Calamandrei e la costruzione dello Stato democratico. 1944-1948*, Roma-Bari: Laterza, pp. 67-98.

Lavagna, C. (1967), *Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali*, in *Democrazia e diritto*, pp. 359-381.

Legnani, M. (1988), *Al mercato del revisionismo. Un inopinato dibattito su fascismo e antifascismo*, in *Italia contemporanea*, 170, pp. 97-101.

Lisena, F. (2014), *Gesti anticostituzionali e anacronismi legislativi: il divieto del c.d. saluto romano*, in *Aic – Osservatorio costituzionale*, dicembre, pp. 1-8.



Saggi

Loewenstein, K. (1937), *Militant democracy and fundamental rights, I*, in *The American Political Science review*, 31 (3), pp. 417-432.

Longo, A. (2014), *I simboli (del Fascismo) e il tempo (della Costituzione): pochi spunti suggeriti dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 37577 del 2014*, in *Aic – Osservatorio costituzionale*, dicembre, pp. 1-16.

Luciani, M. (1991), *Antifascismo e nascita della Costituzione*, in *Politica del diritto*, 2, pp. 183-200.

Maestri, G. (2012), *I simboli della discordia. Normativa e decisioni sui contrassegni dei partiti*, Milano: Giuffrè.

Maestri, G. (2015), *I partiti come presentatori di liste elettorali: un interessante ritorno al “primo” Mortati*, in *Nomos – le attualità nel diritto*, 3, pp. 52-60.

Maestri, G. (2017), *Quando il problema non è il (solo) fascio*, in www.isimbolidelladiscordia.it, 13 giugno.

Maestri, G. (2018a), *Fasci italiani del lavoro: illegittimi per il Tar, ma è bene rifletterci sopra*, in www.isimbolidelladiscordia.it, 1° febbraio.

Maestri, G. (2018b), *Ma è davvero vietato essere nazionalsocialisti in Italia?*, in www.isimbolidelladiscordia.it, 12 maggio.

Maestri, G. (2018c), *No definitivo ai Fasci italiani del lavoro, a Sermide si deve rivotare*, in www.isimbolidelladiscordia.it, 30 maggio.

Maestri, G. (2019), *Stop a Socialisti nazionali? Meglio Censurati (ed eletti) per Fascismo e libertà*, in www.isimbolidelladiscordia.it, 7 giugno.

Manetti, M. (2004), *L’incitamento all’odio razziale tra realizzazione dell’eguaglianza e difesa dello Stato*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, *Anticipazioni*, 18 gennaio.

Manna, A. (1991), *Fascismo (sanzioni contro il)*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. V, Torino: Utet, pp. 137-152.



Saggi

Maranini, G. (1950), *Governo parlamentare e partitocrazia. Lezione inaugurale dell'anno accademico '49-'50*, Firenze: Ed. Universitaria, p. 5 ss.

Marsocci, P. (2013), *Sulla funzione costituzionale dei partiti e delle altre formazioni politiche*, Napoli: Editoriale Scientifica.

Mazzarolli, L.A. (2008), *XII disposizione*, in S. Bartole, R. Bin (dir.), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova: Cedam, pp. 1218-1220.

Merlini, S. (cur.) (2009), *La democrazia dei partiti e la democrazia nei partiti*, Firenze: Passigli.

Moech, G. (1958), *Divieto di manifestazioni fasciste e legittimità costituzionale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 766-769.

Mortati, C. (1960), *Lezioni di diritto costituzionale italiano e comparato. La Costituzione dello Stato e le garanzie costituzionali*, Roma: Ricerche.

Mortati, C. (1972), *Disciplina dei partiti politici nella Costituzione italiana*, in Id., *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*, vol. III, Milano: Giuffrè, pp. 41-51 (già in *Cronache sociali*, 1950, 2, pp. 25-27).

Mortati, C. (1976), *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova: Cedam.

Murgia, M. (2018), *Istruzioni per diventare fascisti*, Torino: Einaudi.

Nacci, M.C. (2018), *Contrassegni politico-elettorali, simboli fascisti e XII disposizione transitoria e finale della Costituzione*, in *Federalismi.it*, 19, pp. 1-21.

Nicotra, I. (2007) *Democrazia "convenzionale" e partiti antisistema*, Torino: Giappichelli.

Nocera, A. (2018), *Manifestazioni fasciste e apologia del fascismo tra attualità e nuove prospettive incriminatrici*, in *Diritto penale contemporaneo*, 9 maggio, pp. 1-24, www.penalecontemporaneo.it.

Nuvolone, P. (1953), *Le leggi penali e la Costituzione*, Milano: Giuffrè.

Nuvolone, P. (1972), *Il delitto di riorganizzazione del partito fascista*, in *L'Indice penale*, p. 310 ss.



Saggi

Onida, V. (1991), *La Costituzione della Repubblica italiana*, in Id. (cur.), *L'ordinamento costituzionale italiano dalla caduta del fascismo all'avvento della Costituzione repubblicana*, Torino: Giappichelli, pp. XIX-XXIX.

Pace, A. (1963), *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, in *Archivio giuridico Filippo Serafini*, vol. XXXIV, pp. 111-132.

Padrone, D. (2014), *Osservazioni a Cass. Pen.*, sez. I, n. 37577, 25 marzo 2014, in *Cassazione penale*, 12, p. 4110 ss.

Paladin, L. (1965), *Ordine pubblico* (voce), in *Novissimo digesto italiano*, vol. XX, pp. 130-135.

Paruzzo, F. (2018), *Il Tar Brescia rigetta il ricorso di CasaPound: l'antifascismo come matrice e fondamento della Costituzione*, in *Aic – Osservatorio costituzionale*, 2, pp. 1-14.

Petta, P. (1973), *Le associazioni anticonstituzionali nell'ordinamento italiano*, in *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 667-750.

Petta, P. (1974), *Il primo caso di applicazione della «Legge Scelba»*, in *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 473-486.

Petta, P. (1975), *Le nuove norme per la repressione e la prevenzione di attività eversive*, in *Giurisprudenza costituzionale*, p. 2842 ss.

Pezzini, B. (2011), *Attualità e attuazione della XII disposizione finale: la matrice antifascista della Costituzione repubblicana*, in AA.VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano: Giuffrè, pp. 1379-1402.

Piccardi, L. (1961), *Intervento*, in AA.VV., *Un adempimento improrogabile. Atti del Convegno giuridico sull'attuazione della XII norma finale della Costituzione*. Firenze, Palazzo Vecchio, 2 luglio 1961, Firenze: Comitato promotore e Consiglio regionale toscano della Resistenza, pp. 42-51.



Saggi

Piccione, D. (2017), *L'antifascismo e i limiti alla manifestazione del pensiero tra difesa della Costituzione e diritto penale dell'emotività*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 4, p. 1941 ss.

Pinelli, C. (1984), *Discipline e controlli sulla democrazia interna dei partiti*, Padova: Cedam.

Pizzorusso, A. (1995), *Disposizione XII*, in G. Branca, A. Pizzorusso (dir.), *Commentario della Costituzione. Disposizioni transitorie e finali. leggi costituzionali e di revisione costituzionale*, Bologna-Roma: Zanichelli – Il Foro Italiano, pp. 197-202.

Poggi, A. (2015), *La democrazia nei partiti*, in *Rivista Aic*, 4.

Predieri, A. (1961), *Intervento*, in AA.VV., *Un adempimento improrogabile. Atti del Convegno giuridico sull'attuazione della XII norma finale della Costituzione*. Firenze, Palazzo Vecchio, 2 luglio 1961, Firenze: Comitato promotore e Consiglio regionale toscano della Resistenza, pp. 84-91.

Randazzo, B. (2004), *Ancora sullo scioglimento del Refah Partisi turco. La Corte dei diritti non ci ripensa*, in *Quaderni costituzionali*, 1, pp. 173-174.

Rescigno, G.U. (1977), *Alcune considerazioni sul rapporto partiti-Stato-cittadini*, in AA.VV., *Scritti in onore di Costantino Mortati. Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*, vol. 3, Milano: Giuffrè, pp. 955-986.

Rescigno, G.U. (1984), *Potere politico e sistema dei partiti: limitare il sovrano*, in *Politica del diritto*, 1, pp. 81-101.

Ricci, E. (2017), *Fasci e nazi: una nuova fattispecie di reato?*, in *Patria indipendente*, 17 febbraio, <http://www.patriaindipendente.it/persone-e-luoghi/servizi/fasci-e-nazi-una-nuova-fattispecie-di-reato/> (consultato il 25 luglio 2019).

Ricci, E. (2019), *Anpi: un esposto contro la galassia nera*, in *Patria indipendente*, 12 luglio, <http://www.patriaindipendente.it/cronache->



Saggi

[antifasciste/anpi-un-espostocontro-la-galassia-nera/](#) (consultato il 25 luglio 2019).

Ricciotti, R. (1975), *Le sanzioni contro il neofascismo*, in *Critica penale*, pp. 212-248.

Ricciotti, R. (1976), *Brevi considerazioni sul delitto di riorganizzazione del Partito Fascista*, in *Critica penale*, pp. 93-99.

Ridola, P. (1982), *Partiti politici* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Milano: Giuffrè, vol. XXXII, p. 66 ss.

Rossano, C. (1972), *Partiti e Parlamento nello stato contemporaneo*, Milano: Giuffrè.

Rossano, C. (1990), *Partiti politici* (voce), in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXII, Roma: Istituto dell'Enciclopedia italiana.

Ruggeri, A. (1993), *Fonti e norme nell'ordinamento e nell'esperienza costituzionale. – I. L'ordinazione in sistema*, Torino: Giappichelli.

Ruggeri, A. (2010), *Note minime in tema di democrazia interna dei partiti politici*, in *Rivista Aic*, 1.

Ruini, M. (1951), *La riorganizzazione del partito fascista (XII disposizione finale e transitoria, primo comma, della Costituzione)*, in *Foro padano*, 4, pp. 273-280.

Scuto, F. (2018), *La democrazia interna dei partiti: profili costituzionali di una transizione*, Torino: Giappichelli.

Siniscalco, M. (1959), *La XII disposizione transitoria della Costituzione e il divieto di manifestazioni fasciste*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, pp. 166-172.

Somma, A. (2008), *Alle origini della Repubblica italiana. Cultura liberale e rimozione dell'esperienza fascista*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, pp. 91-120.



Saggi

Stegbauer, A. (2007), *The Ban of Right-Wing Extremist Symbols According to Section 86a of the German Criminal Code*, in *German Law Journal*, 8(2), pp. 173-184.

Tarchi, R. (1995), *Premessa*, in G. Branca, A. Pizzorusso (dir.), *Commentario della Costituzione. Disposizioni transitorie e finali. leggi costituzionali e di revisione costituzionale*, Bologna-Roma: Zanichelli – Il Foro Italiano, pp. 1-63.

Toscano, E. (2018), *Note sullo studio dell'estrema destra*, in *Democrazia e Sicurezza – Democracy and Security Review*, 8 (2), pp. 127-144 (pubblicato il 12 marzo 2019).

Traverso, C.E. (1968), *La genesi storico-politica della disciplina dei partiti nella Costituzione italiana*, in *Il Politico*, 33 (2), pp. 281-300.

Trovati, G. (1973), *La legge Scelba: limiti e possibilità*, in *La Stampa*, 11 maggio, p. 1.

Vassalli, G. (1957), *Nota a Corte cost., sent. n. 1/1957*, in *Giur. cost.*, 1, pp. 1-2.

Vigevani, G.E. (2019), *Origine e attualità del dibattito sulla XII disposizione finale della Costituzione: i limiti della tutela della democrazia*, in *Media-Laws*, 1, pp. 1-17.

Vignudelli, A. (2010), *Diritto costituzionale*, Torino: Giappichelli.

Vignudelli, A. (2011), *Interpretazione e Costituzione. Miti, mode e luoghi comuni del pensiero giuridico*, Torino: Giappichelli.

Vinciguerra, S. (1967), *Fascismo (sanzioni contro il)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano: Giuffrè, vol. XVI, p. 902 ss.

Virga, P. (1948), *Il partito nell'ordinamento giuridico*, Milano: Giuffrè.

Zei, A. (2017), *La nuova giurisprudenza del Bundesverfassungsgericht sull'incostituzionalità dei partiti politici: a volte la democrazia non si difende*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, 1, pp. 1-16.



Abstract

Fear of Anti-System Parties and Choices in “Protecting” Democracy, between Italy and Germany Crimmigration practices.

This essay moves from the increasing fear of anti-system (and far-right) parties in Italy (e.g., CasaPound Italia and Forza Nuova), but believing that an indiscriminate criminal response cannot be the most appropriate solution for the security requests coming from citizens. The paper analyses Article XII of the Transitory and Final Provisions of the Italian Constitution, that forbids «the reorganization of the dissolved fascist party» and the laws approved to enforce that prohibition (punishing apology of fascism and usual manifestations of fascism too); several judgements of Italian Courts are considered, in order to verify their attitude over sixty years after the Constitution came into force.

The paper also compares the Italian case with Germany. After the II World War, it was configured as a “militant democracy”, but in 2017 the *Bundesverfassungsgericht* decided not to apply the *Parteiverbot* (party ban) for the National Democratic Party of Germany, judging it “anti-constitutional”, but not unconstitutional; after that judgement, Article 21 of the *Grundgesetz* has been modified, excluding these kind of parties from state financing without banning them. The “German choice” (democracy can decide not to protect itself) is an opportunity to evaluate the different decisions made in Italy, increasing and widening criminal sanctions against neo-fascist episodes and movements without modifying the Constitution.

Keywords: anti-system parties; fascist party; party ban; militant democracy; neo-fascism.



Crimmigration practices.

La detenzione dei migranti in Italia dopo l'entrata in vigore del "decreto sicurezza" alla luce del Diritto internazionale e dell'Unione europea *

di Giulia Colavecchio **

SOMMARIO: 1. Il c.d. decreto sicurezza: un approccio securitario alle migrazioni. – 2. Brevi cenni sulla legittimità della detenzione dei migranti. – 3. Estensione della durata del trattenimento a fini espulsivi e *standard* internazionali. – 4. La detenzione dei richiedenti asilo per determinarne o verificarne l'identità o la cittadinanza. – 5. Dentro quali mura? Le strutture del trattenimento e i nuovi slanci di edilizia pubblica. – 6. Sovranità statale vs. universalismo e considerazioni conclusive.

* Questo contributo è una versione ampliata e aggiornata della relazione *Crimmigration practices. Immigrants' detention in Italy after the "decreto sicurezza" through the lens of International and European Law*, tenuta al convegno «Controllo e gestione dei flussi migratori nel Sud Europa. Studio comparato dell'esperienza spagnola e italiana», 24-25 maggio 2019, Università degli Studi di Messina.

** Dottoressa di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale, curriculum "Ordine internazionale e diritti umani", Sapienza - Università di Roma; cultore di Diritto internazionale e di Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Messina. Contributo sottoposto a referaggio anonimo (*double blind peer review*).



1. Il c.d. decreto sicurezza: un approccio securitario alle migrazioni

La legislazione italiana in materia di immigrazione, asilo e gestione delle frontiere è stata profondamente novellata dal decreto-legge n. 113 del 2018, convertito con modifiche con la legge n. 132 del 2018, recante «Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agencia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata».

Tale decreto rappresenta uno «strumento *omnibus*» (Caggiano 2019, 20)¹ che, tra le altre previsioni, dedica a questo settore normativo il Titolo I rubricato «Disposizioni in materia di rilascio di speciali permessi di soggiorno temporanei per esigenze di carattere umanitario nonché in materia di protezione internazionale e di immigrazione».

Una norma – come si cercherà di dimostrare nelle pagine che seguono con riguardo alla detenzione dei migranti – puramente “ideologica” che, lungi dal rispondere ad una concreta necessità e ad un’analisi sistematica della complessità sociale, fa «un uso strumentale di un sentimento di insicurezza diffusa, che evidentemente sta prendendo il sopravvento, rispetto allo Stato di diritto» (Di Maio 2018a, 41-42).

¹ Secondo Caggiano (2019, 20) il decreto n. 113/2018 ha un impatto enorme in materia di politiche migratorie, derivante dal fatto che la protezione internazionale e nazionale/umanitaria «costituisce attualmente l'aspetto centrale del diritto dell'immigrazione per effetto del “contagocce” dei flussi di ingresso per motivi di lavoro».



Saggi

Tra le previsioni del decreto si annoverano: la scomparsa della protezione umanitaria, rimanendo nell'ordinamento delle ipotesi specifiche di permessi di soggiorno rubricate come "casi speciali" e per chi si dovesse distinguere per «atti di particolare valore civile»; la maggiorazione dello stanziamento finanziario previsto per i rimpatri; l'estensione della lista dei reati che comportano la revoca dello status di rifugiato o della protezione sussidiaria; l'introduzione di procedimenti accelerati per la valutazione delle domande di asilo; l'istituzione dell'elenco dei paesi di origine sicuri; un ridimensionamento del sistema di accoglienza; l'esclusione dal registro anagrafico dei richiedenti asilo; norme in materia di concessione e revoca della cittadinanza; novità in materia di trattamento dei migranti.

La combinazione che deriva dalla moltitudine delle misure previste dal decreto crea indubbiamente quello che è stato definito come «uno scenario di precarizzazione del quadro dell'immigrazione»² (Caggiano 2019, 21).

Allargando il nostro angolo visuale, è utile ricordare che il trattamento degli stranieri e la disciplina dell'immigrazione sono stati per lungo tempo un ambito di competenza quasi esclusivamente statale, parte della c.d. *domestic jurisdiction*. Tuttavia, nonostante il diritto internazionale generale non imponga limiti relativamente all'ammissione degli stranieri, la libertà degli Stati di escludere cessa dinanzi alla tutela dei diritti fondamentali garantiti anche dal diritto consuetudinario (Conforti 2018, 253; Scuto 2012,

² Al contributo di Caggiano (2019) si rimanda anche per un'analisi d'insieme delle misure contenute nel decreto in oggetto.



Saggi

passim). Inoltre, a partire dalla seconda metà del Novecento, il diritto internazionale ha occupato gran parte di questo spazio per via pattizia.

Nell'ambito dell'Unione europea lo sviluppo di una politica comune in materia di immigrazione è di competenza concorrente, ma ad oggi questo settore è quasi interamente regolato da norme derivate.

In questo contributo si cercherà di dar conto delle principali novità introdotte alla disciplina della detenzione dei migranti, in particolar modo dell'estensione della durata del trattenimento ai fini espulsivi, delle novità in materia di trattenimento dei richiedenti asilo e della previsione di misure per aumentare il numero e le tipologie delle strutture detentive.

L'obiettivo è di dar conto di queste modifiche e di leggerle alla luce del diritto dell'Unione europea e del diritto internazionale, inquadrandole nell'ambito delle politiche volte alla criminalizzazione dell'immigrazione, che gli studiosi anglofoni definiscono con il termine *crimmigration* (*ex multis* Majcher 2013; Stumpf 2011 e 2006). Non verranno invece approfonditi i profili di costituzionalità della normativa attualmente vigente³.

Questo provvedimento, cui mi riferirò d'ora in avanti con l'appellativo "decreto sicurezza", tradisce già dalla denominazione un approccio repressivo alla questione migratoria, mettendo in connessione materie non giuridicamente sovrapponibili per loro natura, quali protezione internazionale, immigrazione e sicurezza pubblica (Moschella 2019, 488).

³ Per un'analisi dei profili di costituzionalità del decreto sicurezza vedi Loprieno (2019) sul trattenimento dello straniero; Di Maio (2018b) sul rapporto tra sicurezza e cittadinanza; Buzzi e Conte (2019) sull'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo; Algostino (2018) sull'estinzione del diritto di asilo, la repressione del dissenso e la disegualianza; Morelli (2019) sulla "ribellione" dei sindaci contro il decreto.



Saggi

Tuttavia, il decreto sicurezza non si presenta certamente, nella *ratio* che lo sottende, come una produzione normativa isolata. Infatti, le misure di privazione della libertà dello straniero, in quanto tale, rientrano in uno spettro più ampio di politiche e produzioni normative securitarie nelle quali si palesa una profonda antinomia del diritto internazionale, scisso tra universalismo e particolarismo: la tutela dei diritti fondamentali riconosciuti alla persona umana, indipendentemente dal suo *status* giuridico, da una parte, e la prerogativa di escludere, propria della sovranità statale, dall'altra.

Questo processo di criminalizzazione dello straniero ha certamente subito un'impennata dopo gli attacchi terroristici del 9/11, a seguito dei quali è stata alimentata una costante retorica sulla supposta minaccia rappresentata dagli *illegal aliens* (Welch 2017).

Appare condivisibile la lettura data da Marco Ruotolo (2013, 11) circa la specularità tra i fallimenti delle politiche sociali degli ultimi anni e l'adozione di politiche e norme securitarie – in materia di immigrazione, di carcere, di tossicodipendenza e di recidiva – che fanno leva «sulla rappresentazione della paura e sulla conformazione attorno ad essa di un preteso diritto dell'individuo alla sicurezza» tendendo all'emarginazione e all'isolamento del diverso. Il percorso intrapreso appare, infatti, quello superficialmente più immediato della garanzia del “diritto alla sicurezza” dell'individuo, accantonando la via migliore, forse l'unica effettiva, per mantenere l'ordine pubblico, che consiste nel «garantire la sicurezza dei diritti, mettendo tutti nella condizione di esercitarli effettivamente» (Ruotolo 2013, 11).



2. Brevi cenni sulla legittimità della detenzione dei migranti

Il potere sovrano degli Stati di decidere chi, come e quando possa aver accesso al proprio territorio è mitigato dall'applicazione di norme e *standard* internazionali e regionali che si riferiscono alla totalità degli esseri umani. In considerazione della loro applicabilità universale, indipendentemente dallo *status* giuridico dell'individuo interessato, questi strumenti agiscono anche nei riguardi dei non-cittadini che si trovano in uno stato di privazione della libertà per via della loro condizione di migrante.

Non esiste attualmente alcun trattato internazionale o regionale che abbia come oggetto specifico i diritti delle persone sottoposte a misure di *immigrant detention*, motivo per cui la normativa applicabile deve essere desunta dai trattati generali di tutela dei diritti umani, in particolare del diritto alla libertà e alla sicurezza e del conseguente divieto di detenzione arbitraria.

A livello universale, secondo la formulazione dell'art. 9, par. 1, del Patto sui diritti civili e politici «[e]veryone has the right to liberty and security of person. No one shall be subjected to arbitrary arrest or detention»⁴. Analogamente, la Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza prevede che «[n]o child shall be deprived of his or her liberty unlawfully or arbitrarily»⁵. Nell'*International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Fami-*

⁴ UN General Assembly, International Covenant on Civil and Political Rights, 16 December 1966, in *United Nations, Treaty Series*, vol. 999, p. 171, art. 9.1.

⁵ UN General Assembly, Convention on the Rights of the Child, 20 November 1989, in *United Nations, Treaty Series*, vol. 1577, p. 3, art. 37(b).



Saggi

*lies*⁶ – strumento di cui tuttavia non è parte contraente né l'Italia, né alcuno Stato dell'UE – il diritto alla libertà e alla sicurezza della persona è declinato in tante sue sfumature che specificano i diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie.

A livello regionale il diritto alla libertà e alla sicurezza della persona è garantito dall'art. 5 della Cedu⁷, mentre nell'ordinamento dell'Unione è tutelato dall'art. 6 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁸. È opportuno sottolineare come il diritto internazionale non vieti la detenzione dei migranti, che, al contrario è espressamente prevista dalla Convenzione europea dei diritti umani all'art. 5, par. 1, lett. f), che – con una formulazione quantomeno infelice – consente l'arresto o la detenzione di una persona per impedirle di entrare illegalmente nel territorio, oppure di una persona contro la quale è in corso un procedimento d'espulsione o d'estradizione.

Ma se è vero che gli Stati godono di un ampio margine di discrezionalità rispetto al rilascio delle autorizzazioni per entrare e risiedere all'interno dei propri confini, la decisione di detenere uno straniero è, tuttavia, vincolata al rispetto di determinati principi desumibili dalla

⁶ UN General Assembly, International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families, 18 December 1990, A/RES/45/158, art. 16 and 17.

⁷ Council of Europe, European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocols Nos. 11 and 14, 4 November 1950, ETS 5, art. 5.

⁸ Unione europea, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, 26 ottobre 2012, 2012/C 326/02, pubblicata nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, 18 dicembre 2000 (2000/C 364/01), art. 6.



Saggi

normativa rilevante, dalla giurisprudenza e dai *report* dei meccanismi di controllo: l'*eccezionalità*, la *legittimità*, l'*efficacia*, la *riserva di legge*, l'*esistenza di rimedi giurisdizionali*, la *proporzionalità* e la *necessità*.

La detenzione deve essere infatti sempre una misura eccezionale⁹, che può essere giustificata esclusivamente se attuata per uno scopo legittimo, in assenza del quale è da considerarsi arbitraria, anche se l'ingresso sul territorio è avvenuto in maniera irregolare. Dal *case law* dello *Human Right Committee* si evince che, in ottemperanza dei principi di necessità e di proporzionalità, le autorità nazionali sono obbligate a valutare nel caso individuale *non-custodial alternative measure* prima di ricorrere alla detenzione¹⁰ (Grange e Majcher 2017, 6).

⁹ La detenzione dei migranti dovrebbe avere carattere eccezionale sia quando si tratti di trattenimento dei richiedenti asilo, sia quando sia attuata in funzione pre-espulsiva. Questo principio è esplicitato in un cospicuo numero di atti di soft law e report internazionali, ed è stato cristallizzato dalla giurisprudenza internazionale. Senza voler operare una ricostruzione organica, cfr. UN Human Rights Council, *Report of the Working Group on Arbitrary Detention*, Rapporteur Manuela Carmena Castrillo, 16 February 2009, A/HRC/10/21, par. 67 e 82; Council of Europe, Committee of Ministers, *Guidelines on human rights protection in the context of accelerated asylum procedures*, 1 July 2009, principle XI.1: «Detention of asylum seekers should be the exception»; UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Conclusions Adopted by the Executive Committee on the International Protection of Refugees*, December 2009, 1975-2009, Conclusion n. 7, XXVIII, 1977, Expulsion, par. e: «Recommended that an expulsion order should only be combined with custody or detention if absolutely necessary for reasons of national security or public order and that such custody or detention should not be unduly prolonged».

¹⁰ Vedi anche HRC, *Baban v. Australia*, decisione del 18 settembre 2003, comunicazione n. 1014/2001; HRC, *Yin Fong v. Australia*, decisione del 23 ottobre 2009, comunicazione n. 1442/2005.



Saggi

Altro requisito incompressibile è quello dell'efficacia, intesa come prospettiva concreta di raggiungere lo scopo perseguito, e pertanto è da considerare illegittima la privazione della libertà a carico di individui che non possono essere identificati o espulsi per motivi di cui non possono essere considerati responsabili. Inoltre, trattandosi di provvedimento lesivo della libertà personale, deve essere adottato in forza di una espressa previsione di legge ed essere sottoposto a sindacato giurisdizionale attraverso procedure accessibili e codificate.

Secondo il principio di proporzionalità poi, qualsiasi decisione di privare una persona della sua libertà deve essere *proporzionata* a fini specifici stabiliti dalla legge. Questo principio ha origine dal riconoscimento dell'esistenza, in ogni società, di interessi differenti e potenzialmente conflittuali, che l'ordinamento giuridico deve regolamentare con l'obiettivo di mantenere l'ordine pubblico (Cannizzaro 2000, 312).

Infine, in aderenza al principio di necessità, l'attuazione di misure detentive deve essere *necessaria* rispetto al raggiungimento dello scopo prefissato, che non potrebbe essere raggiunto attraverso l'uso di misure meno afflittive rispetto alla libertà dell'individuo, secondo una valutazione da effettuarsi caso per caso.

3. Estensione della durata del trattenimento a fini espulsivi e *standard* internazionali

La prima novità introdotta dal "decreto sicurezza" riguarda la durata massima del trattenimento ai fini espulsivi. L'art. 2, comma 1, del decreto modifica l'art. 14 del d.lgs. n. 286/1998 raddoppiando il termine massimo



Saggi

del trattenimento che viene esteso da novanta a centottanta giorni. Specularmente, lo straniero, già detenuto presso un istituto penitenziario per un periodo pari o superiore a centottanta giorni, potrà essere ulteriormente trattenuto per trenta giorni, termine prorogabile nei «casi di particolare complessità delle procedure di identificazione e di organizzazione del rimpatrio» di altri quindici giorni previa convalida del Giudice di pace¹¹.

Nell'ordinamento italiano, la durata massima del trattenimento di questa categoria di stranieri ha subito numerose variazioni dalla creazione dell'istituto, con un andamento "a fisarmonica" che ha visto raggiungere la sua massima estensione nel 2011, con un periodo limite di detenzione nei CIE pari a 18 mesi¹², poi ridotto nel 2014 a novanta giorni¹³.

¹¹ La possibilità di questa ulteriore proroga, contenuta all'art. 14, comma 5, d.lgs. n. 286/1998, è stata introdotta dal "decreto Minniti-Orlando", d.l. 17 febbraio 2017, n. 13 recante disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale, convertito con modificazioni dalla l. 13 aprile 2017, n. 46. Per una panoramica delle novelle contenute in tale decreto in materia di detenzione amministrativa e in modo particolare sul persistere della mancanza di base legale per gli *hotspot* cfr. Masera (2017).

¹² Decreto-legge 23 giugno 2011, n. 89 recante *Disposizioni urgenti per il completamento dell'attuazione della direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione dei cittadini comunitari e per il recepimento della direttiva 2008/115/CE sul rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi irregolari*, in G.U. n. 144 del 23 giugno 2011, convertito con modificazioni dalla legge 2 agosto 2011, n. 129, in G.U. n. 181 del 5 agosto 2011.

¹³ Legge 30 ottobre 2014, n. 161 recante *Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea - Legge europea 2013-bis*, in G.U. n. 261 del 10 novembre 2014 suppl. ordinario n. 83. La riduzione della durata massima del trattenimento prevista dal legislatore del 2014 aveva segnato una decisa svolta nella tutela della libertà personale dei migranti in condizione di irregolarità, rendendo la limitazione di tale diritto strettamente funzionale all'esecuzione del rimpatrio. Sull'argomento cfr. Masera (2014) «Dopo anni in cui la libertà personale dei migranti irregolari era stata ridotta a ba-



Saggi

A livello universale l'art. 9 del Patto sui diritti civili e politici è posto a tutela della libertà della persona contro ogni forma di arresto e detenzione arbitraria. Nel *general comment* n. 35 all'art. 9, il Comitato dei diritti umani delle Nazioni Unite specifica come una detenzione per un lasso di tempo indefinito non sia giustificata dall'impossibilità dello Stato parte di eseguire un provvedimento d'espulsione¹⁴. Sempre con riferimento alla durata, in ambito sovranazionale, i provvedimenti di privazione della libertà per non essere arbitrari devono essere necessari e proporzionati alla luce delle circostanze ed essere rivalutati nella loro estensione temporale¹⁵, e non devono inoltre protrarsi oltre un termine ragionevole¹⁶, funzionale allo scopo perseguito.

Il Gruppo di lavoro sulla detenzione arbitraria delle Nazioni Unite, già nel 1999, indicava, nel principio 7 della *Deliberation No. 5*, che la du-

gattella (Caputo 2009), finalmente il legislatore torna a porre in primo piano le esigenze di garanzia di tale diritto fondamentale, consentendone la limitazione solo ove strettamente funzionale all'esecuzione del rimpatrio. Il cambio di direzione è netto, e certo non era imposto dalla necessità di rispettare gli impegni internazionali dello Stato, posto che [...] la direttiva rimpatri consente il trattenimento sino ad un massimo di 18 mesi».

¹⁴ Human Rights Committee, UN Doc CCPR/C/GC/, General comment No. 35 on Article 9 (Liberty and security of person), 16.12.2014, par. 18: «The inability of a State party to carry out the expulsion of an individual because of statelessness or other obstacles does not justify indefinite detention».

¹⁵ Cfr. HRC, F.K.A.G. c. Australia, decisione del 26 luglio 2013, comunicazione n. 2094/2011, UN Doc CCPR/C/108/D/2094/2011, par. 9.3.

¹⁶ C.edu, Saadi c. Regno Unito, ricorso n. 13229/03, sentenza del 29 gennaio 2018, par. 72 e 74; C.edu, Efremidze c. Grecia, ricorso n. 33225/08, sentenza del 21 giugno 2011, par. 56-57; C.edu, Herman e Serazadishvili c. Grecia, ricorsi nn. 26418/11, 45884/11 e 45884/11, sentenza del 24 aprile 2014, par. 59.



Saggi

rata massima della detenzione dovesse essere fissata per legge e non potesse in alcun caso essere illimitata o di durata eccessiva¹⁷; questo, tuttavia, senza fornire una linea guida interpretativa circa l'arco temporale che qualificasse come "eccessiva" la durata del trattenimento¹⁸.

Questo *vulnus*, dovuto all'assenza di indicazione di una durata massima oltre la quale la detenzione dei migranti è sempre da considerarsi arbitraria, si perpetua nel testo revisionato nel 2018, *Revised deliberation No. 5 on deprivation of liberty of migrants*¹⁹, che sostituisce la deliberazione precedente. Nonostante tale limite, il lavoro di aggiornamento del *Working Group on arbitrary detention* ha consolidato gli sviluppi giurisprudenziali dello *Human Right Council* e rispecchia gli importanti progressi del diritto internazionale in questo settore.

¹⁷ UN Commission on Human Rights, *Report of the Working Group on Arbitrary Detention, Annex II, Deliberation No. 5: Situation regarding immigrants and asylum-seekers*, 28 dicembre 1999, E/CN.4/2000/4, principle n. 7.

¹⁸ Alcuni elementi che potrebbero essere utili per fissare la durata massima del trattenimento si possono trarre dai *report* e dalle opinioni del *Working group on arbitrary detention*. *Ex multis* cfr. Human Rights Council, *Report of the Working Group on Arbitrary Detention, Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development*, 15 gennaio 2010, A/HRC/13/30, par. 56-58 and 61-64; Human Rights Council, *Working Group on Arbitrary Detention, opinion n. 5/2009, Libano*, A/HRC/13/30/Add.1, pp. 275-282; Human Rights Council, *Working Group on Arbitrary Detention, opinion n. 42/2017, Australia*, A/HRC/WGAD/2017/42, in particolare par. 37; Human Rights Council, *Report of the Working Group on Arbitrary Detention on its follow-up mission to Malta*, 23 giugno 2016, A/HRC/33/50/Add.1, par. 49-50.

¹⁹ UN Human Rights Council, *Report of the Working Group on Arbitrary Detention, Annex I, Revised deliberation No. 5 on deprivation of liberty of migrants*, 2 luglio 2018, A/HRC/39/45.



Saggi

Relativamente alla durata della detenzione il *Working Group* specifica che la detenzione dei migranti è consentita «only for the shortest period of time»²⁰ e che, alla scadenza del periodo limite di trattenimento stabilito dalla legge, il detenuto deve essere rilasciato in maniera automatica²¹. Inoltre, la *Revised deliberation No. 5*, fa riferimento ai casi in cui l'espulsione dello straniero in posizione irregolare sia impossibile, come ad esempio per il caso di mancata collaborazione della rappresentanza consolare del paese di origine, in ottemperanza del divieto di *refoulement*²², o per l'indisponibilità dei mezzi di trasporto. In tali casi, il detenuto deve essere rilasciato per evitare una detenzione arbitraria potenzialmente infinita²³.

²⁰ Ivi, par. 25.

²¹ Vedi anche A/HRC/13/30, cit., par. 61.

²² Convention relating to the Status of Refugees, Ginevra, 28 luglio 1951, art. 33; Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, New York, 10 dicembre 1984, art. 3; UN Committee Against Torture (CAT), General Comment No. 4 (2017) on the implementation of article 3 of the Convention in the context of article 22, CAT/C/GC/4, 9 febbraio 2018. *Ex pluribus* cfr. Allain (2001) sulla natura cogente del principio di non-refoulement; Chetail (2001) sul principio di non-refoulement e lo status di rifugiato nel diritto internazionale; Sir Lauterpacht e Bethlehem (2003) sullo scopo e il contenuto del principio di non-refoulement; Goodwin-Gill (1986) e Salerno (2010) sul divieto internazionale di respingimento dei richiedenti asilo.

²³ Vedi A/HRC/13/30, cit., para. 63; Human Rights Council, Report of the Working Group on Arbitrary Detention, Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development, 10 gennaio 2008, A/HRC/7/4, par. 48; Human Rights Council, Report of the Working Group on Arbitrary Detention, Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development, 16 febbraio 2009, A/HRC/10/21, par. 82; Human Rights Council, Working Group on Arbitrary Detention, opinion n. 45/2006, Regno Unito e Irlanda del Nord, A/HRC/7/4/Add.1, pp. 40-46.



Saggi

Nonostante non sia espressamente indicato, possiamo desumere che, in ottemperanza del principio di proporzionalità, il rilascio dello straniero la cui espulsione sia impossibile debba essere immediato. La detenzione, infatti, non troverebbe più il suo fondamento giuridico nel perseguimento di uno scopo legittimo che viene a mancare nel momento in cui non permanga una prospettiva di rimpatrio reale e concreta²⁴.

Una regolamentazione maggiormente dettagliata dell'istituto del trattenimento dei migranti è presente nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea. In particolare, la detenzione dei rimpatriandi è regolata dalla direttiva 2008/115/CE, nota come "direttiva rimpatri" che all'art. 15(5) dispone che ogni Stato membro stabilisce un periodo limitato di trattenimento, che non può superare i sei mesi, corrispondenti ai centottanta giorni previsti dal decreto sicurezza.

La direttiva rimpatri prevede, inoltre, che questa durata possa essere estesa fino a ulteriori dodici mesi «nei casi in cui, nonostante sia stato compiuto ogni ragionevole sforzo, l'operazione di allontanamento rischia di durare più a lungo a causa: della mancata cooperazione da parte del cittadino di un paese terzo interessato, o b) dei ritardi nell'ottenimento della necessaria documentazione dai paesi terzi».

²⁴ Il Comitato per i diritti umani aveva già raggiunto questa conclusione nel 1997 nel caso A. v. Australia, «The Committee observes however, that every decision to keep a person in detention should be open to review periodically so that the grounds justifying the detention can be assessed. In any event, detention should not continue beyond the period for which the State can provide appropriate justification. [...] detention may be considered arbitrary, even if entry was illegal». HRC, A. v. Australia, comunicazione n. 560/1993, decisione del 30 aprile 1997, U.N. Doc. CCPR/C/59/D/560/1993, par. 9.4. Per un ulteriore approfondimento vedi opinion n. 45/2006, cit.



Saggi

La fissazione di una durata massima così ampia è stata fortemente criticata in dottrina²⁵; tuttavia si deve considerare che al momento dell'adozione di tale direttiva dieci Stati dell'Unione europea non prevedevano nel loro ordinamento interno alcun limite temporale alla detenzione dello straniero²⁶. L'estensione della durata, prevista dal decreto sicurezza, si colloca quindi all'interno dei massimali indicati nella direttiva 2008/115/CE, ma questa considerazione non può avere carattere risolutivo nel considerare legittima un'eventuale protrazione generalizzata dei provvedimenti detentivi ai fini espulsivi.

La stessa direttiva prevede infatti che il trattenimento debba essere impiegato solo ove non possano essere efficacemente applicate misure meno coercitive e che la sua durata debba essere quanto più breve possibile, comunque per il solo tempo necessario all'espletamento diligente delle modalità di rimpatrio²⁷. La Corte di giustizia dell'Unione europea, nella sentenza *El Dridi*, ha precisato che gli Stati membri hanno facoltà di ricor-

²⁵ Majcher (2013, 28): «The Returns Directive arguably falls short of providing strong safeguards against arbitrary immigration detention. It fails to definitely preclude lengthy, unnecessary and disproportionate detention in the EU states».

²⁶ L'applicazione della direttiva 2008/115/CE ha consentito un importante avanzamento lungo la strada dell'armonizzazione delle legislazioni nazionali, infatti, come riportato nella relazione di valutazione della Commissione sull'applicazione della "direttiva rimpatri" in tre anni la pratica della detenzione illimitata nel tempo è stata superata da nove Stati membri: Repubblica Ceca, Cipro, Danimarca, Estonia, Lituania, Finlandia, Svezia, Malta, Paesi Bassi. European Commission, DG Home Affairs, Evaluation on the application of the Return Directive (2008/115/EC) Final Report, DR-02-13-466-EN-N, 22 October 2013, p. 48.

²⁷ Direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, art. 15 par. 1.



Saggi

rere alla detenzione, valutando caso per caso, solo se la decisione di rimpatrio rischia d'essere compromessa dal comportamento dell'interessato²⁸.

Il giudizio circa il nesso esistente tra il comportamento dell'individuo e il rimpatrio quale scopo da raggiungere non può essere considerato esclusivamente come un elemento teso a limitare i casi e la possibile durata del trattenimento. Il riferimento al comportamento individuale è stato, infatti, interpretato come l'esistenza di una sanzione che intende reprimere e scoraggiare lo straniero dall'adottare un comportamento non cooperativo (Wilsher 2012, 153), facendo emergere una (mal)celata finalità deterrente (R. Palladino 2018a, 73). Per tale ragione, questa correlazione fa sì che la detenzione dello straniero abbia in sé delle implicite finalità retributive espressione di una più generale criminalizzazione dell'immigrazione.

La modifica quantitativa dei tempi di detenzione pre-espulsiva è quindi solo la parte visibile di un iceberg, conseguenza di una modifica teleologica operata dal legislatore (Loprieno 2019, 10). Emerge la fissazione di un obiettivo differente dall'organizzazione del rimpatrio dello straniero investito da provvedimento di espulsione: che nel 2018, in Italia, su 4.092 persone detenute presso i CPR sono stati effettuati solo 1.768 rimpatri e che la durata media del trattenimento è stata di 37 giorni²⁹.

²⁸ Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza del 28 aprile 2011, causa C-61/11 PPU, El Dridi, ECLI:EU:C:2011:268, punto 39.

²⁹ Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, Relazione al Parlamento 2019, 27 marzo 2019, pp. 135-136; elaborazione su dati del Dipartimento di pubblica sicurezza, Direzione centrale dell'immigrazione e Polizia delle frontiere. La durata media del trattenimento si è ricavata incrociando i dati delle tab. 2.8 e 2.9.



L'obiettivo perseguito appare individuabile, infatti, a metà strada tra una finalità sanzionatoria (Hernández, 2014) e una finalità di deterrenza, rispetto ad una privazione della libertà che non dovrebbe avere alcuno scopo punitivo. Ci si trova davanti a quello che è stato definito un "diritto penale mascherato" privo di gran parte delle garanzie che nel sistema Cedu derivano dagli artt. 5 e 6 della Convenzione a tutela delle persone che rientrano *stricto sensu* nel sistema penale (Di Filippo 2012, 466).

Il dato italiano è sovrapponibile a quello di molti Stati europei. Infatti, sebbene la durata legale massima sia elevata in molti Paesi membri, nella prassi, questo limite viene raggiunto molto raramente, in alcuni casi mai³⁰. Secondo i dati, seppur parziali, riportati dalla Commissione europea nel Report di valutazione della "direttiva rimpatri" la maggior parte dei cittadini di paesi terzi irregolari è trattenuta negli appositi centri per un periodo medio inferiore ai due mesi³¹. Oltre la soglia dei due mesi la probabilità che un rimpatrio vada in porto scende drasticamente.

4. La detenzione dei richiedenti asilo per determinarne o verificarne l'identità o la cittadinanza

La seconda novità introdotta dal decreto sicurezza concerne la materia del trattenimento dei richiedenti asilo. Il primo comma dell'art. 3 del

³⁰ European Commission, *Evaluation on the application of the Return Directive*, cit., p. 45. La tabella «Figure 1: Legal limits on the length of detention presented according of maximum length of detention» fornisce un elenco indicativo della durata massima della detenzione prevista nelle legislazioni degli Stati membri.

³¹ Ivi, p. 47.



Saggi

decreto interviene sulla normativa di attuazione della “direttiva accoglienza”, con l’inserimento del comma 3-*bis* all’art. 6 del d.lgs. n. 142/2015³², introducendo nell’ordinamento interno una nuova forma di trattenimento del richiedente asilo al fine di determinarne o verificarne l’identità o la cittadinanza.

A tale scopo il richiedente può essere trattenuto fino a 30 giorni in «appositi locali» presso le strutture indicate all’art. 10-*ter* del testo unico sull’immigrazione³³.

L’art. 10-*ter*, che si riferisce ai “punti di crisi” e ai centri governativi di prima accoglienza è stato introdotto dal c.d. decreto Minniti-Orlando³⁴ nel 2017, in un tentativo definito «maldestro e insufficiente» (Valentini 2018, 83) se non «soltanto apparente» (Masera 2017, 281) di dotare di una base legale i già operanti *hotspot*³⁵. La norma in questione, infatti, rinvia

³² Decreto legislativo 18 agosto 2015, n. 142, *Attuazione della direttiva 2013/33/UE recante norme relative all’accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, nonché della direttiva 2013/32/UE, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale*, in G.U. Serie generale n. 214 del 15 settembre 2015.

³³ Decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, *Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*, in G.U. n. 191 del 18 agosto 1998, suppl. ordinario n. 139.

³⁴ Decreto-legge del 17 febbraio 2017, n. 13 recante *Disposizioni urgenti per l’accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell’immigrazione illegale*, in G.U. Serie generale n. 40 del 17 febbraio 2017, coordinato con la legge di conversione 13 aprile 2017, n. 46.

³⁵ L’approccio *hotspot* viene lanciato dalla Commissione europea nel 2015 con l’Agenda europea sulla migrazione che prospettava un metodo di lavoro integrato tra Stati membri di frontiera, Ufficio europeo di sostegno per l’asilo, Frontex ed Europol per condurre con rapidità le operazioni di identificazione, registrazione e rilevamento delle impronte digitali degli stranieri e successivamente un supporto agli Stati per la valuta-



Saggi

alla c.d. “legge Puglia”³⁶ che consentiva l’istituzione di centri di prima assistenza lungo la frontiera marittima pugliese come risposta ai flussi migratori provenienti dall’Albania a metà anni Novanta e non descrive la natura degli *hotspot*, né tantomeno ne regola l’organizzazione³⁷.

A tal proposito, si rammenta come l’assenza di una previsione legislativa adeguata abbia già portato alla condanna dell’Italia da parte della Corte europea dei diritti umani, nel caso *Khlaifia e altri c. Italia*³⁸, per violazione dell’art. 5 par. 1 per non avere rispettato la riserva di legge convenzionalmente posta a tutela del diritto alla libertà e alla sicurezza.

Trascorsi i primi trenta giorni di detenzione presso i “punti crisi” o altri centri governativi di prima accoglienza «ove non sia stato possibile verificare o determinare identità o cittadinanza del richiedente protezio-

zione delle domande di asilo e per il rimpatrio dei migranti irregolari. Commissione europea, *Communication from the Commission to the European Parliament, the council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. A European agenda on migration*, 13 maggio 2015, COM(2015) 240 final. Sul tema cfr. Benvenuti (2018); Masera e Savio (2017); Leone (2017); Gornati (2016); Mangiaracina (2016).

³⁶ Decreto-legge 30 ottobre 1995, n. 451, recante *Disposizioni urgenti per l’ulteriore impiego del personale delle Forze armate in attività di controllo della frontiera marittima nella regione Puglia*, in G.U. n. 255 del 31 ottobre 1995, convertito dalla l. 29 dicembre 1995, n. 563, in G.U. n. 303 del 30 dicembre 1995.

³⁷ In proposito Masera (2017, 282): «La decisione di regolamentare con fonti primarie i cd. *hotspot* si risolve in un rinvio a disposizioni che non dicono nulla, e lasciano ancora una volta alla totale discrezionalità dell’autorità di polizia la concreta gestione di fasi procedurali dense di diritti fondamentali, come la prima identificazione e l’informazione sulle procedure di protezione internazionale».

³⁸ C.edu, *Khlaifia and Others v. Italy*, GC, ricorso n. 16483/12, sentenza del 15 dicembre 2016. Tra i commenti si segnalano: Nucera (2017); Candelfino (2017); Giliberto (2016); Cancellaro (2017); Bonetti (2017).



Saggi

ne internazionale» questi potrà essere trasferito presso un centro di permanenza e rimpatrio, per ulteriori centottanta giorni.

Con tale previsione il “decreto sicurezza” scollega il trattenimento dalla condotta del richiedente. Prima di questa novella, nelle operazioni di identificazione dello straniero rintracciato in occasione dell’attraversamento irregolare della frontiera interna o esterna ovvero giunto nel territorio nazionale a seguito di operazioni di salvataggio in mare ovvero rintracciato in posizione di irregolarità sul territorio nazionale, il trattenimento, *ex art. 10-ter*, comma 3, era previsto solo in conseguenza del rifiuto reiterato dello straniero di sottoporsi ai rilievi fotodattiloscopici, condotta che la normativa configura come indicativa di un possibile “rischio di fuga” e che è sintomatica della volontà di ostacolare l’identificazione.

La nuova previsione di trattenimento è potenzialmente suscettibile di riguardare la quasi totalità dei richiedenti protezione internazionale, in considerazione del fatto che, al loro ingresso nel territorio dello Stato, nel momento in cui avanzano la richiesta, sono in gran parte sprovvisti di documenti di identità in corso di validità. Questa è spesso una conseguenza, oltre che del lungo e spesso drammatico viaggio, delle persecuzioni e delle discriminazioni subite dal richiedente nel suo Paese di origine.

Il rischio di un uso generalizzato di tale forma di trattenimento deriva dal potere discrezionale attribuito all’autorità di pubblica sicurezza, che ha la facoltà di adottare provvedimenti detentivi in assenza della definizione normativa di casi eccezionali che giustificano la privazione della libertà. La formulazione dell’art. 3 non è pertanto idonea a disciplinare tassativamente le situazioni in cui tale potere deve essere esercitato, generando incertezza nell’applicazione e un’alta probabilità di conseguenti prassi difformi.



Saggi

Secondo le norme e gli *standard* internazionali in materia di rifugiati e di diritti umani, la detenzione di richiedenti asilo dovrebbe essere evitata e costituire una misura di ultima istanza. L'asilo, infatti, è un diritto riconosciuto già nell'immediato dopoguerra dalla Dichiarazione universale dei diritti umani, che dichiara solennemente il diritto di ogni individuo «di cercare e di godere in altri Paesi asilo dalle persecuzioni»³⁹. Il diritto di asilo è universalmente riconosciuto dalla Convenzione di Ginevra del 1951 e dal Protocollo di New York del 1967, relativi allo *status* dei rifugiati, previsto e ampiamente regolamentato dall'Unione europea e costituzionalmente garantito.

Pertanto, deve essere garantito pienamente il libero accesso alle procedure di accertamento dei presupposti dello *status* di rifugiato e tutte le restrizioni alla libertà imposte alle persone che esercitano questo diritto devono essere previste dalla legge, attentamente circoscritte e soggette a una rapida revisione. La detenzione può essere applicata solo se persegue uno scopo legittimo, deve essere necessaria e proporzionata in relazione al caso individuale⁴⁰.

Nella normativa dell'Unione europea, nell'ambito del *Common European Asylum System* (CEAS), sono previste disposizioni specifiche che regolano il trattenimento dei richiedenti protezione internazionale. La normativa di riferimento differisce dalla regolazione della detenzione del migrante ai fini pre-espulsivi, trattandosi di due regimi giuridici di-

³⁹ Universal Declaration of Human Rights, Parigi, 10 dicembre 1948, art. 14.1.

⁴⁰ UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention*, 2012, par. 2.



Saggi

stinti⁴¹ in considerazione del differente *status* che gli ordinamenti riconoscono alla persona migrante.

Lo strumento che disciplina in modo più dettagliato il trattenimento dei richiedenti protezione internazionale è la direttiva 2013/33/UE, c.d. “direttiva accoglienza”, che, già nel preambolo, enuncia «il principio fondamentale per cui nessuno può essere trattenuto per il solo fatto di chiedere protezione internazionale, in particolare in conformità agli obblighi giuridici internazionali degli Stati membri, e all’articolo 31 della convenzione di Ginevra».

Le misure di privazione della libertà personale dei richiedenti protezione internazionale si configurano quindi come «circostanze eccezionali» definite nella direttiva nel rispetto dei principi di necessità e proporzionalità per quanto riguarda sia le modalità che le finalità di tale trattenimento⁴². Il carattere di eccezionalità del trattenimento emerge anche dal criterio generale fissato dall’art. 7 di tale strumento normativo che consente la libertà di circolazione del richiedente nel territorio dello Stato membro ospitante (Palladino 2018a, 169).

Quanto all’ipotesi di privazione della libertà dei richiedenti asilo introdotta dal decreto sicurezza, questa appare «diligentemente ricopiata» (Loprieno 2019, 34) dall’art. 8, par. 3, lett. *a*) della “direttiva accoglienza”

⁴¹ Corte di giustizia dell’Unione europea, sentenza del 30 novembre 2009, Kadzoev, causa C-357/09 PPU, par. 45; Corte di giustizia dell’Unione europea, sentenza del 30 maggio 2013, Arslan, causa C-534/11.

⁴² Direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante norme relative all’accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, *considerandum* n. 15.



Saggi

che, nell'elenco esaustivo dei casi in cui gli Stati membri possono trattenerne il richiedente, inserisce, come prima previsione, quella in cui occorre «determinarne o verificarne l'identità o la cittadinanza».

Il trattenimento ha comunque carattere eccezionale in quanto può essere disposto solo qualora «non siano applicabili efficacemente misure alternative meno coercitive»⁴³.

Questa ipotesi di privazione della libertà personale va letta congiuntamente con l'art. 9 che indica le garanzie procedurali in capo al richiedente, il quale può essere trattenuto per il «periodo più breve possibile» fintantoché sussistano i motivi di cui all'art. 8, par. 3, con la specificazione che il prolungamento del trattenimento non possa essere giustificato da ritardi nelle procedure amministrative non imputabili al richiedente.

La direttiva accoglienza, tuttavia, non indica la durata massima della detenzione, limitandosi a specificare che tutti gli adempimenti amministrativi inerenti i motivi del trattenimento devono essere svolti con la "debita diligenza". La *due diligence* è intesa come una commisurazione della durata della misura di privazione della libertà ad una serie di fattori relativi alla condotta mantenuta dalle autorità nazionali, in relazione alle circostanze del caso e alla complessità del procedimento⁴⁴.

La mancata fissazione di un termine perentorio oltre il quale non può protrarsi alcuna misura di privazione della libertà rappresenta certamente una importante lacuna di un testo normativo che presenta molti punti critici (Zorzi Giustiniani 2014).

⁴³ Direttiva 2013/33/UE, cit., art. 8 par. 2.

⁴⁴ *Mutatis mutandis* sul concetto della "debita ragionevolezza" relativamente al trattenimento pre-espulsivo degli stranieri Palladino (2018a, 81 ss.).



Saggi

Tuttavia, si ritiene che la durata massima della misura detentiva prevista dal decreto sicurezza di 210 giorni (30+180) – addirittura superiore ai centottanta giorni previsti in fase pre-espulsiva – non possa essere considerata proporzionata all’obiettivo perseguito di «verificare o determinare identità o cittadinanza del richiedente protezione internazionale» e non risulti pertanto conforme alla normativa europea ed internazionale.

Infatti, qualora il richiedente protezione internazionale non abbia con sé documenti validi ad attestarne l’identità – posta l’impossibilità di rivolgersi per l’ottenimento al Paese d’origine del richiedente che inficerebbe le finalità di protezione – tale adempimento non può che essere effettuato attraverso il sistema dei rilievi fotodattiloscopici e il loro inserimento nella banca dati di Eurodac ed in altri *data base* a disposizione delle autorità.

Questo metodo, se le operazioni sono condotte con la “debita diligenza”, consente una verifica molto rapida dell’identità di coloro che sono già presenti nelle banche dati europee. In caso contrario le probabilità di procedere ad una identificazione “certa” si riducono in misura tale che questa non possa più essere considerata una “prospettiva realistica” atta a giustificare la prosecuzione di misure di privazione della libertà.

Il criterio del *realistic prospect* è stato elaborato dalla Corte di Strasburgo, in riferimento al rimpatrio, per valutare la legittimità del trattenimento pre-espulsivo⁴⁵ ed è codificato in ambito UE nella direttiva rimpatri⁴⁶.

La direttiva accoglienza non si riferisce al *realistic prospect* nel corpo del testo, ma nel *considerandum* n. 16 indicando, relativamente alle proce-

⁴⁵ Cfr. C.edu, Mikolenko c. Estonia, ricorso n. 10664/05, sentenza dell’8 ottobre 2009, par. 68; C.edu, Abdi c. Regno Unito, ricorso n. 27770/08, sentenza del 9 aprile 2013, par. 63.

⁴⁶ Direttiva 2008/115/CE, cit., art. 15 par. 4.



Saggi

ture amministrative connesse ai motivi del trattenimento, che «la nozione di “debita diligenza” richiede per lo meno che gli Stati membri adottino misure concrete e significative per assicurare che il tempo necessario per verificare i motivi di trattenimento sia il più breve possibile e che vi sia una prospettiva reale che tale verifica possa essere effettuata con successo il più rapidamente possibile», specificando che «[i]l trattenimento non dovrebbe superare il tempo ragionevolmente necessario per completare le procedure pertinenti». Per quanto i *consideranda* non siano parte del dispositivo vincolante della direttiva, essi ne guidano l'interpretazione, motivo per cui si ritiene che la “prospettiva reale” del perseguimento dell'obiettivo operi come criterio di legittimità del trattenimento.

L'insieme di queste considerazioni fa ritenere che la previsione del trattenimento del richiedente asilo al fine di determinarne o verificarne l'identità o la cittadinanza si ponga in contrasto con il divieto di detenzione arbitraria. Un uso generalizzato di tale strumento sarebbe, infatti, in conflitto con i principi di necessità e di proporzionalità ai quali devono rispondere le misure di privazione della libertà, nonché con il canone dell'uso del trattenimento come misura di ultima istanza⁴⁷.

Tuttavia, nonostante le criticità evidenziate, a questa previsione del decreto sicurezza si deve riconoscere il merito di aver squarciato il velo di ipocrisia istituzionale sui punti di crisi, chiarendo a livello normativo

⁴⁷ C.edu, Chahal c. Regno Unito, ricorso n. 22414/1993, sentenza del 15 novembre 1996, par. 112. Vedi Council of Europe, Steering Committee for Human Rights (CDDH), *Legal and practical aspects of effective alternatives to detention in the context of migration*, 7 December 2017. Sul criterio di proporzionalità nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti Umani vedi Cannizzaro e De Vittor (2013).



come gli *hotspot* siano delle strutture dove le persone vengono private della libertà personale e non dei centri di accoglienza (Masera 2019, 21).

5. Dentro quali mura? Le strutture del trattenimento e i nuovi slanci di edilizia pubblica

La moltiplicazione delle tipologie di trattenimento degli stranieri ha comportato anche una conseguente moltiplicazione delle tipologie di istituzioni totali⁴⁸ (Goffman 2001) adibite a tale scopo.

CPSA, CPR, *hotspot*, con le varie denominazioni che si sono susseguite nel tempo, sono strutture dotate di un potere inglobante che rappresentano l'apice della costituzione di un doppio regime giuridico tra gli "inclusi" e gli "esclusi" (Fraenkel 1983) nel godimento di diritti umani che dovrebbero avere una vocazione "universale": tra essi rientra senz'altro il diritto alla libertà personale. In un sistema di spersonalizzazione del migrante, che lo porta a divenire virtualmente una non-persona⁴⁹, questi

⁴⁸ Per "istituzione totale" si intende un luogo di residenza e di lavoro di gruppi di persone che – tagliate fuori dalla società per un considerevole periodo di tempo – si trovano a dividere una situazione comune, trascorrendo parte della loro vita in un regime chiuso e formalmente amministrato, di cui un esempio tipico, ma non esclusivo sono le prigioni.

⁴⁹ Mi riferisco a Dal Lago (2004) secondo il quale «pensare che la spersonalizzazione di determinate categorie di esseri umani sia impossibile nella nostra società umanistica e razionale è una pericolosa illusione» (2004, 219). Dal Lago, riferendosi alla legislazione interna in materia di immigrazione, sottolinea come le norme relative all'espulsione e al trattenimento introducano un trattamento fortemente diseguale tra cittadini italiani e cittadini stranieri, che comporta per alcune categorie di stranieri l'esclusione dal godimento di taluni diritti civili fondamentali. Questa disuguaglianza è considerata «poten-



Saggi

luoghi rappresentano la nuda realtà della sovranità statale (Agamben 1995).

In una prospettiva di eccezionalità nell'utilizzo di misure di privazione della libertà nell'ambito delle politiche di controllo delle migrazioni, si potrebbe auspicare una diminuzione e razionalizzazione delle strutture atte al trattenimento degli stranieri e un rafforzamento di misure alternative meno invasive della libertà personale.

Tuttavia, il legislatore si muove in direzione opposta, con la previsione all'interno del decreto sicurezza di misure per aumentare, in numero e tipologia, le strutture detentive. Nello specifico, l'art. 2, comma 2, del d.l. 113/2018, allo scopo di procedere tempestivamente alla esecuzione dei lavori di costruzione, completamento, adeguamento e ristrutturazione dei CPT, autorizza il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara per l'assegnazione dei lavori.

Oltre a questo "slancio" in materia di edilizia pubblica operato in deroga al regime ordinario degli appalti, in virtù di una «certa leggerezza» con cui il legislatore avrebbe optato per la procedura negoziata (Loprieno 2019, 12), il decreto sicurezza crea un'ulteriore frammentazione dei luoghi in cui è possibile detenere il migrante nei confronti del quale è disposto l'accompagnamento alla frontiera.

L'art. 4, comma 1, del d.l. n. 113/2018 modifica l'art. 13, comma 5-*bis*, del Testo unico sull'immigrazione prevedendo che, in attesa della definizione del procedimento di convalida dell'espulsione – ove non vi sia di-

zionalmente l'avvio di un processo di riduzione di alcune categorie di esseri umani da persone a non-persone» (2004, 220).



Saggi

sponibilità di posti presso i Centri di permanenza per i rimpatri e il procedimento non si possa definire nel luogo in cui è stato adottato il provvedimento di allontanamento anche prima del trasferimento in un CPR –, «il giudice di pace, su richiesta del questore, con il decreto di fissazione dell'udienza di convalida, può autorizzare la temporanea permanenza dello straniero, sino alla definizione del procedimento di convalida in *strutture diverse e idonee* nella disponibilità dell'Autorità di pubblica sicurezza»⁵⁰.

La novella legislativa prosegue in questa direzione indicando che, ove la carenza di posti nei CPR permanga anche a seguito dell'udienza di convalida, «il giudice può autorizzare la permanenza, in *locali idonei* presso l'ufficio di frontiera interessato, sino all'esecuzione dell'effettivo allontanamento e comunque non oltre le quarantotto ore successive all'udienza di convalida»⁵¹. La norma non contiene alcuna indicazione che consenta di individuare parametri che possano guidare l'interprete nell'individuazione delle caratteristiche che devono avere queste “strutture idonee” nella disponibilità delle autorità di pubblica sicurezza, in una ipotesi, e i “locali idonei” presso gli uffici di frontiera, nell'altra.

L'unico elemento pseudo-descrittivo, aggiunto in sede di conversione del decreto, è rappresentato dall'indicazione che le strutture e i locali citati «garantiscono condizioni di trattenimento che assicurino il rispetto della dignità della persona»⁵². Tale specificazione non fornisce però alcun elemento e appare un'espressione ridondante, non essendo legittimo, in con-

⁵⁰ Decreto-legge n. 113/2018, cit., art. 4, comma 1, corsivo aggiunto.

⁵¹ *Ibidem*, corsivo aggiunto.

⁵² *Ibidem*.



Saggi

formità al diritto internazionale, europeo e nazionale, privare chicchessia della libertà senza garantire condizioni che rispettino la dignità umana.

Ciò che certamente accomuna questi due *non-luoghi* di privazione della libertà è la mancanza di una base giuridica certa, regolata da una fonte normativa primaria in ottemperanza alla riserva di legge in materia contenuta tanto nell'art. 5, par. 1, della Convenzione europea dei diritti umani, quanto nell'art. 13, comma 1, della Costituzione repubblicana⁵³.

Queste previsioni normative appaiono non conformi al, seppur opinabile, diritto dell'Unione europea in materia. Infatti, nonostante il *considerandum* 17 della direttiva rimpatri preveda che il trattenimento ai fini preespulsivi «dovrebbe di norma avvenire presso gli appositi centri di permanenza temporanea» non qualificando quindi i CPR come luogo esclusivo adibito a tale scopo, l'art. 16 della stessa specifica che, qualora non sia possibile effettuare il trattenimento presso un apposito centro di permanenza temporanea, il cittadino di un paese terzo interessato deve essere trattenuto presso un istituto penitenziario, in locali separati dai detenuti ordinari.

⁵³ Sotto il profilo della legittimità costituzionale l'Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione (ASGI) – nel suo documento *Le modifiche alla disciplina del trattenimento amministrativo del cittadino straniero, del richiedente protezione internazionale e del cittadino comunitario dal d.l. 113/2018. Prime osservazioni sugli artt. 2, 3 e 4 del d.l. 113/2018, del 25 ottobre 2018*, disponibile sul sito www.asgi.it p. 12 – ha rilevato la necessità di valutare la misura anche in relazione a quanto previsto dall'art. 110 della Costituzione: «a mente dell'art. 110 Cost. spettano al Ministro della giustizia l'organizzazione e il funzionamento dei servizi relativi alla giustizia. Siccome l'organizzazione anche logistica delle udienze di convalida attiene pacificamente al funzionamento della giustizia, la loro celebrazione non può avvenire in locali che non siano di pertinenza del Ministero della giustizia. Non è un caso che le udienze di convalida degli arresti in flagranza e dei fermi di PG avvengano nelle carceri o nei tribunali e mai nei commissariati di pubblica sicurezza o nelle caserme dei Carabinieri».



Saggi

Benché la previsione della normativa europea appaia censurabile nel prevedere la possibilità di trattenimento ai fini pre-espulsivi in strutture senz'altro inidonee perché destinate a finalità del tutto differenti come gli istituti penitenziari (per quanto in locali separati), di contro la difforme previsione della disciplina interna soffre di una certa indeterminatezza che potrebbe al limite sfociare nell'arbitrarietà nella individuazione dei luoghi detentivi.

Un ulteriore rilievo critico deve essere fatto circa la clausola di invarianza finanziaria contenuta nell'art. 2, comma 3, del decreto sicurezza. Il decreto, infatti, raddoppia la durata massima del trattenimento ai fini pre-espulsivi, portandola a centottanta giorni, senza prevedere un conseguente aumento degli oneri a carico della finanza pubblica.

Tale norma desta preoccupazione circa il potenziale peggioramento delle condizioni di vita materiali presso i Centri di permanenza per il rimpatrio e la possibile trasformazione del trattenimento in un trattamento inumano e degradante, andando ad aggravare ulteriormente le già difficili condizioni di vita delle persone trattenute. Infatti, secondo quanto affermato dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura e dei trattamenti o pene inumani o degradanti (CPT), all'estensione temporale della durata della permanenza di una persona in una struttura detentiva dovrebbe conseguire un aumento delle attività mirate da essa fruibili nel centro⁵⁴ e, ovviamente, l'organizzazione di ulteriori attività in favore dei trattenuti necessita di una dotazione finanziaria.

⁵⁴ CPT, Immigrant detention, factsheet del marzo 2017, CPT/Inf(2017)3, p. 5; CPT, *Report to the Government of Cyprus on the visit to Cyprus carried out by the European Committee*



Saggi

Preoccupazione circa la moltiplicazione dei centri detentivi, dopo l'adozione del decreto-legge n. 113/2018, è stata espressa anche dal *Committee on Enforced Disappearances*, che sottolinea come «the fact that the expansion of the list of temporary stay of migrants has not been made public, prevent the Guarantor for the Rights of Persons Deprived of Liberty (Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale) to visit them»⁵⁵.

Si ricava, quindi, come la poca trasparenza nell'identificazione dei *detention centre* precluda *de facto* al Garante la possibilità di effettuare visite senza restrizioni e senza necessità di autorizzazione a qualunque locale adibito alla detenzione o comunque funzionale alle esigenze restrittive, impedendogli di svolgere le sue funzioni.

6. Sovranità statale vs. universalismo e considerazioni conclusive.

Appare necessario rassegnare qualche breve riflessione per inquadrare le norme contenute nel decreto sicurezza all'interno del discorso politico e giuridico contemporaneo e provare a formulare qualche osservazione finale, certamente non esaustiva.

for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 23 September to 1 October 2013, CPT/Inf (2014) 31, pubblicato il 9 dicembre 2014, par. 45.

⁵⁵ UN Committee on Enforced Disappearances, Concluding observations on the report submitted by Italy under article 29 (1) of the Convention, 18 April 2019, CED/C/ITA/CO/1, par. 28.



Saggi

La prassi di sottoporre migranti e richiedenti protezione internazionale a misure di privazione della libertà con garanzie più blande rispetto a coloro che sono soggetti a misure detentive di natura penale, non è sfortunatamente una peculiarità recente dell'ordinamento italiano. In un numero crescente di Stati, infatti, gli stranieri sono sottoposti a forme di privazione della libertà spesso gestite in modo poco trasparente dalle autorità preposte, da cui deriva un aumento considerevole del rischio di abusi (Guild 2009; Huysmans 2000 e 2006) con la conseguente lesione dei diritti umani delle persone trattenute.

Queste politiche ci portano a formulare delle considerazioni circa la natura del trattenimento degli stranieri, caratterizzato dalla dicotomia tra le prerogative sovrane dello Stato e i diritti fondamentali riconosciuti universalmente alla persona umana, indipendentemente dal suo *status* giuridico.

Da questa visione dicotomica prende le mosse lo studio di Michael Flynn, secondo il quale il cuore del fenomeno della detenzione dei migranti e dei richiedenti asilo è da ricercarsi nella tensione irrisolta tra due *concorrenti*, entrambi ancorati saldamente ed inequivocabilmente al diritto internazionale: la libertà personale e la sovranità statale⁵⁶ (2011, 10).

⁵⁶ Flynn dopo aver individuato questa «unresolved tension» tra la libertà personale e la sovranità statale, si riferisce allo studio di Samers (2010, 206-222) evidenziando come gli Stati «have generally emphasized their sovereign rights over those of non-citizen, leading to what many observers deem the increasing "criminalization" of immigration». Nel discorso contemporaneo, prosegue Flynn (2011, 10), questo processo di criminalizzazione dello straniero è spesso collegato all'ampliamento dell'uso della detenzione come strumento di gestione di immigrazione e asilo.



Saggi

Secondo Galina Cornelisse esiste una questione irrisolta all'interno del concetto stesso di sovranità che soggiace a logiche differenti in riferimento al contenuto e alla forma della stessa. In questa dicotomia interna i modi di esercizio della sovranità sono soggetti a processi di responsabilità solo marginalmente. A ciò consegue che nonostante l'*human movement* sia in larga misura regolato dalle norme sui diritti umani, la prassi mostra che ogni qualvolta una questione viene rappresentata come una minaccia per la sovranità territoriale, il costituzionalismo contemporaneo «*relapses to its "pre-human rights" mode*» (Cornelisse 2010, 322).

Più radicale Wilsher, che ritiene che ogni diritto umano relativo al rispetto della libertà di uno straniero confligga con il sostanzialmente illimitato diritto degli Stati di controllare l'ingresso e l'espulsione dei non-cittadini, conferito loro sia dal diritto interno che dal diritto pubblico internazionale (Wilsher 2004, 898).

Nel dibattito dottrinale, trattando del decreto sicurezza, si inserisce Daniele ponendo in evidenza come lo *ius excludendi* degli Stati nella gestione dei flussi migratori rappresenti in realtà un *sovranismo a doppio taglio* che mette in discussione quello che «dovrebbe essere uno dei capisaldi del sovranismo in ambito giuridico, ossia la previsione di norme nazionali dal contenuto ben definito, in contrapposizione alle fumose prescrizioni troppo spesso rinvenibili nei trattati e nel diritto derivato dell'Unione Europea» (Daniele 2018, 103)⁵⁷.

⁵⁷ Daniele dopo aver sottolineato la contraddizione tra il tentativo del decreto sicurezza di essere espressione del c.d. sovranismo, affermando il "diritto sovrano" dello stato di escludere e l'indeterminazione del contenuto normativo, richiama i rischi della legittimazione dell'uso arbitrario di strumenti detentivi con un passaggio che merita di



Saggi

In questa prassi “sovranista” dilagante si fanno spazio gli atti di *hard law* e di *soft law* internazionali nel tentativo, di ispirazione universalistica, di porre l’individuo in quanto tale e la dignità umana al centro dell’agire giuridico e politico e di ribadire l’importanza di sistema del diritto alla libertà personale e della non criminalizzazione delle migrazioni.

Questa tensione universalista è ben riassunta nella già citata *Revised deliberation No. 5 on deprivation of liberty of migrants* che, esattamente a settant’anni di distanza dalla Dichiarazione universale dei diritti umani, sottolinea come l’ingresso e il soggiorno irregolari in un Paese da parte dei migranti non dovrebbero essere trattati come una *criminal offence* e che la criminalizzazione della migrazione irregolare «will [...] always exceed the legitimate interests of States in protecting their territories and regulating irregular migration flows»⁵⁸.

Pertanto, i migranti non devono essere qualificati o trattati come criminali e le politiche migratorie non possono basarsi, quantomeno esclusivamente, su una vera o presunta necessità di sicurezza nazionale.

essere riportato integralmente: «Qualcuno potrebbe osservare che sono, dopotutto, norme destinate ai migranti; l’essenziale è che ad essere compatibili con il canone della tassatività siano le norme relative ai cittadini, gli unici meritevoli di una piena protezione della libertà. Sarebbe, però, un argomento miope, incapace di scorgere il pericolo che si profila all’orizzonte: l’effetto contagioso che l’assenza di vere e proprie fattispecie di privazione della libertà, anche se limitata ad uno specifico settore dell’ordinamento, potrebbe determinare in altri settori, alimentando le prassi devianti e gli aggiramenti delle garanzie. Il pericolo, insomma, che ciò che vale oggi per i migranti valga, in un futuro non troppo remoto, anche per i cittadini: un *habeas corpus* costruito per principi anziché per regole, soggetto alle capricciose determinazioni della giurisprudenza ed incapace di assicurare la parità di trattamento» (Daniele 2018, 103).

⁵⁸ *Revised deliberation No. 5 on deprivation of liberty of migrants*, cit., par. 10.



Saggi

Nel parere reso dal Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale – anche nella sua funzione di *Mecanismo nazionale di prevenzione* attribuita dal Protocollo opzionale alla Convenzione ONU contro la tortura e altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti⁵⁹ – durante l’iter di conversione in legge del decreto sicurezza, con riguardo all’estensione della durata dei tempi del trattenimento pre-espulsivo, Mauro Palma evidenzia come «l’ampliamento del campo di applicazione della misura con evidenti ricadute sul diritto fondamentale alla libertà dei cittadini stranieri irregolari non sembra quindi trovare un adeguato bilanciamento in effettive esigenze di sistema»⁶⁰. I dati disponibili mostrano, infatti, l’assenza di una correlazione diretta tra l’efficacia del sistema del trattenimento e l’estensione dei termini massimi di permanenza nei Centri⁶¹.

Se la durata del trattenimento non ha conseguenze sulla percentuale trattenuti/espulsi non si può che evidenziare nuovamente come il raddoppiamento dei termini massimi di detenzione non possa che avere finalità di tipo sanzionatorio e deterrente, entrambe non rispondenti al

⁵⁹ Optional Protocol to the Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, ratificato dall’Italia con legge 9 novembre 2012 n. 195, all’ art. 19, lett. c), prevede, tra i poteri minimi che gli Stati parte devono attribuire al meccanismo di prevenzione nazionale, la possibilità «to submit proposals and observations concerning existing or draft legislation».

⁶⁰ Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, *Parere del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale sul decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113*, 15 ottobre 2018, p. 7.

⁶¹ Ivi, pp. 6-7.



Saggi

perseguimento di alcuno scopo legittimo che possa giustificare misure di privazione della libertà.

Le misure contenute nel decreto sicurezza, tuttavia, non appaiono utili neanche al raggiungimento di questi malcelati obiettivi in considerazione dell'assenza di qualsiasi prova empirica che la prospettiva di essere detenuti «deters irregular migration, or discourages persons from seeking asylum»⁶².

Proprio nell'ottica di scoraggiare le richieste di asilo si iscrive l'ipotesi di detenzione dei richiedenti protezione internazionale al fine di determinarne o verificarne l'identità o la cittadinanza. Questa ipotesi di trattenimento è tutt'altro che marginale e tramuta l'eccezione in regola, in dispregio della normativa internazionale e della direttiva accoglienza che vieta il ricorso alla detenzione come automatica conseguenza della richiesta di asilo.

Molte delle criticità del decreto sicurezza sono tuttavia generate dalle precedentemente accennate problematiche, presenti già nella normativa europea in materia di trattenimento dei migranti irregolari e dei richiedenti asilo, che certo non rappresenta un esempio di garanzia dei diritti individuali delle persone migranti.

Un chiaro esempio dei limiti normativi dell'Unione è ravvisabile nella grande ipocrisia di fondo relativa alla detenzione dei richiedenti asilo nella direttiva accoglienza. In tale strumento il trattenimento viene, infatti, definito come il «confinamento del richiedente, da parte di uno Sta-

⁶² *Back to Basics: The Right to Liberty and Security of Person and 'Alternatives to Detention' of Refugees, Asylum-Seekers, Stateless Persons and Other Migrants*, UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), 2011, PPLA/2011/01.Rev.1, p. 1.



Saggi

to membro, in un luogo determinato che lo priva della *libertà di circolazione*⁶³. Se la natura della restrizione della libertà e della privazione della libertà è analoga, la differenza è nel grado di intensità⁶⁴.

Da una prospettiva internazionalistica la detenzione si deve qualificare attraverso una valutazione in concreto⁶⁵ senza che la definizione *de jure* fornita dal diritto interno, o nel nostro caso dal diritto europeo, sia determinante per stabilire se un individuo sia o meno privato della libertà⁶⁶.

Per tale ragione, in considerazione delle disposizioni della direttiva, e in particolar modo degli artt. 8-10 che regolano il trattenimento, letti coordinatamente con l'art. 28 della direttiva 2013/32/UE⁶⁷ il quale prevede una «sorta di meccanismo “sanzionatorio”» (Palladino 2018, B, 187) che si attiva qualora il richiedente abbandoni il luogo dove è disposto il

⁶³ Direttiva 2013/33/UE, cit., art. 2, corsivo aggiunto.

⁶⁴ C.edu, Guzzardi c. Italia, ricorso n. 7367/76, sentenza del 6 novembre 1980, Series A n. 39, par. 93.

⁶⁵ C.edu, Amuur v. France, ricorso n. 19776/92, sentenza del 25 giugno 1996, par. 42; C.edu, Nolan e K. v. Russia, application n. 2512/04, sentenza del 12 febbraio 2009, par. 93-96; C.edu, Abdolkhani e Karimnia v. Turkey, ricorso n. 30471/08, sentenza del 22 settembre 2009, par. 125-127; C.edu, Ashingdane v. United Kingdom, ricorso n. 8225/78, sentenza del 28 marzo 1985, par. 42.

⁶⁶ Per un maggiore approfondimento circa l'inquadramento del trattenimento degli stranieri come restrizione della libertà di circolazione o privazione della libertà personale mi permetto di rinviare a un mio precedente scritto su questa rivista (Colavecchio 2015).

⁶⁷ Direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante *Procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale*.



Saggi

trattenimento, non vi è dubbio che le misure adottate per trattenere i richiedenti asilo rappresentino una forma di privazione della libertà.

In conclusione, la sensazione che si ricava dalle modifiche che il decreto sicurezza introduce in materia di trattenimento è quella di una privazione della libertà utilizzata impropriamente come strumento di isolamento dei migranti per esigenze di mera difesa sociale (Campesi e Fabini 2017).

Il diritto dell'immigrazione appare, infatti, caratterizzato da «un alto grado di sperimentalismo istituzionale» (Benvenuti 2018) e in materia di trattenimento si intrecciano una pluralità di istituti diversi che rischiano di fare perdere di vista che il diritto alla libertà personale garantito ad ogni individuo è (o dovrebbe essere) sempre lo stesso.

Per tale ragione, in un momento in cui le politiche di criminalizzazione delle migrazioni sembrano allargarsi senza alcun argine⁶⁸, non si può che auspicare una risposta europea alle sfide poste dalla gestione dei flussi migratori, che smetta di utilizzare come inutile deterrente il trattenimento (Hastie e Crepeau, 2014) e punti sulla creazione e sul consolidamento di canali di ingresso legali nel territorio dell'Unione, sull'effettività del principio di solidarietà (Messina 2017; Morgese 2018), nonché su una cooperazione con i Paesi terzi che non sacrifichi il rispetto dei diritti umani.

⁶⁸ Vedi da ultimo il c.d. “decreto sicurezza bis”, decreto-legge 14 giugno 2019, n. 53 recante disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica, in *Gazzetta Ufficiale* n. 138 del 14 giugno 2019, convertito con modificazioni dalla legge 8 agosto 2019, n. 77, in *Gazzetta Ufficiale* n. 186 del 9 agosto 2019.



Bibliografia

Agamben, G. (1995), *Homo Sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino: Einaudi.

Algotino, A. (2018), *Il decreto “sicurezza e immigrazione” (decreto legge n. 113 del 2018): estinzione del diritto di asilo, repressione del dissenso e disuguaglianza*, in *Costituzionalismo.it*, 2, pp. 167-199.

Allain, J. (2001), *The jus cogens nature of non-refoulement*, in *Int. Jour. of Ref. Law*, 4, p. 533 ss.

Benvenuti, M. (2018), *Gli hotspot come chimera. Una prima fenomenologia dei punti di crisi alla luce del diritto costituzionale*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2.

Bonetti, P. (2017), *Khlaifia contro Italia, l'illegittimità di norme e prassi italiane sui respingimenti e trattenimenti degli stranieri*, in *Quaderni costituzionali*, 1, pp. 176-180.

Buzzi, A., F. Conte (2019), *Ma cosa prevede davvero il “decreto Salvini” sull'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo?*, in *Lacostituzione.info*, 6 gennaio.

Caggiano, G. (2019) *Le recenti modifiche della legge “Salvini” su immigrazione e asilo nella prospettiva del diritto dell'Unione europea e della CEDU*, in *I Post di Aisdue*, 1, pp. 19-30.

Campesi, G., G. Fabini (2017), *La detenzione della “pericolosità migrante”*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, pp. 515-531.

Cancellaro, F. (2017), *Migranti, Italia condannata dalla CEDU per trattenimenti illegittimi. Commento a CEDU, Grande Camera, sent. 15 dicembre 2016, Khlaifia e altri c. Italia*, in *Questione giustizia*, 11 gennaio.



Saggi

Candelmo, C. (2017), *La Grande Camera esclude la responsabilità dell'Italia per espulsione collettiva di stranieri nel caso khlaifia*, in *OIDU*, www.rivistaoidu.it, 4, pp. 105-112;

Cannizzaro, E., F. De Vittor (2013) *Proportionality in the European Convention on Human Rights*, in Kolb, R. e Gaggioli, G. (cur.), *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law*, Cheltenham-Northampton: Elgar, pp. 125-145.

Cannizzaro, E. (2000), *Il principio di proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano: Giuffré.

Chetail, V. (2001), *Le principe de non-refoulement et le statut de réfugié en droit international*, in V. Chetail, J.P. Flauss (cur.) *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés - 50 ans après: bilan et perspectives*, Bruxelles: Bruylant.

Colavecchio, G. (2015), *Detenzione in assenza di reato: il trattenimento amministrativo degli stranieri*, in *Democrazia e sicurezza*, 4, pp. 161-203.

Conforti, B. (2018), *Diritto internazionale*, XI ed., Napoli: Editoriale Scientifica.

Cornelisse, G. (2010), *Immigration Detention and Human Rights. Rethinking Territorial Sovereignty*, Leiden-Boston: Brill.

Dal Lago, A. (2004), *Non-persone. L'esecuzione dei migranti in una società globale* (2012), Milano: Feltrinelli.

Daniele, M. (2018), *La detenzione come deterrente dell'immigrazione nel decreto sicurezza 2018*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it, 11, pp. 95-103.

Di Filippo, M. (2012), *L'allontanamento dello straniero nella normativa dell'Unione europea*, in A. M. Calamia, M. Di Filippo, M. Gestri (cur.), *Im-*



Saggi

migrazione, Diritto e Diritti: profili internazionalistici ed europei, Padova: Cedam, pp. 409-428.

Di Maio, C. (2018a), *L'inaspettata (e imprudente) prevalenza dei sentimenti sulle idee: brevi considerazioni a margine della legge 1° dicembre 2018*, n. 132, in *Democrazia e sicurezza*, 2, pp. 19-45.

Di Maio C. (2018b), *La Repubblica inquieta. Se la sicurezza prevale sulla cittadinanza*, in *Lacostituzione.info*.

Flynn, M. (2011) *Immigration Detention and Proportionality*, in *Global Detention Project*, Programme for the Study of Global Migration Graduate Institute of International and Development Studies, Working Paper n. 4.

Fraenkel, E. (1983), *Il doppio stato. Contributo a una teoria della dittatura*, Torino: Einaudi.

Giliberto, A. (2016), *La pronuncia della Grande Camera della Corte Edu sui trattenimenti (e i conseguenti respingimenti) di Lampedusa del 2011*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it.

Goffman, E. (2001), *Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza* (1961), Torino: Einaudi.

Goodwin-Gill, G. (1986) *Non-refoulement and the New Asylum Seekers*, in *Virg. Jour. Int. Law*, p. 897 ss.

Gornati, B. (2016), *Le nuove forme di trattenimento dello straniero irregolare in Italia: dall'evoluzione dei CIE all'introduzione dei c.d. hotspot*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2, p. 471 ss.

Grange, M., I. Majcher (2017), *When is Immigration Detention Lawful? The Monitoring Practices of UN Human Rights Mechanism*, in *Global Detention Project*, <https://www.globaldetentionproject.org/when-is->



[immigration-detention-lawful-monitoring-practices-of-un-human-rights-mechanisms.](#)

Guild, E. (2009), *Security and Migration in the 21st Century*, Cambridge: Wiley.

Hastie B. e Crepeau F. (2014), *Criminalising irregular migration: the failure of the deterrence model and the need for a human rights-based framework*, in *J.I.A.N.L.*, 28(3), pp. 213-236.

Huysmans, J. (2006), *The Politics of Insecurity. Fear, migration and asylum in EU*, London: Routledge.

Hernández, C.C.G. (2014), *Immigration Detention as Punishment*, in *Ucla Law Review*, 61, pp. 1346-1414.

Huysmans, J. (2000), *The European Union and the Securitization of Migration*, in *Journal of Common Market Studies*, 38(5), pp. 751-777.

Lauterpacht, Sir E., D. Bethlehem (2003), *The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion*, in E. Feller, V. Turk, F. Nicholson (eds.), *Refugee Protection in International Law, UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 87-177.

Leone, C. (2017), *La disciplina degli hotspot nel nuovo articolo 10-ter del D.lgs. 286/98: un'occasione mancata*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2.

Loprieno, D. (2019), *Il trattenimento dello straniero alla luce della L. n. 132 del 2018*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 1.

Majcher, I. (2013a), *"Crimmigration" in the European Union through the Lens of Immigration Detention*, Global Detention Project, Programme for the Study of Global Migration Graduate Institute of International and Development Studies, Working Paper no. 6, Geneve.



Saggi

Majcher, I. (2013b), *The European Union Returns Directive: Does it Prevent Arbitrary Detention?*, in *Oxford Monitor of Forced Migration*, 3(2).

Mangiaracina, A. (2016), *Hotspot e diritti: un binomio possibile?*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it, 9 dicembre.

Masera, L. (2014), *Ridotto da 18 a 3 mesi il periodo massimo di trattenimento in un CIE: la libertà dei migranti irregolari non è più una bagattella?*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it, 10 novembre.

Masera, L. (2017), *I centri di detenzione amministrativa cambiano nome ed aumentano di numero, e gli hotspot rimangono privi di base legale: le sconcertanti novità del decreto Minniti*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it, 3.

Masera, L. (2019), *La Crimmigration nel decreto Salvini*, in *La legislazione penale*, 24 luglio.

Masera, L., G. Savio (2017), *La prima accoglienza*, in M. Savino (cur.), *La crisi migratoria tra Italia e Unione Europea: diagnosi e prospettive*, Napoli: Editoriale Scientifica, p. 35 ss.

Messina, M. (2017), *Il principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri nella politica d'immigrazione UE: la continua ricerca di una sua declinazione concreta*, in M. Messina (cur.), *I valori fondanti dell'UE a 60 anni dai trattati di Roma*, Napoli: Editoriale Scientifica, pp. 127-152.

Morelli, A. (2019), *La "ribellione" dei sindaci contro il "decreto sicurezza": la tortuosa via per la Corte costituzionale*, in *Consulta OnLine*, 1.

Morgese, G. (2018), *La solidarietà tra gli Stati membri dell'Unione europea in materia di immigrazione e asilo*, Bari: Cacucci.



Saggi

Moschella, G. (2019), *La legislazione sull'immigrazione e le prospettive della tutela dei diritti fondamentali: l'ordinamento europeo e l'esperienza italiana*, in *OIDU*, 3, pp. 473-490.

Palladino, R. (2018a), *La detenzione dei migranti: regime europeo, competenze statali e diritti umani*, Napoli: Editoriale Scientifica.

Palladino, R. (2018b), *Il trattenimento dei migranti all'epoca dell'emergenza: misura eccezionale o (quasi) regola?*, in G. Nesi (cur.), *Migrazioni e Diritto internazionale: verso il superamento dell'emergenza?* Napoli: Editoriale Scientifica, pp. 181-201.

Ruotolo, M. (2013), *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti*, in *Democrazia e sicurezza*, 2.

Salerno, F. (2010), *L'obbligo internazionale di non refoulement dei richiedenti asilo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 4, p. 487 ss.

Samers, M. (2010), *Migration*, New York: Routledge.

Scuto, F. (2012), *I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell'immigrazione irregolare*, Milano: Giuffrè.

Stumpf, J. (2006), *The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power*, in *Am. Univ. Law Rev.*, 56, pp. 367-419.

Stumpf, J. (2011), *Doing Time: Crimmigration Law and the Perils of Haste*, in *UCLA Law Review*, 58, pp. 1705-1748.

Valentini, E. (2018), *Detenzione amministrativa dello straniero e diritti fondamentali*, Torino: Giappichelli.

Welch, M. (2007), *Deadly Consequences: Crime-Control Discourse and Unwelcome Migrants*, in *Criminology and Public Policy*, 6, pp. 275-282.

Wilsher, D. (2004), *The Administrative Detention of Non-Nationals Pursuant to Immigration Control: International and Constitutional Law Perspectives*, in *Int. Comp. Law Quart.*, 53(4), pp. 897-934.



Saggi

Wilsher, D. (2012), *Immigration Detention: Law, History, Politics*, Cambridge: Cambridge University Press.

Zorzi Giustiniani, F. (2014), *La detenzione dei richiedenti asilo nell'Unione europea. Rilievi critici a margine della rifusione della direttiva accoglienza*, in G. Caggiano (cur.), *I percorsi giuridici per l'integrazione*, Torino: Giappichelli, pp. 407-421.



Abstract

Crimmigration practices. Migrant detention in Italy after the entry into force of the “Decreto Sicurezza” in the light of International and EU Law

The Decree Law no. 113 of 2018, known as “Decreto Sicurezza”, transforms in-depth the domestic regulation on immigration, asylum and border management, as well as providing rules on urban security and the mayor’s powers. This essay focuses on the main amendments concerning the asylum seekers’ detention and pre-removal detention. Moreover, it refers to the provision of measures aimed at increasing the number and types of detention facilities. The author’s approach is aimed at framing such changes in International Law and European Union Law framework. As a result of this analysis, the A. identifies a substantial continuity of the Italian migration policies characterized by a securitization perspective and she raises many doubts about the lawfulness of the widespread use of detention in this field. Indeed, deprivation of liberty measures are applied with deterrent and punitive purposes, instead of representing last resort measures.

Keywords: Immigrant Detention; Crimmigration; Human Rights Law; Arbitrary Detention; Detention Centers.



Osservatori



Le misure anti-tratta nell'ordinamento italiano: profili penalistici e tutela delle vittime *

di Gianluca Ferrari **

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'influenza internazionale nell'evoluzione normativa dei delitti di schiavitù e tratta. – 3. Il sistema di protezione giuridica. Virtù e carenze di un cammino ancora lungo.

1. Introduzione

In Italia il fenomeno della tratta di esseri umani conta ogni anno un numero di mille persone identificate e assistite come vittime. Per avere la cifra esatta dell'impatto devastante di questa nuova forma di schiavitù, adattata alle economie di libero mercato, bisogna allargare lo sguardo al resto del mondo: lì i numeri salgono a 1.000.000 di persone censite per anno.

* Il contributo ha partecipato al Premio Europeo per giovani studiosi in materie giuridiche, politiche e sociali, edizione 2018-2019, istituito dal Laboratorio Multimediale di Comparazione Giuridica (Università degli Studi Roma Tre, Dipartimento di Scienze politiche) e dalla rivista *Democrazia e sicurezza*, in collaborazione con il Centro di Documentazione europea DiSciPol Roma Tre. Sottoposto alla valutazione anonima della Commissione, il contributo è stato giudicato idoneo alla pubblicazione.

** Dottore in giurisprudenza, Università degli Studi di Palermo; praticante avvocato.



È bene, preliminarmente, tenere distinta la fattispecie della tratta vera e propria (*trafficking*) – in cui le vittime vengono reclutate direttamente dai trafficanti, mediante l'esercizio della violenza o dell'inganno, e una volta private dei loro documenti di identità sono ridotte in uno stato di schiavitù, oggetto di compravendita e sfruttate principalmente nei mercati della prostituzione, dell'accattonaggio, del lavoro nero e del traffico di organi umani – dal traffico di esseri umani (*smuggling*), inteso come favoreggiamento dell'immigrazione clandestina che inizia con l'acquisto volontario del trasporto e dei documenti per il viaggio e si conclude con l'arrivo a destinazione dei migranti¹. Tale distinzione, certamente valida nella teoria, si ritrova spesso ad amalgamarsi fino a scomparire del tutto.

Il legislatore della riforma con legge n. 228/2003 era ben consapevole della stretta interdipendenza esistente tra organizzazioni criminali transazionali e delitti di schiavitù e tratta, la cui commissione è resa possibile grazie al controllo capillare esercitato da queste organizzazioni sui flussi migratori illegali. La crisi della protezione dei rifugiati crea nuove opportunità per i trafficanti di uomini e per gli sfruttatori: proprio l'Italia continua ad aggiudicarsi come primo porto di destinazione per le persone trafficate, oltre che Paese di transito per tutte le altre nazioni europee (GRETA 2019, 8).

A causa della sua situazione geografica, l'Italia è, infatti, interessata da un flusso senza precedenti di richiedenti asilo e migranti, circa 154.000 dei quali arrivati via mare nel 2015, attraverso la cosiddetta rotta del Mediterraneo centrale (181.463 nel 2016, 119.369 nel 2017 e 21.024 nei primi nove mesi del 2018).

¹ Cfr. il sito http://www.stoptratta.org/campaign/traffico_esseri_umani.



Nelle aree interessate da conflitti, le popolazioni sfollate finiscono di frequente nelle mire dei trafficanti di uomini: dagli insediamenti di rifugiati siriani e iracheni, agli afgani e ai rohingya in fuga da conflitti e persecuzioni, le persone che sfuggono al conflitto possono essere ingannate più facilmente e spinte ad accettare offerte di lavoro fraudolente nei paesi limitrofi o proposte di matrimoni forzati. Nel medesimo pericolo incorrono i migranti e rifugiati che viaggiano attraverso le rotte della Libia o dell'Africa sub-sahariana (UNODC 2018, 13). In Libia, per esempio, le milizie controllano alcuni centri di detenzione per migranti e rifugiati che utilizzano a scopo di sfruttamento (UNODC 2018, 13).

L'assenza di un sistema di identificazione uniforme rende necessario attingere unicamente alle statistiche raccolte dal Dipartimento per le Pari Opportunità. Secondo queste statistiche, il numero di vittime che hanno beneficiato dei programmi di assistenza, protezione e integrazione sociale sono state 1.172 (nel 2016), la maggior parte donne (954 o 81,4%); c'erano anche 206 vittime maschili e 12 *transgender*. Gli adulti costituivano il 90,5% delle persone assistite, i bambini il 9,5%. Secondo l'ultimo rapporto del Gruppo di esperti del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani (GRETA 2019, 8), nel biennio 2017-2018 le vittime risultavano principalmente di origine nigeriana (per il 59,4%), rumena (7%), marocchina (5,3%) e albanese (3,6%).

La transnazionalità di tali crimini² è data dalla forti relazioni tra gruppi criminali di diverse etnie e nazionalità, i quali operano in siner-

² Sul punto si è espresso diversamente l'Ufficio delle Nazioni Unite per il controllo della droga e la prevenzione del crimine (UNODC 2018, 13), secondo il quale la tratta di



gia per l'ottenimento di un reciproco vantaggio: ad esempio, consentendo lo sbarco dei clandestini sulle coste meridionali italiane e ricevendo in cambio droga, armi, tabacchi o in alternativa, denaro (Spiezia 2008, 8).

Il Gruppo di Esperti in materia di lotta contro la tratta di esseri umani (GRETA), istituito a norma dell'articolo 36 della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani (2008) e composto da 15 esperti selezionati sulla base della loro esperienza professionale, pubblica ogni anno un rapporto sullo stato dell'arte delle misure adottate da ciascuno Stato membro in attuazione della Convenzione del 2008.

Nella sua prima relazione, GRETA esortava le autorità italiane a compiere maggiori sforzi per individuare e prevenire il fenomeno della tratta di esseri umani attraverso misure di controllo dei confini e apposite procedure adatte a individuare, nella massa di rifugiati e richiedenti asilo, le eventuali persone trafficate o vittime di un reato connesso alla tratta, consentendo di indirizzarle verso strutture competenti a fornire la assistenza più adeguata. È accertato, infatti, come nella maggior parte dei casi, queste persone appaiano riluttanti a identificarsi come vittime di tratta, avendo sempre viva la paura di ritorsioni sulla propria persona e su quella dei familiari rimasti in patria.

Il 29 gennaio 2019 è stata pubblicata la seconda relazione, i cui contenuti saranno oggetto di analisi in questo lavoro di ricerca.

esseri umani non ha sempre carattere di reato transnazionale, radicandosi «sullo sfruttamento della vittima, più che sul suo effettivo movimento».



2. L'influenza internazionale nell'evoluzione normativa dei delitti di schiavitù e tratta

La moderna disciplina della tratta di esseri umani approda nel nostro ordinamento in seguito all'attuazione della normativa europea e internazionale.

Sebbene la Carta costituzionale³, e ancor prima il *corpus* codicistico, contenessero già *in nuce* il frutto di un'elaborazione dottrinale attorno al bene giuridico dello *status libertatis*, l'attuale riformulazione dei delitti di schiavitù risente dell'evoluzione del modello criminologico e costituisce l'adempimento degli obblighi politici assunti dal nostro Paese in sede internazionale e comunitaria (Resta 2008, 38). Si fa riferimento, in particolare, alla Convenzione delle Nazioni unite contro la criminalità organizzata transnazionale (*United Nations Convention against Transnational Organized Crime*), redatta il 15 novembre 2000 dall'Assemblea generale dell'ONU, e alla Decisione quadro 2002/629/GAI sulla lotta alla tratta di esseri umani, adottata dal Consiglio dell'Unione europea il 19 luglio 2002. Entrambe forniscono gli strumenti per delineare la riduzione in schiavitù della vittima quale finalità che qualifica le condotte di tratta di persone (Resta 2008, 38).

³ L'art. 2 Cost. garantisce i diritti inviolabili dell'uomo ed è norma di tutela non solo per il cittadino, ma anche per lo straniero. Il carattere universale della libertà personale, come espresso dalla Carta costituzionale, tutela i singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani (Corte cost., sent. 22 marzo - 10 aprile 2001, n. 105, in *Foro it.*, 2001, I, c. 2701 ss.). V. pure l'art. 3, comma 2 Cost.: «È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana».



In questo quadro normativo si è inserito l'intervento legislativo n. 228 dell'11 agosto 2003, recante *Misure contro la tratta di persone*. Il legislatore del 2003 ha riscritto gli artt. 600, 601 e 602 del codice penale concernenti rispettivamente i reati di riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù, tratta di persone e acquisto e alienazione di schiavi, canonizzandoli (Caruso 2005, 5) alle indicazioni contenute nella Decisione Quadro del Consiglio Europeo, 19 luglio 2002 (2002/629/GAI) e ai testi internazionali. Il riferimento è all'art. 1 della Convenzione di Ginevra del 25 settembre 1926, che contempla la definizione di schiavitù quale «stato o condizione di un individuo sul quale si esercitano gli attributi del diritto di proprietà», nonché all'art. 1 della Convenzione supplementare di Ginevra del 17 novembre 1956, il quale contiene la definizione di «condizione analoga alla schiavitù». Su questa stessa linea si veda anche l'art. 4 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, firmata a Roma il 4 novembre 1950 e ratificata con legge 4 agosto 1955, n. 848, e infine la legge 13 luglio 1966, n. 653 di ratifica dei Protocolli addizionali n. 1 e n. 2.

Vediamo nel dettaglio le modifiche apportate dalla riforma alle fattispecie penali in esame. L'art. 600 c.p. precedente la riforma prevedeva una pena da 5 a 15 anni di reclusione per chiunque avesse ridotto una persona in schiavitù. La fattispecie modificata dalla legge n. 228/2003 ne aumentava invece la cornice edittale da 8 a 20 anni di reclusione. Il legislatore del 2003 ha descritto la condotta materiale del reato di «Riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù», ex art. 600 c.p., configurandolo come un delitto a condotta plurima⁴, integrato alternativamente al com-

⁴ Cass., sez. III pen., 20 dicembre 2004, n. 3368, in *Guida al Diritto*, 2005, 9, p. 93.



portamento di chi esercita su una persona poteri corrispondenti a quelli di un proprietario o di chi riduce o mantiene una persona in stato di soggezione continuativa costringendola a prestazioni lavorative o sessuali, all'accattonaggio o comunque a prestazioni che ne comportino lo sfruttamento⁵.

Con l'impiego, accanto a quello di schiavitù, del diverso concetto di servitù, il legislatore ha operato in ossequio al più stringente criterio di tassatività, precisando come la riduzione o il mantenimento nello stato di soggezione si configurino in presenza di una condotta particolarmente connotata e attuata per mezzo di violenza, minaccia, inganno, abuso di autorità o approfittamento di una situazione di inferiorità fisica o psichica o di una situazione di necessità e, infine, mediante la promessa o la dazione di somme di denaro o di altri vantaggi a chi ha autorità sulla persona⁶. Quest'ultima fattispecie configura un reato di evento a forma vincolata. Ne deriva che, perché sussista la costrizione a svolgere siffatte prestazioni – in presenza dello stato di necessità che è un presupposto della condotta dell'agente e che deve essere inteso come situazione di debolezza o mancanza materiale o morale atta a condizionare la volontà della persona – è sufficiente l'approfittamento di tale situazione da parte dell'autore⁷.

⁵ Cfr. la scheda della Camera *La tratta di esseri umani: quadro normativo* (Studi Camera - Giustizia), all'indirizzo https://temi.camera.it/leg18/post/pl18_la_tratta_di_esseri_umani_quadro_normativo_e_statistiche.html.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Cass., sez. V pen., 1° febbraio 2006, n. 4012.



La definizione di schiavitù di nuova formulazione appariva dunque fortemente ancorata all'istituto civilistico della proprietà – basti vedere l'allusione ai poteri corrispondenti a quelli del diritto di proprietà – attraverso il quale, di fatto, si ratificava un orientamento giurisprudenziale e dottrinale conforme all'art. 1 della Convenzione di Ginevra (Caruso 2005, 6) sull'abolizione della schiavitù del 25 settembre 1926, ratificata e resa esecutiva in Italia con il r.d. 26 aprile 1928, n. 1723: «la schiavitù è lo stato o la condizione di un individuo sul quale si esercitano gli attributi del diritto di proprietà o alcuni di essi». Ai fini della configurabilità dell'elemento soggettivo era, infatti, richiesta la coscienza e volontà di ridurre la vittima a una *res*, oggetto di diritti patrimoniali, e la consapevole volontà di trarre profitto dalla sua persona, considerata come cosa atta a rendere utilità o servizi, a essere prestata, ceduta o venduta⁸. Irrelevante l'eventuale consenso rilasciato da parte della vittima, essendo lo *status libertatis* indisponibile.

La medesima indeterminatezza e lacunosità che avevano imposto, per l'art. 600 c.p., un intervento riformista che allineasse la legislazione previgente agli obiettivi imposti dall'Unione Europea sussisteva anche nella formulazione originaria dell'art. 601 c.p., rubricato «Tratta e commercio di schiavi».

Il legislatore del 1930 aveva ampliato la previsione normativa in materia di delitti di schiavitù – fino a quel momento racchiusa nell'unica fattispecie di “plagio” (art. 145 “codice Zanardelli”) – separando gli artt.

⁸ Cass., sez. III pen., 22 settembre 2005, n. 33757.



600, 601 e 602 c.p., con i quali si perseguivano esclusivamente le condotte volte a violare lo *status* giuridico della vittima, dal delitto di plagio vero e proprio (art. 603 c.p.)⁹ attraverso il quale si sanzionavano le situazioni di schiavitù di fatto, realizzate ponendo un individuo in stato di «completa padronanza e dominio, annientandone la libertà nel suo contenuto integrale e impadronendosi completamente della sua personalità» (Rocco 1929, 412). Si operava, così, una scissione nelle incriminazioni tra situazioni di schiavitù di diritto e situazioni di schiavitù di fatto (Rocco 1929, 410) che, tuttavia, non aveva mancato di suscitare la perplessità della dottrina per l'irrealizzabilità della fattispecie nel territorio italiano¹⁰, ma, al contempo, si conformava l'ordinamento interno alle direttive della Convenzione di Ginevra del 1926.

Settant'anni dopo, l'evoluzione dottrinarie e i sempre più pressanti richiami internazionali contenuti nella Convenzione ONU di Palermo contro la criminalità organizzata¹¹ e l'emanazione della Decisione qua-

⁹ Corte cost., sent. n. 96/1981 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma che configurava il delitto di plagio, rilevando un contrasto tra l'art. 603 c.p. e l'art. 25 Cost. Dopo tale declaratoria di illegittimità costituzionale, l'applicazione dell'art. 600 c.p. sarebbe giunta a comprendere anche le situazioni di schiavitù di fatto per le quali non poteva più operare il presidio sanzionatorio dell'art. 603 c.p. V. Caruso (2005, 67).

¹⁰ In Italia lo *status servitutis* non era giuridicamente riconosciuto e di conseguenza l'art 600 c.p. rimase lettera morta. Cfr. Amati (1998, 42).

¹¹ La Convenzione è integrata da tre Protocolli addizionali concernenti la tratta di persone, in particolare di donne e bambini, il traffico di migranti e il traffico e la fabbricazione di armi da fuoco. La Convenzione e i Protocolli sono stati adottati da un Comitato *ad hoc* per l'elaborazione il 28 ottobre 2000. Successivamente sono stati approvati dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite a New York e aperti alla firma degli Stati nella Conferenza Internazionale tenutasi a Palermo tra il 12 e il 15 dicembre 2000. Il testo



dro 2002/629/GAI rendevano, però, quella stessa disciplina incapace di rispondere con sufficiente efficacia all'emergenza transnazionale rappresentata dalla tratta di esseri umani.

L'articolo 601 c.p. puniva con la reclusione da 5 a 20 anni chiunque commettesse tratta o facesse commercio di schiavi o di persone in condizioni analoghe alla schiavitù. Il primo comma prevedeva una doppia realizzazione della condotta quale la tratta e il fare commercio di schiavi o persone in condizioni analoghe alla schiavitù, a cui se ne aggiunse un secondo a seguito dell'entrata in vigore della l. n. 269 del 3 agosto 1998 recante *Norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno ai minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù*¹².

Il nuovo comma prevedeva la reclusione da due a venti anni per gli autori di tratta e commercio di minori di anni diciotto, al fine di indurli alla prostituzione. Tuttavia, la specifica finalità della norma, incentrata sulla prostituzione, ha dato luogo a numerose perplessità, a causa della mancanza di un esplicito riferimento al concetto di pornografia, che pure costituisce parte significativa della legge *de qua* (Santoro 1998, citato in Graziano 2003, 150).

I primi effetti dell'intervento riformatore del 2003 furono di tipo terminologico: il concetto di tratta e commercio di schiavi, utilizzato fino a

della Convenzione è entrato in vigore il 29 settembre 2003, il Protocollo sulla tratta di persone il 25 dicembre 2003, firmato da 117 Paesi e ratificato da 45. L'Italia ha ratificato e dato esecuzione alla Convenzione ed ai Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale con legge 16 marzo 2006, n. 146.

¹² *Gazzetta Ufficiale*, 10 agosto 1998, n. 185.



quel momento dal “codice Rocco” del 1930, venne mutuato in quello di «tratta di persone». Il testo risultò così riformulato: «Chiunque commette tratta di persona che si trova nelle condizioni di cui all’art. 600 ovvero, al fine di commettere i delitti di cui al primo comma del medesimo articolo, la induce mediante inganno o la costringe mediante violenza, minaccia, abuso di autorità o approfittamento di una situazione di inferiorità fisica o psichica o di una situazione di necessità o mediante promessa o dazione di somme di danaro o di altri vantaggi alla persona che su di essa ha autorità, a fare ingresso o a soggiornare o a uscire dal territorio dello Stato o a trasferirsi al suo interno è punito con la reclusione da otto a venti anni».

Vi si operava una distinzione tra due differenti condotte criminose, la prima consistente nel commettere tratta di persone che si trovano sottoposte alle condizioni descritte dalla rubrica dell’art. 600 c.p., la seconda nella cosiddetta cattura a scopo schiavistico, contenente una pena per tutti quei casi in cui il delitto colpisca le persone ancora in stato di libertà (Bernasconi 2013, 69).

In riferimento a quest’ultima fattispecie, decisamente più determinata rispetto alla prima, avendo come presupposto del delitto lo stato di libertà della vittima, si offriva una tutela prodromica alla realizzazione di condotte finalizzate allo schiavismo (Bernasconi 2013, 79), ossia quelle aventi come finalità la riduzione di una persona in schiavitù o servitù e l’induzione a uno spostamento transfrontaliero, o all’interno della stessa nazione.

Le modalità tipiche con le quali si realizzavano le condotte di costrizione o induzione erano, ai sensi dell’art 601 c.p., violenza, minaccia, abuso di autorità, approfittamento di una situazione di inferiorità fisica



o psichica, di uno stato di necessità o della promessa di dazione di somme di danaro, attraverso le quali si realizza l'ingresso, il soggiorno, il trasferimento o l'uscita dal territorio italiano delle vittime della tratta.

La riforma introduceva anche la possibilità di configurare il reato nel caso in cui la vittima fosse una sola, discostandosi da un passato in cui la tratta doveva avere necessariamente una dimensione organizzativo-imprenditoriale e poteva realizzarsi solo nella misura in cui le condotte avessero ad oggetto più soggetti passivi (Caruso 2005, 12).

Questo elemento ci permette di accennare di un'ulteriore previsione incriminatrice. Trattasi del sesto comma dell'art. 416 c.p., novellato dal legislatore della riforma al fine di sanzionare lo stretto legame esistente fra delitti di schiavitù e tratta con la criminalità organizzata. L'art. 416 c.p. al comma 6 punisce con una circostanza aggravante tutti quei casi in cui il reato di associazione a delinquere risulti finalizzato alla commissione dei delitti di cui agli artt. 600, 601 e 602 c.p. nonché all'articolo 12, comma 3-bis, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286. Nello specifico, la pena prevista è da 5 a 15 anni di reclusione per i promotori, costitutori, organizzatori e capi, e con la reclusione dai 4 ai 9 anni per i meri partecipanti.

Vediamo in ultimo l'ipotesi prevista dall'art. 602 c.p., rubricata «Acquisto e alienazione di schiavi».

Norma di carattere residuale, in quanto disciplinate ipotesi già ricadenti della fattispecie di cui all'art. 601 c.p., è anche la meno interessata dalle modifiche da parte della riforma. Vi si prevede una pena da otto a



venti anni di reclusione per chi acquista o aliena o cede una persona che si trova in una delle condizioni di cui all'art. 600, rispetto al quale è complementare, essendo il suo ambito di operatività limitato alle ipotesi in cui sussiste una preesistente condizione di schiavitù della vittima.

Così come per il delitto di riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù, previsto dall'art. 600, il perseguimento di fini utilitaristici, mediante la realizzazione di condizioni caratterizzate dalla compressione della libertà di autodeterminazione del soggetto passivo¹³, è l'elemento oggettivo richiesto ai fini della configurabilità della fattispecie.

Il 2 luglio 2010 il Parlamento ha approvato la legge n. 108 con la quale ha reso esecutiva la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani del 2005, firmata a Varsavia il 16 maggio 2005 (c.d. Convenzione di Varsavia), adeguandola all'ordinamento interno.

Quello che differenzia la Convenzione da tutti gli altri strumenti internazionali precedentemente adottati, come il Protocollo aggiuntivo alla Convenzione ONU del 2000, è la sua impostazione tendente sia alla repressione del fenomeno, sia sulla tutela dei diritti umani delle vittime attraverso un meccanismo di monitoraggio specifico (Piazza 2010, 3).

La Convenzione si poneva come obiettivo prioritario quello di proteggere i diritti umani delle vittime di tratta e di elaborare un quadro completo di assistenza. Caratterizzata per la sua capacità di disciplinare il fenomeno della tratta nel suo complesso, indicava agli Stati aderenti

¹³ Cass. pen., 10 settembre 2004, n. 39044.



idonee misure finalizzate a prevenire e a contrastare il fenomeno, garantendo contestualmente alti *standard* di tutela per le sue vittime¹⁴.

Grazie all'intervento legislativo del 2003, l'ordinamento italiano non ha avuto bisogno di pesanti misure di adeguamento alla Convenzione di Varsavia, ma è stata sufficiente una novella delle circostanze aggravanti dei già previsti delitti di tratta¹⁵.

Per i reati di cui agli articoli 600, 601 e 602 c.p., tutti puniti con la reclusione da 8 a 20 anni, il codice dal 2003 prevedeva al terzo comma dell'articolo 600, al secondo comma dell'articolo 601 e al secondo comma dell'articolo 602 un medesimo elenco di circostanze aggravanti – da cui derivava l'aumento della pena da un terzo alla metà – collegate alla minore età della vittima, o alla finalità dello sfruttamento della prostituzione o traffico di organi¹⁶.

Contestualmente è stato introdotto nel codice penale il nuovo articolo 602-ter, nel quale, sempre in relazione agli stessi reati, è stato riproposto il contenuto comune delle tre circostanze aggravanti, con l'aggiunzione di una nuova avente ad oggetto l'eventualità che dal fatto derivi un grave pericolo per la vita o l'integrità fisica o psichica della persona offesa.

¹⁴ Cfr. la relazione del disegno di legge recante *Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani, fatta a Varsavia il 16 maggio 2005, nonché norme di adeguamento dell'ordine interno* (A.P., Senato della Repubblica – XVI Legislatura, n. 2043), poi approvato dalle Camere (legge 2 luglio 2010, n. 108).

¹⁵ V. ancora la scheda della Camera *La tratta di esseri umani: quadro normativo* (Studi Camera - Giustizia).

¹⁶ *Ibidem*.



Poiché all'interno del nuovo art. 602-ter trovavano conferma anche le circostanze aggravanti già previste e comuni alle tre fattispecie, sono stati abrogati i tre commi identici dei citati artt. 600, 601 e 602 c.p.

Un ulteriore intervento di adeguamento ha determinato l'aggiunta di un secondo comma all'art. 602-ter del codice penale al fine di prevedere una nuova circostanza aggravante applicabile ai reati di falsità materiale e di falsità ideologica posti in essere dal pubblico ufficiale o dal privato. In particolare, si prevede un aumento delle pene da un terzo alla metà nel caso in cui tali fatti siano commessi al fine di realizzare o agevolare i delitti di riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù, tratta di persone e acquisto e alienazione di schiavi (Piazza 2010, 8).

Il 13 marzo 2014 è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale il d.lgs. 4 marzo 2014, n. 24, intitolato *Attuazione della direttiva 2011/36/UE, relativa alla prevenzione e alla repressione della tratta di esseri umani e alla protezione delle vittime*. La riforma, oltre a sostituire la decisione quadro 2002/629/GAI, apportava significative modifiche al codice penale e al codice di procedura penale, contemplando altresì ulteriori misure di tutela a favore delle persone offese.

A tal proposito, la direttiva dichiarava di adottare un approccio globale, integrato e incentrato sui diritti umani alla lotta contro la tratta di esseri umani, avendo tra i suoi principali obiettivi una più rigorosa prevenzione e repressione del fenomeno, unitamente alla maggiore protezione dei diritti delle vittime¹⁷.

¹⁷ Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea, 15 aprile 2011, L 101, p. 2.



In primis, il legislatore europeo partiva dal riconoscimento dell'evoluzione avvenuta negli anni attorno al fenomeno della tratta di esseri umani, per cui si poneva l'esigenza di adeguarsi a una comprensione contestuale delle sue varie forme per combatterle con le misure più efficaci.

Alla luce di tali esigenze, la direttiva adottava una nozione più ampia rispetto alla decisione quadro 2002/629/GAI di ciò che avrebbe dovuto essere considerato tratta di esseri umani, includendo pertanto altre forme di sfruttamento. Nel contesto della presente direttiva, lo sfruttamento dell'accattonaggio – inteso come una forma di lavoro o servizio forzato – compreso l'uso per l'accattonaggio di una persona dipendente vittima della tratta, viene ricompreso nell'ambito della definizione di tratta di esseri umani solo qualora siano presenti tutti gli elementi del lavoro o servizio forzato: la validità di qualsiasi eventuale consenso a prestare tale lavoro o servizio dovrebbe essere valutata caso per caso; tuttavia, nell'ipotesi di minori, nessun eventuale consenso dovrebbe essere considerato valido. L'espressione «sfruttamento di attività criminali» viene intesa come sfruttamento di una persona affinché commetta, tra l'altro, atti di borseggio, taccheggio, traffico di stupefacenti e altre attività analoghe che sono oggetto di sanzioni e implicano un profitto economico. Tale definizione contempla anche la tratta di esseri umani perpetrata ai fini del prelievo di organi, nonché, ad esempio, altri comportamenti quali l'adozione illegale o il matrimonio forzato nella misura in cui soddisfano gli elementi costitutivi della tratta di esseri umani.

Il legislatore italiano, nel dare attuazione agli impegni assunti in sede europea, ha modificato la normativa interna attraverso la previsione di un più rigoroso sistema di assistenza e sostegno, nonché di pene più se-



vere per i reati commessi in danno di vittime particolarmente vulnerabili, *in primis*, i minori (Scevi 2014, 77). Altri elementi per valutare la vulnerabilità della vittima comprendono, ad esempio, il sesso, la gravidanza, lo stato di salute e la disabilità. Siffatte misure, come indicato dalla direttiva, dovevano essere applicate tenendo conto dell'interesse superiore del minore conformemente alla Convenzione delle Nazioni Unite del 1989 sui diritti del fanciullo, intese al suo recupero fisico e psico-sociale e a una soluzione duratura per il minore in questione¹⁸.

Sul versante della repressione, in attuazione dell'art. 2 della Direttiva 2011/36/UE, viene modificato dal d.lgs 4 marzo 2014 n. 24 l'art. 600 c.p. («Riduzione o mantenimento in schiavitù») con la seguente formula:

1. Chiunque esercita su una persona poteri corrispondenti a quelli del diritto di proprietà ovvero chiunque riduce o mantiene una persona in uno stato di soggezione continuativa, costringendola a prestazioni lavorative o sessuali ovvero all'accattonaggio o comunque al compimento di attività illecite che ne comportino lo sfruttamento ovvero a sottoporsi al prelievo di organi, è punito con la reclusione da otto a venti anni.

2. La riduzione o il mantenimento nello stato di soggezione ha luogo quando la condotta è attuata mediante violenza, minaccia, inganno, abuso di autorità o approfittamento di una situazione di vulnerabilità, di inferiorità fisica o psichica o di una situazione di necessità, o mediante la promessa o la dazione di somme di denaro o di altri vantaggi a chi ha autorità sulla persona.

¹⁸ Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea, 15 aprile 2011, L 101, p. 4



La novella introduce così nella norma incriminatrice il riferimento al «compimento di attività illecite» che comportino lo sfruttamento del soggetto debole, nonché quello alla costrizione «a sottoporsi al prelievo di organi» e quello alla situazione di «vulnerabilità» (Montanari 2014).

A essere integralmente sostituito nel suo contenuto è invece l'art 601 c.p. («Tratta di persone»). Così appare il nuovo testo a seguito della modifica operata dal d.lgs. 4 marzo 2014, n. 24:

1. È punito con la reclusione da otto a venti anni chiunque recluta, introduce nel territorio dello Stato, trasferisce anche al di fuori di esso, trasporta, cede l'autorità sulla persona, ospita una o più persone che si trovano nelle condizioni di cui all'articolo 600, ovvero, realizza le stesse condotte su una o più persone, mediante inganno, violenza, minaccia, abuso di autorità o approfittamento di una situazione di vulnerabilità, di inferiorità fisica, psichica o di necessità, o mediante promessa o dazione di denaro o di altri vantaggi alla persona che su di essa ha autorità, al fine di indurle o costringerle a prestazioni lavorative, sessuali ovvero all'accattonaggio o comunque al compimento di attività illecite che ne comportano lo sfruttamento o a sottoporsi al prelievo di organi.

2. Alla stessa pena soggiace chiunque, anche al di fuori delle modalità di cui al primo comma, realizza le condotte ivi previste nei confronti di persona minore di età.

Sono state mantenute due distinte fattispecie: *tratta di persone in condizione di schiavitù o di servitù*, che punisce la condotta di «chiunque recluta, introduce nel territorio dello Stato, trasferisce anche al di fuori di esso, trasporta, cede l'autorità sulla persona, ospita una o più persone che si trovano nelle condizioni di cui all'articolo 600» e tratta di persone «al



fine di indurle o costringerle a prestazioni lavorative, sessuali ovvero all'accattonaggio o comunque al *compimento di attività illecite che ne comportano lo sfruttamento* o a sottoporsi al prelievo di organi».

La nuova norma, inoltre, abroga la circostanza aggravante a effetto speciale che, secondo la vecchia formulazione, si applicava «se i delitti di cui al presente articolo sono commessi in danno di minori degli anni diciotto o sono diretti allo sfruttamento della prostituzione o al fine di sottoporre la persona offesa al prelievo di organi» (Montanari 2014).

Il reato di riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù può concorrere con quello di tratta di persone¹⁹.

Sotto il profilo oggettivo, invero, mentre l'art. 600 c.p. punisce chi contribuisce a rendere una persona schiava dell'altra, ossia parificabile a un oggetto – ad esempio vendendola, cedendola gratuitamente o prestandola a terzi, o assoggettandola continuativamente al fine dello sfruttamento sessuale o lavorativo, sicché si parla di “cifra utilitaristica” connotante la condotta delittuosa – con l'art. 601 c.p. si è voluto colpire chi di quella stessa situazione di sudditanza, che magari ha contribuito a creare, si approfitta per disporre di un essere umano come meglio ritiene, decidendo dove questo deve vivere, per quanto tempo e quando deve spostarsi all'interno dello Stato²⁰.

¹⁹ Cass. pen., 21 marzo 2007, n. 17269.

²⁰ Corte assise Trento, 20 novembre 2007, n. 5246.



3. Il sistema di protezione giuridica. Virtù e carenze di un cammino ancora lungo

Ai fini di un quadro completo del fenomeno sin qui esposto, il vaglio di dette norme non può prescindere dall'analisi delle misure di tutela e protezione delle vittime in vigore nel nostro Paese.

Sin dall'epoca fascista, il legislatore ha intrapreso un cammino virtuoso, fissando il perno della tutela giuridica nello *status libertatis*, ossia la condizione di uomo libero che l'ordinamento interno garantiva attraverso una legge che mirasse a prevenire e a reprimere la costituzione o il mantenimento di rapporti di padronanza, per effetto dei quali un uomo potesse trovarsi sotto l'altrui illegittima potestà, perdendo di diritto o di fatto le capacità relative alla personalità individuale (Manzini 1961, 627).

Un primo e più importante intervento in questa direzione si è avuto con il Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, approvato con decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286²¹ (Caruso 2005, 34). Si è trat-

²¹ Art. 18, comma 1 T.U. immigrazione: «Quando, nel corso di operazioni di polizia, di indagini o di un procedimento per taluno dei delitti di cui all'art.3 della legge 20 febbraio 1958, n. 75 [la c.d. legge Merlin in materia di prostituzione, *n.d.a.*] o di quelli previsti dall'art. 380 del codice di procedura penale, ovvero nel corso di interventi assistenziali dei servizi sociali degli enti locali, siano accertate situazioni di violenza o di grave sfruttamento nei confronti di uno straniero, ed emergano concreti pericoli per la sua incolumità, per effetto dei tentativi di sottrarsi ai condizionamenti di un'associazione dedicata ad uno dei predetti delitti o delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari o del giudizio il questore, anche su proposta del procuratore della repubblica, o con il parere favorevole della stessa autorità, rilascia uno speciale permesso di soggiorno per consentire allo straniero di sottrarsi alla violenza ed ai condizionamenti



tato di un tentativo di conciliare il principio di accoglienza dello straniero con l'esigenza della comunità nazionale di non subire politiche migratorie eccedenti la capacità di assorbimento economico e lavorativo da parte del proprio tessuto produttivo e sociale.

L'articolo 18, comma 1 del T.U. delle disposizioni relative alla disciplina sull'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero prevede il rilascio, da parte del Questore, di un permesso di soggiorno per motivi di protezione sociale al fine di consentire allo straniero di sottrarsi alla violenza e ai condizionamenti dell'organizzazione criminale e di partecipare a un programma di assistenza e integrazione sociale.

La proposta di rilascio del permesso di soggiorno può essere effettuata, oltre che dal Procuratore della Repubblica, nei casi in cui sia iniziato un procedimento penale, anche dai servizi sociali degli enti locali o delle associazioni titolari dei progetti di protezione sociale.

Di primaria importanza appare il forte elemento innovativo della misura, dato da un doppio percorso, quello giudiziario e quello sociale (Barberi 2007), che consente alla persona trafficata di chiedere aiuto ad associazioni, enti o ONG – ancor prima e indipendentemente dalla presentazione di una denuncia – i quali si fanno carico di richiedere in sua vece il permesso di soggiorno. L'istituto mostra una natura estranea a qualsiasi logica meramente premiale, caratterizzante invece la legislazione del passato, in quanto non ne viene sottoposto il rilascio alla collaborazione in ambito giudiziario, esulando da qualsiasi contributo offerto

dell'organizzazione criminale e di partecipare ad un programma di assistenza ed integrazione sociale».



dalla vittima alle indagini. L'esigenza di accertamento viene comunque soddisfatta in quanto il percorso sociale è inevitabilmente destinato a sfociare in un procedimento giudiziario, coniugando così gli interessi investigativi con quelli della vittima. Difatti, muovendo da un approccio di tutela si giungeva, proprio grazie alla collaborazione della persona trafficata, all'accertamento di condotte criminose gravissime cui è seguito un aumento dei procedimenti penali da poco più di 200 a 2.930, quasi tutti terminati con delle condanne (Giammarinaro 2005, 457).

Il d.l. n. 113/2018 (c.d. "decreto Salvini"), approvato dal Governo italiano il 4 ottobre 2018 e convertito in legge il 28 novembre 2018, ha abrogato il permesso di soggiorno per motivi umanitari previsto all'art. 5, comma 6, d.lgs. n. 286/1998. Al posto della protezione umanitaria, che ha permesso alle questure di rilasciare permessi di soggiorno a circa il 25% dei richiedenti asilo (20.000 persone nel 2017: GRETA 2019, 10) la legge ha introdotto un permesso di soggiorno "speciale" per le vittime di violenza domestica o grave sfruttamento lavorativo, già previste dal Testo Unico dell'immigrazione (rispettivamente all'art. 18, art. 18-*bis* e art. 22, comma 12-*quater*) e che in parte ricevono qui una ridefinizione. Altre fattispecie di nuova introduzione riguardano il permesso di soggiorno per cure mediche (art. 19, comma 2, lett. d-*bis*), riservato esclusivamente a coloro che versano in condizioni di particolare gravità; il permesso di soggiorno per situazioni di calamità naturale nel paese d'origine (ipotesi di cui all'art. 20-*bis*) e il permesso di soggiorno per motivi di particolare valore civile (ipotesi di cui all'art. 42-*bis*).

A fronte del clamoroso passo indietro compiuto dal Governo italiano su questo fronte, occorre però rilevare che tale eliminazione non comporterà l'impossibilità di garantire quei diritti che l'Italia si era impegnata a



tutelare in sede di obblighi costituzionali e internazionali (ASGI 2018), trattandosi di diritti previsti da una normativa costituzionale che è pur sempre applicabile sia in sede amministrativa sia in sede giudiziaria²².

Quello italiano rimane, infatti, un modello improntato all'emersione e alla fornitura di servizi di protezione delle persone vittime di tratta e grave sfruttamento.

Su questo sentiero si muove il legislatore nell'adozione di un Piano nazionale d'azione contro la tratta e il grave sfruttamento degli esseri umani (PNA), ai sensi dell'art. 9 del d.lgs. 4 marzo 2014, n. 24 di attuazione della direttiva 36/2011 UE che ne individua i contenuti e gli ambiti di intervento. Vi è un obiettivo strategico e uno operativo: il primo è quello di migliorare – secondo un approccio unitario a livello europeo – la risposta nazionale al fenomeno della tratta, agendo lungo le direttrici della prevenzione, persecuzione dei crimini, protezione e integrazione sociale delle vittime basate sul rispetto dei diritti umani e del principio di non discriminazione, in un'ottica di *mainstreaming* di genere e di tutela dei diritti dei minori. Obiettivo operativo è quello di definire una po-

²² Si veda, a tal proposito, il c.d. "asilo costituzionale", ovvero l'applicabilità diretta da parte dei giudici, anche in mancanza di una legge di sua attuazione, del diritto di asilo garantito dall'art. 10, comma 3 Cost., per tutte le situazioni di fatto che non trovano copertura nelle nuove disposizioni appena entrate in vigore, nelle quali si accerti l'effettivo impedimento all'esercizio delle libertà democratiche garantite dalla nostra Costituzione nel Paese di origine dello straniero o, più precisamente, nelle quali si accerti che allo straniero nel suo Paese non è garantito l'effettivo esercizio anche di una sola delle libertà garantite dalla Costituzione italiana, incluso qualsiasi diritto inviolabile garantito ad ogni persona dall'art. 2 della Costituzione e previsto da norme o trattati internazionali. Cfr. ASGI (2018).



litica nazionale di intervento coordinata e sistemica, che coinvolga le diverse amministrazioni competenti a livello centrale e territoriale, con un approccio sinergico e volto all'ottimizzazione delle risorse finanziarie²³.

L'adozione del Primo piano d'azione italiano contro la tratta risponde a esigenze di riordino e razionalizzazione dell'azione di governo, attuate in considerazione delle quattro direttrici: *prevention, prosecution, protection, partnership*. Tali priorità vengono declinate in altrettanti obiettivi strategici, il primo dei quali è un sistema di coordinamento, rivolto a migliorare la *governance* a livello centrale e territoriale degli interventi e l'effettivo coordinamento tra gli attori coinvolti nella protezione e assistenza alle vittime; ampliare e armonizzare il quadro normativo e amministrativo di riferimento; pianificare e ottimizzare l'utilizzo delle risorse e i dati statistici; monitorare e valutare il fenomeno alla luce dei risultati degli interventi, sia attraverso gli strumenti già esistenti sia mediante la previsione di Gruppi di lavoro che sviluppino un valido percorso da seguire per l'esame delle criticità, l'individuazione dei punti di forza, la formulazione di proposte per le aree di interesse da porre al centro del piano di azione e la predisposizione di strumenti tecnici di valutazione degli interventi e dei relativi costi²⁴.

Segue la prevenzione, volta a migliorare la conoscenza del fenomeno e la cooperazione con i paesi di origine della tratta e con le relative Ambasciate nonché relativi Consolati presenti sul territorio italiano; potenziare le attività di comunicazione e sensibilizzazione soprattutto nei luo-

²³ *Piano nazionale contro la tratta e il grave sfruttamento 2016-2018*, adottato dal Consiglio dei Ministri nella riunione del 26 febbraio 2016, p. 5.

²⁴ Ivi, p. 9.



ghi di arrivo delle potenziali vittime della tratta come i valichi di frontiera e i luoghi di sbarco; promuovere l'istituzione di una piattaforma per il settore privato e l'educativa territoriale presso le popolazioni a rischio di tratta con particolare attenzione ai minori, alla prostituzione migrante di strada e *indoor*, all'accattonaggio e al lavoro stagionale nelle zone rurali e l'attivazione di azioni innovative di contatto con altri segmenti produttivi. Assistenza, protezione e recupero delle persone trafficate è il terzo obiettivo strategico, consistente nella costituzione di un sistema nazionale di *referral*, che assicuri la presa in carico tempestiva delle persone vittime di tratta e rimuova eventuali ostacoli con interventi a livello locale e nazionale. In ultimo le attività di indagine e contrasto del fenomeno, volto a migliorare l'emersione del fenomeno e garantire interventi di risposta efficaci e coordinati.

Al fine di garantire l'attuazione della quattro direttrici che, come abbiamo visto, hanno ispirato il piano d'azione nazionale, sono stati istituiti quattro gruppi di lavoro competenti rispettivamente in materia di prevenzione, protezione, cooperazione e coordinamento tra il sistema di protezione dei richiedenti asilo e il sistema di protezione per le vittime della tratta (GRETA 2019, 11). I gruppi di lavoro, composti da rappresentanti della società civile e organizzazioni internazionali competenti (IOM, UNHCR), trovano collocazione all'interno della Cabina di regia, un comitato direttivo guidato dal Dipartimento per le pari opportunità della Presidenza del Consiglio dei ministri. Il Comitato funge da forum interistituzionale nazionale per la pianificazione, l'attuazione e il finanziamento di misure volte a combattere la tratta di esseri umani nell'ambito del piano d'azione nazionale. È presieduto dal Sottosegretario di Stato incaricato della parità di genere ed è composto da rappresentanti



dei vari Ministeri, oltre alla Direzione Nazionale Antimafia, al Corpo dei Carabinieri, Polizia di Stato, Polizia Finanziaria e Regionale (GRETA 2019, 11).

Nell'ultimo rapporto pubblicato da GRETA (2019, 12), emergono però tutte le preoccupazioni legate alle limitate capacità del Dipartimento per le pari opportunità di guidare e coordinare adeguatamente la lotta contro la tratta, auspicando un maggiore coinvolgimento delle ONG e dei sindacati nel comitato direttivo per la costituzione di un coordinamento nazionale dotato di personale adeguato. Il rapporto continua invitando le autorità italiane ad esaminare la possibilità di istituire un relatore nazionale indipendente o a designare come tale un altro meccanismo indipendente al fine di garantire un monitoraggio efficace delle attività anti-traffico e formulare raccomandazioni alle persone e alle istituzioni interessate.

Sempre sul versante delle riforme, la legge n. 199 del 29 ottobre 2016 su *Disposizioni per contrastare i fenomeni di occupazione non dichiarata, manodopera sfruttatrice in agricoltura e riallineamento delle retribuzioni nel settore agricolo* ha modificato l'articolo 603-bis del codice civile, noto come caporalato, rendendolo punibile con una reclusione da uno a sei anni (o fino a otto anni di reclusione se un lavoratore è sottoposto a violenza o minacce) oltre a un'ammenda da 500 a 1.000 euro in relazione a ciascun lavoratore interessato. Ha inoltre introdotto la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e la confisca obbligatoria di denaro, beni e profitti nell'ambito di questo reato. I lavoratori vittime di reati secondo la legge n. 199 del 29 ottobre 2016 possono richiedere un pagamento dal Fondo statale per le misure *antitrafficking*.



Un altro atto giuridico rilevante è la legge n. 47 del 7 aprile 2017 recante *Disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati* (c.d. legge Zampa), in vigore dal 19 maggio 2017 e applicabile al minore straniero non accompagnato, ossia il minorenni non avente cittadinanza italiana che si trova per qualsiasi causa nel territorio dello Stato privo di assistenza e di rappresentanza da parte dei genitori o di altri adulti per lui legalmente responsabili.

L'Italia diviene in questo modo il primo paese in Europa a dotarsi di un sistema organico di tutela e accoglienza dei minori, nei confronti dei quali non sarà mai possibile indirizzare un provvedimento di espulsione dal territorio italiano, come sancito dalla Convenzione del Fanciullo e dall'art. 19 del T.U. Immigrazione. Nello specifico, la legge dimezza il tempo di permanenza, da 60 a 30 giorni, nei centri di identificazione e dispone il trasferimento dei minori nei centri che aderiscono al Sistema per richiedenti asilo e rifugiati (Sprar) e non più negli *hotspot*. Il passo successivo diviene l'affidamento familiare, promosso come strada prioritaria di accoglienza rispetto alla permanenza nelle strutture.

Inoltre, all'art. 17, rubricato «Minori vittime di tratta», viene predisposto «un programma specifico di assistenza che assicuri adeguate condizioni di accoglienza e di assistenza psico-sociale, sanitaria e legale, prevedendo soluzioni di lungo periodo, anche oltre il compimento della maggiore età»²⁵, che viene inserito nel comma 2 dell'art. 13 della legge 11 agosto 2003, n. 228. Prevede l'istituzione di un programma specifico per l'assistenza dei minori vittime della tratta, un'assistenza oltre i 18 anni di

²⁵ Gazzetta Ufficiale, 21 aprile 2017, n. 93.



età e un fondo annuale di 154.080 euro da destinare per effettuare pagamenti ai bambini che chiedono il risarcimento (GRETA 2019, 9).

Occorre inoltre fare riferimento al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 16 maggio 2016 che istituisce un Programma unico per l'emergenza, l'assistenza e l'integrazione sociale delle vittime della tratta e dello sfruttamento, ossia le vittime di reati ai sensi degli articoli 600 e 601 c.p. che sostituisce il precedente approccio di doppia assistenza basato su progetti a breve e lungo termine, ai sensi rispettivamente dell'art. 13 della legge n. 228/2003 e dell'art. 18 del Testo Unico sull'immigrazione.

Nota dolente di questo sistema, altrimenti tra i più virtuosi in Europa, è l'assenza di un sistema statistico completo e coerente di raccolta dati sulle persone trafficate, che rende difficile valutare lo stato attuale del fenomeno e l'efficacia delle misure adottate per combatterlo. L'assenza, infatti, di un archivio di riferimento nazionale, che prescindendo dai procedimenti giudiziari, ha aggravato la carenza di dati sulle vittime presunte e identificate della tratta, indipendentemente dal fatto che abbiano partecipato a progetti di assistenza.

Attualmente vige un meccanismo che vede il Dipartimento per le pari opportunità raccogliere dati sul numero di vittime assistite, attraverso il database SIRIT (Sistema Informatizzato di Raccolta Informazioni sulla Tratta). I dati provengono da attori della società civile e da enti pubblici che gestiscono progetti di assistenza alle vittime con finanziamenti erogati dal Dipartimento per le Pari Opportunità, i quali forniscono cifre divise per genere sessuale, età, paese di origine e forma di sfruttamento. L'istituzione di un unico programma per l'emergenza, l'assistenza e l'in-



tegrazione sociale delle vittime ha facilitato la raccolta di dati e ridotto il lungo conteggio effettuato in precedenza.

Il Piano d'azione Nazionale aveva fornito le linee guida per la definizione di un meccanismo per l'identificazione rapida delle vittime della tratta e grave sfruttamento, unitamente alla descrizione dei professionisti qualificati al processo di identificazione, vale a dire funzionari dell'immigrazione, assistenti sociali, pubblici ministeri, giudici, organizzazioni internazionali, forze dell'ordine, personale diplomatico e consolare. Il processo di identificazione è diviso in due fasi: identificazione preliminare e identificazione formale. L'identificazione preliminare comporta uno *screening* iniziale per gli indicatori della tratta e risponde ai bisogni immediati di una presunta vittima di tratta (ad esempio alloggio, assistenza sanitaria, accesso alle informazioni) e garantisce che la persona sia indirizzata alle strutture specializzate più appropriate. L'identificazione formale, invece, viene effettuata ponendo domande specifiche e attraverso una valutazione delle informazioni.

Anche su questo versante, purtroppo, il rapporto GRETA (2019, 36) ha constatato che le suddette linee guida non sono andate oltre la mera fase progettuale.

Nel marzo 2017 il Dipartimento per le pari opportunità e l'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) hanno firmato un accordo sulla raccolta di dati sulla violenza contro le donne, destinato a coprire anche la materia della tratta di esseri umani. Dall'analisi effettuata nel rapporto GRETA (2019, 17) traspare però tutta la preoccupazione per una modalità di raccolta dati di fatto limitata alle statistiche fornite da polizia, pubblici ministeri e giudici in relazione alle attività di indagine repressione dei reati *ex artt.* 600, 601 e 602 c.p.



Tali dati non risultano sempre catalogati per forma di sfruttamento e genere, escludendo l'apporto di alcuni dei principali attori, come le ONG, dalle quali non è previsto alcun contributo. La ricerca GRETA rileva che la raccolta di dati in Italia dovrebbe essere ampliata in modo da includere le persone identificate dalle ONG e dagli altri organismi pertinenti, che per il semplice fatto che non siano stati avviati procedimenti penali non vengono inserite nelle statistiche (GRETA 2019, 18).



Bibliografia

Amati, E. (1998), *Sul concetto di “condizione analoga alla schiavitù”*. Nota a Cass., sez. un. pen., 20 novembre 1996, Ceric e altro, in *Cassazione penale*, I, pp. 36-44.

ASGI - Associazione per gli studi giuridici sull'immigrazione (2018), *Le modifiche in tema di permesso di soggiorno conseguenti all'abrogazione dei motivi umanitari e sull'art. 1, D.L. 113/2018. Prime osservazioni*, leggibile sul sito https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2018/10/2018_10_25_scheda_ASGI_art_1_DL_Immigrazione_113_ok-1.pdf.

Barberi, A. (2007), *Art. 18 D.lgs. 286/98 (Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero). Dati e riflessioni sui progetti di protezione sociale ex art. 18 dal 2000 al 2006*, a cura della segreteria tecnica per l'attuazione dell'art. 18 T.U., leggibile all'indirizzo <http://briguglio.asgi.it/immigrazione-e-asilo/2007/giugno/rapp-barberi-art18.pdf>.

Bernasconi, C. (2013), *La repressione penale della tratta di esseri umani nell'ordinamento italiano*, in S. Forlati (cur.), *La lotta alla tratta di esseri umani fra dimensione internazionale e ordinamento interno*, Napoli: Jovene, pp. 69-89.

Caruso, G. (2005), *Delitti di schiavitù e dignità umana nella riforma degli artt. 600, 601 e 602 del Codice Penale*, Padova: Cedam.

Giammarinaro, M.G. (2005), *Aspetti positivi e nodi critici della normativa contro la tratta di persone*, in *Questione giustizia*, 3, pp. 456-470.

Graziano, C. (2003?), *Aspetti criminologici della vittimologia. Con particolare riferimento a: i reati sessuali sui minori*, Tesi di laurea in Criminologia all'Università degli Studi di Napoli «Federico II», leggibile all'indirizzo



<https://web.archive.org/web/20030822130229/https://www.diritto.it/articoli/penale/graziano3.pdf>.

GRETA (2019), *Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Italy. Second Evaluation Round*, GRETA (2018)28, adopted 7 December 2018, published 25 January 2019, Strasbourg: Council of Europe, consultabile all'indirizzo <https://rm.coe.int/greta-2018-28-fgr-ita/168091f627>.

Manzini, V. (1961), *Trattato di diritto penale italiano*, vol. VIII, Torino: Utet.

Montanari, M. (2014), *L'attuazione italiana della direttiva 2011/36/UE: una nuova mini-riforma dei delitti di riduzione in schiavitù e di tratta di persone*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it, 20 marzo.

Piazza, F. (2010), *L'Italia ratifica la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani*, in *Federalismi.it*, 16.

Resta, F. (2008), *Vecchie e nuove schiavitù. Dalla tratta allo sfruttamento sessuale*, Milano: Giuffrè.

Rocco, Al. (1929), *Relazione del Guardasigilli*, in Ministero della giustizia e degli affari di culto, *Lavori preparatori del Codice penale e del Codice di procedura penale*, vol. V, parte II, Roma: Tipografia delle Mantellate.

Santoro, V. (1998), *Mano pesante sul turismo sessuale infantile*, in *Guida al diritto*, 33, p. 49 ss.

Scevi, P. (2014), *Nuove schiavitù e diritto penale*, Milano: Giuffrè.

Spiezia, F. (2008), *La tratta di esseri umani: gli strumenti investigativi di cooperazione internazionale*, relazione tenuta al Congresso del Consiglio superiore della magistratura, 14 ottobre 2008, leggibile all'indirizzo <http://briguglio.asgi.it/immigrazione-e-asilo/2009/agosto/art-spiezia-traff-ess-um.pdf>.



Democrazia e Sicurezza – Democracy and Security Review
ISSN: 2239-804X

anno IX, n. 2, 2019

data di pubblicazione: 11 dicembre 2019

Osservatorio europeo e internazionale

UNODC (2018), *Global Report on Trafficking in Persons*, New York: United Nations, leggibile all'indirizzo https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2019/GLOTiP_2018_BOOK_web_small.pdf.



Abstract

Anti-Trafficking Measures in the Italian Legal System: Criminal Law Aspects and Protection of Victims

The paper deals with the dramatic and current issue of trafficking in human beings following the publication of the latest GRETA Report, the most complete report on the state of the art of the measures adopted by each individual Member State in implementation of the 2008 Convention.

In Italy human trafficking counts every year a number of 1,000 people identified and assisted as victims. There is a close interdependence between transactional criminal organizations and slavery and trafficking crimes, whose commission is made possible thanks to the widespread control exercised by these organizations over illegal migration flows. The refugee protection crisis creates new opportunities for human traffickers and exploiters, and Italy continues to be the first port of destination for trafficked people, as well as a transit country for all other European nations.

This work will start from the scrutiny of slavery and trafficking crimes in our country, highlighting the regulatory evolution and the influence exercised at European / international level, and then focusing on the legal protection system for victims of trafficking.

Keywords: slavery; trafficking; GRETA Report 2019; criminal law; migration.



Anatomia della tecnocrazia: l’egemonia della “nuova classe” e i rischi di una società tecnototalitaria

di Emanuele Rossi *

*Quanto più si complica l'apparato in cui siamo incorporati,
quanto più si ingrossano i suoi effetti, tanto meno vediamo,
tanto più piccola si fa la nostra chance di comprendere
i procedimenti di cui noi siamo parti o condizioni*

Günther Anders

Nel 1964 in un passaggio della lettera aperta indirizzata al figlio del criminale nazista Adolf Eichmann, Günther Anders scriveva che «noi siamo diventati creature di un mondo tecnico» (Anders 2007, 29) e, in quanto tali, rischiamo di perdere il contatto con noi stessi e con la vita che ci circonda. «Espresso più semplicemente – continua lo scrittore e filosofo tedesco – significa che gli oggetti che oggi siamo abituati a pro-

* Ricercatore confermato di Sociologia generale presso l'Università degli Studi Roma Tre. Contributo sottoposto a referaggio anonimo (*double blind peer review*)



durre con l'aiuto della nostra inarrestabile tecnica, e gli effetti che siamo capaci di provocare, ora sono così grandi e così dirompenti che non riusciamo più a comprenderli, tanto meno a considerarli come nostri» (Ivi, 30). Siamo un po' come quel mago descritto da Karl Marx che non riesce più a dominare le potenze degli inferi da lui stesso evocate (Marx e Engels 2014, 12-13), ovvero vittime di quegli «oscuri uomini della tecnica» (Anders 2007, 31) che attraverso apparati, procedure, algoritmi e tecnologie sempre più avanzate hanno dato vita ad uno dei più grandi progetti politici e sociali del nostro tempo e cioè quello della tecnocrazia.

Ed è proprio sul "governo dei tecnici" e sulle ambivalenze del loro potere e le contraddizioni dei loro dispositivi che si concentra il volume di Francesco Antonelli dal titolo *Tecnocrazia e democrazia. L'egemonia al tempo della società digitale*, (Antonelli 2019a). Uno studio attento e ben documentato in cui l'autore, ricostruendo la genesi della tecnocrazia a partire dalla società industriale fino ai nostri giorni, cerca di rispondere ad una serie di interrogativi di particolare importanza e cioè che cos'è e in cosa consiste la tecnocrazia e soprattutto in che misura il processo di sviluppo del governo degli "esperti" influenza la democratizzazione della società.

Si tratta di interrogativi vitali per l'esistenza e il funzionamento della vita collettiva in cui la tecnica, attraverso "congegni" sempre più avanzati e per certi versi rivoluzionari, invade anche i più piccoli interstizi della nostra esistenza. Il riferimento è ai numerosi dispositivi elettronici che sono ormai parte integrante della nostra vita quotidiana, ma anche ai prodotti dell'intelligenza artificiale e soprattutto all'opera dirompente



degli algoritmi e delle azioni che quest'ultimi esercitano nell'organizzare e determinare i nostri comportamenti, finanche il nostro destino¹. E ciò è maggiormente vero se pensiamo che in alcuni ambiti lavorativi, ad esempio, la selezione del curriculum di una aspirante candidato ad un posto di lavoro "dipende" dalla decisione di un algoritmo. O ancora, come ci racconta la drammatica vicenda dei rider, lavoratori che consegnano cibo a domicilio nelle grandi città, che sono in tutto e per tutto gestiti da una piattaforma digitale e organizzati da un algoritmo sempre più intelligente a tal punto che «non parlano quasi mai con un capo ma eseguono le istruzioni impartite dalla app» (Staglianò 2018, p. 70) e le cui battaglie, per il riconoscimento dei più elementari diritti sul lavoro, hanno raggiunto recentemente gli onori delle cronache.

Per rispondere a tali questioni e ad altre ancora disseminate in tutto il volume, l'autore ci offre – e questo è uno dei tanti meriti di questo libro – un quadro interpretativo ricchissimo, capace di tenere insieme, con estrema maestria, campi di analisi diversi che vanno dall'economia alla filosofia, passando per la statistica, la cinematografia e ovviamente la sociologia e tutto ciò accuratamente inserito in un quadro storico ben delineato e strutturato in perfetta sintonia con la lezione weberiana.

Muovendosi all'interno di questo complesso quadro interpretativo, Francesco Antonelli compie un vero e proprio viaggio nelle strette maglie del *potere tecnocratico*, un potere – come scrive nell'introduzione – che «è così forte non perché seduce o inganna le persone, come vorrebbero le teorie della falsa coscienza e dell'industria culturale; ma perché

¹ Sull'impatto degli algoritmi sulla nostra vita quotidiana vedi Finn (2018).



realizza in un dato momento un'integrazione di un più alto grado di efficienza/efficacia delle politiche e dei meccanismi decisionali con la capacità di legittimarli» (Antonelli 2019a, XVIII). Se è vero il senso di questa affermazione, siamo dentro un circolo vizioso proprio perché nessun regime politico e sociale fino ad ora esistito ha mai potuto fare a meno della tecnocrazia, nonostante la sfiducia crescente dell'opinione pubblica nelle capacità dei cosiddetti "esperti" di risolvere i problemi. In altri termini, la critica della tecnocrazia ha finito per produrre altra tecnocrazia. E tutto ciò in un processo senza fine, il cui punto di partenza non può che essere la società industriale a cavallo tra Ottocento e Novecento dove la "tecnocrazia progressista", figlia dell'Illuminismo, che guardava con fiducia alla ragione e al progresso comincia a prendere forma. Le caratteristiche principali di questo tipo di tecnocrazia sono state tratteggiate dapprima da Saint-Simon agli inizi dell'Ottocento e poi successivamente dai movimenti tecnocratici americani e poi ancora fino agli anni '70 del novecento da importanti intellettuali come Karl Mannheim, Kenneth Galbraith, fino ad arrivare alla società post-industriale descritta da Daniel Bell e Alain Touraine, dove lo sviluppo di questo tipo di tecnocrazia era finalizzato soprattutto a riequilibrare le contraddizioni del modo di produzione capitalistico attenuando il conflitto tra capitale e lavoro, una conflittualità dalle quale derivavano tutte le crisi.

Questo modello di tecnocrazia di "sinistra" entra in crisi durante gli anni '70 a causa di molteplici fattori fra tutti lo sviluppo di nuove tecnologie e di nuove forme di produzione così da essere costretta a cedere pian piano la scena ad un altro tipo di tecnocrazia, quella neoliberale che, al contrario della precedente, si trova ad operare in un contesto diverso e cioè quello della globalizzazione. In questo nuovo contesto glo-



bale, l'obiettivo delle classi economicamente dominanti non è più quello di stabilizzare e puntellare il capitalismo continuamente minacciato dalle lotte tra capitale e lavoro, ma quello di liberare potenzialità e creatività individuali per avviare un nuovo ciclo di sviluppo. E in questo processo di cambiamento è inevitabile che non ci sia più spazio di azione per la vecchia "tecnocrazia progressista", ormai percepita come un ingranaggio obsoleto da smaltire pezzo dopo pezzo.

La crisi di sistema degli anni Settanta ha dato vita ad un vero e proprio cambio di *egemonia* che aprì nuovi spazi per i liberalismi e in particolare per il neoliberismo che prevalentemente mise le sue radici negli Stati Uniti e per l'ordoliberalismo che si sviluppò soprattutto in Europa. Fu proprio l'alleanza tra neoliberismo/ordoliberalismo e conservatorismo a dar vita ad una tecnocrazia nuova, profondamente mutata nella sua natura, che proprio la nuova egemonia liberale finì per rafforzare. E così, dal modello di una tecnocrazia progressista, si passò a quello di una tecnocrazia neoliberale che divenne la solida base di uno Stato sempre più impegnato a promuovere la concorrenza, il mercato, la crescita economica, il managerialismo e l'efficienza. Ingredienti, questi, che trovarono nelle politiche conservatrici di Ronald Reagan e di Margaret Thatcher la loro massima espressione.

Come sottolinea Francesco Antonelli, è proprio in questo momento che avviene una svolta radicale nella storia delle tecnocrazie: se precedentemente, durante l'egemonia progressista, la tecnocrazia veniva definita come "governo dei tecnici", nel quadro dei nuovi liberalismi, essa assume il significato di "governo della tecnica" e cioè diventa un "dispositivo" – per usare un'espressione di Michel Foucault – che dalla sfera economica e politica, dove era stata confinata, si estende nel sociale coinvolgendo ogni



sfera dell'esistenza generando un vero e proprio cortocircuito tra "sfera pubblica" e "sfera privata", i cui effetti sono sotto gli occhi di tutti.

Attraverso lo sviluppo incontrastato della rete, la digitalizzazione delle informazioni, la capillare raccolta dati e il monitoraggio costante dei comportamenti e delle abitudini degli individui, il governo della tecnica fagocita l'intera società. A conferma di tale ingerenza, Francesco Antonelli utilizza una serie di esempi. Ci parla di statistica diffusa, ma anche di come cambiano le campagne elettorali definendole "post-umane". È il caso degli "internet bot", cioè di software che sfruttano l'intelligenza artificiale e l'apprendimento automatico. Questi strumenti sono in grado di creare migliaia di profili automatizzati capaci di diffondere "fake news" contro gli avversari politici. È quanto accaduto ad esempio durante l'ultima campagna per le presidenziali americane. È chiaro che con l'utilizzazione di strumenti di tal tipo cambia radicalmente il modo di influenzare la formazione dell'opinione pubblica. Ha scritto Eli Pariser a tal proposito che gli algoritmi creano «un universo di informazioni specifico per ciascuno di noi [...] che altera il modo in cui entriamo in contatto con le idee e le informazioni» (cit. in Duffy 2019, 139)². La conseguenza di tutto ciò è che se nei regimi democratici e persino in quelli totalitari che presero for-

² «Quando la nostra visione della realtà – scrive Bobby Duffy – viene modellata dagli algoritmi e dalla selezione che noi stessi facciamo scegliendo le persone e i gruppi da seguire sui social network, la bolla dei filtri diventa una "camera dell'eco", in cui sentiamo solo quello che diciamo noi e quello che vogliamo sentire, mentre perdiamo i fatti condivisi da cui dipende il funzionamento della società» (Duffy 2019, 140). In altri termini – continua Bobby Duffy – «internet si impegna a compiacerci mostrandoci informazioni che confermano le nostre opinioni preesistenti, e fa del suo meglio per eliminare tutto ciò che provoca il disagio della dissonanza, al fine di trattenerci sulla pagina» (Ivi, 143)



ma nel corso del novecento «il potere e la propaganda soffrivano di limitazioni tecniche che non gli consentivano di raggiungere 24/7 il cittadino, oggi questi limiti saltano del tutto» (Antonelli 2019, 51).

Altro caso estremamente interessante, perché condiziona la nostra esistenza e i nostri stili di vita, anche se non ce ne rendiamo perfettamente conto, è quello relativo al *prosumerismo*³. Il termine – come ci spiega l'autore – è una crasi tra le parole “produzione” e “consumo” e questa fusione comunica la completa vittoria del “capitalismo estremo”, poiché secondo la logica del prosumerismo non si è più solo consumatori ma si è contemporaneamente anche produttori. O meglio, i prosumers sono consumatori direttamente coinvolti nella produzione e nella distribuzione di beni e servizi⁴. La grande diffusione di casse automatiche, il proliferare di lettori ottici, l'uso dell'home banking sono solo alcuni degli esempi di tecnologie operanti con algoritmi intelligenti in grado di trasformare il consumatore in prosumer. In altri termini, come cittadini globali siamo chiamati non solo a consumare ma anche a produrre da noi stessi il servizio che stiamo acquistando.

Sul fenomeno del prosumerismo Francesco Antonelli si sofferma attentamente e impiegando la classificazione elaborata da Dominique Cardon, sulle diverse modalità utilizzate dagli algoritmi per reperire dati e informazioni, riesce ad individuare almeno quattro sottotipi di prosumerismo: quello *quantitativo*, quello *meritocratico*, quello *reputazionale* e quello *predittivo*. Proprio su quest'ultimo, quello predittivo, è necessario

³ Su questo tema vedi Ritzer (2017) e più recentemente Antonelli (2019b).

⁴ Cfr. Ferrera (2019, 51).



riflettere con attenzione proprio perché ci dà chiaramente l'ampiezza del fenomeno che abbiamo di fronte e della potenzialità degli effetti sulla nostra vita quotidiana. Il tipo predittivo ci dice che siamo di fronte ad un algoritmo in grado di prevedere e di conseguenza di orientare i comportamenti futuri del consumatore «partendo dall'assunto – scrive l'autore – che la gran parte della vita sociale è organizzata in modo routinario, che le persone sono mediamente avverse al rischio e che nel breve-medio termine i gusti sono tendenzialmente stabili, l'algoritmo elabora informazioni in modo di generare pubblicità e proposte di consumo altamente personalizzate e dinamiche» (Ivi, 53).

A questo punto della trattazione, l'autore affronta quella che possiamo definire come la questione più difficile di tutte e cioè chi "governa" questo "diluvio di dati"? Per rispondere a questo interrogativo Francesco Antonelli effettua una vera e propria "anatomia" della tecnocrazia e dei dispositivi di potere che sono nelle sue mani e che è in grado di gestire. E attraverso questa operazione estremamente delicata è possibile scoprire che il tecnocrate è innanzitutto un tecnico, uno specialista, un intellettuale che entra prepotentemente a far parte dei meccanismi di potere. E così non stupisce notare che se nella società industriale il tecnocrate è vicino allo statalismo, nella società postindustriale e globale è contiguo al mercato e alle grandi piattaforme digitali. In altri termini, il tecnocrate "postmoderno" prende le fattezze di un vero e proprio lavoratore della conoscenza⁵

⁵ «I lavoratori della conoscenza – scrive Francesco Antonelli – divengono un aggregato sociale generale, non solo per l'importanza del loro contributo al processo economico o il loro peso numerico, ma perché finiscono per distribuirsi sull'intero spazio sociale, rendendo tutto più fluido e indistinto: essi incarnano il consumatore compulsivo drogato



che, sostituendo i ceti medi intellettuali novecenteschi nelle loro funzioni principali, è riuscito a inserirsi e a distribuirsi all'interno dell'intero spazio sociale. Scrive l'autore: «se nell'era Stato-centrica i lavoratori della conoscenza trovavano la loro collocazione naturale nella politica e nelle istituzioni pubbliche, nell'attuale scenario è l'intera società e tutti i suoi meccanismi decisionali ad essere sussunti in una logica tecnocratica e in un'epistemologia post-Statocentrica» (Ivi, 77).

Ma effettivamente chi compone questo "consiglio notturno"? Chi prende le decisioni più importanti? E qui l'autore individua quattro figure tipiche o meglio quattro idealtipi che, in diversi modi e con diversi gradi di competenza, gestiscono il potere decisionale all'interno di una istituzione sociale e, in particolare, in quelle politiche. Queste figure sono incarnate dai *consiglieri*, dai *dirigenti*, dai *governanti* e dai *custodi* e proprio con quest'ultima figura si assiste ad una completa «sacralizzazione della competenza» (Ivi, 87). Generalizzando quanto finora detto è possibile affermare che il tecnocrate, lo specialista, il tecnico, incarnano un genere più ampio e cioè quello dell'intellettuale moderno, le cui caratteristiche specifiche sono state ben delineate da Antonio Gramsci, il quale ha sottolineato che ciò che più «caratterizza l'intellettuale non è più il contenuto della sua attività, ma la funzione, i compiti che svolge nel complesso dei rapporti di produzione nei quali è, ormai, pienamente inserito e, dunque, nelle organizzazioni di cui fa parte» (Ivi, 90).

(e indebitato) dall'utilizzo delle carte di credito – come fa parte dei ceti popolari – ma anche il baricentro di un sistema che incentiva l'iper-responsabilizzazione personale. 'Cavatevela' diventa il nuovo imperativo: rispondere a contraddizioni e problemi di origine sociale attraverso strategie individuali», (Antonelli 2019a, 77).



Queste figure: il tecnocrate, lo specialista, il tecnico, attraverso le loro funzioni sottolineano che la tecnocrazia si fonda su un rapporto sociale asimmetrico. Tra specialisti e non specialisti si apre un fossato strutturale invalicabile (Ivi, 91). «L'intellettuale tecnocrate – sottolinea l'autore – è portatore di un mondo di relazioni sociali radicalmente elitiste e meritocratiche: elitiste perché si pone sempre in una logica aristocratica di disprezzo e di svalutazione del non specialista, meritocratiche perché l'intellettuale tecnocrate ammette solo la cooptazione basata sul criterio di competenza» (*Ibidem*). Tutto ciò contribuisce ad una certa "mitizzazione" del potere tecnocratico inteso come potere della decisione perfetta, incontestabile e soprattutto non negoziabile.

Riprendendo la metafora del giardiniere di Bauman, il tecnocrate può essere considerato come colui che elimina alla radice i difetti dell'umanità. Attraverso il disinteresse, la superiore capacità decisionale e la responsabilità, egli incarna il potere perfetto. In altri termini, siamo di fronte ad una vera e propria divinizzazione dell'esperto e delle sue decisioni. Ma è qui che assistiamo ad un fenomeno sociologico di particolare importanza e cioè è proprio questo contatto continuamente ricercato con il divino ad essere smentito da un tecnocrate «umano, troppo umano» (Ivi, 103) ad aprire alla progressiva sostituzione del «decisore tecnico umano con il decisore tecnico non umano» (*Ibidem*) e cioè alla macchina e all'intelligenza artificiale che si diffonde all'interno della società attraverso gli smartphone, i tablet, i pc e i numerosi dispositivi che contornano la nostra vita quotidiana e che è capace – per dirla con Foucault – di arrivare «fino al corpo degli individui, ai loro gesti, ai loro atteggiamenti, ai loro comportamenti di tutti i giorni» (Foucault 1977, 19).



Assistiamo ad una stretta unione dell'umano e del non-umano, anzi siamo di fronte all'inesorabile sostituzione del primo ad opera del secondo con enormi conseguenze sulle dinamiche di funzionamento del potere e della sua responsabilità perché mentre una razionalità tecnocratica «espressa da esseri umani in carne ed ossa è sempre suscettibile di attribuzione diretta di responsabilità» (Antonelli 2019a, p. 104), al contrario quando essa è il prodotto impersonale e addirittura disumanizzato dell'algoritmo, siamo di fronte ad un "potere" totalmente deresponsabilizzato.

Siamo entrati nell'era dell'egemonia degli algoritmi e delle loro procedure automatizzate. Esse producono principalmente "graduatorie" e "classificazioni" delle persone e delle cose indistintamente. Quando si tratta delle persone ad esse viene associata una certa probabilità di far proprio o meno un certo atteggiamento, riuscendo così ad orientare non solo modelli di comportamento ma anche a determinare specifiche visioni del mondo. Come suggerisce l'autore a tal proposito: «la società degli algoritmi costituisce sempre un meccanismo di costruzione di una sorta di società del controllo e della prevenzione che vincola sia gli attori esperti, sia le persone comuni» (Ivi, 118).

Prende forma allora, nell'opacità dell'egemonia tecnocratica, una nuova razionalità della tecnica capace, forse per la prima volta nella storia, di integrare mezzi e fini (razionalità strumentale e razionalità sostanziale) rendendo sempre più oscuro e impenetrabile l'accesso in quella "stanza dei bottoni" dove ogni cosa sembra prendere forma e che il libro di Francesco Antonelli ha saputo sfidare partendo dalla consapevolezza che «là dove c'è il pericolo, cresce anche ciò che salva».



Bibliografia

- Anders, G. (1963), *L'uomo è antiquato*, Milano: Il Saggiatore.
- Anders, G. (2007), *Noi figli di Eichmann*, Firenze: La Giuntina.
- Antonelli, F. (2019a), *Tecnologia e democrazia. L'egemonia al tempo della società digitale*, Roma: L'Asino d'oro.
- Antonelli, F. (2019b), *Il nuovo vapore. Il capitalismo prosumerista oltre il consumatore e il produttore*, in M. Pendenza, V. Romania, G. Ricotta, R. Iannone, E. Susca (cur.), *Capitalismo e teoria sociologica*, Milano: FrancoAngeli.
- Bauman, Z. (2007), *La decadenza degli intellettuali. Da legislatori a interpreti*, Torino: Bollati Boringhieri.
- Duffy, B. (2019), *I rischi della percezione. Perché ci sbagliamo su quasi tutto*, Torino: Einaudi.
- Ferrera, M. (2019), *La società del Quinto Stato*, Roma-Bari: Laterza.
- Finn, Ed. (2018), *Che cosa vogliono gli algoritmi. L'immaginazione nell'era dei computer*, Torino: Einaudi.
- Foucault, M. (1977), *Microfisica del potere*, Torino: Einaudi.
- Foucault, M. (2005), *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, Milano: Feltrinelli.
- Gramsci, A. (1997), *Quaderni dal carcere*, Roma: Editori Riuniti.
- Marcuse, H. (1999), *L'uomo a una dimensione*, Torino: Einaudi.
- Marx, K. e Engels, F. (2014), *Manifesto del partito comunista*, Torino: Einaudi.
- Ritzer, G. (2017), *La McDonaldizzazione della produzione*, Roma: Castelvecchi.
- Staglianò, R. (2018), *Lavoretti. Così la sharing economy ci rende tutti più poveri*, Torino: Einaudi.



Abstract

Anatomy of technocracy: the hegemony of the "new class" and the risks of a techno-totalitarian society

No political and social regime that has ever existed until now has been able to do without technocracy and this is even truer in contemporary society where a government of technicians extends into every social sphere, involving every sphere of existence through digital technologies, artificial intelligence and ever more intelligent algorithms, generating a real short circuit between the "public sphere" and the "private sphere". Through a real anatomy of technocratic power, Francesco Antonelli reconstructs the genesis of this great political and social project that risks giving life to a real techno-totalitarian society.

Keywords: hegemony; technocracy; democracy; power.

