

Andrea Ridolfi

I reati di opinione tra Stato liberale e fascismo¹

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. I reati di opinione ed il codice penale – 3. La giurisprudenza ordinaria sui reati di opinione – 3.1. La giurisprudenza durante lo Stato liberale (1890-1918) – 3.2. La giurisprudenza durante la brevissima esperienza liberaldemocratica (1919-1922) – 3.3. La giurisprudenza successiva alla “marcia su Roma” (1923-1931) – 4. La giurisprudenza sui reati di opinione negli Stati Uniti – 4.1. Introduzione – 4.2. La giurisprudenza della Corte White – 4.3. La giurisprudenza della Corte Taft – 4.4. La giurisprudenza delle Corti Hughes e Stone – 5. Considerazioni conclusive

ABSTRACT: The article analyzes the Italian case law in relation to the political crimes between the liberal state and fascism. The author highlights the elements of continuity between the two different periods in the repression of the radical political dissent (specially, socialism and anarchism), making use of the comparison with the jurisprudence of the US Supreme Court in the same period. At least, the article concludes with a reflection on the relationship between the judiciary and fascism.

KEYWORDS: Freedom of Speech – Political Crimes – Italian Jurisprudence

1. Premessa

Il tema che mi è stato assegnato concerne i reati di opinione². Debbo precisare che, coltivando studi di diritto costituzionale, tratterò del tema da questa prospettiva, piuttosto che dalla prospettiva penalistica. Articolerò la mia relazione in quattro parti. La prima parte sarà dedicata al rapporto tra i reati di opinione ed i codici penali che si

¹ Versione definitiva della relazione tenuta l'11 aprile 2014 al Convegno, *La magistratura durante il fascismo* (Roma, Casa della Memoria e della Storia, 10-11 aprile 2014). Desidero, a questo proposito, ringraziare l'A.N.P.P.I.A. e il prof. Augusto Cerri per avermi dato l'onore di partecipare come relatore. Un doveroso ringraziamento debbo rivolgere al personale ed ai borsisti della Biblioteca dell'Università L.U.I.S.S. di Roma, della Biblioteca Generale “*Enrico Barone*” della Facoltà di Economia “*La Sapienza*” di Roma, della Biblioteca “*Federico Caffè*” del Dipartimento di Economia e Diritto della Facoltà di Economia “*La Sapienza*” di Roma, della Biblioteca dell'Istituto di Diritto Pubblico della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma “*La Sapienza*”, della Biblioteca del Dipartimento di Scienze Politiche della Facoltà Scienze Politiche, Sociologia, Comunicazione per la preziosa collaborazione nel lavoro di ricerca. Sempre per quanto riguarda la collaborazione nella ricerca, un altrettanto doveroso ringraziamento debbo rivolgere all'amico e collega Giordano Ferri, nonché alle Dott.sse Francesca Cinquina, Elena De Carolis, Tania Domizia, Daniela Pellegrini, ed al Dott. Leonardo Sacco. Eventuali lacune, errori ed incongruenze sono addebitabili esclusivamente a me.

² Per un inquadramento generale della tematica, si vedano C. Fiore, *I reati di opinione*, Padova 1972; V. Fazio, C. Viazzi, *Istigazione a delinquere e apologia di reato nella giurisprudenza dall'unità ad oggi*, in *Politica del diritto* 1972, n. 3-4, pp. 533 ss.; M. Sbriccoli, *Dissenso politico e diritto penale in Italia tra Otto e Novecento. Il problema dei reati politici dal Trattato di Carrara al Programma di Manzini*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 1973, vol. II, pp. 607 ss.; J. Onnis, *Riflessi del nazionalismo di Alfredo Rocco sulla legislazione penale fascista con particolare riguardo ai reati di opinione*, in *Studi economico-giuridici pubblicati per cura della Università di Cagliari*, vol. XLVIII (1973-1974), Milano 1975, pp. 83 ss.; A. Di Giovine, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero. Linee di riflessione teorica e profili di diritto comparato come premesse ad uno studio sui reati di opinione*, Milano 1988; L. Alesiani, *I reati di opinione. Una rilettura in chiave costituzionale*, Milano 2006.

sono storicamente succeduti nell'ambito dell'esperienza giuridica italiana, il Codice Zanardelli (1889) e il Codice Rocco (1930). La seconda parte sarà dedicata all'analisi della giurisprudenza ordinaria in materia di reati di opinione, e si svolgerà in tre diversi momenti: il primo riguarderà lo Stato liberale vero e proprio e abbraccerà l'intervallo di tempo che va dagli anni novanta del XIX secolo al 1918; il secondo concernerà il breve lasso di tempo (dal 1919 al 1922) in cui si è affermata una forma di Stato liberaldemocratica; il terzo riguarderà, infine, il periodo che va dal 1923, fino al 1931, anno in cui fu deciso che la cognizione esclusiva di questi reati spettasse al Tribunale Speciale per la Difesa dello Stato³.

La scelta di prendere in considerazione anche la giurisprudenza antecedente si giustifica con il fatto che, proprio dalla comparazione con l'esperienza liberale e liberaldemocratica, emerge chiaramente una continuità con la giurisprudenza durante il regime fascista. A tale proposito, è interessante notare che sia Carlo Fiore che Valeria Fazio e Claudio Viazzi avevano rimarcato una sostanziale continuità tra le posizioni della magistratura durante il periodo liberale e durante il fascismo, in quanto, in entrambi i casi, era identica la contrapposizione frontale con anarchismo e socialismo⁴. È necessario, tuttavia, fare una doverosa precisazione: a differenza delle ricostruzioni prima citate⁵, preferisco seguire la linea interpretativa che distingue tra fase liberale e fase liberaldemocratica⁶, non soltanto perché bisogna tenere presenti le straordinarie trasformazioni giuridico-costituzionali introdotte con le riforme elettorali del biennio 1918-1919⁷, e sancite dalle elezioni politiche del 1919⁸ – alcuni studiosi sono arrivati a

³ In virtù della l. 4 giugno 1931, n. 674, la cognizione di questi delitti fu deferita esclusivamente al Tribunale Speciale per la Difesa dello Stato, mentre dall'istituzione di questo (con la l. 25 novembre 1926, n. 2008) al 1931 ci fu una sorta di bipartizione di competenze tra giudice ordinario e giudice speciale: cfr., in proposito, V. Fazio, C. Viazzi, *Istigazione a delinquere e apologia di reato nella giurisprudenza dall'unità ad oggi*, cit., pp. 542-543.

⁴ Cfr., in proposito, V. Fazio, C. Viazzi, *Istigazione a delinquere e apologia di reato nella giurisprudenza dall'unità ad oggi*, cit., spec. pp. 557 ss.; C. Fiore, *I reati di opinione*, cit., pp. 14-15.

⁵ Si veda V. Fazio, C. Viazzi, *Istigazione a delinquere e apologia di reato nella giurisprudenza dall'unità ad oggi*, cit., pp. 535 ss., 541 ss., ove fanno rientrare nel periodo liberale l'arco di tempo che va dal codice Zanardelli all'avvento del fascismo e nel periodo fascista il lasso di tempo che va dal 1925 al 1943.

⁶ Di una fase liberaldemocratica parlano C. Vallauri, *Il Governo Giolitti e l'occupazione delle fabbriche (1920)*, III ed., Milano 1974, pp. LXX ss.; N. Bobbio, *Dal fascismo alla democrazia. I regimi, le ideologie, le figure e le culture politiche*, a cura di M. Bovero, Milano 1997, p. 39; F. Lanchester, *Pensare lo Stato. I giuspubblicisti nell'Italia unitaria*, Roma-Bari 2003, pp. 6-7, 57-58, 67 ss.; Id., *La rappresentanza in campo politico e le sue trasformazioni*, Milano 2006, pp. 94 ss.; Id., *Introduzione*, in E. Gentile, F. Lanchester, A. Tarquini (a cura di), *Alfredo Rocco: dalla crisi del parlamentarismo alla costruzione dello Stato nuovo*, Roma 2010, pp. 11 ss., spec. p. 13; Id., *Alfredo Rocco e le origini dello Stato totale*, ivi, pp. 15 ss., spec. p. 23-24; Id., *La Costituzione tra elasticità e rottura*, Milano 2011, pp. 42-43; D. Fisichella, *Dal Risorgimento al Fascismo 1861-1922*, Roma 2012, pp. 13-14, 319; Id., *Dittatura e monarchia. L'Italia tra le due guerre*, Roma 2014, pp. 17 ss.

⁷ Sull'importanza dei mutamenti introdotti dalle riforme elettorali del 1918-1919, si soffermavano F. Ruffini, *Guerra e riforme costituzionali*, Torino 1920 (e in Id., *Guerra e dopoguerra. Ordine internazionale e politica della nazionalità*, a cura di A. Frangioni, Soveria Mannelli 2006, pp. 165 ss.); Id., *Diritti di libertà*, II ed. a cura di P. Calamandrei, Firenze 1946, pp. 4 ss.; G. Ambrosini, *Partiti politici e gruppi parlamentari dopo la proporzionale*, Firenze 1921; Id., *La trasformazione del regime parlamentare e del governo di gabinetto*, in *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia* 1922, pp. 187 ss.; G. Ferrero, *Da Fiume a Roma. 1919-1923: storia di quattro anni*, III ed. a cura di P. Flecchia, Roma 2003, pp. 19-20, 31 ss.; S. Trentin, *Diritto e democrazia. Scritti sul fascismo 1928-1937*, tr. it. a cura di G. Paladini, Venezia 1988, pp. 5 ss.; Id., *Dallo Statuto albertino al regime fascista*, tr. it. a cura di A. Pizzorusso, Venezia 1983, pp. 52-53, 62

parlare addirittura di un vero e proprio mutamento costituzionale nel passaggio dallo Stato liberale allo Stato democratico⁹, in conseguenza delle significative modificazioni strutturali¹⁰ –, ma anche perché cambiano i contesti in cui si inseriscono questi reati:

ss.; V.E. Orlando, *Studio intorno alla forma di governo vigente in Italia secondo la Costituzione del 1948*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico* 1951, pp. 5 ss., spec. pp. 17-18.

⁸ Sulle elezioni politiche del 1919, si vedano G. Perticone, *Il regime parlamentare nella storia dello Statuto Albertino*, Roma 1960, pp. 236 ss.; F. Chabod, *L'Italia contemporanea (1918-1948)*, Torino 1961, pp. 43 ss.; G. Arfè, *Storia del socialismo italiano (1892-1926)*, Ristampa, Torino 1965, pp. 258-259, 269, 278; F. Leoni, *Storia dei partiti politici italiani*, Roma 1966, pp. 192 ss.; C. Vallauri, *Il Governo Giolitti e l'occupazione delle fabbriche*, cit., pp. XXXI ss.; G. Galli, *I partiti politici in Italia 1861-1973*, Torino 1975, pp. 185 ss.; C. Seton-Watson, *L'Italia dal liberalismo al fascismo 1870-1925*, tr. it. a cura di L. Trevisani, Roma-Bari 1988, pp. 699 ss.; P.L. Ballini, *Le elezioni nella storia d'Italia dall'Unità al Fascismo. Profilo storico-statistico*, Bologna 1988, pp. 179 ss.; M.S. Piretti, *La giustizia dei numeri. Il proporzionalismo in Italia (1870-1923)*, Bologna 1990, pp. 171 ss.; Id., *Le elezioni politiche in Italia dal 1848 a oggi*, Roma-Bari 1995, pp. 197 ss.; G. Negri, *Storia politica italiana dall'Unità alla Repubblica. Le istituzioni e la società nell'analisi dei fatti e dei documenti*, Milano 1994, pp. 250 ss.; M. D'Addio, *Il suffragio universale e l'avvento della proporzionale*, in *Le grandi leggi elettorali italiane 1848-1993*, Roma 1994, pp. 95 ss., spec. pp. 101 ss.; L. Tentoni, *Dal suffragio universale maschile all'introduzione della proporzionale*, ivi, pp. 133 ss.; G. Maranini, *Storia del potere in Italia 1848-1967*, Ristampa, Milano 1995, pp. 281 ss.; S. Labriola, *Storia della Costituzione italiana*, Napoli 1995, pp. 190 ss.; P. Pombeni, *La rappresentanza politica*, in R. Romanelli (a cura di), *Storia dello Stato italiano dall'Unità ad oggi*, Roma 1995, pp. 73 ss., spec. pp. 100 ss.; G. Rebuffa, *La Costituzione impossibile. Cultura politica e sistema parlamentare in Italia*, Bologna 1995, pp. 31 ss.; Id., *Lo Statuto albertino*, Bologna 2003, pp. 137 ss.; N. Bobbio, *Dal fascismo alla democrazia*, cit., pp. 39, 104 ss.; A. Reposo, *Lezioni sulla forma di governo italiana. Dalla monarchia statutaria al modello semipresidenziale*, Torino 1997, pp. 32 ss.; C. Ghisalberti, *Storia costituzionale d'Italia 1848/1948*, Ristampa, Roma-Bari 2000, pp. 331 ss.; M. Mazziotti di Celso, *Storia breve delle istituzioni italiane dal 1900 al 1994*, Padova 2000, pp. 5-6; R. Martucci, *Storia costituzionale italiana. Dallo Statuto Albertino alla Repubblica (1848-2001)*, Roma 2002, pp. 140 ss.; F. Lanchester, *Pensare lo Stato*, cit., pp. 69 ss., 87 ss.; Id., *La rappresentanza in campo politico e le sue trasformazioni*, cit., pp. 94-95; M. Ascheri, *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo. Lezioni e documenti*, II ed., Torino 2007, pp. 391-392; P. Alvazzi del Frate, *Il costituzionalismo moderno. Appunti e fonti di storia del diritto pubblico*, Torino 2007, pp. 64-65; M. Caravale, *Storia del diritto nell'Europa moderna e contemporanea*, Roma-Bari 2012, p. 374; D. Fisichella, *Dal Risorgimento al Fascismo 1861-1922*, cit., pp. 250 ss., 299 ss.

⁹ Cfr., in questo senso, S. Labriola, *Storia della Costituzione italiana*, cit., spec. pp. 173 ss., 188 ss., il quale parla di una nuova costituzione rappresentativa che nascerebbe a partire dalla riforma elettorale del 1912, in virtù del sorgere e dell'affermarsi di nuovi soggetti nell'ambito della costituzione materiale italiana. Nello stesso senso, si veda anche M.S. Giannini, *Parlamento e amministrazione*, in *Amministrazione civile* 1961, n. 47-51, pp. 145 ss. [e in S. Cassese (a cura di), *Massimo Severo Giannini*, Roma-Bari 2010, pp. 79 ss.], che sottolinea come, dal 1861 al 1961, lo Stato italiano sia passato attraverso quattro costituzioni, oltre alle due costituzioni provvisorie del periodo 1944-1946 e 1946-1948. In particolare, tra il 1861 e il 1923, vi sarebbero, secondo Giannini, ben due diverse costituzioni, una a base oligarchica ed una a base tendenzialmente democratica. Sull'esistenza di due costituzioni rappresentative (una liberal-oligarchica ed una democratica) nell'ambito della storia costituzionale italiana insiste anche S. Merlini, *Il governo costituzionale*, in R. Romanelli, *Storia dello Stato italiano dall'Unità ad oggi*, cit., pp. 3 ss., spec. pp. 6-7.

¹⁰ Sulle modificazioni strutturali dello Stato democratico, si soffermano T. Martines, *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*, Milano 1957, pp. 99 ss.; C. Mortati, *Le forme di governo. Lezioni*, Padova 1973, pp. 156 ss.; M.S. Giannini, *I pubblici poteri negli Stati pluriclasse*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico* 1979, n. 2-3, pp. 389 ss. (e in S. Cassese, *Massimo Severo Giannini*, cit., pp. 104 ss.); Id., *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna 1986, spec. pp. 56 ss., 69 ss., 93 ss., 119 ss.; G. Bognetti, *Nel quarantennale della Costituzione. Due lezioni*, Milano 1989, pp. 7 ss., 47 ss.; Id., *Costituzione, televisione e legge antitrust*, Milano 1996, pp. 6 ss.; Id., *Lo spirito del costituzionalismo americano. Breve profilo del diritto costituzionale degli Stati Uniti, II. La Costituzione democratica*, Torino 2000, pp. 1 ss.; Id., *La divisione dei*

una cosa è il dissenso politico radicale in una società caratterizzata dal suffragio ristretto e da una sostanziale omogeneità politico-culturale, altra cosa è, invece, il dissenso politico radicale in una società di massa, fondata sul voto universale¹¹.

La terza parte della relazione sarà dedicata all'analisi della giurisprudenza statunitense, in quanto la comparazione con gli Stati Uniti, al di là delle profonde differenze in ordine alla forma di Stato ed alla forma di governo, è, a mio avviso, interessante per le notevoli implicazioni che ha proprio sul tema della repressione dei reati di opinione¹². In effetti, nel periodo che va dal primo dopoguerra sino agli anni '30, anche negli Stati Uniti, al pari dell'esperienza italiana, emerge un consolidato orientamento giurisprudenziale contro il dissenso politico radicale (in particolare, quello di matrice socialista). Nella quarta parte, infine, proverò a formulare qualche breve considerazione conclusiva, cercando di dipanare anche i complessi rapporti tra la magistratura ed il fascismo¹³.

2. I reati di opinione ed il codice penale

Il primo problema che si pone è verificare se effettivamente il Codice Rocco comporti o meno una discontinuità sul piano storico per quanto riguarda i reati di opinione. La questione è quanto mai complessa sul piano interpretativo. In effetti, se è vero che il Codice Rocco, a differenza del Codice Zanardelli prevedeva tutta una serie di delitti che venivano qualificati esplicitamente come delitti contro la personalità dello Stato, e se è vero anche che la *Relazione del Guardasigilli al Re* tende a enfatizzare il ruolo di essi come mezzo di tutela, non solo della sicurezza in sé dello Stato, ma anche di

poteri. Saggio di diritto comparato, II ed., Milano 2001, pp. 55 ss., 75 ss., 91 ss.; G. de Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, III ed., Padova 1991, pp. 224 ss.; C. Pinelli, *Forme di Stato e forme di governo. Corso di diritto costituzionale comparato*, Napoli 2006, pp. 72 ss.; P. Ridola, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in R. Nania, P. Ridola (a cura di), *I diritti costituzionali*, II ed., Torino 2006, pp. 3 ss., spec. pp. 95 ss.; Id., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino 2010, pp. 20 ss.; Id., *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo*, Torino 2011, pp. 6 ss., 12 ss., 38 ss., 67 ss., 133 ss.

¹¹ Sull'intrinseco collegamento tra la democrazia e la libertà di manifestazione del pensiero, si veda A. Cerri, *Libertà negativa di manifestazione del pensiero e di comunicazione – diritto alla riservatezza: fondamento e limiti*, in *Giurisprudenza costituzionale* 1974, n. 1-2, pp. 610 ss., spec. pp. 621 ss., secondo cui, qualora mancasse la possibilità di una libera critica, non potrebbe esistere neppure una libera scelta, facendo venire meno il controllo popolare sul potere pubblico. Sulla problematica del dissenso politico, inoltre, rinvio ad A. Buratti, *Dal diritto di resistenza al metodo democratico. Per una genealogia del principio di opposizione nello stato costituzionale*, Milano 2006; Id., *Dal diritto di resistenza alla tutela costituzionale del dissenso politico*, in R. Nania, P. Ridola, *I diritti costituzionali*, cit., pp. 483 ss.

¹² Sulla comparazione tra l'esperienza italiana e quella degli Stati Uniti insistono A. Cerri, *Libertà di manifestazione del pensiero, propaganda, istigazione ad agire*, in *Giurisprudenza costituzionale* 1969, n. 3, pp. 1178 ss.; G. Amato, *Sistema giudiziario e dissenso sociale*, in *Politica del diritto* 1972, n. 3-4, pp. 301 ss.; G. Bognetti, *Il "pericolo" nell'istigazione all'odio di classe e nei reati contro l'ordine pubblico*, in *Giurisprudenza costituzionale* 1974, n. 3, pp. 1433 ss.; R. Alesiani, *I reati di opinione*, cit., pp. 224 ss., 315 ss.

¹³ Sui rapporti tra magistratura e fascismo, si vedano G. Neppi Modona, *La magistratura e il fascismo*, in *Politica del diritto* 1972, n. 3-4, pp. 563 ss.; A. Giuliani, N. Picardi, *La responsabilità del giudice: dallo Stato liberale allo Stato fascista*, in Id. (a cura di), *L'educazione giuridica, III: la responsabilità del giudice*, Perugia 1978, pp. 505 ss., spec. pp. 528 ss.; Id., *La responsabilità del giudice*, Ristampa agg., Milano 1995, pp. 130 ss.; O. Abbamonte, *La politica invisibile. Corte di Cassazione e magistratura durante il fascismo*, Milano 2003; G. Focardi, *Magistratura e fascismo. L'amministrazione della giustizia in Veneto 1920-1945*, Padova 2012.

“tutto quel complesso di interessi politici fondamentali, rispetto ai quali lo Stato intende affermare la sua personalità”¹⁴, è tuttavia vero che alcuni di questi reati si ritrovavano già nel Codice Zanardelli¹⁵, rubricati nell’ambito della categoria *Delitti contro la sicurezza dello Stato*. A questi reati andavano aggiunti poi i reati previsti dagli artt. 246 e 247 cod. pen. Zanardelli, ovvero l’istigazione a delinquere, l’apologia, l’incitamento alla disobbedienza della legge e l’incitamento all’odio tra le diverse classi sociali¹⁶, nonché le disposizioni sulla stampa contenute nel Regio Editto 26 marzo 1848, n. 695, che consacravano il carattere intrinsecamente politico dei reati commessi con questo mezzo di comunicazione¹⁷.

A sostegno della tesi della discontinuità si potrebbe invocare la stessa *Relazione del Guardasigilli al Re*, dove la natura fascista del codice viene esaltata, e dove vengono sottolineate le insufficienze del Codice Zanardelli, proprio in materia di reati di opinione¹⁸. La riforma dei codici veniva vista da Rocco come uno dei momenti fondamentali nella costruzione dello Stato fascista e nel superamento dello Stato

¹⁴ Ministero della Giustizia e degli Affari di Culto, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale, Volume V. Progetto definitivo di un nuovo codice penale con la relazione del Guardasigilli, on. Alfredo Rocco, Parte II. Relazione sui libri II e III del Progetto*, Roma 1929, p. 8. Sul fatto che i codici del 1930 riflettessero la preoccupazione del legislatore di assicurare alla personalità dello Stato la più rigorosa protezione si sofferma O. Abbamonte, *La politica invisibile*, cit., p. 22. Si veda, tuttavia, C. Fiore, *I reati di opinione*, cit., p. 14, secondo il quale sarebbe un errore prendere alla lettera le enunciazioni del Guardasigilli, e ritenere che la promulgazione del Codice Rocco abbia realmente segnato una svolta radicale rispetto alla legislazione precedente.

¹⁵ Per quanto riguarda i reati di opinione previsti dal Codice Zanardelli, si vedano C. Fiore, *I reati di opinione*, cit., pp. 27 ss.; L. Alesiani, *I reati di opinione*, cit., pp. 31 ss.

¹⁶ Sull’importanza di queste due disposizioni codicistiche, si veda C. Fiore, *I reati di opinione*, cit., pp. 30 ss.; V. Fazio, C. Viazzi, *Istigazione a delinquere e apologia di reato nella giurisprudenza dall’unità ad oggi*, cit., pp. 536 ss.

¹⁷ Cfr., in proposito, L. Lacchè, *“Non giudicate”. Antropologia della giustizia e figure dell’opinione pubblica tra Otto e Novecento*, Napoli 2009, p. 34, che sottolinea come la consapevolezza che i reati di stampa fossero principalmente reati di opinione emergeva chiaramente dal fatto che essi fossero di competenza della giuria. Si veda, inoltre, L. Alesiani, *I reati di opinione*, cit., pp. 26 ss., la quale sottolinea come, pur codificando per la prima volta il principio della libertà di manifestazione del pensiero attraverso la stampa – lo Statuto Albertino, infatti, si limitava a riconoscere solo la libertà di stampa all’art. 28 – l’Editto Albertino aveva il difetto di prevedere una serie talmente lunga di reati commissibili, tale da lasciare sopravvivere ben poco di quella promessa libertà di stampa, soprattutto in campo politico. Sull’Editto Albertino sulla stampa, si veda, inoltre, S. Labriola, *Storia della Costituzione italiana*, cit., pp. 146 ss.; C. Fiore, *I reati di opinione*, cit., pp. 20 ss.

¹⁸ Cfr., in proposito, Ministero della Giustizia e degli Affari di Culto, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale, V. Progetto definitivo di un nuovo codice penale con la relazione del Guardasigilli, on. Alfredo Rocco, Parte II*, cit., p. 7: “È noto che il Codice vigente, ispirato ai dogmi di quell’individualismo, che anche noi avevamo ereditato dalla Rivoluzione Francese, limita le previsioni contenute nel Titolo I ai soli attentati contro la sicurezza dello Stato, quasi che oltre tale sfera di protezione minima, la quale coincide col diritto all’esistenza, lo Stato non avesse altri e non meno fondamentali interessi da affermare, e fosse in conseguenza lecito all’individuo di svolgere liberamente, in aperto contrasto con detti interessi, ogni sua maggiore attività. Il Progetto riflette, soprattutto in questo Titolo, principi completamente opposti, come completamente opposta è la concezione fascista dello Stato rispetto a quella demo-liberale, che dominò la nostra vita politica e in conseguenza anche la nostra legislazione, durante parecchi decenni prima della Marcia su Roma”. Sottolineano l’importanza di questo passaggio C. Fiore, *I reati di opinione*, cit., pp. 13-14; A. Aquarone, *L’organizzazione dello Stato totalitario*, Ristampa II ed., Torino 2003, pp. 235-236.

liberale, e di questo non aveva fatto mistero, sia nella *Introduzione* alla raccolta di scritti *La trasformazione dello Stato* (1927)¹⁹, sia in una serie di discorsi parlamentari – basti pensare soprattutto ai discorsi alla Camera del 9 marzo 1928²⁰, e del 16 maggio 1929²¹, ma anche ai discorsi sempre alla Camera del 13 maggio 1926²², del 5 marzo 1927²³, e del 14 aprile 1932²⁴, e al discorso al Senato del 6 giugno 1929²⁵ –, con una smentita implicita di quello che egli stesso aveva sostenuto nel discorso al Senato del 24 gennaio 1925²⁶, e in quello alla Camera del 21 marzo 1925²⁷, nei quali aveva assicurato che il deposito alla Camera di un d.d.l. di delega per la riforma del codice penale e del codice di procedura penale non avesse nulla di politico, ma soltanto uno scopo ed un valore puramente tecnico²⁸. D'altra parte, la necessità di operare una profonda revisione dei

¹⁹ Si veda A. Rocco, *Introduzione*, in Id., *La trasformazione dello Stato. Dallo Stato liberale allo Stato fascista*, Roma 1927, pp. 5 ss., spec. pp. 18 ss. [e in Id., *Scritti e discorsi politici, III. La formazione dello Stato fascista (1925-1934)*, Milano 1938, pp. 772 ss., spec. pp. 780-781].

²⁰ Si veda, in proposito, Id., *Discorsi parlamentari*, Bologna 2005, pp. 385 ss.: “Lo Stato fascista è in cammino: esso si delinea già nell'imponenza del suo aspetto massiccio, solido, quadrato. Dal punto di vista sostanziale, lo Stato fascista abbandona l'agnosticismo dello Stato liberale-democratico: ha un contenuto, una sua volontà. Ha un contenuto nazionale, anzi tutto: esso vuole realizzare, dentro e fuori dei confini, gli ideali della Nazione italiana. Ha poi un contenuto etico, religioso, sociale. E a servizio di questi altissimi fini pone un volontà concreta, positiva, inflessibile, e rivendica per sé tutte le forze, tutti gli strumenti, tutti i mezzi necessari per realizzarla. Rivendica a sé, cioè totalmente, la sovranità, sostituendo al dogma della sovranità popolare quello della sovranità dello Stato. Questa concezione ha trovato già in una serie di leggi la sua espressione concreta... Gli ultimi ostacoli che si frappongono ad una piena realizzazione dello Stato fascista sono oggi annidati nei codici, nei vecchi codici, elaborati in un'epoca, in cui la rinuncia dello Stato nazionale ai più efficaci presidi della sua sovranità parve sublime esempio di dedizione ai nuovi ideali liberali, e più ancora nei codici rinnovati negli ultimi quarant'anni, dico nel Codice penale e nel Codice di procedura penale, in cui i diritti dello Stato, che sono l'espressione delle necessità stesse della sicurezza sociale, erano stati ancor più gravemente manomessi a vantaggio dei pretesi diritti dell'individuo. Dal punto di vista politico considero, pertanto, come parte essenziale della revisione della nostra legislazione codificata, la riforma dei codici penali e di procedura penale”.

²¹ Ivi, pp. 405 ss., spec. p. 415: “Veniamo ora alla riforma dei codici. Giustamente gli onorevoli camerati Morelli ed Alberini hanno avvertito che la formazione dei nuovi Codici è cosa molto seria e che una rapidità eccessiva in questa materia non potrebbe che essere danno... Ciò significa che i nuovi Codici dovranno esser frutto di seria e ponderata elaborazione. Tale profonda elaborazione è necessaria anche perché la riforma dei codici, che fu pensata inizialmente come un riforma tecnica, è, deve essere essenzialmente riforma politica e riforma politica vuol dire introduzione dello spirito fascista in tutta la legislazione. Ciò importa una revisione completa di tutti gli istituti, fatta dal punto di vista della dottrina fascista, con spirito fascista... Ad ogni modo il programma è questo. Prima di tutto i codici punitivi, il Codice penale e il Codice di procedura penale. Io dichiaro di avere rallentato il lavoro di preparazione degli altri codici per condurre innanzi rapidamente la preparazione della nuova legislazione penale. E questo per una ragione evidente, perché il Codice penale e quello di rito penale sono i codici politici per eccellenza; poiché quello della funzione punitiva era il campo che i residui del liberalismo ingombrava di più”.

²² Ivi, pp. 319 ss., spec. pp. 327 ss.

²³ Ivi, pp. 353 ss., spec. pp. 357-358.

²⁴ Ivi, pp. 525 ss., spec. pp. 526 ss.

²⁵ Ivi, pp. 425 ss., spec. pp. 427 ss.

²⁶ Ivi, pp. 125 ss.

²⁷ Ivi, pp. 141 ss.

²⁸ Ivi, pp. 133 ss., 147-148.

delitti contro la sicurezza dello Stato era stata affermata da Rocco sin dal discorso alla Camera del 27 maggio 1925²⁹, e da quello al Senato del 17 dicembre 1925³⁰.

Ad ulteriore sostegno della tesi della discontinuità si potrebbe anche sostenere che il Codice penale del 1930 costituisce uno dei campi dove il carattere autoritario del Regime emerge con maggiore nettezza³¹, in particolar modo per quanto riguarda la repressione dei reati politici³². È stato rilevato che l'ordinamento penale di uno Stato totalitario – se di totalitarismo si può effettivamente parlare a proposito del fascismo: alcune ricostruzioni lo affermano recisamente³³; altre lo negano con forza³⁴, o,

²⁹ Ivi, pp. 177 ss., spec. pp. 188-189.

³⁰ Ivi, pp. 259 ss., spec. p. 274.

³¹ Sulla natura autoritaria e pubblicistica del Codice Rocco si soffermano M. Caravale, *Storia del diritto nell'Europa moderna e contemporanea*, cit., pp. 438-439; F. Colao, G. Neppi Modona, M. Pelissero, *Alfredo Rocco e il codice penale fascista*, in *Democrazia e diritto* 2011, n. 1-2, pp. 175 ss., spec. pp. 181 ss.; S. Skinner, *Tainted Law? The Italian Penal Code, Fascism and Democracy*, in *International Journal of Law in Context* 2011, n. 11, pp. 423 ss.; P. Alvazzi del Frate, *Il costituzionalismo moderno*, cit., p. 68; F. Treggiari, *La codificazione penale (secoli XIX-XX)*, in M. Ascheri (a cura di), *Lezioni di storia delle codificazioni e delle costituzioni*, Torino 2008, pp. 187 ss., spec. pp. 205 ss.; M. Ascheri, *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo*, cit., p. 415; L. Alesiani, *I reati di opinione*, cit., pp. 87 ss., 105 ss.; O. Abbamonte, *La politica invisibile*, cit., p. 22; A. Aquarone, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, cit., p. 237 (secondo cui la preoccupazione di costruire un codice che rispecchiasse agli occhi di tutti una politica legislativa fascista traspariva dalla generale tendenza, sia sistematica che normativa, di fare apparire sempre la tutela della legge penale come rivolta non tanto alla tutela degli interessi individuali, ma di quelli collettivi); N. Bobbio, *Dal fascismo alla democrazia*, cit., p. 114 (il quale vede in esso il coronamento dell'edificio giuridico messo in piedi da Rocco a partire dal 1925, in quanto era pienamente sancito il principio autoritario della difesa a oltranza dello Stato contro l'individuo); A. Di Giovine, *I limiti della libertà di manifestazione del pensiero*, cit., p. 57 (che sottolinea come la stessa giurisprudenza costituzionale lo abbia riconosciuto nella sent. 109/1968); J. Onnis, *Riflessi del nazionalismo di Alfredo Rocco sulla legislazione penale fascista con particolare riguardo ai reati di opinione*, cit., pp. 87 ss.; C. Fiore, *I reati di opinione*, cit., p. 38.

³² Si veda C. Ghisalberti, *La codificazione del diritto in Italia 1865-1942*, Ristampa, Roma-Bari 2000, p. 226, ove sottolinea che nelle disposizioni più dichiaratamente politiche emergono i chiari condizionamenti ideologici e i timori ossessivi di un regime autoritario di difendere le basi del proprio potere. Sul fatto che l'intero Titolo I del Libro II del Codice Rocco in materia di delitti contro la personalità dello Stato fosse profondamente segnato dall'ideologia fascista della statualità insiste A. Buratti, *Dal diritto di resistenza alla tutela costituzionale del dissenso politico*, cit., p. 501.

³³ Sostengono il carattere totalitario dell'esperienza fascista B. Brunello, *Dottrine politiche*, Brescia 1955, pp. 443 ss.; M. Sbriccoli, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in *Storia d'Italia, Annali 14: legge, diritto, giustizia*, a cura di L. Violante, Torino 1998, pp. 485 ss.; Id., *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 1999, vol. XXVIII, tomo II, pp. 817 ss.; G. Grottanelli de' Santi, *Note introduttive di diritto costituzionale*, Ristampa agg., Torino 2006, pp. 100 ss.; C. Pinelli, *Forme di Stato e forme di governo*, cit., pp. 113 ss.; M. Ascheri, *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo*, cit., pp. 395 e 413; E. Gentile, *La via italiana al totalitarismo. Il partito e lo Stato nel regime fascista*, III ed., Roma 2008, spec. pp. 155 ss. (ove si parla di via italiana al totalitarismo) 161 ss. (ove individua nel partito-milizia l'embrione del regime totalitario), 209 ss. (ove si parla di una teoria fascista dello Stato totalitario); G. Focardi, *Magistratura e fascismo*, cit., pp. 117 ss. (il quale sottolinea come la politicizzazione crescente della vita giudiziaria fosse la conseguenza del processo di identificazione tra Stato e partito).

³⁴ Nega recisamente che si possa parlare di Stato totalitario D. Fisichella, *Totalitarismo. Un regime del nostro tempo*, II ed., Roma 2002, spec. pp. 80 ss., 162-163, 167 ss.; Id., *Lineamenti di scienza politica. Concetti, problemi, teorie*, Ristampa II ed., Roma 2005, pp. 393-394, 402-403, 413-414; Id., *Dittatura e monarchia*, cit., pp. 331 ss., secondo cui, sulla scia della analisi di Hannah Arendt, è più corretto parlare di Stato autoritario, anche in base alla considerazione che il regime fascista, a differenza di quello

comunque, esprimono dubbi³⁵; altre, infine, si collocano in una posizione intermedia³⁶ – è il luogo per eccellenza in cui cogliere modi di pensare e di sentire, fondamenti culturali e archetipi³⁷. Nel codice penale del 1930 si riscontra, in effetti, un'inversione degli orientamenti presenti nel Codice Zanardelli³⁸, tra cui spicca proprio la diversa considerazione del dissenso politico³⁹. D'altra parte, il carattere dichiaratamente

bolscevico e di quello hitleriano, non arrivò a fare proprio il concetto di *nemico oggettivo* (ovvero, colui che viene dichiarato tale dal potere totalitario non in base ad un criterio di oggettività, ma in base ad una pronuncia soggettiva del vertice *pro tempore* del regime), ma si limitò, al pari di tutti i regimi autoritari, a combattere il *nemico reale* (chi spinge il suo dissenso e la sua opposizione sino al ricorso alla violenza, all'uso delle armi ed al terrorismo) e il *nemico potenziale* (chi appartiene ad un gruppo sociale in attuale e/o precedente dissenso rispetto al regime, pur senza porre in essere comportamenti di inimicizia reale): da qui anche un'ulteriore differenza rispetto ai regimi totalitari tedesco e sovietico, ovvero la mancanza delle sanguinose *purge* nell'ambito dello stesso partito egemone. Dubbi sulla nozione di totalitarismo in quanto tale sono espressi, invece, da J. Touchard, *Storia del pensiero politico*, tr. it. a cura di A. Mozzillo, Milano 1963, pp. 640-641.

³⁵ Dubbi sulla qualificazione dello Stato fascista come Stato totalitario sono espressi da M. Mazziotti di Celso, *Storia breve delle istituzioni italiane dal 1900 al 1994*, cit., pp. 7 ss., il quale, pur riconoscendo che certe riforme legislative fasciste si muovevano in quel senso – Mazziotti indica come proprie di questa tendenza la legge sul Gran Consiglio del 1928 e la legge elettorale di quello stesso anno –, ritiene alla fine (ivi, pp. 12-13) che la stessa volontà di Mussolini di emergere come figura dominante impedì che il partito unico assumesse le funzioni ed il rilievo che aveva in Unione Sovietica e in Germania. In senso simile, si vedano L. Paladin, *Fascismo*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XVI, Milano 1967, pp. 887 ss. (e in Id., *Saggi di storia costituzionale*, a cura di S. Bartole, Bologna 2008, pp. 35 ss., spec. pp. 54 ss.); A. Aquarone, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, cit., spec. pp. 291 ss. (secondo il quale lo Stato totalitario sotto il fascismo non riuscì mai a essere tale); G. Lombardi, *Lo Stato totalitario tra aspirazioni e realtà. Alcune riflessioni*, ivi, pp. XI ss., spec. pp. XIII (secondo cui lo Stato totalitario, durante il regime fascista, è tale più nelle aspirazioni che nei fatti, più nell'ideologia che nell'effettività); S. Cassese, *Lo Stato fascista*, Bologna 2010, spec. pp. 25 ss., 79 ss. (ove sottolinea il fatto che lo Stato fascista presenta una varietà di elementi tra loro contraddittori e tutti in contrasto con la abituale rappresentazione dello Stato totalitario); M. Caravale, *Storia del diritto nell'Europa moderna e contemporanea*, cit., pp. 341-342, 423.

³⁶ Una posizione intermedia è quella di G. Negri, *Il quadro costituzionale. Tempi e istituti della libertà*, Milano 1984, pp. 63 ss.; Id., *Storia politica italiana dall'Unità alla Repubblica*, cit., pp. 324 ss., che, sulla base delle critiche di coloro che hanno negato la qualifica di totalitario al fascismo, preferisce parlare di regime totalitario imperfetto.

³⁷ Cfr. M. Sbriccoli, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano*, cit., p. 534. Sul Codice penale del 1930 come espressione dello Stato totalitario insistono anche F. Colao, G. Neppi Modona, M. Pelissero, *Alfredo Rocco e il codice penale fascista*, cit., pp. 175, 181-182, 184.

³⁸ Sulla comparazione con il Codice Zanardelli si soffermava J.C. Baak, *L'avant-projet du Code Pénal italien dans ses rapports avec le droit international*, in *Revue du droit international et de législation comparée* 1929, pp. 53 ss., che metteva in evidenza la profonda differenza esistente tra il Codice Zanardelli, improntato sulle idee di libertà e sicurezza individuale, e il Progetto Preliminare del Codice Rocco, tutto incentrato, invece, sulla nozione di ordine pubblico. In senso simile, si veda anche S. Skinner, *Tainted Law?*, cit., pp. 425 ss.

³⁹ Sulla penalizzazione del dissenso politico come caratteristica fondamentale del Codice Rocco, si sofferma C. Fiore, *I reati di opinione*, cit., pp. 38 ss., che sottolinea come la repressione della propaganda fosse possibile anche nei casi di comunicazione individuale e privata. In senso simile, si veda M. Sbriccoli, *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo*, cit., pp. 837 ss., laddove sottolinea che una caratteristica essenziale del Codice Rocco fu di tradurre in norme penali alcuni capisaldi dell'ideologia giuridica del fascismo, dal totalitarismo, allo Stato persona e alla sacralità della Nazione, all'idea fascista della famiglia, alla religione dello Stato, all'economia corporativa, alla ossessione per la purezza della stirpe, ed all'intolleranza per le opposizioni. A suo avviso (ivi, p. 839), sul carattere apertamente fascista di

politico del Codice Rocco è stato riconosciuto da uno studioso come Giuliano Vassalli⁴⁰, il quale ha sottolineato come l'elemento politico sia molto più penetrante e profondo di quanto non possa apparire a prima vista⁴¹.

Il carattere fascista della codificazione del 1930 è stato evidenziato anche da Piero Calamandrei, che ha parlato del Codice penale, di procedura penale e del T.U.L.P.S. come dei testi fondamentali della tirannia fascista, e, in particolare, del Codice Rocco del 1930 come di un codice di partito, le cui disposizioni concernenti proprio i delitti contro la personalità dello Stato erano fondate su una concezione totalitaria che escludeva la pluralità dei partiti e considerava delittuosa l'eterodossia⁴². Questo carattere emergeva, per Calamandrei, se si comparavano i codici del 1930 con i successivi codici del 1940⁴³. In particolare, egli deplorava che, a causa del mantenimento in vigore del Codice Rocco, la magistratura repubblicana dovesse trovarsi ad applicare articoli che consideravano delittuose opinioni libere e lecite in uno Stato democratico⁴⁴. Una manifestazione ulteriore del carattere partigiano del codice penale del 1930 era data dal fatto che esso, con una innovazione sconosciuta agli altri codici penali, parificasse le offese al capo del governo a quelle rivolte al Re, creando per il Duce una aureola di inviolabilità assai più luccicante di quella prevista dallo Statuto per la persona del Re⁴⁵.

Anche Luigi Ferrajoli ha riconosciuto che il peso dell'ideologia fascista fu decisamente maggiore nel codice penale che in quello civile⁴⁶: mentre quest'ultimo, grazie all'opera di Emilio Betti e soprattutto di Filippo Vassalli, fu un compromesso tra le spinte antitetiche di Mariano D'Amelio e Vittorio Scialoja, da un lato, e di Sergio

numerosi Titoli e Capi del Libro Secondo non serve dilungarsi.

⁴⁰ Si veda, in proposito, G. Vassalli, *Passione politica di un uomo di legge*, in A. Rocco, *Discorsi parlamentari*, cit., pp. 13 ss., spec. pp. 61 ss.

⁴¹ Ivi, p. 63. Sul carattere squisitamente politico del Codice Rocco insiste anche A. Aquarone, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, cit., pp. 235 ss., che ravvisa in esso il culmine del perfezionamento dei mezzi coercitivi di prevenzione e di repressione messi a disposizione dello Stato fascista.

⁴² Cfr. P. Calamandrei, *La Costituzione e le leggi per attuarla*, Milano 2000, pp. 54 ss.

⁴³ Ivi, p. 55: "Nei codici civili, cioè nel Codice civile, in cui è rifiuto anche il Codice di commercio, e nel Codice di procedura civile lo spirito fascista non è penetrato in profondità: essi, quantunque portati a compimento nel 1941, sono stati la conclusione di un movimento scientifico e giurisprudenziale maturatosi in un cinquantennio e il fascismo non ha fatto altro che mettere il suo marchio, come usava fare, su un pensiero giuridico che non gli apparteneva. Questo è vero per il Codice civile, dal quale è stato facile cancellare le infiltrazioni razziali e corporative penetrate in qualche formula; ma soprattutto per il Codice di procedura civile, che è stato la traduzione in legge del pensiero di un grande studioso liberale, Giuseppe Chiovenda, al quale per il suo antifascismo le autorità accademiche dell'Università di Roma rifiutarono perfino, quando morì nel 1937, le onoranze funebri".

⁴⁴ Ivi, p. 57, ove cita come esempi gli artt. 269, 270, 271, 272, 273, 274 cod. pen. Rocco. Tende, tuttavia, a sminuire l'importanza della revisione della legislazione codicistica A. Di Giovine, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, cit., pp. 8 ss., secondo il quale, se è vero che la libertà di manifestazione del pensiero diminuisce ogni giorno, ciò non è dovuto, se non in infima misura, alla mancata abrogazione o alla revisione di alcuni articoli del codice penale.

⁴⁵ Si veda, in proposito, P. Calamandrei, *Il fascismo come regime della menzogna*, Roma-Bari 2014, p. 93.

⁴⁶ Si vedano, in proposito, L. Ferrajoli, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari 1999, pp. 42 ss.; M. Ascheri, *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo*, cit., p. 414.

Panunzio e Carlo Costamagna, dall'altro, il codice penale fu caratterizzato da elementi estrinseci direttamente riconducibili all'ideologia del fascismo, come la reintroduzione della pena di morte, una serie sterminata di reati di opinione, e la previsione di pene severissime nei reati contro la personalità dello Stato⁴⁷. Sulla portata politica del codice penale del 1930 ha insistito anche Paolo Ungari, secondo il quale ciò che dovrebbe essere ricordato di esso è il suo rispecchiare una dottrina organica dello Stato-apparato di potere e come Stato-società o collettività nazionale, che non la vittoria della terza scuola che pose fine alla diatriba tra Scuola Classica e Scuola Positiva⁴⁸.

Tra i più convinti sostenitori del carattere fascista della codificazione penale del 1930 va, infine, annoverato Stefano Rodotà⁴⁹, secondo il quale entrambi i codici del 1930, nel recare la consapevole impronta di Alfredo Rocco, palesano una coerenza piena con la logica del Regime. A suo avviso, anzi, in pochi testi si può riscontrare una così forte capacità di rappresentare un programma politico come nei codici del 1930. In particolare, secondo Rodotà, quel che caratterizza il codice penale è l'aver elevato a centro del sistema il momento dell'autorità, con l'accento posto sulla difesa dello Stato e della sua personalità, con la conseguente compressione di tutte quelle attività, individuali e associate, dalla manifestazione di opinioni alla costituzione di associazioni, che potevano essere in contrasto con quel fine⁵⁰.

A confutazione di queste tesi si potrebbe replicare, in primo luogo, che alcuni studiosi tendono a negare il carattere fascista della codificazione⁵¹, finanche di quella

⁴⁷ Si vedano L. Ferrajoli, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, cit., p. 46; M. Ascheri, *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo*, cit., p. 415. Sull'enorme numero di reati di opinione insistono anche A. Pizzorusso, *Prefazione*, in S. Trentin, *Dallo Statuto albertino al regime fascista*, cit., pp. IX ss., spec. XXV-XXVI; A. Di Giovine, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, cit., p. 52; P. Alvazzi del Frate, *Il costituzionalismo moderno*, cit., p. 68; S. Cassese, *Lo Stato fascista*, cit., p. 59; M. Caravale, *Storia del diritto nell'Europa moderna e contemporanea*, cit., p. 417.

⁴⁸ Si veda P. Ungari, *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*, Brescia 1963, pp. 81-82.

⁴⁹ Cfr. S. Rodotà, *Le libertà e i diritti*, in R. Romanelli, *Storia dello Stato italiano dall'Unità a oggi*, cit., pp. 301 ss.

⁵⁰ Ivi, p. 345.

⁵¹ Cfr. C. Ghisalberti, *La codificazione del diritto in Italia 1865-1942*, cit., p. 219, secondo il quale la codificazione deve essere considerata come il risultato di una evoluzione in atto del nostro sistema normativo non rapportabile né giustificabile esclusivamente o prevalentemente col richiamo agli ideali o ai miti del ventennio mussoliniano, in quanto troppi sono i condizionamenti esercitati dalla tradizione legislativa dell'età liberale perché possa qualificarsi come fascista l'opera normativa del ventennio. In senso simile, si veda A. Aquarone, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, cit., pp. 286 ss., secondo cui sia il codice civile che quello di procedura civile usurparono abbondantemente la qualifica di mussoliniani, non tanto per il nessun contributo dato da Mussolini alla loro redazione, quanto per la scarsa incidenza che l'ideologia fascista ebbe sulla loro elaborazione e stesura: a suo avviso, anche nei punti dove sembrava che il codice civile fosse tributario dell'ideologia corporativa (la connessione tra diritto pubblico e diritto privato, e fra interesse collettivo e interesse individuale, il che portava in concreto ad una serie di limitazioni imposte alla proprietà privata, ad una più accentuata ingerenza nella vita economica e sociale, ad una più vasta e dettagliata regolamentazione dei rapporti di lavoro e degli istituti fondamentali dell'economia moderna, quali le società e l'impresa), si trattava, per la maggior parte, di un naturale processo di adeguamento della legislazione civile alle mutate condizioni sociali ed economiche, adeguamento che prescindeva dal corporativismo e dall'ideologia giuridica fascista. Nega recisamente il carattere fascista della codificazione anche R. Martucci, *Storia costituzionale italiana*, cit., p. 203, secondo il quale, a distanza di tanti decenni, essa può essere oggi valutata con serenità nella sua dimensione di espressione alta della scienza giuridica italiana. In senso simile, si veda

penale⁵². Peraltro, va anche detto che, sulla scia dell'affermazione di Norberto Bobbio, la dottrina si è interrogata sulla esistenza o meno di una cultura giuridica fascista⁵³. Inoltre, va sottolineato che l'adozione di un metodo rigorosamente tecnico-giuridico, pur se non garantì il permanere di un assetto liberale, imbrigliò le tendenze più estremistiche e politicizzate del fascismo, contribuendo a mantenere due fondamentali garanzie, quali l'irretroattività della legge e il divieto di interpretazione analogica⁵⁴.

P. Alvazzi del Frate, *Il costituzionalismo moderno*, cit., p. 68, che sottolinea come i Codici siano rimasti in vigore una volta abrogate le norme chiaramente ispirate dall'ideologia giuridica fascista. Di diverso avviso è, invece, S. Rodotà, *Le libertà e i diritti*, cit., pp. 345-346, il quale nega che l'elevata qualità tecnica dei codici possa comunque assolvere coloro che parteciparono più direttamente a quell'opera, ed attestare una distanza dalle premesse e dagli obiettivi del Regime. Pur ritenendo l'espressione "codici mussoliniani" riferita al codice civile ed a quello di procedura civile come meramente celebrativa, Rodotà non considera accettabile la tesi di un loro sostanziale carattere tecnico, derivante dall'accoglimento di soluzioni maturate nell'ambito scientifico, e di consolidati orientamenti giurisprudenziali. Critico nei confronti del carattere tecnico della codificazione civile è, infine, anche P. Cappellini, *Il fascismo invisibile. Una ipotesi di esperimento storiografico tra codificazione civile e regime*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 1999, vol. XXVIII, tomo 1, pp. 175 ss.

⁵² Tende a negare il carattere fascista della codificazione penale A. Di Giovine, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, cit., pp. 56-57, che sottolinea (ivi, pp. 53 ss.) come gran parte delle disposizioni codicistiche in materia di reati di opinione abbiano superato non solo i numerosi tentativi di riforma sul piano legislativo, ma anche il sindacato della stessa Corte Costituzionale. In senso simile, si veda anche C. Ghisalberti, *La codificazione del diritto in Italia 1865-1942*, cit., p. 223, secondo cui la fascistizzazione della materia penale contenuta nelle prime riforme legislative non aveva intaccato il tessuto del diritto codificato, col risultato che il codice Rocco appariva sostanzialmente come frutto dell'esperienza giuridica italiana, e non dettato dall'ideologia del potere, almeno nei suoi principi ispiratori e nei suoi contenuti normativi più qualificanti: una simile affermazione veniva suffragata, per Ghisalberti, anche dallo stesso andamento dell'*iter* formativo, che aveva visto impegnate e coinvolte nella preparazione del testo una pluralità di persone ed una vasta gamma di istituzioni non necessariamente legate alla volontà e alla logica del potere fascista. Si veda, inoltre, A. Aquarone, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, cit., p. 238, il quale ammette che il nuovo codice penale non fu integralmente permeato di spirito fascista: nella sua struttura complessiva, e nel contenuto specifico della maggioranza delle singole disposizioni, esso era, più che il frutto di una unilaterale volontà politica, il punto di arrivo di studi e discussioni iniziatisi e svoltisi da molto prima che il fascismo si affacciasse all'orizzonte della vita politica italiana. Il fatto che, all'indomani della caduta del fascismo, il codice penale fosse rimasto nel suo complesso immutato fu dovuto, per Aquarone, solo in parte alla fiacchezza con cui si procedette alla defascistizzazione delle istituzioni giuridiche e amministrative, ma fu dovuto anche alla circostanza che il fascismo era stato ben lontano dal realizzare un programma coerentemente e organicamente totalitario. Si veda, infine, R. Martucci, *Storia costituzionale italiana*, cit., p. 203, che non esita a parlare di polemiche politiche partigiane nel primo trentennio repubblicano a proposito del codice penale.

⁵³ In parziale disaccordo con Bobbio è L. Ferrajoli, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, cit., pp. 39 ss., per il quale il diritto è forse il settore nel quale meno che in qualunque altro il fascismo può essere considerato una parentesi: a suo avviso, infatti, il fascismo non difettò di un suo organico e ambizioso progetto giuridico. Sul rapporto tra fascismo e cultura giuridica, inoltre, si veda *Fascismo e cultura giuridica* (interventi di A. Mazzacane, S. Rodotà, R. Teti, U. Breccia, A. Somma), in Fondazione Lelio e Lisli Basso, *Annali 2003. Diritto e culture della politica*, a cura di S. Rodotà, Roma 2004, pp. 155 ss.

⁵⁴ Cfr. in questo senso, C. Guarnieri, *L'ordine pubblico e la giustizia penale*, in R. Romanelli, *Storia dello Stato italiano dall'Unità a oggi*, cit., pp. 365 ss., spec. pp. 386, 390-391; L. Ferrajoli, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, cit., p. 45; M. Sbriccoli, *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo*, cit., pp. 828 ss., 843. Di diverso avviso sono F. Colao, G. Neppi Modona, M. Pelissero, *Alfredo Rocco e il codice penale fascista*, cit., pp. 184-185, ad avviso dei quali il mantenimento delle tradizionali garanzie del principio di stretta legalità e di irretroattività della legge va visto alla luce delle scelte orientate alla tutela degli interessi

D'altra parte, si potrebbe anche osservare che le critiche di Calamandrei sembrano dettate da una certa dose di faziosità, se si tiene presente, da un lato, la condanna senza appello del codice penale e di procedura penale, e, dall'altro, la sostanziale assoluzione del codice civile, e, soprattutto, di procedura civile, alla stesura del quale – è bene ricordarlo – egli collaborò in modo determinante⁵⁵.

A sostegno della tesi della continuità, invece, si possono invocare quelle opinioni dottrinarie che hanno sottolineato come la promulgazione del nuovo Codice non abbia segnato, in realtà, una svolta rispetto alla legislazione precedente, così come agli orientamenti interpretativi precedenti, poiché il legislatore del 1930 non fece altro che proseguire con molta decisione su una strada che avevano già imboccato i governi dell'Italia liberale, pur nel contrasto di un'opposizione battagliera. Secondo i fautori di questa interpretazione, il Codice Rocco non faceva altro che raccogliere i suggerimenti che venivano da un'ininterrotta tradizione autoritaria, presente sia nei codici abrogati che nelle leggi particolari succedutesi negli anni precedenti⁵⁶: in questo contesto, sarebbero soltanto le condizioni politiche mutate, ovvero l'assenza di un'opposizione⁵⁷

politici, istituzionali e ideologici dello Stato e del regime fascista.

⁵⁵ Di ambiguità della posizione di Calamandrei rispetto al fascismo parla G. Tarello, *Dottrine del processo civile. Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*, a cura di R. Guastini e G. Rebuffa, Bologna 1989, pp. 251 ss., che sottolinea come nella formazione spirituale di Calamandrei fossero operanti non pochi elementi confluiti nell'ideologia del regime fascista (l'autoritarismo statalistico, il nazionalismo, l'elitismo), e come, pur non aderendo affatto ad esso, egli non solo continuò nell'insegnamento, ma accettò anche cariche e uffici sostanzialmente politici, come, ad esempio, la partecipazione a commissioni ministeriali per la riforma dei codici, ovvero a quella che già all'epoca veniva chiamata "la codificazione fascista".

⁵⁶ Sulla continuità tra normativa penale liberale e normativa penale fascista insistono C. Fiore, *I reati di opinione*, cit., pp. 14 ss.; V. Fazio, C. Viazzi, *Istigazione a delinquere e apologia di reato nella giurisprudenza dall'unità ad oggi*, cit., p. 558; J. Onnis, *Riflessi del nazionalismo di Alfredo Rocco sulla legislazione penale fascista con particolare riguardo ai reati di opinione*, cit., pp. 86-87; A. Di Giovine, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, cit., pp. 52-53. Sulla continuità tra la politica criminale fascista espressa nel Codice Rocco e la politica criminale della fine del XIX secolo in materia di repressione del dissenso politico radicale insiste anche A. Buratti, *Dal diritto di resistenza al metodo democratico*, cit., pp. 170-171. In senso simile, si veda S. Cassese, *Lo Stato fascista*, cit., p. 63, secondo il quale il codice Rocco, pur di impronta autoritaria e con pene più aspre, codificò norme fasciste e prefasciste, consolidando orientamenti che erano maturati anche nell'Italia liberale. Di diverso avviso sembra, invece, A. Reposo, *Lezioni sulla forma di governo italiana*, cit., p. 42, secondo il quale la legge sulla difesa dello Stato, la nuova disciplina della stampa periodica del 1925, e il nuovo sistema dei reati a mezzo stampa previsti dal Codice Rocco si distinguevano da un punto di vista qualitativo dagli attacchi alle libertà individuali che avevano contrassegnato l'intera esperienza statutaria, in quanto si trattava di misure non transitorie, volte a perfezionare, per quanto possibile, il programma totalitario.

⁵⁷ Sul pluripartitismo, sulla tutela delle minoranze e sulla garanzia della opposizione come caratteristiche peculiari del costituzionalismo liberale e liberaldemocratico, insistono V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale, I. Introduzione al diritto costituzionale italiano (Gli ordinamenti giuridici – Stato e Costituzione – Formazione della Repubblica)*, II ed., Padova 1970, pp. 118-119; P. Biscaretti di Ruffia, *Introduzione al diritto costituzionale comparato. Le "forme di Stato" e le "forme di governo". Le Costituzioni moderne*, IV ed., Milano 1980, pp. 61 ss.; G. de Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, cit., pp. 110 ss.; Id., *Le transizioni costituzionali. Sviluppi e crisi del costituzionalismo alla fine del XX secolo*, Bologna 1999, pp. 71 ss.; D. Fisichella, *Lineamenti di scienza politica*, cit., pp. 202 ss., 291-292, 302 ss., 358 ss.; Id., *Dittatura e monarchia*, cit., spec. pp. 80 ss., 88 ss.; F. Lanchester, *Gli strumenti della democrazia. Lezioni di diritto costituzionale comparato*, Milano 2004, pp. 81 ss.; A. Buratti, *Dal diritto di resistenza al metodo democratico*, cit., spec. pp. 156 ss., 173 ss.; Id., *Dal diritto di resistenza alla tutela costituzionale del dissenso politico*, cit., pp. 495

– le opposizioni erano state stroncate e rese innocue tra il 1925 ed il 1926, con una serie di disposizioni legislative⁵⁸, molte delle quali trasposte successivamente nel Codice Penale del 1930 (basti pensare alla legge sui fuoriusciti⁵⁹, a quella sulla difesa dello Stato⁶⁰, a quella sulle associazioni, ecc.)⁶¹ – a permettere al nuovo Regime di costruire un ampio e compiuto sistema di repressione del dissenso politico che sarebbe risultato inaccettabile nel precedente ordinamento⁶².

Si potrebbe replicare che questa ricostruzione rischia di sottovalutare l'importanza e la gravità della scelta politica mussoliniana di mettere fuori gioco le opposizioni, arrivando addirittura a forzare la mano all'art. 49 Statuto⁶³. Un conto, infatti, è la

ss.; P. Calamandrei, *Il fascismo come regime della menzogna*, cit., pp. 15 ss.

⁵⁸ Si vedano T. Martines, *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*, cit., pp. 107 ss.; G. Perticone, *Il Regime Parlamentare nella storia dello Statuto Albertino*, cit., pp. 260 ss.; F. Chabod, *L'Italia contemporanea*, cit., pp. 77 ss.; P. Ungari, *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*, cit., pp. 86 ss.; C. Fiore, *I reati di opinione*, cit., pp. 37 ss.; J. Onnis, *Riflessi del nazionalismo di Alfredo Rocco sulla legislazione penale fascista con particolare riguardo ai reati di opinione*, cit., pp. 132 ss.; P. Biscaretti di Ruffia, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, cit., pp. 473 ss.; G. Maranini, *Storia del potere in Italia 1858-1967*, cit., pp. 296 ss.; S. Merlini, *Il Governo costituzionale*, cit., pp. 42 ss.; P. Pombeni, *La rappresentanza politica*, cit., pp. 107 ss.; S. Rodotà, *Le libertà e i diritti*, cit., pp. 335 ss.; S. Labriola, *Storia della Costituzione italiana*, cit., pp. 203 ss.; N. Bobbio, *Dal fascismo alla democrazia*, cit., pp. 54 ss.; A. Reposo, *Lezioni sulla forma di governo italiana*, cit., pp. 41 ss.; M. Sbriccoli, *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo*, cit., pp. 832 ss.; C. Ghisalberti, *Storia costituzionale d'Italia 1848/1948*, cit., pp. 357 ss.; G. Rebuffa, *Lo Statuto albertino*, cit., pp. 149 ss.; R. Martucci, *Storia costituzionale italiana*, cit., pp. 199 ss.; A. Aquarone, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, cit., pp. 47 ss.; R. D'Alfonso, *Costruire lo Stato forte. Politica, diritto, economia in Alfredo Rocco*, Milano 2004, pp. 173 ss.; G. Vassalli, *Passione politica di un uomo di legge*, cit., pp. 41 ss.; F. Lanchester, *La rappresentanza in campo politico e le sue trasformazioni*, cit., pp. 97 ss.; Id., *Alfredo Rocco e le origini dello Stato totale*, cit., pp. 27 ss.; A. Tarquini, *Alfredo Rocco e Giovanni Gentile. Riflessioni su Stato, nazione e politica di un regime totalitario*, ivi, pp. 83 ss., spec. pp. 104 ss.; L. Alesiani, *I reati di opinione*, cit., pp. 57 ss.; M. Ascheri, *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo*, cit., pp. 396 ss.; P. Alvazzi del Frate, *Il costituzionalismo moderno*, cit., pp. 66 ss.; E. Gentile, *La via italiana al totalitarismo*, cit., pp. 171 ss.; L. Paladin, *Saggi di storia costituzionale*, cit., pp. 39 ss.; S. Cassese, *Lo Stato fascista*, cit., pp. 33 ss.; M. Caravale, *Storia del diritto nell'Europa moderna e contemporanea*, cit., pp. 417 ss.; D. Fisichella, *Dittatura e monarchia*, cit., pp. 92 ss.

⁵⁹ Per un commento sulla legge sui fuoriusciti, oltre alla bibliografia citata nella nota precedente, si veda F. Colao, "Hanno perduto il diritto di essere ancora considerati figli d'Italia". *I fuoriusciti nel Novecento*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 2009, vol. XXXVIII, pp. 653 ss.

⁶⁰ Sullo strettissimo legame tra la legge per la difesa dello Stato e il codice penale del 1930 insistono C. Fiore, *I reati di opinione*, cit., pp. 37-38; S. Rodotà, *Le libertà e i diritti*, cit., p. 345; A. Aquarone, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, cit., p. 102 (il quale sottolinea come, pur essendo state le disposizioni della legge in gran parte trasfuse nel nuovo Codice penale, la logica stessa dello Stato di polizia portò alla conservazione del Tribunale Speciale e alla sua trasformazione, sia pure tramite prolungamenti quinquennali, in magistratura stabile e definitiva per la cognizione dei reati politici); L. Alesiani, *I reati di opinione*, cit., pp. 61 ss.

⁶¹ Cfr. M. Sbriccoli, *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo*, cit., pp. 839-840.

⁶² Così C. Fiore, *I reati di opinione*, cit., pp. 15 e 38.

⁶³ Sull'importanza di questo avvenimento si sofferma D. Fisichella, *Dittatura e monarchia*, cit., pp. 101 ss., secondo cui è con questo atto abnorme che si fuoriesce da un regime politico di tipo rappresentativo. Che il richiamo operato dalla mozione di Augusto Turati del 9 novembre 1926 all'art. 49 Statuto fosse pretestuoso, emerge, per Fisichella (ivi, p. 104), in considerazione del fatto che questa disposizione non aveva impedito la lunga presenza in Parlamento dei repubblicani, né, tanto meno, dei socialisti, che, alle elezioni del 1919 erano risultati il partito con il più alto numero di eletti (156 seggi su 508), o dei comunisti, che, alle elezioni del maggio 1921, avevano conquistati 15 seggi su 535. Sulla

repressione del dissenso politico in un contesto in cui l'opposizione ha comunque un suo canale parlamentare ove potere manifestare il suo dissenso e potere sperare di rovesciare la maggioranza in libere elezioni competitive, un altro è la repressione del dissenso in un contesto in cui l'opposizione politica è privata di ogni canale legale per potere esprimere la propria voce. Tuttavia, non c'è dubbio che, al di là dei momenti di grande rottura che hanno caratterizzato l'avvento e il consolidamento del Regime, vi siano significativi ed evidenti elementi di continuità tra esperienza liberale e fascismo⁶⁴, in particolare per ciò che attiene proprio alla materia dei diritti di libertà⁶⁵.

illegittimità della dichiarazione di decadenza concordano pure M. Mazziotti di Celso, *Breve storia delle istituzioni italiane dal 1900 al 1994*, cit., p. 7; A. Reposo, *Lezioni sulla forma di governo italiana*, cit., p. 41; G. Negri, *Storia politica italiana dall'Unità alla Repubblica*, cit., p. 306; Id., *Il quadro costituzionale*, cit., p. 48.

⁶⁴ Sulla continuità tra esperienza liberale e fascismo per quanto riguarda alcune pratiche in materia organizzativa, insiste G. Focardi, *Magistratura e fascismo*, cit., spec. pp. 126 ss. (ove sottolinea la continuità in materia di raccomandazioni e segnalazioni da parte delle autorità politiche), 156 ss. (ove sottolinea la continuità in materia di controlli sulla vita privata dei magistrati), 180 ss. (ove osserva la continuità delle pratiche di azione dei vertici della magistratura nei confronti delle ispezioni a carico di magistrati chiacchierati). Sulla continuità si sofferma anche M. Sbriccoli, *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo*, cit., pp. 823 ss., secondo cui (ivi, p. 828) era fuori discussione che la vicenda giuridica del fascismo andasse letta in termini di continuità con l'assetto politico, culturale ed istituzionale che ne precedette l'avvento. Sulla continuità tra ordinamento statutario, ordinamento fascista e ordinamento repubblicano insistono G. Boggetti, *Nel quarantennale della Costituzione*, cit., pp. 6 ss., 16 ss.; S. Cassese, *Lo Stato fascista*, cit., spec. pp. 13 ss. (secondo cui la legislazione fascista non sostituì la legislazione precedente, ma vi si insinuò, modificando quanto era necessario e facendo rivivere addirittura anche istituti preunitari), 23-24 (ove sottolinea la continuità tra Stato fascista e Stato democratico), 30, 47 ss.; L. Paladin, *Saggi di storia costituzionale*, cit., spec. pp. 35 ss. (secondo il quale tre ordini di ragioni impediscono di configurare il fascismo quale ordinamento a sé stante: *in primis*, la considerazione che i soli mutamenti della forma di governo e le sole vicende dei regimi politici sono per definizione insufficienti, se non si accompagnano alla demolizione ed alla sostituzione rivoluzionaria di tutto il diritto preesistente; in secondo luogo, per Paladin, non sono condivisibili né la tesi che la marcia su Roma abbia determinato una rivoluzione di ordine giuridico ed una generale novazione dell'efficacia dell'ordinamento, né che in tali avvenimenti sarebbe possibile ravvisare un colpo di Stato; in terzo luogo, perché del fascismo sopravvivono – sia pure mutati nel diverso ambiente politico-giuridico – innumerevoli norme, istituti, congegni e finanche tipiche elaborazioni dottrinali, dai codici, a molte delle principali leggi amministrative, da alcuni enti come l'I.R.I. e l'I.M.I., alla concezione dei contratti collettivi di lavoro, e così via). Cfr. anche V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, cit., pp. 115 ss., secondo il quale, dal punto di vista della legalità formale, tutti gli atti, attraverso cui avvenne la trasformazione in senso autoritario e totalitario dello Stato, furono conformi alla legalità statutaria. Critico nei confronti delle tesi continuiste sul piano del diritto costituzionale, è, invece, S. Labriola, *Storia della Costituzione italiana*, cit., pp. 208 ss., che, anzi, arriva a sostenere (ivi, p. 231) che l'idea della continuità sia priva di parvenza scientifica, essendo, piuttosto, un dato di utilità polemica postuma.

⁶⁵ Cfr., in proposito, P. Caretti, *Forme di governo e diritti di libertà nel periodo costituzionale provvisorio*, in E. Cheli (a cura di), *La fondazione della Repubblica. Dalla Costituzione provvisoria alla Assemblea Costituente*, Bologna 1979, pp. 31 ss., spec. pp. 110 ss., ove rileva che l'eredità lasciata dalla legislazione fascista al Governo provvisorio in tema di libertà personale, libertà di manifestazione del pensiero, libertà di insegnamento e libertà di associazione aveva trovato un terreno sufficientemente predisposto a soluzioni di tipo autoritario o repressivo dalla normativa precedente. Sulla continuità tra l'ordinamento statutario e il fascismo in materia di diritti di libertà, si soffermano G. Lombardi, *Lo Stato totalitario tra aspirazioni e realtà*, cit., pp. XIV ss. (secondo il quale è attraverso la debolezza della tutela dei diritti che va letta la continuità tra l'autoritarismo giuridico dello Stato post-risorgimentale e la sua esasperazione totalizzante da parte del regime fascista); S. Cassese, *Lo Stato fascista*, cit., pp. 48 ss. (secondo cui le debolezze dello Stato liberale si manifestarono nella facilità con cui le sue istituzioni si prestarono a essere adattate al nuovo regime). Sul permanere di una cultura autoritaria nell'ambito del liberalismo

Per alcuni studiosi, anzi, si riscontrerebbe una sostanziale continuità nell'esperienza penalistica italiana dall'Unità sino ai giorni nostri, un'evidente continuità di alcuni tratti caratteristici originari che rappresenterebbero delle costanti nel processo di sviluppo⁶⁶. A sostegno di tale affermazione, si possono avanzare tre possibili argomentazioni. In primo luogo, occorre tenere presente il fatto che la normativa volta alla repressione penale del dissenso politico è rimasta per lo più intatta nel passaggio tra fascismo ed ordinamento repubblicano, nonostante l'evidente incompatibilità in tutta una serie di casi⁶⁷, e che parte dei reati di opinione sono stati depenalizzati solo con la l. n. 85/2006, ovverosia in tempi relativamente recenti⁶⁸. In secondo luogo, occorre considerare che istituti come la sorveglianza speciale e il domicilio coatto, previsti per la prima volta dalla legge Pica del 15 agosto 1863, siano rimasti nel nostro ordinamento con il regime fascista (che ne aveva fatto, anzi, un uso massiccio contro i suoi avversari politici), ed anche oltre⁶⁹. In terzo luogo, si potrebbe invocare il fatto che, pur essendo il T.U.L.P.S. del 1931 uno dei testi legislativi caratterizzati maggiormente dai principi politici del Regime, esso è stato tenacemente difeso e

insistono L. Lacchè, *“Non giudicate”*, cit., spec. pp. 21 ss. (laddove rileva che la cultura dell'autorità emergerebbe nell'ipertrofia istruttoria del processo penale, e confermerebbe la fragilità dello statuto pratico dei diritti di libertà nella costituzione materiale del XIX-XX secolo); M. Sbriccoli, *Dissenso politico e diritto penale in Italia tra Otto e Novecento*, cit., p. 611; C. Fiore, *I reati di opinione*, cit., pp. 148 ss.; G. Amato, *Il costituzionalismo dell'Ottocento e i diritti di libertà*, in *Atti del Congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione: la tutela del cittadino, 2. La pubblica sicurezza*, a cura di P. Barile, Vicenza 1967, pp. 53 ss. (e in Id., *Le istituzioni della democrazia. Un viaggio lungo cinquant'anni*, Bologna 2014, pp. 39 ss.).

⁶⁶ Si veda M. Sbriccoli, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano*, cit., p. 487 ss.; V. Fazio, C. Viazzi, *Istigazione a delinquere e apologia di reato nella giurisprudenza dall'unità ad oggi*, cit., pp. 557 ss.; G. Neppi Modona, *La magistratura e il fascismo*, cit., pp. 593 ss.

⁶⁷ Cfr., in proposito, A. Cerri, *Libertà di manifestazione del pensiero, propaganda, istigazione ad agire*, cit., pp. 1188 ss., secondo cui il concetto stesso di democrazia esclude la possibilità di reprimere la propaganda delle forze che si oppongono al sistema. Partendo dalla constatazione che ogni manifestazione del pensiero in campo politico si presenta come indissolubilmente legata alla azione (ivi. pp. 1181 ss.), con la conseguenza che andrebbe esclusa ogni distinzione di tipo qualitativo tra la esposizione di opinioni e la propaganda, e pur ammettendo che la libertà di manifestazione del pensiero possa avere come limite esterno quello che deriva dall'esigenza di non consentire istigazioni al delitto, Cerri ritiene che l'istigazione punibile possa essere soltanto quella che, per le circostanze in cui è fatta, risulta effettivamente idonea a produrre l'effetto desiderato. A suo avviso (ivi, p. 1188), in un sistema di democrazia liberale, la propaganda eversiva sarebbe da ritenere ammissibile nei limiti in cui essa tenda a conquistare maggioranze, e non, invece, quando sia rivolta ad azioni violente di minoranze. Sulla stessa scia, A. Buratti, *Dal diritto di resistenza al metodo democratico*, cit., pp. 182 ss.; Id., *Dal diritto di resistenza alla tutela costituzionale del dissenso politico*, cit., pp. 502, che sottolinea come il mantenimento di meri reati di opinione come quelli previsti dagli artt. 272, 290, 291, 292 e 299 cod. pen. Rocco debba considerarsi odioso in un ordinamento democratico che fa della libera manifestazione del pensiero uno dei propri valori di riferimento. Cfr., inoltre, L. Alesiani, *I reati di opinione*, cit., pp. 1 ss.; A. Di Giovine, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, cit., pp. 2 ss., 13 ss.

⁶⁸ Sulla l. n. 85/2006, si vedano D. Pulitanò, *Riforma dei reati d'opinione?*, ne *Il corriere giuridico* 2006, n. 6, pp. 745-746; M. Pelissero, *Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati di opinione: occasioni mancate e incoerenze sistematiche*, in *Diritto penale e processo* 2006, n. 8, pp. 960 ss. (parte I), e n. 10, pp. 1198 ss. (parte II); L. Alesiani, *I reati di opinione*, cit., pp. 118 ss., 131 ss., 275 ss., 287 ss., 324 ss.

⁶⁹ Cfr. M. Sbriccoli, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano*, cit., pp. 488-490 (note 2 e 5). In senso simile, si veda anche D. Fisichella, *Dittatura e monarchia*, cit., p. 339. Cfr., inoltre, P. Caretti, *Forme di governo e diritti di libertà nel periodo costituzionale provvisorio*, cit., pp. 111 ss.

conservato dai governi repubblicani, nonostante la logica dicesse che avrebbe dovuto cadere insieme con il fascismo⁷⁰. In quest'ottica, la continuità sul piano del diritto penale non sarebbe altro che una manifestazione della continuità sul piano giuridico-istituzionale⁷¹: vi era, infatti, una sostanziale continuità di ceto accademico nelle Facoltà di Giurisprudenza e di giuristi egemoni che continuarono ad esercitare la loro influenza anche senza necessità di assumere incarichi politici. È tra gli anni '60 e '70 del XIX secolo che, secondo Sbriccoli, il sistema penale italiano prenderebbe forma, articolandosi in tre grandi pilastri, uno dei quali sarebbe stata proprio la repressione del dissenso politico radicale⁷².

3. La giurisprudenza ordinaria sui reati di opinione

3.1. La giurisprudenza durante lo Stato liberale (1890-1918)

Un punto che va subito messo in evidenza è che, tra la fine del XIX secolo e il 1918, la stragrande maggioranza dei giudizi penali in materia di reati di opinione concerneva esponenti socialisti ed anarchici. Sulla base di un'analitica ricerca svolta per lo più sulla rivista *La giustizia penale*, Fazio e Viazzi⁷³ hanno rilevato che, dal 1890 al 1925, su ben 56 sentenze di Cassazione – 55 di conferma di condanna ed una di assoluzione (Cass. Pen., 17 marzo 1905)⁷⁴ – per i reati previsti dagli artt. 246 e 247 cod. pen. Zanardelli, la quasi totalità riguardasse reati politici (faceva eccezione una sentenza, che riguardava reati comuni), e, tra queste, almeno 47 riguardavano imputati

⁷⁰ Sugli elementi di continuità del T.U.L.P.S. del 1931 con la normativa precedente insiste S. Cassese, *Lo Stato fascista*, cit., pp. 60 ss., che sottolinea anche (ivi, p. 64) la persistenza di esso nell'ordinamento repubblicano. Sul T.U.L.P.S. del 1931 come espressione dei principi politici del Regime si soffermano anche G. Maranini, *Storia del potere in Italia 1858-1967*, cit., p. 297; A. Pizzorusso, *Prefazione*, cit., pp. XXIV-XXV (che cita proprio il T.U.L.P.S. del 1931 come una delle leggi che più contrastano con i principi generali comuni agli ordinamenti democratico-liberali). Cfr., infine, P. Calamandrei, *La Costituzione e le leggi per attuarla*, cit., p. 94, secondo cui la temporanea sopravvivenza di leggi ispirate ad una concezione assolutistica dello Stato come il T.U.L.P.S., ritenuto un raffinato strumento poliziesco dell'arbitrio fascista, facilitavano la trasformazione della democrazia in un regime paternalistico. A suo avviso, anzi, (ivi, p. 120) la legge di P.S. contrappone alla figura di Stato democratico, descritto nella Costituzione, un diverso tipo di Stato, lo Stato di polizia, incompatibile con il primo.

⁷¹ Cfr. M. Sbriccoli, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano*, cit., pp. 528 ss.; Id., *Le mani in pasta e gli occhi al cielo*, cit., p. 824.

⁷² Si veda M. Sbriccoli, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano*, cit., p. 490. Sulla repressione del dissenso politico radicale come carattere peculiare dell'esperienza italiana insistono C. Fiore, *I reati di opinione*, cit., pp. 43 ss.; V. Fazio, C. Viazzi, *Istigazione a delinquere e apologia di reato nella giurisprudenza dall'unità ad oggi*, cit., pp. 558-559; S. Rodotà, *Le libertà e i diritti*, cit., p. 321; C. Guarnieri, *L'ordine pubblico e la giustizia penale*, cit., p. 384. Nello stesso senso, si veda anche G. Amato, *Le istituzioni della democrazia*, cit., pp. 48 ss., secondo il quale una caratteristica essenziale degli ordinamenti liberali dell'Europa continentale era che le garanzie della libertà personale variavano da un massimo nei confronti di chi avesse commesso un reato comune, a un minimo nei confronti di chi, con reato o anche tramite comportamenti privi di rilevanza penale, avesse messo in gioco un interesse pertinente allo Stato.

⁷³ Cfr., in proposito, V. Fazio, C. Viazzi, *Istigazione a delinquere e apologia di reato nella giurisprudenza dall'unità ad oggi*, cit., pp. 537 ss.

⁷⁴ Si veda *La giustizia penale* 1905, vol. XI, col. 863 ss.

anarchici o socialisti⁷⁵. In effetti, in alcune sentenze non si esita a descrivere il socialismo come fonte di violenza di per sé: basti pensare che in Cass. Pen., 27 maggio 1905, la motivazione dei fatti delittuosi veniva rinvenuta in “biasimevoli concetti politici, in cui è facile ravvisare il socialismo”⁷⁶; che in una ulteriore sentenza della Cassazione di circa un anno e mezzo dopo (Cass. Pen., 19 ottobre 1906) si arrivava a ritenere una conferenza socialista di per sé foriera di incidenti e gravi perturbazioni dell’ordine pubblico⁷⁷; e che in una sentenza di un tribunale di poco successiva (Trib. Bologna, 24 febbraio 1908) si parlava esplicitamente di “volgari episodi della bufera di violenza, la quale da alcuni anni intermittenemente travolge le menti degli operai e dei braccianti”⁷⁸.

Tra gli ulteriori capisaldi di questa giurisprudenza, va segnalato il fatto che si riteneva sufficiente, perché si avesse reato di istigazione, solo l’estremo della pubblicità, e non il pericolo per pubblica tranquillità (Cass. Pen., 21 giugno 1901⁷⁹; Cass. Pen., 28 gennaio 1902⁸⁰; Cass. Pen., 29 gennaio 1907⁸¹; Cass. Pen., 12 dicembre 1912⁸²). In una sentenza l’istigazione veniva qualificata come reato formale (Cass. Pen., 25 novembre 1893)⁸³. Integrava il reato di istigazione il gridare “Viva De Felice e compagni coi quali siamo solidali, morte alle spie” (Cass. Pen., 5 gennaio 1895)⁸⁴. Perché si avesse apologia, invece, si riteneva sufficiente cantare l’inno dei lavoratori di Turati o quello degli anarchici (Cass. Pen., 6 giugno 1894⁸⁵; Cass. Pen., 26 aprile 1894⁸⁶), o cantare in strada una canzone in cui si inneggiava all’anarchia e si gridava “abbasso i preti ed il re” (Cass. Pen., 28 gennaio 1902), o partecipare ad un assembramento di anarchici in cui si cantavano canti ritenuti sediziosi, anche senza aprire bocca (Cass. Pen., 14 dicembre 1891)⁸⁷, o riprodurre su un giornale un brano di Tolstoj (Cass. Pen., 2 febbraio 1915), o, infine, gridare il 29 luglio “Viva Gaetano Bresci” (Cass. Pen., 18 novembre 1914)⁸⁸. Infine, per quanto riguardava il dolo, si riteneva che esso fosse presunto (Cass. Pen., 12 febbraio 1907)⁸⁹.

Ma oltre alle sentenze esplicitamente citate da Fazio e Viazzi, senza dubbio paradigmatiche di un certo modo di qualificare i reati e di interpretare la legge, ve ne sono molte altre ugualmente significative: l’esame sistematico della giurisprudenza tra

⁷⁵ Cfr., in proposito, V. Fazio, C. Viazzi, *Istigazione a delinquere e apologia di reato nella giurisprudenza dall’unità ad oggi*, cit., p. 539.

⁷⁶ Cfr. *Il Foro italiano* 1905, parte II, col. 364.

⁷⁷ Cfr. *Il Foro italiano* 1907, parte II, col. 10.

⁷⁸ Cfr. *La legge* 1908, p. 1107.

⁷⁹ Si veda *Supplemento alla Rivista Penale*, vol. X (1901-1902), p. 127.

⁸⁰ Si veda *La giustizia penale* 1902, vol. VIII, col. 1168.

⁸¹ Cfr. *La giustizia penale* 1907, vol. XIII, col. 714.

⁸² Si veda *La giustizia penale* 1913, vol. XIX, col. 441.

⁸³ Cfr. *Giurisprudenza penale* 1894, p. 134.

⁸⁴ Cfr. *La giustizia penale* 1895, vol. I, col. 139-140.

⁸⁵ Si veda *Giurisprudenza penale* 1894, p. 294

⁸⁶ Ivi, p. 256.

⁸⁷ Si veda *Giurisprudenza penale* 1891, p. 27.

⁸⁸ Cfr. *La giustizia penale* 1915, vol. XXI, col. 277.

⁸⁹ Si veda *La giustizia penale* 1907, cit., col. 656.

il 1895 ed il 1902 non fa che comprovare la tesi di un estremismo giurisprudenziale. Ai fini di una valutazione esaustiva dei fenomeni, va tenuta presente anche la durissima legislazione repressiva fatta approvare da Crispi nel luglio 1894, che contribuì non poco a costruire il quadro normativo di riferimento⁹⁰. Basti pensare a Cass. Pen., 7 gennaio 1895, in cui fu ritenuto colpevole di istigazione a delinquere chi aveva scritto sui muri: “Caserio sarai vendicato”⁹¹. In Cass. Pen., 14 gennaio 1895, la Suprema Corte ritenne configurabile il reato di grida sediziose (previsto dall’art. 3 L.P.S.) nel caso di una turba di giovani che, nella pubblica strada, aveva gridato: “abbasso il sindaco, abbasso i moderati, abbasso i prepotenti”, accompagnandolo con suoni sconci fatti con la bocca e fischi⁹². Ulteriore sentenza su questo filone è Cass. Pen., 22 aprile 1895, in cui la Corte ritenne colpevole di apologia di delitto colui che, in una osteria frequentata da numerosi avventori, aveva detto di meravigliarsi della grande impressione suscitata dal fatto che Caserio avesse ucciso un uomo, mentre regnanti e ricchi in una guerra ne ammazzavano centomila⁹³.

In materia di stampa, sentenza emblematica della deriva estremistica è senza dubbio Cass. Pen., 16 gennaio 1895, ove, al di là della questione procedurale risolta (se i reati fossero di competenza della Corte di assise o del tribunale), la Corte ritenne che un opuscolo elettorale intitolato *Il nostro programma* costituisse una violazione dell’art. 247 cod. pen. Zanardelli, nonché degli artt. 22 e 24 Regio Editto n. 695/1848, in quanto contenente minacce per la distruzione dell’ordine monarchico vigente, provocazione all’odio tra le diverse classi sociali e contro l’ordine della famiglia⁹⁴. Altra sentenza antigarantista è Cass. Pen., 31 gennaio 1895, in cui la Cassazione ritenne che commetteva istigazione a delinquere colui che, in un articolo di giornale, qualificava un delitto come opera generosa, chiamando martiri gli autori di esso e carnefici i giudici⁹⁵. Ulteriore sentenza estremistica è Cass. Pen., 15 marzo 1895, ove la Corte ritenne apprezzamento di fatto, come tale insindacabile in sede di giudizio di legittimità, il significato ed il valore di alcuni stampati che, ad avviso del giudice di merito, integravano il reato di cui all’art. 247 cod. pen. Zanardelli. D’altra parte, il giudice di legittimità respingeva anche la censura del fatto che la sentenza di merito non avesse motivato sull’estremo dell’inefficacia degli articoli a produrre il pericolo temuto, quando essa avesse ritenuto che sia la volontarietà che l’oggettività del reato erano

⁹⁰ Sulla legislazione antisocialista ed antianarchica fatta approvare da Crispi, si vedano C. Fiore, *I reati di opinione*, cit., pp. 35-36; G. Negri, *Storia politica italiana dall’Unità alla Repubblica*, cit., pp. 131 ss.; G. Maranini, *Storia del potere in Italia 1858-1967*, cit., pp. 205 ss.; S. Labriola, *Storia della Costituzione italiana*, cit., pp. 66 ss.; C. Ghisalbetti, *Storia costituzionale d’Italia 1848/1948*, cit., pp. 235 ss.; D. Adorni, *L’Italia crispina. Riforme e repressione 1887-1896*, Milano 2002, pp. 301 ss.; R. Martucci, *Storia costituzionale italiana*, cit., pp. 129 ss.; G. Bascherini, *L’emergenza e i diritti. Un’ipotesi di lettura*, in *Rivista di diritto costituzionale* 2003, pp. 3 ss., spec. pp. 12 ss., 19 ss.; L. Alesiani, *I reati di opinione*, cit., pp. 50 ss.; F. Colao, *Il principio di legalità nell’Italia di fine Ottocento tra “giustizia penale eccezionale” e “repressione necessaria e legale nel senso più retto e saviamente giuridico, il che vuol dire anche nel senso più liberale”*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 2007, vol. XXXVI, tomo I, pp. 697 ss.

⁹¹ Cfr. *La giustizia penale* 1895, cit., col. 105.

⁹² Ivi, col. 104.

⁹³ Ivi, col. 660.

⁹⁴ Ivi, col. 140 ss.

⁹⁵ Ivi, col. 220.

state accertate in virtù del senso chiaro degli articoli⁹⁶. Ancor più estremista mi sembra Cass. Pen., 29 aprile 1895, in cui la Corte affermò che l'aver tentato di affiggere manifesti contro le tasse ed i dazi, in un periodo in cui da più punti dello Stato si era manifestata l'insurrezione del partito sovversivo, potesse costituire tentativo di incitamento alla disobbedienza della legge⁹⁷.

Sempre in materia di stampa, ancor più estremista è Cass. Pen., 17 settembre 1895, ove la Suprema Corte confermò la sentenza di condanna a carico di Giuseppe Masoni per violazione degli artt. 247 e 79 cod. pen. Zanardelli, in virtù di tre articoli pubblicati sul giornale *Il Lamone* di dura critica nei riguardi dei provvedimenti legislativi fatti approvare da Crispi⁹⁸. Secondo la Corte, non trovando applicazione gli artt. 24 e 47 del Regio Editto sulla stampa, non era applicabile neanche l'amnistia del 14 marzo 1895⁹⁹. La Corte, inoltre, ritenne che in uno degli articoli non si era non si era fatta una mera critica alle leggi, ma si era eccitato a disobbedirle nel momento in cui le si qualificava come prive di basi legittime e come barbare e dannose¹⁰⁰. L'estremo della pubblicità, secondo la Corte, si era determinato col mezzo stesso della stampa¹⁰¹, e non rilevava affatto che il giornale fosse stato sottoposto a sequestro, in quanto, concludeva la Corte, il sequestro arrestava il pericolo in corso, ma non impediva che esso fosse esistito¹⁰². L'estremismo della sentenza non sfuggiva agli stessi redattori de *La giustizia penale*, che, in un dura nota di commento non firmata, ne sottolineavano le contraddizioni e le aporie logiche¹⁰³: a loro avviso, infatti, la critica vivace di una legge, per giunta eccezionale, non poteva mai essere considerata reato¹⁰⁴. Quanto al reato di incitamento all'odio tra le classi sociali, i redattori si domandavano scandalizzati come potesse essere tacciato di incitamento all'odio tra le classi sociali la riproduzione senza commenti di un brano tratto da *L'uomo che ride* di Victor Hugo¹⁰⁵.

Altra sentenza in cui la Cassazione sembra completamente disinteressarsi del tema delle garanzie è Cass. Pen., 9 aprile 1895, in cui arrivò a sostenere che, qualora la sentenza di merito ritenesse irrilevante l'esame sulla sussistenza del reato previsto dall'art. 5 della l. 19 luglio 1894, stimando che i fatti addebitati agli imputati integrassero i reati di cui agli artt. 247 e 251 cod. pen. Zanardelli, il preteso errore teorico di non avere verificato la sussistenza di entrambi i reati – quello previsto dalla legge eccezionale e quello previsto codice penale – non conduceva a nullità, per assoluta mancanza dell'interesse dell'imputato a dolersene. D'altra parte, a confermare l'impressione di una giurisprudenza poco attenta al tema delle garanzie, occorre

⁹⁶ Ivi, col. 614-615. A suffragio delle proprie argomentazioni, la Corte citava frasi testuali dello stampato come “abbiamo assistito all'imperversare della più feroce reazione”, “abbiamo visto il macello di carne umana sacrificata all'onnipotente Giove”, “dopo l'aspra lotta nella quale ci han sopraffatto le baionette”, e “banchieri che sfruttano la intera nazione”.

⁹⁷ Ivi, col. 668-669.

⁹⁸ Ivi, col. 1430 ss.

⁹⁹ Ivi, col. 1432.

¹⁰⁰ Ivi, col. 1432-1433.

¹⁰¹ Ivi, col. 1433.

¹⁰² Ivi, col. 1433-1434.

¹⁰³ Ivi, col. 1434 ss.

¹⁰⁴ Ivi, col. 1436.

¹⁰⁵ Ivi, col. 1442.

rilevare che, in quella stessa sentenza, la Cassazione affermò anche che, per la sussistenza del reato di associazione a scopo sedizioso, non occorresse che la pubblica tranquillità fosse stata effettivamente turbata, ma bastava che fosse stata posta in pericolo, come nel caso in cui le autorità locali sentirono il bisogno di ottenere rinforzi degli agenti della forza pubblica, e si vi fu allarme¹⁰⁶.

Per quanto riguarda la giurisprudenza dichiaratamente antisocialista e antianarchica, va citata Cass. Pen., 16 gennaio 1895, in cui la Suprema Corte ritenne apprezzamento di fatto insindacabile il ritenere che chi aveva cantato l'inno dei lavoratori di Turati, comprendendone il significato o mostrando di seguirne i principi, avesse commesso reato di istigazione a delinquere, alla sussistenza del quale non era un estremo necessario l'effettivo turbamento della tranquillità pubblica¹⁰⁷. Tra le ulteriori sentenze caratterizzate da estremismo antisocialista ed antianarchico va considerata anche Cass. Pen., 25 gennaio 1895, ove la Corte dichiarò legittimo il ritenere colpevoli di associazione a scopo sedizioso gli anarchici associati per agire contro la società, eccitando l'odio tra le classi sociali¹⁰⁸. Ulteriore sentenza in questo specifico filone va ritenuta Cass. Pen., 18 marzo 1895, ove la Corte ritenne legittima l'applicazione degli artt. 247 e 251 cod. pen. Zanardelli a un disciolto circolo socialista che aspirasse alla rivoluzione e che questa fosse esplicitamente nel suo programma, così come fosse pure nel suo programma quello di fomentare l'odio tra classi sociali¹⁰⁹. Ulteriore sentenza antigarantista è Cass. Pen., 23 aprile 1895, in cui la Corte ritenne apprezzamento di fatto insindacabile l'affermazione del giudice di merito secondo la quale le associazioni di un partito socialista erano costituite per commettere uno dei reati previsti dall'art. 247 cod. pen. Zanardelli¹¹⁰. Ulteriore sentenza sul tema è Cass. Pen., 9 maggio 1895, in cui la Suprema Corte ritenne erroneo il criterio seguito dalla Corte di Appello di Firenze, la quale aveva negato che i componenti della lega socialista certaldese, pur avendo quest'ultima fatto adesione al programma del partito socialista dei lavoratori italiani, avessero agito con dolo in virtù della circostanza che essi potevano fare affidamento sul fatto che la società dei lavoratori italiani di Milano poté vivere, fare propaganda e prosperare, e che ai congressisti di Reggio Emilia fu concesso di adunarsi e svolgere pubblicamente il loro programma¹¹¹.

Una sentenza garantista un materia di stampa è Cass. Pen., 5 gennaio 1895, ove la Cassazione negò che un articolo di giornale duramente critico sulla nuova legge elettorale politica ed amministrativa si potesse configurare come istigazione a delinquere, in quanto mancava l'estremo dell'eccitamento alla disobbedienza della legge¹¹². Altra sentenza garantista è Cass. Pen., 9 gennaio 1895, in cui la Corte sentenziò che fosse insindacabile in Cassazione l'apprezzamento di fatto del giudice di merito circa la non sussistenza del reato di istigazione a delinquere riguardo ad un articolo su uno sciopero svoltosi nell'America del Nord, in quanto, secondo i giudici di

¹⁰⁶ Ivi, col. 603-604.

¹⁰⁷ Ivi, col. 219-220.

¹⁰⁸ Ivi, col. 275.

¹⁰⁹ Ivi, col. 603.

¹¹⁰ Ivi, col. 662.

¹¹¹ Ivi, col. 733.

¹¹² Ivi, col. 137 ss.

legittimità, l'articolo si limitava a farne la storia in brevi parole, non intendendo affatto consigliare la violenza, ma solo raccomandare agli operai di ricorrere ai mezzi dell'organizzazione, della solidarietà e degli scioperi pacifici¹¹³.

Per quanto riguarda la giurisprudenza garantista su anarchici e socialisti, va citata, in primo luogo, Cass. Pen., 16 aprile 1895, ove la Corte ritenne apprezzamento di fatto insindacabile l'esclusione del dolo da parte del giudice di merito, in virtù della errata convinzione che l'art. 5 della l. 19 luglio 1894 si applicasse solo agli anarchici, e non ai socialisti¹¹⁴. Altra sentenza garantista è Cass. Pen., 26 aprile 1895, in cui la Cassazione stabilì che l'incitamento all'odio fra le classi sociali non fosse punibile se non era fatto in modo pericoloso per la pubblica tranquillità, essendo necessario non solo il fine di eccitare all'odio, né il solo effetto del pericolo alla tranquillità pubblica, ma entrambi gli estremi. Di conseguenza, proseguiva la Corte, l'adesione della lega socialista modenese alla società madre dei lavoratori italiani non bastava a rendere incriminabile la prima, se, pur avendo comuni ideali e teorie, seguiva mezzi e fini pratici diversi dalla seconda¹¹⁵.

Sentenza garantista – e che riscuoteva, perciò, anche l'approvazione da parte dei redattori della rivista *La giustizia penale*, che non esitavano a parlare di evidente giustizia della decisione nella breve nota di commento – è anche Cass. Pen., 27 gennaio 1896, ove la Cassazione annullò la declaratoria di inapplicabilità dei Regi Decreti di Amnistia del 14 marzo e del 20 settembre 1895 da parte della sezione di accusa di Genova nei riguardi di Pietro Cervia e Urano Andreani¹¹⁶. Secondo la Corte, l'averne i due preso parte ai moti nella Lunigiana in cui era stato ucciso un carabiniere e ferito un altro non escludeva l'applicabilità della amnistia, in quanto essi facevano parte di una banda diversa da quella da cui partirono i colpi letali, e non potevano perciò essere considerati responsabili: il solo vincolo del concerto tra due bande allo scopo di eccitare alla guerra civile non poteva affatto significare l'automatica estensione della responsabilità in un omicidio o in un ferimento commesso dall'altra banda¹¹⁷. Ulteriore sentenza garantista è Cass. Pen., 6 marzo 1896, in cui la Suprema Corte annullò la sentenza di condanna da parte della Corte di Assise di Torino, con la motivazione che i due distinti reati di vilipendio alle istituzioni costituzionali e di offesa alla legge fossero stati in modo arbitrario confusi¹¹⁸. Di questa sentenza è comunque interessante notare che tra le istituzioni costituzionali suscettibili di vilipendio venissero elencate lo Statuto, il sistema parlamentare e “quegli altri istituti di supremo ordine politico che hanno la loro consacrazione nello Statuto, quali sono l'esercito, la divisione dei poteri e simili”¹¹⁹. D'altra parte, che l'esercito rientrasse nell'ambito delle istituzioni costituzionali suscettibili di esser oggetto di vilipendio fu ribadito anche da una sentenza di poco successiva (Cass. Pen., 18 agosto 1896)¹²⁰.

¹¹³ Ivi, col. 166.

¹¹⁴ Ivi, col. 615.

¹¹⁵ Ivi, col. 662.

¹¹⁶ Si veda *La giustizia penale* 1896, vol. II, col. 21 ss.

¹¹⁷ Ivi, col. 22-23.

¹¹⁸ Ivi, col. 225-226.

¹¹⁹ Ivi, col. 226.

¹²⁰ Ivi, col. 1125.

Tra le sentenze del 1896 che si collocavano nell'alveo antigarantista, si può citare Cass. Pen., 21 febbraio 1896, in cui la Suprema Corte ritenne apprezzamento di fatto insindacabile la condanna per il reato di istigazione a delinquere di alcune donne per avere cantato l'inno dei lavoratori in luogo aperto in occasione di un grande agglomerato di persone per la festività della Pentecoste. La Cassazione sentenziò, infatti, che l'incitamento all'odio tra le classe sociali costituisse reato di istigazione a delinquere, allorquando fosse atto a turbare la pubblica tranquillità, suscitando per questo le proteste da parte dei redattori della rivista *La giustizia penale*, che non esitavano a parlare di implausibilità del concetto accolto¹²¹. Che il turbamento della pubblica tranquillità costituisse un estremo del reato di istigazione a delinquere emergeva anche da Cass. Pen., 10 marzo 1896, in cui fu affermato che l'incitamento all'odio tra le classi sociali commesso col mezzo della stampa costituiva violazione dell'art. 24 Editto sulla stampa, quando non fosse stato commesso in modo pericoloso alla pubblica tranquillità, altrimenti costituiva violazione dell'art. 247 cod. pen. Zanardelli, con l'aggravante prevista dalla l. n. 315/1894¹²².

Ulteriore sentenza nell'ambito della giurisprudenza antigarantista è senza dubbio Cass. Pen., sez. I, 18 gennaio 1897, in cui la Corte negò l'applicabilità dell'amnistia nei confronti di Romano Dal Padrone, Enrico Bertieri, Federico Briganti e Pietro Tonnarelli¹²³. Sebbene i Regi Decreti del 24 ottobre 1896 escludessero dal beneficio soltanto coloro che fossero stati riconosciuti colpevoli come autori di omicidio e lesioni personali, e sebbene i ricorrenti fossero stati condannati solo per eccitamento alla guerra civile, la Suprema Corte respinse il ricorso degli imputati, ritenendo corretta la decisione della sezione di Genova che li escludeva dal beneficio: secondo la Cassazione, infatti, la sentenza del Tribunale militare di Massa del 2 marzo 1894, che li condannava per il reato di associazione a delinquere ed eccitamento alla guerra civile con intento ottenuto, escludeva la loro estraneità ai fatti di sangue occorsi il 13 gennaio 1894, in cui erano stati uccisi un carabiniere e ferito un altro, essendo irrilevante il fatto che in essa non si parlasse esplicitamente di omicidio o di complicità in omicidio. È interessante notare che, anche in questo caso, i redattori della rivista *La giustizia penale* non esitarono a criticare duramente la sentenza, sottolineando come essa non solo interpretasse in modo erroneo il Regio Decreto di amnistia, ma, costituisse un vero e proprio atto di ribellione alla volontà sovrana di perdono, alla quale sostituiva l'arbitrio del magistrato. Ancor più estremistica deve essere considerata Cass. Pen., 15 febbraio 1897, in cui fu ritenuto colpevole dei reati di istigazione al furto ed all'omicidio *ex art. 246 cod. pen. Zanardelli*, e di eccitamento all'odio tra le classe sociali *ex art. 247 cod. pen. Zanardelli*, con relativo concorso formale di reati, l'autore di un sonetto pubblicato su un giornale, contenente frasi del tipo: "ruba e uccidi se puoi... non mi pregare, uccidimi, o affamato, o poverello... la forza del diritto te lo impone, e se tu non lo fai sei vile e stolto"¹²⁴.

Nell'ambito dello stesso filone antigarantista rientrano senza dubbio due sentenze del 1898, adottate a pochi giorni di distanza una dall'altra, in cui la Cassazione affermò

¹²¹ Ivi, col. 425.

¹²² Ivi, col. 504.

¹²³ Cfr. *La giustizia penale* 1897, vol. III, col. 108 ss.

¹²⁴ Ivi, col. 461-462.

che il sequestro di un giornale non impediva che il magistrato di merito potesse ritenere soddisfatto il requisito della pubblicità, e che, per la sussistenza del delitto di eccitamento all'odio tra le diverse classi sociali non era affatto necessario che fosse stata effettivamente turbata la sicurezza pubblica, o l'opinione della sicurezza pubblica, ma bastava solo che vi fosse un turbamento all'opinione della sicurezza pubblica¹²⁵. Va detto comunque che, anche in questo caso, i redattori de *La giustizia penale* non mancarono di stigmatizzare assai duramente questa giurisprudenza, che, a loro avviso, introduceva un concetto nuovo in diritto penale, e che non era mai stato considerato sostrato di un'azione incriminabile, la possibilità di possibilità. Inoltre, sempre a loro avviso, questa giurisprudenza finiva per modificare anche il senso dell'espressione "modo pericoloso per la pubblica tranquillità" previsto dall'art. 247 cod. pen. Zanardelli, in quanto esso non veniva più considerato nel rapporto tra le condizioni sociali anteriori ed il testo o il discorso incriminato, ma in rapporto alla natura stessa dello scritto o del discorso, comportando perciò l'incriminazione di qualsiasi pensiero ribelle¹²⁶.

Nella prima sentenza (Cass. Pen., sez. II, 31 gennaio 1898)¹²⁷, la Suprema Corte respinse il ricorso del gerente responsabile di una rivista anarco-socialista di Macerata, *Protesta umana*, e dell'autore di un articolo intitolato *È permesso?*, in essa pubblicato. Attraverso l'analisi testuale dei diversi progetti di codice penale succedutisi dal 1875, la Corte argomentò che la parola "pubblicamente", prevista dall'art. 247 cod. pen. Zanardelli, volesse esprimere tutti i mezzi di pubblicità, compreso quello della stampa¹²⁸. Né, a suo avviso, valeva l'obiezione che il sequestro avesse impedito il contatto con il pubblico, poiché la rivista fu stampata il 1 giugno e sequestrata solo il 2 giugno: in questo lasso di tempo, essa era stata spedita e venduta al pubblico, venendo letta non solo da quelli che la Cassazione chiamava "proseliti del sistema sovversivo", ma anche dagli "uomini onesti"¹²⁹. Inoltre, per quanto riguardava la sussistenza del pericolo per la pubblica tranquillità, la Cassazione ritenne che solo i ciechi di mente non potessero non scorgere tale pericolo, in quanto la propaganda anarchica non aveva altro obiettivo che la radicale distruzione violenta dell'organismo sociale, e la distruzione violenta di tutti gli istituti giuridico-politico-economici-morali-sociali che costituivano l'organismo dello Stato¹³⁰. Nella seconda (Cass. Pen., sez. II, 18 febbraio 1898), la Suprema Corte rigettò il ricorso di Gaetano Filippone, condannato per eccitamento all'odio di classe per avere tradotto nel giornale *La Riscossa* di Palermo una poesia straniera intitolata *L'onda si avvanza*¹³¹. Secondo i giudici di legittimità, infatti, il modo migliore perchè una poesia di estrema violenza sovversiva potesse ottenere effetto di perturbamento era tradurla alla portata di tutti e divulgarla attraverso un giornale¹³².

¹²⁵ Cfr. *La giustizia penale* 1898, vol. IV, col. 420 ss.

¹²⁶ Ivi, col. 421.

¹²⁷ Ivi, col. 423 ss.

¹²⁸ Ivi, col. 424.

¹²⁹ Ivi, col. 424.

¹³⁰ Ivi, col. 425.

¹³¹ Ivi, col. 421 ss.

¹³² Ivi, col. 422.

Ma è soprattutto nella giurisprudenza riguardante i ricorsi contro le sentenze di tribunali di guerra, dopo la proclamazione dello stato di assedio nel maggio 1898, che la Cassazione diede prova di tutto il suo zelo antigarantista, legittimando praticamente qualsiasi espansione delle competenze da parte dei tribunali militari, ben oltre l'elenco dei reati contenuto nel bando. Basti pensare che in Cass. Pen., sez. I, 7 ottobre 1898, la Suprema Corte rigettò il ricorso di Calogero Enrico Sciascia nei riguardi della sua condanna per calunnia pronunciata dal Tribunale di guerra di Firenze, in quanto, secondo i giudici di legittimità, non si trattava di verificare che vi fosse un rapporto di causa ed effetto tra il reato di calunnia e le sedizioni del maggio, ma che vi fosse una connessione tra il reato di calunnia ed i reati ricompresi nel bando militare, il che era, a loro avviso, innegabile¹³³.

In Cass. Pen, sez. II, 19 agosto 1898, la Suprema Corte rigettò il ricorso di Francesco Recantini, affermando che i reati di istigazione a delinquere previsti dagli artt. 246 e 247 cod. pen. Zanardelli, benchè giuridicamente prescindessero da qualsiasi effetto che fosse da essi derivato, rientravano comunque nella competenza del Tribunale di guerra, dovendosi sempre ritenere che ci fosse un rapporto di causalità immediata tra questi reati ed i moti che determinarono la necessità della proclamazione dello stato di assedio¹³⁴. In un'altra decisione sempre dello stesso giorno (Cass. Pen., sez. I, 19 agosto 1898), i giudici di legittimità arrivarono addirittura ad affermare che non costituiva eccesso di potere o incompetenza il fatto che il Tribunale di guerra avesse attribuito un'imputazione più mite di quella che figurava nel bando dello stato di assedio, ancorchè in esso non fosse compresa¹³⁵. Entrambe le sentenze furono commentate in modo critico dai redattori de *La giustizia penale*, che evidenziarono l'irrazionalità delle argomentazioni addotte.

Sulla stessa scia si colloca senza dubbio anche Cass. Pen., sez. I, 25 agosto 1898, in cui la Suprema Corte rigettò i ricorsi presentati dagli onorevoli Luigi De Andreis (repubblicano) e Filippo Turati (socialista) contro la condanna a dodici anni di reclusione loro irrogata dal Tribunale di guerra di Milano il 1 agosto 1898¹³⁶. I giudici di legittimità affermarono che il Tribunale di guerra fosse competente a giudicare dei reati designati nei bandi militari commessi prima della proclamazione dello stato d'assedio, quando essi avevano una relazione diretta con i moti di insurrezione ed i fatti di guerra civile successivamente verificatisi, e che il nesso stava proprio nella propaganda fatta nei circoli, nelle conferenze e nei discorsi tenuti e nelle pubblicazioni, poichè gli accusati non potevano ignorare le conseguenze dell'odio che avevano seminato fra le varie classi sociali, ragion per cui dovevano essere considerati come cooperanti immediati nell'avvenuta guerra civile¹³⁷. La Suprema Corte affermò anche che l'atto di accusa da parte del P.M. non era attributivo di competenza: di conseguenza, la contestazione di un reato che non rientrava tra quelli compresi nei bandi militari e di un altro reato che vi rientrava, non comportava incompetenza del Tribunale di guerra quando per il reato non compreso nei bandi era stata pronunciata

¹³³ Ivi, col. 1169-1170.

¹³⁴ Ivi, col. 954 ss.

¹³⁵ Ivi, col. 957-958.

¹³⁶ Ivi, col. 943 ss.

¹³⁷ Ivi, col. 951 ss.

assoluzione¹³⁸. In terzo luogo, la Cassazione negò di potere sindacare sia il fatto che De Andreis e Turati fossero stati condannati per concorso in eccitamento alla guerra civile, senza che fosse indicato l'autore di tale eccitamento, sia le irregolarità compiute dal Tribunale di guerra nella raccolta delle prove, in quanto esse erano questioni di diritto e di interpretazione della legge eccedenti le questioni sull'incompetenza e sull'eccesso di potere¹³⁹.

In questo contesto di sostanziale legittimazione delle condanne irrogate dalla giurisdizione militare faceva eccezione Cass. Pen., sez. I, 19 agosto 1898, in cui la Cassazione accolse in parte il ricorso di Fedele De Cicco contro la sentenza del Tribunale di guerra di Napoli che lo condannava ad otto mesi di reclusione per i reati di istigazione a delinquere per avere eccitato alla sommossa avvenuta a Somegliano D'Arco l'8 maggio 1898, e di vilipendio pubblico delle istituzioni costituzionali in virtù di un articolo pubblicato il 7 marzo 1898 sul giornale *Spartaco*, pubblicato a Gallipoli¹⁴⁰. Ad avviso della Suprema Corte, infatti, la condanna per vilipendio era da annullare, poiché il Tribunale di guerra che giudicava e condannava per un reato non soggetto alla sua giurisdizione, e neppure compreso nel territorio soggetto a stato di assedio, commetteva eccesso di potere, ma questo non comportava l'integrale cassazione della sentenza, in virtù del fatto che la condanna per istigazione a delinquere era avvenuta in virtù della "pubblica ed attiva" propaganda, da parte dell'imputato, delle idee socialiste, espressamente qualificate dalla stessa Cassazione come "sovversive"¹⁴¹.

Una sentenza tutto sommato garantista può essere considerata Cass. Pen., sez. I, 11 agosto 1898, in cui la Suprema Corte respinse i ricorsi del P.M. e di Enrico Malatesta nei confronti della sentenza del Tribunale di Ancona del 25 aprile 1898, che aveva condannato i componenti un'associazione anarco-socialista per i reati di cui agli artt. 247 e 251 cod. pen. Zanardelli, negando al contempo l'applicabilità dell'art. 248 cod. pen. Zanardelli¹⁴². Mentre il P.M. sosteneva l'applicabilità di questo ultimo in virtù dei principi e dei fini della propaganda anarchica, nonché degli stessi precedenti penali di Malatesta, la Cassazione ritenne apprezzamento di fatto incensurabile le motivazioni del Tribunale di Ancona, sia in ordine alla considerazione dei precedenti di Malatesta, sia in ordine alla mancata applicazione dell'art. 248 cod. pen. Zanardelli¹⁴³. Inoltre, secondo i giudici di legittimità, per aversi associazione a delinquere, non bastava un vago proposito degli associati di commettere violenze o vie di fatto in genere per l'attuazione di ideali chimerici o più o meno plausibili, ma era necessario l'intento preciso e determinato di commettere le fattispecie delittuose tassativamente indicate¹⁴⁴. Quanto al ricorso di Malatesta, la Suprema Corte ritenne ugualmente apprezzamento di fatto da lei incensurabile l'applicazione, da parte del giudice di merito, degli artt. 247 e 251 cod. pen. Zanardelli all'associazione in questione, in quanto niente escludeva che

¹³⁸ Ivi, col. 953.

¹³⁹ Ivi, col. 953-954. Su questa vicenda, si veda anche F. Colao, *Il principio di legalità nell'Italia di fine Ottocento tra "giustizia penale eccezionale" e "repressione necessaria e legale nel senso più retto e saviamente giuridico, il che vuol dire anche nel senso più liberale"*, cit., pp. 736 ss.

¹⁴⁰ Cfr. *La giustizia penale 1898*, cit., col. 956 ss.

¹⁴¹ Ivi, col. 959.

¹⁴² Ivi, col. 1057 ss.

¹⁴³ Ivi, col. 1058-1059.

¹⁴⁴ Ivi, col. 1058.

questa imputazione potesse trovare la sua base nella propaganda fatta tramite un giornale¹⁴⁵.

In controtendenza rispetto alla precedente giurisprudenza antigarantista può essere vista anche Cass. Pen., sez. II, 28 settembre 1898, in cui la Suprema Corte, pur affermando che il canto dell'inno dei lavoratori di Turati potesse integrare il reato di eccitamento all'odio fra le classi sociali, accolse il ricorso degli imputati in ragione del fatto che non bastava accertare che il canto di questo inno avesse potuto produrre pericolo alla pubblica tranquillità, ma che occorreva anche accertare la coscienza e l'intenzione di eccitare all'odio in chi avesse cantato quell'inno¹⁴⁶. Ulteriore sentenza garantista del 1898 è Trib. Torino, 12 dicembre 1898, in cui fu dichiarato il non luogo a procedere nei confronti di Luigi Benzi, con la motivazione che l'attacco anche violento contro la Massoneria e il Governo non integrava il reato di cui all'art. 247 cod. pen. Zanardelli¹⁴⁷. Secondo i giudici del capoluogo piemontese, le frasi contenute nel giornale *Voce dell'Operaio* non erano da considerarsi incitamento all'odio fra le classi sociali¹⁴⁸, in quanto la Massoneria reclutava i suoi membri fra le diverse classi sociali e fra i diversi partiti politici, con la logica conseguenza che l'attacco contro di essa non poneva un problema di tutela dell'ordine pubblico o di tutela dell'edificio sociale¹⁴⁹. Né, tantomeno, queste parole erano da considerarsi oltraggiose nei confronti del Governo, poiché il Regio Editto sulla stampa reprimeva solamente le offese pubbliche contro la persona del Re, della Famiglia Reale e dei principi di sangue, e le offese pubbliche contro il Senato, la Camera dei Deputati, i Capi di Governo esteri, ed i membri del Corpo diplomatico, e non vi ricomprendeva né il Governo, né la magistratura giudicante¹⁵⁰.

Anche dopo la normalizzazione della lotta politica avvenuta con la caduta del Governo Pelloux, la magistratura non cambiò i propri paradigmi interpretativi¹⁵¹. In Cass. Pen., sez. I, 3 aprile 1900, infatti, fu affermato che, per l'esistenza del reato di istigazione a delinquere non fosse necessario che l'apologia o l'incitamento ottenessero effetti legali, ma bastava che l'azione fosse tale da contenere un pericolo per la pubblica tranquillità, e che il pericolo sorgesse immediatamente là dove si verificava la pubblicità¹⁵². Sulla stessa scia, va considerata anche Cass. Pen., sez. I, 4 gennaio 1901, in cui la Corte, dopo avere ribadito che uno dei principali elementi costitutivi del reato

¹⁴⁵ Ivi, col. 1059-1060. Nel caso di specie, si trattava del giornale *L'Agitazione*, diretto da Maltesta, rispetto al quale la Cassazione parlava esplicitamente di "scritti sovversivi" e di "frasi incendiarie".

¹⁴⁶ Ivi, col. 1243-1244.

¹⁴⁷ Cfr. *La giustizia penale* 1899, vol. V, col. 475 ss.

¹⁴⁸ Le frasi incriminate erano le seguenti: "la massoneria esercita una influenza che fa trionfare i birbanti, gli immorali, i censurati, e che coll'arte e coll'inganno trascina i popoli nel baratro della più grande immoralità e li riduce in balia del dispotismo di occhi audaci e prepotenti, che governano in nome di una sedicente maggioranza, che per questo male epidemico sociale il popolo devastò i campi dei propri proprietari, saccheggiò ed incendiò case e palazzi, e i Governi affetti anch'essi dalla triste influenza settaria si trovano impotenti a recarvi rimedio" (ivi, col. 477).

¹⁴⁹ Ivi, col. 476-477.

¹⁵⁰ Ivi, col. 477-478.

¹⁵¹ Sul fatto che si trovino sentenze fortemente regressive anche dopo la svolta giolittiana insiste M. Sbriccoli, *Dissenso politico e diritto penale in Italia tra Otto e Novecento*, cit., p. 610.

¹⁵² Si veda *Rivista penale*, vol. LIII (1901), p. 49.

previsto dall'art. 247 cod. pen. Zanardelli fosse la pubblicità, sentenziò che la pubblicazione per mezzo della stampa e la spedizione di opuscoli (di matrice socialista)¹⁵³ costituiva di per sé quella pubblicità richiesta dalla legge¹⁵⁴. Altra sentenza interessante per il suo afflato antigarantista è Cass. Pen., sez. I, 24 gennaio 1901, in cui, a parte la questione procedurale coinvolta (la competenza del Tribunale o della Corte d'Assise), si scopre dalla lettura dell'estratto che Carmine Pascale e Giuseppe Fragola erano stati rinviati a giudizio per avere proferito le testuali parole: “se il Bresci uccise il Re, lo uccise come Re, non come Umberto”¹⁵⁵.

In controtendenza, si può citare Cass. Pen., sez. I, 22 ottobre 1900, in cui la Corte sentenziò che l'art. 135 cod. pen. Zanardelli comportasse un rapporto di mezzo a fine tra colui che eccita e il fatto di cui si vuole l'evento molto più prossimo e diretto di quello che potesse derivare dai concetti espressi in articoli di giornale e dalla loro efficacia sul pubblico¹⁵⁶. Altra sentenza garantista è Cass. Pen., sez. II, 22 febbraio 1901, in cui la Suprema Corte, nell'accogliere il ricorso del sacerdote Tommaso Cudone¹⁵⁷, ritenne nulla per difetto di motivazione la sentenza che lo aveva condannato per apologia di delitto, in quanto, all'eccezione difensiva di mancanza di dolo specifico, la Corte di Appello si era limitata a rispondere che il dolo si doveva ravvisare “nella consistenza intrinseca obiettiva della frase rappresentativa il pensiero, esplicito con la massima mala fede”¹⁵⁸.

Ulteriore sentenza garantista è Cass. Pen., sez. II, 12 marzo 1901, in cui la Suprema Corte qualificò come giudizio di fatto – e, come tale, da lei incensurabile – la circostanza che la Corte di Appello avesse negato l'applicabilità dell'art. 248 cod. pen. Zanardelli ad un'associazione anarco-socialista, con la motivazione che non era accertato che lo scopo di questa associazione fosse quello di commettere violenze, avendo essa esclusivamente lo scopo di fare propaganda e di sussidiare la stampa di partito¹⁵⁹. È interessante notare, a questo proposito, che il principio affermato dalla Cassazione aveva ricevuto le lodi da parte dei redattori della *Rivista penale*, i quali, non senza soddisfazione, avevano rilevato come, sino a poco tempo prima, si fosse ritenuto “apoditticamente e aprioristicamente, quale postulato della scienza giuridica e del diritto giurisprudenziale” che ogni associazione anarchica fosse un'associazione a delinquere¹⁶⁰.

Nell'ambito della giurisprudenza antisocialista va considerata, invece, Cass. Pen., sez. I, 11 aprile 1901, in cui venne rigettato il ricorso di Giuseppe Vannini, Antonio Giovanni Casini, Cafiero Laurentini, Ciro Marrocchi e Ludovico Cecarelli, e vennero

¹⁵³ Ancora una volta, va sottolineata l'infima considerazione accordata al socialismo come tale: nella sentenza, infatti, non si esita a parlare di esso come di una “triste dottrina”.

¹⁵⁴ Ivi, p. 474-475.

¹⁵⁵ Ivi, p. 536.

¹⁵⁶ Ivi, p. 41.

¹⁵⁷ Ivi, pp. 541-542.

¹⁵⁸ La frase incriminata stava nel fatto che, alla notizia della uccisione di Umberto I, Cudone aveva risposto: “Che me ne fotto di lui che è morto, quando non ne ammazzano una ventina di capezzoni simili”.

¹⁵⁹ Ivi, pp. 536-537.

¹⁶⁰ Ivi, p. 536.

confermate le condanne irrogate dal Pretore di Siena¹⁶¹. Secondo la Corte, i ricorrenti, tutti membri dell'Associazione Socialista senese disciolta dal prefetto il 13 agosto 1900 per ragioni di pubblica sicurezza, erano incorsi nel reato previsto dall'art. 434 cod. pen. Zanardelli nel momento in cui l'avevano ricostituita. Ad avviso della Corte, il divieto permaneva fino a quando non fosse cessato il pericolo che l'ordine pubblico fosse compromesso, e la legalità del decreto prefettizio di scioglimento non poteva essere disconosciuta, in quanto, se era vero che la libertà di associazione era tutelata dallo Statuto, era altrettanto vero che il prefetto era l'organo che soprintendeva alla pubblica sicurezza, tanto più che la giurisprudenza uniforme della stessa Cassazione aveva riconosciuto al prefetto questa facoltà¹⁶².

Espressione del consolidato filone giurisprudenziale antianarchico, può essere considerata, invece, Cass. Pen., sez. II, 22 febbraio 1901, in cui i giudici di legittimità rigettarono il ricorso degli imputati De Paoli, Verna e Corno, autori di un manifesto elettorale di matrice anarchica¹⁶³. La Cassazione dichiarò apprezzamento di fatto da lei insindacabile la valutazione del giudice di merito che aveva ritenuto sussistenti contemporaneamente le tre ipotesi previste dall'art. 247 cod. pen. Zanardelli. A suo avviso, contrariamente a quel che sostenevano i ricorrenti, non era in questione la libertà di pensiero, ma il fatto che il codice penale punisse le manifestazioni di pensiero di quella che lei stessa chiamava "la truce setta anarchica", in quanto dirette a fare propaganda sovversiva¹⁶⁴. Sulla stessa scia, anche Cass. Pen., sez. I, 16 settembre 1901, in cui i giudici di legittimità ritennero che il canto di una canzone anarchica per le pubbliche vie costituisse incitamento all'odio fra le classi sociali, e non semplice emissione di grida sediziose¹⁶⁵.

Tra gli ulteriori filoni in cui si riscontrava una netta continuità con la giurisprudenza del decennio precedente si può citare anche quello che restringeva al massimo l'applicabilità delle amnistie. Emblematiche in questo senso sono le sentenze che, nel qualificare il reato previsto di istigazione a delinquere come mero reato comune, pur se compiuto tramite la stampa, escludevano per ciò stesso l'applicazione dell'amnistia nei confronti del gerente responsabile, ovverosia di chi non era neanche autore dell'articolo incriminato. In una sentenza (Cass. Pen., sez. II, 19 novembre 1901)¹⁶⁶, la Corte negò l'applicazione del decreto di amnistia dell'11 novembre 1900, con la motivazione che la parola "pubblicamente" contenuta nell'art. 247 cod. pen. Zanardelli comprendesse tutte le forme di pubblicità, compresa la stampa, in quanto, se si fosse voluto non ricomprendere anche questo mezzo, non assoggettandolo alla legge comune, si sarebbe dovuto manifestare la volontà legislativa in modo esplicito¹⁶⁷. In una sentenza di pochi giorni successiva (Cass. Pen., 29 novembre 1901), la Corte escluse anche l'applicabilità dell'amnistia del 1 giugno 1901 sempre con la motivazione che i reati di istigazione a delinquere, quand'anche commessi con il mezzo della

¹⁶¹ Ivi, pp. 662 ss.

¹⁶² Ivi, p. 664.

¹⁶³ Ivi, pp. 698-699.

¹⁶⁴ Ivi, p. 699.

¹⁶⁵ Si veda *Supplemento alla Rivista penale*, vol. X, cit., pp. 108-109.

¹⁶⁶ Cfr. *La giustizia penale* 1902, cit., col. 144 ss.

¹⁶⁷ Ivi, col. 146-147.

stampa, non cessavano di essere reati comuni, punibili secondo il codice penale¹⁶⁸. D'altra parte, occorre tenere presente che, in una ulteriore sentenza sempre in quello stesso giorno (Cass. Pen., 29 novembre 1901), i giudici di legittimità ritennero che anche l'incitamento all'odio fra classi sociali, pur se commesso con il mezzo della stampa, fosse reato comune, sottolineando le differenze in sede di formulazione tra l'art. 247 cod. pen. Zanardelli e l'art. 24 Editto sulla stampa (il codice penale richiedeva il pericolo per la pubblica tranquillità che la legge speciale non contemplava), e concludendo che, quand'anche l'art. 247 cod. pen. Zanardelli avesse previsto lo stesso identico reato dell'art. 24 Editto sulla stampa, in virtù della successione delle leggi nel tempo, quest'ultimo doveva ritenersi abrogato per incompatibilità con la nuova normativa¹⁶⁹.

Ulteriore sentenza che si ricollegava alla giurisprudenza del periodo precedente era senza dubbio Cass. Pen., sez. II, 7 febbraio 1902, in cui la Corte accolse il ricorso del P.M. e cassò la sentenza di non luogo a procedere della Corte di Genova del 4 dicembre 1901 nei riguardi di Pietro Follis, Giovanni Battista Ruffis e Riccardo Momigliani in qualità rispettivamente di gerente responsabile, stampatore ed autore di un articolo intitolato *La barbarie nera*, pubblicato su *Il Grido del Popolo*¹⁷⁰. Le censure dei giudici di legittimità riguardarono quella parte della sentenza in cui la Corte di Genova aveva sostenuto che, per aversi pericolo per la pubblica tranquillità, fosse necessario una maggiore diffusione dello stampato o l'affissione in luoghi pubblici: a loro avviso, infatti, in questo modo si finiva per snaturare la disposizione contenuta nell'art. 247 cod. pen. Zanardelli, poiché la legge non contemplava affatto che si dovesse far riferimento allo stato politico-morale del pubblico, ma all'intrinseco significato dello stampato o del discorso ed al modo di pubblicità di esso¹⁷¹. In controtendenza rispetto a questo *trend* giurisprudenziale può citarsi, invece, Cass. Pen., 20 marzo 1902, in cui la Suprema Corte ritenne che fosse carente di motivazione la sentenza del giudice di merito che, in materia di istigazione a delinquere commessa tramite stampa, si limitava ad affermare che fosse sufficiente, per aversi la pubblicità, la pubblicazione legale dello stampato che veniva consegnato al P.M., anziché la pubblicità effettiva e materiale¹⁷².

Per quanto riguardava la giurisprudenza antisocialista e antianarchica, in Cass. Pen., 24 marzo 1902, la Suprema Corte ritenne corretta l'imputazione, da parte del giudice di merito, del reato di cui all'art. 247 cod. pen. Zanardelli nei confronti di coloro che avevano cantato una canzone anarchica contenente le frasi "Evviva la bandiera rossa – avanti tutti alla riscossa – evviva l'anarchia – abbasso preti e re", in quanto, essendo lo scopo dell'anarchia la distruzione e l'eccidio, inneggiare alla stessa costituiva incitamento alla disobbedienza di tutte le leggi¹⁷³. Sulla stessa scia, si può citare Cass. Pen., 9 luglio 1902, in cui la Corte, pur ammettendo che le grida di "Viva il socialismo!" non fossero di per sé qualificabili sempre come sediziose, e che, anzi, questo carattere doveva essere escluso quando l'illustrazione delle dottrine socialiste

¹⁶⁸ Ivi, col. 158.

¹⁶⁹ Ivi, col. 159.

¹⁷⁰ Ivi, col. 276 ss.

¹⁷¹ Ivi, col. 278.

¹⁷² Ivi, col. 1163-1164.

¹⁷³ Ivi, col. 1167.

veniva fatto “con contegno ordinato e tranquillo e nelle vie legali”, affermò che il loro carattere sovversivo si veniva a manifestare nel momento stesso in cui si parlava di sovvertimento degli ordinamenti politici vigenti¹⁷⁴. I giudici di legittimità ritennero apprezzamento di fatto incensurabile la valutazione, da parte del giudice di merito, come sediziose delle grida emesse durante un discorso fatto in pubblico a favore degli scioperanti, in cui veniva accennato al fatto che la proprietà fosse un furto¹⁷⁵.

Tra le sentenze successive al 1902 ugualmente emblematiche, si può citare Cass. Pen., 4 giugno 1904, in cui la Suprema Corte ritenne colpevole di istigazione all'odio fra le classi sociali il gerente responsabile di un giornale in cui erano stati pubblicati articoli che parlavano della necessità di debellare la classe borghese, per dar luogo alla vittoria del proletariato, in quanto ciò implicava una dichiarazione di lotta implacabile tra le due diverse classi sociali¹⁷⁶. In senso simile, può essere considerata anche Cass. Pen., sez. I, 9 gennaio 1906, in cui i giudici di legittimità dichiararono che costituiva incitamento all'odio fra le classi sociali la distribuzione di manifesti ai coscritti in cui li si invitava a fare causa comune col partito proletario contro la classe borghese¹⁷⁷. Ulteriore sentenza in materia di distribuzione di stampati ai militari è, infine, Cass. Pen., sez. II, 13 ottobre 1906, ove la Corte respinse i ricorsi di alcuni militanti socialisti (Giovanni Benvenuti, Giovanni Biondi, Alessandro Bacci e Plinio Trovatielli), giudicati colpevoli del delitto di istigazione a delinquere per avere distribuito stampati in cui si incitavano i militari a disubbidire agli ordini dei loro superiori, e a non sparare in ogni caso per non rendersi fratricidi¹⁷⁸.

3.2. La giurisprudenza durante la brevissima esperienza liberaldemocratica (1919-1922)

L'afflato antigarantista della giurisprudenza dell'epoca liberale riemergeva ancor più evidente nella breve e travagliata esperienza liberaldemocratica, in cui, a seguito degli sconvolgimenti politici, economici e sociali determinati dal conflitto bellico, si registrò una conflittualità politica assai più esasperata rispetto al periodo giolittiano. Va pure tenuto presente che era completamente cambiato il contesto politico di riferimento: mentre nel periodo anteguerra, il movimento socialista costituiva pur sempre una esigua minoranza parlamentare, con il primo dopoguerra, anche in virtù delle riforme elettorali introdotte, i socialisti erano divenuti il partito di maggioranza relativa alle elezioni del 1919 ed avevano intrapreso, a seguito dell'egemonia esercitata dal gruppo massimalista, una discutibile politica basata sullo sciopero generale ad oltranza e sull'occupazione delle fabbriche come fase prodromica allo scoppio della rivoluzione vera e propria¹⁷⁹, il che finiva per rendere ancora più problematico il rapporto con le

¹⁷⁴ Ivi, col. 1162-1163.

¹⁷⁵ Ivi, col. 1163.

¹⁷⁶ Cfr. *La giustizia penale* 1904, vol. X, col. 1128-1129.

¹⁷⁷ Si veda *Rivista penale*, vol. LXIII (1906), pp. 430-431.

¹⁷⁸ Cfr. *Rivista penale*, vol. LXV (1907), p. 55.

¹⁷⁹ Sulla egemonia esercitata dal gruppo massimalista nel primo dopoguerra, si vedano G. Arfè, *Storia del socialismo italiano*, cit., pp. 250 ss., 267 ss., 274 ss.; G. Manacorda, *Il socialismo nella storia d'Italia*, Ristampa, Bari 1970, vol. II, pp. 431 ss.; C. Vallauri, *Il Governo Giolitti e l'occupazione delle fabbriche*, cit., pp. XXV, XXXIII ss., 5 ss.

élites politiche liberali e con la stessa borghesia.

Per quanto riguardava i reati di eccitamento ed istigazione, una sentenza antigarantista è Cass. Pen., sez. I, 19 novembre 1920, in cui la Suprema Corte si occupò del ricorso di Ester Besio e Amedeo Baticchi, rinviati a giudizio dalla Sezione di Accusa della Corte di Appello di Genova per i reati di cui all'art. 135 cod. pen. Zanardelli, in relazione agli artt. 118 e 120 cod. pen. Zanardelli, per il comizio tenuto il 18 aprile 1920 in occasione dell'inaugurazione della bandiera del circolo giovanile socialista di Valleggio¹⁸⁰. I giudici di legittimità stabilirono che l'elemento intenzionale del reato di eccitamento pubblico a commettere un delitto contro la sicurezza dello Stato stava nel fine voluto che altri commettessero un tale reato¹⁸¹, e che, tuttavia, anche in mancanza di una motivazione esplicita sul dolo da parte della Sezione di Accusa, questo doveva ritenersi addebitato agli accusati quando l'intenzione criminosa emergeva evidente dal tenore dei violenti discorsi pronunciati.

Sulla stessa scia, si può citare anche Cass. Pen., 4 aprile 1921, in cui i giudici stabilirono che, nel caso di istigazione a commettere il reato di cui all'art. 118 cod. pen. Zanardelli, fosse irrilevante il mancato raggiungimento dello scopo¹⁸². Secondo la Corte, infatti, il reato poteva concretarsi in pubblicazioni o in discorsi indipendentemente dal raggiungimento dello scopo che si prefiggeva l'agente o dalla possibilità di raggiungerlo. Sempre in questa materia, si può anche citare Cass. Pen., sez. II, 14 ottobre 1921, ove la Cassazione sostenne che, per la sussistenza del reato di istigazione a delinquere non fosse necessaria la designazione di un delitto determinato: ad avviso dei giudici di legittimità, commetteva questo reato chi, in un pubblico comizio, avesse incitato la folla ad una azione violenta contro la forza pubblica e contro la borghesia¹⁸³.

Ulteriore sentenza che si muoveva nell'alveo della giurisprudenza antigarantista è senza dubbio Cass. Pen., sez. I, 5 novembre 1921, in cui la Corte ritenne configurabile la figura del tentativo di incitamento all'odio tra le classi sociali nel caso di chi veniva sorpreso dalla forza pubblica mentre cercava di consegnare ad alcuni militari dei manifesti contenenti frasi di incitamento all'odio tra le diverse classi sociali¹⁸⁴. La Corte partì dal presupposto che l'effettivo turbamento della pubblica tranquillità non fosse elemento integratore dei reati di incitamento all'odio tra le diverse classi sociali, essendo sufficiente che l'incitamento avesse avuto in sé stesso, e per le circostanze in cui fu commesso, attitudine a causare una diminuzione della pubblica tranquillità. In secondo luogo, la Corte ritenne accertamento di fatto incensurabile in Cassazione l'affermazione del giudice di merito che l'incitamento all'odio fosse fatto o tentato in modo pericoloso per la pubblica tranquillità. In terzo luogo, infine, la Cassazione sostenne la tesi che il delitto di incitamento all'odio, quando fosse compiuto col mezzo della stampa, ammettesse la figura del tentativo.

Emblematica della durezza con la quale la magistratura reagiva al dissenso politico

¹⁸⁰ Si veda *La giustizia penale* 1921, vol. XXVII, col. 294 ss.

¹⁸¹ È interessante notare che, anche in questo caso, i redattori della rivista *La giustizia penale* mettersero in evidenza il contrasto tra giurisprudenza e dottrina e citassero in proposito la diversa ricostruzione data da Florian (ivi, col. 294).

¹⁸² Ivi, col. 1040.

¹⁸³ Si veda *La giustizia penale* 1922, vol. XXVIII, col. 436-437.

¹⁸⁴ Ivi, col. 438 ss.

radicale è senza dubbio Cass. Pen., sez. I, 28 novembre 1921, in cui la Corte repinse il ricorso del Procuratore Generale nei riguardi della condanna di Dante Pagliai, ritenuto gerente responsabile del quotidiano anarchico *Umanità Nova*, e condannato il 1 agosto 1921 alla pena di cinque anni, quattro mesi e venti giorni¹⁸⁵. Al di là della questione del cumulo delle pene – i giudici sentenziarono, infatti, che l'eccitamento a commettere reati con materie esplodenti e l'apologia dei medesimi commessi a mezzo stampa andassero considerati e puniti unicamente a norma degli artt. 246 e 247 cod. pen. Zanardelli, mentre erano considerati reati a sé stante, e, come tali, soggetti alle sanzioni previste dall'art. 6 l. n. 314/1894, quelli commessi con mezzo diverso dalla stampa –, a dare la misura della durezza della repressione erano il fatto che Pagliai fosse stato condannato in contumacia, e l'entità della pena comminata per articoli non scritti da lui stesso.

In continuità con la giurisprudenza dell'epoca liberale può essere letta Cass. Pen., sez. I, 19 aprile 1922, in cui la Suprema affermò che l'art. 24 dell'Editto sulla stampa, benché non ricompreso tra le disposizioni esplicitamente abrogate dall'art. 4 l. n. 5801/1888, fosse stato abrogato dall'art. 247 cod. pen. Zanardelli, in relazione all'art. 1 l. n. 315/1894¹⁸⁶. Ulteriore sentenza in materia di eccitamento a delinquere ed apologia di reato è, infine, Cass. Pen., sez. II, 7 aprile 1922, in cui la Suprema Corte rigettò il ricorso di Cesare Fredda, condannato a tre mesi di detenzione e 500 lire di multa per apologia di reato per avere affermato più volte in presenza di più viaggiatori che i disertori non erano vigliacchi, e che vigliacchi erano, invece, tutti coloro che non avevano avuto il coraggio di disertare¹⁸⁷. La Corte ritenne, infatti, apprezzamento di fatto incensurabile da parte sua la circostanza che il giudice di merito avesse considerato esistente il requisito della pubblicità nel fatto che esso si svolse su un vagone ferroviario affollato, nonché sussistente il dolo specifico nel fatto che l'imputato non ignorava, né poteva ignorare, il significato delle sue affermazioni¹⁸⁸. Né era configurabile, secondo la Cassazione, un difetto di motivazione in ordine alla negazione della circostanza che Fredda volesse solo ribattere alla altrui deplorazione, ma anche esaltare i disertori e magnificare il fatto delittuoso¹⁸⁹.

Per quanto riguardava l'applicabilità del vilipendio delle istituzioni costituzionali all'esercito, e, più in generale, ai corpi militari, tra le sentenze del dopoguerra che si ricollegavano alla giurisprudenza precedente va citata senz'altro Cass. Pen., 17 maggio 1920, in cui fu confermata la condanna nei confronti di alcuni imputati per vilipendio dell'esercito. Secondo la Cassazione, l'esercito rientrava nell'ambito delle istituzioni costituzionali, poiché l'art. 5 Statuto assegnava al Re il comando delle forze di terra e di mare: senza di esse, si avrebbe avuta una potestà priva di coercizione¹⁹⁰. In senso simile, si può citare anche Cass. Pen., sez. I, 18 maggio 1921, in cui la Suprema Corte respinse il ricorso di Soriani e Capettini, confermando la loro condanna per vilipendio

¹⁸⁵ Ivi, col. 340-341.

¹⁸⁶ Cfr. *Rivista penale*, vol. CI (1925), p. 74.

¹⁸⁷ Si veda *Rivista penale*, vol. XCVI (1922), pp. 222-223.

¹⁸⁸ Ivi, p. 222.

¹⁸⁹ Ivi, p. 223.

¹⁹⁰ Cfr. *La giustizia penale* 1920, vol. XXVI, col. 650.

dell'esercito, ai sensi dell'art. 126 cod. pen. Zanardelli¹⁹¹. Ad avviso della Corte, non c'era alcun motivo per discostarsi dalla sua consolidata giurisprudenza, in quanto non si poteva dubitare che una delle istituzioni fondamentali di supremo ordine politico, nelle quali si esplicava il potere esecutivo, fosse l'esercito nazionale, senza il quale lo Stato non sarebbe potuto esistere. Inoltre, a rafforzamento della sua argomentazione, la Corte rilevava che il codice penale, nel reprimere i delitti di violenza o resistenza all'autorità, di diffamazione o ingiurie aveva provveduto per i corpi giudiziari, politici e amministrativi, ma non per i corpi militari, proprio perché il legislatore riteneva l'esercito rientrante tra le istituzioni costituzionali dello Stato. Sulla stessa scia, infine, si può citare anche Cass. Pen., 25 novembre 1921, in cui la Suprema Corte ricomprese nella nozione di esercito anche la Guardia Regia (istituita con R.D. n. 1790/1919)¹⁹². Secondo i giudici di Cassazione, pur avendo la Guardia Regia essenzialmente compiti di P.S., non si poteva non dubitare che essa facesse parte dell'esercito nazionale, poichè, come i Carabinieri e la Guardia di Finanza, in caso di guerra, concorreva alla difesa dello Stato. Di conseguenza, il vilipendio della Guardia Regia costituiva vilipendio delle istituzioni costituzionali come quello dell'Esercito.

Sempre in materia di vilipendio dell'esercito, si può citare Cass. Pen., sez. I, 28 gennaio 1922, riguardante i reati di vilipendio dell'esercito ed eccitamento dei soldati alla disobbedienza a mezzo stampa¹⁹³. La Corte respinse i ricorsi di Boassano e Petrusch, secondo i quali la presunzione di colpevolezza a carico del gerente responsabile del giornale stabilita dall'Editto sulla stampa non poteva estendersi al delitto previsto dalla legge del 1894, trovando applicazione invece gli artt. 45 e 64 cod. pen. Zanardelli¹⁹⁴. Secondo la Suprema Corte, pur essendo teoricamente esatto l'assunto dei ricorrenti, ogni indagine sul convincimento dei giurati, in quanto tale, le era interdotta, poiché il verdetto di colpevolezza conteneva una manifestazione esplicita del convincimento dei giurati sul dolo di entrambi gli imputati e sul loro concorso primario nella perpetrazione del reato¹⁹⁵.

Tra le sentenze che intervengono prima della c.d. "marcia su Roma", e che tuttavia sembrano anticipare il linguaggio del codice penale del 1930, si può citare anche Cass. Pen., sez. I, 13 marzo 1922, in cui fu confermata la condanna nei confronti di Villoredo Rondoni per oltraggio alla bandiera, anche se si trattava di un tricolore senza stemma sabauda¹⁹⁶. I giudici argomentarono nel senso che il delitto contemplato dall'art. 115 cod. pen. Zanardelli era un delitto contro il sentimento della collettività formante lo Stato che esigeva il rispetto verso la rappresentazione esteriore della propria personalità. A loro dire, la bandiera tricolore, seppur priva dello stemma sabauda nella parte bianca, era il simbolo della sovranità nazionale. Ancor più interessante, a mio avviso, è la presenza di una nota redazionale da parte dei redattori della *Rivista Penale*, in cui si avvertiva il lettore del contrasto tra la giurisprudenza e la dottrina¹⁹⁷.

¹⁹¹ Si veda *La giustizia penale* 1921, cit., col. 1014.

¹⁹² Cfr. *La giustizia penale* 1922, cit., col. 64.

¹⁹³ Ivi, col. 342-343.

¹⁹⁴ Ivi, col. 342.

¹⁹⁵ Ivi, col. 343.

¹⁹⁶ Si veda *Rivista penale*, vol. XCVII (1923), pp. 131-132.

¹⁹⁷ Ivi, p. 131, ove veniva citata la tesi sostenuta da Vincenzo Manzini. Riteneva configurabile il reato di oltraggio alla bandiera solo nei confronti della bandiera ufficiale, escludendo categoricamente che

Tra le sentenze del 1922 ispirate ugualmente da un certo afflato antigarantista si può citare, infine, anche Cass. Pen., sez. I, 27 gennaio 1922, in cui la Corte confermò la condanna nei confronti di alcuni esponenti del fascio comunista di Chianciano per avere progettato l'organizzazione degli omicidi di 8 persone, tra cui un maresciallo dei carabinieri¹⁹⁸. Partendo dal presupposto che il concorso di più persone negli atti preparatori di un delitto collettivo non bastava a dare vita al reato previsto dall'art. 248 cod. pen. Zanardelli, ma era necessario che più di cinque individui si associassero nel preordinare una serie di delitti, all'infuori di ogni principio di esecuzione, la Corte ritenne che l'averne nella deliberazione del luglio 1920 specificato le persone da sopprimere ai primi moti rivoluzionari non fosse un programma ipotetico e lontano nel tempo, a maggior ragione quando la deliberazione del 5 aprile 1921, in cui venne decisa l'immediata uccisione del maresciallo dei carabinieri, dimostrava che quel programma si voleva attuare anche prima dell'avverarsi delle circostanze previste.

3.3. La giurisprudenza successiva alla “marcia su Roma” (1923-1931)

L'avvento al potere del fascismo non costituì un punto di svolta per la giurisprudenza sui reati di opinione, dal momento che la magistratura non fece altro che riproporre, talvolta estremizzandoli, i paradigmi antigarantisti dei decenni precedenti, in un contesto di progressiva riduzione dell'area del dissenso politico. Emblematica della continuità giurisprudenziale può essere considerata Cass. Pen., sez. I, 9 febbraio 1923, in cui la Suprema Corte arrivò a sostenere che ogni singola ipotesi di istigazione a delinquere e vilipendio dell'esercito tramite la stampa contemplata dalla l. n. 315/1894 costituisse reato per sé stante: qualora in una stessa pubblicazione ne fossero ricorse più di una, ciò dava luogo a più reati, salvo il temperamento della continuazione¹⁹⁹. Essa rigettò perciò il ricorso di Carlo Pedroni, direttore responsabile del giornale *L'aurora* confermando la condanna per vilipendio dell'esercito, istigazione a violare i doveri della disciplina e istigazione a violare il giuramento.

Tra le ulteriori manifestazioni della continuità giurisprudenziale si può citare la giurisprudenza in materia di ammissibilità della figura del tentativo. In Cass. Pen., sez. I, 22 gennaio 1923, i giudici di legittimità rigettarono il ricorso di Ferruccio Brighenti e altri imputati, affermando che il delitto di formazione di un corpo armato per commettere un determinato delitto comportava il tentativo anche nei riguardi della responsabilità di coloro che entravano a farne parte nello stadio costitutivo²⁰⁰. Secondo la Suprema Corte, infatti sussisteva la possibilità di fare parte di un corpo armato, anche solo in stato di formazione, quando non si era ancora perfezionato il delitto configurato nell'art. 253 cod. pen. Zanardelli: in quest'ottica, se la responsabilità penale dei partecipanti ad un corpo armato in stato di formazione non poteva essere parificata a quella dei partecipanti ad un corpo armato già costituito e pronto

potesse costituire soggetto passivo del reato una bandiera tricolore priva dello stemma sabaudo anche E. Florian, *Delitti contro la sicurezza dello Stato*, in A. Zerboglio, E. Florian, A. Pozzolini, P. Viazzi, *Trattato di diritto penale, Volume Secondo, Parte Prima*, Milano s.d. (probabilmente 1902), p. 291.

¹⁹⁸ Cfr. *Rivista penale*, vol. XCVII, cit., p. 233 (e in *La giustizia penale 1922*, cit., col. 437-438)

¹⁹⁹ Cfr. *Rivista penale*, vol. XCVIII (1923), pp. 61-62.

²⁰⁰ Ivi, pp. 42-43.

all'azione²⁰¹, tutto questo non toglieva che il compimento di veri e propri atti esecutivi da parte di coloro che avevano effettivamente assunto la qualità di gregari legittimava l'affermazione della loro responsabilità a titolo di tentativo²⁰².

In controtendenza può essere citata Cass. Pen., sez. I, 19 febbraio 1923, in cui veniva cassata la condanna nei confronti di Giuseppe Tanini ed altri coimputati. Secondo i giudici di legittimità, il delitto contemplato nella prima parte dell'art. 120 cod. pen. Zanardelli, consistente in un fatto diretto a far insorgere in armi gli abitanti del Regno contro i Poteri dello Stato, non ammetteva la figura del tentativo²⁰³. Di diverso avviso era, invece, Cass. Pen., sez. I, 21 marzo 1923, con cui veniva affermato che, essendo giuridicamente impossibile l'ipotesi del tentativo, il delitto previsto in quella disposizione era di carattere formale: di conseguenza, proseguiva la Corte, ogni inizio di esecuzione con mezzi idonei era considerato sufficiente a consumare il delitto²⁰⁴. In Cass. Pen., sez. I, 25 giugno 1923 veniva affermato, inoltre, che si aveva un fatto diretto alla insurrezione ai sensi dell'art. 120 cod. pen. Zanardelli anche quando l'agente operava in una porzione, sia pur piccola del Regno, ma la sua azione era anche soltanto intenzionalmente collegata con altre. Secondo i giudici, l'obiettività del reato poteva essere formata da un complesso di reati pur aventi un fine specifico diverso, e il getto di bombe con lo scopo di incutere pubblico timore, suscitare tumulti o pubblico disordine era tutt'altro che antitetico²⁰⁵.

Una sentenza garantista è, invece, Trib. Roma, 26 ottobre 1923²⁰⁶, in cui erano imputati Amedeo Bordiga e tutto il gruppo dirigente comunista, ove veniva testualmente affermato che il fatto di appartenere al partito comunista e di svolgere una attività di propaganda corrispondente alla tattica del medesimo non integrava il delitto previsto dall'art. 251 cod. pen. Zanardelli, poiché non si aveva la prova che nel seno del partito fosse sorta un'organizzazione caratterizzata da vincolo associativo allo speciale scopo di commettere i delitti contemplati nell'art. 247 cod. pen. Zanardelli. Di questa sentenza è interessante notare che, nonostante la dura reprimenda contro le idee marxiste, considerate sovvertitrici delle leggi liberali²⁰⁷, i giudici tendevano a differenziare la posizione dei comunisti rispetto agli anarchici, nei confronti dei quali permaneva, invece, una condanna senza appello²⁰⁸: a loro avviso, fino a che l'azione

²⁰¹ Ivi, p. 42.

²⁰² Ivi, p. 42.

²⁰³ Ivi, pp. 233-234.

²⁰⁴ Cfr. *Rivista penale*, vol. CI, cit., p. 76.

²⁰⁵ Ivi, pp. 75-76.

²⁰⁶ Cfr. *Rivista penale*, vol. XCIX (1924), pp. 579 ss.

²⁰⁷ Ivi, p. 580: “va ricordato che il partito comunista, come si apprende dal suo programma, mirante alla conquista del potere con metodo rivoluzionario intransigente sulla base della lotta di classe, non ostante questa sua assurda e pernicioso dottrina, è stato tollerato e riconosciuto come partito politico, tanto vero che, dopo la scissione avvenuta al Congresso di Livorno dai socialisti, si è affermato come tale anche nel Parlamento nazionale a mezzo dei suoi rappresentanti politici”.

²⁰⁸ Ivi, p. 580: “resta invece un'associazione, costituita in partito, di tutti coloro che vagheggiano e agognano il comunismo, come forma paradisiaca di Governo e ne professano e diffondono le dottrine; molto diversa dall'associazione di anarchici, i quali contrariamente ai comunisti, non intendono mutare la forma di Governo, ma di rendere impossibile qualsiasi Governo e distruggere con la violenza le basi di ogni civile consorzio”.

del partito comunista si manteneva nel campo astratto delle teorie della propaganda lecita, non poteva richiamare su di sé l'azione vigile dello Stato.

In continuità con la giurisprudenza precedente è, invece, Cass. Pen., sez. I, 8 giugno 1923²⁰⁹, in cui venne confermata la condanna nei confronti di Leandro Petrazzini, colpevole di avere rimosso, insieme a Giulio Margontino, l'effigie del Sovrano dalla sala consiliare del Comune di Sarteano. I giudici ritennero che un tale atto non costituiva una mera estrinsecazione delle loro idee politiche, ma rimpiccioliva, menomava, gettava ombra di irriverenza e di scherno e faceva apparire inutile e vano al cospetto del popolo l'altissimo simbolo, ferendo così pubblicamente e profondamente la persona rappresentata, nonostante il subdolo equivoco mezzo adoperato: a loro avviso, quello contemplato nell'art. 122 cod. pen. Zanardelli, più che un delitto contro i poteri dello Stato era un delitto contro il sentimento della collettività dello Stato, che esigeva rispetto verso qualsiasi rappresentazione della propria personalità, configurata anche nella stessa immagine del Re.

Uno dei campi dove la giurisprudenza successiva alla marcia su Roma superò addirittura in estremismo la giurisprudenza precedente è senza dubbio quella relativa al delitto di oltraggio alla bandiera. Sentenza fondamentale in questo senso è Cass. Pen., sez. I, 24 marzo 1924, in cui venne confermata la condanna nei confronti di Albano Miori, ritenuto colpevole di oltraggio alla bandiera, anche se non si trattava di bandiera con lo stemma reale e la cravatta azzurra come prescritto dal R.D. 24 settembre 1923²¹⁰. Secondo i giudici di legittimità, che la bandiera non fosse quella prevista dal R.D. che disciplinava l'uso della bandiera nazionale, non poteva esercitare alcuna influenza in rapporto al reato previsto dall'art. 115 cod. pen. Zanardelli: quando lo sfregio era diretto verso un simbolo che per i suoi caratteri generici rappresentava nella coscienza pubblica e nello stesso agente la bandiera nazionale, l'elemento oggettivo del delitto sussisteva anche se nel simbolo mancavano i caratteri particolari.

Ulteriore sentenza in materia di oltraggio alla bandiera è Cass. Pen., sez. II, 19 ottobre 1925, in cui fu respinto il ricorso di Ottorino Lorenzi, e confermata la sua condanna per avere recato pubblica onta nei confronti del fazzoletto tricolore portato da una terza persona²¹¹. Secondo i giudici, era irrilevante che il fazzoletto fosse portato come insegna di un partito politico²¹². Richiamando la precedente sentenza sul caso Miori, la Cassazione affermò che con l'art. 115 cod. pen. Zanardelli era tutelato il sentimento nazionale che si sentiva offeso da ogni manifestazione di disprezzo contro il simbolo della patria: a suo avviso, non si poteva desumere come necessario estremo dell'art. 115 cod. pen. Zanardelli il riferimento contenuto nel R.D. n. 2072/1923, senza condurre l'interpretazione a conseguenze in manifesta opposizione coi fini della stessa legge²¹³. Anche in questo caso, occorre sottolineare il sibillino commento da parte della redazione della *Rivista penale*, che non esitava a parlare di una sentenza che portava alle ultime conseguenze una "esasperata ortodossia politica", nonché un "patriottismo estremo ed estremista", che superava "il precetto della legge e il pensiero

²⁰⁹ Ivi, p. 141.

²¹⁰ Si veda *Rivista penale*, vol. C (1924), pp. 236-237.

²¹¹ Cfr. *Rivista penale*, vol. CIII (1926), pp. 169-170.

²¹² Ivi, p. 169.

²¹³ Ivi, p. 170.

originario che la ispirò²¹⁴.

Alla luce dell'estremismo patriottardo di cui parlavano i redattori della *Rivista penale* si può vedere anche Cass. Pen., sez. II, 1 febbraio 1926, in cui, richiamando proprio quanto stabilito nel caso Lorenzi, la Suprema Corte ritenne, a maggior ragione, colpevole di vilipendio alla bandiera Felice Martorelli per avere recato disprezzo ad un simbolo nazionale²¹⁵. Sulla stessa scia può essere vista anche Cass. Pen., sez. I, 19 aprile 1926, in cui vennero confermate le condanne nei confronti di Vittorio e Cristiano Tait per avere calpestato un gagliardetto fascista composto da un tricolore e dallo stemma del fascio littorio. Richiamando la già citata sentenza Miori, la Cassazione ritenne irrilevante il fatto che il tricolore facesse parte di un gagliardetto politico: a suo dire, se un partito politico l'adottava, esso non perdeva la sua qualità di simbolo della sovranità nazionale²¹⁶. Per rendersi conto di quanto questa sentenza fosse estremista, va sottolineato che è solo con il R.D. n. 2061 del 12 dicembre 1926 che il fascio littorio venne dichiarato, a tutti gli effetti, emblema dello Stato: in questo senso, la giurisprudenza anticipava persino la legislazione fascista²¹⁷.

Ancor più scatenata è Cass. Pen., sez. I, 23 aprile 1926, con cui venne confermata la condanna nei riguardi di Pietro Malfertheiner, ritenuto colpevole di oltraggio per avere rimosso la bandiera italiana dal rifugio alpino della Plase il giorno della festa del Sacro Cuore²¹⁸. Secondo i giudici della Suprema Corte, se era vero che, per incorrere nel delitto, fosse necessario, insieme alla volontarietà della rimozione o asportazione, anche il dolo specifico di fare atto di disprezzo contro il simbolo dell'unità e dell'indipendenza della patria, ciò non voleva dire che tale manifestazione delittuosa dovesse sempre esplicitarsi con parole concomitanti al fatto, ben potendo il giudice argomentare in ordine all'elemento psichico da altre circostanze o condizioni ambientali e personali, finanche da dichiarazioni espresse successivamente dal reo²¹⁹.

Un ritorno alla giurisprudenza garantista è senza dubbio Cass. Pen., sez. I, 22 dicembre 1924, con cui venne annullata la sentenza della Sezione d'accusa di rinvio al giudizio della Corte d'Assise nei confronti di Ottavio Pastore e altri imputati²²⁰. La Corte negò recisamente che i pubblici eccitamenti a mutare violentemente la Costituzione dello Stato e a fare insorgere i cittadini contro i Poteri di esso costituissero fatti diretti in concreto a questi fini, qualificandoli piuttosto come mero reato di provocazione a commettere i rispettivi delitti²²¹. La sentenza, inoltre, appare interessante anche perché confermava per l'ennesima volta il contrasto tra dottrina e giurisprudenza. La Corte, infatti, rinviando alla propria giurisprudenza, ribadiva la tesi

²¹⁴ Ivi, p. 169.

²¹⁵ Cfr. *Rivista penale*, vol. CIV (1926), pp. 479-480.

²¹⁶ Ivi, pp. 230-231.

²¹⁷ Sul R.D. n. 2061/1926 come atto simbolico del processo di fascistizzazione dello Stato e di nascita del Regime insiste E. Gentile, *La via italiana al totalitarismo*, cit., p. 172. Sullo stravolgimento della araldica da parte del Regime, inoltre, si veda anche G. Negri, *Il quadro costituzionale*, cit., pp. 55-56; Id., *Storia politica italiana dall'Unità alla Repubblica*, cit., pp. 314 ss.

²¹⁸ Si veda *Rivista penale*, vol. CIV, cit., pp. 231-232.

²¹⁹ Ivi, p. 232.

²²⁰ Cfr. *Rivista penale*, vol. CII (1925), pp. 433 ss.

²²¹ Ivi, p. 434.

che tra le istituzioni costituzionali oggetto di vilipendio ci fosse anche l'esercito²²², smentendo, in questo senso, quanto sostenuto, invece, in sede dottrina da Nocito, Florian e Manzini²²³.

In netta continuità con la giurisprudenza antisocialista appare, invece, Cass. Pen., sez. I, 23 gennaio 1925, in cui venne condannato Antonio Giammarioli per il reato previsto dall'art. 126 cod. pen. Zanardelli (vilipendio delle istituzioni costituzionali dello Stato) per avere gridato il 1 maggio in una osteria "abbasso il governo"²²⁴. Secondo i giudici di legittimità, per quanto fosse indubitabile che il vilipendio cui si riferiva il delitto previsto fosse solo quello che tendeva a coprire di disprezzo ed a recare offesa alle istituzioni che costituivano l'essenza del Governo monarchico-costituzionale e non degli organi che la rappresentavano, tuttavia nella espressione incriminata si racchiudeva un evidente pensiero di discredito e di onta per il regime monarchico nella sua rappresentanza costituzionale. A loro avviso, la frase andava messa in relazione con il "pensiero politico di quell'accolta di faziosi, avversi alle istituzioni costituzionali e alle modalità di quella dimostrazione sovversiva in un pubblico esercizio". Essa era determinata dalla "speciale contingenza del 1 maggio, la così detta festa dei lavoratori, vietata dall'Autorità di P.S. perché ritenuta perturbatrice dell'ordine pubblico", ed era accompagnata da "quelle incomposte e sovversive grida, inneggiatrici della rivoluzione e dei suoi esponenti, che se ne fecero assertori, e demolitrici del Capo del Governo nazionale, che integra e sintetizza il vigente ordine politico-costituzionale"²²⁵.

In parziale contraddizione con questa sentenza può essere considerata Cass. Pen., sez. I, 13 febbraio 1925, in cui la Suprema Corte rigettò il ricorso del P.M. contro la Sezione di Accusa che non riteneva applicabile l'art. 126 cod. pen. Zanardelli nel caso di offesa ai singoli Ministri, pur sostenendo comunque che il Governo rientra tra le istituzioni costituzionali dello Stato²²⁶. Ad avviso dei giudici di legittimità, l'art. 126 cod. pen. Zanardelli garantiva il Governo sia nella sua essenza di istituzione fondamentale dello Stato prevista dall'art. 2 Statuto albertino, sia l'organo stesso in cui la funzione si determinava, ovverosia l'organo o capo politico che rappresentava di fatto ed esercitava il potere esecutivo, ma, essendo le espressioni oltraggiose dell'imputato rivolte all'indirizzo delle persone dei ministri, non era perciò applicabile l'art. 126 cod. pen. Zanardelli, ma altre disposizioni legislative²²⁷.

Il Governo come organo costituzionale oggetto di vilipendio era stato sostenuto anche in Cass. Pen., sez. I, 17 dicembre 1924, con cui era stata annullata senza rinvio una sentenza di condanna nei confronti Alessandro Casavecchia ed altri coimputati, giudicati colpevoli di vilipendio per avere gridato "viva la bandiera rossa, abbasso i fascisti, abbasso Mussolini; Governo vigliacco" durante una esecuzione forzosa per

²²² Ivi, pp. 434-435.

²²³ Negavano che l'esercito potesse rientrare tra le istituzioni costituzionali dello Stato P. Nocito, *Corso di diritto penale col commento delle relative leggi. Reati contro il diritto politico*, Roma 1901, pp. 322 ss.; E. Florian, *Delitti contro la sicurezza dello Stato*, cit., pp. 430-431; V. Manzini, *Trattato di diritto penale*, IV, II ed., Torino 1921, p. 289.

²²⁴ Si veda *Rivista penale*, vol. CII, cit., pp. 137 ss.

²²⁵ Ivi, p. 139.

²²⁶ Cfr. *La giustizia penale* 1925, vol. XXXI, col. 289-290.

²²⁷ Ivi, col. 290

mancato pagamento di imposte²²⁸. Secondo la Suprema Corte, per istituzione dello Stato oggetto di vilipendio si doveva considerare il Governo, tanto nel senso lato di Governo monarchico-rappresentativo, quanto nel senso stretto di Governo quale supremo depositario del potere esecutivo, con la conseguenza che incorreva nel delitto previsto dall'art. 126 cod. pen. Zanardelli chiunque avesse voluto vilipendere il Governo nell'uno e nell'altro senso. Tuttavia, la Corte riconosceva che l'espressione utilizzata da Casavecchia non era da ritenersi diretta a vilipendere il Governo nella sua qualità di istituzione costituzionale dello Stato, ma non era altro che una imprecazione di contribuenti esasperati per essere stati costretti al pagamento di imposte²²⁹. Va osservato che la tesi del Governo come oggetto di vilipendio aveva suscitato stupore nei redattori della *Rivista penale*: a loro avviso, proprio per l'infondatezza della tesi affermata, la Suprema Corte ne usciva per il rotto della cuffia²³⁰.

Un'estremizzazione delle interpretazioni antigarantiste dell'art. 247 cod. pen. Zanardelli dell'epoca liberale è, invece, Cass. Pen., sez. I, 26 febbraio 1926, in cui venne affermato che per la sussistenza del delitto di apologia non occorreva la prova del fine di eccitare a delinquere²³¹. In questa sentenza, la Cassazione rigettò il ricorso di Giuseppe Bartoli con la motivazione che, per aversi reato, fosse sufficiente il dolo generico, e non occorresse affatto il dolo specifico della provata intenzione di eccitare altri ad un fatto delittuoso e di far nascere in altri pericolose passioni per la pubblica tranquillità, in quanto l'art. 247 cod. pen. Zanardelli non prevedeva ciò²³². Inoltre, sempre secondo i giudici, il requisito del pericolo per la pubblica tranquillità non si riferiva a tutte e tre le ipotesi previste dall'art. 247 cod. pen. Zanardelli, ma solo e soltanto all'incitamento all'odio tra le classi sociali, non essendo, invece, richiesto né per l'apologia di un fatto previsto dalla legge come reato, né per l'incitamento alla disobbedienza della legge²³³.

Sulla stessa scia, deve essere considerata anche Cass Pen., sez. II, 16 maggio 1928, in cui i giudici di legittimità rigettarono il ricorso di Agostino Picasso²³⁴, confermandone la condanna per il delitto di tentato incitamento all'odio tra le classi sociali. La Cassazione ritenne, infatti, che integrava gli estremi obiettivi del delitto l'essere stato sorpreso mentre si cercava di introdurre in una città valigie contenenti opuscoli e manifesti sovversivi – nel caso specifico, opuscoli anarchici – destinati ad essere diffusi tra il pubblico. Per sostenere questa valutazione la Cassazione affermò che non era necessario che si fosse agito pubblicamente, essendo questa la fase ultima di una esecuzione già intrapresa ed uscita dalla semplice fase preparatoria. La Cassazione ritenne, infine, esaurienti le motivazioni del giudice di merito circa il dolo, in quanto il fatto che Picasso conoscesse il contenuto delle valigie, e che fosse caduto in contraddizione nel momento in cui fu invitato a dare spiegazioni, costituivano

²²⁸ Cfr. *Rivista penale*, vol. CII, cit., pp. 456-457.

²²⁹ Ivi, p. 457.

²³⁰ Ivi, p. 456: “è però doloroso nonostante l'annullamento, rilevare come la Corte Suprema si era lasciata sfuggire una tesi di massima tanto infondata quanto la prima delle due che annotiamo e che, per quello che ci risulta, viene nuovissima negli annali della patria giurisprudenza”.

²³¹ Si veda *Rivista penale*, vol. CIV, cit., pp. 145-146.

²³² Ivi, p. 145.

²³³ Ivi, p. 146.

²³⁴ Si veda *Rivista penale*, vol. CVIII (1928), p. 142.

prova del dolo²³⁵.

Nell'ambito della consolidata giurisprudenza antisocialista ed antianarchica rientra, invece, Cass. Pen., sez. I, 30 aprile 1926, in cui fu confermata la condanna a un anno di reclusione e duemila lire di multa nei confronti di Carlo Luigi Viana per violazione degli artt. 251 e 247 cod. pen. Zanardelli²³⁶. La Corte Suprema rilevò che la condanna di Viana avveniva non in virtù del fatto che egli era un esponente comunista, ma in virtù del fatto che era un esponente di cellule rivoluzionarie segrete volte a indurre nelle masse operaie la disobbedienza alle leggi e l'eccitamento all'odio fra classi²³⁷. Secondo i giudici di legittimità, l'esame degli stampati sequestrati a Viana comprovava gli intendimenti criminosi dell'imputato e dei suoi soci, ed era perciò irrilevante la circostanza che Viana non fosse altro che il mero detentore degli stessi, e che non fosse stata provata l'effettiva distribuzione agli affiliati di quella che la Cassazione chiamava, con linguaggio dispregiativo, "la setta"²³⁸. Infine, la Cassazione affermò che, per aversi una associazione sediziosa, non era affatto necessario che gli associati avessero per fine i reati di cui all'art. 247 cod. pen. Zanardelli, potendo essi rappresentare un mezzo per ottenere un determinato scopo²³⁹.

Per quanto riguardava le offese al Capo dello Stato tramite la stampa, interessante è la vicenda di Angelo Rossi. In sede di Corte di Appello (App. Milano, 21 maggio 1926) fu ritenuto applicabile l'art. 122 cod. pen. Zanardelli, in luogo degli artt. 19 e 20 dell'Editto sulla stampa, in quanto, ad avviso dei giudici, si trattava della diffusione di stampa clandestina contenenti frasi lesive dell'onore e del decoro del Capo dello Stato²⁴⁰. Il caso arrivò poi in Cassazione (Cass. Pen., sez. I, 27 ottobre 1926), che confermò la non applicabilità delle disposizioni dell'Editto sulla stampa, e la responsabilità a norma del codice penale (artt. 122 e 125 cod. pen. Zanardelli) di chi avesse offeso il Re, facendo risalire al medesimo la responsabilità del suo Governo tramite stampati, anche nel caso in cui non avesse concorso alla formazione degli stessi stampati²⁴¹.

Sempre in materia di offese al Re, ancor più estremiste debbono essere considerate tre ulteriori sentenze, due delle quali adottate a pochi giorni di distanza una dall'altra. In Cass. Pen., sez. II, 3 novembre 1926, i giudici di legittimità rigettarono il ricorso di Michele Fenzi, bracciante agricolo di Empoli, confermandone la condanna per il reato di cui all'art. 122 cod. pen. Zanardelli²⁴². Ad avviso della Suprema Corte, costituivano apprezzamento di merito incensurabile in Cassazione le indagini e gli apprezzamenti sul concorso dell'elemento morale, sia che esso fosse insito nella natura stessa delle espressioni oltraggiose, o che fosse desumibile dalle particolari circostanze e modalità dell'azione criminosa²⁴³. In Cass. Pen., sez. I, 21 marzo 1927, la Suprema Corte giunse

²³⁵ Ivi, p. 142.

²³⁶ Cfr. *Rivista penale*, vol. CIV, cit., pp. 420-421.

²³⁷ Ivi, p. 420.

²³⁸ Ivi, pp. 420-421.

²³⁹ Ivi, p. 421.

²⁴⁰ Cfr. *Rivista penale*, vol. CII, cit., pp. 480-481.

²⁴¹ Cfr. *Rivista penale*, vol. CV (1927), pp. 229-230.

²⁴² Si veda *Rivista penale*, vol. CVI (1927), pp. 228-229.

²⁴³ Ivi, p. 229.

addirittura a sostenere che, per integrare il delitto di offesa al Re, non fosse necessario l'estremo della pubblicità²⁴⁴. Per i giudici di legittimità, infatti, era irrilevante che le frasi fossero state pronunciate in privato, poichè il discorso “gravemente contumelioso” era rivolto “a chi, per essere fascista, doveva maggiormente sentire l'offesa contenuta nelle insane parole, le quali ebbero la loro ben significativa premessa nella frase: sono bolscevica, e me ne vanto”²⁴⁵. Sulla stessa scia, infine, può essere considerata anche Cass. Pen., sez. II, 7 dicembre 1928, in cui la Suprema Corte rigettò il ricorso di Mario Koch, affermando che per le offese alle persone della Famiglia Reale – nel caso di specie, alla memoria della Regina Margherita – non fosse applicabile il termine di prescrizione previsto per il reato di ingiuria, ma un termine più ampio²⁴⁶.

In materia di vilipendio nei riguardi del Primo Ministro, una sentenza garantista era, invece, Trib. Macerata, 14 aprile 1926, in cui era stato assolto Aminta Brunori dall'imputazione di avere violato l'art. 9 della l. n. 2263 del 24 dicembre 1925 per il possesso di due stampe satiriche nei riguardi di Mussolini²⁴⁷. Secondo i giudici marchigiani, il fatto che quelle stampe si trovassero in una stanza dell'abitazione privata adibita anche a deposito di abiti confezionati e cappelli, faceva mancare per ciò stesso il requisito della pubblicità²⁴⁸. Sulla stessa scia deve essere considerata Cass. Pen., sez. I, 3 giugno 1927, in cui la Suprema Corte rigettò il ricorso del P.M. contro la sentenza del Tribunale di Catanzaro del 18 febbraio 1927 di assoluzione nei confronti di Vitaliano Grillone per insufficienza di prove²⁴⁹. Secondo i giudici di legittimità, costituiva accertamento di fatto da loro insindacabile il fatto che il giudice di merito avesse ritenuto che non costituiva intenzione di offendere il Capo del Governo l'aver cancellato con uno straccio la sua immagine stampigliata tra i muri esterni della propria abitazione, dicendo a chi l'aveva stampigliata: “andate a riprodurla tra le cosce delle mamme vostre”, in quanto era escluso che l'imputato fosse un sovversivo, avendo in casa propria i ritratti sia del Re che del Duce²⁵⁰.

Alla luce del processo di progressiva costruzione dello Stato totalitario e di immedesimazione tra Stato e P.N.F., infine, devono essere considerate quelle sentenze in cui la giurisprudenza arrivò non solo a sostenere l'esistenza del reato di vilipendio nei confronti della M.V.S.N., ovverosia di quella che era, a tutti gli effetti, una milizia di partito²⁵¹, ma anche quelle in cui estese questo delitto agli stessi sindacati fascisti. Va rilevato peraltro che la qualificazione della M.V.S.N. come istituzione costituzionale

²⁴⁴ Ivi, p. 318.

²⁴⁵ Ivi, p. 318. A testimoniare ormai la pesantissima cappa di censura che si era abbattuta sull'intero Paese, va segnalato che i redattori della *Rivista penale* scrissero testualmente che si astenevano da ogni considerazione sugli assunti e sulle motivazioni della sentenza stessa.

²⁴⁶ Cfr. *Rivista penale*, vol. CIX (1929), p. 545.

²⁴⁷ Si veda *Rivista penale*, vol. CIII, cit., pp. 456-457.

²⁴⁸ Ivi, p. 457.

²⁴⁹ Cfr. *Rivista penale*, vol. CVII (1928), p. 42.

²⁵⁰ Ivi, p. 42.

²⁵¹ Sul carattere eversivo della M.V.S.N., insistono A. Aquarone, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, cit., pp. 17 ss.; M. Mazziotti di Celso, *Storia breve delle istituzioni italiane dal 1900 al 1994*, cit., p. 7; A. Reposo, *Lezioni sulla forma di governo italiana*, cit., p. 40; S. Labriola, *Storia della Costituzione italiana*, cit., pp. 212 ss.; G. Negri, *Il quadro costituzionale*, cit., pp. 48 ss.

dello Stato era stata trionfalmente sbandierata da Rocco nel già citato discorso del 16 maggio 1929 come un esempio luminoso della comprensione dello spirito e della legislazione del Regime fascista da parte della Suprema Corte²⁵². D'altra parte, sin dal già citato intervento del 19 giugno 1925, Rocco aveva sostenuto l'identificazione tra Stato e P.N.F., con la motivazione che solo quest'ultimo, a differenza degli altri, era rappresentativo della Nazione²⁵³.

In Cass. Pen., sez. I, 1 dicembre 1926, la Cassazione, pur sottolineando il contrasto con la dottrina, riconfermò la propria giurisprudenza consolidata e ribadì che tra le istituzioni costituzionali oggetto di vilipendio vi fosse anche l'esercito: di conseguenza, essendo la M.V.S.N. inquadrata nell'ambito di quest'ultimo, era anch'essa ricompresa tra le istituzioni costituzionali²⁵⁴. I giudici di legittimità repinsero perciò il ricorso di Galliano Virgili, sostenendo che la M.V.S.N. fosse un complemento necessario dell'esercito, essendogli tra l'altro affidato l'incarico – definito dagli stessi giudici “nobilissimo e degno” – dell'istruzione premilitare al servizio di Dio e della Patria²⁵⁵. In Cass. Pen., sez. I, 27 gennaio 1928, la Suprema Corte arrivò a sostenere che anche le offese dirette ai sindacati fascisti costituissero vilipendio delle istituzioni costituzionali, poiché, attraverso esse, si intendeva colpire il Governo nazionale²⁵⁶. I giudici di legittimità rigettarono il ricorso di Luigi Gengaroli, confermando la condanna per vilipendio delle istituzioni costituzionali per avere inneggiato alla caduta del Governo Mussolini e per avere raccomandato ad un'altra persona di non fare parte dei sindacati fascisti dei coloni, poiché, a suo avviso, essi non erano che una turlupinatura del Governo fascista a danno dei lavoratori²⁵⁷. A loro avviso, risultava

²⁵² Cfr. A. Rocco, *Discorsi parlamentari*, cit., p. 418.

²⁵³ Ivi, p. 211: “L'identificazione tra lo Stato e uno dei vecchi partiti, i quali avevano nella loro bandiera la libertà o la democrazia, o l'internazionale, quella sì, era una identificazione faziosa e pericolosa; ma l'identificazione fra Stato e partito fascista, che la Nazione stessa rappresenta ed idealizza, è un'identificazione logica e santa”. Sulla importanza di questa affermazione si sofferma G. Focardi, *Magistratura e fascismo*, cit., p. 260. Per una critica, si veda S. Trentin, *Dallo Statuto albertino al regime fascista*, cit., pp. 149 ss., secondo il quale la formula che il fascismo fosse l'Italia era pretenziosa e insensata e basata su una mossa da prestigiatore, e serviva a legittimare, in via preventiva e senza possibilità di ricorso, tutti gli atti del regime. Critico era pure P. Calamandrei, *Il fascismo come regime della menzogna*, cit., p. 30, secondo cui il trucco più originale di Mussolini era non tanto l'aver posto al centro della sua predicazione il culto della violenza per la violenza, quanto l'essere riuscito, con una teatrale inscenatura gerarchica fatta per camuffare la violenza sotto una maschera di ufficialità, a creare nei suoi seguaci l'illusione che il partito fosse già lo Stato, e che bastasse indossare la camicia nera per trasformare il brigantaggio privato in una pubblica funzione: a suo avviso (ivi, p. 24), quel regime che, secondo i teorici avrebbe dovuto attuare la perfetta fusione del cittadino nella patria ed esaltare nell'individuo il sentimento del dovere e della dedizione al bene pubblico, era valso solo a resuscitare o a rendere più acuto nei cuori degli italiani un sentimento di diffidenza e di ostilità nei confronti dello Stato, contribuendo a rafforzare nella ingenua sensibilità del popolo la convinzione che chi non era fascista non aveva più ragione di sentirsi affezionato ad istituzioni e a imprese, diventate, da italiane, proprietà esclusiva di un solo partito o di un solo personaggio. Sull'importanza rivestita dal concetto di Nazione nell'ambito della riflessione giuridica fascista, si veda F. Colao, *L'idea di Nazione nei giuristi italiani tra Ottocento e Novecento*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 2001, vol. XXX, tomo I, pp. 255 ss., spec. pp. 311 ss.

²⁵⁴ Si veda *Rivista Penale*, vol. CV, cit., pp. 446-447.

²⁵⁵ Ivi, p. 447.

²⁵⁶ Si veda *Rivista penale*, vol. CVII, cit., pp. 449 ss.

²⁵⁷ Ivi, p. 449.

evidente che le contumelie avessero per oggetto il Governo nazionale – da loro ritenuto l'istituzione costituzionale che nella scala gerarchica veniva immediatamente dopo la Corona – in quella che ritenevano “la più grande e geniale concezione” si fosse mai registrata nella storia moderna, ovverosia la creazione dell'ordinamento corporativo²⁵⁸.

Nell'ottica dell'immedesimazione tra Stato e partito va considerata anche Cass. Pen., sez. II, 19 novembre 1928, in cui la Suprema Corte arrivò ad affermare che commetteva delitto di offesa ad un emblema dello Stato chi, in luogo pubblico, invitava un'altra persona a togliere il segno del littorio tenuto all'occhiello con atti ed espressioni di dispregio²⁵⁹. Nel rigettare il ricorso di Ottorino Bulgari, i giudici di legittimità affermarono che il fascio littorio andava considerato emblema dello Stato ai sensi dell'art. 115 cod. pen. Zanardelli dovunque fosse materializzato: a loro avviso, era fuori di dubbio che l'emblema del fascio dovesse essere rispettato come tale in via assoluta, al pari della bandiera dello Stato, non essendo necessario per la sussistenza del delitto lo sfregio materiale dell'emblema²⁶⁰.

Ulteriore tappa del processo di immedesimazione tra il fascismo e lo Stato può essere considerata una sentenza di un pretore di tre mesi più tardi (Pret. Reggio Emilia, 6 febbraio 1929) in cui era testualmente affermato che l'offesa al fascismo costituiva vilipendio delle istituzioni costituzionali dello Stato²⁶¹. A suo avviso, infatti, affermare che il fascismo fosse espressione di mangieria equivaleva ad attribuire ad una dottrina realizzatasi nello Stato quanto di più volgare potesse essere mai stato concepito, tantopiù che non aveva fondamento la tesi che nella legislazione penale non esistesse una sanzione punitiva contro le manifestazioni di ingiuriosa ostilità nei confronti del Regime e dei suoi istituti fondamentali²⁶². Avendo il fascismo innestato tutti i suoi organi vitali nel tronco della Costituzione, non era da considerarsi più solo come complesso di idee ed organismi operanti fuori dello Stato per lo Stato, ma come regime su cui poggiava lo stesso Stato italiano: di conseguenza, era assurdo negare che il vilipendio al fascismo non investisse ogni attività istituzionale del nuovo Stato italiano, così come era assurdo voler distinguere lo Stato italiano dallo Stato fascista, e le istituzioni originarie e fondamentali dello Stato dalle nuove istituzioni innestate in esso²⁶³.

D'altra parte, per rendersi conto di quale formidabile arma di repressione del dissenso politico fosse diventato il vilipendio delle istituzioni costituzionali alla fine degli anni '20, basti pensare a Cass. Pen., sez. I, 6 marzo 1929, in cui la Corte rigettò il ricorso di Carlo Suspijs confermandone la condanna per il delitto di cui all'art. 126 cod. pen. Zanardelli²⁶⁴. Secondo i giudici di legittimità, infatti, sussisteva l'estremo della pubblicità nel delitto di vilipendio delle istituzioni costituzionali anche quando le

²⁵⁸ Ivi, p. 450.

²⁵⁹ Si veda *Rivista penale*, vol. CIX, cit., pp. 540-541.

²⁶⁰ Ivi, p. 541.

²⁶¹ Si veda *Rivista penale*, vol. CX (1929), pp. 461-462. È da rilevare peraltro che i redattori della *Rivista penale* misero subito in evidenza che il pretore si era occupato di materia non sua, ma spettante alla cognizione della Corte di Assise.

²⁶² Ivi, p. 461.

²⁶³ Ivi, pp. 461-462.

²⁶⁴ Ivi, p. 319.

frasi ingiuriose venivano pronunciate in uno scompartimento ferroviario dove era presente una sola persona. A loro avviso, il fatto che il legislatore non avesse previsto la distinzione tra luogo pubblico e luogo esposto al pubblico, come in altre ipotesi di reato, stava a dimostrare che il requisito della pubblicità avesse un significato più largo rispetto a quello ipotizzato dal ricorrente, non essendo necessaria una pubblicità di fatto, ma unicamente una provata pubblicità in potenza.

Ad ulteriore coronamento di questo processo di immedesimazione debbono, infine, essere citate quelle sentenze che conferirono la qualità di pubblico ufficiale, da un lato, ai militi della M.V.S.N., e, dall'altro, seppur con alcune contraddizioni ed alcuni ripensamenti, anche ai segretari del fascio. In Cass. Pen., sez. II, 17 maggio 1929, la Suprema Corte arrivò a qualificare il milite della M.V.S.N. come pubblico ufficiale, ed a ritenere l'oltraggio commesso nei suoi confronti punibile a norma dell'art. 194 n. 1 cod. pen. Zanardelli, e non del n. 2 dello stesso articolo²⁶⁵. Ad avviso dei giudici di legittimità, poiché la M.V.S.N. concorreva con altri corpi armati dello Stato al compito di mantenere l'ordine pubblico interno, facendo parte, al pari degli altri corpi, della forza pubblica, era logico ritenere i militi della M.V.S.N. agenti della forza pubblica, al pari dei Carabinieri e degli agenti di P.S., rientrando perciò nella dizione utilizzata sia dall'art. 194 n. 1 che dal successivo art. 207 n. 3 cod. pen. Zanardelli²⁶⁶.

Più controversa risultò invece la qualificazione del segretario del fascio come pubblico ufficiale. La prima sentenza che avallò tale affermazione fu Trib. Ancona, 3 luglio 1929, ove fu esplicitamente contrapposta la concezione originaria dello Statuto albertino a quella propria dello Stato fascista²⁶⁷: mentre nella prima, in virtù della concezione dei partiti politici come divisioni ideali dei cittadini nella concezione dei fini e dei mezzi della organizzazione statale, era escluso per definizione che alcuno di essi potesse riconoscersi depositario di una porzione, sia pure limitata dell'autorità e dei poteri sovrani²⁶⁸, nella concezione fascista dello Stato non vi era più agnosticismo dello Stato di fronte ai problemi della vita sociale, politica e morale, né, tanto meno, divisioni in partiti diversi, ma esistenza di un unico partito inserito nella costituzione dello Stato²⁶⁹. Governo e Partito erano, perciò, unificati nello Stato fascista²⁷⁰, e da ciò conseguiva necessariamente il carattere di pubblico ufficiale del segretario politico del fascio.

Nello stesso senso, anche Pret. Caltanissetta, 24 aprile 1930, ove fu ritenuto colpevole di oltraggio a pubblico ufficiale chi aveva risposto al segretario politico del fascio "Ah, siete voi l'autorità?", accompagnandolo da una grossa risata²⁷¹. Secondo il Pretore di Caltanissetta, il segretario politico del fascio era il rappresentante locale del P.N.F., ovvero era l'organo attraverso cui si attuavano nei singoli centri le realizzazioni politiche che il regime affidava al partito. D'altra parte, benché avesse

²⁶⁵ Cfr. *Rivista penale* 1930, vol. I, parte I, pp. 395-396.

²⁶⁶ Ivi, p. 395.

²⁶⁷ Ivi, pp. 398 ss.

²⁶⁸ Ivi, p. 398.

²⁶⁹ Ivi, p. 399.

²⁷⁰ Ivi, pp. 400-401.

²⁷¹ Cfr. *Rivista penale* 1931, vol. II, parte II, pp. 112 ss.

conservato il nome di partito, il P.N.F. non era da considerare più come tale, essendo divenuto l'associazione del popolo italiano al servizio dello Stato²⁷². Più precisamente, era lo Stato che viveva ed agiva attraverso il partito: da ciò conseguiva che anche le gerarchie minori (segretario federale e segretario del fascio di combattimento), in quanto svolgevano funzioni che rientravano nel diritto pubblico, erano da considerarsi, a tutti gli effetti, come pubblici ufficiali²⁷³. Ad ulteriore conferma di questa costruzione si può citare anche Cass. Pen., sez. II, 19 gennaio 1931, in cui venne affermato che, in tema di oltraggio a pubblico ufficiale, erano da ritenersi comprese nell'ambito delle funzioni pubbliche deferite al segretario federale del P.N.F. quelle attinenti alla vigilanza sulle attività dei fasci di combattimento e su tutte le organizzazioni dipendenti dal partito, nonché quelle inerenti al fine di mantenere il collegamento coi senatori e coi deputati fascisti e col comando della M.V.S.N. nella provincia²⁷⁴.

In difformità da questo orientamento si può citare Corte App. Napoli, 25 luglio 1931, in cui venne affermato testualmente che il segretario federale del P.N.F. non fosse un pubblico ufficiale²⁷⁵. I giudici napoletani ritennero, infatti, che le espressioni profferite da un fascista dissidente nei confronti del segretario e del vice-segretario di Campobasso (“schifosi, farabutti, indegni, affaristi”) fossero da qualificare come ingiuria e non come oltraggio a pubblico ufficiale: di conseguenza, mancando la querela delle parti offese, essi assolsero l'imputato, con la motivazione che il P.N.F., pur essendo il partito ufficiale dello Stato, rimaneva, nella sua organizzazione e nel suo stesso funzionamento un partito politico, e non poteva, perciò, essere confuso con la P.A. o con gli altri organi legislativi o giudiziari dello Stato²⁷⁶. Di conseguenza, i suoi gregari e i suoi gerarchi non potevano in alcun modo essere ritenuti pubblici ufficiali, non esercitando una pubblica funzione in rappresentanza dell'amministrazione pubblica²⁷⁷. A conferma di questa affermazione, i giudici napoletani citavano l'art. 357 cod. pen. Rocco, che, nel dettare la nozione di pubblico ufficiale, non citava affatto tra gli appartenenti alla categoria i gerarchi fascisti²⁷⁸. Ad ulteriore conferma della propria costruzione logica, i giudici napoletani citavano il fatto che il Gran Consiglio del Fascismo nel nuovo codice fosse oggetto di protezione non in quanto organo del partito, ma in quanto organo che esercitava funzioni pubbliche vere e proprie²⁷⁹. A maggior ragione, tutto questo valeva per l'art. 207 cod. pen. Zanardelli, che, a loro avviso, escludeva categoricamente che si potessero considerare pubblici ufficiali i dirigenti di un partito politico. È interessante notare che, quasi a mostrare un completo cambio di paradigma rispetto al periodo precedente, i redattori della *Rivista penale* non esitarono a criticare esplicitamente la sentenza in una breve nota redazionale significativamente intitolata *Il PNF è organo dello Stato* in cui era testualmente affermato

²⁷² Ivi, p. 113.

²⁷³ Ivi, p. 114.

²⁷⁴ Ivi, p. 127.

²⁷⁵ Cfr. *Rivista penale* 1932, vol. III, parte I, pp. 524 ss.

²⁷⁶ Ivi, p. 525.

²⁷⁷ Ivi, pp. 525-526.

²⁷⁸ Ivi, pp. 528-529.

²⁷⁹ Ivi, pp. 529-530.

che la sentenza dimostrava una totale incomprensione del nuovo ordinamento giuridico dello Stato italiano²⁸⁰.

La sentenza venne comunque annullata dalla Cassazione, la quale, in una decisione a sezioni unite, affermò che il segretario federale del P.N.F. fosse un pubblico ufficiale, e che costituisse oltraggio rivolgere offese ad esso in sua presenza ed a causa delle sue funzioni²⁸¹. Richiamando la propria giurisprudenza, la Cassazione ritenne che fosse applicabile l'art. 207 cod. pen. Zanardelli²⁸², in quanto qualificò come pubblica funzione l'esercizio della potestà disciplinare che il segretario del fascio era chiamato ad esercitare sugli iscritti della provincia. Secondo i giudici di legittimità, era di tutta evidenza che l'esercizio delle potestà disciplinare in tanto era da considerarsi pubblica funzione, in quanto erano da considerarsi pubbliche funzioni le funzioni assegnate al partito²⁸³. Secondo la Cassazione, ciò risultava evidente se si teneva conto del fatto che il P.N.F., a differenza dei partiti nello Stato liberale, non operava al di fuori dello Stato o contro lo Stato, ma operava nello Stato e per lo Stato, essendo, inoltre, organizzato dallo Stato²⁸⁴. Da ciò conseguiva, ad avviso dei giudici di legittimità, che il P.N.F. era da considerarsi un organo di diritto pubblico, ed i suoi gerarchi, come pure i suoi organi collegiali e periferici, investiti di pubbliche funzioni²⁸⁵.

4. La giurisprudenza sui reati di opinione negli Stati Uniti

4.1. Introduzione

La sostanziale continuità giurisprudenziale tra l'esperienza liberale e l'esperienza fascista per quel che riguarda l'ossessione nei confronti del socialismo viene rafforzata dalla comparazione con la giurisprudenza statunitense del primo dopoguerra. A questo proposito, si rende necessaria una precisazione. A prima vista, la comparazione con l'esperienza statunitense potrebbe sembrare arbitraria, non solo perché gli Stati Uniti rimangono un universo sostanzialmente poco conosciuto, se non addirittura ignorato, dalla scienza giuridica italiana almeno sino al secondo dopoguerra²⁸⁶, ma anche perché altri sono i modelli di riferimento della legislazione italiana²⁸⁷. Tuttavia, a mio avviso, è comunque interessante comparare le due giurisprudenze tra loro perché, pur partendo da posizioni differenti in un contesto diverso, e indipendentemente l'una dall'altra, entrambe finiscono per convergere su una medesima posizione, ovvero sia la repressione del dissenso politico radicale in quanto tale, a prescindere da ogni pericolo

²⁸⁰ Ivi, p. 525.

²⁸¹ Ivi, pp. 1228 ss.

²⁸² Ivi, pp. 1228-1229.

²⁸³ Ivi, p. 1229.

²⁸⁴ Ivi, pp. 1229-1230.

²⁸⁵ Ivi, p. 1231.

²⁸⁶ Sulla non approfondita conoscenza, da parte della dottrina italiana, degli Stati Uniti insiste S. Volterra, *La Costituzione italiana e i modelli anglosassoni con particolare riferimento agli Stati Uniti*, in U. De Siervo (a cura di), *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, Tomo I: *Costituzione italiana e modelli stranieri*, Bologna 1980, pp. 117 ss.

²⁸⁷ Cfr., in proposito, C. Fiore, *I reati di opinione*, cit., p. 17, che individua nel codice francese del 1810 e negli influssi del cesarismo napoleonico il modello delle legislazioni liberali dell'Europa continentale.

concreto connesso alla manifestazione del pensiero.

D'altra parte, l'interesse per la giurisprudenza statunitense non deriva soltanto dalla convergenza con quella italiana dello stesso periodo, ma anche dal fatto che essa abbia elaborato alcune soluzioni interpretative (il *clear and present danger test*)²⁸⁸, le quali, oltre a costituire una possibile prospettiva di riforma in chiave garantista di questa tipologia di reati²⁸⁹, hanno esercitato una indubbia influenza anche sulla successiva giurisprudenza costituzionale italiana: basti pensare, per esempio, alla sentenza n. 65/1970, nella quale la Corte ha esplicitamente affermato che costituisce apologia non la manifestazione di pensiero pura e semplice, ma soltanto quella che, per le sue modalità, integri un comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti²⁹⁰. Ecco quindi perché, a mio avviso, la comparazione con la giurisprudenza statunitense è assai interessante ai fini di questa relazione.

Gli Stati Uniti vengono generalmente considerati come l'esperienza costituzionale in cui la libertà individuale viene messa al centro del sistema²⁹¹. Tuttavia, per quanto riguardava la tutela della libertà di espressione²⁹², nonostante la formulazione del I

²⁸⁸ Cfr. A. Di Giovine, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, cit., pp. 76-77, il quale parla, con riferimento alla giurisprudenza della Corte Suprema U.S.A., di uno straordinario laboratorio giuridico.

²⁸⁹ Cfr., in proposito, L. Alesiani, *I reati di opinione*, cit., pp. 224, 240 ss., secondo cui la vitalità della *clear and present danger doctrine* rende ancor più appetibile il beneficio che da essa può essere tratto per la ricostruzione della previsione di istigazione a delinquere, non solo a fini interpretativi, ma anche e soprattutto in prospettiva *de lege ferenda*.

²⁹⁰ Sulla comparazione di questa sentenza con la dottrina del *clear and present danger* insiste C. Fiore, *I reati di opinione*, cit., pp. 103-104, 109. Diversa è la ricostruzione di G. Bognetti, *Il "pericolo" nell'istigazione all'odio di classe e nei reati contro l'ordine pubblico*, cit., pp. 1446-1447, secondo cui il principio del "pericolo", inteso quale principio esigente l'accertamento concreto della pericolosità della condotta da parte del giudice, era emerso solo indirettamente nelle sentenze nn. 1/1957, 19/1962 e 65/1970, trovando un accoglimento diretto solo nella sentenza n. 108/1974.

²⁹¹ Sulla centralità dei diritti individuali, nell'ambito della esperienza statunitense, si vedano G. Bognetti, *Il pensiero filosofico giuridico nord americano del XX secolo. I fondatori: Holmes; Pound; Cardozo*, Milano 1958, pp. 8 ss.; Id., *I diritti fondamentali tra giudiziario e legislativo nell'ordinamento degli Stati Uniti*, in *Giurisprudenza costituzionale* 1981, parte I, pp. 1067 ss.; Id., *Lo spirito del costituzionalismo americano. Breve profilo del diritto costituzionale degli Stati Uniti, I. La Costituzione liberale*, Torino 1998, pp. 69 ss., 125 ss.; Id., *Lo spirito del costituzionalismo americano, II*, cit., pp. 57 ss.; G.R. Stone, R.A. Epstein, C.R. Sunstein (a cura di), *The Bill of Rights in the Modern State*, Chicago-London 1992; M. Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, II ed., Torino 1995, spec. pp. 76 ss.; Id., *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari 2009, pp. 30 ss., 53 ss.; A.R. Amar, *The Bill of Rights. Creation and Reconstruction*, New Heaven (Conn.)-London 1998; S. Griffin, *Il costituzionalismo americano. Dalla teoria alla politica*, tr. it. a cura di D. Girotto, Bologna 2003; P. Costa, *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*, in P. Costa, D. Zolo (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Ristampa, Milano 2003, pp. 89 ss., spec. pp. 100 ss.; B. Casalini, *Sovranità popolare, governo della legge e governo dei giudici negli Stati Uniti d'America*, ivi, pp. 224 ss.; P. Ridola, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, cit., pp. 63-64; Id., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, cit., pp. 12 ss.; P. Alvazzi del Frate, *Il costituzionalismo moderno*, cit., pp. 21 ss.; M. Comba, *Gli Stati Uniti d'America*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari 2009, pp. 127 ss., spec. pp. 152 ss.; C. Valentini, *Le ragioni della Costituzione. La Corte Suprema americana, i diritti e le regole della democrazia*, Torino 2011, pp. 24 ss., 251 ss.; G. Amato, *Le istituzioni della democrazia*, cit., pp. 66 ss.

²⁹² Sulla libertà di espressione negli Stati Uniti, si vedano Z. Chafee jr., *Freedom of Speech*, New York 1920; Id., *Free Speech in the United States*, II Ristampa, Cambridge (Mass.) 1942; A. Pinsky, *Freedom of Speech Under Our Constitutions*, in *West Virginia Law Quarterly* 1924-1925, vol. XXXI, pp. 273 ss.; G.I. Haight, *Freedom of Speech and of the Press – Now*, in *The Bill of Rights Review* 1940-1941, vol. I, pp. 278 ss.;

Emendamento fosse così perentoria, gli Stati Uniti tra la fine del XIX e il XX secolo non erano affatto un paese così liberale come poteva sembrare a prima vista²⁹³. Va tenuto presente, inoltre, che il passaggio dallo Stato liberale allo Stato democratico, a differenza delle esperienze costituzionali europee, non avvenne tanto in virtù di processi di universalizzazione del suffragio, ma piuttosto della crisi del 1929 e delle risposte susseguenti (il c.d. *New Deal*)²⁹⁴.

Analizzando la giurisprudenza della Corte Suprema in materia di libertà di espressione, Giovanni Bognetti ha distinto tra due diverse concezioni che si

J.C. Adams, *Il diritto costituzionale americano. Linee essenziali*, Firenze 1954, pp. 98 ss.; E.S. Corwin, *La Costituzione degli Stati Uniti nella realtà odierna*, tr. it. a cura di R. Oriani, Pisa 1958, pp. 248 ss.; G. Bognetti, *La libertà d'espressione nella giurisprudenza nord-americana. Contributo allo studio dei processi dell'interpretazione giuridica*, Milano 1958; Id., *Lo spirito del costituzionalismo americano*, I, cit., pp. 160 ss.; Id., *Lo spirito del costituzionalismo americano*, II, cit., pp. 46 ss., 86 ss.; E.G. Hudon, *Freedom of Speech and Press in America*, Washington 1963; G. Amato, *Sistema giudiziario e dissenso sociale*, cit., pp. 303 ss.; A. Marradi, *Il ruolo conservatore della Corte Suprema*, ivi, pp. 349 ss.; A. Baldassarre, *Privacy e Costituzione. L'esperienza statunitense*, Roma 1974, pp. 178 ss.; P.L. Murphy, *Near v. Minnesota in the Context of Historical Developments*, in *Minnesota Law Review* 1981, vol. LXVI, pp. 95 ss.; A. Di Giovine, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, cit., pp. 26 ss.; C. Fried, *The New First Amendment Jurisprudence: A Threat to Liberty*, in G.R. Stone, R.A. Epstein, C.R. Sunstein, *The Bill of Rights in the Modern State*, cit., pp. 225 ss.; C.R. Sunstein, *Free Speech Now*, ivi, pp. 255 ss.; A.R. Amar, *The Bill of Rights*, cit., pp. 20 ss., 231 ss.; D.R. Dow, R. Scott Shildes, *Rethinking the Clear and Present Danger Test*, in *Indiana Law Journal* 1998, vol. LXXIII, pp. 1217 ss.; M.J. Horwitz, *The Warren Court and the Pursuit of Justice*, New York 1998, pp. 56 ss.; E. Zoller, *Droit constitutionnel*, II ed., Paris 1999, pp. 551 ss., 561 ss.; Id., *The United States Supreme Court and the Freedom of Expression*, in *Indiana Law Journal* 2009, vol. LXXXIV, pp. 885 ss.; Id., *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris 2010, pp. 162 ss., 279 ss., 350 ss., 375 ss., 422 ss., 482 ss., 722 ss.; M. Rosenfeld, *Interpretazioni. Il diritto tra etica e politica*, tr. it. a cura di G. Pino, Bologna 2000, pp. 299 ss.; A. Vespaziani, *Interpretazioni del bilanciamento dei diritti fondamentali*, Padova 2002, pp. 1 ss.; R.H. Bork, *Il giudice sovrano*, tr. it. a cura di S. Sileoni, Macerata 2004, pp. 36 ss.; L.H. Tribe, M.C. Dorf, *Leggere la Costituzione. Una lezione americana*, tr. it. a cura di D. Donati, Bologna 2005, pp. 37-38, 50 ss.; E. Barendt, *Freedom of Speech*, II ed., Oxford-New York 2005, spec. pp. 35 ss., 48 ss., 154 ss., 206 ss.; L. Alesiani, *I reati di opinione*, cit., pp. 225 ss.; D. Feister, *How clear is the 'clear and present danger' test*, in *The Grove City College of Law and Public Policy* 2010, vol. I, n. 1, pp. 39 ss.; C. Valentini, *Le ragioni della Costituzione*, cit., pp. 79 ss.

²⁹³ Cfr., in questo senso A. Marradi, *Il ruolo conservatore della Corte Suprema*, cit., p. 354, secondo cui, prima della presidenza Warren non si può parlare di tutela del dissenso affidata alla Corte Suprema. Di diverso avviso è, invece, M. Comba, *Gli Stati Uniti d'America*, cit., p. 153, secondo cui il diritto di manifestazione del pensiero sancito dal Primo Emendamento è stato sempre fortemente tutelato dalla Corte Suprema, la quale ha raggiunto posizioni forse anche più avanzate di quelle europee.

²⁹⁴ Sulle straordinarie trasformazioni giuridico-costituzionali susseguenti al *New Deal*, si vedano A. Tunc, S. Tunc, *Le système constitutionnel des États-Unis d'Amérique*, 1. *Histoire constitutionnelle*, Paris 1954, pp. 345 ss., 385 ss.; E.S. Corwin, *La Costituzione degli Stati Uniti nella realtà odierna*, cit., pp. 50 ss.; A. Baldassarre, *Privacy e Costituzione*, cit., pp. 163 ss.; B. Ackerman, *We the People*, 1. *Foundations*, Cambridge (Mass.)-London 1991, pp. 47 ss., 105 ss.; Id., *Liberating Abstraction*, in G.R. Stone, R.A. Epstein, C.R. Sunstein, *The Bill of Rights in the Modern State*, cit., pp. 317 ss.; Id., *We the People*, 2. *Transformation*, Cambridge (Mass.)-London 1998, pp. 255 ss., 279 ss., 312 ss., 345 ss.; C.R. Sunstein, *Free Speech Now*, cit., pp. 263 ss.; K.C. Wheare, *Del Governo federale*, tr. it. a cura di S. Cotta, II ed., Bologna 1997, pp. 198 ss., 231 ss.; G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, II, cit., pp. 32 ss., 41 ss.; Id., *La divisione dei poteri*, cit., pp. 121 ss.; S. Griffin, *Il costituzionalismo americano*, cit., pp. 77 ss., 148 ss.; J.W. Ely jr., *The Guardian of Every Other Right. A Constitutional History of Property Rights*, III ed., Oxford-New York 2008, pp. 125 ss.; R. Bifulco (a cura di), *Ordinamenti federali comparati*, 1. *Gli Stati federali classici*, Torino 2010, spec. pp. 9, 95-96, 230 ss.

fronteggerebbero²⁹⁵: la prima, moderata, riteneva che il I Emendamento non solo non proteggesse i discorsi che propugnavano in modo diretto e aperto la commissione di atti materiali vietati dallo Stato in rapporto ai suoi fini, ma anche la parola che non propugnava apertamente l'illecito e che non spingeva espressamente contro la legge, ma che, però, istigava per via indiretta alla commissione del fatto vietato; la seconda, assai più libertaria, e che aveva i suoi propugnatori nei giudici Holmes e Brandeis²⁹⁶, invece, riteneva punibile la parola, ma solo se il discorso aveva la probabilità di provocare un atto materiale illecito. Lo stesso Bognetti ammetteva che la concezione moderata fu maggioritaria per tutto il periodo dal primo dopoguerra fino ai primi anni '30, registrandosi in tutto il paese la prevalenza di forze conservatrici e un diffuso sentimento di sospetto, se non di odio, nei confronti dell'estremismo politico rivoluzionario, sulla scia dei timori generati dalla Rivoluzione russa²⁹⁷.

In effetti, se si prende in considerazione la giurisprudenza in materia di *freedom of speech* del primo dopoguerra, non si può dire che la Corte Suprema brilli per garantismo²⁹⁸: le Corti che difendevano *property* e *liberty of contract* sopra ogni cosa (la c.d. "*Lochner Era Jurisprudence*"²⁹⁹) erano timide e regressive in materia di *freedom of*

²⁹⁵ Cfr., in questo senso, G. Bognetti, *La libertà d'espressione nella giurisprudenza nord-americana*, cit., pp. 15 ss.; Id., *Lo spirito del costituzionalismo americano*, I, cit., pp. 162 ss.

²⁹⁶ Sulla concezione della *freedom of speech* in Holmes e Brandeis, si veda G. Bognetti, *Il pensiero filosofico giuridico nord americano del XX secolo*, cit., pp. 49 ss.; D.S. Bogen, *The Free Speech Metamorphosis of Mr. Justice Holmes*, in *Hofstra Law Review* 1982, pp. 97 ss.; G.E. White, *Justice Holmes and the Modernization of Free Speech Jurisprudence: The Human Dimension*, in *California Law Review* 1992, vol. LXXX, pp. 391 ss.; S.M. Feldman, *Free Speech, World War I, and Republican Democracy: the Internal and External Holmes*, in *First Amendment Law Review* 2008, vol. VI, pp. 192 ss.; N.M. Richards, *The Puzzle of Brandeis, Privacy, and Speech*, in *Vanderbilt Law Review* 2010, vol. LXIII, n. 5, pp. 1295 ss., spec. pp. 1317 ss.

²⁹⁷ Si vedano G. Bognetti, *La libertà d'espressione nella giurisprudenza nord-americana*, cit., p. 25; Id., *Lo spirito del costituzionalismo americano*, I, cit., p. 163. Sulla contrapposizione tra concezione liberale e libertaria a partire dagli anni '30, si veda A. Di Giovine, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, cit., p. 77.

²⁹⁸ Sulle sentenze in materia di Primo Emendamento del primo dopoguerra, si vedano Z. Chafee jr., *Freedom of Speech in War Time*, in *Harvard Law Review* 1918-1919, vol. XXXII, pp. 932 ss.; Id., *Freedom of Speech*, cit., pp. 87 ss.; T.F. Carroll, *Freedom of Speech and of the Press in War Time: the Espionage Act*, in *Michigan Law Review* 1919, vol. XVIII, n. 8, pp. 621 ss.; T.R. Powell, *The Supreme Court's Construction of the Federal Constitution in 1920-1921*, in *Michigan Law Review* 1921, vol. XX, n. 1, pp. 1 ss.; E.S. Corwin, *Constitutional Law in 1920-1921, II. The Constitutional Decisions of the Supreme Court of the United States in the October Term 1920*, in *The American Political Science Review* 1922, vol. XVI, pp. 228 ss.; R.H. Wettach, *Restrictions on a Free Press*, in *The North Carolina Law Review 1925-1926*, vol. IV, pp. 24 ss.; H.E. Willis, *Freedom of Speech and of the Press*, in *Indiana Law Journal* 1929, vol. IV, n. 7, pp. 445 ss.; G.I. Haight, *Freedom of Speech and of the Press*, cit., pp. 281 ss.; A. Tunc, S. Tunc, *Le système constitutionnel des États-Unis d'Amérique*, 1, cit., pp. 320-321; M. White, *La rivolta contro il formalismo*, tr. it. a cura di A. Prandi, Bologna 1956, pp. 237 ss.; G. Bognetti, *La libertà d'espressione nella giurisprudenza nord-americana*, cit., pp. 14 ss.; Id., *Lo spirito del costituzionalismo americano*, I, cit., p. 163; E. Zoller, *Droit constitutionnel*, cit., pp. 561-562; R. Alesiani, *I reati di opinione*, cit., pp. 228 ss.

²⁹⁹ Sulla c.d. *Lochner Era Jurisprudence*, si vedano F.L. Jennings, *Freedom of Contract: Inquiries and Speculations*, in *California Law Review* 1933-1934, vol. XXII, pp. 636 ss.; A. Tunc, S. Tunc, *Le système constitutionnel des États-Unis d'Amérique*, 1, cit., pp. 283 ss., 330 ss.; M. White, *La rivolta contro il formalismo*, cit., pp. 55 ss., 141 ss.; E.S. Corwin, *La Costituzione degli Stati Uniti nella realtà odierna*, cit., pp. 180-181, 319 ss.; G. Bognetti, *Il pensiero filosofico giuridico americano del XX secolo*, cit., pp. 43 ss.; Id., *Lo spirito del costituzionalismo americano*, I, cit., pp. 139 ss.; A. Marradi, *Il ruolo conservatore della Corte Suprema*, cit., p. 352; C.R. Sunstein, *Lochner's Legacy*, in *Columbia Law Review* 1987, vol. LXXXVII, n. 5, pag. 873 ss.; Id., *Free Speech Now*, cit., pp. 264-265; B. Ackerman, *Liberating Abstraction*, cit., pp. 339 ss.; Id., *We the People*, 2,

speech. Si può dire che il libero mercato valeva solo per i beni suscettibili di valutazione economica, e non certo per le idee, nonostante il giudice Holmes ne avesse fatto un caposaldo della propria dottrina³⁰⁰. Non è un caso che, nel momento in cui la Corte Suprema ribaltò la giurisprudenza sulle misure in materia di regolazione economica³⁰¹, cambiò atteggiamento anche per quel che riguardava le libertà civili³⁰²: emblematica di questo cambio è la *Footnote n. 4* della sentenza *United States v. Carolene Products Company*

cit., pp. 257 ss.; E. Lambert, *Il governo dei giudici e la lotta contro la legislazione sociale negli Stati Uniti. L'esperienza americana del controllo giudiziario della costituzionalità delle leggi*, tr. it. a cura di R. D'Orazio, Milano 1996, spec. pp. 61 ss., 125 ss.; K.C. Wheare, *Del Governo federale*, cit., pp. 138 ss., 234-235, 250-251, 349 ss.; E. Zoller, *Droit constitutionnel*, cit., pp. 390-391, 584-585; Id., *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, cit., pp. 151 ss.; B. Friedman, *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Three: The Lesson of Lochner*, in *New York University Law Review* 2001, vol. LXXVI, pp. 1383 ss.; S. Griffin, *Il costituzionalismo americano*, cit., pp. 161 ss., 180 ss.; B. Casalini, *Sovranità popolare, governo della legge e governo dei giudici negli Stati Uniti*, cit., pp. 233 ss.; H. Gillman, *The Constitution Besieged: The Rise and Demise of Lochner Era Police Powers Jurisprudence*, Ristampa, Durham-London 2004; M.J. Horwitz, *La trasformazione del diritto americano 1870-1960*, tr. it a cura di M.R. Ferrarese, Bologna 2004, pp. 23 ss., 38 ss., 47 ss.; A. Zorzi Giustiniani (a cura di), *Diritti fondamentali e interessi costituiti. W.H. Taft Presidente della Corte Suprema degli Stati Uniti (1921-1930)*, Milano 2006, spec. pp. 24 ss., 34 ss.; R.A. Epstein, *How Progressives Rewrote the Constitution*, cit., pp. 35 ss.; J.W. Ely, *The Guardian of Every Other Right*, cit., pp. 106 ss.; Id., *Rufus W. Peckham and Economic Liberty*, in *Vanderbilt Law Review* 2009, n. 2, pp. 591 ss.; A. Ridolfi, *I giudici e le narrazioni dell'America (rileggendo la sentenza "Lochner v. New York")*, in *Nomos* 2008, n. 3, pp. 85 ss.; V.F. Nourse, *A Tale of Two Lochners: The Untold History of Substantive Due Process and the Idea of Fundamental Rights*, in *California Law Review* 2009, vol. XCVII, pp. 751 ss.; L. Fabiano, *Le categorie sensibili dell'eguaglianza negli Stati Uniti d'America*, Torino 2009, pp. 28 ss.; C. Valentini, *Le ragioni della Costituzione*, cit., pp. 70 ss.; S.R. Olken, *The Decline of Legal Classicism and the Evolution of New Deal Constitutionalism*, in *Notre Dame Law Review* 2014, vol. LXXXIX, n. 5, pp. 2051 ss.

³⁰⁰ Sull'importanza del libero mercato delle idee in Holmes, si vedano soprattutto G. Bognetti, *Il pensiero filosofico giuridico americano del XX secolo*, cit., pp. 49 ss.; Id., *La libertà d'espressione nella giurisprudenza nord-americana*, cit., pp. 21 ss.; A. Baldassarre, *Privacy e Costituzione*, cit., pp. 188 ss.; M. Rosenfeld, *Interpretazioni*, cit., pp. 295 ss., 309 ss.; E. Barendt, *Freedom of Speech*, cit., pp. 7 ss., 48.

³⁰¹ Sul cambio di giurisprudenza in materia economica, si vedano A. Tunc, S. Tunc, *Le système constitutionnel des États-Unis d'Amérique*, 1, cit., pp. 374 ss.; E.S. Corwin, *La Costituzione degli Stati Uniti nella realtà odierna*, cit., pp. 50-51, 54 ss., 181-182; G. Bognetti, *Il pensiero filosofico giuridico americano del XX secolo*, cit., pp. 43-44, 47-48; Id., *I diritti fondamentali tra giudiziario e legislativo nell'ordinamento degli Stati Uniti*, cit., pp. 1074 ss.; Id., *Lo spirito del costituzionalismo americano*, II, cit., pp. 39 ss.; Id., *We the People*, 2, cit., pp. 360 ss.; E. Zoller, *Droit constitutionnel*, cit., p. 391; Id., *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, cit., pp. 232 ss.; S. Griffin, *Il costituzionalismo americano*, cit., pp. 88-89; H. Gillman, *The Constitution Besieged*, cit., pp. 190 ss.; J.W. Ely, *The Guardian of Every Other Right*, cit., pp. 134 ss.; R.A. Epstein, *How Progressives Rewrote the Constitution*, cit., pp. 77 ss.; L. Fabiano, *Le categorie sensibili dell'eguaglianza negli Stati Uniti d'America*, cit., pp. 31 ss.; R. Bifulco, *Ordinamenti federali comparati*, 1, cit., pp. 10, 230-231; S.R. Olken, *The Decline of Legal Classicism and the Evolution of New Deal Constitutionalism*, cit., pp. 2069 ss.; B. Cushman, *The Jurisprudence of the Hughes Court: the Recent Literature*, ivi, pp. 1929 ss.

³⁰² Si vedano, in proposito. A. Tunc, S. Tunc, *Le système constitutionnel des États-Unis d'Amérique*, 1, cit., pp. 413 ss.; G. Bognetti, *Il pensiero filosofico giuridico americano del XX secolo*, cit., p. 50; Id., *La libertà d'espressione nella giurisprudenza nord-americana*, cit., pp. 30 ss.; Id., *Lo spirito del costituzionalismo americano*, II, cit., pp. 42 ss., 57 ss., spec. pp. 60-61; A. Di Giovine, *I limiti della manifestazione di pensiero*, cit., pp. 98-99; B. Ackerman, *We the People*, 1, cit., pp. 123 ss.; S. Griffin, *Il costituzionalismo americano*, cit., pp. 187 ss.; R.A. Epstein, *How Progressives Rewrote the Constitution*, cit., pp. 100 ss.; L. Fabiano, *Le categorie sensibili dell'eguaglianza negli Stati Uniti d'America*, cit., pp. 33-34; C. Valentini, *Le ragioni della Costituzione*, cit., pp. 77 ss.

(1938)³⁰³. Tuttavia, la giurisprudenza in materia di tutela del dissenso, prima dell'avvento della Corte Warren, rimase contraddittoria³⁰⁴: se è vero, come si avrà modo di vedere, che la Corte Hughes e la Corte Stone furono assai più liberali della Corte White e della Corte Taft³⁰⁵, è anche vero che la giurisprudenza della Corte Vinson costituì un palese ritorno alla giurisprudenza precedente, legittimando la caccia alle streghe chiamata maccartismo³⁰⁶.

D'altra parte, la giurisprudenza restrittiva sul I Emendamento andava ad inserirsi in un contesto caratterizzato da un estremismo antisindacale³⁰⁷: emblematica di questo

³⁰³ 304 U.S. 144 (1938). Sull'importanza di questa sentenza questa sentenza, si soffermano G. Bognetti, *La libertà d'espressione nella giurisprudenza nord-americana*, cit., p. 32 (nota 5); Id., *Lo spirito del costituzionalismo americano, II*, cit., p. 60; B. Ackerman, *Beyond Carolene Products*, in *Harvard Law Review* 1985, vol. XCVIII, n. 4, pp. 713 ss.; Id., *We the People, 1*, cit., pp. 119 ss.; Id., *We the People, 2*, cit., pp. 368 ss.; R. Berger, *Government by Judiciary. The transformation of the Fourteenth Amendment*, II ed., Indianapolis 1997, pp. 296 ss.; S. Griffin, *Il costituzionalismo americano*, cit., p. 189; H. Gillman, *The Constitution Besieged*, cit., pp. 200 ss.; J.W. Ely, *The Guardian of Every Other Right*, cit., pp. 139 ss.; L. Fabiano, *Le categorie sensibili dell'eguaglianza negli Stati Uniti d'America*, cit., pp. 34 ss. E. Zoller, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, cit., pp. 261 ss., 280-281, 600; C. Valentini, *Le ragioni della Costituzione*, cit., pp. 78-79.

³⁰⁴ Sul cambio di paradigma rappresentato dalla Corte Warren, si veda C. Valentini, *Le ragioni della Costituzione*, cit., pp. 83 ss.; E. Zoller, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, cit., p. 167; L. Alesiani, *I reati di opinione*, cit., pp. 235 ss., 316 ss.; F.I. Michelmann, *La democrazia e il potere giudiziario. Il dilemma costituzionale e il giudice Brennan*, tr. it. a cura di G. Bongiovanni e G. Palombella, Bari 2004, pp. 144 ss.; B. Casalini, *Sovranità popolare, governo della legge e governo dei giudici negli Stati Uniti*, cit., p. 235; A. Vespaziani, *Interpretazioni del bilanciamento dei diritti fondamentali*, cit., pp. 19 ss.; G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano, II*, cit., pp. 45-46, 60-61, 86 ss.; Id., *La libertà d'espressione nella giurisprudenza nord-americana*, cit., pp. 59 ss.; E. Zoller, *Droit constitutionnel*, cit., pp. 562-563; D.R. Dow, R. Scott Shieldes, *Rethinking the Clear and Present Danger Test*, cit., pp. 1232 ss.; M.J. Horwitz, *The Warren Court and the Pursuit of Justice*, cit., pp. 59 ss.; A.M. Bickel, *The Supreme Court and the Idea of Progress*, New Haven-London 1978, pp. 78 ss.; A. Baldassarre, *Privacy e Costituzione*, cit., pp. 217 ss., 227 ss., 248 ss.; A. Marradi, *Il ruolo conservatore della Corte Suprema*, cit., pp. 353-354. Fortemente critico nei riguardi di questa giurisprudenza è, invece, R.H. Bork, *Il giudice sovrano*, cit., pp. 39 ss., secondo il quale, fino a qualche anno prima, era opinione comune che il I Emendamento avesse poco a che fare con l'incitamento alla violenza sovversiva o all'illegalità.

³⁰⁵ Sulla giurisprudenza delle Corti Hughes e Stone in materia di I Emendamento, si vedano E.A. Rebbholz, *Freedom of Speech*, in *The Marquette Law Review 1940-1941*, vol. XXV, pp. 23 ss.; Z. Chafee jr., *Free Speech in the United States*, cit., pp. 357 ss.; A. Tunc, S. Tunc, *Le système constitutionnel des États-Unis d'Amérique, 1*, cit., pp. 421 ss.; G. Bognetti, *La libertà d'espressione nella giurisprudenza nord-americana*, cit., pp. 29 ss.; E.G. Hudon, *Freedom of Speech and Press in America*, cit., pp. 80 ss.; D. Feister, *How clear is the 'clear and present danger' test*, cit., p. 44; M.V. Tushnet, *The Hughes Court and the Radical Political Dissent: The Cases of Dirk De Jonge and Angelo Herndon*, in *Georgia State University Law Review* 2012, n. 2, pp. 333 ss.

³⁰⁶ Sulla giurisprudenza della Corte Vinson, si vedano A. Tunc, S. Tunc, *Le système constitutionnel des États-Unis d'Amérique, 1*, cit., pp. 414, 425 ss.; E.S. Corwin, *La Costituzione degli Stati Uniti nella realtà odierna*, cit., pp. 255 ss., 335 ss.; G. Bognetti, *Il pensiero filosofico giuridico americano del XX secolo*, cit., pp. 45 e 48; Id., *La libertà d'espressione nella giurisprudenza nord-americana*, cit., pp. 48 ss.; Id., *Lo spirito del costituzionalismo americano, II*, cit., pp. 45-46, 86; E.G. Hudon, *Freedom of Speech and Press in America*, cit., pp. 107 ss., 122 ss.; A. Marradi, *Il ruolo conservatore della Corte Suprema*, cit., p. 353; A. Baldassarre, *Privacy e Costituzione*, cit., pp. 199 ss.; D.R. Dow, R. Scott Shieldes, *Rethinking the Clear and Present Danger Test*, cit., pp. 1224 ss., 1231 ss.; M.J. Horwitz, *The Warren Court and the Pursuit of Justice*, cit., pp. 52 ss.; E. Zoller, *Droit constitutionnel*, cit., p. 562; A. Vespaziani, *Interpretazioni del bilanciamento dei diritti fondamentali*, cit., pp. 17 ss.

³⁰⁷ Si vedano, in proposito, A. Ridolfi, *I giudici e le narrazioni dell'America*, cit., pp. 118 ss.; A. Zorzi Giustiniani, *Diritti fondamentali e interessi costituiti*, cit., pp. 24-25; E. Lambert, *Il governo dei giudici*, cit., pp.

stretto legame è non solo la vicenda di Eugene Debs, leader sindacalista e poi esponente del partito socialista statunitense (da cui fu candidato più volte alla Presidenza degli Stati Uniti), i cui processi arrivarono per due volte in Corte Suprema, ma anche i numerosi processi determinati da leggi volte a reprimere il fenomeno del sindacalismo rivoluzionario³⁰⁸. Tuttavia, anche in questo caso, l'*overruling* della giurisprudenza antisindacale comportò l'*overruling* anche per quel che riguardava i reati in campo sindacale, oltre all'estensione del I Emendamento ad alcune peculiari forme di lotta come il picchettaggio³⁰⁹.

4.2. La giurisprudenza della Corte White

Punto di partenza per una ricostruzione della giurisprudenza statunitense in materia di reati di opinione sono le tre sentenze del 1919 redatte da Oliver Wendell Holmes – *Schenck v. United States* (1919)³¹⁰, *Frohwerk v. United States* (1919)³¹¹, e *Debs v. United States* (1919)³¹² –, in cui una Corte Suprema unanime si occupò del tema,

73 ss., 143 ss.; F. Peterson, *Collective Bargaining in the United States of America*, in *International Labour Review* 1940, vol. XLI, pp. 479 ss.; A.B. Royce, *Labor, the Federal Anti-Trust Law, and the Supreme Court*, in *New York University Law Review* 1928, vol. V, pp. 19 ss.

³⁰⁸ Per quanto riguarda la legislazione volta a reprimere il fenomeno del sindacalismo rivoluzionario, rinvio ad E. Foster Dowell, *A History of Criminal Syndacalism Legislation in the United States*, Baltimore 1939; Z. Chafee jr., *Free Speech in the United States*, cit., pp. 163 ss.; E.G. Hudon, *Freedom of Speech and Press in America*, pp. 63 ss.; P.L. Murphy, *Near v. Minnesota in the Context of Historical Developments*, cit., pp. 130 ss.; M.V. Tushnet, *The Hughes Court and the Radical Political Dissent*, cit., pp. 338 ss.

³⁰⁹ Un diverso atteggiamento in materia di picchettaggio lo si può riscontrare sin dal caso *Senn v. Tile Layers Union* del 1937 (301 U.S. 468), per arrivare al vero e proprio punto di svolta rappresentato da *Thornhill v. Alabama* del 1940 (310 U.S. 88). Cfr., in proposito, Z. Chafee jr., *Free Speech in the United States*, cit., pp. 435-436, 469-470; F.L. Howard, *Freedom of Speech and Labor Controversies*, in *Missouri Law Review* 1943, vol. VIII, n. 1, pp. 25 ss.; A. Tunc, S. Tunc, *Le système constitutionnel des États-Unis d'Amérique*, 1, cit., pp. 429 ss.; E.S. Corwin, *La Costituzione degli Stati Uniti nella realtà odierna*, cit., pp. 326 ss.; G. Bognetti, *La libertà d'espressione nella giurisprudenza nord-americana*, cit., pp. 46-47; E.G. Hudon, *Freedom of Speech and Press in America*, cit., pp. 85 ss.; G. Amato, *Sistema giudiziario e dissenso sociale*, cit., p. 306; E. Zoller, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, cit., p. 600.

³¹⁰ 249 U.S. 47 (1919). Su questa sentenza, si vedano Z. Chafee jr., *Freedom of Speech*, cit., pp. 88 ss.; Id., *Free Speech in the United States*, cit., pp. 80 ss.; G.I. Haight, *Freedom of Speech and of the Press*, cit., p. 283; A. Tunc, S. Tunc, *Le système constitutionnel des États-Unis d'Amérique*, 1, cit., p. 320; M. White, *La rivolta contro il formalismo*, cit., pp. 238 ss.; E.S. Corwin, *La Costituzione degli Stati Uniti nella realtà odierna*, cit., pp. 252 ss.; E.G. Hudon, *Freedom of Speech and Press in America*, pp. 59, 69-70; G. Amato, *Sistema giudiziario e dissenso sociale*, cit., pp. 305-306; O.W. Holmes, *Opinioni dissenzienti*, cit., pp. 78 ss.; D.R. Dow, R. Scott Shieldes, *Rethinking the Clear and Present Danger Test*, cit., p. 1221; E. Zoller, *Droit constitutionnel*, cit., pp. 561-562; Id., *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, cit., pp. 159 ss.; A. Vespaziani, *Interpretazioni del bilanciamento dei diritti fondamentali*, cit., pp. 13 ss.; E. Barendt, *Freedom of Speech*, cit., pp. 157-158; L. Alesiani, *I reati di opinione*, cit., p. 229; S.M. Feldman, *Free Speech, World War I, and Republican Democracy*, cit., pp. 207 ss.; M.V. Tushnet, *The Hughes Court and Political Dissent*, cit., pp. 334 ss.

³¹¹ 249 U.S. 204 (1919). Su questa sentenza, si vedano Z. Chafee jr., *Freedom of Speech*, cit., p. 90; Id., *Free Speech in the United States*, cit., pp. 82 ss.; G.I. Haight, *Freedom of Speech and of the Press*, cit., pp. 282-283; E.G. Hudon, *Freedom of Speech and Press in America*, p. 60; O.W. Holmes, *Opinioni dissenzienti*, cit., pp. 85 ss.; D.R. Dow, R. Scott Shieldes, *Rethinking the Clear and Present Danger Test*, cit., p. 1222; S.M. Feldman, *Free Speech, World War I, and Republican Democracy*, cit., pp. 212 ss.

³¹² 249 U.S. 211 (1919). Si vedano Z. Chafee jr., *Freedom of Speech*, cit., pp. 90 ss.; Id., *Free Speech in the United States*, cit., pp. 84 ss.; F.R. Black, *Debs v. United States – A Judicial Milepost on the Road to*

comminando una serie di pesantissime condanne sulla base dell'*Espionage Act* del 1917, come modificato dal *Sedition Act* del 1918, che puniva duramente la propaganda di idee volte a impedire il reclutamento delle truppe³¹³. La prima delle tre sentenze in ordine cronologico, e, nello stesso tempo, anche la più importante sul piano storico, è senza dubbio *Schenck v. United States*, ove fece capolino per la prima volta la dottrina del *clear and present danger* elaborata da Oliver Wendell Holmes³¹⁴. Attraverso la dottrina del *clear and present danger*, l'antiformalista Holmes ponderava la libertà di manifestazione del pensiero con le circostanze attuali del caso concreto³¹⁵, superando così l'approccio concettualistico e sillogistico proprio della giurisprudenza dell'epoca³¹⁶. Di questi tre

Absolutism, in *University of Pennsylvania Law Review* 1932, vol. LXXXI, pp. 160 ss.; M. White, *La rivolta contro il formalismo*, cit., pp. 240-241; E.G. Hudon, *Freedom of Speech and Press in America*, pp. 60, 70-71; O.W. Holmes, *Opinioni dissenzienti*, cit., pp. 92 ss.; D.R. Dow, R. Scott Shildes, *Rethinking the Clear and Present Danger Test*, cit., p. 1222; L. Alesiani, *I reati di opinione*, cit., p. 228; S.M. Feldman, *Free Speech, World War I, and Republican Democracy*, cit., pp. 213 ss.; M.V. Tushnet, *The Hughes Court and Political Dissent*, cit., pp. 336-337.

³¹³ Cfr., in proposito, Z. Chafee jr., *Freedom of Speech*, cit., pp. 42 ss.; Id., *Free Speech in the United States*, cit., pp. 38 ss.; A. Tunc, S. Tunc, *Le système constitutionnel des États-Unis d'Amérique*, 1, cit., pp. 319-320; M. White, *La rivolta contro il formalismo*, cit., pp. 237-238; E.S. Corwin, *La Costituzione degli Stati Uniti nella realtà odierna*, cit., p. 252; E.G. Hudon, *Freedom of Speech and Press in America*, cit., pp. 57-58; R. Alesiani, *I reati di opinione*, cit., pp. 227-228; D.R. Dow, R. Scott Shildes, *Rethinking the Clear and Present Danger Test*, cit., pp. 1219-1220.

³¹⁴ Si veda L. Alesiani, *I reati di opinione*, cit., pp. 229 ss.; A. Vespaziani, *Interpretazioni del bilanciamento dei diritti fondamentali*, cit., p. 15; E. Zoller, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, cit., p. 164; G. Amato, *Sistema giudiziario e dissenso sociale*, cit., p. 305; E.G. Hudon, *Freedom of Speech and Press in America*, cit., pp. 69 ss.; M. White, *La rivolta contro il formalismo*, cit., pp. 238-239.

³¹⁵ Sull'antiformalismo e l'anticoncettualismo di Holmes insiste A. Vespaziani, *Interpretazioni del bilanciamento dei diritti fondamentali*, cit., pp. 4 ss.; Id., *Alessandro Giuliani interprete del benthamismo e del realismo*, in F. Cerrone, G. Repetto (a cura di), *L'esperienza giuridica tra logica ed etica*, Milano 2012, pp. 291 ss., spec. pp. 299-300. Di diverso avviso è G. Minda, *Teorie postmoderne del diritto*, cit., pp. 30 ss. spec. p. 35, secondo cui anche Holmes, nonostante criticasse l'importanza attribuita da Langdell alla logica formale, fu un concettualista. Sulla figura di Holmes, inoltre, sia consentito il rinvio ad A. Ridolfi, *La Corte Roberts e la nomina di Elena Kagan*, in *Rivista AIC* 2011, n. 1 (15-2-2011), p. 7; Id., *I giudici e le narrazioni dell'America*, cit., pp. 106 ss.; M.J. Horwitz, *La trasformazione del diritto americano 1870-1960*, cit., pp. 191 ss.; C. Geraci, *Introduzione*, in O.W. Holmes, *Opinioni dissenzienti*, cit., pp. VII ss., spec. pp. XVIII ss.; M. Galizia, *Profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale*, in *Archivio Giuridico Filippo Serafini* 1963, vol. CLXIV, n. 1-2, pp. 3 ss., spec. pp. 62 ss.; G. Boggetti, *Il pensiero filosofico giuridico nord americano del XX° secolo*, pp. 21 ss.; M. White, *La rivolta contro il formalismo*, cit., spec. pp. 25 ss., 86 ss.

³¹⁶ Sui *test* di bilanciamento come superamento del formalismo giuridico a partire dal 1910 insiste M.J. Horwitz, *La trasformazione del diritto americano 1870-1960*, cit., p. 236. In senso simile, si veda A. Vespaziani, *Interpretazioni del bilanciamento dei diritti fondamentali*, cit., pp. 6-7, il quale, tuttavia, sottolinea come la prima sentenza della Corte Suprema decisa ricorrendo espressamente al *test* di bilanciamento è *Schneider v. State of New Jersey* del 1939 (308 U.S. 147). Per la distinzione tra *balancing test* e *danger test*, si veda A. Baldassarre, *Privacy e Costituzione*, cit., pp. 195 ss., secondo cui il primo sarebbe caratterizzato da un'estrema flessibilità ed elasticità, mentre il secondo, al pari degli altri *test*, si risolverebbe in formule rigide, assolute e dogmatiche, anche se poi ammette che, in origine, le due tecniche erano formalmente affiancate. Sull'abbandono del *clear and present danger* da parte della Corte Vinson, si vedano J.A. Gorfinkel, J.W. Mach II, *Dennis v. United States and the Clear and Present Ranger Rule*, in *California Law Review* 1951, vol. XXXIX, n. 4, pp. 475 ss.; A. Tunc, S. Tunc, *Le système constitutionnel des États-Unis d'Amérique*, 1, cit., pp. 425 ss.; E.S. Corwin, *La Costituzione degli Stati Uniti nella realtà odierna*, cit., pp. 254 ss.; E.G. Hudon, *Freedom of Speech and Press in America*, cit., pp. 122 ss.; L. Alesiani, *I reati di*

casi, il *clear and present danger* veniva esplicitamente menzionato nel caso *Schenck*, mentre negli altri due la motivazione della condanna prescindeva da un riferimento esplicito a questa dottrina³¹⁷.

La dottrina del *clear and present danger* costituiva il punto di approdo dell'ermeneutica holmesiana e la risultante di un lungo processo di riflessione. Quando era stato giudice della Corte Suprema del Massachusetts, Holmes aveva accolto visioni restrittive della *freedom of speech*: emblematico, in questo senso, era stato il caso *Commonwealth v. Davis* (1895)³¹⁸, in cui, a nome della Corte, aveva sostenuto la piena legittimità di un'ordinanza municipale con cui si vietava di fare discorsi pubblici in un parco di Boston, senza preventiva autorizzazione. Per Holmes, il legislatore, vietando in modo assoluto o condizionato discorsi nelle strade o nei parchi pubblici, non violava i diritti dei singoli componenti del pubblico più di quanto non li violasse chi proibiva di fare simili discorsi in casa propria³¹⁹. È interessante notare che la Corte Suprema federale confermò all'unanimità la sentenza nel caso *Davis v. Massachusetts* (1897)³²⁰. Per il giudice White, redattore dell'*opinion of the Court*, il XIV Emendamento non distruggeva affatto il potere statale di disciplinare i soggetti all'interno del suo controllo³²¹, né l'ordinanza era da considerarsi nulla, arbitraria o irragionevole³²².

opinione, cit., pp. 232 ss.

³¹⁷ Cfr., in proposito, E.S. Corwin, *La Costituzione degli Stati Uniti nella realtà odierna*, cit., p. 253, secondo cui dalla mancata menzione del *clear and present danger* nelle successive sentenze *Frohwerk* e *Debs* si desumerebbe che Holmes non intendesse aggiungere una nuova dimensione alla libertà di parola e di stampa costituzionalmente protetta. Sulla mancanza di ogni riferimento al *clear and present danger* nei casi *Frohwerk* e *Debs* insistono F.R. Black, *Debs v. United States*, cit., p. 160; M. White, *La rivolta contro il formalismo*, cit., pp. 240-241; E.G. Hudon, *Freedom of Speech and Press in America*, cit., p. 70; D.S. Bogen, *The Free Speech Metamorphosis of Mr. Justice Holmes*, cit., p. 98. Di diverso avviso sono, invece, D.R. Dow, R. Scott Shieldes, *Rethinking the Clear and Present Danger Test*, cit., pp. 1221-1222, secondo cui il *clear and present danger test* fu utilizzato da Holmes anche nella decisione dei casi *Frohwerk* e *Debs*.

³¹⁸ 162 Mass. 510 (1895). Si vedano O.W. Holmes, *Opinioni dissenzienti*, cit., pp. 9 ss.; H.C. Shiver (a cura di), *The judicial opinions of Oliver Wendell Holmes. Constitutional opinions, selected excerpts and epigrams as given in the supreme judicial Court of Massachusetts (1883-1902)*, Buffalo-New York 1940, pp. 54 ss.

³¹⁹ 162 Mass. 510, 511: "For the Legislature absolutely or conditionally to forbid public speaking in a highway or public park is no more an infringement of rights of a member of the public than for the owner of a private house to forbid it in the house". Si veda H.C. Shiver, *The judicial opinions of Oliver Wendell Holmes*, cit., p. 55.

³²⁰ 167 U.S. 43 (1897). Si vedano E.A. Rebholz, *Freedom of Speech*, cit., pp. 23-24; Z. Chafee jr., *Free Speech in the United States*, cit., pp. 416 ss.; E.S. Corwin, *La Costituzione degli Stati Uniti nella realtà odierna*, cit., p. 334; P.L. Murphy, *Near v. Minnesota in the Context of Historical Developments*, cit., pp. 119 ss.

³²¹ 167 U.S. 43, 47-48: "The Fourteenth Amendment to the Constitution of the United States does not destroy the power of the states to enact police regulations as to the subjects within their control, *Barbier v. Connolly*, 113 U. S. 27, 113 U. S. 31; *Minneapolis & St. Louis Railway Co. v. Beckwith*, 129 U. S. 26, 129 U. S. 29; *Giozza v. Tiernan*, 148 U. S. 657; *Jones v. Brim*, 165 U. S. 182, and does not have the effect of creating a particular and personal right in the citizen to use public property in defiance of the Constitution and laws of the state".

³²² 167 U.S. 43, 48: "The assertion that, although it be conceded that the power existed in the state or municipality to absolutely control the use of the common, the particular ordinance in question is nevertheless void because arbitrary and unreasonable, in that it vests in the mayor the power to determine when he will grant a permit, in truth, while admitting on the one hand the power to control, on the other denies its existence. The right to absolutely exclude all right to use necessarily includes the authority to determine under what circumstances such use may be availed of, as the greater power

Anche in una delle prime sentenze della Corte Suprema federale in materia di I Emendamento a cui aveva partecipato – *Patterson v. Colorado* (1907)³²³ –, Holmes aveva redatto un’*opinion of the Court* legata a una visione restrittiva della libertà di parola³²⁴. Con la sentenza *Patterson*, infatti, la Corte Suprema confermò la condanna nei confronti dell’ex-senatore Thomas Patterson per avere accusato due giudici della Corte Suprema del Colorado di fatti legati a processi pendenti davanti a quella Corte. In particolare, Holmes affermò che lo scopo del I Emendamento era quello di evitare le limitazioni preventive alla stampa, ma non quello di vietare la punizione successiva per tutti quegli scritti contrari al pubblico bene³²⁵. La punizione successiva, per Holmes, poteva riguardare sia il vero che il falso: uno scritto in cui veniva affermato che il testimone di un processo pendente era uno spergiuro, anche se fosse stato veritiero, non sarebbe stato meno dannoso, dal momento che il sistema processuale si ispirava al principio che il convincimento del caso doveva essere raggiunto mediante le prove e la discussione in un’udienza pubblica, e non per influenze esterne³²⁶.

Un primo embrione del *clear and present danger test* apparve solo nella *dissenting opinion* del caso *Toledo Newspaper Company v. United States* (1918)³²⁷, anche se non mancano ricostruzioni che hanno individuato nell’articolo *Privilege, Malice and Intent* (1894)³²⁸ la prima elaborazione teorica di un *test* di bilanciamento³²⁹. Il caso *Toledo Newspaper Company* riguardava un giudice che aveva condannato per *contempt of the court* il direttore di un giornale che aveva pubblicato delle vignette satiriche su di lui. Nel dare la propria

contains the lesser”.

³²³ 205 U.S. 454 (1907). Si vedano E.S. Corwin, *La Costituzione degli Stati Uniti nella realtà odierna*, cit., pp. 251, 332-333; O.W. Holmes, *Opinioni dissenzienti*, cit., pp. 52 ss.; P.L. Murphy, *Near v. Minnesota in the Context of Historical Developments*, cit., pp. 125 ss.; S.M. Feldman, *Free Speech, World War I, and Republican Democracy*, cit., pp. 199 ss.

³²⁴ Cfr., in questo senso, G. Bognetti, *La libertà d’espressione nella giurisprudenza nord-americana*, cit., p. 22, nota 33, ove sottolinea il fatto che Holmes non accolse soluzioni libertarie, sia nel caso *Patterson* che nel successivo caso *Fox v. Washington* del 1915 (236 U.S. 273). Insistono sul fatto che in questa sentenza Holmes fece propria la dottrina di Blackstone del libello sedizioso E.S. Corwin, *La Costituzione degli Stati Uniti nella realtà odierna*, cit., p. 251; F.R. Black, *Debs v. United States*, cit., pp. 163-164; Z. Chafee jr., *Freedom of Speech*, cit., p. 9; Id., *Freedom of Speech in War Time*, cit., p. 938.

³²⁵ 205 U.S. 454, 462: “In the first place, the main purpose of such constitutional provisions is “to prevent all such previous restraints upon publications as had been practiced by other governments”, and they do not prevent the subsequent punishment of such as may be deemed contrary to the public welfare. *Commonwealth v. Blanding*, 3 Pick. 304, 313-314; *Respublica v. Oswald*, 1 Dall. 319, 1 U. S. 325”.

³²⁶ 205 U.S. 454, 462: “The preliminary freedom extends as well to the false as to the true; the subsequent punishment may extend as well to the true as to the false... A publication likely to reach the eyes of a jury declaring a witness in a pending cause a perjurer would be nonetheless a contempt that it was true. It would tend to obstruct the administration of justice because even a correct conclusion is not to be reached or helped in that way if our system of trials is to be maintained. The theory of our system is that the conclusions to be reached in a case will be induced only by evidence and argument in open court, and not by any outside influence, whether of private talk or public print”.

³²⁷ 247 U.S. 402 (1918). Sulla *dissenting opinion* di Holmes, si veda O.W. Holmes, *Opinioni dissenzienti*, cit., pp. 73 ss.

³²⁸ O.W. Holmes, *Privilege, Malice and Intent*, in *Harvard Law Review* 1894, vol. VIII, pp. 1 ss. [e in O.W. Holmes, *The Collected Legal Papers*, Ristampa, Mineola (New York) 2007, pp. 117 ss.]

³²⁹ Cfr., in questo senso, A. Vespaziani, *Interpretazioni del bilanciamento dei diritti fondamentali*, cit., pp. 8-9; M.J. Horwitz, *La trasformazione del diritto americano 1870-1960*, cit., p. 235.

interpretazione della legge che riguardava i casi di *contempt of the court*, Holmes tendeva a sottolineare la differenza tra quello che impediva attualmente e quello che non era così prossimo da minacciare un possibile impedimento³³⁰.

Nel caso *Schenck*, Charles Schenck ed Elizabeth Baer, membri del Comitato Esecutivo del Partito Socialista di Filadelfia, erano stati accusati di violazione dell'*Espionage Act* per avere stampato e distribuito circa 15.000 volantini, in cui la coscrizione veniva definita come il peggiore dei soprusi e un delitto mostruoso contro l'umanità, nell'interesse della cricca di Wall Street³³¹. Ad avviso del giudice Holmes, in circostanze normali i due imputati sarebbero restati nell'ambito dei loro diritti costituzionalmente garantiti³³², ma la guerra cambiava completamente il contesto: quando un Paese entrava in guerra, molte cose che potevano essere dette in tempo di pace costituivano un ostacolo allo sforzo bellico tale da non potere essere tollerato³³³. Di conseguenza, il problema stava nel vedere se le parole utilizzate e le circostanze fossero tali da determinare un pericolo manifesto ed attuale³³⁴: la libertà di parola, secondo Holmes, non proteggeva affatto chi gridava artatamente al fuoco in un teatro causando il panico tra gli spettatori³³⁵.

Altra sentenza dove la Corte Suprema si occupò della violazione dell'*Espionage Act* fu *Frohwerk v. United States*, riguardante la pubblicazione di alcuni articoli fortemente critici sulla leva militare in un giornale destinato alla comunità germanofona, il *Missouri Staats Zeitung*. Ad avviso di Holmes, il I Emendamento, pur vietando l'approvazione di leggi contrarie alla libertà di parola in quanto tale, non garantiva però l'immunità per

³³⁰ 247 U.S. 402, 423: "Without invoking the rule of strict construction, I think that "so near as to obstruct" means so near as actually to obstruct – and not merely near enough to threaten a possible obstruction. "So near as to" refers to an accomplished fact, and the word "misbehavior" strengthens the construction I adopt. Misbehavior means something more than adverse comment or disrespect".

³³¹ 249 U.S. 47, 50-51: "The document in question, upon its first printed side, recited the first section of the Thirteenth Amendment, said that the idea embodied in it was violated by the Conscription Act, and that a conscript is little better than a convict. In impassioned language, it intimated that conscription was despotism in its worst form, and a monstrous wrong against humanity in the interest of Wall Street's chosen few. It said "Do not submit to intimidation", but in form, at least, confined itself to peaceful measures such as a petition for the repeal of the act".

³³² 249 U.S. 47, 52: "We admit that, in many places and in ordinary times, the defendants, in saying all that was said in the circular, would have been within their constitutional rights. But the character of every act depends upon the circumstances in which it is done. *Aikens v. Wisconsin*, 195 U. S. 194, 195 U. S. 205, 195 U. S. 206".

³³³ 249 U.S. 47, 52: "When a nation is at war, many things that might be said in time of peace are such a hindrance to its effort that their utterance will not be endured so long as men fight, and that no Court could regard them as protected by any constitutional right. It seems to be admitted that, if an actual obstruction of the recruiting service were proved, liability for words that produced that effect might be enforced".

³³⁴ 249 U.S. 47, 52: "The question in every case is whether the words used are used in such circumstances and are of such a nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that Congress has a right to prevent. It is a question of proximity and degree".

³³⁵ 249 U.S. 47, 52: "The most stringent protection of free speech would not protect a man in falsely shouting fire in a theatre and causing a panic. It does not even protect a man from an injunction against uttering words that may have all the effect of force. *Gompers v. Bucks Stove & Range Co.*, 221 U. S. 418, 221 U. S. 439".

ogni tipo di discorso³³⁶: non c'era molta differenza tra il contenuto dei volantini del caso *Schenck* e gli articoli in questione³³⁷. Anche nel caso *Frohwerk*, così come in quello *Schenck*, Holmes ammetteva che bisognava considerare le circostanze del caso concreto³³⁸, il che portava ad escludere nettamente l'impossibilità di accertare il fatto che il giornale era diffuso in ambienti in cui un piccolo soffio sarebbe bastato ad appiccare un incendio e che ciò, anzi, era previsto e calcolato³³⁹.

Per quanto riguarda, infine, la sentenza *Debs v. United States*, Debs fu condannato per un durissimo discorso contro la guerra in cui incitava alla diserzione. La Corte Suprema, facendo riferimento ai precedenti casi *Schenck* e *Frohwerk*, respinse le eccezioni di incostituzionalità dell'*Espionage Act*, così come l'insufficienza dell'imputazione³⁴⁰, e confermò la condanna nei suoi riguardi³⁴¹. Occorre dire che Debs aveva subito una condanna da parte della Corte Suprema già sul finire del XIX secolo: nel caso *In re Debs* (1895)³⁴², infatti, venne confermata la condanna per *contempt*

³³⁶ 249 U.S. 204, 206: "With regard to that argument, we think it necessary to add to what has been said in *Schenck v. United States*, 249 U. S. 47, only that the First Amendment, while prohibiting legislation against free speech as such, cannot have been, and obviously was not, intended to give immunity for every possible use of language. *Robertson v. Baldwin*, 165 U. S. 275, 165 U. S. 281. We venture to believe that neither Hamilton nor Madison, nor any other competent person then or later, ever supposed that to make criminal the counseling of a murder within the jurisdiction of Congress would be an unconstitutional interference with free speech".

³³⁷ 249 U.S. 204, 207: "Taking it that way, however, so far as the language of the article goes, there is not much to choose between expressions to be found in them and those before us in *Schenck v. United States*. The first begins by declaring it a monumental and inexcusable mistake to send our soldiers to France, says that it comes no doubt from the great trusts, and later that it appears to be outright murder without serving anything practical; speaks of the unconquerable spirit and undiminished strength of the German nation, and characterizes its own discourse as words of warning to the American people".

³³⁸ 249 U.S. 204, 208: "It may be that all this might be said or written even in time of war in circumstances that would not make it a crime. We do not lose our right to condemn either measures or men because the country is at war".

³³⁹ 249 U.S. 204, 209: "But we must take the case on the record as it is, and, on that record, it is impossible to say that it might not have been found that the circulation of the paper was in quarters where a little breath would be enough to kindle a flame, and that the fact was known and relied upon by those who sent the paper out. Small compensation would not exonerate the defendant if it were found that he expected the result, even if pay were his chief desire".

³⁴⁰ 249 U.S. 211, 215: "The chief defenses upon which the defendant seemed willing to rely were the denial that we have dealt with and that based upon the First Amendment to the Constitution, disposed of in *Schenck v. United States*, 249 U. S. 47. His counsel questioned the sufficiency of the indictment. It is sufficient in form. *Frohwerk v. United States*, ante, 249 U. S. 204".

³⁴¹ 249 U.S. 211, 216-217: "Without going into further particulars, we are of opinion that the verdict on the fourth count, for obstructing and attempting to obstruct the recruiting service of the United States, must be sustained. Therefore it is less important to consider whether that upon the third count for causing and attempting to cause insubordination, &c., in the military and naval forces is equally impregnable. The jury were instructed that, for the purposes of the statute, the persons designated by the Act of May 18, 1917, c. 15, 40 Stat. 76, registered and enrolled under it, and thus subject to be called into the active service, were a part of the military forces of the United States. The government presents a strong argument from the history of the statutes that the instruction was correct and in accordance with established legislative usage. We see no sufficient reason for differing from the conclusion, but think it unnecessary to discuss the question in detail".

³⁴² 158 U.S. 564 (1895). Su questa sentenza, si vedano A. Tunc, S. Tunc, *Le système constitutionnel des*

of the court di fronte al suo esplicito rifiuto di ottemperare a una ingiunzione federale di porre fine ad uno sciopero indetto dall'*American Railway Union*, di cui era presidente. In questa sentenza, che costituisce il primo caso di applicazione dello *Sherman Act* ai sindacati operai³⁴³, la Corte Suprema, con una decisione unanime, argomentò che il governo federale aveva tutti i poteri per quel che riguardava la disciplina del commercio interstatale, e, nell'esercizio di essi, poteva rimuovere qualsiasi ostacolo, naturale o artificiale, che ostruiva il commercio interstatale o il trasporto della posta³⁴⁴.

L'unanimità della Corte manifestatasi nei casi *Schenck*, *Frohwerk* e *Debs* si ruppe, però, con il caso *Abrams v. United States* (1919)³⁴⁵, che vide Holmes e Brandeis dissentire dalla maggioranza. In questa sentenza, la Corte Suprema confermò una serie di pesantissime condanne (da 10 a 20 anni di reclusione) nei riguardi di Jacob Abrams, un immigrato russo, e di altri imputati per ostruzione allo sforzo bellico, a seguito di due volantini, uno in inglese con cui si criticava l'invio di truppe in Russia, e l'altro in yiddish, in cui si denunciavano gli sforzi del Governo statunitense per impedire la Rivoluzione Russa e si auspicava la fine della produzione di armi contro la Russia sovietica. Ad avviso del giudice Clarke, estensore dell'*opinion of the Court*, era irrilevante il fatto che gli imputati avessero voluto soltanto aiutare la Rivoluzione Russa, poiché lo scopo che essi si prefiggevano con la loro azione implicava necessariamente l'intralcio allo sforzo bellico statunitense³⁴⁶. In tale ottica, il volantino non costituiva un tentativo

États-Unis d'Amérique, 1, cit., pp. 257-258; E.S. Corwin, *La Costituzione degli Stati Uniti nella realtà odierna*, cit., p. 79; E. Zoller, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, cit., p. 256.

³⁴³ Così A. Tunc, S. Tunc, *Le système constitutionnel des États-Unis d'Amérique*, 1, cit., p. 257.

³⁴⁴ 158 U.S. 564, 599: "Summing up our conclusions, we hold that the government of the United States is one having jurisdiction over every foot of soil within its territory, and acting directly upon each citizen; that, while it is a government of enumerated powers, it has within the limits of those powers all the attributes of sovereignty; that to it is committed power over interstate commerce and the transmission of the mail; that the powers thus conferred upon the national government are not dormant, but have been assumed and put into practical exercise by the legislation of Congress; that, in the exercise of those powers, it is competent for the nation to remove all obstructions upon highways, natural or artificial, to the passage of interstate commerce or the carrying of the mail; that while it may be competent for the government (through the executive branch and in the use of the entire executive power of the nation) to forcibly remove all such obstructions, it is equally within its competency to appeal to the civil courts for an inquiry and determination as to the existence and character of any alleged obstructions, and, if such are found to exist, or threaten to occur, to invoke the powers of those courts to remove or restrain such obstructions".

³⁴⁵ 250 U.S. 616 (1919). Si vedano, in proposito, Z. Chafee jr., *Free Speech in the United States*, cit., pp. 108 ss.; G.I. Haight, *Freedom of Speech and of the Press*, cit., p. 282; A. Tunc, S. Tunc, *Le système constitutionnel des États-Unis d'Amérique*, 1, cit., pp. 320-321; M. White, *La rivolta contro il formalismo*, cit., pp. 241 ss.; E.G. Hudon, *Freedom of Speech and Press in America*, cit., pp. 60-61, 71 ss.; O.W. Holmes, *Opinioni dissenzienti*, cit., pp. 98 ss.; D.R. Dow, R. Scott Shieldes, *Rethinking the Clear and Present Danger Test*, cit., pp. 1227-1228; L. Alesiani, *I reati di opinion*, cit., p. 228-229; S.M. Feldman, *Free Speech, World War I, and Republican Democracy*, cit., pp. 232 ss.; E. Zoller, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, cit., pp. 164 ss.; M.V. Tushnet, *The Hughes Court and Political Dissent*, cit., pp. 337-338.

³⁴⁶ 250 U.S. 616, 621: "It will not do to say, as is now argued, that the only intent of these defendants was to prevent injury to the Russian cause. Men must be held to have intended, and to be accountable for, the effects which their acts were likely to produce. Even if their primary purpose and intent was to aid the cause of the Russian Revolution, the plan of action which they adopted necessarily involved, before it could be realized, defeat of the war program of the United States, for the obvious effect of this appeal, if it should become effective, as they hoped it might, would be to persuade persons of

di portare ad un cambio di linea politica attraverso una onesta discussione, ma era un tentativo di ostacolare i piani di guerra degli Stati Uniti attraverso la paralisi determinata dallo sciopero generale³⁴⁷.

A questa argomentazione, si contrappose nettamente la *dissenting opinion* di Holmes, alla quale si aggiunse anche Brandeis. Secondo Holmes, la Costituzione aveva alla sua base l'idea che il bene supremo si raggiungesse soltanto attraverso il libero commercio delle idee³⁴⁸: era necessario, perciò, vigilare contro il tentativo di impedire l'espressione di opinioni, quand'anche esse fossero state detestabili³⁴⁹. D'altra parte, Holmes, nella sua *dissenting opinion*, ripropose il *clear and present danger* come mezzo di verifica della validità delle incriminazioni: a suo avviso, l'adozione del I Emendamento non aveva lasciato in vigore la dottrina del libello sedizioso³⁵⁰. Egli in particolare contestò che si potessero comminare pene altissime per due volantini che, a suo dire, gli imputati avevano diritto di pubblicare³⁵¹. Richiamando i precedenti casi *Schenck*, *Frohwerk* e

character such as those whom they regarded themselves as addressing, not to aid government loans, and not to work in ammunition factories where their work would produce "bullets, bayonets, cannon" and other munitions of war the use of which would cause the "murder" of Germans and Russians".

³⁴⁷ 250 U.S. 616, 622: "This is not an attempt to bring about a change of administration by candid discussion, for, no matter what may have incited the outbreak on the part of the defendant anarchists, the manifest purpose of such a publication was to create an attempt to defeat the war plans of the Government of the United States by bringing upon the country the paralysis of a general strike, thereby arresting the production of all munitions and other things essential to the conduct of the war".

³⁴⁸ 250 U.S. 616, 630: "Persecution for the expression of opinions seems to me perfectly logical. If you have no doubt of your premises or your power, and want a certain result with all your heart, you naturally express your wishes in law, and sweep away all opposition. To allow opposition by speech seems to indicate that you think the speech impotent, as when a man says that he has squared the circle, or that you do not care wholeheartedly for the result, or that you doubt either your power or your premises. But when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas – that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out. That, at any rate, is the theory of our Constitution. It is an experiment, as all life is an experiment".

³⁴⁹ 250 U.S. 616, 630: "Every year, if not every day, we have to wager our salvation upon some prophecy based upon imperfect knowledge. While that experiment is part of our system, I think that we should be eternally vigilant against attempts to check the expression of opinions that we loathe and believe to be fraught with death, unless they so imminently threaten immediate interference with the lawful and pressing purposes of the law that an immediate check is required to save the country".

³⁵⁰ 250 U.S. 616, 630-631: "I wholly disagree with the argument of the Government that the First Amendment left the common law as to seditious libel in force. History seems to me against the notion. I had conceived that the United States, through many years, had shown its repentance for the Sedition Act of 1798, by repaying fines that it imposed. Only the emergency that makes it immediately dangerous to leave the correction of evil counsels to time warrants making any exception to the sweeping command, "Congress shall make no law . . . abridging the freedom of speech". Of course, I am speaking only of expressions of opinion and exhortations, which were all that were uttered here, but I regret that I cannot put into more impressive words my belief that, in their conviction upon this indictment, the defendants were deprived of their rights under the Constitution of the United States".

³⁵¹ 250 U.S. 616, 629: "In this case, sentences of twenty years' imprisonment have been imposed for the publishing of two leaflets that I believe the defendants had as much right to publish as the Government has to publish the Constitution of the United States now vainly invoked by them".

Debs, egli sottolineò che l'incriminazione di un discorso era giustificato soltanto da un pericolo manifesto ed imminente³⁵²: la pubblicazione clandestina di un volantino da parte di uno sconosciuto non poteva essere considerata una ostruzione allo sforzo bellico³⁵³. A suo dire, infatti, la responsabilità penale presupponeva che l'azione fosse compiuta con l'intenzione di produrre un certo effetto³⁵⁴.

È stato sottolineato che Holmes faceva proprie le concezioni di Milton e di Stuart Mill in tema di *freedom of speech*, in quanto riprendeva l'argomento dell'importanza di una discussione aperta nella ricerca della verità³⁵⁵. La dottrina si è interrogata anche sul fatto se vi fosse stato o meno un cambiamento di prospettiva, da parte del giudice, tra

³⁵² 250 U.S. 616, 627-628: "I never have seen any reason to doubt that the questions of law that alone were before this Court in the Cases of *Schenck* (249 U.S. 47, 29 Sup. Ct. 247), *Frohwerk* (249 U.S. 204, 39 Sup. Ct. 249), and *Debs* (249 U.S. 211, 39 Sup. Ct. 252), were rightly decided. I do not doubt for a moment that by the same reasoning that would justify punishing persuasion to murder, the United States constitutionally may punish speech that produces or is intended to produce a clear and imminent danger that it will bring about forthwith certain substantive evils that the United States constitutionally may seek to prevent. The power undoubtedly is greater in time of war than in time of peace because war opens dangers that do not exist at other times. But as against dangers peculiar to war, as against others, the principle of the right to free speech is always the same. It is only the present danger of immediate evil or an intent to bring it about that warrants Congress in setting a limit to the expression of opinion where private rights are not concerned. Congress certainly cannot forbid all effort to change the mind of the country".

³⁵³ 250 U.S. 616, 628: "Now nobody can suppose that the surreptitious publishing of a silly leaflet by an unknown man, without more, would present any immediate danger that its opinions would hinder the success of the government arms or have any appreciable tendency to do so. Publishing those opinions for the very purpose of obstructing, however, might indicate a greater danger and at any rate would have the quality of an attempt. So I assume that the second leaflet if published for the purposes alleged in the fourth count might be punishable. But it seems pretty clear to me that nothing less than that would bring these papers within the scope of this law. An actual intent in the sense that I have explained is necessary to constitute an attempt, where a further act of the same individual is required to complete the substantive crime, for reasons given in *Swift & Co. v. United States*, 196 U.S. 375, 396, 25 S. Sup. Ct. 276. It is necessary where the success of the attempt depends upon others because if that intent is not present the actor's aim may be accomplished without bringing about the evils sought to be checked. An intent to prevent interference with the revolution in Russia might have been satisfied without any hindrance to carrying on the war in which we were engaged. I do not see how anyone can find the intent required by the statute in any of the defendants' words".

³⁵⁴ 250 U.S. 616, 626-627: "I am aware of course that the word 'intent' as vaguely used in ordinary legal discussion means no more than knowledge at the time of the act that the consequences said to be intended will ensue. Even less than that will satisfy the general principle of civil and criminal liability. A man may have to pay damages, may be sent to prison, at common law might be hanged, if at the time of his act he knew facts from which common experience showed that the consequences would follow, whether he individually could foresee them or not. But, when words are used exactly, a deed is not done with intent to produce a consequence unless that consequence is the aim of the deed. It may be obvious, and obvious to the actor, that the consequence will follow, and he may be liable for it even if he regrets it, but he does not do the act with intent to produce it unless the aim to produce it is the proximate motive of the specific act, although there may be some deeper motive behind".

³⁵⁵ Così E. Barendt, *Freedom of Speech*, cit. pp. 7 ss., che aggiunge come questo stesso argomento venne fatto proprio anche da Brandeis nella sua *dissenting opinion* nel caso *Whitney v. California* (1927) e dal giudice Frankfurter nella sua *concurring opinion* nel caso *Kovacs v. Cooper* (1949). Critici nei riguardi della *dissenting opinion* di Holmes nel caso *Abrams* sono R.H. Bork, *Il giudice sovrano*, cit., pp. 37 ss.; R.A. Epstein, *How Progressives Rewrote the Constitution*, cit., pp. 100 ss.

il caso *Schenck* ed il caso *Abrams*. In effetti, mentre nel primo caso, il *clear and present danger test* era stato utilizzato per negare protezione costituzionale alle parole degli imputati, nel caso *Abrams* veniva invocato per tutelare il diritto alla parola degli imputati³⁵⁶. Le risposte sono state ovviamente diverse: c'è chi ha parlato di una vera e propria metamorfosi di Holmes³⁵⁷; chi, invece, ha sottolineato la continuità del suo pensiero, vedendo soprattutto nelle diverse circostanze di fatto la ragione di un voto diverso; chi, infine, ha distinto tra un punto di vista esterno ed un punto di vista interno come criterio interpretativo di questa contraddizione³⁵⁸.

Un'ulteriore sentenza in materia di *Espionage Act* è *Schaefer v. United States* (1920)³⁵⁹, in cui la Corte Suprema confermò in parte e ribaltò in parte le condanne nei confronti di Peter Schaefer e di altri coimputati, per alcuni articoli pubblicati in una rivista di lingua tedesca (il *Philadelphia Tageblatt*), in cui gli imputati si limitavano a pubblicare notizie prese da altre riviste, talvolta con tagli, omissioni e cambiamenti. Il giudice McKenna, redattore dell'*opinion of the Court*, dopo avere respinto le questioni di costituzionalità³⁶⁰, sottolineò che l'*Espionage Act* puniva la pubblicazione di notizie false e tendenziose finalizzate a promuovere il successo dei nemici degli Stati Uniti³⁶¹. Di conseguenza, egli si stupiva che la *freedom of speech* fosse invocata per proteggere le attività degli anarchici e dei nemici degli Stati Uniti³⁶²; a suo avviso, la condanna degli

³⁵⁶ Così S.M. Feldman, *Free Speech, World War I, and Republican Democracy*, cit., p. 192.

³⁵⁷ Cfr., in questo senso, D.S. Bogen, *The Free Speech Metamorphosis of Mr. Justice Holmes*, cit., pp. 99 ss., secondo il quale non ci fu un cambiamento della concezione holmesiana della *freedom of speech* tra il caso *Schenck* ed il caso *Abrams*, ma soltanto di tono, in quanto il vero e proprio cambiamento ci fu proprio con il caso *Schenck*.

³⁵⁸ Cfr. S.M. Feldman, *Free Speech, World War I, and Republican Democracy*, cit., spec. pp. 193 ss., 229 ss.

³⁵⁹ 251 U.S. 466 (1920). Si vedano Z. Chafee jr., *Freedom of Speech*, cit., pp. 94 ss.; Id., *Free Speech in the United States*, cit., pp. 86 ss.; E.G. Hudon, *Freedom of Speech and Press in America*, cit., pp. 60 ss., 73-74; E. Zoller, *Droit constitutionnel*, cit., p. 562; L. Alesiani, *I reati di opinione*, cit., p. 228; S.M. Feldman, *Free Speech, World War I, and Republican Democracy*, cit., pp. 243 ss.; L. Alesiani, *I reati di opinione*, cit., p. 228.

³⁶⁰ 251 U.S. 466, 470: "The case is here upon writ of error directly to the district court as involving constitutional questions. It is conceded that the constitutionality of the Espionage Act has been sustained (*Sugarman v. United States*, 249 U. S. 182), but the constitutionality of the Act of March 3, 1911, c. 231, § 287, by which several defendants may be treated as one party for the purpose of peremptory challenges, is attacked. Its constitutionality is established by *Stilson v. United States*, 250 U. S. 583".

³⁶¹ 251 U.S. 466, 476-477: "The indictment is based on the Espionage Act, and that was addressed to the condition of war, and its restraints are not excessive nor ambiguous. We need not enumerate them. They were directed against conduct – speech or writings – that was designed to obstruct the recruitment or enlistment service, or to weaken or debase the spirit of our armies, causing them, it might be, to operate to defeat and the immeasurable horror and calamity of it".

³⁶² 251 U.S. 466, 477: "A curious spectacle was presented. That great ordinance of government and orderly liberty was invoked to justify the activities of anarchy or of the enemies of the United States, and, by a strange perversion of its precepts, it was adduced against itself. In other words and explicitly, though it empowered Congress to declare war, and war is waged with armies, their formation (recruiting or enlisting) could be prevented or impeded, and the morale of the armies, when formed, could be weakened or debased by question or calumny of the motives of authority, and this could not be made a crime – that it was an impregnable attribute of free speech, upon which no curb could be put. Verdicts and judgments of conviction were the reply to the challenge, and when they were brought here, our response to it was unhesitating and direct. We did more than reject the contention; we forestalled all shades or repetition of it, including that in the case at bar. *Schenck v. United States*, 249

imputati risultava logica sulla base della tendenza degli articoli in questione³⁶³. Alla ricostruzione della maggioranza si contrappose la *dissenting opinion* del giudice Brandeis – alla quale si unì anche il giudice Holmes –, secondo il quale la Corte Suprema avrebbe dovuto annullare la condanna nei confronti di tutti gli imputati³⁶⁴, in quanto era necessario applicare il criterio del *clear and present danger* elaborato nel caso *Schenck*, l'unico che consentiva di garantire la *freedom of speech* dalla soppressione da parte di maggioranze tiranniche o dall'abuso da parte di minoranze di fanatici³⁶⁵: a suo avviso, nessuna giuria, applicando questo criterio, avrebbe potuto condannare gli imputati³⁶⁶.

Altra sentenza che vide Holmes e Brandeis dissenzienti è *Pierce v. United States*

U. S. 47; *Frohwerk v. United States*, 249 U. S. 204; *Debs v. United States*, 249 U. S. 211; *Abrams v. United States*, 250 U. S. 616”

³⁶³ 251 U.S. 466, 479: “We must take them at their word, as the jury did, and ascribe to them a more active and sinister purpose. They were the publications of a newspaper, deliberately prepared, systematic, always of the same trend, more specific in some instances, it may be, than in others. Their effect or the persons affected could not be shown, nor was it necessary. The tendency of the articles and their efficacy were enough for offense – their “intent” and “attempt”, for those are the words of the law – and to have required more would have made the law useless. It was passed in precaution. The incidence of its violation might not be immediately seen, evil appearing only in disaster, the result of the disloyalty engendered and the spirit of mutiny”.

³⁶⁴ 251 U.S. 466, 482: “With the opinion and decision of this Court, reversing the judgment against Schaefer and Vogel on the ground that there was no evidence legally connecting them with the publication, I concur fully. But I am of opinion that the judgments against the other three defendants should also be reversed, because either the demurrers to the several counts should have been sustained or a verdict should have been directed for each defendant on all of the counts”.

³⁶⁵ 251 U.S. 466, 482-483: “The extent to which Congress may, under the Constitution, interfere with free speech was, in *Schenck v. United States*, 249 U. S. 47, 249 U. S. 52, declared by a unanimous court to be this: “The question in every case is whether the words . . . are used in such circumstances and are of such a nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that Congress has a right to prevent. It is a question of proximity and degree”. This is a rule of reason. Correctly applied, it will preserve the right of free speech both from suppression by tyrannous, well meaning majorities, and from abuse by irresponsible, fanatical minorities. Like many other rules for human conduct, it can be applied correctly only by the exercise of good judgment, and to the exercise of good judgment, calmness is, in times of deep feeling and on subjects which excite passion, as essential as fearlessness and honesty. The question whether, in a particular instance, the words spoken or written fall within the permissible curtailment of free speech is, under the rule enunciated by this Court, one of degree, and, because it is a question of degree the field in which the jury may exercise its judgment, is necessarily a wide one. But its field is not unlimited. The trial provided for is one by judge and jury, and the judge may not abdicate his function. If the words were of such a nature and were used under such circumstances that men, judging in calmness, could not reasonably say that they created a clear and present danger that they would bring about the evil which Congress sought and had a right to prevent, then it is the duty of the trial judge to withdraw the case from the consideration of the jury, and if he fails to do so, it is the duty of the appellate court to correct the error”.

³⁶⁶ 251 U.S. 466, 483: “In my opinion, no jury acting in calmness could reasonably say that any of the publications set forth in the indictment was of such a character or was made under such circumstances as to create a clear and present danger either that they would obstruct recruiting or that they would promote the success of the enemies of the United States. That they could have interfered with the military or naval forces of the United States or have caused insubordination, disloyalty, mutiny, or refusal of duty in its military or naval services was not even suggested, and there was no evidence of conspiracy except the cooperation of editors and business manager in issuing the publications complained of”.

(1920)³⁶⁷, sempre in materia di *Espionage Act*. In questo caso, la condanna penale concerneva un opuscolo socialista di violenta condanna della guerra, distribuito casa per casa. Secondo il giudice Pitney, redattore dell'*opinion of the Court*, la condanna degli imputati si giustificava in base alla nozione di tendenza pericolosa, nozione che rilevava in particolare nella loro attività di distribuzione casa per casa³⁶⁸. All'affermazione degli imputati che il loro unico scopo fosse quello di convertire al socialismo, il giudice Pitney aveva risposto che questa asserzione era lontana dall'essere decisiva³⁶⁹. A queste argomentazioni rispose Brandeis, sottolineando come il diritto fondamentale degli uomini liberi di lottare per ottenere condizioni migliori attraverso una nuova legislazione non avrebbe potuto essere preservato se gli argomenti utilizzati avrebbero potuto essere interpretati come un incitamento criminale a disobbedire alla legge³⁷⁰.

Ulteriore sentenza in materia di discorsi pubblici contro la guerra è, infine, *Gilbert v.*

³⁶⁷ 252 U.S. 239 (1920). Si vedano Z. Chafee jr., *Freedom of Speech*, cit., pp. 101 ss.; Id., *Free Speech in the United States*, cit., pp. 92 ss.; A. Tunc, S. Tunc, *Le système constitutionnel des États-Unis d'Amérique*, 1, cit., p. 320; E.G. Hudon, *Freedom of Speech and Press in America*, cit., pp. 60 ss., 74; L. Alesiani, *I reati di opinione*, cit., p. 228; S.M. Feldman, *Free Speech, World War I, and Republican Democracy*, cit., p. 244.

³⁶⁸ 252 U.S. 239, 249-250: "It was shown without dispute that defendants distributed the pamphlet – "The Price We Pay" – with full understanding of its contents, and this, of itself, furnished a ground for attributing to them an intent to bring about, and for finding that they attempted to bring about, any and all such consequences as reasonably might be anticipated from its distribution. If its probable effect was at all disputable, at least the jury fairly might believe that, under the circumstances existing, it would have a tendency to cause insubordination, disloyalty, and refusal of duty in the military and naval forces of the United States; that it amounted to an obstruction of the recruiting and enlistment service, and that it was intended to interfere with the success of our military and naval forces in the war in which the United States was then engaged. Evidently it was intended, as the jury found, to interfere with the conscription and recruitment services; to cause men eligible for the service to evade the draft; to bring home to them, and especially to their parents, sisters, wives, and sweethearts, a sense of impending personal loss, calculated to discourage the young men from entering the service; to arouse suspicion as to whether the chief law officer of the government was not more concerned in enforcing the strictness of military discipline than in protecting the people against improper speculation in their food supply, and to produce a belief that our participation in the war was the product of sordid and sinister motives, rather than a design to protect the interests and maintain the honor of the United States".

³⁶⁹ 252 U.S. 239, 250: "What interpretation ought to be placed upon the pamphlet, what would be the probable effect of distributing it in the mode adopted, and what were defendants' motives in doing this were questions for the jury, not the court, to decide. Defendants took the witness stand and severally testified, in effect, that their sole purpose was to gain converts for Socialism, not to interfere with the operation or success of the naval or military forces of the United States. But their evidence was far from conclusive, and the jury very reasonably might find – as evidently they did – that the protestations of innocence were insincere and that the real purpose of defendants – indeed, the real object of the pamphlet – was to hamper the government in the prosecution of the war".

³⁷⁰ 252 U.S. 239, 273: "The fundamental right of free men to strive for better conditions through new legislation and new institutions will not be preserved if efforts to secure it by argument to fellow citizens may be construed as criminal incitement to disobey the existing law – merely because the argument presented seems to those exercising judicial power to be unfair in its portrayal of existing evils, mistaken in its assumptions, unsound in reasoning, or intemperate in language. No objections more serious than these can, in my opinion, reasonably be made to the arguments presented in "The Price We Pay"".

Minnesota (1920)³⁷¹, dove si rompe per una volta il sodalizio tra i due *dissenters* Holmes e Brandeis, nel senso che, mentre Brandeis scrisse una *dissenting opinion*, Holmes concorse solo nel dispositivo della sentenza, senza però dare conto della propria motivazione³⁷². Riprendendo la giurisprudenza precedente, il giudice McKenna, redattore dell'*opinion of the Court*, ribadiva che la libertà di parola non copriva i falsi e maliziosi travisamenti riguardanti l'entrata in guerra fatti in pubblici discorsi per scoraggiare il reclutamento delle truppe, quando la guerra era flagrante³⁷³. La Corte ritenne, quindi, legittima la condanna di Gilbert sulla base di uno *statute* del Minnesota che considerava reato per qualsiasi persona professare o propugnare con scritti o discorsi orali che i cittadini dello Stato non dovessero sostenere gli Stati Uniti nel loro sforzo bellico³⁷⁴.

³⁷¹ 254 U.S. 325 (1920). Si veda Z. Chafee jr., *Free Speech in the United States*, cit., pp. 285 ss.; E.G. Hudon, *Freedom of Speech and Press in America*, cit., pp. 63-64, 76 ss.; P.L. Murphy, *Near v. Minnesota in the Context of Historical Developments*, cit., pp. 141 ss.; S.M. Feldman, *Free Speech, World War I, and Republican Democracy*, cit., pp. 244 ss.

³⁷² Sottolinea questo aspetto S.M. Feldman, *Free Speech, Word War I, and Republican Democracy*, cit., pp. 246 ss., che propone anche tre possibili interpretazioni di questa peculiare scelta. Sulla mancata spiegazione da parte di Holmes insiste anche E.G. Hudon, *Freedom of Speech and Press in America*, cit., pp. 76 ss., che individua come una possibile chiave di interpretazione la diversa visione del rapporto tra diritto statale e diritto federale tra i due. Hudon cita, a questo proposito, anche il diverso voto di Holmes e Brandeis nel successivo caso *Meyer v. Nebraska* del 1923 (262 U.S. 390).

³⁷³ 254 U.S. 325, 332: "The next contention is that the statute is violative of the right of free speech, and therefore void. It is asserted that the right of free speech is a natural and inherent right, and that it and the freedom of the press "were regarded as among the most sacred and vital possessed by mankind when this nation was born, when its Constitution was framed and adopted". And the contention seems necessary for the plaintiff in error to support. But, without so deciding or considering the freedom asserted as guaranteed or secured either by the Constitution of the United States or by the Constitution of the state, we pass immediately to the contention, and for the purposes of this case may concede it - that is, concede that the asserted freedom is natural and inherent, but it is not absolute; it is subject to restriction and limitation. And this we have decided. In *Schenck v. United States*, 249 U. S. 47, 249 U. S. 52, we distinguished times and occasions, and said that "the most stringent protection of free speech would not protect a man in falsely shouting fire in a theater and causing a panic"; and in *Frohwerk v. United States*, 249 U. S. 204, 249 U. S. 206, we said "that the First Amendment, while prohibiting legislation against free speech as such, cannot and obviously was not intended to give immunity to every possible use of language". See also *Debs v. United States*, 249 U. S. 211; *Abrams v. United States*, 250 U. S. 616. In *Schaefer v. United States*, 251 U. S. 466, commenting on those cases and their contentions, it was said that the curious spectacle was presented of the Constitution of the United States being invoked to justify the activities of anarchy or of the enemies of the United States, and, by a strange perversion of its precepts, it was adduced against itself. And we did more than reject the contention, we forestalled all repetitions of it, and the contention in the case at bar is a repetition of it".

³⁷⁴ 254 U.S. 325, 333: "Gilbert's speech had the purpose they denounce. The nation was at war with Germany, armies were recruiting, and the speech was the discouragement of that - its purpose was necessarily the discouragement of that. It was not an advocacy of policies or a censure of actions that a citizen had the right to make. The war was flagrant; it had been declared by the power constituted by the Constitution to declare it, and in the manner provided for by the Constitution. It was not declared in aggression, but in defense, in defense of our national honor, in vindication of the "most sacred rights of our nation and our people". This was known to Gilbert, for he was informed in affairs and the operations of the government, and every word that he uttered in denunciation of the war was false, was deliberate misrepresentation of the motives which impelled it and the objects for which it was prosecuted. He could have had no purpose other than that of which he was charged. It would be

4.3. La giurisprudenza della Corte Taft

Con la metà degli anni '20, le sentenze della Corte Suprema in materia di reati di opinione non riguardarono tanto la legislazione federale, quanto piuttosto la legislazione statale. Emblematico, in questo senso, è il caso *Gitlow v. New York* (1925)³⁷⁵, ove la maggioranza della Corte Taft ritenne conformi a Costituzione le sezioni 160 e 161 del *New York Penal Laws* che contemplavano il reato di anarchia criminale, con la motivazione che lo Stato di New York, nell'esercizio del suo *police power*, potesse punire chi abusasse della libertà di parola e di stampa³⁷⁶. Benché la Corte avesse sostenuto per la prima volta la teoria che, in virtù del XIV Emendamento (la c.d. *incorporation doctrine*)³⁷⁷, il I Emendamento potesse essere opposto non solo al

a travesty on the constitutional privilege he invokes to assign him its protection”.

³⁷⁵ 268 U.S. 652 (1925). Su questa sentenza, si vedano J. Parker Hall, *Gitlow v. New York*, in *Oregon Law Review* 1925-1926, vol. IV, pp. 324 ss.; G.I. Haight, *Freedom of Speech and of the Press*, cit., pp. 283 ss.; Z. Chafee jr., *Free Speech in the United States*, cit., pp. 318 ss.; A. Tunc, S. Tunc, *Le système constitutionnel des États-Unis d'Amérique*, 1, cit., pp. 339-340; E.G. Hudon, *Freedom of Speech and Press in America*, cit., pp. 64-65, 74-75; G. Bognetti, *La libertà d'espressione nella giurisprudenza nord-americana*, cit., pp. 25 ss.; Id., *Lo spirito del costituzionalismo americano*, I, cit., pp. 157, 162-163; Id., *Lo spirito del costituzionalismo americano*, II, cit., pp. 46 e 86; G. Amato, *Sistema giudiziario e dissenso sociale*, cit., p. 306; P.L. Murphy, *Near v. Minnesota in the Context of Historical Developments*, cit., pp. 144 ss.; D.R. Dow, R. Scott Shieldes, *Rethinking the Clear and Present Danger Test*, cit., p. 1228; A. Vespaziani, *Interpretazioni del bilanciamento dei diritti fondamentali*, cit., pp. 16-17; E. Barendt, *Freedom of Speech*, cit., pp. 49, 165; A. Zorzi Giustiniani, *Diritti fondamentali e interessi costituiti*, cit., pp. 153 ss.; E. Zoller, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, cit., p. 166; M.V. Tushnet, *The Hughes Court and Political Dissent*, cit., pp. 341 ss.

³⁷⁶ 268 U.S. 652, 667: “That a State in the exercise of its police power may punish those who abuse this freedom by utterances inimical to the public welfare, tending to corrupt public morals, incite to crime, or disturb the public peace, is not open to question. *Robertson v. Baldwin*, supra, p. 281 (17 S. Ct. 326); *Patterson v. Colorado*, supra, p. 462 (27 S. Ct. 556); *Fox v. Washington*, supra, p. 277 (35 S. Ct. 383); *Gilbert v. Minnesota*, supra, p. 339 (41 S. Ct. 125); *People v. Most*, 171 N. Y. 423, 431, 64 N. E. 175, 58 L. R. A. 509; *State v. Holm*, 139 Minn. 267, 275, 166 N. W. 181, L. R. A. 1918C, 304; *State v. Hennessy*, 114 Wash. 351, 359, 195 P. 211; *State v. Boyd*, 86 N. J. Law, 75, 79, 91 A. 586; *State v. McKee*, 73 Conn. 18, 27, 46 A. 409, 49 L. R. A. 542, 84 Am. St. Rep. 124. Thus it was held by this Court in the *Fox Case*, that a State may punish publications advocating and encouraging a breach of its criminal laws; and, in the *Gilbert Case*, that a State may punish utterances teaching or advocating that its citizens should not assist the United States in prosecuting or carrying on war with its public enemies. And, for yet more imperative reasons, a State may punish utterances endangering the foundations of organized government and threatening its overthrow by unlawful means. These imperil its own existence as a constitutional State”.

³⁷⁷ Sulla c.d. *incorporation doctrine*, sia consentito il rinvio a A. Tunc, S. Tunc, *Le système constitutionnel des États-Unis d'Amérique*, 1, cit., pp. 242 ss.; A.L. Harding, *Due Process: A Natural Law for Criminal Prosecutions?*, in Id. (a cura di), *Fundamental Law in Criminal Prosecutions*, Dallas 1959, pp. 1 ss., spec. pp. 10 ss.; P.L. Murphy, *Near v. Minnesota in the Context of Historical Developments*, cit., pp. 112 ss.; R. Berger, *Government by Judiciary*, cit., pp. 155 ss. (che non esita ad essere molto critico nei confronti di questa teoria); A.R. Amar, *The Bill of Rights*, cit., spec. pp. 137 ss., 174 ss., 187 ss., 215 ss.; G.N. Magliocca, *Why Did the Incorporation of the Bill of Rights Fail in the Late Nineteenth Century?*, in *Minnesota Law Review* 2009, vol. XCIV, pp. 102 ss.; L. Fabiano, *Le categorie sensibili dell'eguaglianza negli Stati Uniti d'America*, cit., pp. 18 ss.; E. Zoller, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, cit., pp. 97 ss.; A. Ridolfi, *La Corte Roberts e la nomina di Elena Kagan*, cit., pp. 17 ss.

legislatore federale, ma anche a quello statale³⁷⁸, essa confermò la condanna nei confronti di Benjamin Gitlow, *leader* dell'ala rivoluzionaria del partito socialista (la *Left Wing Section*), per quanto sostenuto in un documento (*The Left Wing Manifesto*) pubblicato nell'organo ufficiale della corrente, *The Revolutionary Age*. Ad avviso del giudice Sanford, redattore dell'*opinion of the Court*, la legge non puniva la mera esposizione di dottrine astratte o di discussioni accademiche, ma soltanto l'uso di un linguaggio che sostenesse il proposito di rovesciare il governo costituito con mezzi illegali³⁷⁹, aggiungendo che le manifestazioni di incitamento al rovesciamento del governo, per la loro stesa natura, costituivano un pericolo per la pubblica quiete e per la sicurezza dello Stato, e non si poteva chiedere allo Stato di misurare il pericolo di ognuna di queste manifestazioni con il bilancino di un gioielliere³⁸⁰.

³⁷⁸ 268 U.S. 652, 666: "For present purposes we may and do assume that freedom of speech and of the press—which are protected by the First Amendment from abridgment by Congress—are among the fundamental personal rights and 'liberties' protected by the due process clause of the Fourteenth Amendment from impairment by the States. We do not regard the incidental statement in *Prudential Ins. Co. v. Cheek*, 259 U.S. 530, 543, 42 S. Ct. 516, 27 A. L. R. 27, that the Fourteenth Amendment imposes no restrictions on the States concerning freedom of speech, as determinative of this question". Sull'importanza di questa affermazione si soffermano A. Tunc, S. Tunc, *Le système constitutionnel des États-Unis d'Amérique*, 1, cit., pp. 244-245; E.S. Corwin, *La Costituzione degli Stati Uniti nella realtà odierna*, cit., pp. 240-241; A.L. Harding, *Due Process*, cit., pp. 14-15; E. Barendt, *Freedom of Speech*, cit., p. 49; A. Zorzi Giustiniani, *Diritti fondamentali e interessi costituiti*, cit., pp. 35-36; E. Zoller, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, cit., p. 280; M.V. Tushnet, *The Hughes Court and Political Dissent*, cit., pp. 348-349. Critico con questo aspetto della sentenza è, invece, R. Berger, *Government by Judiciary*, cit., pp. 291 ss.

³⁷⁹ 268 U.S. 652, 664-665: "The statute does not penalize the utterance or publication of abstract 'doctrine' or academic discussion having no quality of incitement to any concrete action. It is not aimed against mere historical or philosophical essays. It does not restrain the advocacy of changes in the form of government by constitutional and lawful means. What it prohibits is language advocating, advising or teaching the overthrow of organized government by unlawful means. These words imply urging to action. Advocacy is defined in the Century Dictionary as: 'The act of pleading for, supporting, or recommending; active espousal'. It is not the abstract 'doctrine' of overthrowing organized government by unlawful means which is denounced by the statute, but the advocacy of action for the accomplishment of that purpose. It was so construed and applied by the trial judge, who specifically charged the jury that: 'A mere grouping of historical events and a prophetic deduction from them would neither constitute advocacy, advice or teaching of a doctrine for the overthrow of government by force, violence or unlawful means. [And] if it were a mere essay on the subject, as suggested by counsel, based upon deductions from alleged historical events, with no teaching, advice or advocacy of action, it would not constitute a violation of the statute....'. The Manifesto, plainly, is neither the statement of abstract doctrine nor, as suggested by counsel, mere prediction that industrial disturbances and revolutionary mass strikes will result spontaneously in an inevitable process of evolution in the economic system. It advocates and urges in fervent language mass action which shall progressively foment industrial disturbances and through political mass strikes and revolutionary mass action overthrow and destroy organized parliamentary government. It concludes with a call to action in these words: 'The proletariat revolution and the Communist reconstruction of society—the struggle for these—is now indispensable. ... The Communist International calls the proletariat of the world to the final struggle!' This is not the expression of philosophical abstraction, the mere prediction of future events; it is the language of direct incitement".

³⁸⁰ 268 U.S. 652, 669: "That utterances inciting to the overthrow of organized government by unlawful means, present a sufficient danger of substantive evil to bring their punishment within the range of legislative discretion, is clear. Such utterances, by their very nature, involve danger to the public peace and to the security of the State. They threaten breaches of the peace and ultimate revolution. And the

A tali affermazioni rispose Holmes con una *dissenting opinion*, a cui si aggiunse anche Brandeis³⁸¹. Partendo dalla constatazione che il principio generale della *freedom of speech* fosse da ritenersi incluso nel XIV Emendamento³⁸², Holmes, sottolineava che, ai fini della decisione, occorresse applicare il principio del *clear and present danger* sancito nel caso *Schenck*, e che, a suo avviso, costituiva ancora diritto³⁸³. In particolare, Holmes criticava la tesi della maggioranza secondo cui il manifesto costituiva, più che un'esposizione di teorie, un vero e proprio incitamento: ogni idea era un incitamento, in quanto si offriva come un credo³⁸⁴. Di conseguenza, era solo il criterio del *clear and present danger* l'unico che permettesse di distinguere tra una pubblicazione che produceva risultati concreti ed una pubblicazione futile e inidonea a determinare immediate conseguenze³⁸⁵.

immediate danger is none the less real and substantial, because the effect of a given utterance cannot be accurately foreseen. The State cannot reasonably be required to measure the danger from every such utterance in the nice balance of a jeweler's scale. A single revolutionary spark may kindle a fire that, smouldering for a time, may burst into a sweeping and destructive conflagration. It cannot be said that the State is acting arbitrarily or unreasonably when in the exercise of its judgment as to the measures necessary to protect the public peace and safety, it seeks to extinguish the spark without waiting until it has enkindled the flame or blazed into the conflagration. It cannot reasonably be required to defer the adoption of measures for its own peace and safety until the revolutionary utterances lead to actual disturbances of the public peace or imminent and immediate danger of its own destruction; but it may, in the exercise of its judgment, suppress the threatened danger in its incipency”.

³⁸¹ Sulla *dissenting opinion* di Holmes, si vedano A. Zorzi Giustiniani, *Diritti fondamentali e interessi costituiti*, cit., pp. 166 ss.; O.W. Holmes, *Opinioni dissenzienti*, cit., pp. 131 ss.; A. Lief, *The dissenting opinions of Mister Justice Holmes*, cit., pp. 52 ss.

³⁸² 258 U.S. 652, 672: “The general principle of free speech, it seems to me, must be taken to be included in the Fourteenth Amendment, in view of the scope that has been given to the word ‘liberty’ as there used, although perhaps it may be accepted with a somewhat larger latitude of interpretation than is allowed to Congress by the sweeping language that governs or ought to govern the laws of the United States”.

³⁸³ 258 U.S. 652, 672-673: “If I am right then I think that the criterion sanctioned by the full Court in *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47, 52, 39 S. Ct. 247, 249 (63 L. Ed. 470), applies: ‘The question in every case is whether the words used are used in such circumstances and are of such a nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that [the State] has a right to prevent’. It is true that in my opinion this criterion was departed from in *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 40 S. Ct. 17, but the convictions that I expressed in that case are too deep for it to be possible for me as yet to believe that it and *Schaefer v. United States*, 251 U.S. 466, 40 S. Ct. 259, have settled the law”.

³⁸⁴ 258 U.S. 652, 673: “It is said that this manifesto was more than a theory, that it was an incitement. Every idea is an incitement. It offers itself for belief and if believed it is acted on unless some other belief outweighs it or some failure of energy stifles the movement at its birth. The only difference between the expression of an opinion and an incitement in the narrower sense is the speaker's enthusiasm for the result. Eloquence may set fire to reason. But whatever may be thought of the redundant discourse before us it had no chance of starting a present conflagration. If in the long run the beliefs expressed in proletarian dictatorship are destined to be accepted by the dominant forces of the community, the only meaning of free speech is that they should be given their chance and have their way”. Sottolinea l'importanza di questa affermazione E. Barendt, *Freedom of Speech*, cit., pp. 168-169.

³⁸⁵ 258 U.S. 652, 673: “If what I think the correct test is applied it is manifest that there was no present danger of an attempt to overthrow the government by force on the part of the admittedly

Nonostante il merito di essa non fosse particolarmente progressista, la sentenza *Gitlow*, tuttavia, è da considerare indubbiamente una sentenza storica, per due diverse ragioni. In primo luogo, perché fu la prima sentenza in cui si parlò della *freedom of speech* come diritto fondamentale. In secondo luogo, perché, nell'affermare l'incorporazione del I Emendamento nel XIV, essa ribaltava in modo esplicito la precedente giurisprudenza. Se nella sentenza *Patterson*, infatti, la Corte Suprema, per bocca del giudice Holmes, aveva rifiutato di prendere posizione sul merito della questione³⁸⁶, nella successiva *Prudential Life Insurance Company v. Cheeck* (1922)³⁸⁷, essa aveva esplicitamente escluso che il XIV Emendamento o altre disposizioni imponessero agli Stati restrizioni in materia di disciplina legislativa della libertà di parola o della libertà di tacere³⁸⁸.

Una prima applicazione della *incorporation doctrine* affermata nel caso *Gitlow* ci fu due anni dopo nel caso *Fiske v. Kansas* (1927)³⁸⁹, in cui la Corte Suprema, in virtù del suo potere di revisione, riesaminò i fatti accertati dai tribunali di grado inferiore, e, avvalendosi di quanto già affermato nel caso *Gitlow*, dichiarò l'illegittimità della condanna di Fiske sulla base di uno *statute* del Kansas che puniva il sindacalismo criminale³⁹⁰. Per il giudice Sanford, redattore dell'*opinion of the Court*, lo *statute*, così come era stato applicato dalla Corte Suprema del Kansas, costituiva un irragionevole e arbitrario esercizio del *police power*, poiché la condanna avveniva in virtù dell'appartenenza ad una associazione che si limitava a sostenere l'inevitabilità della

small minority who shared the defendant's views... If the publication of this document had been laid as an attempt to induce an uprising against government at once and not at some indefinite time in the future it would have presented a different question. The object would have been one with which the law might deal, subject to the doubt whether there was any danger that the publication could produce any result, or in other words, whether it was not futile and too remote from possible consequences. But the indictment alleges the publication and nothing more".

³⁸⁶ 205 U.S. 454, 461-462: "We do not pause to consider whether the claim was sufficient in point of form, although it is easier to refer to the Constitution generally for the supposed right than to point to the clause from which it springs. We leave undecided the question whether there is to be found in the Fourteenth Amendment a prohibition similar to that in the First. But even if we were to assume that freedom of speech and freedom of the press were protected from abridgments on the part not only of the United States, but also of the states, still we should be far from the conclusion that the plaintiff in error would have us reach". Sottolinea questo fatto anche M.V. Tushnet, *The Hughes Court and Political Dissent*, cit., pp. 347-348.

³⁸⁷ 259 U.S. 530 (1922). Cfr., in proposito, Z. Chafee jr., *Free Speech in the United States*, cit., pp. 321-322, il quale evidenzia l'importanza in questo mutamento delle due sentenze in materia di scuola di quegli stessi anni, la già citata *Meyer v. Nebraska* del 1923 e *Pierce v. Society of Sisters* del 1925 (268 U.S. 510). Sottolineano la distanza esistente tra questa sentenza e la successiva sentenza *Gitlow* E.S. Corwin, *La Costituzione degli Stati Uniti nella realtà odierna*, cit., p. 251; R. Berger, *Government by Judiciary*, cit., p. 291.

³⁸⁸ 259 U.S. 530, 543: "But, as we have stated, neither the Fourteenth Amendment nor any other provision of the Constitution of the United States imposes upon the states any restrictions about "freedom of speech" or the "liberty of silence"; nor, we may add, does it confer any right of privacy upon either persons or corporations".

³⁸⁹ 274 U.S. 380 (1927). Si vedano Z. Chafee, *Free Speech in the United States*, cit., pp. 351-352; E.S. Corwin, *La Costituzione degli Stati Uniti nella realtà odierna*, cit., pp. 241, 252, 325-326; E.G. Hudon, *Freedom of Speech and Press in America*, cit., p. 66.

³⁹⁰ Cfr., in proposito, E. Barendt, *Freedom of Speech*, cit., p. 49.

lotta di classe³⁹¹.

D'altra parte, però, in materia di *freedom of speech*, la Corte aveva ribadito la sua giurisprudenza antigarantista nel caso, immediatamente precedente, *Whitney v. California* (1927)³⁹², in cui aveva ritenuto conforme alle clausole del XIV Emendamento il *Criminal Syndacalism Act* della California del 1919, confermando perciò la condanna nei confronti di Anita Whitney, membro della sezione californiana del partito comunista laburista, nato dalla scissione del partito socialista nel 1919³⁹³. La Corte, richiamando quanto sostenuto nel caso *Gitlow*, ritenne che la libertà di parola non conferisse un diritto assoluto, e che lo Stato, nell'esercizio del suo *police power*, potesse sanzionare coloro che abusavano di questa libertà³⁹⁴. Secondo il redattore della *opinion of the Court*, il giudice Sanford, la formazione di una associazione per promuovere e perseguire obiettivi desiderati con metodi illegali e criminali costituiva un pericolo assai maggiore per la quiete pubblica e per la sicurezza rispetto alle manifestazioni isolate ed agli atti individuali³⁹⁵.

³⁹¹ 274 U.S. 380, 387: "The result is that the Syndicalism Act has been applied in this case to sustain the conviction of the defendant without any charge or evidence that the organization in which he secured members advocated any crime, violence or other unlawful acts or methods as a means of effecting industrial or political changes or revolution. Thus applied, the Act is an arbitrary and unreasonable exercise of the police power of the State, unwarrantably infringing the liberty of the defendant in violation of the due process clause of the Fourteenth Amendment. The judgment is accordingly reversed, and the case is remanded for further proceedings not inconsistent with this opinion".

³⁹² 274 U.S. 357 (1927). Si vedano Z. Chafee jr., *Free Speech in the United States*, cit., pp. 343 ss.; G. Bognetti, *La libertà d'espressione nella giurisprudenza nord-americana*, cit., p. 27; E.G. Hudon, *Freedom of Speech and Press in America*, cit., pp. 65 e 75; G. Amato, *Sistema giudiziario e dissenso sociale*, cit., p. 306; V. Blasi, *The First Amendment and the Idea of Civil Courage: the Brandeis Opinion in Whitney v. California*, in *William and Mary Law Review* 1988, vol XXIX, n. 4, pp. 653 ss.; D.R. Dow, R. Scott Shildes, *Rethinking the Clear and Present Danger Test*, cit., pp. 1229-1230; R.K.L. Collins, D.M. Skover, *Curious Concurrence: Justice Brandeis's Vote in Whitney v. California*, in *The Supreme Court Review* 2005, pp. 333 ss.; A. Zorzi Giustiniani, *Diritti fondamentali e interessi costituiti*, cit., pp. 196 ss.; E. Zoller, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, cit., pp. 166-167; M.V. Tushnet, *The Hughes Court and Political Dissent*, cit., pp. 344 ss.

³⁹³ 274 U.S. 357, 372: "We cannot hold that, as here applied, the Act is an unreasonable or arbitrary exercise of the police power of the State, unwarrantably infringing any right of free speech, assembly or association, or that those persons are protected from punishment by the due process clause who abuse such rights by joining and furthering an organization thus menacing the peace and welfare of the State. We find no repugnancy in the Syndicalism Act as applied in this case to either the due process or equal protection clauses of the Fourteenth Amendment on any of the grounds upon which its validity has been here challenged".

³⁹⁴ 274 U.S. 357, 371: "That the freedom of speech which is secured by the Constitution does not confer an absolute right to speak, without responsibility, whatever one may choose, or an unrestricted and unbridled license giving immunity for every possible use of language and preventing the punishment of those who abuse this freedom, and that a State in the exercise of its police power may punish those who abuse this freedom by utterances inimical to the public welfare, tending to incite to crime, disturb the public peace, or endanger the foundations of organized government and threaten its overthrow by unlawful means, is not open to question. *Gitlow v. New York*, 268 U. S. 652, 268 U. S. 666-668, and cases cited".

³⁹⁵ 274 U.S. 357, 371-372: "By enacting the provisions of the Syndicalism Act, the State has declared, through its legislative body, that to knowingly be or become a member of or assist in organizing an association to advocate, teach or aid and abet the commission of crimes or unlawful acts of force,

A questa affermazioni rispose il giudice Brandeis con una *concurring opinion* a cui si unì anche il giudice Holmes³⁹⁶. Secondo Brandeis, in virtù della incorporazione operata dal XIV Emendamento, le libertà di parola e di riunione dovevano essere considerate fondamentali, e perciò protette dalle ingerenze statali³⁹⁷. Tuttavia, ciò non comportava che il loro esercizio non potesse essere soggetto a limitazioni quando costituivano un pericolo evidente ed immediato per la sicurezza dello Stato³⁹⁸: a suo avviso, solo una emergenza vera poteva giustificare la repressione³⁹⁹. Brandeis contestava, in particolare, l'affermazione della maggioranza della Corte, secondo cui la

violence or terrorism as a means of accomplishing industrial or political changes involves such danger to the public peace and the security of the State, that these acts should be penalized in the exercise of its police power... The essence of the offense denounced by the Act is the combining with others in an association for the accomplishment of the desired ends through the advocacy and use of criminal and unlawful methods. It partakes of the nature of a criminal conspiracy. See *People v. Steelik*, *supra*, 376. That such united and joint action involves even greater danger to the public peace and security than the isolated utterances and acts of individuals is clear”.

³⁹⁶ Sull'importanza della *dissenting opinion* di Brandeis, si soffermano, in particolare, P.L. Murphy, *Near v. Minnesota in the Context of Historical Developments*, cit., pp. 146-147; E. Barendt, *Freedom of Speech*, cit. pp. 18, 155, 170.

³⁹⁷ 274 U.S. 357, 373: “Despite arguments to the contrary which had seemed to me persuasive, it is settled that the due process clause of the Fourteenth Amendment applies to matters of substantive law as well as to matters of procedure. Thus, all fundamental rights comprised within the term liberty are protected by the Federal Constitution from invasion by the States. The right of free speech, the right to teach, and the right of assembly are, of course, fundamental rights. See *Meyer v. Nebraska*, 262 U. S. 390; *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U. S. 510; *Gilow v. New York*, 268 U. S. 652, 268 U. S. 666; *Farrington v. Tokushige*, 273 U. S. 284. These may not be denied or abridged”.

³⁹⁸ 274 U.S. 357, 373: “But, although the rights of free speech and assembly are fundamental, they are not, in their nature, absolute. Their exercise is subject to restriction if the particular restriction proposed is required in order to protect the State from destruction or from serious injury, political, economic, or moral. That the necessity which is essential to a valid restriction does not exist unless speech would produce, or is intended to produce, a clear and imminent danger of some substantive evil which the State constitutionally may seek to prevent has been settled. See *Schenck v. United States*, 249 U. S. 47, 249 U. S. 52”.

³⁹⁹ 274 U.S. 357, 377-378: “Only an emergency can justify repression. Such must be the rule if authority is to be reconciled with freedom. Such, in my opinion, is the command of the Constitution. It is therefore always open to Americans to challenge a law abridging free speech and assembly by showing that there was no emergency justifying it. Moreover, even imminent danger cannot justify resort to prohibition of these functions essential to effective democracy unless the evil apprehended is relatively serious. Prohibition of free speech and assembly is a measure so stringent that it would be inappropriate as the means for averting a relatively trivial harm to society. A police measure may be unconstitutional merely because the remedy, although effective as means of protection, is unduly harsh or oppressive. Thus, a State might, in the exercise of its police power, make any trespass upon the land of another a crime, regardless of the results or of the intent or purpose of the trespasser. It might, also, punish an attempt, a conspiracy, or an incitement to commit the trespass. But it is hardly conceivable that this Court would hold constitutional a statute which punished as a felony the mere voluntary assembly with a society formed to teach that pedestrians had the moral right to cross unenclosed, unposted, wastelands and to advocate their doing so, even if there was imminent danger that advocacy would lead to a trespass. The fact that speech is likely to result in some violence or in destruction of property is not enough to justify its suppression. There must be the probability of serious injury to the State. Among free men, the deterrents ordinarily to be applied to prevent crime are education and punishment for violations of the law, not abridgment of the rights of free speech and assembly”.

associazione in un partito politico costituito al fine di propagandare l'opportunità di una rivoluzione proletaria con l'azione di massa in un momento lontano nel tempo, non fosse protetta dal XIV Emendamento, anche se poi ammetteva che, nel caso concreto, vi fossero elementi tali da suffragare l'esistenza di una vera e propria cospirazione da parte dei membri della associazione⁴⁰⁰.

4.4. La giurisprudenza delle Corti Hughes e Stone

Un significativo cambiamento in materia di reati di opinione si verificò con le nomine del nuovo *Chief Justice*, Charles Evans Hughes, e del giudice Owen Roberts. Emblematici sono due casi del 1931, in cui i nuovi giudici si unirono ai *dissenters* del decennio precedente, Holmes e Brandeis, determinando un *overruling* giurisprudenziale. In *Stromberg v. California* (1931)⁴⁰¹, richiamando quanto sostenuto nei casi *Gitlow*, *Whitney* e *Fiske*, la maggioranza della Corte Suprema ritenne illegittima una disposizione del Codice Penale californiano che proibiva l'esposizione in pubblico della bandiera rossa come simbolo che istigava all'anarchia ed alla sedizione. Partendo dalla premessa che il XIV Emendamento includesse anche la libertà di parola, e, tuttavia, non copriva ogni condotta incompatibile con le istituzioni⁴⁰², il *Chief Justice* Hughes, redattore della *opinion of the Court*, ritenne illegittima la disposizione che puniva la mera esposizione in quanto tale, poiché la vaghezza e la genericità della fattispecie consentivano la punizione anche di chi non ne facesse uso a scopo sedizioso o eversivo⁴⁰³. Nel successivo *Near v. Minnesota* (1931)⁴⁰⁴, la Corte Suprema, ribadendo la

⁴⁰⁰ 274 U.S. 357, 379: "I am unable to assent to the suggestion in the opinion of the Court that assembling with a political party, formed to advocate the desirability of a proletarian revolution by mass action at some date necessarily far in the future, is not a right within the protection of the Fourteenth Amendment. In the present case, however, there was other testimony which tended to establish the existence of a conspiracy, on the part of members of the International Workers of the World, to commit present serious crimes, and likewise to show that such a conspiracy would be furthered by the activity of the society of which Miss Whitney was a member".

⁴⁰¹ 283 U.S. 359 (1931). Si vedano Z. Chafee jr., *Free Speech in the United States*, cit., pp. 362 ss.; E.S. Corwin, *La Costituzione degli Stati Uniti nella realtà odierna*, cit., p. 325; E.G. Hudon, *Freedom of Speech and Press in America*, cit., p. 81; E. Zoller, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, cit., pp. 267 e 377.

⁴⁰² 283 U.S. 359, 368-369: "The principles to be applied have been clearly set forth in our former decisions. It has been determined that the conception of liberty under the due process clause of the Fourteenth Amendment embraces the right of free speech. *Gitlow v. New York*, 268 U. S. 652, 268 U. S. 666; *Whitney v. California*, 274 U. S. 357, 274 U. S. 362, 274 U. S. 371, 274 U. S. 373; *Fiske v. Kansas*, 274 U. S. 380, 274 U. S. 382. The right is not an absolute one, and the State, in the exercise of its police power, may punish the abuse of this freedom. There is no question but that the State may thus provide for the punishment of those who indulge in utterances which incite to violence and crime and threaten the overthrow of organized government by unlawful means. There is no constitutional immunity for such conduct abhorrent to our institutions. *Gitlow v. New York*, *supra*; *Whitney v. California*, *supra*".

⁴⁰³ 283 U.S. 359, 369: "The maintenance of the opportunity for free political discussion to the end that government may be responsive to the will of the people and that changes may be obtained by lawful means, an opportunity essential to the security of the Republic, is a fundamental principle of our constitutional system. A statute which, upon its face and as authoritatively construed, is so vague and indefinite as to permit the punishment of the fair use of this opportunity is repugnant to the guaranty of liberty contained in the Fourteenth Amendment".

⁴⁰⁴ 283 U.S. 697 (1931). Su questa sentenza, si vedano Z. Chafee jr., *Free Speech in the United States*, cit.,

tesi dell'opponibilità agli Stati del I Emendamento in virtù del XIV Emendamento⁴⁰⁵, dichiarò illegittimo uno *statute* del Minnesota che conferiva ai giudici il potere di vietare, mediante *injunctions*, la pubblicazione di articoli ritenuti scandalistici⁴⁰⁶.

Anche dopo l'abbandono della Corte da parte di Holmes e la sua sostituzione con Cardozo, la Corte Hughes continuò a mantenere un orientamento liberale in materia di I Emendamento, orientamento che venne, anzi, rafforzato dalla nomina nel 1937 di Hugo Black in luogo dell'ultraconservatore Van Devanter. Ulteriore sentenza liberale è, infatti, *De Jonge v. Oregon* (1937)⁴⁰⁷, in cui la Corte Suprema, nell'annullare la condanna nei confronti di Dirk De Jonge per il fatto di avere partecipato ad un *meeting* del Partito Comunista a Portland, dichiarò incostituzionale uno *statute* dell'Oregon in materia di sindacalismo criminale⁴⁰⁸. A nome di una Corte unanime, il *Chief Justice* Hughes estese le garanzie previste dal I Emendamento alla partecipazione a

pp. 375 ss.; E.S. Corwin, *La Costituzione degli Stati Uniti nella realtà odierna*, cit., pp. 241, 326; E.G. Hudon, *Freedom of Speech and Press in America*, cit., pp. 81-82, 86; G. Bognetti, *La libertà d'espressione nella giurisprudenza nord-americana*, cit., p. 42; Id., *Lo spirito del costituzionalismo americano, II*, cit., p. 92; P.L. Murphy, *Near v. Minnesota in the Context of Historical Developments*, cit., spec. pp. 95 ss., 149 ss.; E. Barendt, *Freedom of Speech*, cit., pp. 119-120.

⁴⁰⁵ 283 U.S. 697, 707: "It is no longer open to doubt that the liberty of the press, and of speech, is within the liberty safeguarded by the due process clause of the Fourteenth Amendment from invasion by state action. It was found impossible to conclude that this essential personal liberty of the citizen was left unprotected by the general guaranty of fundamental rights of person and property. *Gitlow v. New York*, 268 U. S. 652, 268 U. S. 666; *Whitney v. California*, 274 U. S. 357, 274 U. S. 362, 274 U. S. 373; *Fiske v. Kansas*, 274 U. S. 380, 274 U. S. 382; *Stromberg v. California*, ante, p. 283 U. S. 359".

⁴⁰⁶ 283 U.S. 697, 720: "The statute in question cannot be justified by reason of the fact that the publisher is permitted to show, before injunction issues, that the matter published is true and is published with good motives and for justifiable ends. If such a statute, authorizing suppression and injunction on such a basis, is constitutionally valid, it would be equally permissible for the legislature to provide that at any time the publisher of any newspaper could be brought before a court, or even an administrative officer (as the constitutional protection may not be regarded as resting on mere procedural details) and required to produce proof of the truth of his publication, or of what he intended to publish, and of his motives, or stand enjoined. If this can be done, the legislature may provide machinery for determining in the complete exercise of its discretion what are justifiable ends, and restrain publication accordingly. And it would be but a step to a complete system of censorship. The recognition of authority to impose previous restraint upon publication in order to protect the community against the circulation of charges of misconduct, and especially of official misconduct, necessarily would carry with it the admission of the authority of the censor against which the constitutional barrier was erected. The preliminary freedom, by virtue of the very reason for its existence, does not depend, as this Court has said, on proof of truth. *Patterson v. Colorado*, supra".

⁴⁰⁷ 299 U.S. 353 (1937). Si vedano C.E. Spencer, *Criminal Syndacalism: De Jonge v. Oregon*, in *Oregon Law Review* 1936-1937, vol. XVI, pp. 278 ss.; Z. Chafee jr., *Free Speech in the United States*, cit., pp. 384 ss.; A. Tunc, S. Tunc, *Le système constitutionnel des États-Unis d'Amérique, 1*, cit., pp. 421-422; E.S. Corwin, *La Costituzione degli Stati Uniti nella realtà odierna*, cit., pp. 241, 325; E.G. Hudon, *Freedom of Speech and Press in America*, cit., p. 83; E. Barendt, *Freedom of Speech*, cit., pp. 270-271; E. Zoller, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, cit., pp. 319 e 785; M.V. Tushnet, *The Hughes Court and Political Dissent*, cit., pp. 349 ss.

⁴⁰⁸ 299 U.S. 353, 366: "We hold that the Oregon statute, as applied to the particular charge as defined by the state court, is repugnant to the due process clause of the Fourteenth Amendment. The judgment of conviction is reversed, and the cause is remanded for further proceedings not inconsistent with this opinion".

un'assemblea politica pacifica⁴⁰⁹. A suo avviso, la partecipazione ad una assemblea politica pacifica non poteva essere considerata un crimine⁴¹⁰, in quanto il miglior modo per preservare la comunità dalle incitazioni a travolgere le istituzioni con la forza e la violenza, era quello di garantire la libera discussione⁴¹¹.

Di poco successiva alla sentenza *De Jonge* fu la sentenza *Herndon v. Lowry* (1937)⁴¹², in cui la Corte fu ancor più liberale in materia di *freedom of speech*, arrivando ad annullare una condanna penale nei confronti di un militante comunista nero in possesso di manifesti e volantini inneggianti alla rivolta dei neri, e a ritenere illegittimo lo *statute* in base al quale era stato condannato per la mancata previsione di uno *standard* di colpa ragionevolmente accertabile⁴¹³. Ad avviso del giudice Roberts, redattore

⁴⁰⁹ 299 U.S. 353, 364: “Freedom of speech and of the press are fundamental rights which are safeguarded by the due process clause of the Fourteenth Amendment of the Federal Constitution. *Gitlow v. New York*, *supra*, p. 268 U. S. 666; *Stromberg v. California*, *supra*, p. 283 U. S. 368; *Near v. Minnesota*, 283 U. S. 697, 283 U. S. 707; *Grosjean v. American Press Co.*, 297 U. S. 233, 297 U. S. 243, 297 U. S. 244. The right of peaceable assembly is a right cognate to those of free speech and free press, and is equally fundamental. As this Court said in *United States v. Cruikshank*, 92 U. S. 542, 92 U. S. 552: “The very idea of a government, republican in form, implies a right on the part of its citizens to meet peaceably for consultation in respect to public affairs and to petition for a redress of grievances”. The First Amendment of the Federal Constitution expressly guarantees that right against abridgment by Congress. But explicit mention there does not argue exclusion elsewhere. For the right is one that cannot be denied without violating those fundamental principles of liberty and justice which lie at the base of all civil and political institutions – principles which the Fourteenth Amendment embodies in the general terms of its due process clause. *Hebert v. Louisiana*, 272 U. S. 312, 272 U. S. 316; *Powell v. Alabama*, 287 U. S. 45, 287 U. S. 67; *Grosjean v. American Press Co.*, *supra*”.

⁴¹⁰ 299 U.S. 353, 365: “It follows from these considerations that, consistently with the Federal Constitution, peaceable assembly for lawful discussion cannot be made a crime. The holding of meetings for peaceable political action cannot be proscribed. Those who assist in the conduct of such meetings cannot be branded as criminals on that score. The question, if the rights of free speech and peaceable assembly are to be preserved, is not as to the auspices under which the meeting is held, but as to its purpose; not as to the relations of the speakers, but whether their utterances transcend the bounds of the freedom of speech which the Constitution protects. If the persons assembling have committed crimes elsewhere, if they have formed or are engaged in a conspiracy against the public peace and order, they may be prosecuted for their conspiracy or other violation of valid laws. But it is a different matter when the State, instead of prosecuting them for such offenses, seizes upon mere participation in a peaceable assembly and a lawful public discussion as the basis for a criminal charge”.

⁴¹¹ 299 U.S. 353, 365: “The rights themselves must not be curtailed. The greater the importance of safeguarding the community from incitements to the overthrow of our institutions by force and violence, the more imperative is the need to preserve inviolate the constitutional rights of free speech, free press and free assembly in order to maintain the opportunity for free political discussion, to the end that government may be responsive to the will of the people and that changes, if desired, may be obtained by peaceful means. Therein lies the security of the Republic, the very foundation of constitutional government”.

⁴¹² 301 U.S. 242 (1937). Si vedano Z. Chafee jr., *Free Speech in the United States*, cit., pp. 388 ss.; A. Tunc, S. Tunc, *Le système constitutionnel des États-Unis d'Amérique*, 1, cit., p. 422; E.S. Corwin, *La Costituzione degli Stati Uniti nella realtà odierna*, cit., p. 325; G. Bognetti, *La libertà d'espressione nella giurisprudenza nord-americana*, cit., pp. 44-45; E.G. Hudon, *Freedom of Speech and Press in America*, cit., pp. 83 ss.; L. Alesiani, *I reati di opinione*, cit., pp. 231-232; M.V. Tushnet, *The Hughes Court and Political Dissent*, cit., pp. 359 ss.

⁴¹³ 301 U.S. 242, 263-264: “The statute, as construed and applied, amounts merely to a dragnet which may enmesh any one who agitates for a change of government if a jury can be persuaded that he ought to have foreseen his words would have some effect in the future conduct of others. No

dell'*opinion of the Court*, il potere legislativo dello Stato di limitare la libertà di parola e di assemblea doveva essere visto come un'eccezione, e non come una regola⁴¹⁴. Questione dibattuta in dottrina è se con questa sentenza la Corte Suprema avesse o meno ripristinato la dottrina del *clear and present danger* del giudice Holmes⁴¹⁵. In effetti, il giudice Roberts faceva riferimento ad essa in un passo in cui si occupava della vaghezza della fattispecie incriminatrice, anche se poi mancavano riferimenti ulteriori⁴¹⁶.

Ulteriore sentenza che segna il distacco dalla giurisprudenza precedente è *Bridges v. California* (1941)⁴¹⁷, in cui la maggioranza della Corte Suprema fece un esplicito *overruling* di quanto stabilito nel precedente caso *Patterson*. La sentenza è interessante anche perché in essa si vide quella che sarebbe divenuta una classica contrapposizione nell'ambito della Corte Vinson e della stessa Corte Warren, ovvero la contrapposizione tra il giudice Hugo Black, redattore dell'*opinion of the Court*, e il giudice Felix Frankfurter, redattore di una *dissenting opinion*, e uno dei massimi teorici di quella che Bognetti ha chiamato la concezione moderata in materia di I Emendamento. Secondo il giudice Black, sebbene i procedimenti giudiziari fossero diversi dalle elezioni, non era possibile partire dal presupposto che alcune pubblicazioni potessero cambiare la natura dei procedimenti giudiziari e che, per salvaguardare l'indipendenza del giudizio, fosse necessario un potere del giudice che impedisse qualsiasi manifestazione di pensiero su tutto quello che riguardava i processi in corso⁴¹⁸. A suo

reasonably ascertainable standard of guilt is prescribed. So vague and indeterminate are the boundaries thus set to the freedom of speech and assembly that the law necessarily violates the guarantees of liberty embodied in the Fourteenth Amendment”.

⁴¹⁴ 301 U.S. 242, 258: “The power of a state to abridge freedom of speech and of assembly is the exception, rather than the rule, and the penalizing even of utterances of a defined character must find its justification in a reasonable apprehension of danger to organized government. The judgment of the Legislature is not unfettered. The limitation upon individual liberty must have appropriate relation to the safety of the state. Legislation which goes beyond this need violates the principle of the Constitution”.

⁴¹⁵ Cfr., in questo senso, E.S. Corwin, *La Costituzione degli Stati Uniti nella realtà odierna*, cit., p. 325; L. Alesiani, *I reati di opinione*, cit., p. 231 (nota 110). Più dubbioso è G. Bognetti, *La libertà d'espressione nella giurisprudenza nord-americana*, cit., pp. 44-45. Ulteriormente diversa è la posizione di E.G. Hudon, *Freedom of Speech and Press in America*, cit., pp. 87 ss., 105-106, secondo cui il *clear and present danger* risorgerebbe nella giurisprudenza della Corte Suprema solo con il decennio 1940-1950.

⁴¹⁶ 301 U.S. 242, 261: “The statute, as construed and applied in the appellant’s trial, does not furnish a sufficiently ascertainable standard of guilt. The act does not prohibit incitement to violent interference with any given activity or operation of the state. By force of it, as construed, the judge and jury trying an alleged offender cannot appraise the circumstances and character of the defendant’s utterances or activities as begetting a clear and present danger of forcible obstruction of a particular state function. Nor is any specified conduct or utterance of the accused made an offense”.

⁴¹⁷ 314 U.S. 252 (1941). Si vedano A. Tunc, S. Tunc, *Le système constitutionnel des États-Unis d’Amérique*, 1, cit., pp. 422-423; E.S. Corwin, *La Costituzione degli Stati Uniti nella realtà odierna*, cit., pp. 333-334; R. Mullaney, *A Re-Examination of Bridges v. California*, in *Albany Law Review* 1959, vol. XXIII, pp. 61 ss.; E.G. Hudon, *Freedom of Speech and Press in America*, cit., pp. 96 ss.

⁴¹⁸ 314 U.S. 252, 271: “The very word “trial” connotes decisions on the evidence and arguments properly advanced in open court. Legal trials are not like elections, to be won through the use of the meeting hall, the radio, and the newspaper. But we cannot start with the assumption that publications of the kind here involved actually do threaten to change the nature of legal trials, and that, to preserve judicial impartiality, it is necessary for judges to have a contempt power by which they can close all

dire, quel che emergeva dall'analisi dei casi precedenti era che il *clear and present danger test* comportava la punizione di un grado estremamente elevato di pericolo, e che il I Emendamento non consentiva letture limitative della libertà di espressione⁴¹⁹. Di conseguenza, il criterio della *inherent tendency* affermato dal giudice statale era insufficiente per potere giustificare la condanna per oltraggio alla Corte⁴²⁰.

A queste affermazioni replicò Frankfurter nella sua *dissenting opinion*, alla quale si unirono il *Chief Justice*, il giudice Roberts e il giudice Byrnes. A suo dire, la posizione espressa dalla maggioranza limitava fortemente il potere degli Stati di valutare il pericolo di interferenze con la giustizia⁴²¹. La tutela della libertà di espressione non presupponeva affatto una concezione assolutistica tale da implicare la paralisi della protezione effettiva delle altre libertà garantite dal *Bill of Rights*, tanto più che l'amministrazione della giustizia da parte di un potere giudiziario imparziale era da considerarsi una libertà basilare sin dai tempi della *Magna Charta*⁴²². In quest'ottica, la

channels of public expression to all matters which touch upon pending cases. We must therefore turn to the particular utterances here in question, and the circumstances of their publication, to determine to what extent the substantive evil of unfair administration of justice was a likely consequence and whether the degree of likelihood was sufficient to justify summary punishment”.

⁴¹⁹ 314 U.S. 252, 263: “What finally emerges from the “clear and present danger” cases is a working principle that the substantive evil must be extremely serious, and the degree of imminence extremely high, before utterances can be punished. Those cases do not purport to mark the furthestmost constitutional boundaries of protected expression, nor do we here. They do no more than recognize a minimum compulsion of the Bill of Rights. For the First Amendment does not speak equivocally. It prohibits any law “abridging the freedom of speech, or of the press”. It must be taken as a command of the broadest scope that explicit language, read in the context of a liberty-loving society, will allow”.

⁴²⁰ 314 U.S. 252, 272-273: “The basis for punishing the publication as contempt was, by the trial court, said to be its “inherent tendency”, and, by the Supreme Court, its “reasonable tendency”, to interfere with the orderly administration of justice in an action then before a court for consideration. In accordance with what we have said on the “clear and present danger” cases, neither “inherent tendency” nor “reasonable tendency” is enough to justify a restriction of free expression”.

⁴²¹ 314 U.S. 252, 279: “Our whole history repels the view that it is an exercise of one of the civil liberties secured by the Bill of Rights for a leader of a large following, or for a powerful metropolitan newspaper, to attempt to overawe a judge in a matter immediately pending before him. The view of the majority deprives California of means for securing to its citizens justice according to law – means which, since the Union was founded, have been the possession, hitherto unchallenged, of all the states. This sudden break with the uninterrupted course of constitutional history has no constitutional warrant. To find justification for such deprivation of the historic powers of the states is to misconceive the idea of freedom of thought and speech as guaranteed by the Constitution. Deeming it more important than ever before to enforce civil liberties with a generous outlook, but deeming it no less essential for the assurance of civil liberties that the federal system founded upon the Constitution be maintained, we believe that the careful ambiguities and silences of the majority opinion call for a full exposition of the issues in these cases. While the immediate question is that of determining the power of the courts of California to deal with attempts to coerce their judgments in litigation immediately before them, the consequence of the Court’s ruling today is a denial to the people of the forty-eight states of a right which they have always regarded as essential for the effective exercise of the judicial process, as well as a denial to the Congress of powers which were exercised from the very beginning even by the framers of the Constitution themselves”.

⁴²² 314 U.S. 252, 282: “Free speech is not so absolute or irrational a conception as to imply paralysis of the means for effective protection of all the freedoms secured by the Bill of Rights. *Compare* Lincoln’s Message to Congress in Special Session, July 4, 1861, 7 Richardson, Messages and Papers of the Presidents, pp. 3221-3232. In the cases before us, the claims on behalf of freedom of speech and of

nozione holmesiana di *free marketplace of ideas* non si poteva applicare alla realtà di un processo⁴²³, così come non si poteva interpretare il XIV Emendamento nel senso di vietare agli Stati di assicurare l'impraziale funzionamento della giustizia⁴²⁴.

Per concludere questa carrellata sulla giurisprudenza statunitense in materia di I Emendamento, infine, non si può non citare la sentenza *West Virginia Board of Education v. Barnette* (1943)⁴²⁵, in cui la Corte Stone dichiarò illegittimo il saluto obbligatorio alla bandiera stabilito dal Consiglio educativo della Virginia occidentale⁴²⁶. Quasi a suggello del processo di espansione delle garanzie del I Emendamento iniziato dalla Corte Hughes, il giudice Jackson, redattore dell'*opinion of the Court*, rilevò che il saluto alla bandiera era da considerarsi come una forma di espressione⁴²⁷, che il I Emendamento tutelava anche il diritto di non esprimersi⁴²⁸, e che, in virtù del XIV

the press encounter claims on behalf of liberties no less precious. California asserts her right to do what she has done as a means of safeguarding her system of justice. The administration of justice by an impartial judiciary has been basic to our conception of freedom ever since Magna Carta. It is the concern not merely of the immediate litigants. Its assurance is everyone's concern, and it is protected by the liberty guaranteed by the Fourteenth Amendment".

⁴²³ 314 U.S. 252, 283: "A trial is not a "free trade in ideas", nor is the best test of truth in a courtroom "the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market". Compare Mr. Justice Holmes in *Abrams v. United States*, 250 U. S. 616, 250 U. S. 630. A court is a forum with strictly defined limits for discussion. It is circumscribed in the range of its inquiry and in its methods by the Constitution, by laws, and by age-old traditions. Its judges are restrained in their freedom of expression by historic compulsions resting on no other officials of government. They are so circumscribed precisely because judges have in their keeping the enforcement of rights and the protection of liberties which, according to the wisdom of the ages, can only be enforced and protected by observing such methods and traditions".

⁴²⁴ 314 U.S. 252, 284: "We cannot read into the Fourteenth Amendment the freedom of speech and of the press protected by the First Amendment, and, at the same time, read out age-old means employed by states for securing the calm course of justice. The Fourteenth Amendment does not forbid a state to continue the historic process of prohibiting expressions calculated to subvert a specific exercise of judicial power. So to assure the impartial accomplishment of justice is not an abridgment of freedom of speech or freedom of the press, as these phases of liberty have heretofore been conceived even by the stoutest libertarians. In fact, these liberties themselves depend upon an untrammelled judiciary whose passions are not even unconsciously aroused and whose minds are not distorted by extrajudicial considerations".

⁴²⁵ 319 U.S. 624 (1943). Su questa sentenza, si vedano A. Tunc, S. Tunc, *Le système constitutionnel des États-Unis d'Amérique*, 1, cit., pp. 416 e 423; G. Bognetti, *La libertà d'espressione nella giurisprudenza nord-americana*, cit., pp. 45-46; Id., *Lo spirito del costituzionalismo americano*, II, cit., pp. 96-97; E.G. Hudon, *Freedom of Speech and Press in America*, cit., pp. 94 ss.; G. Amato, *Sistema giudiziario e dissenso sociale*, cit., p. 305; B. Ackerman, *Liberating Abstraction*, cit., pp. 325 ss.; E. Barendt, *Freedom of Speech*, cit., pp. 93-94; E. Zoller, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, cit., pp. 271 ss.

⁴²⁶ 319 U.S. 624, 642: "We think the action of the local authorities in compelling the flag salute and pledge transcends constitutional limitations on their power, and invades the sphere of intellect and spirit which it is the purpose of the First Amendment to our Constitution to reserve from all official control".

⁴²⁷ 319 U.S. 624, 632: "There is no doubt that, in connection with the pledges, the flag salute is a form of utterance. Symbolism is a primitive but effective way of communicating ideas. The use of an emblem or flag to symbolize some system, idea, institution, or personality is a short-cut from mind to mind. Causes and nations, political parties, lodges, and ecclesiastical groups seek to knit the loyalty of their followings to a flag or banner, a color or design".

⁴²⁸ 319 U.S. 624, 633: "It is also to be noted that the compulsory flag salute and pledge requires

Emendamento, esso era opponibile anche agli Stati ed ai loro organi⁴²⁹. A suo avviso, lo scopo del *Bill of Rights* era sottrarre certi diritti – tra cui il diritto alla libertà di espressione – dal risultato delle elezioni⁴³⁰.

5. Considerazioni conclusive

Dopo avere analizzato la giurisprudenza italiana e statunitense, è ora di provare a formulare qualche considerazione conclusiva. Una prima questione da affrontare è quella riguardante i rapporti tra magistratura e fascismo, nel senso che è necessario chiedersi quanto della giurisprudenza in materia di reati di opinione sia frutto dell'adesione dei giudici al fascismo, e quanto determinato, invece, da altre circostanze. In linea di massima, si può dire che l'atteggiamento del giudice verso il dissenso politico sia condizionato dal suo rapporto con il sistema istituzionale complessivo e con i valori nei confronti dei quali il dissenso si manifesta⁴³¹. Ormai non si dubita del fatto che la giurisprudenza concorra stabilmente all'orditura ed alla salvaguardia dei valori politici di un certo ordinamento giuridico⁴³²: l'esperienza mostra, anzi, che nulla più della giurisprudenza ha costituito un essenziale strumento per il consolidamento delle strutture di qualsiasi regime politico, in quanto essa, come fase terminale del comando dello Stato, è un imprescindibile segmento per il consolidamento del potere pubblico, e a questa funzione, salve inevitabili dialettiche di breve periodo, ha sempre corrisposto⁴³³. In effetti, che la giurisprudenza, nell'asserire i suoi valori, si avvalga dell'autorità della tradizione, nelle forme del richiamo al precedente, è un dato di fatto, in quanto ciò le consente di presentare come *naturali* i suoi costrutti, nascondendone le implicite scelte⁴³⁴.

affirmation of a belief and an attitude of mind. It is not clear whether the regulation contemplates that pupils forego any contrary convictions of their own and become unwilling converts to the prescribed ceremony, or whether it will be acceptable if they simulate assent by words without belief, and by a gesture barren of meaning. It is now a commonplace that censorship or suppression of expression of opinion is tolerated by our Constitution only when the expression presents a clear and present danger of action of a kind the State is empowered to prevent and punish”.

⁴²⁹ 319 U.S. 624, 637: “The Fourteenth Amendment, as now applied to the States, protects the citizen against the State itself and all of its creatures – Boards of Education not excepted. These have, of course, important, delicate, and highly discretionary functions, but none that they may not perform within the limits of the Bill of Rights”.

⁴³⁰ 319 U.S. 624, 638: “The very purpose of a Bill of Rights was to withdraw certain subjects from the vicissitudes of political controversy, to place them beyond the reach of majorities and officials, and to establish them as legal principles to be applied by the courts. One’s right to life, liberty, and property, to free speech, a free press, freedom of worship and assembly, and other fundamental rights may not be submitted to vote; they depend on the outcome of no elections”.

⁴³¹ Così G. Amato, *Sistema giudiziario e dissenso sociale*, cit., p. 301.

⁴³² Così O. Abbamonte, *La politica invisibile*, cit., p. 2.

⁴³³ Ivi, p. 65, ove soggiunge (ivi, pp. 65-66): “In quanto voce ufficiale di un certo assetto costituito di potere, il magistrato si identifica naturalmente e per motivi di ruolo nello Stato e nelle sue regole, sentendo impellente il dovere di mantenerne la saldezza e di preservarle da ogni possibile attacco; e quanto più lo Stato è autoritario, tanto più la magistratura se ne sente partecipe, impersonando coerentemente la parte che le è assegnata”.

⁴³⁴ Ivi, p. 3 (nota 4).

Di una presunta adesione al fascismo della magistratura si vantò lo stesso Rocco nei già citati discorsi parlamentari del 9 marzo 1928⁴³⁵, e del 16 maggio 1929⁴³⁶. Un'ulteriore manifestazione di questa adesione sarebbe anche la sostanziale acquiescenza e il gretto formalismo con cui applicò l'infame legislazione razziale ed antiebraica⁴³⁷. Le questioni, tuttavia, sono più complesse. In primo luogo, è stato osservato che il formalismo della giurisprudenza non faceva altro che riflettere il culto della norma positiva, tipico di ogni giurisprudenza di funzionari, impedendo che si formassero nella vita giudiziaria tradizioni di latitudine interpretativa, di critica della norma, di costante riconduzione del diritto alla tradizione, alla coscienza ed alla giustizia che rendevano così penetrante, così stabilizzatrice, così refrattaria all'arbitrio politico e legislativo la giurisprudenza dei giudici inglesi⁴³⁸. In secondo luogo, perché vi sono ricostruzioni storiografiche che tendono ad evidenziare come, alla fine, la fascistizzazione della magistratura sia sostanzialmente un fenomeno di facciata, per lo più circoscritto a divise e saluti romani, e con una efficacia limitata⁴³⁹. Non si può

⁴³⁵ Si veda, in proposito, A. Rocco, *Discorsi parlamentari*, cit., p. 391: "Esempi numerosi dimostrano che lo spirito della magistratura si va sempre più adeguando alla dottrina politica e giuridica del fascismo. In primo luogo i discorsi dei procuratori generali pronunziati in occasione dell'apertura dell'anno giudiziario; li leggo accuratamente e vi trovo molte volte osservazioni, spunti, enunciazioni di idee, che costituiscono veri contributi alla concezione fascista del diritto e dello Stato. Il che, del resto, è naturale. La concezione fascista dello Stato è molto più vicina all'animo dei magistrati depositari di una delle più gelose funzioni della sovranità, di quello che non fossero le vecchie concezioni liberali democratiche".

⁴³⁶ Ivi, pp. 417-418: "Parlare della magistratura italiana è per me sempre motivo di alta soddisfazione, perché più vivo accanto ad essa, più mi convinco delle sue altissime virtù di carattere che si conservano integre in mezzo a difficoltà numerose, della sua dottrina, la quale è veramente elevata, della sua disciplina e del suo patriottismo. Anche e specialmente del suo patriottismo, perché lo spirito del fascismo, e qui confermo ciò che ha detto l'onorevole Morelli, è penetrato nella magistratura più rapidamente che in ogni altra categoria di funzionari e di professionisti. Posta di fronte alla nuova legislazione fascista, la magistratura italiana, piena di dottrina, di senso pratico, ne ha penetrato completamente lo spirito, l'interpreta e l'applica con piena fedeltà... Pertanto affermo che è coi fatti che la magistratura italiana ha dimostrato di essere aderente allo spirito del fascismo. Qualche eccezione isolata, subito repressa, non può che confermare la regola. Pertanto, come Guardasigilli fascista, devo mandare alla magistratura fascista italiana il mio più reverente e più cordiale saluto". Su questo intervento parlamentare di Rocco si soffermano anche G. Neppi Modona, *La magistratura ed il fascismo*, cit., pp. 575-576; A. Aquarone, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, cit., p. 241; G. Focardi, *Magistratura e fascismo*, cit., pp. 57-56.

⁴³⁷ Sul filofascismo della magistratura a proposito delle leggi razziali insiste la recensione di G. Focardi a G. Acerbi, *Le leggi antiebraiche e razziali ed il ceto dei giuristi*, Milano 2011, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 2012, vol. XLI, pp. 819 ss., secondo cui (ivi, p. 828) la magistratura si comportò come l'Intendente napoleonico: era da oltre un quindicennio così filogovernativa che seguì volontariamente nella sua grande maggioranza, e abbastanza da vicino, le interdizioni volute da Mussolini. Sulle epurazioni, sia tra i giudici che tra gli avvocati, a seguito della legislazione razziale, inoltre, si veda Id., *Magistratura e fascismo*, cit., pp. 191 ss., 201 ss.

⁴³⁸ Così G. Maranini, *Storia del potere in Italia 1858-1967*, cit., p. 275. Sul formalismo come mezzo attraverso cui, in alcuni casi, la magistratura finì per interpretare in senso restrittivo le leggi fasciste insiste G. Focardi, *Magistratura e fascismo*, cit., p. 34. il quale cita come esempi concreti il processo contro Pertini, Nitti e Rosselli a Savona nel 1926 o quello contro Lussu a Cagliari nel 1927.

⁴³⁹ Cfr., in questo senso, A. Aquarone, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, cit., pp. 240 ss., il quale ritiene erroneo credere che la magistratura, nella sua interezza, fosse supinamente asservita al Regime. In senso simile, C. Guarnieri, *L'ordine pubblico e la giustizia penale*, cit., p. 387. Nega che si possa parlare

escludere, infatti, che le ricorrenti manifestazioni di lealtà al Regime contenute in discorsi pubblici, talvolta smaccate e nauseanti, fossero dettate, più che da sincere convinzioni ideologiche e politiche, da poco commendevoli, ma comprensibili, motivi di opportunità⁴⁴⁰.

Quanto alla mancata opposizione al fascismo ed alla legislazione razziale, trovo sul punto molto persuasiva una osservazione di Calamandrei, e cioè che la giurisprudenza, anche se i giudici non se ne accorgono, è fortemente influenzata dal clima politico generale: quando nell'aria si respira il disfattismo costituzionale, è difficile che i giudici riescano ad assumere su di sé il compito faticoso, e spesso pericoloso, di difendere la Costituzione contro i possibili arbitri del Governo⁴⁴¹. Questo non vuol dire, però, che in una serie di casi la magistratura non abbia dato manforte, con la propria giurisprudenza, all'affermazione del Regime fascista⁴⁴². In linea generale, vi sono stati campi in cui i giudici hanno mantenuto ferma la propria giurisprudenza, depotenziando sostanzialmente la nuova legislazione introdotta dal Regime (basti pensare, per esempio, alla giurisprudenza della Cassazione civile in materia di proprietà)⁴⁴³, ed altri in cui questa sorta di "potere raffrenante" è mancato, e, anzi, i giudici hanno scavalcato in estremismo lo stesso legislatore (è il caso della giurisprudenza in materia di reati di opinione).

Esemplificativo di questo scavalco in estremismo mi sembrano non solo l'estensione del reato di vilipendio alla M.V.S.N., ma anche il conferimento della qualità di pubblico ufficiale agli esponenti del fascio locale, con tutto quel che comportava il conferimento di un simile *status* a personaggi dotati per lo più di grande arroganza⁴⁴⁴. In particolare, questa equiparazione, se rifletteva il dualismo tra

di fascistizzazione della magistratura e delle altre istituzioni tradizionali (quali monarchia, esercito, burocrazia) E. Gentile, *La via italiana al totalitarismo*, cit., p. 141, che preferisce parlare di adeguamento delle stesse al nuovo regime. Tuttavia, questo non voleva dire affatto che il fascismo, ad avviso di Gentile (ivi, pp. 187-188), non perseguì una politica di un controllo esterno della magistratura, attraverso la iscrizione obbligatoria al PNF e attraverso il parere del segretario federale per la nomina dei vicepretori, dei conciliatori e dei viceconciliatori, i quali dovevano essere di "sicura fede fascista". Di fascistizzazione della magistratura parlano, invece, G. Neppi Modona, *La magistratura e il fascismo*, cit., pp. 570 ss. (secondo cui non furono necessarie pressioni eccezionali per indurre la magistratura ad aderire ai nuovi principi del Regime); G. Focardi, *Magistratura e fascismo*, cit., pp. 22 ss. (il quale parla di una adesione larga e piena della magistratura al fascismo, e di un largo consenso attivo sin dai primi anni '20, anche se poi ammette che, all'interno del corpo magistratuale, vi furono, nell'ambito del Ventennio, anche spazi e figure non sottomesse in *toto* al Regime), 29 ss. (ove parla di rapido e felice fidanzamento tra le gerarchie della magistratura e quelle del regime fascista, le cui prove sarebbero date non soltanto dall'accettazione quasi totalitaria del nocciolo duro delle leggi c.d. *fascistissime*, ma anche dalle emblematiche vicende che riguardarono la successione di Mariano D'Amelio a Ludovico Mortara nel ruolo di Primo Presidente della Corte di Cassazione, il processo contro gli assassini di Giacomo Matteotti, e l'Associazione Generale dei Magistrati), 118 ss. (ove sottolinea che quello del fascismo nei confronti della magistratura non fu solo un tentativo di infiltrazione, ma una vera e propria annessione esplicita), 257 ss. (ove parla di colpo di fulmine tra magistratura e regime fascista).

⁴⁴⁰ Così G. Neppi Modona, *La magistratura e il fascismo*, cit., p. 589.

⁴⁴¹ Cfr. P. Calamandrei, *La Costituzione e le leggi per attuarla*, cit., p. 128.

⁴⁴² Sui visibili contributi della magistratura italiana all'affermazione dello Stato fascista, si veda O. Abbamonte, *La politica invisibile*, cit., pp. 4 ss.

⁴⁴³ Ivi, pp. 320 ss.

⁴⁴⁴ Cfr., in proposito, O. Abbamonte, *La politica invisibile*, cit., pp. 22 ss.

burocrazia di Stato e burocrazia di partito come caratteristica essenziale del regime fascista⁴⁴⁵, dava luogo ad una serie di continui conflitti tra rappresentanti del partito e rappresentanti dello Stato, conflitti che la formale subordinazione del P.N.F. allo Stato non eliminò affatto⁴⁴⁶, in quanto non impedì al partito di esercitare un ruolo attivo, con poteri effettivi, nella vita del regime⁴⁴⁷. D'altra parte, a complicare ulteriormente il quadro, il processo di immedesimazione tra Stato e partito⁴⁴⁸, che costituiva una diretta conseguenza della concezione totalitaria⁴⁴⁹ – e di cui la legge sulla costituzionalizzazione del Gran Consiglio era una delle massime rappresentazioni⁴⁵⁰ –,

⁴⁴⁵ Sulla doppiezza come connotato essenziale del fascismo, si sofferma P. Calamandrei, *Il fascismo come regime della menzogna*, cit., pp. 8, 46 ss., secondo cui il sistema fascista risulterebbe dalla combinazione di due ordinamenti giuridici uno dentro l'altro, a cui corrisponderebbe una doppia stratificazione di organi. Sulla duplicazione tra organi di Stato e organi di partito come caratteristica peculiare del fascismo insiste anche G. Negri, *Storia politica italiana dall'Unità alla Repubblica*, cit., pp. 308-309; Id., *Il quadro costituzionale*, cit., p. 50. Si veda, tuttavia, D. Fisichella, *Totalitarismo*, cit., pp. 82-83, che tende ad evidenziare come la duplicazione, se non la moltiplicazione, di uffici ed attribuzioni sia una caratteristica dei regimi totalitari, mentre, invece, i regimi autoritari (tra cui annovera il fascismo) si caratterizzerebbero, piuttosto, per la subordinazione del partito allo Stato.

⁴⁴⁶ Si veda E. Gentile, *La via italiana al totalitarismo*, cit., pp. 179 ss., che sottolinea come nei primi anni del Governo Mussolini vi era stata una prevaricazione continua e diffusa nei riguardi dell'autorità prefettizia da parte dei *ras* locali, e che (ivi, p. 182) la formale subordinazione del segretario federale al prefetto non fu mai recepita in nessuno degli statuti del partito, e non fu mai codificata in nessuna forma di dipendenza gerarchica, con la conseguenza che l'ambiguità del dualismo irrisolto produceva continui conflitti di rivalità. Una durissima critica nei confronti delle vessazioni e dei veri e propri arbitri perpetrati dai *ras* è in S. Trentin, *Diritto e democrazia*, cit., pp. 96 ss., che vedeva in essi la conseguenza della volontà brutale di conquista e di spoliazione propria del fascismo. D'altra parte, secondo Trentin (ivi, pp. 98-99), la formale scomparsa dei *ras* non comportò affatto che i loro poteri passassero al prefetto, la cui attività restò sempre a servizio dei capi locali.

⁴⁴⁷ Cfr. E. Gentile, *La via italiana al totalitarismo*, cit., pp. 182 ss.

⁴⁴⁸ Di integrazione del partito con lo Stato parla S. Cassese, *Lo Stato fascista*, cit., pp. 16-17, 39-40. Di simbiosi fra il partito e lo Stato parla, invece, E. Gentile, *La via italiana al totalitarismo*, cit., pp. 171 ss., secondo cui la costruzione del regime fascista fu un lavoro graduale e avvenne attraverso un processo simbiotico di fascistizzazione dello Stato e di statizzazione del partito fascista. Di progressivo inserimento del partito nello Stato attraverso la dilatazione delle sue iniziative e delle sue attribuzioni parla A. Aquarone, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, cit., pp. 175 ss., che ne attribuisce il merito essenzialmente al segretario Augusto Turati. Ritene che l'eredità più importante del fascismo, dal punto di vista costituzionale, sia l'introduzione del partito tra gli organi dello Stato anche G. Rebuffa, *La Costituzione impossibile*, cit., pp. 57 ss.; Id., *Lo Statuto albertino*, p. 146. Sulle problematiche riguardanti il rapporto tra Stato e partito, inoltre, si vedano G. Negri, *Il quadro costituzionale*, cit., pp. 53-54; Id., *Storia politica italiana dall'Unità alla Repubblica*, cit., pp. 308 ss., 317 ss.; O. Abbamonte, *La politica invisibile*, cit., pp. 14 ss.

⁴⁴⁹ Per quanto riguarda il dibattito, nell'ambito del Regime, tra la visione autoritaria e quella totalitaria, imperniata sul primato del P.N.F., si veda E. Gentile, *La via italiana al totalitarismo*, cit., pp. 142 ss., il quale sottolinea come negli anni Trenta il fascismo totalitario guadagni spazio a scapito di quello autoritario. In senso simile, si veda G. Rebuffa, *La Costituzione impossibile*, cit., pp. 58-59. Di diverso avviso è, invece, G. Focardi, *Magistratura e fascismo*, cit., pp. 117-118, che parla di passaggio dallo Stato autoritario allo Stato totalitario sin dalla seconda metà degli anni '20, passaggio confermato dal fatto che 1937 il segretario del P.N.F. era considerato Ministro Segretario di Stato. Una dura critica nei confronti del totalitarismo fascista è in P. Calamandrei, *Il fascismo come regime della menzogna*, cit., pp. 9 ss., il quale riteneva questa formula una finzione dietro cui si celava l'assolutismo personale.

⁴⁵⁰ Sulla importanza della legge del 1928 sul Gran Consiglio, si vedano S. Labriola, *Storia della Costituzione italiana*, cit., pp. 245 ss.; A. Aquarone, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, cit., pp. 169 ss.;

si trovò a convivere anche con il processo di istituzionalizzazione della figura del Duce⁴⁵¹.

L'estremismo della giurisprudenza durante il fascismo, a mio avviso, non è altro che la conseguenza della riproposizione dei paradigmi antigarantisti elaborati durante il periodo liberale, in un contesto diverso⁴⁵². Dall'analisi della giurisprudenza, infatti, emerge nettamente la continuità tra esperienza liberale e fascismo proprio sul tema dei reati di opinione: la paura delle idee ritenute sovversive portava i giudici ad atteggiamenti fortemente antigarantistici, e ad una giurisprudenza estremista in netto contrasto con il garantismo della dottrina⁴⁵³. Emblematiche di questo estremismo possono essere viste non solo le sentenze che restringevano arbitrariamente l'applicabilità dei decreti di amnistia, o le sentenze che ritenevano sussistente il reato di istigazione a prescindere dall'esistenza di un pericolo effettivo⁴⁵⁴, o le sentenze che ampliavano la nozione di istituzione costituzionale dello Stato, fino a ricomprendervi l'esercito, e poi successivamente, quasi ad anticipare il Codice Rocco, anche il Governo⁴⁵⁵, ma finanche la stessa giurisprudenza che riteneva applicabile l'art. 247 cod. pen. Zanardelli rispetto all'art. 24 Editto albertino nel caso di reati commessi con la stampa, in virtù del fatto che la legge speciale prevedeva non solo termini di prescrizione dell'azione penale più brevi, ma assegnava anche la cognizione di questi

A. Reposo, *Lezioni sulla forma di governo italiana*, cit., pp. 45 ss.; O. Abbamonte, *La politica invisibile*, cit., pp. 14 ss.; G. Rebuffa, *Lo Statuto albertino*, cit., pp. 145 ss. (secondo cui è con la legge del 1928 che lo Statuto cessò definitivamente di esistere).

⁴⁵¹ Si vedano G. Negri, *Il quadro costituzionale*, cit., pp. 57 ss. (per il quale, al processo di pubblicizzazione del P.N.F. si accompagnò anche un processo di valorizzazione dell'unione personale tra la carica di Duce del fascismo e l'ufficio di Capo del Governo); A. Aquarone, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, cit., pp. 162 ss. (secondo cui il regime non era partito ma non era neppure solo Stato, e sempre più si avviava ad essere una monocrazia personale); E. Gentile, *La via italiana al totalitarismo*, cit., p. 175 ss. (il quale nega che la personalizzazione del potere si configuri come fine del partito, essendo il fenomeno una caratteristica dei regimi totalitari a partito unico, quando nel suo interno emerge, per forza personale e/o per motivi funzionali, un individuo dominante); S. Cassese, *Lo Stato fascista*, cit., pp. 20-21 (che insiste sulla personalizzazione istituzionalizzata del potere). Nega che la presenza di un capo sia un elemento distintivo tra il tipo totalitario e il tipo non totalitario D. Fisichella, *Totalitarismo*, cit., pp. 163 ss.

⁴⁵² Cfr., in proposito, C. Fiore, *I reati di opinione*, cit., p. 36, secondo cui la penalizzazione del dissenso ideologico che aveva costantemente accompagnato l'applicazione dei codici unitari, poté rendere relativamente indolore il passaggio dal diritto penale dell'Italia liberale all'organico sistema repressivo realizzato con il Codice Rocco.

⁴⁵³ Della giurisprudenza come gendarme della cittadella borghese insiste M. Sbriccoli, *Dissenso politico e diritto penale in Italia tra Otto e Novecento*, cit., pp. 610-611, il quale sottolinea come il potere giudiziario utilizzò le leggi nel loro senso più stretto ed oppressivo. Sulla contrapposizione tra garantismo della dottrina ed estremismo della giurisprudenza insistono L. Alesiani, *I reati di opinione*, cit., pp. 47 ss.; C. Fiore, *I reati di opinione*, cit., pp. 16 ss., 28-29, 32 ss.

⁴⁵⁴ Cfr., in proposito, G. Bognetti, *Il "pericolo" nell'istigazione all'odio di classe e nei reati comuni contro l'ordine pubblico*, cit., p. 1440, il quale sottolinea come la giurisprudenza della Cassazione avesse interpretato le disposizioni codicistiche (Bognetti cita, in proposito, Cass. Pen., sentt. 6 giugno 1894, 9 aprile 1895, 5 novembre 1898, 16 settembre 1901, 7 febbraio 1902 e 3 dicembre 1926) nel senso che, per aversi istigazione, fosse sufficiente il timore che i fatti potessero verificarsi nel futuro, senza alcun riferimento all'attualità del pericolo.

⁴⁵⁵ Si veda C. Fiore, *I reati di opinione*, cit., p. 29.

reati alla Corte di Assise⁴⁵⁶.

La continuità giurisprudenziale emerge, a maggiore ragione, se si confrontano il periodo che va dalla marcia sulla Roma al discorso del 3 gennaio 1925 – periodo che alcuni studiosi fanno rientrare nell’ambito della “fase parlamentare del fascismo”⁴⁵⁷, anche se, secondo altre ricostruzioni, il carattere eversivo del fascismo si vedrebbe sin dalla data di nascita del Governo Mussolini⁴⁵⁸ –, e il periodo successivo al 3 gennaio 1925 che vide la definitiva liquidazione delle opposizioni e l’edificazione del Regime⁴⁵⁹:

⁴⁵⁶ Ivi, pp. 24-25, che cita come emblematica Cass. Pen., sent. 17 settembre 1895.

⁴⁵⁷ Di una fase parlamentare del fascismo all’interno della legalità statutaria tra il 1922 e il 1925 parlano L. Paladin, *Saggi di storia costituzionale*, cit., pp. 37 ss.; P. Alvazzi del Frate, *Il costituzionalismo moderno*, cit., pp. 65-66; R. Martucci, *Storia costituzionale italiana*, cit., pp. 167 ss.; A. Reposo, *Lezioni sulla forma di governo italiana*, cit., pp. 38 ss.; P. Biscaretti di Ruffia, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, cit., pp. 472-473. Di diverso avviso sono S. Merlini, *Il governo costituzionale*, cit., p. 41 (il quale parla di un rispetto meramente formale delle forme costituzionali); P. Calamandrei, *Il fascismo come regime della menzogna*, cit., p. 38 (che preferisce parlare di “finzione parlamentare”).

⁴⁵⁸ Cfr., in questo senso, S. Labriola, *Storia della Costituzione italiana*, cit., pp. 202-203, secondo il quale il mutamento di regime si concreterebbe già con gli avvenimenti che si susseguono tra la marcia su Roma e la formazione del primo Governo Mussolini: in quest’ottica, le innovazioni istituzionali successive, pur se di notevole incidenza giuridica, altro non sarebbero che fasi successive di un processo di adattamento con cui si provvede a disciplinare in modo compiuto il nuovo ordinamento costituzionale, già però identificabile nei suoi principi essenziali sin dall’inizio. In senso simile, si veda anche G. Negri, *Storia politica italiana dall’Unità alla Repubblica*, cit., pp. 365 ss., secondo cui la collocazione temporale del *vulnus* portato allo Statuto è agevole, e va individuata nel giorno in cui avvenne la nomina a Presidente del Consiglio di Benito Mussolini. Lievemente diversa è la prospettiva di C. Ghisalberti, *Storia costituzionale d’Italia 1848/1948*, cit., pp. 343 ss., il quale parla di una costruzione dello Stato autoritario sin dalla formazione del Governo Mussolini (31 ottobre 1922), e individua un disegno eversivo nei confronti del sistema liberale non tanto nella delega dei pieni poteri in materia amministrativa e fiscale, quanto piuttosto nell’istituzione del Gran Consiglio del Fascismo e della Milizia Volontaria per la Sicurezza Nazionale (M.V.S.N.). Sulla portata eversiva dell’istituzione di questi due organi insiste anche M. Caravale, *Storia del diritto nell’Europa moderna e contemporanea*, cit., pp. 418-419. Di vero e proprio colpo di Stato a partire dal 1922 parla anche G. Perticone, *Il regime parlamentare nella storia dello Statuto Albertino*, cit., pp. 259 ss., che si sofferma non solo sull’importanza della istituzione della Milizia Volontaria e del Gran Consiglio, ma anche sulla abnormità della delega dei pieni poteri concessa al Governo. Nega che la marcia su Roma possa essere considerata una rivoluzione o un colpo di Stato M. Mazziotti di Celso, *Breve storia delle istituzioni italiane dal 1900 al 1994*, cit., p. 11. Qualifica, infine, la marcia su Roma come sedizione militare P. Calamandrei, *Non c’è libertà senza legalità*, Roma-Bari 2013, pp. 48-49, secondo cui essa era in violazione dei principi costituzionali, in quanto si trattava di un partito di minoranza che prendeva le armi per impadronirsi del potere nell’impossibilità di riuscirci attraverso le vie legali.

⁴⁵⁹ Sulle molteplici interpretazioni del 3 gennaio 1925, si veda D. Fisichella, *Dittatura e monarchia*, cit., pp. 87-88. Sul 3 gennaio come data fondamentale di avvio del Regime insistono A. Rocco, *La trasformazione dello Stato*, cit., pp. 773-774; G. Maranini, *Storia del potere in Italia*, cit., p. 296; G. Rebuffa, *La Costituzione impossibile*, cit., p. 58; P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, 4. *L’età dei totalitarismi e della democrazia*, Roma-Bari 2001, p. 217; A. Aquarone, *L’organizzazione dello Stato totalitario*, cit., pp. 24, 46-47; R. Martucci, *Storia costituzionale italiana*, cit., p. 170; P. Calamandrei, *Non c’è libertà senza legalità*, cit., pp. 49 ss. (ove parla di mascheramento della dittatura di una oligarchia, della quale Parlamento e dinastia erano diventati strumenti); Id., *Il fascismo come regime della menzogna*, cit., pp. 38-39, 88-89. Tendono, invece, a sminuirne l’importanza L. Paladin, *Saggi di storia costituzionale*, cit., p. 38 (secondo cui sia l’Aventino che il 3 gennaio sono da considerarsi momenti di rottura di carattere politico, piuttosto che di carattere giuridico); M. Mazziotti di Celso, *Storia breve delle istituzioni italiane dal 1900 al 1994*, cit., pp. 11-12; V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, cit., p. 117 (il quale parla del 3 gennaio come mero preannuncio della svolta più radicalmente eversiva delle istituzioni

la sentenza della Cassazione sul caso Miori era del primo periodo, ma fu continuamente richiamata anche dopo la “svolta” del 1925, divenendo, anzi, un punto fermo della giurisprudenza in materia di oltraggio alla bandiera.

La lotta senza quartiere contro il socialismo e l'anarchismo era stato un tratto permanente dell'Italia liberale⁴⁶⁰, e, in quest'ottica, la magistratura non faceva altro che uniformarsi a quello che era un costume tipico delle *élites* liberali⁴⁶¹. D'altra parte, l'ossessione nei confronti del socialismo rimase anche dopo l'avvento del regime fascista. È stato rilevato, infatti, che, dopo l'approvazione della l. n. 2008/1926, pur in un quadro istituzionale caratterizzato dall'annientamento di tutti i partiti politici tranne quello fascista, la repressione penale si indirizzasse esclusivamente contro programmi e metodi di azione dei partiti operai e dei movimenti anarchici, senza colpire quelli tradizionali⁴⁶². E, tuttavia, in questa lotta senza quartiere contro il socialismo, per una strana ironia del destino, la magistratura finiva per fare proprio un approccio di tipo marxista: nell'estendere, infatti, la nozione di istituzione costituzionale all'esercito, essa sembrava riprendere la celebre asserzione del giurista socialista Ferdinand Lassalle, secondo cui la costituzione di un paese non era altro che il complesso dei rapporti di forza realmente esistente in quello stesso paese, tra cui proprio l'esercito⁴⁶³.

A questa vera e propria avversione nei confronti del dissenso politico radicale di Sinistra faceva riscontro una sostanziale accondiscendenza nei confronti delle violenze perpetrate dallo squadristo sin dai primi anni '20, in particolare per quanto riguardava il mondo giuridico⁴⁶⁴: se nell'Italia liberale, il peggio che poteva capitare ad un magistrato era un trasferimento ad una sede disagiata oppure una mancata

liberaldemocratiche, venutesi man mano realizzando attraverso un processo continuo). Sulla frattura con lo Stato liberale ad opera della legislazione autoritaria varata tra il 1925 e il 1929 insiste E. Gentile, *La via italiana al totalitarismo*, cit., p. 141, il quale, tuttavia, sottolinea la diversità di interpretazioni circa l'individuazione del momento specifico in cui essa si è verificata. Sul 1925 come anno dell'instaurazione a viso aperto della dittatura, ratificata dall'anno “napoleonico” del fascismo (il 1926), si veda G. Focardi, *Magistratura e fascismo*, cit., p. 38. Sul 3 gennaio come “giro di vite”, infine, si veda G. Perticone, *Dal sistema rappresentativo al regime di massa*, Roma 1976, pp. 205 ss.

⁴⁶⁰ Sulla repressione del socialismo come carattere originario e tratto permanente dell'Italia liberale insistono V. Fazio, C. Viazzi, *Istigazione a delinquere e apologia di reato nella giurisprudenza dall'unità ad oggi*, cit., pp. 558-559; M. Sbriccoli, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano*, cit., p. 530; F. Colao, *“Hanno perduto il diritto di essere ancora considerati figli d'Italia”*, cit., pp. 667 ss.

⁴⁶¹ Sull'inserimento a pieno titolo del ceto giudiziario nell'ambito delle *élites* politiche dell'Italia liberale, insiste G. Focardi, *Magistratura e fascismo*, cit., pp. 126-127. Si veda, inoltre, A. Buratti, *Dal diritto di resistenza al metodo democratico*, cit., p. 170, secondo il quale le interpretazioni giurisprudenziali volte ad anticipare la tutela penale a fasi meramente preparatorie, di per sé inidonee a ledere alcun bene giuridico, erano funzionali alla politica di durissima repressione della propaganda anarchica e socialista.

⁴⁶² Cfr., in proposito, L. Alesiani, *I reati di opinione*, cit., p. 63, che cita l'art. 2 R.D. n. 2062/1926, che dichiarava non punibile la propaganda di dottrine, programmi e metodi di azione ritenuti compatibili con la costituzione politica ed economica dello Stato italiano, quand'anche professate o adottate da associazioni sciolte dall'autorità.

⁴⁶³ Si veda, in proposito, F. Lassalle, *De l'essence d'une Constitution*, in Id., *Discours et pamphlets*, tr. tr. A cura di V. Dave e L. Remy, Paris 1903, pp. 1 ss. (spec. pp. 7, 9, 14, 17 ss., 23 ss.). Sull'importanza di questa affermazione si soffermano A.A. Cervati, *Per uno studio comparato del diritto costituzionale*, Torino 2009, p. 23; K. Hesse, *La forza normativa della Costituzione*, tr. it. a cura P. Costa, Seregno 2008, p. 11.

⁴⁶⁴ Cfr., in proposito, G. Focardi, *Magistratura e fascismo*, cit., pp. 35 ss.

promozione, negli anni '20 le punizioni erano non solo disciplinari, ma anche corporali e fisiche, con tutto quel che ne poteva conseguire⁴⁶⁵. Una chiave di interpretazione di questa fobia nei confronti dell'estremismo politico di Sinistra e l'accondiscendenza verso quello di Destra è stata vista anche nel fatto che la magistratura ed il fascismo fossero espressione dello stesso ceto sociale (la borghesia)⁴⁶⁶. Questa tesi, che si basa sul numero di condanne concernenti i reati compiuti dai militanti socialisti rispetto a quelli compiuti da squadristi o militanti fascisti, è stata, tuttavia, aspramente criticata da Fisichella, secondo il quale la magistratura non apparteneva affatto alla piccola borghesia, che costituiva, invece, la base socio-economica del fascismo⁴⁶⁷.

L'idea della continuità giurisprudenziale viene rafforzata dalla comparazione con la giurisprudenza americana degli anni '20: anche nell'esperienza statunitense, infatti, si può constatare una vera e propria ossessione nei riguardi dell'ideologia socialista, e una durissima repressione di quelle che venivano considerate idee sediziose, a prescindere da atti concreti di insurrezione violenta. Certo, è anche vero che, con gli anni '30, l'esperienza italiana e quella statunitense iniziarono a divergere in modo netto: mentre nell'Italia fascista, anche in virtù della codificazione penale, veniva aggravata la repressione nei confronti di ogni sia pur minima forma di dissenso, negli Stati Uniti l'avvento della Corte Hughes comportò una vera e propria svolta, sia pure solo temporanea – come detto, con la Corte Vinson si determinò un clamoroso ritorno all'indietro –, in materia di reati di opinione.

Si può dire che il *modus operandi* della magistratura ordinaria non venga intaccato dall'istituzione del Tribunale Speciale per la Difesa dello Stato, nel senso che l'istituzione di esso, pur essendo un atto abnorme di rottura rispetto ai principi della legalità statutaria (basti pensare al divieto di istituire giudici straordinari previsto dall'art. 71 Statuto)⁴⁶⁸, finì per essere, alla fine, un qualcosa di sostanzialmente inutile, dal momento che non c'era una reale necessità di un giudice più sommario e più

⁴⁶⁵ Ivi, p. 36.

⁴⁶⁶ Del fascismo come forma di autotutela armata della borghesia e delle classi abbienti contro le agitazioni delle masse lavoratrici parla P. Calamandrei, *Il fascismo come regime della menzogna*, cit., pp. 30 ss., 56 ss., che, tuttavia, (ivi, pp. 60 ss.) critica anche la tradizionale ricostruzione storiografica marxista, in quanto, a suo dire, essa non aveva compreso il fenomeno in tutti i suoi aspetti.

⁴⁶⁷ Così D. Fisichella, *Dal Risorgimento al Fascismo 1861-1922*, cit., p. 298. Di diverso avviso è, invece, G. Focardi, *Magistratura e fascismo*, cit., pp. 101 ss., il quale, sulla scia degli studi di Mariuccia Salvati, ritiene che la maggioranza della magistratura provenisse dalla piccola borghesia delle province meridionali, e sottolinea anche come gli appoggi da parte della politica fossero determinanti nella maggiore o minore celerità nell'avanzamento di carriera. In senso simile, si veda G. Tarello, *Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista-interprete*, in *Politica del diritto* 1972, n. 3-4, pp. 459 ss., che parla di una "piccola borghesia di toga" a proposito della composizione sociale della magistratura durante il periodo fascista. Dubbi sulla qualificazione del fascismo come movimento piccolo-borghese sono avanzati, infine, da J. Touchard, *Storia del pensiero politico*, cit., pp. 643-644.

⁴⁶⁸ Su tale contrasto si sofferma D. Fisichella, *Dittatura e monarchia*, cit., pp. 108-109. Sul palese contrasto tra la l. n. 2008/1926 e la legalità statutaria si sofferma anche S. Labriola, *Storia della Costituzione italiana*, cit., pp. 214 ss., che sottolinea come essa contraddica un fondamentale canone di civiltà giuridica, ovvero la irretroattività delle sanzioni penali. Si veda anche P. Calamandrei, *Il fascismo come regime della menzogna*, cit., p. 89, secondo cui l'istituzione del Tribunale Speciale andava vista come instaurazione di una giustizia di partito nella quale le vendette politiche venivano mascherate da sentenze in nome del popolo italiano. Una difesa a tutto campo della legge è, naturalmente, in A. Rocco, *Discorsi parlamentari*, cit., pp. 347 ss.

rigoroso, in quanto la giurisprudenza ordinaria era già durissima nella repressione del dissenso politico. Resta da capire allora perché il Regime sentì la necessità di istituirlo. Le interpretazioni sono molteplici: c'è chi ha visto in esso un indizio delle insicurezze del Regime⁴⁶⁹, chi una ragione propagandistica⁴⁷⁰, chi un sintomo della preferenza nei riguardi delle giurisdizioni speciali⁴⁷¹, chi una risposta alla lentezza della magistratura nell'opera di adeguamento al regime fascista⁴⁷², chi un connotato della volontà del regime fascista di doppiare le istituzioni esistenti con altre direttamente legate alla sua logica⁴⁷³. Mi sembra, tuttavia, difficile ipotizzare che l'istituzione del Tribunale Speciale fosse determinata dal grado di indipendenza di cui godevano i magistrati⁴⁷⁴: le capacità di influenza del fascismo sul corpo giudiziario erano notevolissime⁴⁷⁵ – basti pensare

⁴⁶⁹ Così M. Sbriccoli, *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo*, cit., p. 835. Assai critico nei confronti di questa linea interpretativa è N. Tranfaglia, *Storia della magistratura e storia della società. Osservazioni di metodo*, in *Politica del diritto* 1972, n. 3-4, pp. 501 ss., spec. p. 508, ove qualifica come un pregiudizio che resiste dagli anni '50 l'idea che il fascismo, non potendo utilizzare a suo piacimento la magistratura ordinaria, dovette creare i Tribunali speciali.

⁴⁷⁰ Cfr., a questo proposito, A. Aquarone, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, cit., pp. 103-104, che sottolinea come il Tribunale Speciale fu uno degli strumenti più odiosi e efficaci della dittatura, e come la sua attività, ampiamente pubblicizzata, contribuì non poco a distogliere molti oppositori da un'azione concreta contro il regime fascista.

⁴⁷¹ Si veda C. Guarnieri, *L'ordine pubblico e la giustizia penale*, cit., p. 390, che rileva come il potenziamento degli strumenti esterni al circuito della giurisdizione ordinaria vada visto nel contesto della preferenza accordata dal Regime per le giurisdizioni speciali in tutti i settori considerati politicamente importanti, anche se non direttamente riconducibili alla repressione penale.

⁴⁷² Cfr., in questo senso, G. Focardi, *Magistratura e fascismo*, cit., pp. 34-35.

⁴⁷³ Si vedano S. Cassese, *Lo Stato fascista*, cit., p. 18; S. Rodotà, *Le libertà e i diritti*, cit., p. 338. Si veda, inoltre, anche P. Calamandrei, *Il fascismo come regime della menzogna*, p. 47, secondo il quale il dualismo tra tribunali ordinari e Tribunale Speciale rifletteva proprio il dualismo tra burocrazia di Stato e burocrazia di partito.

⁴⁷⁴ In questo senso, si veda G. Neppi Modona, *La magistratura e il fascismo*, cit., spec. pp. 567 ss., 586 ss., il quale dubita si possa parlare di indipendenza esterna della magistratura giudicante e lo esclude in maniera categorica per quanto riguarda il P.M., in virtù della sua dipendenza organica dall'esecutivo. Dello stesso avviso è anche G. Focardi, *Magistratura e fascismo*, cit., pp. 263 ss., secondo cui ben difficilmente si poteva parlare di autonomia a seguito del rafforzamento del principio gerarchico, in virtù degli aumentati controlli esterni e di quelli interni sui magistrati. Di diverso avviso sembrano, invece, L. Ferrajoli, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, cit., p. 41 (secondo cui una certa autonomia fu mantenuta dalla magistratura, grazie al peso della tradizione tecnico-giuridica: è in questa ottica che, a suo dire, va vista la scelta del regime fascista di ricorrere ai tribunali speciali, per la sua giustizia politica); A. Reposo, *Lezioni sulla forma di governo italiana*, cit., p. 42 (secondo il quale lo scopo della legislazione fascista era quello di *bypassare* gli organi giurisdizionali ancora legati alla tradizione giuridica liberale, che manteneva il potere giudiziario in una posizione di indipendenza rispetto all'esecutivo). Una posizione intermedia tra le due tesi è quella di M. Ascheri, *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo*, cit., p. 414, secondo cui se è vero che una certa autonomia fu mantenuta dalla magistratura grazie alla tradizione tecnico-giuridica – ne sarebbe prova il fatto che, dopo il processo per l'assassinio di Matteotti, il regime fu costretto a ricorrere, per la sua giustizia, ai tribunali speciali –, è anche vero, tuttavia, che si trattava di una autonomia limitatissima e circoscritta alla sola magistratura giudicante, in quanto il pubblico ministero dipendeva dal potere esecutivo già da prima dell'avvento del fascismo. Sulla dipendenza del P.M. dall'esecutivo insiste anche G. Amato, *Le istituzioni della democrazia*, cit., pp. 49-50.

⁴⁷⁵ Così O. Abbamonte, *La politica invisibile*, cit., p. 333. Nello stesso senso, si veda G. Grottanelli de' Santi, *Note introduttive di diritto costituzionale*, cit., p. 102. Si veda, inoltre, G. Focardi, *Magistratura e fascismo*, cit., p. 34, che sottolinea come, alla fine, molto dipendesse dai rapporti che il singolo

alla vicenda del Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione, Giovanni Appiani, il quale, pur essendo un magistrato dichiaratamente fascista, venne immediatamente collocato a riposo dopo la sua polemica relazione alla cerimonia di apertura dell'anno giudiziario 1929⁴⁷⁶ – , e non può essere considerato un caso il fatto che l'unico settore dove il Regime non operò rivoluzioni, limitandosi a modestissimi ritocchi, fu quello della giustizia, proprio perché si atteggiava sin troppo bene alle sue necessità⁴⁷⁷.

Una possibile chiave di interpretazione potrebbe essere trovata nel fatto che la dura repressione non veniva ritenuta tuttavia del tutto soddisfacente da parte di Mussolini o dello stesso Rocco. A questo proposito, Neppi Modona ha evidenziato che, nella scarsità di circolari inviate dal Ministro della Giustizia sino al 1930, ben due di esse nel 1928 fossero dedicate alla stigmatizzazione del fatto che la repressione delle offese al capo del Governo e delle “manifestazioni sediziose” avvenisse con pene giudicate troppo miti⁴⁷⁸. In realtà, però, l'istituzione del Tribunale Speciale aveva una funzione meramente sussidiaria, visto che in 15 anni di attività svolse il lavoro che svolgeva in un solo anno il Tribunale di Torino in sede penale⁴⁷⁹. Alla fine, dunque, non sembra poi così tanto peregrina la ricostruzione che vede nella istituzione del Tribunale Speciale il modo attraverso cui la magistratura poté salvarsi da quella che è stata chiamata “la prova del fuoco”, garantendosi in linea di massima dal dovere adottare sentenze particolarmente inique⁴⁸⁰.

magistrato aveva con i diretti superiori e con quelli in servizio al dicastero: rapporti positivi portavano a sedi gradite, a rapide promozioni, a prestigiosi (e remunerati) incarichi dentro e fuori il Corpo giudiziario, e a protezioni in caso di problemi sul lavoro, mentre, al contrario, rapporti negativi impedivano tutto ciò, o addirittura ne invertivano il segno. Di pesanti interventi repressivi nei confronti della magistratura – il primo nel 1923 con una prima epurazione di esponenti contrari al regime, il secondo nel 1925 con lo scioglimento della associazione dei magistrati, e il terzo nel 1932 con l'obbligo di iscrizione al P.N.F. – parla, infine, M. Caravale, *Storia del diritto nell'Europa moderna e contemporanea*, cit., p. 416.

⁴⁷⁶ Qualifica Appiani come magistrato fascistissimo G. Neppi Modona, *Magistratura e fascismo*, cit., pp. 587-588. Sulla vicenda di Appiani, inoltre, si veda O. Abbamonte, *La politica invisibile*, cit., pp. 131 ss.

⁴⁷⁷ Si vedano, in proposito, G. Maranini, *Storia del potere in Italia 1858-1967*, cit., pp. 273 ss.; G. Neppi Modona, *La magistratura e il fascismo*, cit., pp. 565, 569-570, 582 ss.; S. Rodotà, *Le libertà e i diritti*, cit., p. 338; C. Guarnieri, *L'ordine pubblico e la giustizia penale*, cit., p. 386; A. Aquarone, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, cit., pp. 243-244. Sulla sostanziale continuità tra periodo liberale e fascismo sul piano della normativa legislativa insiste anche F. Lanchester, *I giuristi tra storia e politica*, cit., p. 145. Diversa è la prospettiva di F. Biondi, *La responsabilità del magistrato. Saggio di diritto costituzionale*, Milano 2006, p. 81, che, pur sottolineando la circostanza che il regime fascista non sentì subito la necessità di riformare l'ordinamento giudiziario in virtù del fatto che la legislazione vigente consentiva al potere politico di esercitare penetranti controlli sulla magistratura, ritiene che le modifiche del giudizio disciplinare introdotte dai Ministri Oviglio e Grandi finirono per annullare del tutto l'indipendenza dei magistrati.

⁴⁷⁸ Si veda G. Neppi Modona, *La magistratura e il fascismo*, cit., pp. 571-572.

⁴⁷⁹ Del Tribunale Speciale come magistratura non assetata di sangue parla A. Aquarone, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, cit., p. 103, che sottolinea come, in un quindicennio di attività, pronunciò solo 9 condanne alla pena capitale, una sola delle quali rimane particolarmente ripugnante sotto il profilo giuridico, quella di Angelo Sbraderllo, giudicato colpevole di attentato al Capo del Governo, pur avendo avuto soltanto l'intenzione, senza avere neppure concretamente tentato di mettere in atto il proprio proposito.

⁴⁸⁰ Ivi, p. 242. Cfr. anche G. Focardi, *Magistratura e fascismo*, cit., pp. 24-25, che rileva come, da un lato,

l'istituzione del Tribunale Speciale consentì alla maggioranza dei magistrati di sfuggire alla palese dimostrazione della loro convinta fascistizzazione, e, dall'altro, come molti di essi non ebbero bisogno dei tribunali speciali per dare prove di convinta adesione al regime durante il Ventennio.