



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Diritto Penale II

**LA PAROLA (DIS)ARMATA:
LA PROPAGANDA DEL TERRORISMO FRA LIBERTÀ
INDIVIDUALI E ISTANZE SECURITARIE**

RELATORE
Chiar.mo Prof.
Antonino Gullo

CANDIDATO
Alessandro Silverio
Matr. 130443

CORRELATORE
Chiar.mo Prof.
Maurizio Bellacosa

ANNO ACCADEMICO 2018 – 2019

*Ai miei genitori e a mia sorella,
per essere stati luce nelle notti più buie.*

INDICE SOMMARIO

Introduzione..... p. 6

Capitolo I

TERRORISMO: EVOLUZIONE E CONTRASTO DEL FENOMENO

SEZIONE I: INQUADRAMENTO GENERALE

1. Quadro generale ed evoluzione storica della fenomenologia terroristica p. 11
 - 1.1. Peculiari caratteri criminogeni del terrorismo *jihadista*..... p. 21
2. Le strategie comunicative nel c.d. “metodo della paura” p. 25
 - 2.1. “Il terrorismo è un modo di comunicare”: la propaganda nello scenario attuale del terrorismo *jihadista*..... p. 29
3. Terrorismo politico interno: contesto storico p. 34

SEZIONE II: UN’ANALISI DEL QUADRO NORMATIVO IN TEMA DI COUNTER-TERRORISM

- 3.1. La legislazione emergenziale negli “anni di piombo”: profili generali..... p. 36
 - 3.1.1. (segue) Profili normativi p. 46
4. Il contrasto al terrorismo internazionale di matrice fondamentalistica: alla ricerca di una nozione “globale” p. 56
5. Il sistema delle fonti a livello sovranazionale p. 64
 - 5.1. La normativa europea antiterrorismo p. 67
6. Il sistema delle fonti a livello nazionale p. 75
 - 6.1. La fattispecie associativa p. 76
 - 6.2. Le novelle del 2005 e del 2015: la repressione degli atti preparatori e strumentali
 - 6.2.1. Una norma di chiusura che apre a nuovi problemi p. 82
7. L’anticipazione della tutela penale: il paradigma dei reati d’opinione con finalità terroristica p. 92
8. Una *vexata quaestio*: quale spazio per il principio di offensività? p. 99

Capitolo II

ISTIGAZIONE E APOLOGIA DI DELITTO: COME LA PAROLA DIVENTA PERICOLSA

SEZIONE I: I REATI DI OPINIONE FRA LUCI E OMBRE

1. Premessa generale: origine e *ratio* dei reati di opinione p. 113
 - 1.1. Problemi sempre attuali e nuove prospettive definitorie p. 125
2. È possibile un'interpretazione costituzionalmente orientata? p. 135
 - 2.1. ... altri spunti di riflessione p. 141

SEZIONE II: LE FATTISPECIE CRIMINOSE

3. L'istigazione a delinquere ex art. 414 c.p.: introduzione p. 152
4. Elementi strutturali della fattispecie incriminatrice p. 159
 - 4.1. (segue) L'elemento oggettivo nell'applicazione giurisprudenziale p. 169
5. L'istigazione ex art. 302 c.p. e i profili di specialità: il *discrimen* della pubblicità p. 181
6. L'apologia di delitto ex art. 414 comma terzo c.p.: elementi strutturali della fattispecie p. 184
 - 6.1. La necessità di un'interpretazione costituzionalmente orientata e gli arresti della giurisprudenza di legittimità p. 192

SEZIONE III: I C.D. REATI DI PAROLA NELLA LEGISLAZIONE DI COUNTER-TERRORISM

7. Le interpolazioni dei decreti antiterrorismo: il rigore sanzionatorio e “l'utilizzo di strumenti informatici e telematici”. Riflessioni conclusive p. 198

Capitolo III

CYBERTERRORISMO E LEGISLAZIONE EUROPEA: LA PROPAGANDA IN RETE

1. La Direttiva (UE) 2017/541: *regulation* e *policy* della lotta al terrorismo nello spazio euro-unitario p. 215
2. Pubblica provocazione per commettere reati di terrorismo (art. 5) e reclutamento a fini terroristici (art.6) p. 221
 - 2.1. (segue) Il difficile rapporto con l'art. 13 e il paradosso di un'istigazione all'istigazione p. 225

2.2. Il tacito recepimento del legislatore nazionale: prospettive applicative <i>de lege lata</i>	p. 227
3. L'apologia del terrorismo <i>jihadista</i> sui <i>social network</i> : casistica giurisprudenziale in Italia	p. 230
4. Il <i>novum</i> dell'art. 21 della Direttiva UE 2017/541: la tempestiva rimozione dei contenuti <i>online</i> che costituiscono pubblica provocazione	p. 236
4.1. Modalità operative per garantire l'effettivo rispetto dell'obbligo di tempestiva rimozione: la proposta del Regolamento sulla prevenzione della diffusione di contenuti terroristici <i>online</i>	p. 242
4.2. La responsabilità degli <i>Internet Service Provider (ISP)</i> : un passo in avanti o indietro?	p. 253
Bibliografia	p. 264

INTRODUZIONE

Il presente lavoro intende prendere le mosse da un quadro sinottico dell'evoluzione storica della fenomenologia terroristica e delle risposte positive approntate in modo diacronico dall'ordinamento nazionale e da quello sovranazionale. Nel fare ciò, si porrà l'accento sulle manifestazioni internazionali di matrice c.d. fondamentalistica (*i.e.* terrorismo *jihadista*), senza tuttavia tralasciare le peculiarità domestiche – sia sul piano normativo sia operativo-strategico – che, a partire dalla seconda metà del secolo scorso, hanno caratterizzato la lotta al terrorismo politico.

Nella ricostruzione generale del fenomeno terroristico inteso come metodo della paura, si porrà attenzione sugli aspetti correlati alla propaganda, così enfatizzando lo iato fra il terrorismo politico e quello *jihadista* in punto di strategia comunicativa.

Un aspetto sempre più percepito come cruciale dagli organi sovranazionali impegnati nella lotta al terrorismo, è la ricerca di una salda definizione degli atti terroristici, modulata su elementi tanto modali quanto teleologici. Vale a dire una nozione (tendenzialmente) generale e comune per le democrazie occidentali, che possa costituire l'*ubi consistam* di una tutela (preventiva e repressiva) di aspirazione globale. Ad ogni modo, rimangono di fondamentale importanza il dialogo e la cooperazione fra i diversi ordinamenti per poter gettare le fondamenta di un sistema integrato e multilivello (armonizzazione *in sensu lato*).

Seguirà, dunque, una ricognizione del sistema delle fonti sovranazionale di *counter-terrosim*, con particolare riguardo ai provvedimenti elaborati dal legislatore euro-unitario. Dall'analisi della normativa interna di fonte codicistica, così come risultante dalle interpolazioni dei decreti emergenziali del 2005 e del 2015, si intende far emergere una nitida scelta di politica legislativa nel senso di criminalizzare gli atti preparatori e strumentali alle manifestazioni terroristiche più cruenti (quali, ad esempio, arruolamento,

organizzazione di trasferimento, addestramento e auto-addestramento, finanziamento), prescindendo dalla sussistenza del vincolo associativo *ex art. 270-bis c.p.*

In tale contesto si inserisce coerentemente la corroborazione della tutela avverso i c.d. reati di opinione (istigazione a delinquere e apologia di delitto) con particolare attenzione all'uso di strumenti informatici e telematici.

Si intuisce, sin da ora, che il diretto corollario delle novelle in parola è rappresentato dalla significativa anticipazione della soglia di punibilità; il che presenta profili di criticità rispetto a una lettura costituzionalmente orientata, che possa riflettere le norme incriminatrici attraverso il prisma dei canoni di offensività e materialità.

Entrando *in medias res*, si intende analizzare l'istigazione a delinquere (art. 414 c.p.), ponderando, anzitutto, la legittimità costituzionale dell'incriminazione dei c.d. *reati di parola* e il rapporto con la norma di parte generale di cui art. 115 c.p., per poi procedere all'esame degli elementi costitutivi della fattispecie.

Si può già anticipare che, in ordine all'elemento oggettivo, sarà imprescindibile il riferimento all'interpretazione giurisprudenziale, consolidatasi a seguito dell'intervento "ortopedico" della Corte costituzionale nel 1970, al lume del quale assurge a elemento costitutivo del fatto tipico l'idoneità concreta della condotta a eccitare la commissione di atti terroristici.

Cionondimeno, si dovrà riconoscere che tale correttivo ermeneutico ha subito una rimarchevole involuzione nella casistica giurisprudenziale in materia di contrasto terrorismo internazionale, a causa delle peculiarità ontologiche del cyberspazio.

Contestualmente si raffronterà la disposizione di cui art. 302 c.p., enfatizzando il *discrimen* del requisito della pubblicità e, di conseguenza, del destinatario del messaggio propalato.

Seguirà l'esame dell'apologia di delitto (art. 414, comma terzo, c.p.) e dei più rilevanti arresti della giurisprudenza di legittimità e costituzionale, con particolare attenzione, in una prospettiva storica, all'indagine sull'applicazione della fattispecie *de qua* negli "anni di piombo".

Dopo una sinottica ricognizione della normativa sovranazionale, che ha posto in capo agli ordinamenti nazionali l'obbligo di criminalizzare la pubblica provocazione a compiere atti terroristici, si stringerà l'ottica di visuale sulla disciplina del comma terzo dell'art. 414 e dell'art. 302 c.p., ma con un importante *caveat*: l'esegesi delle disposizioni in parola

richiede un'accorta contestualizzazione nello scenario attuale del terrorismo *jihadista*, il quale vede riposta la sua cifra genetica nell'indottrinamento violento e trae linfa, in termini di proselitismo e di politica del terrore, dalle proprie strategie comunicative. Perché, come insegna la sociologia moderna, «il terrorismo è un modo di comunicare. Senza comunicazione non vi sarebbe il terrorismo»¹.

Un passaggio argomentativo cruciale risiede nella constatazione che dalla correlazione fra i delitti di terrorismo (artt. 270 ss. c.p.) e i reati di parola discendono alcune conseguenze foriere di incertezze applicative.

La prima attiene senz'altro al fatto che la propalazione può avere ad oggetto anche un reato associativo e, in tal caso, il pericolo concreto deve essere parametrato non già su un atto materiale. Sotto diverso profilo, l'art. 270-*sexies*, costituendo una norma di chiusura del microsistema di *counter-terrorism*, presenta confini applicativi alquanto sfocati e, sovente, irrazionali; in ultima istanza, si considera che la repressione delle condotte apologetiche e istigative in relazione ad alcune neo-introdotte fattispecie terroristiche risulta *de facto* pleonastica.

De iure condendo si darà conto delle preziose indicazioni provenienti dal disegno di legge n. 1799 del 2007 il quale, recependo un illuminante insegnamento dottrinale, ha tratteggiato una formulazione della fattispecie incriminatrice connotata da profili di autonomia sistematica e da una dettagliata descrizione della condotta, in ossequio al principio di offensività.

Nell'ultimo capitolo sarà centrale l'esame della Direttiva (UE) 2017/541 e del dibattito internazionale che ha condotto alla sua elaborazione. Inoltre, dal momento che il legislatore nazionale ha ritenuto i presidi normativi già vigenti *compliant* rispetto ai dettami europei, sarà opportuno mettere in relazione le disposizioni della Direttiva con gli istituti codicistici domestici.

Focalizzandosi sull'uso di strumenti informatici e telematici nella commissione della pubblica provocazione, il discorso si puntualizzerà sul *cyber-terrorismo*, inteso nella specifica accezione di utilizzo della Rete ai fini della propaganda (c.d. *cyber-jihad*).

Nello strumentario di contrasto al terrorismo internazionale, l'art. 21 della Direttiva in maniera inedita statuisce l'obbligo per gli Stati membri di adottare misure necessarie per

¹ M. MCLUHAN, *Gli strumenti del comunicare*, trad. it., Milano, 1967.

la tempestiva rimozione dei contenuti *online* che costituiscono pubblica provocazione ovvero, in caso di impossibilità, misure per bloccare l'accesso agli stessi.

Orbene, muovendo dal combinato disposto dell'articolo citato con il *considerando* n. 23, si intende ragionare circa le modalità operative attraverso le quali concretare il rispetto di un siffatto obbligo, il ruolo e l'eventuale responsabilità degli *Internet Service Provider*, nonché le interferenze con l'esercizio delle libertà individuali rilevanti.

Prima di intraprendere l'analisi della disciplina positiva (nazionale e sovranazionale) della propaganda al terrorismo, pare opportuno individuare sin da subito alcuni dei "temi caldi" che saranno affrontati e che costituiranno un'importante chiave di lettura per il lettore. Tra questi riveste senz'altro primaria importanza il difficile bilanciamento fra la sicurezza collettiva e la libertà di espressione, che costituisce la «*pietra angolare dell'ordine democratico*»², e si trova alla base di molte delle fattispecie di reato oggetto del presente elaborato. In secondo luogo, rileva la questione del rischio di un ritorno al diritto penale del nemico, dovuto all'anticipazione della soglia di rilevanza penale di cui i delitti di istigazione e apologia sono una plastica rappresentazione. Infine, si impone una riflessione *pro futuro* sugli strumenti di prevenzione di condotte illecite in Rete, ritenendo strategico investire sulla cooperazione volontaria con gli *Internet Service Provider*, nonché favorire la *compliance* aziendale e gli strumenti di prevenzione extra-giuridica, quale la strategia delle c.d. *contro-narrative*.

² Corte cost., sent. 17 Aprile 1969, n. 84.

Capitolo I

TERRORISMO: EVOLUZIONE E CONTRASTO DEL FENOMENO

SOMMARIO: *SEZIONE I: Inquadramento generale.* – Premessa. – 1. Quadro generale ed evoluzione storica della fenomenologia terroristica. – 1.1. Peculiari caratteri criminogeni del terrorismo *jihadista*. – 2. Le strategie comunicative nel c.d. “metodo della paura”. – 2.1. “Il terrorismo è un modo di comunicare”: la propaganda nello scenario attuale del terrorismo *jihadista* – 3. Terrorismo politico interno: contesto storico. – 3.1. La legislazione emergenziale negli “anni di piombo”: profili generali. – 3.1.1. (segue) Profili normativi. – *SEZIONE II: Un’analisi del quadro normativo in tema di counter-terrorism.* – 4. Il contrasto al terrorismo internazionale di matrice fondamentalistica: alla ricerca di una nozione “globale”. – 5. Il sistema delle fonti a livello sovranazionale. – 5.1. La normativa europea antiterrorismo. – 6. Il sistema delle fonti a livello nazionale. – 6.1. La fattispecie associativa. – 6.2. Le novelle del 2005 e del 2015: la repressione degli atti preparatori e strumentali. – 6.2.1. Una norma di chiusura che apre a nuovi problemi. – 7. L’anticipazione della tutela penale: il paradigma dei reati d’opinione con finalità terroristica. – 8. Una *vexata quaestio*: quale spazio per il principio di offensività?.

SEZIONE I: INQUADRAMENTO GENERALE

Premessa

Terrorismo. Dal latino *terrere*, verbo che indica polisemicamente l’azione del *far tremare*, dell’*agitare* e, al contempo, l’effetto sortito sulla sfera psicologica di chi è potenzialmente destinatario di un messaggio ovvero di un’azione di terrore.

L’etimologia raffigura già *prima facie* la quintessenza di un fenomeno tanto antico quanto viepiù complesso e mutante nel tempo: il terrorismo come metodo della paura³.

È di empirica evidenza notare che il terrorismo, soprattutto nelle sue manifestazioni che travalicano i confini nazionali, è oggi il grande spettro che scuote la coscienza delle democrazie occidentali, in una tensione quotidiana alimentata da un simbolismo bellico, che inneggia all’azione stragistica e che risuona nella percezione collettiva come un peana di guerra al *modus vivendi* di una data civiltà in un dato momento storico.

Di talché, oltre le istituzioni e le sovrastrutture topiche della società contemporanea, viene posto sotto assedio quel patto di hobbesiana memoria⁴, che è fondamento stesso del consorzio sociale: “negoziare” la parte assoluta e originaria della libertà individuale in

³ Il riferimento è a R. AITALA, *Il metodo della paura. Terrorismi e terroristi*, Roma – Bari, 2018.

⁴ «Io autorizzo e cedo il mio diritto di governare me stesso a quest’uomo o a questa assemblea di uomini, a questa condizione, che tu gli ceda il tuo diritto, e autorizzi tutte le sue azioni in maniera simile. Fatto ciò, la moltitudine così unita in una persona viene chiamata uno stato, in latino *civitas*. Questa è la generazione di quel grande Leviatano o piuttosto - per parlare con più riverenza - di quel Dio mortale, al quale noi dobbiamo, sotto il Dio immortale, la nostra pace e la nostra difesa...», così T. HOBBS, *Leviatano*, Bur Biblioteca Univ. Rizzoli, 2013.

nome di un bene superiore e generale, rappresentato dalla sicurezza e dalla conservazione dell'umanità.

Lo studio del fenomeno richiede un'osmosi di saperi: dal sapere storico-politico a quello giuridico e sociologico, passando per l'analisi degli aspetti psicologici e comunicativi, senza poter sottacere il ruolo dominante che rivestono le dinamiche e i moventi di tipo economico. L'angolo prospettico dell'analisi è inesorabilmente limitato alle grandi manifestazioni dello scorso secolo e alla cruenta attualità⁵, su cui si è portati a focalizzarsi per un principio di prossimità sia storica che geografica.

In effetti, dapprima il terrorismo politico, che ha ostacolato o ha comunque tentato di mettere a repentaglio lo sviluppo in senso pienamente democratico degli ordinamenti post-moderni, e poi il terrorismo di matrice fondamentalistica (al-Qaida e Daesh) con il suo attacco "frontale" all'Occidente hanno creato un *vulnus* nella sicurezza nazionale: un male, che nei fatti e nel *common sense*, si palesa sempre più prossimo a noi, quasi endemico. Cionondimeno, il terrorismo ha radici profonde nella storia, che attingono non solo alla formazione e all'esistenza dello Stato moderno, ma addirittura all'antichità. Scandagliare la storia sotto la lente del terrorismo, nella sua accezione più ampia e giuridicamente atecnica, sarà utile per comprendere le peculiarità, le intrinseche contraddizioni e le prospettive future di un fenomeno che muta sempre per rigenerarsi.

1. Quadro generale ed evoluzione storica della fenomenologia terroristica

Il metodo del terrore nasce come uno strumento geopolitico di governo dei territori e del dissenso⁶: la storiografia tramanda di eccidi e barbarie esercitate dagli eserciti sui civili non belligeranti al solo scopo di incutere terrore, di annichilire psicologicamente chi non aveva nel contingente risorse o opportunità per una resistenza armata, ma che avrebbe poi potuto coltivare interessi dissidenti rispetto al potere imperante, così da prevenire con il sangue ogni futuribile moto d'insorgenza.

Sin dalle manifestazioni primigenie si è palesata una cifra genetica del terrorismo, costituita dalla estemporaneità, che non rende prevedibili il luogo e il tempo della

⁵ Il *Global Terrorism Database* dell'Università del Maryland registra 170.000 episodi terroristici dal 1970 al 2016, di cui 83.000 esplosioni, 18.000 omicidi e 11.000 rapimenti. Nel solo 2016 si registrano 13.480 eventi.

⁶ M. FOSSATI, *Terrorismo e terroristi*, Bruno Mondadori, Milano, 2003, p. 18.

commissione dell'atto di ferocia e che sovente rende ardua la precipua individuazione di chi, in concreto, si è fatto mandante del gesto.

Nel corso del Medioevo il metodo del terrore viene declinato come tirannicidio, teso alla rottura dello *status quo* e all'istituzionalizzazione di un potere costituendo, che vede nella perpetrazione di un'atrocità il suo viatico; siffatto metodo vivrà una reviviscenza nel corso del Risorgimento⁷ e delle guerre religiose del XVI secolo.

La prassi sanguinolenta subisce una categorizzazione politica e ideologica con il giacobinismo, il cui programma si è sviluppato embrionalmente nel Comitato di salute pubblica fino all'instaurazione di un vero e proprio regime del Terrore, che sconvolgerà la Francia dal giugno del 1793 al luglio 1794.

Il massimo teorico del Terrore "virtuoso", Maximilien de Robespierre, predica la politica terroristica in termini funzionali alla salvaguardia delle libertà e delle virtù conquistate con la Rivoluzione: «Il Terrore non è nient'altro che giustizia, rapida, severa e inflessibile: dunque è un'emanazione della virtù. [...] La massima principale della vostra politica deve essere di guidare il popolo con la ragione e i nemici del popolo con il Terrore»⁸.

Il terrore è, dunque, il principale strumento di governo e risponde a un'esigenza di giustizia, che all'emblema della Bastiglia sostituirà quello della ghigliottina; in tale ottica, viene estesa la c.d. "legge sui sospetti", che consente di privare della libertà e di giustiziare arbitrariamente gli avversari, attraverso la costruzione di fattispecie penali indefinite nei loro elementi costitutivi, l'annullamento del diritto di difesa e l'introduzione in giudizio della c.d. prova morale a detrimento delle prove documentali e testimoniali.

È proprio nella fase del "Grande Terrore" che si insinuano le due grandi contraddizioni, le quali – ovviamente, *mutatis mutandis* – segneranno la storia successiva del fenomeno. Da un lato, l'affermata volontà di proteggere l'ordine costituito sarà surrettiziamente sfruttata dai regimi di aspirazione autocratica come pretesto per soffocare nel sangue gli oppositori, affibbiandogli proprio l'etichetta di terroristi⁹: quello che si va affermando

⁷ Si pensi all'uccisione di Alessandro de' Medici nel 1537 per mano di Lorenzino de' Medici, che nella *Apologia* giustifica il gesto come necessaria difesa della libertà repubblicana.

⁸M. ROBERSPIERRE, *Sui principi di morale e politica che devono guidare la Convenzione nazionale nell'Amministrazione interna della Repubblica*, riprodotto in M. FOSSATI, *Terrorismo e terroristi*, cit., e ripreso da R. AITALA, *Il metodo della paura. Terrorismo e terroristi*, cit., p. 31.

⁹Jorge Rafael Videla, dittatore dell'Argentina tra il 1976 e il 1981, fu il mandante di un vero eccidio a danno di quella parte della popolazione che non intendeva allinearsi al pensiero politico dominante e che denunciava la soppressione dei diritti civili e sociali. I presunti oppositori venivano perseguitati come terroristi: "sono terroristi tutti coloro che diffondono idee contrarie alla civiltà occidentale e cristiana".

come il terrorismo di Stato reprime il nemico-terrorista. Dall'altro lato, stride acutamente il contrasto tra sicurezza e libertà: se nella Francia post-rivoluzionaria il metodo della paura era, almeno in principio, funzionale a preservare l'agognata libertà, per il cui fine venivano consacrate le seppur deboli garanzie del singolo; non si può non riconoscere come - a parti formalmente inverse - nell'attuale scenario di contrasto al terrorismo internazionale, soprattutto in quegli ordinamenti che scorgono nello *ius in bello* lo strumento di lotta peggiore¹⁰, l'effettivo esercizio dei diritti individuali dei *cives* è sovente recessivo rispetto alle esigenze di sicurezza nazionale e il sospettato *hostis* è reso scevro di adeguate garanzie, sia sostanziali che processuali.

Per una sorta di eterogenesi dei fini coloro che, in prima battuta, avevano sostenuto il "Grande Terrore" iniziarono ben presto a stigmatizzare l'odioso abuso del potere esercitato dal dittatore, accusandolo proprio di "terrorismo".

Scende così il crepuscolo sul disegno politico di Robespierre, ma non senza che questo abbia lasciato un segno indelebile.

Nel 1798, infatti, per la prima volta nella storia il *Dictionnaire de l'Académie Française* contempla il sostantivo "*terrorisme*" con il significato di "sistema, regime del terrore". Come suffragato dalla letteratura coeva e immediatamente successiva, il vocabolo acquista una connotazione fortemente negativa¹¹, che involve un giudizio di disvalore in ordine all'uso cieco della violenza contro una parte della popolazione, a cui è aduso ricorrere il potere costituito per garantirsi stabilità ed effettività, in una sola parola: auto-conservazione¹².

¹⁰R. BARTOLI, *Legislazione e prassi in tema di contrasto al terrorismo internazionale: un nuovo paradigma emergenziale?* in *Dir. pen. cont.*, 2017, p. 3, evidenzia che «così, sul piano internazionale, è stata elaborata l'idea della guerra al terrorismo. Guerra al terrorismo significa possibilità di utilizzare una reazione di tipo militare contro un'organizzazione criminale, vale a dire contro un fenomeno criminoso e non contro uno Stato, e quindi abbandonare e confondere la distinzione fondamentale tra diritto in tempo di guerra (combattente legittimo) e diritto in tempo di pace (criminale): e il risultato finale di questa strategia è stata la realtà di Guantanamo e l'impiego degli omicidi c.d. mirati, vale a dire strumenti di annientamento del nemico assoluto, con conseguente violazione dei diritti fondamentali dell'uomo. Sul piano del diritto interno, è stata elaborata l'idea del diritto penale del nemico».

¹¹ «Il metodo del terrore nasce dunque come manifesto politico virtuoso e si evolve in strategia antitetica alla politica, se correttamente intesa come "arte" di governo. Il giudizio di valore si trasforma da positivo a negativo, ma l'espressione continua a designare, come in origine, un metodo di violenza statale, non privata», così R. AITALA, *Il metodo della paura. Terrorismo e terroristi*, cit., p. 32.

¹²È opinione condivisa che tale forma di terrorismo di Stato sia annoverabile fra i c.d. delitti di Stato, ossia delitti di natura politica compiuti dallo Stato a danno degli oppositori politici. Di tale avviso A. MARINELLI, *Il delitto politico*, in *Arch. pen.*, 1976, pp. 71 ss.; in senso adesivo, V. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013, *passim*.

Un enunciato che vede un'ulteriore concretizzazione nel secolo scorso in cui il terrore, da intendersi quale esercizio della violenza pubblica e concreta antitesi delle dinamiche fisiologiche dello Stato di diritto, risulta essere la strategia governativa prediletta dai dittatori e dagli autocrati: si pensi - solo in modo esemplificativo, ma non esaustivo - alle azioni perpetrate da Pinochet in Cile, da Videla in Argentina, da Stalin nell'URSS.

Si consolida così il c.d. *terrorismo di Stato*, fondato sul binomio governo-paura, di volta in volta giustificato da paventati interessi superiori, che reclamano il crisma della giustizia: si invoca, ad esempio, la necessità di difendere la tradizione occidentale, un certo credo confessionale o una certa ideologia politica ovvero la sicurezza dello Stato dal male che avanza, ma soprattutto si invoca la necessità di combattere i terroristi. Proprio quest'ultimo fine denota una confusione, concettuale prima ancora che terminologica, in cui i vocaboli 'terrorismo' e 'terrorista' appaiono come categorie vuote, all'occorrenza abusate per coprire disegni politici, in fondo non così reconditi.

Ma siffatta confusione di idee ha trovato un suo preciso riscontro sul piano delle relazioni e degli organismi internazionali. Il che richiede una pur sintetica digressione sulla problematica del c.d. *terrorismo di Stato*.

Emblematico, ai fini del nostro discorso, l'intervento nel 2005 dell'allora Segretario generale dell'ONU, Kofi Annan, che ha sostenuto: "è tempo di mettere da parte i dibattiti sul c.d. *terrorismo di Stato*. L'uso della forza da parte degli Stati è già regolato in modo esauriente dal diritto internazionale"¹³.

Le parole di Annan sono, infatti, da ascrivere a quell'opinione maggioritaria, che denega la sussistenza del fenomeno terroristico laddove l'autore degli atti efferati, realizzati con il metodo del terrore, sia un'entità statale. In tal caso, secondo la tesi prospettata, si tratterebbe di una mera violazione del diritto internazionale umanitario o di quello pattizio, laddove vigente in materia, una violazione che origina la responsabilità internazionale dello Stato interessato, in particolar modo ai sensi dell'art. 2 della Carta delle Nazioni Unite¹⁴.

La configurabilità del *terrorismo*, pertanto, viene limitata alle sole attività di attori non statali avverso le istituzioni politico-governative. Il diretto corollario di tale assunto è

¹³ Rapporto del Segretario generale ONU, *In Larger Freedom: Towards Development, Security and Human Rights for All*, UN doc. A/59/2005, par. 91.

¹⁴ Art. 2, par. 4, della Carta delle Nazioni Unite: «*I Membri devono astenersi nelle loro relazioni internazionali dalla minaccia o dall'uso della forza, sia contro l'integrità territoriale o l'indipendenza politica di qualsiasi Stato, sia in qualunque altra maniera incompatibile con i fini delle Nazioni Unite*».

rappresentato dalla circostanza che le fonti internazionali in materia di contrasto al terrorismo (v. *infra* par. 5) proiettano il fenomeno dall'unica prospettiva dell'iniziativa "privata" (*rectius*: non statale).

Di segno opposto un'autorevole dottrina penal-internazionalistica¹⁵ - si segnalano, in particolare, le opinioni espresse dal giudice della Corte Internazionale Penale, Rosario Aitala, e dal Prof. Antonio Cassese - che arguisce il paradosso in cui sfocia la tesi della negazione del terrorismo per mano statale: così opinando, "altro sarebbe uccidere indiscriminatamente dei civili in un mercato con una bomba rudimentale e altro farlo con un missile ad alta precisione scagliato da un cacciabombardiere"¹⁶.

Sul punto non pervengono indicazioni chiarificatrici dal dibattito della comunità internazionale incardinatosi in senso alle Nazioni Unite, ove l'espressione 'terrorismo di Stato' è stata sovente affermata con un diverso e limitato significato, ossia di *j'accuse* contro gli Stati che appoggiano ovvero sostengono, in modo diretto o indiretto, gruppi terroristici, soprattutto in quei casi in cui è emerso che taluni funzionari governativi abbiano contribuito ovvero agevolato l'esecuzione di un attentato¹⁷.

Il sostegno da parte di uno Stato a gruppi armati di stampo terroristico, per rispondere ad interessi strategici di politica estera o di politica nazionale, nell'ottica delle Nazioni Unite assurge a paradigma esclusivo di terrorismo di Stato e si tratta di una circostanza storicamente contemplabile soprattutto in quelle realtà geopolitiche interessate dai conflitti più recenti: Afghanistan, Iraq, Libia, Somalia, Siria, Yemen.

A complicare il quadro la constatazione che il riconoscimento della sussistenza del terrorismo in siffatte situazioni, per quanto limitate, pone delicati problemi in ordine alla attribuibilità degli atti terroristici agli Stati i cui funzionari abbiano prestato un'opera di intermediazione criminale e, soprattutto, all'effettività punitiva della responsabilità internazionale dello Stato interessato.

¹⁵ Un riscontro positivo si rinviene nell'art. 19 del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati, approvato dalla Commissione di diritto internazionale delle Nazioni Unite del 1976 e parzialmente modificato nella versione del 2016. Per una disamina sul Progetto si rinvia a P. PICONE, *Obblighi erga omnes e codificazione della responsabilità degli Stati*, in *Riv. dir. internaz.*, 2005, pp. 893 ss.

¹⁶ R. AITALA, *Il metodo della paura. Terrorismo e terroristi*, cit., p. 42.

¹⁷ Si ricordino i due attentati congiunti del 27 dicembre 1985 eseguiti presso gli aeroporti di Vienna e Roma, che causarono la morte di 20 persone. Il gesto fu attribuito al gruppo terroristico palestinese guidato da Abu Nidal; tuttavia, l'Intelligence statunitense portò alla luce il coinvolgimento della Libia, che peraltro offrì rifugio agli esecutori. Gli USA e la Comunità Europea ricorsero alle sanzioni contro la Libia. Per una trattazione maggiormente esaustiva in ordine agli episodi di sostegno a gruppi terroristici da parte degli Stati si rinvia a K.N. TRAPP, *State responsibility for international terrorism*, Oxford University Press, New York, 2011; A. CASSESE, *International criminal law*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

In sostanza, gli Stati rispondono solo quando gli atti terroristici siano stati compiuti a loro vantaggio ovvero quando abbiano sostenuto, tollerato o comunque permesso l'azione di soggetti terroristici, individuali o organizzati, che operano su iniziativa "privata". A carico di un'entità statale è, però, addebitabile solo una responsabilità internazionale, che può tradursi nell'imposizione di indennizzi o di altre sanzioni, ma mai in una responsabilità di tipo penale, limitata esclusivamente all'individuo, seppur questi risulti essere inserito in gruppi od organizzazioni, talvolta anche di natura parastatale¹⁸.

Alla fine del XIX secolo con la progressiva diffusione dei movimenti sovversivi e anarchici si è perfezionata la prima grande metamorfosi del metodo del terrore, il quale da strumento di governo veicolato attraverso la violenza pubblica diviene un'arma di lotta politica contro l'ordine costituito: si afferma così il terrorismo contro lo Stato, anche detto terrorismo antistatale.

La nuova stagione terroristica è inaugurata proprio nella notte del 24 dicembre del 1800 con l'esplosione a Parigi di una botte satura di chiodi e polvere da sparo (la ben nota "macchina infernale"¹⁹), che causerà la morte di oltre venti civili, disseminando terrore e disordine fra la popolazione, ma aveva, in realtà, come bersaglio (mancato) Napoleone.

Il metodo terroristico - rivoluzionario si diffonde a macchia in tutto il continente europeo²⁰. I gruppi eversivi, al di là delle naturali diversificazioni dettate dai peculiari contesti politici e sociali in cui si inseriscono, presentano un denominatore comune costituito dall'essere piccole realtà isolate, senza un radicato consenso popolare, che operano attraverso gesta clamorose per farsi propaganda e per destabilizzare l'ordine pubblico, in nome di un obiettivo superiore da raggiungere: la libertà.

Il terrore attuato nelle lotte per la liberazione nazionale acquisisce toni sempre più bruti e violenti sino a diventare stragismo nell'ambito del conflitto arabo-sionista in Palestina, che nel 1947 raggiungerà l'acme a seguito della risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite in virtù della quale, con un colpo di penna sulla carta geografica, il

¹⁸ Così V. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale del contrasto al terrorismo internazionale*, cit., p. 77. L'Autrice rinvia all'ampia trattazione di A. CASSESE, *Lineamenti di diritto internazionale penale*, Bologna, 2005, p. 168.

¹⁹ M. DAVIS, *Breve storia dell'autobomba. Dal 1920 all'Iraq di oggi. Un secolo di esplosioni*, Einaudi, Torino, 2007.

²⁰ R. AITALA, *Il metodo della paura. Terrorismo e terroristi*, cit., pp. 49 ss.: per comprendere la portata sempre più universale del c.d. terrore anarchico, soprattutto per le conseguenze storiche che implicherà, l'Autore pone particolare attenzione all'assassinio dell'arciduca d'Austria Francesco Ferdinando d'Asburgo-Este e della moglie Sofia per mano di Gavriilo Princip, esponente dell'organizzazione segreta "Giovane Bosnia".

Paese viene diviso in due blocchi e si riconosce a Gerusalemme uno *status* separato sotto controllo internazionale.

La reazione è immediata e di terrore puro: a Gerusalemme un'autobomba esplode cagionando la morte di circa sessanta ebrei; il 9 aprile del 1948 i miliziani sionisti assaltano un villaggio nelle prossimità di Gerusalemme, consumando un vero e proprio eccidio: vengono seviziati centocinquanta civili, fra cui donne e bambini.

In Europa la matrice insurrezionalista, maturata nei movimenti anarchici dell'Ottocento, si preserva e si sviluppa con notevoli diversificazioni nei progetti criminali di quelle organizzazioni che fra gli anni Settanta e Ottanta dello scorso secolo tendono a sovvertire l'ordine costituito dei propri Paesi, per le finalità più disparate, e a imporre la propria *Weltanschauung*. In Italia si annoverano le Brigate Rosse, Prima Linea e i Nuclei Armati Rivoluzionari, mentre in Germania la *Rote Armée Fraction*; con sensibili differenze, si può far riferimento altresì all'azione "rivoluzionaria" dell'*ETA* in Spagna e dell'*IRA* in Irlanda²¹. Trattasi in ogni caso di un terrorismo che persegue finalità politiche, corroborate da un marcato ideologismo, e che ha di mira obiettivi e bersagli ben definiti. Negli anni Novanta inizia ad affermarsi nell'area mediorientale una forma di terrorismo non statale con finalità geopolitiche che riporta in auge le tesi dell'islamismo politico²², estremizzandole patologicamente e mutuando i caratteri propri del fondamentalismo religioso: è la genesi del terrorismo *jihadista*.

Occorre interrogarsi preliminarmente su cosa sia il *jihad* e sulla sua storica concezione: letteralmente "sforzo", il lemma viene più comunemente interpretato come "guerra

²¹ L. PICOTTI, *Terrorismo e sistema penale: realtà, prospettive, limiti*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 1, p. 251.

²² E. PACE alla voce "Islamismo" dell'Enciclopedia italiana – IX Appendice (2015) fornisce la seguente definizione: «In generale, per islamismo si intende una rete di movimenti e gruppi politici, nati nelle società a maggioranza musulmana, ispirati da un'ideologia religiosa basata sull'islam. L'idea fondamentale dell'islamismo è l'instaurazione di uno Stato etico, integralmente fondato sul primato della Legge coranica (*sharī'a*) e governato da un ceto politico che si sente legittimato non tanto perché riceve consenso dal popolo, quanto perché sente di avere una missione da compiere: ricondurre e ridurre le ragioni della politica alle ragioni della verità assoluta. I movimenti islamisti, perciò, danno voce a un pensiero di radicale rifiuto dello Stato moderno, laico e neutrale rispetto alla religione. Da un punto di vista storico, l'islamismo conosce tre fasi: *a*) le origini (1928-41), quando nascevano, rispettivamente, in Egitto la Fratellanza musulmana (1928) e in Pakistan (allora India britannica) la Al-Jamā'a al-Islāmiyya (1941); *b*) la successiva formazione, fra il 1980 e il 1990, di veri e propri partiti e gruppi politici organizzati (come, per es., il Fronte di salvezza islamica in Algeria) in opposizione ai vari regimi autoritari postcoloniali; *c*) la terza fase, ancora in corso, caratterizzata dalla violenta repressione in vari Stati di tali movimenti, in quanto responsabili di gravi atti di terrorismo. Da qui è iniziata la formazione di una prima rete internazionale di combattenti, reduci dalle sconfitte patite nelle loro rispettive patrie e pronti a battersi a livello mondiale per l'affermazione dello Stato islamico: da al-Qā'ida (la Base) al Da'ish (lo Stato islamico dell'Iraq e della Siria)».

santa”, atteso che tale concetto – pur estraneo ai cinque precetti fondanti dell’Islam²³ - ha assunto nel corso degli ultimi quattordici secoli di storia la significazione di “*azione militare volta all’espansione dell’Islam ed eventualmente alla sua difesa*”²⁴.

Tradizionalmente il *jihad* può essere condotto solo con il solenne beneplacito dell’autorità (imam o califfo), la cui storica mancanza fa sì che il mondo musulmano, condannando la brutalità e l’indiscriminatezza delle violenze perpetrate, invero contrarie alla *sharī’a*, addita l’illegittimità del *jihad* dichiarato da Al-Qaida, da Daesh e da altri gruppi terroristici affini. Si intuisce, dunque, come si debba rifuggire da un’aprioristica qualificazione del terrorismo *jihadista* come mero terrorismo islamico ovvero religioso²⁵e, soprattutto, come la contro-narrativa di un Islam che legittima sì la guerra di religione, ma che condanna l’abuso ingiustificato della violenza su vittime innocenti, sia oggi un irrinunciabile strumento di prevenzione del terrorismo internazionale, da spendere soprattutto come *counter-weight* al programma propagandistico di Daesh.

Il conflitto afgano degli anni Ottanta, sorto per la liberazione del Paese dall’invasione sovietica, è stato prodromico²⁶ allo sviluppo dei gruppi terroristici che hanno segnato drammaticamente la storia post-moderna fino ai giorni nostri. Infatti, è proprio con l’insediamento del governo Taliban che inizia a emergere un giovane sceicco di origine saudita, che tesse una rete di affari con gli Stati Uniti e che si propone come *trait d’union* fra i servizi segreti pakistani (ISI) e quelli sauditi: risponde al nome di Osama bin Laden. Questi fonda al-Qaida (*Qaidat al-jihad*: la base del *jihad*), un’organizzazione terroristica internazionale²⁷, connotata da una anatomia *sui generis*: questa viene architettata come

²³ Di segno opposto l’argomentazione di F. FASANI, *Terrorismo islamico e diritto penale*, Padova, 2016, che dai versi coranici «Quando poi siano trascorsi i mesi sacri, uccidete questi associatori ovunque li incontriate, catturateli, assediateli e tendete loro agguati» (IX:5) e «Getterò il terrore nei cuori dei miscredenti: colpiteli tra capo e collo» (VIII:2) deduce la piena legittimità del *jihad* come precetto religioso.

²⁴ D. COOK, *Storia del jihad. Da Maometto ai giorni nostri*, Einaudi, Torino, 2007, riprodotto in R. AITALA, *Il metodo della paura. Terrorismo e terroristi*, cit., p. 106.

²⁵ Una pronuncia della Corte d’Appello di Milano del 17 febbraio 2006 (Drissi e altri) ha avvertito che «non bisogna confondere le strutture delle Moschee o dei Centri di studio islamici, finalizzate alla pratica religiosa e agli studi, con le strutture di gruppi clandestini che – in specifiche situazioni tutte da provare – hanno abusivamente utilizzato i suddetti luoghi di culto e di studio per compiere varie attività di tipo criminale, che comprendevano fattivi appoggi al terrorismo internazionale».

²⁶ R. AITALA, *Il metodo della paura. Terrorismo e terroristi*, cit., evidenzia come «i campi di battaglia afgani divennero così la più grande “incubatrice sociale e religiosa dell’Islam radicale globale” e li si determinò un salto di qualità inimmaginabile nella potenza simbolica e operativa del *jihad* internazionale» p. 114.

²⁷ Qualificata come tale per la prima volta dalla Corte Federale dello Stato di New York nel 2001 nell’ambito del giudizio per gli attentati del 1998 compiuti contro le ambasciate statunitensi in Kenya e Tanzania.

una rete nebulosa in grado di intercettare, connettendo e coordinando, gruppi *jihadisti* autonomi, operanti in realtà territoriali diverse e mossi da finalità eterogenee. Solo *in itinere* la cellula-madre (*hardcore*) suggella un precipuo programma ideologico-politico: il c.d. *jihad* internazionale²⁸.

L'11 settembre del 2001 è il tragico inizio della guerra all'Occidente: l'attacco al *World Trade Center* e al Pentagono, realizzato da terroristi sauditi, viene rivendicato personalmente da bin Laden; seguiranno l'attentato a Bali di *Jamaa Islamiyya* nel 2002, quello alla stazione Atocha di Madrid nel 2004, alla metropolitana di Londra nel 2005 e sempre nello stesso anno l'attentato di Sharm el-Sheikh. È un nemico insidioso e sfuggente, "che viene dall'esterno, ma che si muove all'interno dell'occidente, e che può contare qui su una vasta rete di complicità"²⁹.

Nel 1999 viene fondato il *Gruppo dell'Unicità di Dio e del Jihad* (JTJ) con a capo il giordano Abu Mus'ab al-Zarqawi, a cui al-Qaida affida la *governance* di un campo d'addestramento ad Herat, ove incontrerà Abu Abdullah al-Muhajir, autore della "*Teologia del massacro*", un testo assai fruito da Daesh ai fini della propaganda e dell'addestramento.

Il campo di battaglia eletto da JTJ è l'Iraq, atteso che l'azione di contrasto armato agli sciiti è agevolata dall'intervento americano del 2003 con il quale si è segnata la caduta del regime di Saddam Hussein. Nel 2006 la neonata al-Qaida in Iraq (AQI) propone il progetto di uno Stato Islamico in Iraq (ISI), che costituisce l'archetipo dell'*Islamic State*: l'organizzazione terroristica mira ad affrancarsi dalla rude struttura di gruppo armato combattente per affermarsi come un soggetto aggregativo dotato di territorialità, di risorse finanziarie, di un primordiale assetto gestionale-amministrativo e di servizi di sicurezza.

Per le contingenze geopolitiche il baricentro del *jihad* si sposta sulla Siria: anche stavolta il *modus accessus* è rappresentato dal disordine interno cagionato dalle "primavere arabe". Il gruppo *Stato Islamico dell'Iraq e del Levante* (ISIL), sotto l'egida di al-Baghdadi, eleva a proprio capitale Raqqa, viene poi conquistata Mosul e il 29 giugno del

²⁸ Come evidenza F. VIGANÒ, *Sul contrasto al terrorismo di matrice islamica tramite il sistema penale tra 'diritto penale del nemico' e legittimi bilanciamenti*, in *Studi Urbinati "Terrorismo internazionale e tutela dei diritti individuali"*, Vol. 58, n. 4, 2007, p. 330, risale all'agosto 1996 il primo documento di bin Laden contenente una vera e propria dichiarazione di *jihad* contro il regime saudita e i suoi *partner* occidentali, incitando tutti i musulmani del mondo a prendere le armi per l'instaurazione di uno Stato islamico nella penisola arabica.

²⁹ *Ibidem*.

2014 è annunciata la palingenesi del Califfato e l'istituzionalizzazione dello "Stato Islamico"³⁰.

La strategia dell'auto-proclamato Califfato si dispiega lungo due direttrici.

La prima, quella originaria e prioritaria, di matrice geopolitica ("resistere ed espandersi"), che ha come *mission* la conquista territoriale della regione – il Califfato arriverà a controllare circa novantamila chilometri quadrati³¹ - sfruttando la sinergia con i gruppi terroristici affini, l'instabilità politica interna, l'*endorsement* anche finanziario delle monarchie del Golfo avverse ad al-Assad e ricorrendo al metodo del terrore più sanguinario per reprimere gli oppositori.

Dall'altro lato, si delinea in tempi più recenti il volto internazionale (*rectius*: globale) del *jihad* e la minaccia trasla così verso l'Occidente, portando la dichiarata "guerra santa" in Europa: nel 2015 l'esecuzione nella redazione di "*Charlie Hebdo*" (sebbene sia stato rivendicato da un nucleo di al-Qaida), gli attentati simultanei di Parigi, il doppio attacco a Bruxelles, gli attentati in tempi diversi a Istanbul e a Londra, poi Nizza, Berlino, Manchester, Barcellona.

A tacere delle problematiche correlate alla mancata integrazione delle generazioni di migranti, gli attacchi europei rispondono nella strategia *jihadista* a un duplice ordine di ragioni: per un verso, contro-attaccare le compagini militari impegnate nei teatri del conflitto medio-orientale; per altro verso, fare proselitismo esercitando *appeal* verso i *foreign fighters* occidentali.

È l'apoteosi del metodo della paura, la cui magnitudine si riverbera su scala globale, sollecitando una immediata risposta ordinamentale a livello tanto nazionale quanto sovranazionale, dal momento che, come osservato dal Prof. Giorgio Marinucci «nessuna 'anima bella' può sottovalutare la gravità del terrorismo internazionale».

Con la caduta di Raqqa a fine 2017 inizia la parabola discendente e lo Stato Islamico volge verso il suo epilogo. Come diretta conseguenza l'*establishment jihadista* si disinteressa dal coordinare e pianificare gli attacchi europei, dovendosi focalizzare, per converso, sul guadagnare vie di fuga e sullo sfruttamento dei giacimenti petroliferi precedentemente conquistati.

³⁰ Per una trattazione completa si rinvia a R. CASAGRANDE, *Da'ish tra propaganda e guerra d'informazione. Un'analisi delle strategie comunicative dei terrorismi nel XXI secolo*, in *Rassegna dell'Arma dei Carabinieri*, 2016, 3, pp. 41 ss.; R. AITALA, *Il metodo della paura. Terrorismo e terroristi*, cit., pp. 124 ss.

³¹ Il dato è riferito da R. AITALA, *op.cit.*

Ma la fase di tregua in Europa, che tutt'ora viviamo, coinvolge un pericolo non sottovalutabile, rappresentato dai lupi solitari e dal ritorno dei *foreign fighter*³². È la minaccia dei c.d. *returnees*³³, cioè dei combattenti sfuggiti alla morte e “di quanti hanno fatto rientro in alcuni Paesi europei dopo anni trascorsi al “fronte”, di donne e minori: “spose” e “figli” di Daesh che potrebbero aver sviluppato vulnerabilità e vissuti tali da condizionarne i comportamenti e di innescarne l’attivazione violenta anche a distanza di tempo”³⁴.

Il 22 marzo 2019 le milizie curde, sostenute dal contingente statunitense, annunciano la liberazione di Baghuz (Siria), ultima roccaforte dell’*Islamic State*; nell’arco delle successive ventiquattro ore i profili social di *Amaq*, agenzia sostanzialmente deputata all’informazione *jihadista*, diffonde un video con un’eloquente minaccia agli infedeli lontani: “investire col fuoco i loro territori”.

La Conferenza internazionale “*Bridg&*” (*Bringing Radicalized Individuals to Disengag&*)³⁵, svoltasi a Roma nel maggio del 2019 e promossa dal Dipartimento delle informazioni per la sicurezza (DIS) della Repubblica Italiana, ha nitidamente analizzato i rischi del c.d. terrorismo *homegrown* quale grave e attuale minaccia per l’intera comunità internazionale: alcuni gruppi terroristici transnazionali, infatti, continuano a pianificare attentati e a incitare i singoli individui, fra i quali spiccano soprattutto i *returnees*, al compimento di azioni violente. Una minaccia che si rivela ancora una volta polimorfa, atteso che gli attori coinvolti contemplan quale proprio campo elettivo tanto il mondo fisico quanto quello virtuale, anzi è proprio su quest’ultimo circuito che i processi di radicalizzazione non sembrano indugiare.

1.1. Peculiari caratteri “criminogeni” del terrorismo *jihadista*

³² A. ORSINA, *L’ISIS non è morto. Ha solo cambiato pelle*, Milano, 2018.

³³ L’*EU Terrorism Situation and Trend Report 2018* avverte che gli «EU Member States reported that returnees to Europe may have a certain amount and operational experience; gained an enhanced capability to commit acts of terrorism; and prone to violence upon their return. They also serve as role models and might be involved in recruiting and radicalising others. Furthermore, returnees and other extremists in prison may encourage inmates to ultimately travel overseas to fight or conduct other terrorist activities».

³⁴ Così la Relazione sulla Politica dell’Informazione per la Sicurezza 2018 del Dipartimento delle Informazioni per la Sicurezza (DIS).

³⁵ Il *concept paper* della conferenza è consultabile sul sito web: www.sicurezzanazionale.gov.it

Ponendo l'accento sul terrorismo *jihadista* - espressione in cui si compendia la più recente fase del fenomeno, che ha visto nell'auto-proclamato Stato Islamico il suo demiurgo - emergono dei caratteri inediti e peculiari, la cui analisi empirico-criminologica è assai rilevante ai fini dell'inquadramento giuridico e del contrasto dello stesso attraverso lo strumento penale.

Innanzitutto, il Prof. Antonio Cassese³⁶ ha individuato un elemento ontologico del nuovo metodo della paura nella “*de-personalizzazione della vittima*”, da cui discende la neutralizzazione di ogni considerazione vittimologica.

La vittima degli attentati europei, fatta eccezione per la vicenda di “Charlie Hebdo”, viene oggettivata come *res* su cui deve manifestarsi la violenza sanguinaria e la sua morte deve essere meramente strumentale a far dilagare il terrore, nonché a simboleggiare la contro-offensiva nei confronti dei governi occidentali che avversano militarmente il *jihad* in Medio Oriente.

La vittima è resa avulsa dalla sua storia e dal suo *background* personale, quasi privata della propria dignità³⁷, in quanto sconta la sola “colpa” di essere parte di un sistema politico-sociale, considerato alieno e nemico, sebbene essa sia formalmente estranea ai processi decisionali dei vertici governativi. La totale indifferenza nella scelta delle vittime rende i bersagli dei terroristi difficilmente intellegibili e individuabili prima dell'atto clamoroso. L'esecuzione avviene in un contesto quasi “sacrificale” sia per la vittima, che è un terzo innocente, sia per il terrorista suicida che - diversamente dal terrorista politico - accetta con volizione il martirio, scorgendo nella *istihhad* (“morte eroica”) non solo il più efficace contributo da offrire all'organizzazione terroristica, ma anche la massima sublimazione della propria esistenza.

Siffatta circostanza ha storicamente posto un'ulteriore e ardua sfida per il legislatore e, soprattutto, per le autorità nazionali impegnate nel contrasto al terrorismo, imponendo loro di mutare la strategia di prevenzione consolidata negli “anni di piombo”, attesa la significativa asimmetria che sussiste fra il terrorismo politico e quello internazionale in ordine all'individuazione dei soggetti che patiscono l'offesa criminale.

³⁶ A. CASSESE, *International criminal law*, Oxford, 2003.

³⁷ R. BARTOLI, *Le nuove emergenze terroristiche: il difficile rapporto tra esigenze di tutela e garanzie individuali*, in R. WENIN – G. FORNASARI (a cura di), *Diritto penale e modernità. Le nuove sfide tra terrorismo, sviluppo tecnologico e garanzie fondamentali. Atti del Convegno. Trento, 2 e 3 ottobre 2015*, in *Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza/Università degli Studi di Trento*, 2017.

Intimamente connessa al profilo della *de-personalizzazione* della vittima è l'assoluta prospettiva nemicale³⁸ che fa da sfondo al fenomeno terroristico: qui il disvalore sociale non si puntualizza sulla singola condotta antigiuridica, al pari di quanto accade per un *quivis de populo* che, violando le prescrizioni penali e in tal modo offendendo un bene giuridicamente tutelato, fa ricadere lo stigma sul fatto di reato commesso, poiché il terrorista si pone come un nemico che mira a vulnerare un intero sistema di valori³⁹.

Altra peculiarità è il grado variabile dell'offensività: da condotte offensive minime, dal valore per lo più simbolico (si pensi all'apologia), ad atti dotati di una tale carica che "si approssima a un vero e proprio atto bellico"⁴⁰.

La fisionomia dell'organizzazione *jihadista* presenta accanto al nucleo centrale, rappresentato dallo Stato Islamico, una galassia di cellule e talvolta anche di singoli individui (i lupi solitari), che operano *in situ* e con una più o meno estesa autonomia. Il che, sul versante del *quomodo* di esecuzione degli atti terroristici, si è tradotto in una sorta di *polverizzazione degli attacchi*.

In tale contesto è emersa la figura del terrorista "mobile"⁴¹, incarnata eminentemente dal *foreign fighter*: trattasi di un soggetto che si reca nelle zone del conflitto per addestrarsi sul campo combattendo e che torna, poi, in patria sia per rendersi attore nella programmazione di futuri attentati sia per porre in essere un'accorta opera di proselitismo. La figura del *foreign fighter* rappresenta *de facto* un particolare tipo di autore che ha catalizzato l'attenzione del legislatore penale; donde la criminalizzazione, dettata da pressanti input sovranazionali, di alcune condotte che si contraddistinguono per il significativo arretramento della soglia di punibilità quali, ad esempio, l'*assistenza agli associati* (art. 270-ter c.p.), l'*organizzazione di trasferimenti per finalità di terrorismo* (art. 270-quater.1.), l'addestramento e il c.d. auto-addestramento (art. 270-quinquies).

³⁸R. BARTOLI, *Legislazione e prassi in tema di contrasto al terrorismo internazionale: un nuovo paradigma emergenziale?*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 3.

³⁹V. NARDI, *La punibilità dell'istigazione nel contrasto al terrorismo internazionale*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 1, p. 118, avverte che nel considerare il terrorista come un nemico «è inevitabile che la pena finisca per perdere i connotati funzionali della risocializzazione e della rieducazione, per assumere quelli della neutralizzazione e della segregazione». Di fondo vi è l'idea che il terrorista, proclive al martirio, "disconosca in termini assoluti i valori che stanno alla base della società, sicché sarebbe inutile ogni tentativo di minaccia e persuasione – sul piano generalpreventivo – e, parimenti, ogni funzione di reintegrazione o recupero nella società – su quello specialpreventivo».

⁴⁰*Ibidem*

⁴¹La fortunata espressione è di V. MILITELLO, *Terrorismo e sistema penale: realtà, prospettive, limiti*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 1.

Dal momento che il *jihad* intrapreso da Daesh difetta di quella legittimazione proveniente da un'indiscussa autorità musulmana (califfo o imam), la quale viene tralattivamente richiesta per dar vita ad una guerra santa, si è subito imposta la necessità di ovviare a questo elemento di debolezza attraverso un'efficace propaganda, in grado di assicurare consenso e, soprattutto, capitale umano. Si consideri, altresì, che il proselitismo riveste un ruolo cruciale per la radicalizzazione degli esponenti della seconda e terza generazione di immigrati, nati e cresciuti in Occidente, cioè proprio di coloro che si sono resi gli autori materiali degli episodi mestamente noti. La reazione degli ordinamenti sovranazionali e di quelli nazionali si è concretata nel corroborare e specializzare la repressione dell'indottrinamento, dell'apologia e dell'istigazione con finalità terroristiche.

Inoltre, Daesh ha conquistato una nuova dimensione, quella *virtuale*, rappresentata dal cyberspazio. Il *web* viene fruito per distinte finalità: da un lato, si ricorre ad esso come formidabile cassa di risonanza per rendere virali le tesi e le attività dei terroristi, (*id est* per la propaganda finalizzata al reclutamento e all'addestramento dei combattenti), oltre che per alimentare il vortice di terrore fra le popolazioni occidentali. Su questo fronte si collocano le più recenti previsioni in materia di prevenzione e criminalizzazione della “*pubblica provocazione*”, approntate dal legislatore euro-unitario con la Direttiva del 2017 e la proposta di Regolamento del settembre 2018 (v. *infra* Cap. III).

Dall'altro lato, la rete diviene – anche in virtù dell'anonimato - un *medium* per la programmazione degli atti terroristici, per il finanziamento dell'organizzazione e, al contempo, per il compimento di attività dirette al danneggiamento delle infrastrutture pubbliche ovvero al sabotaggio dei sistemi informatici e telematici, soprattutto di quelli deputati alla sicurezza nazionale⁴².

Sul punto offre un mirabile quadro di sintesi il preambolo della Decisione quadro 2008/919/GAI, che ha intuito anzitempo il potenziale criminogeno del cyberspazio: «*Internet è utilizzato per ispirare e mobilitare reti terroristiche locali e singoli individui in Europa e costituisce inoltre una fonte di informazioni sulle risorse e sui metodi terroristici, fungendo così da “campo di addestramento virtuale”*. Attività quali la

⁴² Sul punto, che sarà oggetto di analisi nel Cap. III, si rinvia per il momento a D. COHEN, *L'evoluzione del terrorismo contemporaneo nel cyber-spazio*, in *Gnosis*, 2016, 2; R. PINO, *Il “cyberterrorismo”: un'introduzione*, in *Cyberspazio e diritto*, 2013, 3; P.M. SABELLA, *Il fenomeno del cybercrime nello spazio giuridico contemporaneo. Prevenzione e repressione degli illeciti penali connessi all'utilizzo di Internet per fini di terrorismo, tra esigenze di sicurezza e rispetto dei diritti fondamentali*, in *Informatica e diritto*, 2017, 1-2.

pubblica provocazione per commettere reati di terrorismo, il reclutamento e l'addestramento a fini terroristici si sono moltiplicate ad un costo e con un rischio estremamente bassi»⁴³.

La Relazione sulla Politica dell'Informazione per la Sicurezza del 2018 evidenzia che il *web* si conferma essere la dimensione di elezione in cui condividere o rappresentare progettualità ostili e fare proselitismo, soprattutto attraverso la diffusione di materiale apologetico che “istiga alla lotta contro i miscredenti” così da “veicolare istanze radicali antioccidentali anche nel nostro Paese”.

2. Le strategie comunicative nel metodo della paura

La comunicatività è un elemento consustanziale al metodo della paura, poiché il terrore dispiega i suoi effetti solo laddove raggiunge i destinatari di un messaggio o di un'azione esemplare: il terrore, pertanto, deve essere icastico, di immediata percettività e deve diffondersi al fine di vessare un pubblico indiscriminato, per acuirsi poi sulla sfera psicologica del singolo individuo. Al contempo vi è l'esigenza di comunicare l'ideologia politica, sociale ovvero confessionale, che è posta a fondamento del movimento terroristico, in quanto propalare le proprie idee è il volano per incrementare le schiere degli affiliati - *a fortiori* se questi sono chiamati alla belligeranza - e per orientarne i comportamenti verso il raggiungimento degli obiettivi prefissati.

Mentre il terrorismo di Stato, teso alla salvaguardia del potere costituito attraverso la violenza pubblica, è solito ricorrere eminentemente alla censura per inibire le opposizioni e ogni opinione destabilizzante; grazie ai movimenti anarchici ed eversivi si è iniziata a percepire l'importanza cruciale della propaganda.

I gruppi eversivi nascono come realtà isolate, che devono far conoscere il proprio manifesto creando consenso popolare, anzitutto attraverso il compimento di gesta

⁴³ Sulla stessa scia il quadro ricognitivo proposto dal documento del 2012 dell'UNODOC intitolato “*The use of Internet for terrorist purposes*” laddove esordiva: «Technology is one of the strategic factors driving the increasing use of the Internet by terrorist organizations and their supporters for a wide range of purposes, including recruitment, financing, propaganda, training, incitement to commit acts of terrorism, and the gathering and dissemination of information for terrorist purposes. While the many benefits of the Internet are self-evident, it may also be used to facilitate communication within terrorist organizations and to transmit information on, as well as material support for, planned acts of terrorism, all of which require specific technical knowledge for the effective investigation of these offences».

clamorose, che abbiano di mira i simboli e gli esponenti di quell'ordine che si vuole debellare.

È la c.d. propaganda del fatto, che fu teorizzata da Carlo Pisacane: “profonda mia convinzione di essere la propaganda dell'idea una chimera e l'istruzione popolare un'assurdità. Le idee nascono dai fatti e non questi da quelle, e il popolo non sarà libero perché sarà istruito, ma sarà ben tosto istruito quando sarà libero”⁴⁴.

Tuttavia, nel terrorismo politico, che ha preso forma nella seconda metà del secolo scorso, è complementare e originariamente prioritaria alla propaganda del fatto si profila la propaganda delle idee.

L'esperienza italiana delle Brigate Rosse è senz'altro esemplare: in origine, l'indottrinamento è prettamente ideologico, si serve di una copiosa letteratura storico-filosofica, seppur strumentalmente interpretata, e di una sua pubblicistica; il verbo rivoluzionario si diffonde nelle fabbriche e nelle Università attraverso gli strumenti tipici della dialettica extraparlamentare, quali il volantinaggio e le adunanze. Solo successivamente viene inaugurata la stagione della c.d. propaganda armata, segnata da attentati, agguati e sequestri, costantemente rivendicati con i ben noti comunicati, definiti “risoluzioni strategiche”. In questo quadro la «violenza politica»⁴⁵ diviene uno strumento di lotta necessario, che colpisce non solo gli esponenti del sistema politico-economico (imprenditori, magistrati, politici, dirigenti statali e d'impresa), ma anche la stampa che offre quella che i brigatisti definiscono una propaganda borghese, nemica della “verità” politica.

Secondo un'autorevole dottrina criminologica, la propaganda è un *discrimen* ontologico, più che modale ovvero accessorio, del terrorismo politico rispetto al semplice delitto politico, poiché «mentre per il delinquente comune qualsiasi forma di pubblicità rappresenta un evidente pericolo, per il terrorista politico la pubblicità e la propaganda costituiscono attributi peculiari dell'azione stessa»⁴⁶; gli esecutori degli atti terroristici

⁴⁴ C. PISACANE, *Saggio sulla rivoluzione*, Milano, 1956.

⁴⁵ L'espressione è del brigatista Mario Moretti, citata da A. ORSINI, *Anatomia delle Brigate Rosse*, 2010. Significative le parole del brigatista Patrizio Peci per comprendere il programma e le finalità dei terroristi rossi: «il progetto, detto in due parole, era questo: prima fase, la propaganda armata. Bisognava far capire che in Italia c'era bisogno della lotta armata e che l'organizzazione era lì per farla. Infatti, nei primi tempi il problema non era che si parlasse bene delle Brigate Rosse, ma che se ne parlasse. Seconda fase, quella dell'appoggio armato. Un numero sempre maggiore di persone, capito che l'unico sistema di cambiare era la lotta armata, si sarebbe unito a noi. Terza fase, la guerra civile e la vittoria».

⁴⁶ G. PISAPIA, *Terrorismo: delitto politico o delitto comune?*, in *Giust. pen.*, 1975, pp. 257 ss.

sono sempre proclivi a confessare all'opinione pubblica il delitto da loro commesso. «Anzi, la confessione e la glorificazione dell'infrazione rientrano sempre nel loro programma; e ciò in quanto, a prescindere dal metodo utilizzato, il reato avrà per gli autori delle azioni finalità politiche e morali la cui negazione rappresenterebbe una contraddizione con la motivazione dell'atto. Se il momento della comunicazione venisse a mancare, l'atto rimarrebbe sterile»⁴⁷.

Zygmunt Bauman, analizzando gli assetti più recenti del terrorismo, ha sostenuto come «la sua forza deriva dalla capacità di corrispondere alle nuove tendenze della società contemporanea: la globalizzazione, da un lato, e l'individualizzazione, dall'altro»⁴⁸.

Al-Qaeda ha colto nel segno le potenzialità della società dell'informazione: l'informazione è “potenza in sé”⁴⁹, l'arma tagliente per una guerra psicologica⁵⁰ e, soprattutto, può essere un moltiplicatore delle capacità militari e geopolitiche dell'organizzazione terroristica. Un'*info-war* che sa berciare contro il mondo e, allo stesso tempo, sa ammiccare al singolo.

La strategia comunicativa del terrorismo *jihadista* rappresenta una minaccia definita dalla NATO “ibrida”, in quanto fonde in sé mezzi convenzionali e non-convenzionali, adattati alle necessità e alle peculiarità dei propri obiettivi. Accanto alle tradizionali forme di indottrinamento religioso, suggellate in una letteratura fondamentalistica che altera l'interpretazione della Legge coranica e, in particolare, del concetto di *jihad*, la cellula-madre di bin Laden ha riservato grande attenzione all'attivismo on-line, in particolare ai

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ Intervista de *La Repubblica* del 5 agosto 2016.

⁴⁹ M.C. LIBICKI, *The Emerging Primacy of Information: A Debate on Geopolitics*, in *Orbos*, 1996, pp. 261-276.

⁵⁰ G. CESTA, *Al Qaeda e i Media: strategie di comunicazione*, in *Gnosis*, 2011, 4, analizza in una prospettiva storica che «la nascita delle cosiddette “guerre asimmetriche” nell'ultimo decennio, dove eserciti regolari fronteggiano un nemico non perfettamente identificabile da un'altra divisa, ha portato alla consapevolezza che, oramai, le guerre si combattono su fronti diversi – come quello mediatico – molto più che in passato. La guerra psicologica è sempre stata una delle armi nella faretra dei generali, fin dai tempi molto lontani. Tuttavia, era un'arma che aveva una portata limitata e il suo impiego era visto come collaterale alle operazioni belliche “tipiche”. Invece, da quando è stata dichiarata guerra aperta al terrorismo internazionale, il lato psicologico del conflitto a tratti è divenuto predominante, sospinto ed esasperato da quella fazione che aveva uno svantaggio militare in senso stretto e che, per questo, ha puntato su una strategia “innovativa”. L'utilizzo dei Media da parte della galassia jihadista è esattamente il paradigma di questa nuova guerra mediatica che si combatte più nelle menti e nel cyberspazio che sul terreno, sul campo di battaglia».

*forum*⁵¹ (in lingua araba) come *Fida' e 'Arin*, che consentono l'interconnessione fra i terroristi combattenti e i potenziali adepti.

Si noti che fra i contenuti di queste piattaforme spiccavano soprattutto le immagini e le narrazioni dal contenuto marcatamente apologetico dei martirii dei terroristi suicidi (*kamikaze*) ed erano enfatizzati i “testamenti” che essi professavano poco prima delle loro azioni, in quanto contenenti un'esortazione al *jihad* assai incisiva.

Tuttavia, con le misure repressive di *counter-terrorism*, esperite a seguito dell'11 settembre del 2001, la strategia di al-Qaida è stata indirizzata verso mezzi di comunicazione più riservati (Skype, Paltalk, Facebook), ricorrendo altresì all'uso della crittografia.

Di notevole impatto propagandista è senz'altro la rivista *Inspire*, considerata l'*house organ* del gruppo qaedista, deve il suo nome al verso coranico “*ispira i credenti a combattere*”; questa con una grafica di tendenza e un inglese colloquiale propone approfondimenti sulle tecniche del reclutamento dei *lone wolf*, degli attacchi suicidi, delle azioni con autobombe e le istruzioni per costruire ordigni in grado di eludere i controlli di sicurezza aeroportuali. Dal 2010, anno della sua prima pubblicazione virtuale, ha rappresentato e continua a rappresentare un prezioso *vademecum* per i c.d. *jihaidisti fai da te*.

L'organizzazione si è impegnata nella diffusione *erga omnes* di immagini e scene di puro terrore, capaci di catalizzare l'attenzione dell'opinione pubblica per il loro carattere bellico, assolutista e de-umanizzante; una strategia fondata sull'estetica della violenza e tesa a “*conquistare progressivamente le immagini mentali delle popolazioni*”⁵². Tale strategia si è fatta nel tempo vieppiù ponderata e pervasiva, sino a diventare spettacolarizzazione dell'orrore. È emblematico il video realizzato nel 2004, in cui il giovane statunitense Nicholas Berg viene ripreso con una tuta arancione, a guisa di tenuta dei prigionieri di Guantanamo, mentre legge una dichiarazione, che preannuncia la sua

⁵¹ R. CASAGRANDE, *Da'ish tra propaganda e guerra d'informazione. Un'analisi delle strategie comunicative dei terrorismi nel XXI secolo*, cit., p. 71, evidenzia come tali *forum* presentano «regole e modalità gestionali tipiche, con una gerarchia ed un rango legato all'anzianità ed al numero di post, da *membro junior*, qualifica che appariva sotto il *nickname* e l'*avatar*, a *fratello del forum*, sino a *membro prezioso*, *anziano* ed *administrator*, figura in grado di bandire membri od autorizzare nuovi accessi, con la facoltà di consultare statistiche e sezioni private».

⁵²P. VIRILIO, *Il terrorismo mediatico e l'umanità in pericolo*, in *Vita e pensiero*, 2004, 6.

imminente decapitazione – avvenuta poi ad opera dei cinque terroristi incappucciati presenti sullo sfondo – come nemesi della tortura subita da Abu Ghraib.

Al-Qaida sa sfruttare sapientemente anche i mezzi di comunicazione istituzionali e generalisti, servendosi in particolare di un canale privilegiato sul circuito di *al-Jazeera*, grazie al quale le notizie sulle azioni portate a compimento dalle varie cellule terroristiche viaggiano in tempo reale. Si ingenera così un effetto domino su tutte le agenzie di stampa mondiali, dal momento che è l'informazione *jihadista* a scandire i tempi e i contenuti dell'informazione occidentale⁵³

2.1. (segue) “Il terrorismo è un modo di comunicare”: la propaganda nello scenario attuale del terrorismo *jihadista*

Il sociologo Marshall McLuhan affermava già nel 1978 che “il terrorismo è un modo di comunicare. Senza comunicazione non vi sarebbe il terrorismo”. Della componente comunicativa Daesh ha fatto un suo pilastro, destinando ad essa considerevoli investimenti in termini di risorse materiali e umane⁵⁴, potenziando e conformando agli sviluppi più attuali dell'*Information and Communications Technology* (ICT) le strategie già esperite da al-Qaida.

Rispetto a quest'ultima organizzazione terroristica si registra un *gap* qualitativo e quantitativo non solo per lo strumentario digitale, ma anche – e soprattutto – per il mutato approccio verso il destinatario del messaggio apologetico. Al-Qaida si rivolgeva indiscriminatamente al mondo degli infedeli (*kuffar*) per infondere terrore, rivendicare e glorificare le sue *res gestae*; per converso, Daesh ha inteso perseguire una strategica destinazione e differenziazione del suo messaggio, avendo colto l'opportunità di poter realizzare al contempo una comunicazione capillare sia nei territori assoggettati sia su scala globale. Come hanno puntualmente evidenziato gli addetti ai lavori intervenuti alla Conferenza internazionale “*Bridg&*”, si è registrata la transizione da un modello di reclutamento basato principalmente sul proselitismo, avente quale vettore un indottrinamento “elitario”, all'uso massivo di propaganda *on line* e di piattaforme *social*,

⁵³R. CASAGRANDE, op.cit., evidenzia criticamente come «anche i circuiti tradizionali delle agenzie di stampa occidentali sono apparsi meramente serventi e soggetti ad un innesco globale programmato e controllato da remoto, mentre avrebbero probabilmente potuto essere utilizzati dagli Stati in modo più consapevole, efficace e coordinato per sviluppare la controinformazione e la contropropaganda, contenendo gli effetti della strategia del terrore», p. 65.

⁵⁴ Si pensi al ruolo-chiave esercitato dal portavoce del proclamato Stato Islamico, che è sostanzialmente considerato il braccio destro di al-Baghdadi.

che ha catalizzato sia i processi di radicalizzazione che l'idolatria – a cui inesorabilmente consegue il passaggio alla fase operativa - della violenza.

Con la proclamata istituzione dello Stato Islamico si è imposta l'esigenza di celebrare la metamorfosi di Daesh da gruppo combattente a soggetto statuale, che con forza dirompente pretende di affermarsi nella comunità internazionale. Si tratta di un proto-Stato che necessita di una sua stabile popolazione e, perciò, deve esercitare fascinazione su chi, lontano o vicino che sia, è potenzialmente suscettibile di essere attratto dal disegno di una restaurazione perpetua del Califfato.

A tal fine viene elaborata una propaganda istituzionale, in cui si raffigura utopicamente lo Stato con una narrativa quasi mitologica e lo strumento prediletto è quello dei c.d. *mujatweet*, ovverosia di video-spot realizzati con riprese istantanee e realistiche (*close-up*), con un costante ricorso alla tecnica tutta occidentale del *selfie*, tale da far immergere lo spettatore nella dimensione che si va narrando. Tali videogrammi raffigurano la quotidianità del Califfato come un *locus amoenus* di prosperità, armonia e giustizia, focalizzandosi suggestivamente sulla sfera individuale di chi ha intrapreso la via della "salvezza".

L'immagine di uno Stato vigoroso e autarchico, che sa amministrarsi, finanziarsi e promuovere la giustizia, deve essere la miglior risorsa per affermare la predominanza di Daesh sugli oppositori politici, nonché sugli altri gruppi terroristici (fra i quali al-Qaida) che orbitano in quella regione del mondo, al fine di ottenerne sagacemente l'*endorsement*. Ove ciò si rilevi inefficace, sarà necessario ricorrere alla violenza brutta.

A corroborare poi questa operazione mediatica, una volta conquistati i territori, Daesh ha sistematicamente proibito le televisioni satellitari, per «*proteggere i nostri figli e la religione del nostro popolo dalla corruzione*», come recita l'ordinanza *de qua* emanata dalla c.d. polizia islamica (*Diwan al-Hisbah*); così come i reporter occidentali sono stati (e continuano ad esserlo) costantemente subietti a vere e proprie persecuzioni, quasi sempre dall'esito fatale.

La propaganda *on-line* del Califfato è stata definita «come prodotto digitale virale identitariamente strutturato per essere al contempo fonte di innesco dell'azione, supporto alla stessa, strumento di informazione e costruzione/rinforzo dell'identità terroristica»⁵⁵.

⁵⁵ A. ANTINORI, *Weaponizzazione mediale. Dal terrorismo internazionale alla digitalizzazione del neoterrorismo*, in G. MAROTTA, *Profili di criminologia e comunicazione*, Franco Angeli, Milano, 2014, p. 168.

Si intuisce, dunque, come essa risponda a due principali obiettivi: il proselitismo, da un lato, e il dilagare del terrore, dall'altro.

In ordine al primo aspetto, si condensa qui la massima nota strategica del terrorismo *jihadista*, che ha mirato ad alimentare esponenzialmente i circuiti virtuali dello spontaneismo e del reclutamento, facendo del *web* una fucina di nuovi adepti pronti al martirio e di *foreign fighter*. La narrativa del *jihad* e di uno Stato, che sa accogliere chiunque - pur appartenendo ad altra religione cultura - sia proclive alla "salvezza", come alternativa esistenziale e riscatto dai modelli proposti dalla società occidentale, è stata la chiave di volta per Daesh per insinuarsi nel cuore dell'Europa⁵⁶. Proprio facendo leva sulle annose criticità correlate all'integrazione della seconda e terza generazione di immigrati, il gruppo di al-Baghdadi è riuscito a reclutare una buona parte di quei circa quarantamila combattenti stranieri e a persuadere all'azione chi era avulso da qualsivoglia vincolo associativo a un gruppo terroristico e fondamentalistico. Così facendo, si è reso il *jihad* individualista, specialmente quello perseguito dai lupi solitari, l'arma più esiziale e difficilmente suscettibile di neutralizzazione.

Tale *species* di propaganda fondamentalista, se raffrontata con i suoi precedenti storici, manifesta profili di novità: la sua portata non è meramente apologetica, bensì istigativa, intrinsecamente atta al reclutamento e all'inveramento del proposito criminoso in soggetti che sono tralattivamente estranei al *jihad*. Un obiettivo perseguito anche grazie alla scelta di far emergere mediaticamente l'identità e la personalità del combattente⁵⁷ rispetto all'azione-simbolo da lui compiuta e di garantire, in tal modo, visibilità alle manifestazioni più spontanee e de-strutturate (il c.d. terrorismo in *franchising*).

L'altro volto della propaganda, forse quello più atavico, è rappresentato dall'*orrorismo*⁵⁸: la divulgazione di immagini, simboli e azioni terrificanti mira a vulnerare la sicurezza del *nemico lontano* e a piegarne la volontà, erodendo progressivamente la stabilità delle sue istituzioni sociali. Il terrore che dilaga rimarca altresì la controffensiva del soggetto

⁵⁶ R. CASAGRANDE, op. cit., p. 67, afferma che «la macchina della propaganda di Da'ish, nello strumentalizzare sapientemente la comunicazione occidentale, offre così un palcoscenico stimolante sul quale anche l'emarginato può divenire, per una volta almeno, attore protagonista; suggestionando e manipolando gli aspiranti *jihadisti* sino a convincerli della possibilità del riscatto dalla mediocrità di una vita vissuta in modo inglorioso, davanti ad una platea attonita, ma finalmente attenta e prostrata».

⁵⁷ Nei video diffusi da al-Qaida venivano riprodotte solo le dichiarazioni dei vertici.

⁵⁸ Termine coniato da Martin Louis Amis.

terroristico nei confronti delle forze militari impegnate nei teatri del conflitto mediorientale.

Alle finalità predette risponde l'accentuata spettacolarizzazione della vittima⁵⁹, la cui dignità viene ulteriormente lesa e strumentalizzata per una sorta di vittimizzazione secondaria di tipo mediatico, in quanto il «fine non è più l'annientamento della vittima, ma quello di garantirle una sopravvivenza mediatica oltre la morte, affinché il suo fantasma digitale possa girare per il mondo disgustando e attraendo allo stesso tempo»⁶⁰. Quali sono gli strumenti di cui Daesh fruisce per attuare il suo intento propagandistico? Al pari di al-Qaida, continua a perpetuare l'esperienza dei *forum* (*Platoform Media*, *Tahaddi* e *Shumurk*), ma con una finalità parzialmente differente. Tali *community*, infatti, non rappresentano più un *learning environment* per i probandi *mujāhidīn*, bensì devono essere serventi all'affermazione della egemonia ideologica e geopolitica del Califfato sulle altre forme di potere di ispirazione islamista, cosicché le organizzazioni qaidiste riconoscano nella bandiera nera un'autentica *auctoritas*, subordinandosi coscientemente ad essa⁶¹.

Ma la sapienza di Daesh si è manifestata soprattutto nell'aver posto in essere una operazione di *marketing* meticolosa e diacronica, sfruttando ecletticamente le risorse del *cyberspace*, al fine di consolidare l'ideologia salafita e la legittimazione politico-religiosa del proclamato Stato Islamico. Nell'elaborazione della strategia del c.d. *cyber-jihad* si è rifuggiti dal cristallizzare in un unico *medium*, quale può essere un sito *web* istituzionale, la fonte delle comunicazioni, preferendo bensì l'opzione del sistema del *network* (la rete delle reti): si realizza in tal modo un'informazione decentrata e multilivello. Diffondere i contenuti apologetici e orroristici attraverso canali eterogenei per *audience*, interattività degli utenti e presidi di sicurezza cibernetica offre l'indubbio vantaggio di rendere la narrativa *jihadista* più pervasiva e virale, nonché di eludere la geolocalizzazione della fonte e di ovviare (parzialmente) all'oscuramento dei contenuti da parte delle autorità nazionali di informazione e sicurezza.

Restituisce l'esatta misura dell'operazione mediatica messa in campo da Daesh la realizzazione del video "*The end of Sykes-Picot*", con cui si inaugura la produzione

⁵⁹ Si pensi al video diffuso su Twitter il 3 gennaio 2015 in cui il pilota giordano Muadh al-Kasaesbeh viene arso vivo all'interno di una gabbia.

⁶⁰ E. SANTORI, *Horrorismo. Videoestetica del terrore nel Califfato islamico*, in *Laicità o barbarie*, Micromega, 2015.

⁶¹ M. MORCELLINI, M. MOSCA (a cura di), *La sapienza della sicurezza*, Maggioli, 2014, *passim*.

cinematografica del proclamato Stato Islamico: nel video compare Abu Safiyya, di origine cilene ma naturalizzato norvegese, nell'atto di issare il vessillo nero del califfato sul pilone da cui sventolavano le bandiere degli eserciti sconfitti.

Come già anticipato, la focalizzazione sulla personalità del combattente, *a fortiori* se questi ha fatto abiura e ha rifiutato le proprie origini, è il *leitmotiv* della più recente propaganda fondamentalistica e ha fatto sì che venisse portata alla ribalta anche in tale contesto la figura del *testimonial*, secondo l'ordinaria sintassi del *marketing*.

Uno dei massimi rappresentanti è stato l'informatico britannico di origini kuwaitiane, divenuto noto con il soprannome Jihadi John, il c.d. boia dello Stato Islamico resosi protagonista delle decapitazioni seriali di vittime innocenti (giornalisti e volontari), copiosamente diffuse *on-line*.

Un uso perverso dello strumento del *testimonial* si rinviene altresì nel caso di John Cattle, un reporter britannico sequestrato in Siria, la cui pena capitale è stata rinviata per trarre benefici dal suo *expertise* ai fini della propaganda *jihadista*, ossia per essere sfruttato come un'arma della contro-informazione. Dapprima Cattle è stato coartato a condurre, indossando la tenuta da prigioniero, una sorta di telegiornale ("*Lend Me Yours Years*"), in cui si denunciava l'inerzia del governo britannico per la sua liberazione e si stigmatizzavano i media occidentali, rei di fomentare l'opinione pubblica contro l'Islam. Con la successiva serie di reportage "*Inside*", diffusi fino al dicembre 2016, il disegno propagandistico si è fatto più infido: Cattle diviene l'inviato speciale del Califfato e vestito di nero come i miliziani racconta la loro avanzata militare. Conquistate Mosul e Aleppo, la propaganda acquista toni di istituzionalità politica e i reportage esaltano l'ordine, la prosperità e l'ossequio della *sharia* – "giusta e semplice", si dirà a chiosa di un filmato – come elementi dominanti dello Stato Islamico.

Sempre nell'ambito dei mezzi di comunicazione convenzionali è da evidenziare come Daesh abbia stretto un rapporto di esclusiva con l'agenzia di stampa *Amaq News Agency*. Per quel che concerne, invece, le nuove tecnologie è di tutta evidenza l'uso costante e sapiente dei *social network*, atteso che essi si sono rilevati assai funzionali alla disseminazione dei contenuti dell'orrore e alla propaganda, in virtù dello stato di c.d. connessione permanente delle nuove generazioni, della loro pervasività e non onerosità materiale.

Il dato ufficiale più recente è offerto dall'*European Union Terrorism Situation and Trend Report* di Europol divulgata nel 2018, ove si analizza che «by 2017 over 150 social media platforms were identified as being abused by terrorists for propaganda dissemination. Additionally file sharing sites are used to store and disseminate terrorist, messaging and bot services advertise links to such content and social media aggregators store and stream content to other social media platforms [...] most terrorist activity concerns the surface web. Some terrorist activity however can also be found on the Darknet. This mostly relates to fundraising campaigns, the use of illicit markets and further advertisement of propaganda hosted on mainstream social media»⁶².

3. Terrorismo politico interno: contesto storico

La strategia della tensione⁶³ ha segnato irrimediabilmente la storia italiana, ponendo l'ordinamento giuridico dinanzi delle sfide inedite di repressione e prevenzione di un fenomeno eversivo e cruento, che per diversi lustri è riuscito a far oscillare la saldezza delle istituzioni repubblicane, assediate fin dentro i loro *interna corporis*, e a sospingere verso il baratro un'intera Nazione.

«Il terrorismo politico ha sempre la funzione di abbattere, distruggere, rovesciare, rivoluzionare un certo assetto dei poteri»⁶⁴. Se questo è un assunto generalmente valevole, l'esperienza italiana, a ben vedere, palesa dei profili peculiari rispetto alle forme di eversione politica stragistica che hanno interessato le altre Nazioni europee, sia per la considerevole estensione temporale dei fatti di cui si va narrando, sia per la sua fenomenologia composita, quasi chiastica, che ha visto nella polarizzazione fra estremismo di destra ed estremismo di sinistra il primo agone della lotta politica per l'affermazione egemonica della propria *Weltanschauung*.

La stagione della violenza politica ha avuto esordio a Roma il 1° marzo del 1968 in occasione del tentativo di occupazione della facoltà di Architettura a Valle Giulia, con lo scontro fra i neofascisti di Avanguardia Nazionale e gli studenti di sinistra, sostenuti dalle

⁶² Si rinvia al cap. III per la disamina sull'impiego dei social network come strumenti di consumazione dei reati di istigazione a commettere delitti di terrorismo e di apologia degli stessi.

⁶³ L'espressione è stata coniata dal settimanale inglese "*The Observer*" all'indomani della strage di Piazza Fontana del 1969.

⁶⁴ R. AITALA, *Il metodo della paura*, cit., p 70.

forze anarchico-comuniste extraparlamentari. Sullo sfondo si stagliavano le lotte sindacali operaie dell'autunno caldo e i primi attentati dinamitardi di matrice eversiva contro alcuni luoghi istituzionali⁶⁵.

Il 12 dicembre del 1969 a Milano in piazza Fontana è stata consumata la «madre di tutte le stragi», il «primo e più dirompente atto terroristico dal dopoguerra»⁶⁶ che ha cagionato la morte di diciassette civili e circa novanta feriti; contemporaneamente altre tre bombe esplodevano a Roma.

Dopo una travagliata ricerca della verità storica, segnata da innumerevoli depistaggi⁶⁷ nelle sedi giudiziali e politiche, solo nel 2005 la Corte di Cassazione ha accertato che la strage fu opera materiale dei neofascisti Giovanni Ventura e Franco Freda, esponenti del movimento Politico Ordine Nuovo, tuttavia invano: i colpevoli avevano beneficiato, infatti, di un provvedimento definitivo d'assoluzione, esteso dalla Corte d'Assise d'Appello di Bari.

In seguito, il metodo stragista è stato reiterato a Gioia Tauro nel luglio 1970, alla Questura di Milano nel 1973, a piazza della Loggia a Brescia e nell'attentato al treno Italicus nel 1974. La strage alla stazione di Bologna ha rappresentato l'acme dell'*escalation* sovversiva con un bilancio nefasto di ottantacinque vittime.

Cui prodest tutto questo sangue e disordine? «Obiettivo di questo disegno eversivo era innalzare il livello dello scontro per poter invocare governi d'ordine, in sostanza la restaurazione fascista»⁶⁸ e il fallito “golpe borghese” sembra essere emblematico di tale cospirazione.

Nel 1972 l'eversione terroristica ha iniziato a tingersi di rosso e il primo nucleo delle Brigate Rosse⁶⁹, investitesi del compito di “indicare il cammino per l'instaurazione della Dittatura del proletariato”, ha sequestrato l'ingegner Idalgo Macchiarini, dirigente della Sit-Siemens. Nello stesso anno viene ucciso il commissario Luigi Calabresi, accusato della morte dell'anarchico Pinelli con una feroce campagna mediatica messa in piedi da

⁶⁵ Ampiamente sul tema V. SATTA, *I nemici della Repubblica. Storia degli anni di piombo*, Rizzoli, Milano, 2016; G. PANVINI, *Ordine nero, guerriglia rossa. La violenza politica nell'Italia degli anni Sessanta e Settanta (1966-1975)*, Einaudi, Torino, 2009.

⁶⁶ M. FOSSATI, *Terrorismo e terroristi*, cit.

⁶⁷ Propone un'attenta ricostruzione delle vicende giudiziarie S. D'AURIA, *Piazza Fontana. Dopo l'evento più nero, il processo più lungo nella storia della Repubblica italiana*, in *Rassegna penitenziaria*, 2012, 2.

⁶⁸ R. AITALA, *op. ult.*

⁶⁹ A. ORSINI, *Anatomia delle Brigate Rosse*, cit., *passim*.

Lotta Continua. Nel 1973 Potere Operaio con il rogo a Primavalle ha privato della vita i fratelli Mattei, figli di un dirigente missino della locale sezione.

Con la fase della c.d. propaganda armata le Brigate Rosse, forti della loro struttura paramilitare, clandestina e organizzata per cellule, hanno ingaggiato una vera e propria lotta armata contro le istituzioni pubbliche e lo Stato. Il sequestro del Sostituto Procuratore di Genova Mario Sossi (poi liberato dalla “prigione del popolo”) è stato solo il primo atto, poiché dall’assassinio del magistrato Francesco Cocco si è dispiegata una sequela infinita di attentati, gambizzazioni e sequestri a danno di magistrati, uomini delle Forze dell’Ordine, amministratori pubblici, dirigenti politici e d’impresa, giornalisti.

Dal 1696 al 1980 si annoverano circa quattrocentocinquanta attentanti portati a termine dalle BR.

Il 16 marzo 1978 l’attacco viene sferrato al cuore dello Stato con il sequestro e il successivo assassinio del Presidente Aldo Moro dopo cinquantacinque giorni di prigionia, nonché con l’esecuzione estemporanea della sua scorta in via Fani. Nel 1981 a Verona viene sequestrato e poi liberato il generale James Lee Dozier, comandante della NATO nell’Europa meridionale.

Tuttavia, l’uccisione nel 1979 dell’operaio e sindacalista della CIGL Guido Rossa, che aveva denunciato un collega sospettato di diffondere in fabbrica le “risoluzioni strategiche”, ossia il principale strumento di propaganda dei brigatisti, determina un moto di sdegno collettivo negli ambienti operai e della sinistra extraparlamentare, che segnerà l’inesorabile declino delle BR.

Sebbene vi siano stati dei rigurgiti della violenza eversiva agli albori del nuovo Millennio con gli omicidi di Massimo D’Antona, Marco Biagi ed Emanuele Petri, perpetrati dai nuclei ricostruiti delle BR (c.d. terrorismo risorgente), e taluni esponenti del terrorismo di destra (si pensi agli ex Nuclei Armati Rivoluzionari) abbiano saputo adeguarsi ben presto ai nuovi assetti di potere, il terrorismo politico è stato vittoriosamente debellato negli anni Novanta. L’ordinamento «reagì con fermezza e coesione isolando le spore infette all’interno delle istituzioni, e senza cedere alla tentazione di adottare rimedi *extra ordinem* e ricette autoritarie»⁷⁰.

⁷⁰ R. AITALA, *op. ult.*

3.1. La legislazione emergenziale negli “anni di piombo”: profili generali

La risposta dell’ordinamento penale al terrorismo politico è stata progressiva per intensità e diacronica, in quanto condizionata dagli sviluppi repentini e spesso precipitosi della realtà empirico - criminologica di riferimento. Una risposta positiva che, al netto di tutti gli interventi adottati attraverso la legislazione d’emergenza, si è dimostrata multilivello e policentrica, avendo inerito tanto il diritto processuale quanto quello sostanziale, sia nelle fonti codicistiche che in quelle della normativa complementare.

La prima sfida che si è posta agli interpreti e agli operatori del diritto, prima ancora che al legislatore nazionale, è stata quella di dover ricondurre *sub specie iuris* un fenomeno sostanzialmente inedito secondo le categorie delittuose e dogmatiche del codice Rocco.

A giudizio pressoché unanime della dottrina in ambiente italiano ed europeo i fatti di terrorismo erano da ascrivere al più ampio *genus* dei delitti politici, in quanto “concorde è il riconoscimento della presenza in tali reati [di terrorismo] di una matrice politica”⁷¹.

La pertinenza delle condotte terroristiche a siffatta categoria risulta confermata a posteriori dalla scelta, reiterata a più riprese dal legislatore domestico, di collocare le condotte di terrorismo nell’alveo del Titolo I, Libro II («*Dei delitti contro la personalità dello Stato*») del codice, che tratteggiatamente viene indicato come la *sedes materiae* dei delitti politici⁷².

Ad ogni modo l’operazione interpretativa che si andava prospettando era tutt’altro che agevole, poiché la definizione teorica e precettiva del delitto politico ha da sempre rappresentato il nodo gordiano del diritto penale di parte speciale (autorevole dottrina parla al riguardo di un vero e proprio *diritto penale politico*), una *vexatissima quaestio* che ha preceduto la stessa compilazione del codice Rocco⁷³ e che non si è mai sopita del tutto.

Con l’entrata in vigore della Carta costituzionale si sono poi imposti, da un lato, una rilettura delle disposizioni codicistiche *de qua* alla luce dei divieti imperativi di cui agli

⁷¹ M. PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, Napoli, 2000, p. 42.

⁷² V. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale*, op. cit., afferma: «E ciò vale tanto per l’introduzione nel vigente codice penale dei primi delitti con finalità di terrorismo, avvenuta con la legislazione d’emergenza, quanto per i più recenti interventi normativi in materia di terrorismo anche internazionale».

⁷³ F. CARRARA nel suo *Programma di diritto criminale* del 1889 avvertiva fortemente la sola trattazione dei delitti politici e «sventuratamente convinto che politica e giustizia non nacquero sorelle» si interrogava: «Ma questi principi assoluti del giure penale esistono essi nel tema del reato politico? Evvi egli possibilità di rimarcare siffatti cardini? Evvi egli utilità nel trovarli? Io sono venuto a dubitarne seriamente [...] A quel pro sudare per costruire una tela giuridica che sempre sarà rotta dalla spada o dal cannone...?».

artt. 10 e 26 Cost. e, dall'altro lato, un profondo ripensamento di questo intero sub-sistema di tutela penale, la cui originaria impostazione autoritaria e statolatrica ha iniziato ben presto a stridere con gli elementi fondanti l'ordinamento costituzionale e, nei termini più di nostro interesse, con i precipitati dei «grandi principi costituzionali di carattere generale»⁷⁴ in materia penale.

La ricerca di una definizione del reato politico è dominata e, per certi versi, ostacolata da un'inesorabile relatività, che è il frutto dell'evoluzione nel tempo delle istanze politiche e del rapporto autorità-individuo, posto a fondamento della forma di Stato vigente. È questo un importante *caveat*, che deve valere da stella polare per il prosieguo della trattazione e, soprattutto, per riuscire a comprendere le prospettive inedite che il terrorismo internazionale richiede oggi di fronteggiare.

L'art. 8, co. 3, c.p.⁷⁵ elabora una nozione “*ai fini della legge penale*”, in virtù della quale è politico ogni delitto che offende un interesse politico dello Stato ovvero un diritto politico del cittadino (delitto politico in senso oggettivo); prosegue poi affermando che è “*altresì considerato*” politico un delitto comune determinato, in tutto o in parte, da motivi politici (delitto politico in senso soggettivo⁷⁶).

A ben vedere, si tratta di un parametro normativo che sin dalla sua genesi si è rivelato incapace di “pervenire ad una nozione unitaria di reato politico, in quanto la specificità degli istituti, in cui tale illecito di categoria compare, ne condiziona l'ambito di applicazione”⁷⁷. Il vero *punctum dolens* è da rinvenire nella crescente discrasia fra la rigidità formalistica dell'impostazione legislativa e la magmatica variabilità delle ipotesi delittuose che rilevano nell'ambito del *diritto penale politico*.

Un illustre Autore⁷⁸, nel tentativo di intercettare un *trait d'union* fra le due teorie che nella seconda metà del secolo scorso animavano il dibattito europeo circa la natura del reato

⁷⁴ La citazione è di G. VASSALLI, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006.

⁷⁵ La scelta sistematica di inserire una nozione generale di delitto politico nel dispositivo dell'art. 8 è stata considerata eccentrica da una parte delle dottrine: al riguardo, S. APRILE, *Art. 8*, in E. DOLCINI, G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, vol. I, Milano 2006, ove si obietta che “la collocazione della definizione è impropria perché la necessità di definire il delitto politico prescinde dai problemi di applicazione territoriale della legge e la definizione medesima è pericolosa perché, dettata nell'ottica di estendere l'applicazione della legge penale ai fatti commessi all'estero, assume una posizione volutamente – e quindi eccessivamente – ampia se utilizzata ad altri fini”.

⁷⁶ La nozione soggettiva è fortemente influenzata dalla teoria dei motivi a delinquere, elaborata dalla scuola positiva.

⁷⁷ M. PELISSERO, *op. ult. cit.*, p. 47.

⁷⁸ E. GALLO, *Problematica di un profilo unitario del delitto politico nell'unificazione del diritto europeo*, in *Prospettive per un diritto penale europeo*, Padova, 1968, p. 309.

politico – da un lato, la teoria obiettiva elaborata dalla dottrina tedesca e, dall’altro lato, quella soggettiva – nel 1967 scriveva che è da considerarsi delitto politico quella condotta anti-giuridica volontariamente diretta a ledere l’ordine politico dello Stato “considerato sia in relazione ai suoi elementi essenziali costitutivi (sovranità, indipendenza), sia in rapporto alle sue istituzioni costituzionali e ai loro riflessi di ordine sociale ed economico”. Un enunciato illuminante che riesce a sintetizzare la eterogeneità del substrato criminologico di riferimento e, al contempo, permette di modulare la narrazione sull’epifania terroristica degli anni Settanta e Ottanta in Italia.

Per tracciare un perimetro applicativo dei delitti terroristici nell’ambito della più ampia categoria dei reati politici e, quindi, per dissertare sull’effettiva concentricità delle loro sfere applicative, occorre preliminarmente verificare quando possa predicarsi, in concreto, la politicità in senso oggettivo di una condotta anti-giuridica secondo gli indici normativi di parte generale. Dunque, è opportuno intraprendere l’analisi dal dettato normativo del Libro I.

Il legislatore del 1930 ha stabilito un collegamento sistematico fra l’illecito di categoria e le singole fattispecie incriminatrici, così come esplicitato dal combinato disposto degli art. 8, co. 1 («... *un delitto politico non compreso tra quelli indicati nel n. 1 dell’articolo precedente ...*») e art. 7, n. 1 («*delitti contro la personalità dello Stato*») c.p.

Ne discende che le fattispecie previste nel Titolo I del Libro II, concepite a presidio della personalità esterna e interna dello Stato, descrivono un’offesa all’interesse politico dello Stato ovvero a un diritto politico del cittadino, che può essere tautologicamente intesa come un’offesa alla personalità dello Stato e che costituisce, quindi, l’essenza dei delitti politici in senso oggettivo. Ciò non esclude che ulteriori previsioni delittuose oggettivamente politiche possano trovare collocazione nella legislazione speciale, tuttavia, anche in tal caso esse sono da intendersi come un’estensione della tutela delle personalità dello Stato.

Tale assunto risulta suffragato dalla lettura della *Relazione del Guardasigilli sui Libri II e III del Progetto*, ove si afferma *expressis verbis* che le disposizioni del Titolo I sussumono ipotesi delittuose connotate da una politicità in senso oggettivo: «*tutti i delitti contro la personalità dello Stato, fra i quali, il Progetto annovera nel capo III i delitti contro i diritti politici del cittadino, e altri disseminati in leggi speciali, saranno pertanto da considerare come delitti oggettivamente politici*».

Tuttavia, l'impostazione del compilatore si è dimostrata *de facto* inadeguata a riflettere le evoluzioni della realtà storica e, soprattutto, a offrire una sicura copertura dogmatico-sistemica all'inquadramento giuridico degli atti terroristici.

Tenendo a mente che la giurisprudenza dell'epoca convergeva sulla definizione di terrorismo come la pratica di coloro che ricorrono sistematicamente alla violenza – contro persone o cose – per causare nella collettività tensione e paura incontrollabili, al fine di consentire il perseguimento di un auspicato risultato politico⁷⁹, le primissime sentenze degli “anni di piombo” irrogavano condanne per titoli di reato comune (ad es., sequestro di persona, rapina, lesioni personali, omicidio tentato o consumato etc.), la cui consumazione era connotata, a monte, da una marcata volontà eversiva e, a valle, da un *modus quasi belligerandi*.

Proprio la consumazione di un delitto comune per un fine squisitamente politico ha concretato l'ipotesi più diffusa, quasi esclusiva, di delitto terroristico, oltre ad aver rappresentato la *roadmap* della prima legislazione emergenziale di contrasto al terrorismo, la quale ha costruito come circostanza aggravante di reati comuni il fine di terrorismo o di eversione - sulla base della perspicua equazione che la finalità terroristica o eversiva equivale ad un movente politico – così assumendolo ad oggetto del dolo specifico.

Di talché, taluni commentatori dell'epoca hanno osservato che il «delitto terroristico è soltanto quel delitto soggettivamente politico che, non offendendo soltanto beni politici, ma al contrario anche beni assolutamente indeterminati e indeterminabili, è capace, appunto per la sua imprevedibilità, di destare allarme sociale grave tale da indebolire le istituzioni e creare panico (terrore, appunto) nella comunità sociale»⁸⁰.

Gli altri delitti contemplati nell'ambito del *diritto penale politico*, in quanto concretanti un'offesa a beni politici, pur essendo sicuramente delitti politici, “non possono configurarsi come delitti terroristici, appunto perché la nota significatività politica del bene colpito e la sua esposizione a rischio nella dinamica della lotta sociale, privano questi delitti dell'ulteriore effetto di quel generico pericolo per la collettività intera che è tipico ed essenziale del delitto terroristico”⁸¹. Il che vuol dire che in siffatte fattispecie delittuose

⁷⁹In questi termini M. BOUCHARD, G. C. CASELLI in *Enciclopedia Giuridica* alla voce “Terrorismo”.

⁸⁰A. MARINELLI, *Il delitto politico*, in *Arch. Pen.*, 1976, p.89.

⁸¹*Ibidem*.

difetta quello che nelle pagine iniziali del presente lavoro si è definito come il metodo della paura.

Aderendo a una interpretazione evolutiva dello «*interesse politico dello Stato*» - la cui lesione è descritta dall'art. 8 c.p. quale ipotesi alternativa di delitto oggettivamente politico - nei termini di un «interesse solidale di naturale generalissima perché riguarda tutti i cittadini»⁸², si potrebbe asseverare *ad abundantiam* la cittadinanza delle fattispecie terroristiche nell'ambito dei delitti politici (oggettivi). Il passaggio logico sotteso è chiaramente quello di considerare la sicurezza collettiva come un interesse della comunità, donde un interesse politico dello Stato. Cionondimeno, anche laddove risultavano integrati gli estremi costitutivi di una delle fattispecie contemplate al Titolo I – da stimare aprioristicamente quale reato politico di tipo oggettivo secondo la *voluntas legislatoris* – nell'accertamento giudiziale della responsabilità personale era sempre preminente la valutazione della colpevolezza e, in particolare, del suo atteggiarsi finalistico.

Un esempio palmare è offerto dall'applicazione dell'art. 285 c.p. («*Devastazione, saccheggio e strage*»), in cui il dolo specifico («*allo scopo di attentare alla sicurezza dello Stato*») funge da elemento integrativo dell'illiceità del fatto, che finisce però per incentrarsi in modo pressoché totalizzante sullo scopo perseguito dal soggetto agente.

Per converso, è di difficile – se non impossibile - riscontro in via autonoma il connotato terroristico nella lesione di un «*un diritto politico del cittadino*», così come specificata nell'art. 294 c.p. («*attentati contro i diritti politici del cittadino*»), a meno che non si voglia desumere ultroneamente un profilo di sistematicità del metodo del terrore da un approccio quantitativo alla casistica delle lesioni di quei diritti soggettivi tutelati dagli artt. 48 e 49 Cost., che pure erano fattualmente individuabili nell'esacerbarsi dello scontro fra l'estremismo di destra e quello di sinistra.

A margine delle considerazioni di cui si è fatto cenno, non ci sembra peccare di *hybris* nel constatare che l'impostazione teorica del compilatore, fondata rigidamente sul binomio politicITÀ in senso oggettivo e politicITÀ in senso soggettivo, è stata soppiantata dall'evoluzione storica del “*milieu*” criminale, soprattutto con riferimento alle manifestazioni più recrudescenti della lotta politica. Al contrario, si rivela funzionale a un'analisi che ambisca a essere aderente al sostrato criminologico di riferimento la

⁸² S. PANAGIA, *Il delitto politico nel sistema penale italiano*, Padova, 1980.

nomenclatura dei delitti politici proposta da una dottrina più recente, che classifica le aggressioni ai beni giuridici di rilevanza politica ricorrendo alla tripartizione delle fattispecie a condotta politica, ad evento politico e a soggettivazione politica⁸³.

Quest'ultima *sub-species* di illecito, oltre a consentire una lettura ispirata a maggior coerenza sistematica delle prime decisioni giurisprudenziali sui fatti di terrorismo interno, che applicavano le fattispecie incriminatrici allora vigenti, *de lege ferenda* chiarisce l'opzione di politica criminale perseguita con costanza dal legislatore negli anni dell'emergenza e tradottasi nel costellare il tessuto codicistico di nuove fattispecie autonome ovvero di nuove circostanze aggravanti di delitti già esistenti la cui antiggiuridicità si è puntualizzata sul *fine del terrorismo*.

Il sentiero argomentativo che si sta percorrendo, tuttavia, involve un cauto e importante avvertimento. L'operazione ermeneutica di ricondurre le condotte di terrorismo nel novero dei reati politici non è puro esercizio tassonomico e si apprezza significativamente da un punto di vista critico-dogmatico, ma è un'operazione intrinsecamente relativa, che va ad intercettare un illecito di categoria considerato relativo per antonomasia, per via dei suoi contorni non nitidamente definiti dal diritto positivo e, soprattutto, dal diritto vivente. Un'operazione che perde ulteriormente consistenza con l'affermarsi del terrorismo internazionale, che richiede

La relatività/flessibilità di siffatta categorizzazione si è fatta evidente sotto due profili. Il primo concerne il fenomeno della c.d. *depoliticizzazione*⁸⁴ dei fatti di terrorismo, ossia la circostanza per cui essi non vengono più in rilievo quali reati politici ai fini precipui dell'estradizione. L'esigenza di non lasciare impunte le atrocità del terrorismo costituisce la *ratio* della tradizionale esclusione delle fattispecie in parola dal trattamento privilegiato riservato ai delitti politici. Un *favor* che nell'ordinamento costituzionale italiano trova esplicita garanzia agli artt. 10 e 26 della Costituzione nella misura in cui le citate norme

⁸³ M. PELISSERO, *op. ult. cit.*, p. 98, muovendo dal presupposto che «da una attenta lettura delle fattispecie di reato emerge allora che l'interesse politico tutelato traspare dalla struttura delle fattispecie talvolta a livello di condotta tipica, altre volte come dato di connotazione dell'evento, sia esso di danno o di pericolo; in altre fattispecie, infine, è la descrizione dell'elemento soggettivo ad avere un ruolo pregnante contenuto politico» conclude che «è allora possibile suddividere i reati politici in tre categorie, secondo che la politicalità dell'interesse ricada sulla condotta, sull'evento, sugli elementi normativi o sulla illiceità penale, o infine sull'elemento soggettivo».

⁸⁴ L'espressione è di F. STELLA, *La tutela penale della società*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 87.

statuiscono il divieto dell'extradizione per reati politici sia del cittadino che dello straniero.

A livello internazionale la c.d. *depoliticizzazione* del terrorismo ai fini dell'extradizione figura in strumenti convenzionali, a vocazione sia regionale che universale, di primaria importanza: in particolare, la Convenzione europea di estradizione del 1957, la Convenzione europea per la repressione del terrorismo del 1977 e il Protocollo di emendamento del 2003 e, da ultimo, la Convenzione internazionale per la repressione degli attentati terroristici mediante utilizzo di esplosivo, adottata dall'Assemblea Generale dell'ONU a New York il 15 dicembre 1997⁸⁵.

È da segnalare che secondo certa dottrina l'esclusione ai fini estradizionali delle condotte terroristiche dall'illecito di categoria in parola non è un'autentica confutazione della politicalità delle stesse, bensì ne è un'indiretta conferma⁸⁶. Invero, l'idea per cui la neutralizzazione dell'operatività del divieto di estradizione è esclusivamente ancillare alla repressione delle condotte che si connotano per un più grave disvalore sociale e attinge ai profili procedurali di *law enforcement*, senza per ciò denegare o inficiare la natura politica dei fatti incriminati, sembra trovare conferma in una dottrina assai risalente.

Infatti, già sul finire degli anni Sessanta, Pietro Nuvolone lanciava il seguente monito: «ci si dovrebbe mettere d'accordo in Europa, o almeno tra alcuni stati d'Europa, per l'incriminazione di qualsiasi atto di violenza a persone e cose compiute per motivi politici ai danni di qualsiasi persona o stato, e per una convenzione per l'aiuto reciproco in ordine alla prevenzione e repressione di questi delitti politici e per l'extradizione di chi se ne rende autore»⁸⁷.

L'altro profilo, ben più composito, che fa oscillare la granitica riconduzione dei reati terroristici all'illecito politico, almeno come concepito nel 1930, pertiene al bene giuridico tutelato dai delitti di cui al Titolo I, vale a dire la personalità giuridica dello

⁸⁵ L'art. 11 della Convenzione di New York sancisce: «*Ai fini dell'extradizione o dell'assistenza giudiziaria tra Stati Parte, nessuno dei reati di cui all'articolo 2 è considerato come reato politico, reato connesso a un reato politico o reato ispirato da moventi politici. Pertanto, una richiesta di estradizione o d'assistenza giudiziaria fondata su un tale reato non può essere respinta per il solo motivo che essa riguarda un reato politico, un reato connesso a un reato politico o un reato ispirato da moventi politici*».

⁸⁶ Di questo avviso V. MASARONE, *op. cit.*, p.68: «ebbene, la stessa esigenza di precisare, costantemente, a livello internazionale, che il terrorismo non rientra nel novero dei reati politici, oggetto del consueto divieto di estradizione, può essere interpretata come un'indiretta conferma dell'intrinseca natura politica per lo più riscontrabile negli atti terroristici».

⁸⁷ P. NUVOLONE, *Problematica dell'unificazione del diritto penale dei paesi europei*, in *Prospettive per un diritto penale europeo*, *op. cit.*, p. 303.

Stato sia nella sua accezione esogena (personalità internazionale) che endogena (personalità interna).

La personalità dello Stato, assurgendo a bene giuridico di categoria, ha superato la più riduttiva concezione e dizione della «sicurezza dello Stato» del codice Zanardelli⁸⁸, rispondendo così ad una visione autoritaria, statolatrica e antropomorfa, secondo la quale lo Stato, come una sorta di *Übermensch*, è il centro d'imputazione di una molteplicità di situazioni giuridiche soggettive, distinte e preminenti rispetto a quelle dei singoli consociati⁸⁹. Sennonché, con l'avvento dell'ordinamento costituzionale si è consumata la rottura di quel vincolo, che agli occhi dei compilatori del codice Rocco appariva inscindibile, fra delitto politico e personalità dello Stato ed è così entrata in crisi l'attitudine dogmatico-sistematica della personalità dello Stato a continuare a fungere da bene giuridico di categoria⁹⁰, atteso che l'attenzione del legislatore è andata vieppiù focalizzandosi sul nuovo assetto costituzionale e sul ruolo egemonico della comunità sociale.

Tale frattura si è fatta acuta proprio nel contesto normativo del contrasto ai fenomeni eversivi e terroristici, la cui recrudescenza ha fatto sì che lo sforzo massimo dell'ordinamento giuridico, attraverso il suo strumento più incisivo qual è il diritto penale, fosse teso a presidiare l'ordine costituzionale. «Il legislatore nel momento in cui appresta

⁸⁸La *Relazione del Guardasigilli* afferma sul punto: «il Codice vigente [Zanardelli], ispirato ai dogmi dell'individualismo, che anche noi avevamo ereditato dalla Rivoluzione francese, limita le previsioni contenute nel Titolo I ai solo attentati contro la sicurezza dello Stato, quasi che oltre la sfera di protezione minima, la quale coincide col diritto all'esistenza, lo Stato non avesse altri e meno fondamentali interessi da affermare [...] non è soltanto la sicurezza dello Stato, quella che va penalmente tutelata, ma anche tutto quel complesso di interessi politici fondamentali, di altra indole, rispetto ai quali lo Stato intende affermare la sua personalità. Codesti interessi, attraverso sfere gradatamente più ampie, vanno dalla saldezza e dalla prosperità economica al migliore assetto sociale del Paese, e perfino al diritto di conseguire e consolidare quel maggiore prestigio politico...».

⁸⁹La giurisprudenza di legittimità ha affermato che i delitti di cui al Titolo I vedono lo Stato come soggetto passivo in quanto «titolare dei beni giuridici specifici direttamente protetti dalla relative norme e che sono costituiti dagli interessi fondamentali della personalità dello Stato, attenendo essi alla inviolabilità del presente ordinamento giuridico, all'esistenza, all'incolumità ed al decoro dei supremi organi dello Stato e al decoro della nazione italiana» (Cass., sez. I, 26 giugno 1981, Agnellini). Concorde anche l'opinione dottrinale maggioritaria: M. ROMANO, in *Quest. Crim.*, 1981, afferma che «l'idea dello Stato persona, quale momento conclusivo della sintesi politica e sbocco categoriale di ogni reato avente dimensione politica, sottintende una concezione totalitaria, per la quale non esiste rapporto politico di cui sia estraneo lo Stato persona, così non può darsi reato politico che non si rivolga contro quell'unico soggetto».

⁹⁰Secondo T. PADOVANI, *Bene giuridico e delitti politici. Contributo alla critica ed alla riforma del Titolo I, Libro II c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p.8, «La <personalità dello Stato> non è quindi un bene tutelato, ma una metafora volta ad esprimere, in forma mistificata, l'effettivo elemento di raccolto del titolo, costituito dall'idea di una volontà politica superiore contraddetta da comportamenti essenzialmente concepiti come sintomi di disobbedienza: si perpetua così il modello strutturale della <lesa maestà>, che è in effetti lesa come volontà *superiorem non recognoscens*».

gli strumenti più congrui alla salvaguardia dagli attacchi eversivi non guarda più alla personalità dello Stato quale sintesi categoriale degli interessi supremi dello Stato, ma all'ordine democratico»⁹¹.

Il bene giuridico tutelato dalle fattispecie che il legislatore degli anni di piombo ha inserito all'interno del Titolo I si rinviene nell'ordine costituzionale⁹², ossia quell'ordine nel quale “le libertà individuali coesistono con le collettive”⁹³. Il che viene plasticamente rappresentato dalle scelte semantiche operate dal legislatore della stagione emergenziale, che ricorre sovente alle formule “tutela dell'ordine democratico” ovvero “costituzionale” nella rubricazione dei provvedimenti legislativi (ad es., il d.l. n. 625/1979 è intitolato «*Misure urgenti per la tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica*», il d.l. n. 304/1982 reca «*Misure urgenti per la difesa dell'ordinamento costituzionale*») e nel *corpus* degli stessi (basti citare l'art. 289 bis c.p.).

Secondo taluni commentatori⁹⁴ il richiamo all'ordine costituzionale quale bene tutelato vorrebbe assurgere a egida costituzionale delle nuove incriminazioni. L'ambizione sarebbe stata quella di fronteggiare con vigore manifestazioni criminali di notevole carica offensiva ma, in quanto intrise di convinzioni politiche, la loro repressione si sarebbe dovuta esperire superando quell'autoritarismo ideologico di fondo, che è geneticamente e intimamente connesso alle fattispecie preesistenti di cui al Titolo I. Difendere il metodo democratico con metodo democratico, questa è la petizione di principio che traspare dai lavori preparatori dei provvedimenti normativi succedutisi nel periodo storico, che è qui oggetto di analisi. Tuttavia, non manca in dottrina chi esprime un giudizio assai caustico sull'effetto in concreto sortito⁹⁵.

⁹¹ M. PELISSERO, *op. ult. cit.*, p. 77.

⁹² Secondo P.L. VIGNA, *La finalità di terrorismo ed eversione*, Milano, 1981, è da preferirsi l'espressione ‘ordine democratico’ rispetto ad ‘ordine costituzionale’, in quanto maggiormente idoneo a delimitare i beni giuridici di rilievo costituzionale che divengono così oggetto di tutela penale: ordine democratico «sta, infatti, a significare che l'interesse la cui protezione si è avuta di mira non è quello di tutelare tutti i principi fissati in Costituzione, ma di uno solo di essi: l'ordine democratico, appunto, che altro non è se non il metodo democratico visto nella sua dimensione di principio garantito dalla Costituzione». Tuttavia, tale argomentazione non è risultata particolarmente convincente, soprattutto alla luce dell'interpretazione autentica offerta dall'art. 11 della L. 29 maggio 1982, 304 che afferma la piena equipollenza delle due locuzioni: «*all'espressione “eversione dell'ordine democratico” [...] corrisponde, per ogni effetto giuridico, l'espressione eversione dell'ordine costituzionale*».

⁹³ Così A.A. DALIA, *I sequestri di persona a scopo di estorsione, terrorismo ed eversione*, Milano, 1980.

⁹⁴ P. NUVOLONE, *Codice penale e Costituzione*, in *Il diritto penale degli anni Settanta*, Padova, 1982; in senso adesivo F. FASANI, *op. cit.*

⁹⁵ C. E. PALIERO, *Minima non curat praetor. Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, sostiene che il corpo normativo introdotto con la prima legislazione anti-terrorismo non «sarebbe però volto [...] ad attuare la Costituzione ma, all'opposto, rappresenterebbe un

Ritornando al quesito di partenza, sembra potersi addivenire alla conclusione, seppur interlocutoria, che il delitto terroristico manifesta profili peculiari e autonomi rispetto al più lato delitto politico. Pertanto, non può predicarsi una sicura concentricità delle sfere applicative delle due tipologie delittuose, le quali, invece, ci sembrano essere intersecate fra loro. Il punto sarà ulteriormente scandagliato nel successivo paragrafo.

È stato proprio allorché si è raggiunto il tragico parossismo dell'esperienza brigatista che il delitto terroristico si è privato della sua *quidditas* politica, intesa nella dimensione tutta ideologica – quasi «romantica», sostiene Fabio Fasani – di esercizio, pur violento, del c.d. diritto di resistenza o ribellione⁹⁶ allo *status quo*. Tale processo di depauperamento della politicità tradizionalmente intesa è divenuto irreversibile con l'*escalation* del terrorismo internazionale: l'azione *jihadista* persegue finalità geopolitiche che si dispiegano lungo due direttrici quali: da un lato, la conquista dei territori mediorientali e l'inveramento del proposito di ricostituzione del Califfato e, dall'altro lato, la guerra contro gli “apostati” da consumarsi in Occidente con una violenza indiscriminata e bieca.

Un teorico generale del diritto propone una suggestiva lettura di recupero della politicità in seno al delitto terroristico, da intendersi, tuttavia, in un senso diametralmente opposto. Non è più tanto politico il movente criminale, non è più politico il riverbero di quest'ultimo sulle modalità di consumazione del reato e sull'individuazione dei soggetti passivi, ma diviene politica la reazione dell'ordinamento giuridico, suggellata nella c.d. *ragion di Stato*, vale a dire: «il principio normativo della politica che fa del 'bene dello stato' il fine primario e incondizionato dell'azione di governo e giustifica, per il suo ragionamento, l'impiego di qualunque mezzo»⁹⁷.

Da qui la concezione del delinquente politico come nemico da debellare, sempre e comunque, nel superiore interesse dello Stato. Sennonché, è opportuno precisare che si tratta di una lettura che va ad attingere alla tradizione del garantismo penale più avanzato

arretramento rispetto allo stesso codice Rocco, scardinandone addirittura alcuni principi-base di stampo liberale»; meno critico F. FASANI, *op. cit.*, che arguisce come l'intento proposto «resta più nei cuori della dottrina che nelle dinamiche del diritto vivente».

⁹⁶ Per una definizione storica del c.d. diritto alla resistenza si rinvia a L. FERRAJOLI, *Delitto politico, ragion di stato e stato di diritto*, in AA.VV., *Il delitto politico dalla fine dell'Ottocento ai giorni nostri*, Roma, 1984, p. 53: «diritto di resistenza, concepito come diritto naturale, o diritto-dovere, di gruppi organizzati o di tutto il popolo ad opporsi con qualunque mezzo, compreso il delitto politico, contro l'esercizio arbitrario e tirannico del potere statale».

⁹⁷ L. FERRAJOLI, *Delitto politico, ragion di stato e stato di diritto*, cit., p. 54.

e che sottende un giudizio assai critico verso la legislazione di contrasto al terrorismo estesa negli anni Ottanta, in cui sembrerebbe scorgersi il riaffiorare di quell'autoritarismo che era tralattivamente intrinseco al reato politico.

3.1.1. (segue) Profili normativi

Entrando *in medias res*, il legislatore nazionale ha fronteggiato l'incremento degli indici di delinquenza politica con un andamento evenemenziale e progressivo per intensità repressiva, facendo costantemente ricorso allo strumento legislativo di cui all'art. 77 Cost., ossia la legislazione d'emergenza⁹⁸. La Corte Costituzionale nella sentenza n. 15 del 14 gennaio 1982 ne ha giustificato i presupposti applicativi secondo una logica quasi deontica, affermando che «*di fronte ad una situazione d'emergenza [...] Parlamento e Governo non ha solo il diritto e il potere, ma anche il preciso ed indeclinabile dovere di provvedere, adottando una apposita legislazione d'emergenza*».

A ben vedere, non sfugge al giudizio della Corte che l'emergenza, in quanto legittimante l'intervento dell'Esecutivo, deve concretizzarsi in una condizione certamente anomala e grave, «*ma anche essenzialmente temporanea*».

L'ossequio di quest'ultimo requisito, la temporaneità, è stato ampiamente carente e la realtà normativa è andata assestandosi su una tendenza di segno opposto al *memorandum* del Giudice delle leggi: ciò che doveva essere un congegno temporaneo, connotato da regole derogatorie rispetto a quelle generali previgenti, è divenuto un *corpus* normativo integrato in via permanente all'interno del sistema di diritto sostanziale e processuale, fino a ipertrofizzarsi dando così vita nell'ambito del processo penale, dell'ordinamento

⁹⁸E' convenzionale il riferimento alla c.d. legislazione dell'emergenza come l'arco temporale che intercorre fra il 1975 e il 1987, costellato dalle seguenti leggi: L. 18 aprile 1975, n. 110 (*norme integrative della disciplina vigente per il controllo delle munizioni e degli esplosivi*); L. 22 maggio 1975, n. 152 (*disposizioni a tutela dell'ordine pubblico*); L. 7 giugno 1977, n. 296 (*cause di sospensione della durata della custodia preventiva*); L. 8 agosto 1977, n. 532 (*provvedimenti urgenti in materia processuale e di ordinamento giudiziario*); L. 8 agosto 1977, n. 533 (*disposizioni in materia di ordine pubblico*); L. 8 agosto 1977, n. 534 (*modifiche al codice di procedura penale*); L. 18 maggio 1978, n. 191 (*norme penali e processuali per la prevenzione di gravi reati*); L. 6 febbraio 1980, n. 15 (*misure urgenti per la tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica*); L. 29 maggio 1982, n. 304 (*misure per la difesa dell'ordine costituzionale*); L. 18 febbraio 1987, n. 34 (*misure a favore di chi si dissocia dal terrorismo*).

penitenziario e della disciplina delle misure di prevenzione ad un autentico *doppio binario*⁹⁹.

Lo stato di perenne emergenza ha, quindi, portato al «delinearsi – attraverso innovazioni che investono ad un tempo il sistema delle incriminazioni, la disciplina del processo e il diritto di polizia – di un vero e proprio diritto penale “speciale”, applicabile all’area dei delitti commessi *per finalità di terrorismo o di eversione dell’ordine democratico*»¹⁰⁰. L’eccezionalità è stata declinata come specialità e ha rappresentato – è questo l’aspetto che più ci preme sottolineare - il paradigma di riferimento per il legislatore a noi coevo, allorché è stato chiamato ad apprestare gli espedienti di natura repressiva e preventiva per contrastare il terrorismo internazionale.

È il momento di evidenziare come l’emergenzialità non rappresenta un dato meramente formale, il quale si limita all’*habitus* del provvedimento adottato in virtù dell’art. 77 Cost., bensì è un dato intimamente correlato al contenuto e alla portata delle disposizioni normative che sono state nel tempo interpolate. Infatti, secondo certa dottrina siamo al cospetto di un diritto penale dell’emergenza c.d. “implicito”, la cui *ratio* è di prevenire manifestazioni criminose che si connotano per una notevole e peculiare offensività attraverso l’introduzione di specifici strumenti che si differenziano da quelli ordinari per una maggior incisività repressiva. Un risultato che si è potuto perseguire attraverso la “flessibilizzazione” delle garanzie individuali, pur senza trascendere il perimetro demarcato dal nocciolo duro delle guarentigie costituzionali.

⁹⁹ F. STELLA, *La tutela penale della società*, cit., p. 45, segnalava già nel 1980 il grave pericolo insito nella permanenza della legislazione d’emergenza: il pericolo, cioè, che «da settore isolato e circoscritto di norme, destinate a controllare un gruppo di fenomeni ben delimitati oggettivamente e soggettivamente, finisca per trasformarsi in principio guida dell’intera legislazione penale e del concreto funzionamento degli apparati preposti alla giustizia penale. Non si tratta, del resto, solo di un pericolo futuro: già da tempo, proprio in coincidenza con le prime esplosioni del terrorismo endemico nelle città, la legislazione penale, nel suo complesso, ha subito un’inversione di tendenza, che ha inciso e incide sempre più nel profondo sul corpo della legislazione processuale e sostanziale, e sul comportamento degli organi giudiziari e penitenziari». È significativo notare che l’A. scorgeva il principale sintomo di una siffatta inversione di tendenza proprio nell’arretramento della soglia di punibilità al compimento di atti preparatori «di contenuto inafferrabile» attraverso la formulazione di «fattispecie vaghe e indeterminate».

¹⁰⁰ C. FIORE, *Ordine pubblico (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, pp. 1104-1105. Dello stesso avviso M. PELISSERO, *op. ult. cit.*, laddove parla di un vero e proprio «diritto speciale, nel quale la specificità della disciplina interviene a connotare un intero settore di materia». L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 2002, compendia i vari interventi legislativi emergenziali con la teorizzazione del c.d. «sottosistema penale d’eccezione», intendendo per ciò l’ampliarsi di una legislazione penale d’emergenza in cui le categorie “eccezione” ed “emergenza” danno adito ad un’attenuazione assai significativa delle garanzie costituzionali individuali.

Un diritto emergenziale di tal genere risponde a quella che può essere definita una logica *preventivo-preventiva*¹⁰¹ e si sostanzia eminentemente nella costruzione di fattispecie associative e di fattispecie sotto le quali vengono sussunti gli atti preparatori (precipuamente, l'istigazione a commettere delitti di cui all'art. 302 e 414 c.p., l'apologia di delitti di cui all'art. 414 c.p., la cospirazione politica mediante accordo di cui all'art. 304 c.p.). La legislazione d'emergenza dell'epoca è intervenuta in senso additivo solo sul primo aspetto, avendo ritenuto, invece, le preesistenti incriminazioni della manifestazione di opinioni eversive, tali in quanto avvincenti un contenuto istigativo o apologetico, *compliant* rispetto alle contingenti esigenze di politico-criminale.

Nel 1974 il legislatore ha adottato due provvedimenti (il d.l. 11 aprile 1974, n. 99 e la l. 14 ottobre 1974, n. 497) destinati a irrigidire le cornici edittali dei reati di rapina, estorsione, sequestro e delle ipotesi delittuose concernenti le armi. In sostanza, si è voluto intervenire sui reati-satellite che orbitavano attorno a un nuovo e ben più pericoloso tipo di delinquenza, che prorompente si andava affermando.

La l. 22 maggio 1975, n. 152, meglio nota come "Legge Reale", ha cristallizzato le pressanti istanze securitarie dell'epoca¹⁰² estendendo i poteri d'intervento delle autorità di pubblica sicurezza e limitando drasticamente le ipotesi di concessioni della libertà provvisoria.

Tuttavia, è solo con la tragica vicenda del Presidente Moro che per la prima volta l'ordinamento ha posto rimedio all'esigenza improcrastinabile di riconoscere formalmente il fenomeno 'terrorismo', pur senza fornirne una nozione: il d.l. 21 marzo

¹⁰¹ Si fa riferimento a quanto sostenuto da R. BARTOLI, *Legislazione e prassi in tema di contrasto al terrorismo internazionale: un nuovo paradigma emergenziale?*, cit., p.4, il quale distingue fra un diritto penale dell'emergenza "espresso" ed uno "implicito", intendendo per il primo il diritto «che, in presenza di situazioni particolarmente gravi che minacciano la stessa vita di una nazione (spesso in ragione della reiterazione di fatti gravissimi), viene attivato attraverso dichiarazioni per l'appunto espresse che sospendono alcune garanzie fondamentali [...] si tratta in buona sostanza del diritto penale che scaturisce dalla dichiarazione del vero e proprio stato di emergenza previsto dall'art. 15 CEDU».

¹⁰² Il Ministro di Grazia e Giustizia, On. Oronzo Reale, l'8 aprile 1975 nell'illustrare il ddl in commento alla Camera dei deputati così esordiva: «Recenti gravissimi episodi di criminalità comune e politica hanno sollevato profonde, legittime preoccupazioni nell'opinione pubblica, la quale esige vivamente che lo Stato democratico provveda con efficacia a tutelare l'incolumità e la sicurezza dei cittadini. Certamente, un semplice aumento delle pene, tanto più se indiscriminato, non può risolvere il problema della criminalità, né efficaci risultati, in questo settore, possono essere raggiunti facendo pagare un alto prezzo ai diritti di libertà del cittadino, dei quali è gelosa custode la coscienza democratica del paese. Ma, d'altro canto, era necessario porsi il problema della adeguatezza del nostro sistema penale sostanziale e processuale a fronteggiare le nuove, gravissime ed allarmanti forme di criminalità. La delinquenza è oggi organizzata in maniera da turbare profondamente la sicurezza dei cittadini, ha protagonisti più spregiudicati che nel passato, si avvale con astuzia di tutte le smagliature che il nostro ordinamento può offrire».

1978, n. 59 (convertito con modificazioni in l. 18 maggio 1978, n. 91¹⁰³) ha infatti introdotto all'art. 289 *bis* c.p. il delitto di *sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione* e ha interpolato in più punti l'art. 630 c.p. prevedendo la finalità «*di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico*».

Con il secondo decreto antiterrorismo, il d.l. 15 dicembre 1979, n. 625, convertito in l. 6 febbraio 1980, n.15, l'intervento legislativo ha acquisito un contenuto più organico-sistematico e si è concretizzato nell'introduzione dell'art. 280 c.p. («*attentato per finalità terroristiche o di eversione*») e, soprattutto, della fattispecie associativa di cui all'art. 270 *bis* c.p. («*associazione con finalità di terrorismo e di eversione dell'ordine democratico*»)¹⁰⁴.

La fattispecie associativa rappresenta il perno della legislazione emergenziale di contrasto al fenomeno terroristico e si caratterizza per il suo essere funzionale ad una significativa anticipazione della tutela penale dell'ordinamento costituzionale: essa non ha come punto di riferimento uno specifico reato, bensì un programma criminale indeterminato (altrimenti si ricadrebbe nell'ambito applicativo dell'art. 304 c.p.¹⁰⁵), fungendone da cornice¹⁰⁶.

L'art. 270 *bis* c.p. si è inserito all'interno di un tessuto normativo che già contemplava diverse ipotesi associative, alcune delle quali connotate da marcate venature politiche di fondo (associazione sovversiva, cospirazione politica mediante accordo e mediante associazione, banda armata). Siffatta circostanza ha posto, dapprima nella fase embrionale della norma e poi in fase applicativa, l'esigenza di ricercare alcuni elementi

¹⁰³ La Legge in commento ha altresì introdotto il delitto di attentato agli impianti di pubblica utilità (art. 419 *bis* c.p.) e di riciclaggio (art. 648 *bis* c.p.).

¹⁰⁴ L'art. 270 *bis* c.p. nella versione del 1979 era del seguente tenore letterale: «*1. Chiunque promuove o, costituisce, organizza o dirige associazioni che si propongono il compito di atti di violenza con fini di eversione dell'ordine democratico è punibile con la reclusione da sette a quindici anni. 2. Chiunque partecipa a tali associazioni è punito con la reclusione da quattro a otto anni.*»

¹⁰⁵ In ordine ai rapporti con l'art. 305 c.p. («*Cospirazione politica mediante associazione*»), il consolidato dottrinale è di ritenere escluso il concorso formale con l'art. 270 *bis*, ritenendo operante il primo laddove l'associazione a tale scopo costituita si proponga di compiere delitti contro la personalità dello Stato di carattere non violento ovvero diretti ad uno scopo meramente eversivo. Si veda V. MASARONE, *op. cit.*, p. 242. Il tema sarà affrontato nel par. 6.1.

¹⁰⁶ Non manca chi in dottrina ha sostenuto che si è trattato di un intervento più simbolico, di rappresentazione di una risposta forte dello Stato al terrorismo, in quando il Codice penale prevedeva già altri reati associativi che garantivano una sufficiente copertura: non a caso la giurisprudenza aveva elaborato un'interpretazione della banda armata e dell'associazione sovversiva un'interpretazione adeguatrice alla fenomenologia terroristica. Sul punto si veda D. FALCINELLI, *Terrorismo (profili sostanziali)*, in *Dig. disc. pen., Agg.*, III, Tomo II, 2005, p. 1617. In senso adesivo M. PELISSERO, *op. cit.*

specializzanti del nuovo delitto, così da differenziarlo dalle accennate ipotesi preesistenti e da giustificare la sua più intima *ratio*.

A giudizio della dottrina maggioritaria¹⁰⁷, risulta pressoché impossibile portare alla luce dei profili discriminanti sul piano oggettivo rispetto all'associazione sovversiva, attesa la sostanziale omogeneità delle condotte incriminate: l'art. 270 c.p. proscrive la promozione, l'organizzazione e la direzione, nonché la partecipazione, di associazioni tese a sovvertire violentemente le strutture economico-sociali dello Stato ovvero a sopprimere violentemente l'ordinamento politico e giuridico; l'art. 270 *bis* c.p. contempla le medesime condotte riferite a sodalizi che «*si propongono il compito di atti di violenza con fini di eversione dell'ordine democratico*».

Dunque, il connotato peculiare della nuova fattispecie associativa va scandagliato su altri fronti per essere così rinvenuto nella finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento democratico, ossia nel finalismo soggettivo dell'agente. Il legislatore ha inteso in tal modo costruire una fattispecie a soggettività pregnante, nella quale risulta essere preminente il disvalore di intenzione (*Intentionsunwert*) sulle note modali della condotta ovvero sugli esiti effettivamente raggiunti, il che vale altresì a fondare il maggior rigore sanzionatorio del delitto in commento rispetto a quello contenuto nell'articolo precedente. Nell'art. 270 *bis* culmina quella tendenza legislativa principiata con i decreti-legge immediatamente precedenti, i quali avevano contemplato quale circostanza aggravante di reati comuni la finalità terroristica o eversiva, e che è stata compendiata da un Autore nei seguenti termini: “il maggior disvalore complessivo del fatto deriva proprio dall'arricchimento del *Tatbestand* di relazione con i requisiti, d'ordine soggettivo, individuati dall'odierno legislatore”¹⁰⁸.

Invero, l'*iter legis* del reato terroristico associativo ha fatto emergere una situazione maggiormente problematica in ordine all'equilibrio anatomico fra elemento soggettivo e oggettivo della fattispecie incriminatrice, a cui si è solo parzialmente posto rimedio *in fieri*. Infatti, il testo originario del d.l. 15 dicembre 1979, n. 625 prevedeva *sic et simpliciter* la promozione, costituzione, organizzazione, direzione e partecipazione ad associazioni aventi finalità di terrorismo od eversione e comprensibilmente aveva dato

¹⁰⁷ F. STELLA, *La tutela penale della società*, cit.; G. A. DE FRANCESCO, *Commento all'art. 2 L. 6 febbraio 1980 n. 15 (Antiterrorismo)*, in *Leg. pen.*, 1981, p. 52, afferma che l'interpolazione dell'art. 270 *bis* avvenuta senza un ripensamento delle fattispecie associative “contigue” ha determinato “un'artificiosa duplicazione di qualificazioni giuridico-penale”.

¹⁰⁸ N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, Milano, 1983, p. 14

adito ad aspre critiche per l'assenza di qualsivoglia riferimento alla violenza nella descrizione del fatto tipico: di talché, si sosteneva, si sarebbe potuto incriminare anche le associazioni mosse da mere finalità ideologiche quale il dissenso politico¹⁰⁹.

Il Parlamento, in sede di conversione del decreto, ha opportunamente aggiunto il riferimento al «*compimento di atti di violenza*», così arricchendo l'ipotesi astratta di note oggettive rilevanti sia sul piano della tipicità che dell'offensività. Gli atti di violenza, da un lato, vengono introiettati nell'oggetto della finalità, consistente nella realizzazione di precipi fatti di reato, che è strumentale alla “finalità finale”¹¹⁰ rappresentata dall'obiettivo “politico” avuto di mira; dall'altro, esprimono il *modus operandi* dell'organizzazione, senza il quale l'obiettivo finale non sarebbe raggiungibile e che dovrebbe altresì connotare di un ulteriore disvalore (d'azione, ma in talune circostanze anche di evento) i singoli episodi delittuosi ricompresi nella *societas sceleris*.

Benché l'intervento del legislatore sia stato apprezzabile, oltre che necessario per garantire un modello ascrittivo conforme ai principi generali di rilievo costituzionale in materia penale¹¹¹, permangono due rilievi critici.

Il primo rilievo si esplica nella constatazione per cui, anche alla luce di tale interpolazione e nonostante la marcata focalizzazione finalistica, l'area applicativa del nuovo delitto associativo si sovrappone integralmente a quella dell'art. 270 c.p., attesa la sottostante difficoltà di discernere fra sovversione ed eversione o terrorismo – questi ultimi da intendersi come un'endiadi – e la coincidenza dell'uso della violenza quale elemento modale.

Il *novum* si esaurirebbe così in «una figura aggiornata dell'associazione sovversiva, nella quale la finalità di eversione dell'ordine democratico sostituisce quella di stabilimento

¹⁰⁹ M. PELISSERO, *op. cit.*, p. 237; C.R. CALDERONE, *Misure urgenti per la tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica (Modifiche apportate dalla legge 6 febbraio 1980, n. 15)*, in *Giur. mer.*, 1980, IV.

¹¹⁰ Così R. BARTOLI, *op. cit.*, p. 10.

¹¹¹ V. MASARONE, *op. cit.*, p. 236, evidenzia le possibili frizioni con i principi costituzionali che l'incriminazione delle condotte di mera associazione origina: «i reati associativi entrano in conflitto, oltre che con il menzionato principio di offensività, con il principio di legalità, *sub specie* di determinatezza-tassatività, per particolare imprecisione delle norme che li descrivono; con il principio di materialità, nella misura in cui rendono possibile la punizione della mera adesione psicologica al programma criminoso; ed ancora con il principio di proporzione, in ordine alle cornici edittali previste; nonché con quello di personalità della responsabilità penale, soprattutto ove si ravvisi una responsabilità dei capi dell'associazione per i reati-fine commessi da altri associati».

della dittatura di una classe sociale sull'altra, della soppressione di una classe sociale o della sovversione degli ordinamenti economici o sociali costituiti nello Stato»¹¹².

Di conseguenza, la situazione più insidiosa è che l'assenza di criteri discernitivi fra le due ipotesi associative, in uno con la rigidità dei principi risolutivi del concorso apparente di norme fatti propri dalla giurisprudenza¹¹³, si è tradotta nella contestazione plurima di entrambi i titoli di reati, risolvendo l'intervento novellistico in un mero inasprimento sanzionatorio dalle forti tonalità simboliche.

Il secondo rilievo critico, valevole anche – e soprattutto – per le ultime riforme apportate agli strumenti repressivi del terrorismo internazionale, è che in tale ambito il rischio di soggettivizzazione della tutela penale è divenuto attuale e concreto in una misura ben maggiore del rischio posto dalla incriminazione dei c.d. atti preparatori.

Il delitto in parola è, infatti, strutturato come una fattispecie meramente associativa (o associativa pura), che si perfeziona nel momento in cui si costituisce l'associazione con un programma criminoso, prescindendo dalla realizzazione, anche solo tentata, del delittiscopo. La presenza di un'organizzazione criminale è considerata ragionevolmente un *malus in re ipsa*, tuttavia sottovalutare il requisito dell'organizzazione quale componente oggettiva della fattispecie e le peculiarità operative della stessa significa rinunciare alla possibilità di innalzare un argine garantista a quella deriva soggettivistica, che si ripropone come una sorta di *leitmotiv* nell'intera disciplina di contrasto al terrorismo (interno e internazionale)¹¹⁴.

A colmare l'assenza di indicazioni sul requisito organizzativo è intervenuta una consolidata opinione dottrinale, condivisa anche dalla giurisprudenza più recente a séguito della novella del 2001, secondo la quale la norma di cui all'art. 270 *bis* debba comprendere le sole ipotesi in cui un'organizzazione di persone e di mezzi idonei diventi un *locus operandi et deliberandi* propulsivo della futura commissione di atti violenti con finalità terroristica. *Id est*: deve trattarsi di un'associazione strutturata in modo tale da risultare in concreto fonte di pericolo per la vita e l'incolumità fisica delle potenziali

¹¹² M. RONCO, voce *Terrorismo*, in *Noviss. dig.it, Appendice*, VII, 1987, pp. 752 ss.

¹¹³ È di tale avviso M. PELISSERO, *op. cit.*

¹¹⁴ Tuttavia, G.DE VERO, *I reati associativi nell'odierno sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, sostiene che il compimento di atti di violenza, quale cifra costitutiva del programma criminoso, è ritenuto «idoneo ad attribuire alle fattispecie i connotati di una particolare associazione per delinquere politicamente qualificata ed a porla dunque definitivamente al riparo da dubbi di legittimità costituzionale».

vittime degli «atti di violenza». L'operazione ermeneutica si concreta dunque nel tentativo di elevare al rango di reato di pericolo concreto il paradigma associativo¹¹⁵.

Ispirata alla stessa logica di soggettivizzazione delle fattispecie è altresì la norma di chiusura del sistema prevista dall'art. 1 del d. l. 15 dicembre 1979, n. 625 (convertito con modifiche dalla l. 6 febbraio 1980, n. 15) che prevede un'aggravante di portata generale, espressione e contenuto del dolo specifico: «*Per i reati commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico, punibili con pena diversa dell'ergastolo, la pena è aumentata della metà, salvo che la circostanza sia elemento costitutivo del reato*»¹¹⁶.

L'elaborazione di un'aggravante, ordinata su una componente *tout court* soggettiva e applicabile a qualsivoglia fattispecie incriminatrice, involve l'eventualità che la stessa vada ad innestarsi su fatti criminosi la cui offensività tipica sia avulsa dalle dinamiche prettamente terroristiche, per ancorarsi in via esclusiva sulla tipologia d'autore (si pensi al furto di generi alimentari compiuto dal terrorista-sequestratore per la sopravvivenza dell'ostaggio).

Si è affermato, tuttavia, un indirizzo giurisprudenziale che delimita l'applicazione di tale aggravante ai soli reati capaci di manifestare una potenziale idoneità rispetto al raggiungimento degli scopi predefiniti, richiedendo una necessaria struttura organizzativa di base: «*pochi individui non potrebbero avere la possibilità di sovvertire il sistema politico, ciò che, invece, è possibile per gruppi organizzati e ben armati*» (Trib. Ivrea 15 luglio 1980). Secondo quest'opzione interpretativa, di cui vi è traccia anche nella

¹¹⁵ Sul punto G. MARINUCCI, *op. cit., passim*. Per comprendere il cambio di rotta è opportuno evidenziare che nell'ottica del compilatore del codice del 1930 i reati associativi erano strutturati secondo il paradigma del pericolo astratto, non richiedendosi quindi alcuna verifica di idoneità: era il legislatore a presumere la pericolosità delle associazioni finalizzate alla commissione dei delitti. Addirittura, alcuni Autori hanno ritenuto che i delitti associativi vadano inquadrati nello schema dei c.d. reati di mero scopo (o senza offesa) con un arretramento della soglia penale ancora più significativo dei reati di pericolo astratto. F. MANTOVANI, *Il principio di offensività tra dogmatica e politica criminale*, S. CANESTRARI (a cura di), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio*, Torino, 1998, p. 253, parla di un reato di ostacolo, atteso che «la mera costituzione dell'associazione rivela la pericolosità soggettiva dell'aggregazione [...] non la pericolosità oggettiva per i singoli beni oggetto di tutela dei reati programmati, perché rispetto ad essi l'associazione rientrerebbe ancora negli atti preparatori, quindi non è neppure tentativo punibile e, pertanto, non costituisce ancora né lesione, né messa in pericolo degli stessi».

¹¹⁶ Tale circostanza aggravante è stata contemplata dal D.lgs. 1° marzo 2018, n. 21, che ha introdotto l'art. 270 bis1, che al comma primo prevede: «*per i reati commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico, punibili con pena diversa dall'ergastolo, la pena è aumentata della metà, salvo che la circostanza sia elemento costitutivo del reato*».

giurisprudenza di legittimità¹¹⁷, è intrinseca al dettato normativo la logica d'autore, nella misura in cui valga a limitare l'applicazione al solo delitto terroristico escludendo, invece, il c.d. delitto anarchico, sul presupposto criminologico (opinabile) che l'anarchico agisca sempre individualmente e per scopi meramente dimostrativi.

In senso parzialmente diverso, si è sostenuto in dottrina che l'aggravante in parola è da correlarsi a «una certa forma di criminalità contrassegnata da un complesso di note di ordine soggettivo e oggetto»¹¹⁸, facendo leva però su un indefettibile rapporto di strumentalità/idoneità rispetto al programma perseguito dal soggetto associativo.

Si è più volte detto che la legislazione speciale in materia di terrorismo, per il suo contenuto fortemente soggettivizzato nella costruzione delle fattispecie incriminatrici, porta con sé il rischio che lo stigma penale ricada esclusivamente sul disvalore d'intenzione e, dunque, sull'atteggiamento interiore del soggetto agente, con un possibile ripiegamento sul soggettivismo puro, così come elaborato dalla dottrina tedesca: il reo sarebbe punito non per quello che fa (*So-tun*), bensì per quello che è (*So-Sein*).

A siffatta narrativa, che confligge gravemente con il principio di offensività, va contrapposta una lettura che sia in grado di valorizzare gli elementi oggettivi delle fattispecie terroristiche (segnatamente, gli “*atti di violenza*”) quale espressione sintomatica di una peculiare e plurioffensiva modalità d'esecuzione, in cui è riposta la quintessenza del terrorismo¹¹⁹. Infatti, il referente ontico del delitto terroristico, che lo discrimina dal mero delitto politico, deve essere ricercato nella modalità di consumazione del reato.

È proprio il metodo della paura che rende plastica la proiezione teleologica dell'azione delittuosa, conferendole incisività offensiva e materialità, perché non si può imporre la dittatura del proletariato ovvero spianare la strada ad un governo d'ordine senza «sembrare morte» (Corte Cost., sent. n. 14 del 1982). Un assunto analiticamente

¹¹⁷ Cass. Pen. 3 novembre 1998, in *Cass. pen.*, 1991, I, 227, ha affermato che «L'aggravante della finalità di terrorismo ricorre automaticamente – al di là del movente che ha determinato l'agente – in ogni reato finalisticamente diretto a progetti eversivi ed inquadrabile tra quelli utili al raggiungimento finale dello scopo di sovversione democratica». Nel caso di specie si trattava di una rapina i cui proventi erano destinati a finanziare l'organizzazione del nucleo armato.

¹¹⁸ F. C. PALAZZO, *La recente legislazione penale*, Padova, 185, p. 169.

¹¹⁹ Tuttavia, D. PULITANO', *Giustizia penale, garanzie, lotte al terrorismo*, in *Dem. dir.*, 1979, avverte circa la sussistenza di un rischio di segno contrario, che parimenti va a minare la possibilità di una tutela realmente garantista: “quando il delinquente politico finisce per identificarsi nel terrorista, il problema sanzionatorio tende ad assumere valenze diverse. Nella valutazione del fatto, la lesione di interessi umani elementari prevale sulle considerazioni dei motivi soggettivi; e viene in primo piano un'esigenza di prevenzione generale mediante intimidazione, se non anche una forte spinta retributiva”.

evidenziato dal Giudice delle leggi laddove ha definito il terrorismo interno di matrice politica come «*un fenomeno caratterizzato, non tanto, o non solo, dal disegno di abbattere le istituzioni democratiche come concezione, quanto dalla effettiva pratica della violenza come metodo di lotta politica, dall'alto livello di tecnicismo delle operazioni compiute, dalla capacità di reclutamento nei più disparati ambienti sociali*» (sent. n. 15 del 1982¹²⁰).

In conclusione, possono così individuarsi i tratti autonomi e distintivi del reato terroristico: la natura violenta dei mezzi impiegati quale *quomodo* d'esecuzione delle diverse ipotesi delittuose afferenti al programma che si intende perseguire; il coinvolgimento di vittime innocenti; la pubblicità dei singoli fatti di reato con conseguente *glorification*; l'instaurazione di un clima di terrore diffuso fra la popolazione; la presenza di un'associazione strutturalmente idonea al raggiungimento dello scopo proposti.

Emblematico, in tal senso, il passaggio delle Sezioni Unite n. 2110 del 23 novembre 1995 (vicenda legata alla strage di Bologna) ove si è affermato, in relazione all'aggravante di cui all'art. 1 della l. 6 febbraio 1980, n. 15, che la finalità terroristica si concreta in condotte violente dirette a ingenerare paura, incutendo terrore nella popolazione con azioni indiscriminate, nonché contro le istituzioni ovvero contro la persona a prescindere dalla sua funzione sociale esercitata, così da minare alla radice la fiducia nell'ordinamento costituito e indebolirne notevolmente le strutture.

SEZIONE II: UN'ANALISI DEL QUADRO NORMATIVO IN TEMA DI COUNTER-TERRORISM

4. Il contrasto al terrorismo internazionale di matrice fondamentalistica: alla ricerca di una nozione “globale”

¹²⁰ La Consulta era stata chiamata ad esprimersi sulla legittimità costituzionale degli artt. 10 e 15 (prolungamento dei tempi massimi della carcerazione preventiva), del d.l. n. 625/1979, convertito con modificazioni nella l. n. 15/1980, in riferimento agli artt. 13, comma primo, secondo e quinto, e 27, secondo comma, Cost. Il giudizio si è concluso con la declaratoria di non fondatezza delle due questioni riunite e di inammissibilità dell'ulteriore questione di legittimità costituzionale sollevata in riferimento all'art. 3 Cost.

L'affermazione del terrorismo *jihadista* sul finire dello scorso secolo ha permesso di delineare nitidamente il volto internazionale del fenomeno. L'attributo 'internazionale' può predicarsi in ordine a molteplici aspetti: anzitutto, è internazionale nel senso della natura di fonte di pericolo per la sicurezza internazionale e della sua originaria provenienza da Stati esteri. Internazionale e composita è poi la sua organizzazione, in quanto destrutturata in cellule operanti in Paesi diversi e fondata sul c.d. terrorismo *in franchising*: le Nazioni divengono sia i bersagli da colpire che la base operativa per il reclutamento, il finanziamento e la radicalizzazione.

Diretto corollario della dimensione internazionale del fenomeno è l'esigenza di apprestare attraverso il diritto penale una tutela sia preventiva che repressiva altrettanto internazionale, ossia comune agli ordinamenti nazionali e capace di assicurare risultati condivisi, in quanto impattanti sulla sicurezza internazionale, la cui applicazione sia resa agevole da un processo di armonizzazione *in sensu lato*. Da qui la travagliata ricerca di una nozione generale e comune, che possa costituire l'*ubi consistam* di una tutela di aspirazione globale, perseguibile attraverso la cooperazione interstatale, ma che necessita preliminarmente di punti di contatto e dialogo sui quali gettare le fondamenta per un sistema di protezione integrato e multilivello.

La prima disciplina normativa del fenomeno terroristico in ambito transnazionale risale alla Convenzione di Ginevra del 16 novembre 1937 «*per la prevenzione e la repressione del terrorismo*», adottata su iniziativa della Società delle Nazioni a séguito dell'attentato di Marsiglia del 1934, la quale costò la vita al re Alessandro di Jugoslavia e al ministro degli esteri francese.

La Convenzione presentava il particolare pregio di aver elaborato per la prima volta nella storia una definizione di atti di terrorismo come «*faits criminels dirigés contre un Etat et dont le but ou la nature est de provoquer la terreur chez des personnalités déterminées, des groupes de personnes ou dans le public*» (art. 1 n.2). Di conseguenza, prevedevano degli obblighi di criminalizzazione all'interno degli ordinamenti nazionali in ordine agli attentati contro i capi di Stati ovvero i beni pubblici o comunque destinati a una pubblica utilità; parallelamente, si caldeggiava la punizione delle attività criminose "strumentali" agli atti terroristici, come la fabbricazione, detenzione e circolazione di esplosivi ovvero la falsificazione di passaporti. Significativamente innovativa era, poi, la previsione in forza della quale, laddove gli atti di terrorismo fossero stati commessi all'estero, gli Stati

contraenti avrebbero dovuto assicurare l'extradizione del reo ovvero perseguirlo come se il reato fosse stato commesso sul proprio territorio: veniva così consacrato il principio *aut dedere aut iudicare*.

La Convenzione era stata modellata attraverso una tecnica casistica, atteso che gli atti condannati, da stimarsi più quali attività criminose a finalità terroristica che non come veri e propri atti di terrorismo, corrispondevano alle manifestazioni fenomenologiche più rilevanti all'epoca, strettamente correlate ai moti insurrezionali e anarchici. Cionondimeno, se ne apprezzava il tentativo di generalizzare l'inquadramento *sub specie iuris* del fenomeno mediante la deduzione di un referente modale e al contempo ontologico: «*la nature est de provoquer la terre*».

Tuttavia, la Convenzione in commento non è mai entrata in vigore per il mancato raggiungimento del numero necessario di ratifiche, le cui cause sono da rinvenirsi indubbiamente nel particolare contesto storico dell'epoca (la vigilia del secondo conflitto mondiale), ma anche nella ritrosia degli Stati ad accettare una deroga al principio di territorialità del diritto penale, considerato da sempre un baluardo della sovranità statale. Nel dopoguerra la comunità internazionale si è trovata a dover fronteggiare una pluralità di manifestazioni criminose con finalità terroristica dianzi sconosciute¹²¹: il dirottamento forzato di aeromobili (c.d. pirateria aerea), il dirottamento di navi (si pensi al caso della "Achille Lauro" nel 1985), il sequestro di personale diplomatico o consolare ovvero di privati cittadini¹²², l'invio di plichi esplosivi a mezzo postale.

La reazione è stata sufficientemente pronta e si è tradotta nell'elaborazione di strumenti pattizi a vocazione universale e regionale¹²³ tendenti ad istituire una cooperazione fra Stati e uno *standard* comune per la prevenzione e la repressione degli episodi suesposti. Le varie convenzioni estese negli anni '70, pur presentando ciascuna le proprie peculiarità per via della natura specifica e dell'applicazione *ratione materiae*, si sono comunque conformate a dei canoni comuni: in particolare, l'aver contemplato l'obbligo per le parti contraenti di immettere negli ordinamenti domestici fattispecie incriminatrici dei singoli atti dal contenuto alquanto dettagliato, l'aver enunciato il principio cardine dell'*aut*

¹²¹ A. F. PANZERA, *Attività terroristiche e diritto internazionale*, Napoli, 1978.

¹²² Si pensi all'episodio relativo agli italiani Sallustro e Ruzzo sequestrati in Argentina nel 1972, alla cattura di undici atleti israeliani durante le Olimpiadi di Monaco 1972.

¹²³ La Convenzione europea per la repressione del terrorismo, adottata a Strasburgo dal Consiglio d'Europa nel 1977; l'Accordo relativo all'applicazione della Convenzione europea per la repressione del terrorismo tra gli Stati membri delle Comunità europee, adottato a Dublino nel 1979.

dedere aut iudicare, l'aver predisposto misure di cooperazione per quel che concerne il *law enforcement*.

Si è trattato, tuttavia, di un approccio settoriale che è riuscito ad intercettare solo aspetti puntiformi di un fenomeno ben più esteso, rispondendo ad una logica essenzialmente casistica ed esponendosi così al rischio di eventuali lacune.

Nel 1972 in senso all'Assemblea generale delle Nazioni Unite fu esperito il tentativo di elaborare una convenzione con un approccio globale alla disciplina del terrorismo, tuttavia il risultato fu infruttuoso.

Invero, l'assenza di uno strumento di aspirazione globale in punto di disciplina della prevenzione e della repressione del terrorismo quale fenomeno olisticamente inteso e, dunque, l'esclusione dello stesso dalla competenza di qualsivoglia organismo internazionale giurisdicente vanno lette alla luce della storica difficoltà (politica) di elaborarne una nozione generalmente condivisa nella comunità internazionale, in una con l'aggravante che gli Stati (post)moderni per lungo tempo hanno ritenuto che il campo elettivo per fronteggiare efficacemente il fenomeno fosse situato proprio a livello nazionale.

L'ambizione resta comunque quella di poter addivenire a una nozione non soltanto unitaria, ma anche autonoma, che consenta di tracciare un perimetro applicativo distinto da quello dei crimini di guerra e dei crimini contro l'umanità¹²⁴, *scilicet*: di descrivere l'atto terroristico come un crimine internazionale autonomo (*core crimes*).

L'elemento di maggior difficoltà risiede, appunto, nella configurabilità del terrorismo quale crimine internazionale, alla quale ostano sostanzialmente due ordini di ragioni.

In primo luogo, l'eterogeneità del fenomeno e il suo andamento metamorfico nel corso della storia hanno reso arduo poter compiere una *reductio ad unum* attraverso

¹²⁴ Gli atti terroristici costituiscono un crimine rilevante per il diritto internazionale convenzionale in materia di conflitti armati (con conseguente applicabilità delle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949) laddove siano rivolti contro individui che non prendano parte attivamente alla belligeranza. Possono altresì rilevare come crimini le azioni dello Stato o delle altre parti che nell'ambito di un conflitto armato violino il diritto internazionale umanitario, a tal proposito le convenzioni in materia di terrorismo dispongono un'espressa clausola di esclusione. Per quel che concerne la qualificazione come crimini contro l'umanità A. CASSESE, *Lineamenti di diritto internazionale penale. I. Diritto sostanziale*, Bologna 2005, p. 79, afferma che occorre che gli atti di violenza organizzata con matrice terroristica «facciano parte di un attacco esteso o sistematico contro la popolazione civile, e che i loro autori siano consapevoli o al corrente del fatto che le proprie condotte si inseriscano in un quadro generale o sistematico di condotte illecite».

l'elaborazione di una nozione unitaria, dal momento che la scelta di qualificare un atto come terroristico assumerebbe un significato relativo, oltre che parziale¹²⁵.

Da un punto di vista penalistico si è arguito, inoltre, come la natura “magmatica” e composita del fenomeno lo renda un concetto di significazione giuridica difficilmente suscettibile di essere sussunto sotto una fattispecie incriminatrice, a costo di pregiudicare il rispetto dei canoni fondamentali di tassatività e determinatezza. Canoni che, nell’ottica del contrasto ad un fenomeno ritenuto così da grave da meritare la configurazione di una responsabilità personale ad un livello sovranazionale, dovrebbero essere osservati *a fortiori*¹²⁶.

Si aggiunga poi l’ulteriore rilievo critico, mosso dalla dottrina e già prospettato nella dimensione positiva domestica, secondo cui a qualsiasi definizione del terrorismo sarebbe consustanziale la soggettivizzazione delle condotte punite, la quale sposterebbe così il baricentro dell’incriminazione sul finalismo soggettivo dell’agente con una deviazione verso «una sorta di diritto penale internazionale *del nemico*»¹²⁷.

Ad ogni modo, il vero *punctum dolens* è nel riverbero politico che ogni tentativo definitorio inesorabilmente involve, in quanto la qualificazione di una condotta come terroristica «implica valutazioni politiche di più ampio respiro, suscettibili di tradursi in un opinabile giudizio esterno sulla legittimità di talune forme di potere e, conseguentemente, sull’ammissibilità di certe condotte volte a contrastarle»¹²⁸ (per la *querelle* sul terrorismo di Stato si rinvia al par. 1). In particolare, il nodo gordiano ancora da sciogliere per l’elaborazione di una nozione di terrorismo davvero universalmente condivisa concerne la punibilità quale atti terroristici delle condotte poste in essere dai *freedom fighters* ovvero da coloro che combattono per il rispetto del principio generale di autodeterminazione dei popoli.

Per quasi sessant’anni il quadro è rimasto immutato e, sebbene fosse vacillante l’indirizzo politico generale sul tema, il mantenimento dello *status quo* aveva ottenuto l’implicita

¹²⁵ C. DI STASIO, *La lotta multilivello al terrorismo internazionale. Garanzia di sicurezza versus tutela dei diritti fondamentali*, Milano, 2010.

¹²⁶ V. MOCCIA, *Lo Statuto della Corte penale internazionale: i profili di legalità*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., afferma che «negando i principi e le categorie del diritto penale (liberale) ed introducendo logiche del nemico si neutralizza la capacità del diritto e della giustizia di spostare il conflitto in una cornice in cui si ricerca l’imparzialità, la neutralità e l’equidistanza rispetto alle parti».

¹²⁷ V. MASARONE, *op. cit.*, p. 103

¹²⁸ V. MASARONE, *op. cit.*, p. 87.

acquiescenza dei principali attori internazionali. Tuttavia, sul finire dello scorso secolo, il clamore della storia ha infranto ogni equilibrio. È stato, infatti, con l'affermarsi dell'organizzazione di al-Qaeda, che l'esigenza di una nozione globale del terrorismo, capace di assurgere a vettore di uno strumento di contrasto ad ampio respiro, è tornata in alto fra le priorità della comunità internazionale.

La Risoluzione dell'Assemblea Generale ONU 49/60 del 9 dicembre 1994 ("Misure per eliminare il terrorismo internazionale") ha (ri)portato in auge lo schema definitorio elaborato dalla Convenzione di Ginevra del 1937, disponendo al par. 3: «*Criminal acts intended or calculated to provoke a state of terror in the general public, a group of persons or particular persons for political purposes are in any circumstance unjustifiable, whatever the considerations of a political, philosophical, ideological, racial, ethnic, religious or any other nature that may be invoked to justify them*».

Nel dicembre del 1996 con la Risoluzione 51/210 è stato istituito un apposito comitato incaricato di redigere l'articolato di tre strumenti convenzionali in materia di attentati mediante l'uso di esplosivi, di finanziamento e di terrorismo c.d. nucleare (v. par. 5). Agli albori del nuovo millennio il ruolo del comitato è stato indirizzato verso un progetto ben più ambizioso: l'elaborazione di una Convenzione globale (c.d. *comprehensive Convention*) con l'obiettivo di enucleare una nozione generale e astratta delle fattispecie terroristiche in grado di colmare i vuoti di tutela originati dalle convenzioni di settore.

Nonostante la volontà in tal senso delle Nazioni Unite, ribadita altresì con apposite Risoluzioni del 2004 (59/60), 2006 (61/40) e 2008 (62/275) e corroboratasi a séguito dei tragici attentati in Occidente¹²⁹, il testo della Convenzione globale ancora non ha visto la luce. Anzi, il Piano d'Azione del Segretario generale ONU del 2016 denota la volontà di rinunciare al tentativo di definire in termini generali ed astratti sia l'estremismo violento che il terrorismo, virando, per converso, sulla prevenzione e repressione di specifiche situazioni e condotte di "estremismo" che possano risultare come futuribili atti

¹²⁹ Secondo A. GIOIA, *Terrorismo internazionale, crimini di guerra e crimini contro l'umanità*, in *Riv. dir. internazionale*, 2004, l'urgenza addotta dai Paesi occidentali risponde a due distinte valutazioni: alcuni ritengono che, in assenza di una definizione convenzionale globale, gli atti terroristici, così come emersi nella storia più recente, possano essere (re)interpretati in maniera abnorme all'interno degli ordinamenti nazionali; altri, invece, si focalizzano sul rischio di segno contrario, ossia una applicazione oltremodo restrittiva.

terroristici¹³⁰. Un'utile cartina di tornasole di siffatta tendenza è la mancata menzione dei fatti di terrorismo nello Statuto della Corte penale internazionale.

Quantunque perduri l'assenza di una *comprehensive Convention* e, dunque, di un sapere definitorio generale della fenomenologia terroristica, si può ricavare, tuttavia, una nozione indiretta - tale in quanto servente ad una precipua finalità¹³¹ - dalla Convenzione per la repressione del finanziamento del terrorismo, adottata a New York il 9 dicembre 1999 e considerata la prima convenzione di diritto internazionale penale che contiene una definizione di terrorismo "nella sua globalità". Come evidenziato, si tratta, però, di una definizione indiretta, adottata allo scopo di definire il reato accessorio costituito, appunto, dal finanziamento del terrorismo.

L'art. 2 (1) alla *lett.b*) definisce atti terroristici, oltre le specifiche condotte sanzionate dalle convenzioni preesistenti (*lett. a*)), «ogni altro atto destinato ad uccidere o a ferire gravemente un civile o ogni altra persona che non partecipa direttamente alle ostilità in una situazione di conflitto armato quando, per sua natura o contesto, tale atto sia finalizzato ad intimidire una popolazione o a costringere un governo o un'organizzazione internazionale a compiere o ad astenersi dal compiere, un atto qualsiasi»¹³².

Gli elementi qualificanti di tale nozione sono la natura intrinsecamente violenta dell'atto, il soggetto passivo identificato in qualsiasi individuo non combattente, il dolo specifico alternativo (che, tuttavia, può essere letto come un'endiadi).

Emerge un profilo degno di nota: la concreta operatività della Convenzione di New York è delimitata dai soli atti che siano posti in essere all'interno di un teatro bellico, ossia «in una situazione di conflitto armato», e purché risultino pregiudizievoli per i soggetti avulsi

¹³⁰ Sul punto si rinvia all'attenta disamina di L. MARINI, *L'evoluzione della disciplina internazionale in materia di terrorismo: qualche spunto recente fra Onu ed Europa*, in *Questione Giustizia*, 2017, 2. V. MASARONE, *op. cit.*, p. 110, evidenzia come gli aspetti più spinosi dei progetti della *comprehensive Convention* attengono ai «rapporti del terrorismo con le guerre di liberazione nazionale, da un lato, e con il terrorismo di Stato, dall'altro». In particolare modo, si riferisce che attorno alla definizione elaborata dal primo progetto del 1999 (art. 2) gli Stati islamici hanno sollevato la necessità di distinguere fra terrorismo e diritto all'autodeterminazione dei popoli, nonché di introdurre le forme di terrorismo di Stato. Tali proposte hanno incontrato le obiezioni delle delegazioni occidentali.

¹³¹ L'art. 2 della Convenzione esordisce: «*Commette reato ai sensi della presente Convenzione ogni persona che, con qualsiasi mezzo, direttamente o indirettamente, illecitamente e deliberatamente fornisce o raccoglie fondi nell'intento di vederli utilizzati, o sapendo che saranno utilizzati, in tutto o in parte, al fine di commettere...*».

¹³² L. MARINI, *op. cit.*, evidenzia che non vi è stato un sensibile cambio di paradigma, atteso che ancora una volta la comunità internazionale non è riuscita a trovare un punto di convergenza sulla definizione generale di terrorismo, ma si è concentrata sulla identificazione degli «atti di terrorismo», inglobando le situazioni concrete in cui il fenomeno è evoluto.

dalla belligeranza attiva (altrimenti sarebbe pienamente operativo il diritto internazionale pattizio in materia di conflitti armati e quello umanitario¹³³).

Non può disconoscersi che, almeno *prima facie*, è stata così delineata una prospettiva significativamente limitata¹³⁴ nel suo raggio d'azione, sebbene la Convenzione rappresenti il primo tentativo riuscito di superare una definizione esclusivamente settoriale e si connota di una particolare efficacia vincolante per gli Stati che l'hanno ratificata (l'Italia l'ha resa esecutiva con la l. 27 gennaio 2003, n.70).

Tuttavia, la giurisprudenza della nostra Suprema Corte ha fatto sovente ricorso a un'interpretazione estensiva, ritenendo di qualificare come atti terroristici anche quelle manifestazioni di violenza compiute nell'ambito di conflitti armati e aventi come *target* un obiettivo militare, quando in base allo specifico contesto in cui sono avvenute hanno fatto apparire certe ed inevitabili le gravi conseguenze in pregiudizio della vita e dell'incolumità fisica dei civili, contribuendo altresì al dilagare del terrore fra la popolazione¹³⁵.

In ogni caso, per gli Stati membri delle Comunità europee il *modus discessus* è stato additato dalla Decisione Quadro 2002/475/GAI sulla lotta contro il terrorismo, che all'art. 1 enuclea una nozione di reato terroristico ad ampio respiro¹³⁶, annoverando gli «*atti intenzionali di cui alle lettere da a) a i)*»¹³⁷, da definirsi secondo la qualificazione

¹³³ Si ripropone, tuttavia, allo stato delle cose, l'impossibilità di un'*actio finium regundorum* rispetto alle violazioni del diritto internazionale umanitario.

¹³⁴ Non manca chi, sia in dottrina che in giurisprudenza, ritiene che il dispositivo della Convenzione abbia una portata qualificatoria così ampia e generale da essere applicabile in tempo di pace e di guerra.

¹³⁵ Cass. Pen., sez. I, n. 1072 dell'11 ottobre 2006, Bouyahia Maher. Sulla stessa linea Cass. Pen., sez. V, n. 39545 del 4 aprile 2008, Ciise Maxamad, secondo cui è fatto di terrorismo l'atto violento che, seppur indirizzato contro un soggetto armato, ha come conseguenza la morte o gravi lesioni ai civili.

¹³⁶ L'esigenza di una nozione comune di terrorismo a livello comunitaria era stata dichiarata dal Piano d'azione del 2001, discendendo dall'assenza nei rispettivi ordinamenti nazionali di adeguati presidi normativi per il contrasto all'*escalation* terroristica.

¹³⁷ Sono così individuati: «a) attentati alla vita di una persona che possono causarne il decesso;

b) attentati gravi all'integrità fisica di una persona;

c) sequestro di persona e cattura di ostaggi;

d) distruzioni di vasta portata di strutture governative o pubbliche, sistemi di trasporto, infrastrutture, compresi i sistemi informatici, piattaforme fisse situate sulla piattaforma continentale ovvero di luoghi pubblici o di proprietà private che possono mettere a repentaglio vite umane o causare perdite economiche considerevoli;

e) sequestro di aeromobili o navi o di altri mezzi di trasporto collettivo di passeggeri o di trasporto di merci;

f) fabbricazione, detenzione, acquisto, trasporto, fornitura o uso di armi da fuoco, esplosivi, armi atomiche, biologiche e chimiche, nonché, per le armi biologiche e chimiche, ricerca e sviluppo;

g) diffusione di sostanze pericolose, il cagionare incendi, inondazioni o esplosioni i cui effetti mettano in pericolo vite umane;

giuridica propria degli ordinamenti penali nazionali, “*che per loro natura o contesto, possano arrecare grave danno a un paese o a un’organizzazione, quando sono commessi al fine di intimidire gravemente la popolazione, o costringere indebitamente i poteri pubblici o »un’organizzazione internazionale a compiere o astenersi dal compiere un qualsiasi atto, o destabilizzare gravemente o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche o sociali di un paese o un’organizzazione internazionale*”.

La nozione comunitaria, rimasta immutata nei suoi elementi essenziali anche nella Direttiva (UE) 541/2017, la quale si è limitata ad un opportuno intervento additivo sul *numerus clausus* degli atti intenzionali, si fonda su due macro-elementi: l’uno oggettivo, l’altro di natura oggettiva.

La componente oggettiva consiste nella commissione di uno degli atti intenzionali tassativamente elencati che per la natura e il contesto sono in grado di arrecare «grave danno ad un’organizzazione statale o internazionale. Per converso, la componente soggettiva (dolo specifico) si esplica nel fine perseguito, alternativamente, di «*intimidire gravemente la popolazione*», «*costringere indebitamente i poteri pubblici o un’organizzazione internazionale*» o «*destabilizzare gravemente o distruggere le strutture politiche, costituzionali, economiche o sociali*». Quest’ultimo fine, oltre a concretare un *quid pluris* rispetto alla definizione contenuta nella Convenzione di New York, si attaglia perfettamente al *modus operandi* dei terroristi *jihadisti* sia nel compimento delle azioni stragistiche sia per quel che concerne i profili comunicativi orroristici e propagandistici (v. par. 2). In sostanza: siffatta finalità rappresenta in modo icastico le peculiarità del metodo della paura anche dal punto di vista della colpevolezza. Di diverso avviso è, invece, chi ritiene che la previsione del fine di destabilizzazione o di distruzione delle strutture topiche di un ordinamento statale abbia ampliato la nozione delle attività terroristiche per ricomprendervi una finalità propriamente eversiva¹³⁸.

Tuttavia, ciò che risalta dalla lettura della disposizione in commento è l’assenza di qualsivoglia riferimento allo *status* delle vittime dei reati terroristici e, in particolar modo,

h) manomissione o interruzione della fornitura di acqua, energia o altre risorse naturali fondamentali il cui effetto metta in pericolo vite umane;

i) minaccia di realizzare uno dei comportamenti elencati alle lettere da a) a h)».

¹³⁸ P. SILVESTRI, *I reati commessi con finalità di terrorismo*, in *Cass. pen.*, 2017, 5, pp. 268 ss.

a un contesto bellico, ponendosi così in discontinuità rispetto all'intelaiatura normativa della Convenzione ONU di contrasto al finanziamento del terrorismo.

Ancora più perspicuo il considerando 11, il quale sancisce che la Decisione non disciplina *“le attività delle forze armate in tempo di conflitto armato, secondo le definizioni date a questi termini dal diritto internazionale umanitario, attività disciplinate da questo stesso diritto, né le attività svolte dalle forze armate di uno Stato nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali, che sono disciplinate da altre norme del diritto internazionale”*.

Ne discende, secondo un'opinione pressoché unanime, che per l'ordinamento italiano la definizione di terrorismo valevole in tempo di pace è quella di cui all'art. 3 della Direttiva (UE) 541/2017 (trapiantata dalla Decisione Quadro del 2002), mentre in tempo di guerra si rinvia a quella di cui all'art. 2 della Convenzione di New York sul finanziamento¹³⁹.

5. Il sistema delle fonti a livello sovranazionale

Sono circa diciannove le convenzioni e i protocolli aggiuntivi che forgiarono il sistema delle fonti di contrasto e di prevenzione del terrorismo a livello transazionale. Da un'analisi sinottica dei loro contenuti emerge, da un lato, che solo una parte di essi vincola gli Stati alla criminalizzazione di specifici contegni illeciti e, dall'altro lato, che i principali strumenti di tutela a vocazione globale sono da individuarsi nelle tre convenzioni predisposte dal comitato *ad hoc* istituito nel 1996 (v. *infra*), quali: la Convenzione internazionale per la repressione degli attentati terroristici mediante l'uso di esplosivi, adottata a New York il 15 dicembre 1997; la Convenzione internazionale per la repressione del finanziamento del terrorismo, adottata a New York il 9 dicembre 1999; la Convenzione internazionale per la repressione degli atti di terrorismo nucleare, adottata a New York il 15 aprile 2005.

Dall'11 settembre 2001 hanno acquisito un ruolo viepiù ragguardevole e incisivo le risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, le quali hanno talvolta previsto obblighi di criminalizzazione in capo ai singoli Stati. Tra le altre, spicca senz'altro la Risoluzione n. 1373 del 28 settembre 2001 in materia di lotta al terrorismo, che ha invitato

¹³⁹ M. ROMANELLI, *Riflessioni sul complessivo sistema di contrasto al terrorismo internazionale in Italia*, in *Dir. pen. cont.*, 2019.

in modo cogente gli Stati a prevenire e reprimere il finanziamento di azioni terroristiche, a congelare tempestivamente i fondi e le risorse economiche connesse in virtù di un rapporto strumentale o eziologico ad attività terroristiche, ad astenersi dal fornire supporto a soggetti individuali o collettivi coinvolti in atti di violenza, ad impedire il reclutamento e il movimento dei terroristi. Obiettivi questi perseguibili necessariamente attraverso la cooperazione fra Stati, lo scambio di informazioni e l'impegno di garantire una sostanziale omogeneità fra le discipline nazionali che recepiscono gli strumenti convenzionali.

Al pari di quanto verificatosi per il riconoscimento e l'incriminazione dei gruppi terroristici, le risoluzioni dell'Assemblea generale e, soprattutto, quelle del Consiglio di Sicurezza presentano un'efficace attitudine a colmare i vuoti di tutela in ordine a quegli aspetti fenomenologici, che si sono rivelati cruciali per lo sviluppo del terrorismo internazionale e che non erano stati precipuamente focalizzati dalle convenzioni già esistenti (sia a vocazione globale che settoriale).

Primo fra tutti campeggia l'ambito correlato alla propaganda e all'*incitement* alla commissione di atti terroristici. Per la prima volta la Risoluzione 1624 (2005) del Consiglio ha affrontato *ex professo* il tema della propaganda, muovendo dall'empirica consapevolezza che il nocciolo duro del terrorismo di matrice fondamentalistica è costituito dal c.d. estremismo violento e che questo si alimenta di un'opera quotidiana di radicalizzazione e di proselitismo funzionale a reclutare nuovi adepti proclivi alla "morte eroica".

Il par. 1 dell'atto chiama gli Stati a adottare le misure adeguate e necessarie per: «(a) *prohibit by law incitement to commit a terrorist act or acts; (b) Prevent such conduct; (c) Deny safe haven to any persons with respect to whom there is credible and relevant information giving serious reasons for considering that they have been guilty of such conduct*». La Risoluzione si arricchisce altresì di una *pars costruens*, laddove enfatizza il ruolo dei media, delle istituzioni civili e religiose, nonché del mondo economico e dell'istruzione per corroborare il dialogo fra civiltà e culture così da promuovere la tolleranza e prevenire un'indiscriminata equiparazione fra la matrice fondamentalistica e la fede islamica, «*fostering an environment which is not conducive to incitement of terrorism*».

Il documento UNODC (United Nations Office on Drugs and Crime) del 2012 intitolato «*The use of the internet for terrorist purposes*» ha analiticamente posto in evidenza il rischio globale rappresentato dall'uso di internet per la propaganda, il reclutamento, l'istigazione a compiere atti terroristici¹⁴⁰, la radicalizzazione e l'addestramento dei combattenti, oltre che per il finanziamento delle organizzazioni e per l'esperimento di attacchi cibernetici.

Tutto ciò ha rappresentato il terreno di cultura per l'elaborazione di apposite misure di *counter-terrorism* sia preventive che repressive, delle quali la comunità internazionale avvertiva sempre più la necessità in ragione dell'*escalation* di Daesh, che del mondo virtuale e della strategia comunicativa ha fatto uno dei suoi pilastri.

In tale ottica, dapprima la Risoluzione 2178 (2014) ha posto come obiettivo a breve termine quello di prevenire «*the radicalization to terrorism and recruitment of foreign terrorist fighters*» e di reprimere qualsivoglia supporto ai gruppi terroristici «*including through information and communications technologies, such as the internet, social media or any other means*». In seconda battuta, l'aggiornamento della Strategia Globale (formalizzato con la Risoluzione dell'Assemblea generale 70/291 del 1° luglio 2016) ha riservato un apposito *focus* sulla propaganda online¹⁴¹ e il tema è stato al centro di innumerevoli *summit* internazionali (*ex ultimis*, il G20 tenutosi ad Osaka il 28 e 29 luglio 2019), oltre a essere stato inserito fra le principali *task* del *Global counter-terrorism Forum* (GCTF).

¹⁴⁰ Il documento distingue in tali termini la propaganda dall'istigazione: «While propaganda per se is not generally prohibited, the use of propaganda by terrorists to incite acts of terrorism is considered unlawful by many Member States. The Internet provides an abundance of material and opportunities to download, edit and distribute content that may be considered unlawful glorification of, or provocation to, acts of terrorism. It should be noted, however, that some intergovernmental and human rights mechanisms have expressed doubt that the concept of "glorification" of terrorism is sufficiently narrow and precise to serve as a basis for criminal sanctions compliant with the requirements of the principle of legality and the permissible limitations of the right to freedom of expression, as enshrined in articles 15 and 19 of the International Covenant on Civil and Political Rights [...] It is important to emphasize the distinction between mere propaganda and material intended to incite acts of terrorism. In several Member States, in order to be held liable for incitement to terrorism, a showing of the requisite intent and a direct causal link between alleged propaganda and an actual plot or execution of a terrorist act is required».

¹⁴¹ Il par. 54 così recita: «notes that terrorist may craft distorted narratives that are based on the misinterpretation and misrepresentation of religion to justify violence, which are utilized to recruit supporters and «foreign terrorist fighters, mobilize resources and garner support from sympathizers, in particular by exploiting information and communication technologies, including through the Internet and social media, and further notes in this regard the urgent need for the international community to globally counter such activities».

La *policy* di contrasto alla propaganda si dispiega lungo due direttrici: da un lato, criminalizzare le condotte di istigazione e apologia degli atti terroristici (repressione del c.d. *incitement*); dall'altro promuovere la strategia della contro-narrativa, ossia una narrativa alternativa al fondamentalismo violento e al rischio di un'ingenerosa equiparazione fra religione e terrorismo.

Su quest'ultimo fronte si colloca la Risoluzione del Consiglio di Sicurezza 2354 (2017), il c.d. "*Comprehensive Framework to Counter Terrorist Narratives*", a cui si riconosce una matrice manifestamente preventiva, nonché riparativa laddove una grave frattura sociale si sia già consumata. Il *Framework* contiene le linee guida e un formulario di buone prassi per neutralizzare gli espedienti comunicativi e, soprattutto, le tesi argomentative fruite da Daesh e da al-Qaida al fine di persuadere gli affiliati al compimento delle azioni stragistiche e al fine di reclutare nuovi adepti.

Ribadita l'importanza della promozione di un «*enhanced dialogue and broadened understanding among societies*» e di un'azione sinergica con le autorità religiose, i mass media e il sistema educativo, le contronarrative devono tendere non solo alla confutazione dei messaggi veicolati dai terroristi («*based on the misinterpretation and misrepresentation of religion to justify violence*»), ma altresì a creare una piattaforma comune di narrative edificanti e aderenti alla realtà storica, con lo sguardo rivolto soprattutto ai soggetti socialmente più vulnerabili, sui quali il verbo *jihadista* può esercitare fascinazione.

5.1. (segue) La normativa europea antiterrorismo

La normativa antiterrorismo di emanazione europea comprende sia gli atti di diritto derivato, adottati dall'Unione Europea, che gli accordi multilaterali stipulati in seno al Consiglio d'Europa.

Prendiamo le mosse dalla normativa *stricto sensu* europea. Sino all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, le misure di reazione ai gravi avvenimenti terroristici sono state collocate nell'alveo del terzo pilastro, ossia la cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale, e hanno trovato espressione attraverso lo strumento tipico della decisione

quadro¹⁴². Siffatte misure sono da ascrivere al più generale Piano d'azione per contrastare il terrorismo, che è stato elaborato dal Consiglio europeo il 21 settembre 2001 attraverso l'individuazione di sette nodi focali, fra i quali spiccavano la predisposizione dell'accordo sul mandato di arresto europeo e l'elaborazione di una nozione comune di terrorismo, l'identificazione dei soggetti e dei gruppi terroristici stabiliti in territorio europeo, il potenziamento della cooperazione e dello scambio di informazioni fra gli Stati membri ed Europol.

Il terzo pilastro è assurto così a terreno d'elezione per l'attuazione delle politiche di *counter-terrorism*, ciononostante possono indicarsi talune misure di contrasto riconducibili al secondo pilastro dell'Unione (la politica estera e della sicurezza comune): in particolar modo, le posizioni comuni tese ad avversare il finanziamento del terrorismo e rispondenti ai dettami degli organismi ONU¹⁴³.

Come evidenziato in dottrina, «si è venuta, così, creando una procedura normativa a cascata, che, in attuazione di risoluzioni adottate nell'ambito delle Nazioni Unite, ha visto la produzione, a livello europeo, di posizioni comuni in materia di politica estera e sicurezza comune; quindi, di regolamenti comunitari e di relative decisioni a carattere esecutivo, a loro volta destinate ad essere applicate su base nazionale»¹⁴⁴.

¹⁴² V. MASARONE, *op. cit.*, p. 127, evidenzia che ne è derivato un potenziamento delle decisioni quadro in termini di effettività, paradossalmente realizzato mediante la sostanziale negoziazione di quelle stesse peculiarità che distinguevano questi strumenti da quelli propriamente comunitari, consentendone il vasto impatto nella materia penale; ciò ha sensibilmente accresciuto l'incidenza di tali atti nel diritto penale interno. Tuttavia, vengono poste in evidenza dall'Autrice i rilievi critici di tale impostazione: «gli atti utilizzati [...] per adottare misure destinate ad incidere in maniera considerevole sui diritti e sulle libertà individuali, in quanto promananti dal Consiglio dell'Unione erano, di fatto, privi della necessaria legittimazione democratica, perché emanati senza il diretto coinvolgimento delle istituzioni parlamentari [...] Del tutto inadeguato risultava, poi, il controllo giurisdizionale esperibile dalla Corte di Giustizia su tali atti, fortemente limitato, se non del tutto escluso». Sul punto si veda altresì G. STROZZI, *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale. Dal Trattato di Roma al Trattato di Lisbona*, Torino, 2009.

¹⁴³ La posizione comune 2001/930/PESC è stato il primo atto a predisporre diverse misure di natura preventiva e repressiva: in particolare, si è previsto che i capitali e le altre risorse finanziarie o economiche delle persone che compiono o tentano di compiere atti terroristici o vi prendono parte o li agevolano, nonché delle entità possedute o controllate direttamente o indirettamente da tali persone, inclusi i capitali provenienti o generati da beni posseduti o controllati direttamente o indirettamente da tali persone o da persone ed entità ad esse associate, devono essere congelati (art. 3). Sulla stessa scia si pone la posizione comune 2001/931/PESC che ha contemplato una definizione *in nuce* di atto terroristico; la posizione comune 2002/402/PESC con la quale sono state introdotte misure restrittive nei confronti di Osama bin Laden e dei gruppi qaedisti. A tali posizioni ha fatto seguito il regolamento CE n. 881/2002, che impone specifiche misure restrittive nei confronti di determinate persone ed entità associate a Osama bin Laden, alla rete Al-Qaeda e ai Talebani e abroga il regolamento (CE) n. 467/2001 che vieta l'esportazione di talune merci e servizi in Afghanistan, inasprisce il divieto dei voli ed estende il congelamento dei capitali e delle altre risorse finanziarie nei confronti dei Talibani dell'Afghanistan.

¹⁴⁴ Così V. MASARONE, *op. cit.*, p. 135; sul punto si veda anche L. D'AMBROSIO, *Terrorismo internazionale, congelamento di beni e tutela dei diritti fondamentali: l'impossibile quadratura del*

La Decisione quadro 2002/475/GAI sulla lotta contro il terrorismo, adottata dal Consiglio dell'Unione Europea il 13 giugno 2002, rinviene la sua ragion d'essere nell'armonizzazione delle legislazioni penali domestiche *de quo*, mentre il profilo di maggior novità è rappresentato dall'enucleazione di una nozione di reato terroristico anatomicamente articolata e di ampia portata (v. *infra* par. 5). L'elaborazione di una nozione comune ha rappresentato, infatti, l'abbrivio per porre rimedio ad un'esigenza nitidamente espressa dal Piano d'azione del 2001: la maggior parte degli ordinamenti nazionali risultava scevra di presidi normativi idonei ad arginare o, quanto meno, a disciplinare la criminalità terroristica. Donde l'obbligo in capo agli Stati membri di qualificare espressamente come reati terroristici determinate condotte illecite commesse con dolo specifico.

Oltre l'importante approdo sul piano definitorio del fenomeno, la Decisione consente di saggiare una precisa opzione politico-criminale a cui sembra conformarsi, nel senso che: la spiccata soggettivizzazione delle fattispecie incriminatrici, l'adozione di un paradigma ascrittivo dell'associazione terroristica carente in ordine ai requisiti oggettivo-organizzativi e il rigore sanzionatorio che correde le singole previsioni sono, infatti, tutti elementi sintomatici di una logica emergenziale, votata ad una funzione della pena di prevenzione generale negativa.

È emblematico della tendenza all'anticipazione della tutela penale il disposto di cui all'art. 4, par. 1, che prescrive l'adozione delle misure necessarie per rendere punibile l'istigazione a commettere i reati terroristici, i reati riconducibili a un'organizzazione terroristica e quelli connessi ad attività terroristiche. Ancor di più colpisce l'arretramento della soglia di punibilità alla luce del combinato disposto dell'art. 4, par. 1, e dell'art. 1, par. 1, lett. i), il quale rende penalmente rilevante l'istigazione alla minaccia di realizzare uno degli atti terroristici tassativamente elencati nelle lettere precedenti.

Ad ogni modo, la normativa sin qui analizzata è stata sostituita dalla Decisione quadro 2008/919/GAI attraverso un intervento riformatore tradottosi nell'introduzione di profili di mera prevenzione con conseguente (e ulteriore) anticipazione della tutela penale rispetto alle ipotesi delittuose già incriminate, così recependo le indicazioni del Consiglio di Sicurezza e della Convenzione del Consiglio d'Europa del 2005. La premessa è

cerchio?, in M. MECCARELLI, P. PALCHETTI, C. SOTIS (a cura di), *Le regole dell'eccezione. Un dialogo interdisciplinare a partire dalla questione del terrorismo*, Macerata, 2011, pp. 287 ss.

illuminante: «Internet è utilizzato per ispirare e mobilitare reti terroristiche locali e singoli individui in Europa e costituisce inoltre una fonte di informazioni sulle risorse e sui metodi terroristici, fungendo così da «campo di addestramento virtuale». Attività quali la pubblica provocazione per commettere reati di terrorismo, il reclutamento e l'addestramento a fini terroristici si sono moltiplicate ad un costo e con un rischio estremamente bassi».

L'obiettivo politico più generale avuto di mira è quello di prevenire il terrorismo riducendo il materiale che possa istigare alla perpetrazione di attentati terroristici. L'efficacia dello strumento penale è rimessa alla sensibilità degli Stati membri i quali, consci del ruolo cruciale rivestito dalla propaganda, dovranno qualificare come reato connesso ad attività terroristica la «*pubblica provocazione per commettere reati di terrorismo*» (così inserita all'art. 3 della Decisione del 2002).

Peraltro, è lo stesso legislatore europeo a fornire una definizione del concetto di pubblica provocazione, dovendosi intendere per tale la diffusione, o qualunque altra forma di pubblica divulgazione, di un messaggio con l'intento di istigare a commettere una della fattispecie terroristiche «*qualora tale comportamento, che preconizzi direttamente o indirettamente reati di terrorismo, dia luogo al rischio che possano essere commessi uno o più reati*» (art. 3).

Declinando il dettato normativo della disposizione in commento secondo le categorie delittuose del nostro ordinamento, si può convenire che il legislatore eurounitario del 2008 abbia voluto far cadere sotto il fuoco della *matière pénale* anche l'ipotesi dell'apologia, tenuto conto che il significato dell'avverbio “*indirettamente*” e della voce verbale “*preconizzi*” depongono in tal senso.

Si badi che tali condotte devono essere punite indipendentemente dal fatto che sia successivamente commesso un reato di terrorismo e anche se risulta essere responsabile della pubblica provocazione una persona giuridica (considerando 11).

Secondo autorevoli commentatori¹⁴⁵, in tal guisa si è voluto costruire una fattispecie di pericolo presunto, che genera forte tensione con la libertà di manifestazione del pensiero,

¹⁴⁵ Gli autori del Manifesto sulla politica criminale europea obiettano che «il contenuto di questa decisione [...] conduce l'Unione europea verso un diritto penale che tenta persino di prevenire i pericoli obiettivi per i beni giuridici. Vengono punite modalità di condotta che conducono esclusivamente alla formazione di un atteggiamento interiore criminale presso altre persone o che danno sostegno a tale atteggiamento interiore (c.d. *diritto penale pre-preventivo*)». A. CAVALIERE, *L'influenza sull'ordinamento italiano del diritto penale europeo delle organizzazioni criminali*, in S. MIR PUIG, M. CORCOY BIDASOLO, V. GOMEZ

afferente al nucleo duro delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati europei (art. 6 TUE), con i principi di materialità e offensività del diritto penale, nonché con il principio di personalità della responsabilità penale e con la funzione di reintegrazione sociale della pena¹⁴⁶.

Orbene, il legislatore sovranazionale si è dimostrato ben conscio della potenziale lesività per la libertà di espressione che è insita nel tratteggiare un reato d'opinione, tanto da porre una norma di principio all'art. 2 della Decisione quadro (sotto la rubrica "principi fondamentali relativi alla libertà d'espressione) in virtù della quale si demanda sostanzialmente ai legislatori nazionali l'oneroso compito di effettuare il bilanciamento fra i contrapposti interessi in gioco. Ciononostante, non può dirsi scongiurato il rischio che tale petizione di principio resti un mero *flautus vocis*; anzi, le realtà normative nazionali mostrano le tracce di una ricezione pedissequa del dettato delle decisioni quadro.

Alla stessa logica di anticipazione della soglia di punibilità rispetto agli atti terroristici tradizionalmente intesi risponde la previsione dell'obbligo per gli Stati membri di sussumere sotto fattispecie incriminatrice il reclutamento e l'addestramento ai fini terroristici, con particolare attenzione ai fatti commessi attraverso gli strumenti

MARTIN (a cura di), *Garantías constitucionales y derecho penal europeo*, Madrid – Barcellona – Buenos Aires – Sao Paolo, 2012, p. 241, rileva che la normativa europea antiterrorismo si caratterizza per un intrinseco sbilanciamento delle garanzie individuali a vantaggio della tutela degli interessi pubblici, atteso che «il diritto penale europeo dei principi "minimi" codificati nella Carta dei diritti fondamentali e nella CEDU costituisce una garanzia troppo debole a fronte di un diritto penale europeo secondario – quello dell'Unione Europea, costituito dalle decisioni-quadro e, dopo il Trattato di Lisbona, da direttive, in base dell'art. 83 del nuovo Trattato sul funzionamento dell'Unione – che si presenta in funzione indirettamente incriminatrice, imponendo agli Stati degli obblighi di tutela penale». Ampiamente sul tema del riconoscimento delle garanzie penalistiche nel diritto europeo S. MANACORDA, *Diritto penale europeo* (voce), in *Enciclopedia Treccani*, 2012; L. PICOTTI, *Limiti garantistici delle incriminazioni penali e nuove competenze europee alla luce del Trattato di Lisbona*, in G. GRASSO, L. PICOTTI, R. SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Catania, 2011. Tuttavia, A. GULLO, *Deflazione e obblighi di penalizzazione di fonte UE*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, p. 10, indica una prospettiva inedita, da cui emerge un processo di contaminazione fra la normativa europea e quella nazionale che non necessariamente deve essere inteso in senso discendente: «rispetto anzitutto al fenomeno del contrasto del terrorismo, mi pare colga nel segno l'osservazione secondo cui si è in presenza di settori già fortemente presidiati nelle legislazioni dei singoli Stati membri, i quali, nella maggior parte dei casi, hanno adottato norme di uguale fatta per contrastare le forme di terrorismo domestiche»; l'A. prosegue citando A. BERNARDI, *Ombre e luci nel processo di armonizzazione dei sistemi penali europei*, in G. GRASSO, G. ILLUMINATI, R. SICURELLA, S. ALLEGREZZA (a cura di), *Le sfide dell'attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Milano, 2013, p.239, secondo cui «in materia di terrorismo l'Unione non può essere accusata di dare vita a una politica criminale di 'lotta' destinata a travolgere le legislazioni nazionali di settore; ma semmai che nella succitata materia l'Unione non si è dimostrata capace di uscire dall'alveo delle discutibili scelte già effettuate dai Paesi membri segnati dal terrorismo».

¹⁴⁶ V. MASARONE, *op. cit.*, p. 151.

informatici o telematici. Anche qui si ripropongono i medesimi elementi di conflittualità con i principi generali del diritto penale e con l'ossequio delle libertà individuali, già prospettati discorrendo della pubblica provocazione.

A ben vedere, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona il quadro sistematico è mutato e il referente normativo per l'attuazione della politica europea di contrasto al terrorismo si rinviene ora nell'art. 83 TFUE, che ne fa espressa menzione al par. 2 come esemplificazione delle «*sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni*» (par. 1).

Pertanto, il terrorismo rientra attualmente fra le materie oggetto della c.d. competenza penale indiretta dell'Unione¹⁴⁷, la quale si sostanzia nella potestà di adottare direttive attraverso la procedura legislativa ordinaria volte a stabilire *minimum rules* relative alla definizione dei reati e delle sanzioni, così da riavvicinare le legislazioni nazionali¹⁴⁸.

L'art. 83 TFUE rappresenta oggi la pietra angolare della risposta della giustizia penale degli Stati membri per combattere il terrorismo, risposta che ha trovato una significativa ed estesa concretizzazione con la Direttiva (UE) 541/2017 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 15 marzo 2017 sulla lotta contro il terrorismo, la quale è andata a sostituire la decisione quadro 2002/475/GAI e a modificare la decisione 2005/671/GAI (sullo scambio di informazioni e la cooperazione in materia di reati terroristici).

Occorre avvertire preliminarmente che la Direttiva ha lasciato immutate nei loro termini essenziali le linee di *regulation* e *policy* maturate nell'ambito della strategia c.d. interpilastrica, che ha costituito, invero, la base normativa per raffinare in chiave efficientista le misure antiterrorismo.

¹⁴⁷ F. VIGANÒ, *Riserva di legge in materia penale e fonti sovranazionali*, in *Libro dell'anno del Diritto*, 2012.

¹⁴⁸ R. SICURELLA, "Prove tecniche" per una metodologia dell'esercizio delle nuove competenze concorrenti dell'Unione europea in materia penale, in G. GRASSO, L. PICOTTI, R. SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo*, cit., p. 24, afferma che si tratta di una competenza che «non vede quali naturali destinatari delle norme sovranazionali i singoli ma il legislatore nazionale tenuto a tradurre i contenuti dell'atto normativo europeo in atti legislativi interni che posseggano tutti i requisiti (secondo ciascun ordinamento nazionale) di legittimità della normativa penale». Secondo V. MASARONE, *op. cit.*, dai caratteri della particolare gravità e della dimensione transnazionale deriva la legittimazione della competenza dell'Unione, fondata (e giustificata) sul principio di sussidiarietà di cui all'art. 5 TUE, ma con una significativa peculiarità: la valutazione per cui il conseguimento degli obiettivi di contrasto a forme di criminalità gravi e transazionali non è efficacemente perseguibile ad un livello soltanto nazionale è stata compiuta a monte e trasfusa nel Trattato.

Il considerando 6 rende diafana la *ratio* dell'atto legislativo in parola: «*Tenendo conto dell'evoluzione delle minacce terroristiche e degli obblighi giuridici cui l'Unione e gli Stati membri sottostanno a norma del diritto internazionale, è opportuno che la definizione dei reati di terrorismo, dei reati riconducibili a un gruppo terroristico e dei reati connessi ad attività terroristiche sia oggetto di un'ulteriore armonizzazione in tutti gli Stati membri per contemplare in modo più completo le condotte connesse, in particolare, ai combattenti terroristi stranieri e al finanziamento del terrorismo. È inoltre opportuno che tali condotte siano punibili se messe in atto attraverso Internet, inclusi i social network*».

Ne è discesa la criminalizzazione, nell'ambito dei reati connessi ad attività terroristiche, della fornitura e della ricezione di addestramento a fini terroristici, dei viaggi a fini terroristici, nonché dell'organizzazione o dell'agevolazione degli stessi. Si è registrata altresì una specializzazione, a cui è sotteso pure un maggior rigore punitivo, della disciplina della pubblica provocazione.

Nel panorama delle misure europee di *counter-terrorism*, si rivelano altresì di primario rilievo gli strumenti basati sul riconoscimento reciproco dei provvedimenti giudiziari estesi dagli Stati membri (art. 82 TFUE). A partire dalla decisione quadro sul mandato d'arresto europeo del 2002 hanno fatto seguito altri strumenti in materia di ricerca e di acquisizione delle prove, nonché di sequestri, congelamenti e confisca di beni, danaro o altre utilità per la cui esecuzione, laddove sia contestato un reato di matrice terroristica, si prescinde dal requisito della doppia incriminazione¹⁴⁹.

In tal senso la Direttiva del 2017, interpolando la decisione quadro del 2005 sullo scambio di informazioni e sulla cooperazione giudiziaria (cfr. art. 22 Direttiva), ha ribadito la necessità dell'efficace scambio di informazioni considerate pertinenti dalle autorità competenti per la prevenzione, lo svolgimento delle indagini ovvero l'accertamento della responsabilità penale in relazione ai reati di terrorismo tra le autorità competenti e le agenzie dell'Unione. Gli Stati membri, di conseguenza, sono vocati ad assicurare uno

¹⁴⁹ L. PICOTTI, *Terrorismo e sistema penale: realtà, prospettive, limiti*, cit., p. 254, *de iure condendo* pone l'attenzione su un ulteriore strumento istituzionale per corroborare la lotta al terrorismo: «in prospettiva futura va segnalato che anche la costituenda Procura europea, prevista dall'art. 86 TFUE per contrastare le frodi e gli altri reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione [...] potrebbe vedere estesa la sua competenza alla lotta al terrorismo, sulla base di una decisione all'unanimità del Consiglio europeo (cfr. art. 86, par. 4 TFUE)».

scambio di informazioni efficace e tempestivo conformemente al diritto nazionale e agli strumenti normativi dell'Unione in vigore¹⁵⁰.

Nell'ambito del Consiglio d'Europa gli sforzi delle negoziazioni multilaterali in materia di terrorismo sono stati indirizzati sin dal principio verso una politica prettamente preventiva, che è stata suggellata nella Convenzione siglata a Varsavia il 16 maggio 2005 e rafforzata con l'annesso protocollo addizionale del 2015.

La Convenzione risponde geneticamente allo scopo di corroborare l'impegno delle parti nella prevenzione del terrorismo e delle sue conseguenze pregiudizievoli sul pieno godimento dei diritti umani, in particolare del diritto alla vita, sia intervenendo sugli ordinamenti nazionali che attraverso la cooperazione internazionale (art. 2).

Dalla lettura dell'articolato convenzionale risalta un dato lampante, ovverosia l'impegno delle parti contraenti a qualificare nei rispettivi ordinamenti come reato la pubblica provocazione per commettere reati di terrorismo, il reclutamento e l'addestramento ai fini terroristici.

La logica preventiva è manifesta e rende plastica, da un punto di vista politico-criminale, la volontà di far ricadere lo stigma penale su condotte di per sé neutre, intimamente connesse all'esercizio della libertà di espressione, che acquistano, però, rilevanza penale in ragione del loro rapporto di strumentalità o di destinazione teleologica rispetto ad un reato *stricto sensu* terroristico.

Fin qui verrebbe da dire *nihil sub sole novi* rispetto alla disamina svolta sui provvedimenti adottati dalle istituzioni euro-unitarie. Occorre, tuttavia, ripristinare in termini corretti il rapporto tra le due fonti sovranazionali di produzione giuridica: la Convenzione di Vienna si pone, infatti, quale *prius* logico e cronologico rispetto alla decisione quadro 2008/919/GAI, il cui tessuto normativo è stato così costellato dalla previsione degli atti preparatori alle fattispecie propriamente terroristiche. Non è fortuito che il considerando

¹⁵⁰ Si rinvia ad altre sedi per la trattazione degli interventi normativi in punto di disciplina del finanziamento del terrorismo, divenuto oggetto di una considerevole disciplina da parte delle istituzioni europee: oltre la Direttiva in commento e le decisioni quadro che l'hanno preceduta, basti citare le due direttive del 2015 e del 2018 in tema di prevenzione dell'uso del sistema finanziario per scopi di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo. Significativo il disposto dell'art. 75 TFUE: «1. Qualora sia necessario per conseguire gli obiettivi di cui all'articolo 67, per quanto riguarda la prevenzione e la lotta contro il terrorismo e le attività connesse, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, definiscono un insieme di misure amministrative concernenti i movimenti di capitali e i pagamenti, quali il congelamento dei capitali, dei beni finanziari o dei proventi economici appartenenti, posseduti o detenuti da persone fisiche o giuridiche, da gruppi o da entità non statali. 2. Il Consiglio, su proposta della Commissione, adotta misure per attuare l'insieme di misure di cui al primo comma. 3. Gli atti di cui al presente articolo contengono le necessarie disposizioni sulle garanzie giuridiche».

9 della decisione rievochi che «*La convenzione del Consiglio d'Europa per la prevenzione del terrorismo vincola gli Stati contraenti a considerare reati punibili la pubblica provocazione per commettere reati di terrorismo, il reclutamento e l'addestramento a fini terroristici, se commessi illecitamente e intenzionalmente*». E nemmeno può ridursi tale influenza ad un mero pungolo politico-legislativo, laddove si consideri, ad esempio, che la definizione di pubblica provocazione contenuta nella Decisione quadro del 2008 riproduce fedelmente la dizione testuale dell'art. 5 della Convenzioni di Vienna¹⁵¹.

Da ultimo, la Direttiva (UE) 541/2017 nella parte preambolare riconosce espressamente quale *framework* di riferimento - oltre che le convenzioni e le risoluzioni ONU - la decisione quadro 2002/475/GAI, così come modificata nel 2008, la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione del terrorismo e il suo protocollo addizionale del 2015.

6. Il sistema delle fonti a livello nazionale

Con l'affermazione del terrorismo internazionale l'ordinamento penale ha dovuto reagire alle nuove e peculiari forme di criminalità terroristica. Questa seconda fase di produzione legislativa si colloca nel solco della precedente relativamente alle tecniche di tutela e alle strategie complessive di politica criminale¹⁵², essendo intervenuta in senso additivo-corroborativo sulla repressione del reato associativo e sulla costruzione di fattispecie incriminatrici con una spiccata soggettivizzazione. Ma al contempo si caratterizza per la stretta derivazione o, quanto meno, per la conformità alle norme elaborate a livello europeo e sovranazionale, che hanno costituito di fatto l'abbrivio per i più recenti interventi novellistici.

¹⁵¹ Articolo 5 (Pubblica provocazione per commettere reati di terrorismo): «*1. Ai fini della presente convenzione, con «pubblica provocazione per commettere reati di terrorismo» si intende la diffusione o qualunque altra forma di pubblica divulgazione di un messaggio con l'intento di incitare alla commissione di un reato di terrorismo, qualora tale comportamento, istigando direttamente o indirettamente ai reati di terrorismo, crei il rischio che uno o più reati di questo tipo possano essere perpetrati. 2. Ciascuna parte adotta le misure necessarie per qualificare come reato nel proprio diritto interno la pubblica provocazione per commettere reati di terrorismo definita al paragrafo 1, qualora praticata illecitamente e intenzionalmente*».

¹⁵² M. PELISSERO (a cura di), *Reati contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico. Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. C. PALAZZO e C.E. PALIERO, vol. IV, Torino, 2010.

Al netto di tutte le interpolazioni avvenute nel contesto delle due grandi stagioni emergenziali, si è sedimentato all'interno del capo I, titolo I del Libro I del codice un sottosistema di diritto sostanziale in punto di *counter-terrorism*, che contempla le seguenti disposizioni: associazioni con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordinamento democratico (art. 270 *bis*), circostanze aggravanti e attenuanti (art. 270 *bis*¹⁵³), assistenza agli associati (art. 270 *ter*), arruolamento con finalità di terrorismo anche internazionale (art. 270 *quater*), organizzazione di trasferimento per finalità di terrorismo (art. 270 *quater*¹), addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale (art. 270 *quinqüies*), finanziamento di condotte con finalità di terrorismo (art. 270 *quinqüies*¹), sottrazione di beni o denaro sottoposti a sequestro (art. 270 *quinqüies*²), condotte con finalità di terrorismo (art. 270 *sexies*), confisca (art. 270 *septies*), attentato per finalità terroristiche o di eversione (art. 280), atto di terrorismo con ordigni micidiali o esplosivi (art. 280 *bis*), atti di terrorismo nucleare (art. 280 *ter*), sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione (art. 289 *bis*).

A subsistema vanno altresì correlate le disposizioni di cui all'art. 302 c.p. sull'istigazione a commettere alcuni dei delitti preveduti dai capi primo e secondo del titolo I e all'art. 414 c.p. sull'istigazione a delinquere, quest'ultima collocata nel titolo V del secondo libro.

6.1. La fattispecie associativa

La fattispecie cardine della legislazione antiterrorismo resta quella contenuta nell'art. 270 *bis*, che ha subito una rilevante modifica con l'art. 1 della l. 15 dicembre 2001, n. 438 (in conversione del d.l. 18 ottobre 2001, n. 374) attraverso cui si è inteso adeguare la fattispecie associativa alla portata transnazionale che ha acquisito il fenomeno terroristico negli ultimi decenni.

La *ratio* della novella, alquanto perspicua, è stata quella di ampliare la sfera operativa della norma stabilendone l'applicazione anche alle associazioni mosse da finalità di terrorismo internazionale (da ciò l'aggiunta dell'inciso «*anche internazionale*»), nonché

¹⁵³ Si veda la nota 112

di riconoscere la sussistenza della finalità di terrorismo quando gli atti di violenza sono rivolti contro uno Stato estero, un'istituzione o un organismo internazionale (co. 3).

Le lacune della precedente versione emersero infatti macroscopicamente non appena la giurisprudenza iniziò a confrontarsi con quelle associazioni incardinate sì sul territorio italiano, ma che svolgevano attività di supporto ad organizzazioni criminali mosse dall'intento di compiere atti eversivi di ordinamenti esteri¹⁵⁴.

Ostativa ad un'interpretazione estensiva, che potesse includere anche la dimensione sovranazionale di un soggetto terroristico metaindividuale, era anzitutto la *littera legis*, che menzionava esclusivamente il compimento di «*atti di violenza con fini di eversione dell'ordinamento democratico*».

In secondo luogo, la stessa collocazione sistematica della disposizione, da cui se ne ricavava un'importante indicazione in ordine al bene giuridico tutelato, risultava univoca nel restringere la finalità di eversione al solo Stato italiano; argomentazione confermata *a posteriori* dall'interpretazione autentica della l. n. 304/1982 secondo cui per ordine democratico deve intendersi proprio l'ordinamento costituzionale.

Ne discendeva, dunque, che la proiezione operativa della norma, soprattutto in virtù della oggettività giuridica da essa tutelata, non consentiva di trascendere quel sostrato empirico-criminologico rappresentato dalle cruente manifestazioni degli “anni di piombo”; e ciò aveva indotto la giurisprudenza a ripiegare sulla contestazione della comune associazione a delinquere (art. 416 c.p.) aggravata *ex art.* 1 l. n. 15/1980¹⁵⁵.

Muovendo da tali premesse l'intervento del legislatore del 2001 si è tradotto nell'espressa rilevanza della finalità di terrorismo formalmente alternativa a quella eversiva («*con finalità di terrorismo o di eversione*»), nell'estensione di tale finalità al terrorismo internazionale¹⁵⁶, nell'incriminazione della condotta di finanziamento (l'input è stato

¹⁵⁴ F. VIGANÒ, *Terrorismo di matrice islamico-fondamentalista e art. 270-bis c.p. nella recente esperienza giurisprudenziale*, in *Cass. pen.*, 2006, *passim*.

¹⁵⁵ Cass. Pen., sez. VI, 1° giugno 1996, *Abdaoui*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, con nota di A. PECCIOLI.

¹⁵⁶ La giurisprudenza di legittimità ha affermato che l'art. 270 *bis* attualmente vigente non può essere applicato alle associazioni con finalità di eversione dell'ordine democratico di uno Stato estero, atteso il tenuto testuale del comma terzo, che estende la punibilità alle sole associazioni con finalità di “*terrorismo anche internazionale*” e atteso che la stessa *ratio legis* esclude che il giudice italiano possa essere chiamato ad esprimersi sul sistema politico-istituzionale di uno Stato estero (Cass. Pen., sez. VI, n. 336776 del 1° luglio 2003). Sul punto P. SILVESTRI, *op. cit.* p. 277; F. VIGANÒ, *Terrorismo islamico e art. 270 bis c.p.*, cit., p. 47, secondo cui la scelta risponde “alla logica precisa di evitare che l'ordinamento italiano appresti una tutela ‘in bianco’ a tutti gli ordinamenti politici esistenti, ivi compresi quelli di natura dittatoriale e/o notoriamente irrispettosi dei più basilari diritti fondamentali dell'uomo”.

chiaramente sovranazionale), nonché nell'inasprimento della cornice edittale e nella previsione di un'ipotesi speciale di confisca al quarto comma.

L'elemento oggettivo della fattispecie, così come si presenta oggi, consiste nella promozione, costituzione, organizzazione, direzione e finanziamento di associazioni terroristiche od eversive (co. 1), nonché nella partecipazione alle stesse (co. 2). Per quel che concerne, invece, l'elemento soggettivo, oltre il dolo generico corrispondente alla rappresentazione e alla volizione da parte di ciascun solidale della propria condotta associativa e dell'associazione a cui va ad annettersi, «si rinviene un duplice livello di dolo specifico, corrispondente allo scopo che l'associazione si propone, vale a dire la commissione di atti di violenza, a loro volta finalizzati al terrorismo o all'eversione»¹⁵⁷.

Secondo l'orientamento maggioritario, l'art. 270 *bis* descrive un reato di pericolo presunto, atteso che per la punibilità delle condotte in esso previste non si richiede l'effettiva esecuzione degli atti di violenza, teleologicamente indirizzati ad una finalità terroristica o eversiva. Sul punto, la Suprema Corte ha affermato che «*il delitto in esame è di pericolo presunto, per la cui configurabilità occorre l'esistenza di una struttura organizzata, con programma comune fra i partecipanti, finalizzato a sovvertire violentemente l'ordinamento dello Stato e accompagnato da progetti – anche se non specificati nei particolari – concreti ed attuali di consumazione di atti di violenza [...] è sufficiente per configurare il delitto che l'adesione ideologica si sostanzia in seri propositi criminali volti a realizzare una delle indicate finalità, pur senza la loro materiale iniziale esecuzione, che supererebbe il limite tipico del pericolo presunto...*» (Cass. Pen., sez. VI, n. 25863, 8 maggio 2009). Il precipitato logico è che la mera ideologia eversiva, sguarnita di propositi concreti e attuali di violenza, non vale a fondare il reato in parola, data la sua attitudine rappresentativa dell'esercizio di una libertà costituzionalmente tutelata (art. 21 Cost.).

È palmare l'osservazione che la quintessenza della fattispecie incriminatrice viene riposta nella presenza di una struttura organizzativa. Un requisito apparentemente “neutro” che richiede, però, nell'applicazione pratica una accorta qualificazione sia quantitativa (si noti che a differenza dell'art. 416 non è previsto un numero di persone *non minus ultra*) che qualitativa, soprattutto per quanto attiene alla verifica del livello di adeguatezza della struttura rispetto al programma criminoso che essa intende perseguire.

¹⁵⁷ Così V. MASARONE, *op. cit.*, p. 225.

In un primo tempo, imperniata ancora sull'orientamento consolidatosi sotto la vigenza del precedente art. 270 *bis*, la giurisprudenza ha adottato un approccio estensivo, ritenendo sufficiente anche una «*struttura organizzata in modo rudimentale*», che si sostanzia in seri propositi criminali diretti a realizzare la finalità avuta di mira mediante l'effettiva pratica della violenza come *modus operandi* (Cass. Pen., sez. I, 18 dicembre 2006, n. 131). Solo di recente ha iniziato a farsi strada un orientamento di segno diverso, che (ri)legge la fattispecie alla luce del requisito dell'idoneità al raggiungimento della finalità programmate, così richiedendo una struttura che presenti «*un grado di effettività tale da rendere almeno possibile l'attuazione del progetto criminoso*» (Cass. Pen., sez. I, 11 ottobre 2006, Bouyahia). Un'interpretazione, quest'ultima, maggiormente ossequiosa del principio di offensività e che giustifica il più severo trattamento sanzionatorio¹⁵⁸ rispetto all'art. 270 c.p., sulla quale sembrano aver avuto un forte ascendente le opinioni dottrinali sviluppatesi sul punto¹⁵⁹.

Il terrorismo *jihadista* ha posto, però, l'interprete davanti un paradigma associativo significativamente differente rispetto a quello dei tradizionali fenomeni eversivi, avendo dato vita a una rete, quasi nebulosa, di cellule che operano a distanza e contemporaneamente anche in più Nazioni, nonché caratterizzate da estrema flessibilità interna. Si tratta di un'organizzazione il più delle volte *de-strutturata*, le cui attività possono risultare connotate da una significativa sporadicità e spesso la loro programmazione non supera la dimensione virtuale.

In un siffatto contesto, ha affermato la Suprema Corte, l'organizzazione terroristica transazionale assume i connotati di una rete in grado di mettere in dialogo soggetti assimilati da un comune progetto politico-militare, che così catalizza l'*affectio societatis* e costituisce lo scopo sociale del sodalizio (così Cass. Pen., sez. V, 11 giugno 2008, Bouyahia¹⁶⁰). Occorre, dunque, una valutazione d'insieme delle attività delle cellule

¹⁵⁸ M. PELISSERO, *op. ult. cit., passim*.

¹⁵⁹ G. MARINUCCI, *Soggettivismo e oggettivismo*, cit., p. 21, chiaramente afferma: «La norma dell'art. 270-*bis* del codice penale incrimina l'associazione con finalità di terrorismo anche internazionale. È norma, che per essere conforme al principio di offensività, va letta come comprensiva delle sole ipotesi in cui vi sia un'organizzazione di persone e di mezzi idonei a porsi come centro propulsivo della futura commissione di atti violenti con finalità di terrorismo. Deve trattarsi, perciò, di un'associazione strutturata in modo da essere concretamente pericolosa per la vita e la incolumità fisica delle potenziali vittime degli atti di violenza».

¹⁶⁰ Nel caso di specie, la Corte ha ritenuto immune da censure la decisione di merito che, riformando la sentenza di primo grado, ha ritenuto integrato il delitto alla luce dei collegamenti degli imputati con un'associazione terroristica, che aveva posto in essere azioni di stampo terroristico nel Kurdistan, e del dolo

italiane e di quelle straniere, che faccia emergere la convergenza verso un unico obiettivo criminoso.

Ponendosi nel solco di quest'interpretazione, i più recenti arresti della giurisprudenza di legittimità hanno statuito che integra la partecipazione ad un'associazione con finalità di terrorismo (anche) internazionale la condotta di chi, offrendo ospitalità a soggetti pericolosi, preparando documenti d'identità falsi e promuovendo una raccolta fondi per i *mujaheddin*, esprime così il proprio contributo agli scopi dell'associazione e fornisce un concreto supporto ai seguaci del *jihad* violento¹⁶¹.

Allo stesso modo, si è ritenuto sussistere il delitto dell'art. 270 *bis* in relazione ad una cellula che poneva in essere attività di indottrinamento, reclutamento e addestramento di nuovi adepti, pronti a partire alla volta della Siria, nonché di raccolta di danaro per i terroristi combattenti¹⁶².

Tuttavia, si segnala una decisione della Suprema Corte del 2016¹⁶³ che sembrerebbe aver virato rispetto alle precedenti statuizioni, ponendo un argine a potenziali interpretazioni antigarantiste. Nel caso di specie, agli imputati veniva contestata la partecipazione ad un programma criminoso, che prevedeva la radicalizzazione di alcuni musulmani per renderli in futuro proclivi alla morte eroica. Sulla scorta degli elementi di fatto, come accertati nel merito, la Corte non ha ritenuto sussistente il vincolo associativo, argomentando che l'attività di indottrinamento, tesa a ingenerare una generica disponibilità a unirsi con i combattenti, non vale a fondare il compimento di atti di violenza con finalità terroristica, che deve, invece, concretizzare il programma associativo.

Tuttavia, in un *obiter dictum* è la stessa Corte ad escludere il potenziale conflitto con le decisioni dianzi analizzate, affermando che tale regiudicanda è da tenere distinta rispetto ai casi in cui «*alle attività di indottrinamento e reclutamento fosse affiancata quella di addestramento al martirio di adepti da inviare nei luoghi del combattimento, che attribuisca all'esaltazione della morte, in nome della guerra santa contro gli infedeli, caratteristiche di materialità che realizzino la condizione per la quale possa dirsi che*

specifico della finalità terroristica. I fatti in contestazione risultavano accertati dalle prove documentali sequestrate e dal contenuto delle intercettazioni telefoniche.

¹⁶¹ Cass. Pen., sez. V, n. 2651, 8 ottobre 2015, *Nasr Osama*.

¹⁶² Cass. Pen., sez. VI, n. 46308, 12 luglio 2012, *Chanchoub*.

¹⁶³ Cass. Pen., sez. V., n. 48001, 14 luglio 2016, *Hosni*.

l'associazione, secondo il dettato normativo già ricordato, si propone il compimento di atti di violenza con finalità di terrorismo».

La presenza di una struttura organizzativa idonea agli scopi perseguiti è un elemento necessario, ma non sufficiente per integrare la fattispecie oggettiva dell'art. 270 bis, occorrendo un *quid pluris*, che dia all'organizzazione "dinamicità" e una proiezione finalistica, nel senso che: l'associazione deve proporsi il compimento di atti di violenza con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento.

La violenza, che concreta il c.d. programma strumentale, deve essere servente al c.d. programma finale, rappresentato dalla finalità terroristica o eversiva, e deve contraddistinguere le attività associative quale nota modale (metodo della paura).

Come già anticipato, dottrina e giurisprudenza sono concordi nell'escludere dal campo applicativo della norma *de quo* il caso in cui l'associazione si limiti a forgiare un programma ideologico o politico che contempli l'uso della violenza, poiché la Carta costituzionale tutela anche la manifestazione del pensiero violento, salva la ricorrenza del delitto di istigazione a delinquere (v. *infra*).

Relativamente a taluni gruppi *jihadisti*, la giurisprudenza di legittimità ha distinto la predisposizione di azioni eversive e violente, ancorché non realizzate, dal radicalismo fondamentalista, che di per sé non basta a integrare la fattispecie associativa. Diversamente opinando, infatti, l'anticipazione della tutela penale «*finirebbe per sanzionare la semplice adesione ad un'astratta ideologia che, pur aberrante per l'esaltazione della indiscriminata violenza e per la diffusione del terrore, non è accompagnata dalla possibilità di attuazione del programma; in tal modo si finirebbe per reprimere idee, piuttosto che fatti*» (Cass. Pen., sez. I, 10 luglio 2007, S.F.J.A.G.).

Ad abundantiam va ribadito che il reato, in quanto fondato sul pericolo presunto, è configurabile quantunque gli atti di violenza non abbiano avuto esecuzione.

Il c.d. programma finale si sostanzia nella finalità di terrorismo (anche internazionale) ovvero in quella di eversione dell'ordine democratico (quest'ultima resta limitata all'ordine costituzionale dello Stato italiano).

Si ripropone la *querelle* circa la medesimezza o meno dei concetti di terrorismo e di eversione, un tema su cui gli interpreti si sono interrogati sin dal 1980, pervenendo

all'elaborazione di due opposti indirizzi: il primo sostiene che si tratta di un'endiadi¹⁶⁴, mentre il secondo, prevalente, opera una distinzione fra i due concetti.

Seguendo tale ultima impostazione, si considera finalità di terrorismo lo scopo di incutere terrore nella popolazione con azioni violente indiscriminate, che colpiscono le persone in ragione del loro *status* sociale e per quello che rappresentano ovvero indipendentemente dalla loro funzione sociale al solo fine di ingenerare sfiducia verso lo Stato¹⁶⁵.

Per converso, la finalità di eversione si traduce nel «*fine più diretto di sovvertire l'ordinamento costituzionale e di travolgere in definitiva l'assetto pluralistico e democratico dello Stato disarticolandone le strutture, impedendone il funzionamento o deviandolo dai principi fondamentali che costituiscono l'essenza dell'ordinamento costituzionale*» (Cass. Pen., sez. I, n. 11382, 11 luglio 1987).

Infine, merita un breve cenno la fattispecie di assistenza agli associati, in quanto strettamente connessa a quella associativa è l'assistenza agli associati, che si connota per un valore di strumentalità rispetto al sostentamento dell'associazione.

L'art. 270 *ter* c.p., introdotto dal d.l. 18 ottobre 2001, n. 374 (convertito in l. 15 dicembre 2001, n. 438) punisce la condotta di chi, fuori dai casi di concorso o di favoreggiamento, dà rifugio ovvero fornisce vitto, ospitalità, mezzi di trasporto o di comunicazione ai partecipanti a una delle associazioni indicate negli artt. 270 e 270 *bis*; la pena è aumentata se l'assistenza è continuativa.

In tal caso il legislatore non ha contemplato la finalità di terrorismo quale movente di chi offre l'assistenza, essendo sufficiente la consapevolezza da parte di quest'ultimo degli scopi dell'associazione e la volizione di prestare assistenza ai sodali.

6.2. Le novelle del 2005 e del 2015: la repressione degli atti preparatori e strumentali

¹⁶⁴ Ad opinione di chi scrive questa tesi è da preferire, poiché l'esperienza del terrorismo politico che ha travolto l'Italia negli anni Settanta e Ottanta dimostra come eversione dell'ordine costituzionale e terrorismo sono i volti (inscindibili) di un fenomeno sostanzialmente unitario.

¹⁶⁵ M. RONCO, *Terrorismo* (voce), in *Nov. Dig. it., App, VII*, Torino, 1987, afferma che la giurisprudenza ha così delineato una nozione di terrorismo che non si limita ad una mera finalità, bensì è contrassegnata da elementi di carattere oggettivo quali la modalità della condotta, la qualità della persona offesa, l'entità del danno, la diffusività del pericolo, le conseguenze perduranti nel tempo della condotta delittuosa. Ancora una volta si conferma la tesi, da cui il presente lavoro ha presso le messe, che il terrorismo è nella sua essenza prima il "metodo della paura".

La lotta contro il terrorismo fondamentalistico è stata condotta dall'ordinamento penale italiano facendo ricorso eminentemente al delitto di associazione terroristica che, per il *deficit* di determinatezza dei profili oggettivi e la genericità della finalità di terrorismo, ha consentito di fagocitare tutte le zone grigie di contiguità all'estremismo violento, con inesorabili agevolazioni per l'accusa sul piano probatorio. Al punto tale che in dottrina si è parlato di una "onnivora comunanza jihadista", capace di inglobare nella cornice associativa tutte quelle condotte astrattamente riconducibili a precise fattispecie terroristiche¹⁶⁶; risultato favorito altresì dall'anteposizione dell'espressa clausola di riserva a favore dell'art. 270 *bis* c.p. nelle disposizioni che a breve si analizzeranno.

Cionondimeno, la legislazione emergenziale di contrasto al terrorismo internazionale si è focalizzata sull'elaborazione delle fattispecie dei c.d. delitti preparatori, sotto le quali vengono sussunti atti materiali che palesano un'autonoma tipicità e il cui disvalore discende dalla loro diretta funzionalità ad un effettivo disegno criminoso di più ampia portata¹⁶⁷.

Più concretamente, l'opzione di politica criminale si è tradotta nel prevedere l'autonoma punibilità degli atti preparatori alle grandi manifestazioni stragistiche, assumendo quest'ultime come una frattura sociale irreversibile, che deve essere prevenuta.

Una norma chiave nell'ambito dei delitti di terrorismo è l'art. 270 *quater* c.p., introdotto dal d.l. 27 luglio 2005, n. 144 (c.d. decreto Pisanu), conv. in l. 21 luglio 2005, n. 155 per reprimere l'arruolamento con finalità di terrorismo anche internazionale. La norma, che molto mutua dalle fonti sovranazionali in materia (par. 5.1.), mira a colmare in via residuale le lacune palesate dal sistema previgente¹⁶⁸ davanti le dinamiche inedite del

¹⁶⁶ F. FASANI, *op. cit.*, p. 324, propone un'analisi illuminante dei motivi che hanno determinato il "successo" applicativo della fattispecie associativa a discapito degli altri delitti terroristici. In particolare, «la formulazione a dolo specifico nelle suddette ipotesi di reato [abbia] comporta[to] due conseguenze tra loro connesse. La prima è che «a tendenza onnivora della finalità di terrorismo sortisce in fondo effetti positivi, in termini di garanzia»», poiché impone all'interprete di verificare la concreta portata offensiva delle condotte. La seconda, che dalla prima discende, è che, tuttavia, nell'attuale scenario di fortunata assenza in Italia [...] di condotte estremistiche realmente pericolose per la collettività e per l'ordine democratico, hanno trovato rarissima applicazione tutte le fattispecie non associative che contemplano al loro interno l'elemento costitutivo della finalità terroristica».

¹⁶⁷ L. PICOTTI, *Terrorismo e sistema penale: realtà, prospettive, limiti*, cit., afferma che a tale disegno "la condotta o fatto-base si deve connettere strettamente in termini teleologici oggettivamente apprezzabili, configurando un evidente conflitto con gli interessi protetti. Conflitto che si esprime considerando il "contesto" innanzitutto di relazioni con altri compartecipi del disegno, e poi anche con terzi compresi avversari o potenziali bersagli, nel cui ambito la condotta è compiuta".

¹⁶⁸ L'art. 244 c.p. punisce chiunque, senza la previa autorizzazione governativa, fa arruolamenti o compie altri atti ostili contro uno Stato estero in modo da esporre lo Stato italiano al pericolo di una guerra. L'art. 288 c.p. incrimina l'arruolamento non autorizzato di cittadini italiani al servizio o a favore dello straniero.

terrorismo di matrice fondamentalistica, che si caratterizza per l'attività di soggetti non stabilmente inseriti in una struttura organizzativa («*al di fuori dei casi dell'art. 270 bis*»), ma comunque in grado di realizzare condotte terroristiche¹⁶⁹. Nel dettaglio, la norma intercetta il raggiungimento di un serio accordo tra il soggetto che propone il compimento, in forma organizzata, di più atti di violenza o di sabotaggio con finalità terroristiche e il soggetto aderente¹⁷⁰.

Circa la nozione di arruolamento è ormai pacifico, anche sulla scorta dell'interpretazione consolidatasi in ordine all'art. 244 c.p., che essa intende il c.d. "ingaggio" di persona armata da cui deriva un rapporto «relativamente permanente di subordinazione o di servizio»¹⁷¹ tra l'arruolante e l'arruolato o un terzo. Vale a dire: «*l'attività di reperimento di persone disponibili ad attività militari mercenarie e di raggiungimento di un accordo finalizzato a tale attività*»(Cass. Pen., sez. VI, 1° luglio 2003).

La giurisprudenza ha, inoltre, affermato che il *pactum* di arruolamento deve essere caratterizzato da un elemento di serietà, intesa sia come autorevolezza della proposta, dal lato del proponente, che come saldezza della volontà di adesione, dal lato dell'arruolato. Ma soprattutto deve essere caratterizzato dalla doppia finalizzazione prevista dalla disposizione in termini di dolo specifico, cioè: l'arruolamento deve essere rivolto al compimento di atti di violenza ovvero al sabotaggio di servizi pubblici essenziali con finalità di terrorismo.

Ancora, l'art. 4 l. 12 maggio 1995, n. 210 si focalizza sul reclutamento di mercenari che dietro la corresponsione di danaro o altra utilità per i servizi prestati o la promessa delle stesse combattono in un conflitto armato nel territorio controllato da uno Stato estero del quale non sono né cittadini né residente, senza far parte di una compagine militare coinvolta nel conflitto o di una missione internazionale.

¹⁶⁹ F. FASANI, *op. cit.*, p.347, arguisce che la norma presenta un *vulnus* di ordine sistematico, che rende quasi impossibile riservarle un preciso spazio operativo. Infatti, «se la struttura ove è introdotto l'arruolato non possiede finalità terroristiche ma solo finalità militari e opera in un contesto bellico non nei confronti dei civili, la condotta non potrebbe essere punita ex art. 270-*quater* c.p., dal momento che queste situazioni sono estranee alla nozione di terrorismo e restano regolate dal diritto umanitario di guerra. Se, invece, la struttura medesima possiede finalità terroristiche dal punto di vista tecnico-giuridico, allora non si vede come essa possa non essere un'associazione terrorista e come, di conseguenza, l'arruolato, inserito organicamente nella medesima, possa non essere considerato un partecipe». In tal caso la clausola incipitaria di sussidiarietà "diverrebbe, ad ogni evidenza, onnivora".

¹⁷⁰ V. MASARONE, *op. cit.*, p. 226, lascia intendere che l'unica condotta che si possa apprezzare in concreto è quella del reclutamento di uomini da inviare in campi di addestramento situati in Paesi esteri. Anche F. FASANI, *op. cit.*, p. 348, afferma che il referente criminologico è rappresentato dai *foreign fighters*, ossia gli estremisti islamici che vivono in Paesi occidentali e che sovente vengono condotti all'estero per essere addestrati o comunque iniziati alla vita terroristica. Gli atti parlamentari depongono in tal senso: si veda l'analisi tecnico- normativa in Atti Camera, n. C-2893.

¹⁷¹ L.D. CERQUA, *Un delitto merso dall'oblio: gli arruolamenti o armamenti non autorizzati a servizio di uno Stato estero*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 2679.

Parte della dottrina¹⁷², contrariamente agli indirizzi espressi dal Governo nella Relazione illustrativa¹⁷³ del decreto, ritiene sufficiente per configurare gli estremi del delitto la formazione del mero accordo *inter partes*, senza che sia necessario l'effettivo incardinamento del soggetto arruolato all'interno di una struttura "militare". Se è vero che ciò si pone in manifesta antitesi al postulato dell'art. 115 c.p., deve pure riconoscersi – ponendoci nella prospettiva del legislatore dell'emergenza – che subordinare la punibilità all'effettiva presa di servizio significherebbe vanificare qualsiasi margine applicativo del reclutamento nei confronti della norma che sanziona l'addestramento¹⁷⁴. L'asseverata punibilità dell'accordo ha offerto il destro per concludere ultroneamente che la norma includerebbe anche l'incriminazione della sollecitazione all'ingaggio. Tuttavia, in tal caso, pur volendo tacere delle tensioni con i principi generali di diritto penale, risulterebbe assai difficoltoso poter compiere un'*actio finium regundorum* funzionale alla demarcazione dello spazio operativo dell'arruolamento rispetto a quello di altre fattispecie "contigue". In particolare, l'arruolamento così inteso dalla dottrina invaderebbe il campo dell'istigazione a delinquere rilevante *ex art. 414* ultimo comma c.p., se commessa pubblicamente, ovvero *ex art. 302* c.p., se commessa *in certam personam*.

¹⁷² G. MARCONI, *Stato (delitti contro la personalità internazionale dello)*, in *Dig. disc. pen.*, XIII, Torino, 1997, p. 614: "per ritenere sussistente l'arruolamento non occorre che si abbia l'effettiva presentazione alle armi, bastando allo scopo che siano forniti i cosiddetti quadri e che il personale sia pronto alla chiamata". Dello stesso avviso F. ROBERTI, *Le nuove fattispecie di delitto in materia di terrorismo*, in A.A. DALIA (a cura di), *Le nuove norme di contrasto al terrorismo*, Milano, 2006; A. VALSECCHI, *sub art. 270-quater c.p.*, in E. DOLCINI – G.L. GATTA (diretto da), *Codice Penale Commentato*, III, 2015.

¹⁷³ Atti Camera, C-2893, Relazione illustrativa: "E' da precisare che la condotta dell'arruolato cui si fa riferimento non si esaurisce nella prestazione del mero assenso al compimento di reati con finalità terroristiche, rispetto al quale può trovare applicazione solo la misura di sicurezza di cui all'art. 115 c.p. Piuttosto, la condotta in questione consiste nel mettersi seriamente e concretamente a disposizione come milite, e quindi soggiacendo a vincoli di obbedienza gerarchica, per il compimento di atti di terrorismo, pur al di fuori ed a prescindere dalla messa a disposizione con assunzione di un ruolo funzionale all'interno di una compagine associativa, tradizionalmente intesa". Ma già il Servizio Studi della Camera dei deputati aveva segnalato che quanto affermato dalla Relazione non trova pieno riscontro nella fattispecie incriminazione e, soprattutto, che il momento di consumazione del delitto non è chiaramente individuabile.

¹⁷⁴ Secondo la giurisprudenza di legittimità e la dottrina maggioritaria, il reclutamento è un concetto ben più ampio dell'arruolamento. Infatti, A. VALSECCHI, *Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale. Brevi osservazioni di diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, afferma che la condotta di reclutamento include ogni attività di reperimento di persone disposte ad essere coinvolte in operazioni militari, seguita da un accordo finalizzato al loro impiego, e che fra dette attività è inclusa pure quella di proselitismo rilevante *ex art. 414* co.4 c.p. Discorde S. COLAIOCCO, *Prime osservazioni sulle nuove fattispecie antiterrorismo introdotte dal decreto legge n. 7 del 2015*, in *Arch. pen.*, 2015, laddove ritiene che integra l'arruolamento anche la sollecitazione unilaterale dell'ingaggio dei combattenti e persino le prediche fondamentalistiche dell'imam in moschea.

Allo stesso modo, considerare integrato il delitto di arruolamento al momento della conclusione dell'accordo involve una sua totale sovrapposizione con la portata precettiva dell'art. 304 c.p. (cospirazione politica mediante accordo).

Originariamente l'art. 270 *quater* descriveva un reato plurisoggettivo improprio, in quanto figurava come unico soggetto attivo colui che arruola. Ciò aveva dato luogo ad un'incongruente asimmetria, atteso che il decreto Pisanu incriminava, invece, la condotta della persona addestrata all'art. 270 *quinqües*¹⁷⁵.

Con la novella del 2015 il legislatore è corso ai ripari, prevedendo al comma secondo della disposizione che, fuori dei casi di associazione terroristica e salvo il caso di addestramento, la persona arruolata è punita, ma con una pena inferiore a quella prevista per l'arruolatore.

Il d. l. 18 febbraio 2015, n. 7 (convertito con modificazioni in l. 17 aprile 2015, n. 43) ha inoltre introdotto l'art. 270 *quater* c.p., che sanziona chiunque, al di fuori del vincolo associativo e dei casi di arruolamento, organizza, finanzia o propaganda viaggi in territorio estero destinati al compimento di atti terroristici. Basti evidenziare in questa sede che la fattispecie incriminatrice è modellata su un precipuo tipo d'autore: il *foreign fighter*.

Nella trattazione dei delitti terroristici rappresenta uno snodo centrale la norma sull'addestramento, per via della sua rilevante applicazione e, soprattutto, per gli innumerevoli profili critici, che sono stati posti in evidenza dai commentatori¹⁷⁶.

L'art. 270 *quinqües* c.p. contempla la condotta di chi, al di fuori dei casi di cui all'art. 270 *bis*, addestra o comunque fornisce istruzioni sulla preparazione o sull'uso di esplosivi, armi da fuoco o altre armi, di sostanze nocive o pericolose, nonché di ogni altra tecnica o metodo per il compimento di atti di violenza ovvero di sabotaggio di servizi

¹⁷⁵ F. FASANI, *Terrorismo islamico e diritto penale*, cit., p. 343, evidenzia il duplice profilo di irrazionalità di tale incongruenza. In primo luogo, «l'incriminazione del soggetto addestrato è stata giustamente criticata quale forma palese di diritto penale d'autore, dal momento che tale fattispecie, fingendo di concentrarsi sull'attività di addestramento, reprime in verità l'essere un potenziale terrorista e si allontana così dal diritto penale del fatto, preoccupandosi della pericolosità di chi porta dentro di sé determinate nozioni. Ebbene, tale ipotizzata violazione dei principi fondamentali [...] non parrebbe sussistere, per contro nella nuova incriminazione del soggetto arruolato, atteso che quest'ultima condizione, almeno a prima vista parrebbe corrispondere ad una precisa condotta materialmente apprezzabile e offensiva». In secondo luogo, «non si potrebbe far a meno di rilevare il maggior disvalore penalistico insito nella circostanza che taluno sia arruolato anziché semplicemente addestrato, posto che la prima evenienza postula la necessità che esista un corpo armato nelle cui fila il terrorista venga schierato».

¹⁷⁶ Ampiamente sul tema R. WENIN, *Una riflessione comparata sulle norme in materia di addestramento per finalità di terrorismo*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 4.

pubblici essenziali con finalità di terrorismo. Alla stessa pena soggiace la persona addestrata, nonché la persona che, dopo aver acquisito anche in via autonoma le istruzioni per compiere taluni degli atti summenzionati, pone «*comportamenti univocamente finalizzati alla commissione delle condotte*» terroristiche.

A differenza delle norme sovranazionali, in cui il fornire istruzioni è tratteggiato come una modalità esplicativa dell'addestramento, il legislatore italiano ha assegnato autonoma valenza alla condotta istruttiva. Una scelta che, sino alla novella del 2015, ha posto notevoli difficoltà interpretative alla luce del secondo periodo del comma in questione che contemplava quale soggetto attivo solo la «*persona addestrata*», tacendo in ordine alla persona che riceve le istruzioni.

Sul punto si confrontano due orientamenti di segno contrario.

Secondo il primo di essi, non si tratterebbe di condotte alternative, bensì di un'endiadi in cui la condotta istruttiva costituirebbe una *species* dell'addestramento¹⁷⁷.

Per converso, l'indirizzo maggioritario ritiene che le due condotte siano poste in un rapporto di alternatività all'interno di una fattispecie a più norme; e non è fortuito che la particella disgiuntiva sia stata reiterata anche nella circostanza aggravante di cui al comma secondo, aggiunta solo in un momento successivo. In particolare, alla base dell'alternatività delle condotte - sostiene tale tesi - vi è un *discrimen* fondato sul rapporto intersoggettivo tra colui che addestra e colui che viene addestrato, relazione di cui difetta, invece, la diffusione di istruzioni, che può avvenire anche *in incertam personam*¹⁷⁸ e che costituisce un *minus* rispetto all'addestramento.

Dello stesso avviso sembra essere la Suprema Corte che concepisce l'addestramento «*come contrassegnato da una vera e propria interazione tra l'addestratore e l'addestrato, che presupporrebbe (almeno di norma) un contatto diretto tra il primo ed il secondo, secondo i caratteri tipici dell'attività militare o paramilitare [...] Pare corretta la tesi di quella dottrina che ravvisa nel "fornire istruzioni" (anche) una diffusione ad incertam personam, che può essere effettuata pure a distanza, attraverso*

¹⁷⁷ G. PADOVANI, *Commento all'art. 15 d.l. 27.07.05 n. 144*, in *La legislazione penale*, 2005; M. LECCESE, *Il codice penale si allinea a Bruxelles. Ora chi predica l'odio rischia grosso*, in *D&G*, 2005, n.33.

¹⁷⁸ Seguendo tale impostazione, l'addestramento si fonda su un rapporto interpersonale diretto, intenso e caratterizzato dall'elemento della ripetitività dei contatti. S. COLAIOTTO, *op. cit.*, ne deduce che si tratterebbe di un reato abituale, mentre l'istruzione rappresenterebbe un reato unisussistente, in quanto *uno actu perficitur*.

mezzi telematici e, quindi, nei confronti di soggetti che non si è in grado di stabilire se siano in grado apprendere realmente le istruzioni impartite»¹⁷⁹.

Il comportamento tipizzato all'interno dell'art. 270-*quinquies* c.p. si pone al confine con il mero esercizio di un diritto, in quanto non si connota né per la realizzazione di veri e propri atti preparatori, né per la sussistenza di un vincolo associativo. Si ingenera così un arretramento della soglia di rilevanza penale che pone difficoltà di inquadramento sistematico in relazione ad altre fattispecie di matrice terroristica e che, in considerazione della spiccata vocazione preventiva, rende arduo demarcare una linea di confine con lo spettro applicativo delle misure di prevenzione.

Dinanzi a questo quadro allarmante la giurisprudenza non è rimasta inerte ed ha tentato di ricondurre l'area di precettività della norma entro i margini di un'interpretazione costituzionalmente orientata¹⁸⁰. In tal senso si muove quel filone giurisprudenziale che esclude il rilievo penale della mera attività di informazione e di proselitismo in base alla quale non si consolida in chi riceve il messaggio un bagaglio tecnico sufficiente a preparare o usare armi, esplosivi o sostanze nocive o pericolose, o a compiere atti di violenza o di sabotaggio. Si tratta in tali circostanze di una condotta non qualificabile come insegnamento, ma come mera divulgazione o proposta ideologica (Cass. Pen., sez. I, n. 4433, 6 novembre 2013, *El Abboubi*)¹⁸¹.

Si è poi valorizzato come filtro tipizzante del fatto di reato l'elemento soggettivo, richiesto dalla fattispecie in termini di doppio dolo specifico, ossia la rappresentazione e la volontà di compiere atti di violenza o di sabotaggio dei servizi pubblici essenziali, introiettate nella finalità di terrorismo.

¹⁷⁹ Cass. Pen., sez. VI, n. 29670, 20 luglio 2011 (dep. 25 luglio 2011), Garouan, Pres. e Rel. De Roberto, in *Cass. pen.*, 2012, con nota di A. VALSECCHI, *L'accertamento del (doppio) dolo specifico nel reato di addestramento ad attività con finalità di terrorismo*.

¹⁸⁰ Così R. WENIN, *L'addestramento per finalità di terrorismo alla luce delle novità introdotte dal d.l. 7/2015*, in *Dip. pen. cont.*, 2015, p. 18: «quello che pare emergere nella lettura delle disposizioni in commento e nei successivi interventi ortopedici della giurisprudenza è uno sforzo per trovare un difficile equilibrio tra esigenze di tutela, volte ad estendere l'area punibilità a condotte prodromiche rispetto a gravi fatti di reato, e la salvaguardia di quei principi fondamentali caratterizzanti una società libera e che vincolano il ricorso allo strumento penale a un reale disvalore del fatto».

¹⁸¹ G. MARINUCCI, *Soggettivismo e oggettivismo*, cit., esemplificando avverte che «non potranno consistere nella mera fornitura di videocassette che riproducano, ad esempio, immagini di combattimenti in Cecenia o di attentati terroristici in Afganistan e/o in Iraq. Si dovrà trattare di realmente idonee a consentire l'esecuzione di attentati, e quindi, di informazioni di tecniche che consentano di riprodurre il compimento di simili azioni. Solo a queste condizioni si tratterà di informazioni sulle tecniche terroristiche capaci di permettere, a chi le riceve, la concreta esecuzione di atti terroristici, come quelli visti nelle videocassette».

Le finalità del soggetto agente, infatti, devono trascendere la dimensione puramente psicologica per riverberarsi in una “oggettiva idoneità della condotta concretamente posta in essere a cagionare l’offesa perseguita, contribuendo a così a “tipizzare” il fatto oggettivo di reato”¹⁸². In sostanza, la fattispecie viene qualificata come un reato di pericolo concreto per i beni giuridici tutelati e, di conseguenza, l’idoneità della condotta a realizzare un atto violento o sabotativo per finalità terroristiche assurge ad elemento indefettibile del fatto tipico.

Un enunciato interpretativo che è stato così sintetizzato dalla Cassazione nella sentenza Garouan del 2011: «*la finalizzazione dell’addestramento e dell’istruzione verso il compimento di atti di violenza ecc. postula, perché la fattispecie venga realizzata, l’idoneità del contatto a realizzare il risultato perseguito*»¹⁸³. Diretto corollario è che l’accertamento del pericolo richiede un giudizio di prognosi postuma da compiersi *ex ante* e in concreto, a base totale (secondo la dottrina maggioritaria).

Orbene, la dottrina e la giurisprudenza si sono spinte oltre, richiedendo un duplice requisito di idoneità degli atti compiuti rispetto al perseguimento degli scopi avuti di mira: pertanto, le informazioni devono essere idonee a consentire la commissione di atti a loro volta idonei al raggiungimento della finalità da qualificarsi terroristica in combinato disposto con l’art. 270 *sexies*¹⁸⁴.

La versione originaria della norma già prevedeva che la pena prevista per l’addestratore si applicasse in egual misura alla persona addestrata, tuttavia il congegno normativo era apparso inidoneo a fronteggiare le insidie di Daesh. Ragion per cui il d.l. n. 7/2015 ha operato una significativa interpolazione del dettato dell’art. 270 *quinquies* c.p., prevedendo come ipotesi delittuosa quello che è stato gergalmente definito “auto-addestramento”, *scilicet*: comportamenti “*univocamente finalizzati*” alla realizzazione di condotte terroristiche, che vengono realizzati dopo l’acquisizione delle istruzioni relative agli strumenti necessari per il perfezionamento delle suddette attività.

¹⁸² R. WENIN, *op. ult. cit.*, p. 21.

¹⁸³ Giova, comunque, segnalare che in una pronuncia coeva Cass. Pen., sez. I, n. 382220, 12 luglio 2011, Korchi, ha qualificato il delitto in commento quale fattispecie a dolo generico, considerando il compimento degli atti di violenza o di sabotaggio come una nota modale della condotta: «*atteso che la finalità di terrorismo menzionata nella disposizione de qua vale a connotare gli atti di violenza e di sabotaggio di servizi pubblici, così come è dato desumere dalla lettera della disposizione e dall’argomento sistematico desumibile Atti Camera, C-2893, Relazione dal successivo articolo 270 quinquies*».

¹⁸⁴ A. VALSECCHI, *op. cit.*

Per comprendere la *ratio* della novella è sufficiente rievocare le parole formulate dal legislatore nella Relazione introduttiva¹⁸⁵: «in tal modo viene estesa l'area della punibilità anche ai terroristi che operano sganciati da sodalizi e da organizzazioni (cosiddetto lupo solitario), soluzione questa perseguita anche in altri Paesi europei, quali la Francia, dove è stata resa perseguibile la fattispecie di impresa terroristica individuale».

Secondo taluni commentatori¹⁸⁶, il lemma “auto-addestramento” è improprio, in quanto la norma va a sanzionare un presupposto della condotta (l'apprendimento di istruzioni) che è altro rispetto all'addestramento, sostanziandosi in una situazione monosoggettiva; ma soprattutto perché lo stesso è punito non come un contegno dotato di autonomo rilievo penale, bensì come mero presupposto della condotta consistente nei comportamenti univocamente finalizzati alla realizzazione di attività terroristiche.

Il legislatore ha specificato che l'acquisizione può avvenire “*anche autonomamente*”, così permettendo di condannare sia chi ricerca di propria sponte le istruzioni strategiche, sia chi è coinvolto in un circuito informativo (si pensi ai forum creati da al-Qaeda e alle innumerevoli piattaforme virtuali di Daesh)¹⁸⁷.

I principali profili critici hanno riguardato la scelta semantica del sostantivo «*comportamenti*», censurato per l'assoluta indeterminatezza e l'inattitudine a selezionare le condotte materiali tipiche. A ben vedere, ciò che aveva destato maggior scalpore, all'indomani della pubblicazione del decreto-legge, era la menzione dei comportamenti *sic et simpliciter*, poiché ciò avrebbe costituito il *maquillage* per contestare condotte scevre di offensività e ordinate esclusivamente sulla pericolosità del soggetto.

In sede di conversione è stato, però, inserito l'avverbio «*univocamente*» con la funzione di circoscrivere il precetto penale ai soli comportamenti che presentino una «prossimità spaziale e temporale alla consumazione del reato»¹⁸⁸.

¹⁸⁵ Atti Camera, C-2893, Relazione, p. 6.

¹⁸⁶ F. FASANI, *op. cit.*, pp. 362 ss.

¹⁸⁷ Sotto il vigore del precedente, che puniva solo la persona addestrata, colui che apprendeva, invece, istruzioni nell'ambito di un contesto informativo plurisoggettivo andava esente da pena.

¹⁸⁸ S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, Milano, 2012. Tuttavia, F. FASANI, *op. cit.*, evidenzia l'incongruenza sistematica del risultato raggiunto, poiché «una volta deciso di punire, nella sostanza, gli atti univocamente diretti alla realizzazione delle condotte con finalità di terrorismo ex art. 270-sexies c.p., sarebbe stato molto più logico introdurre una fattispecie di *terrorismo individuale* analoga a quella presente in altri ordinamenti, che punisca (tutti) gli atti con finalità di terrorismo ex art. 270-sexies c.p., compiuti anche da singoli individui. In questo modo l'ordinaria disciplina del tentativo avrebbe poi spiegato i suoi consueti effetti, creando un sistema ordinato e razionale».

La politica di rigore del decreto Pisanu si è, poi, riverberata sulla portata di un tradizionale reato di opinione quale è l'istigazione a delinquere di cui all'art. 414 c.p., con l'obiettivo di corroborare la repressione avverso l'opera di proselitismo portata avanti dalle organizzazioni *jihadiste*. La disposizione si è così arricchita di un nuovo comma, che prevede come circostanza aggravante il caso in cui l'istigazione "pubblica" o l'apologia riguardi delitti di terrorismo o crimini contro l'umanità.

La pervasività del *cyberterrorismo* ha richiesto di affinare il congegno normativo, adeguandolo agli sviluppi criminologici compiuti da Daesh nel sapiente uso dell'ICT ai fini propagandistici. Da siffatta premessa è discesa un'importante innovazione ad opera del d.l. n. 7/2015, che ha previsto l'uso di strumenti informatici e telematici quale circostanza aggravante speciale delle condotte di addestramento, di istigazione (sia privata che pubblica) e apologia. Il tema sarà approfondito nei successivi capitoli.

L'ultimo intervento interpolativo risale invece al 2016 e si è esplicato nell'introduzione del reato di finanziamento di condotte con finalità di terrorismo (art. 270 *quinquies*¹) e di sottrazione di beni sottoposti a sequestro (art. 270 *quinquies*²).

6.2.1. Una norma di chiusura che apre a nuovi problemi

Con l'introduzione dell'art. 270 *sexies* c.p. ad opera del d.l. 27 luglio 2005, n. 144 l'ordinamento interno nella sua normativa *counter-terrorism* è stato confortato da una nozione generale delle condotte con finalità di terrorismo, che nelle intenzioni del legislatore avrebbe dovuto definire compiutamente il significato della finalità di terrorismo (introdotta per la prima volta nel 1978 con il sequestro di persona a scopo di terrorismo), in quanto fulcro delle incriminazioni dianzi analizzate. Si ricava una conferma di tale aspirazione da una scorsa dell'articolo, che esordisce, appunto, con "*sono considerate con finalità di terrorismo*", rendendo così intellegibile che quest'ultima emerge come elemento monofocale del costruito normativo.

La definizione elaborata ha mutuato i tratti essenziali e buona parte della dizione testuale dall'art. 2 della decisione quadro 2002/475/GAI, ma con una rilevante differenza: l'operatività della disposizione comunitaria è demarcata da un elenco tassativo di atti terroristici, mentre quella codicistica, se letta in combinato disposto con l'art. 270 *bis*¹ (in surroga dell'art. 1 della l. n. 15/1980), può estendersi a qualsiasi condotta illecita¹⁸⁹.

¹⁸⁹ C.F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Quest. giust.*, 2006, riconduce la definizione ad un sistema a doppia tipizzazione, in quanto si tratta di una qualificazione di secondo livello rispetto a condotte che *ex se* costituiscono reato. Per V. MASARONE, *op.*

Nel merito, la norma *de quo* enuclea due elementi tipizzanti: uno di natura oggettiva, che si esplica nella attitudine delle condotte ad arrecare grave danno a un Paese o a un'organizzazione internazionale «*per la loro natura o contesto*»; mentre l'altro di natura soggettiva corrisponde al dolo specifico alternativo: a) «*allo scopo di intimidire la popolazione*», b) «*o costringere i poteri pubblici o un'organizzazione internazionale a compiere o astenersi dal compiere un qualsiasi atto*», c) «*o destabilizzare o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche e sociali di un Paese o di un'organizzazione internazionale*».

Per quel che pertiene al referente oggettivo, la dottrina ha censurato la vaghezza della norma (“gigantismo”), che non qualifica il danno al di là del requisito della gravità¹⁹⁰ e – cosa ancor più dirimente – lascia nel dubbio se la potenzialità del nocumento vada concepita in termini di possibilità o di probabilità dell'evento dannoso¹⁹¹. Ad ogni modo, ciò che risalta maggiormente è l'assenza di un riferimento alla violenza, generalmente inteso quale comune denominatore che sostanzia il metodo della paura e che si rinviene fra gli elementi costitutivi della maggior parte dei delitti terroristici (v. *infra*).

Sebbene vi sia stato un tentativo di recuperare siffatto requisito attraverso un'interpretazione conforme alla decisione quadro del 2002, la caratterizzazione violenta delle condotte terroristiche riaffiora comunque in virtù dell'integrazione del fatto tipico descritto dalle singole fattispecie incriminatrici, in cui la violenza, anche in modo implicito, figura sempre. Si pensi, ad esempio, all'addestramento di un lupo solitario per

cit., lo sganciamento dal legame con fatti determinati si traduce nell'accentuare il «carattere marcatamente soggettivizzante già riscontrabile nella nozione europea e gravemente problematico sul piano dell'offensività». Tuttavia, ci pare opportuno ribadire l'asimmetria di base che vige fra la disposizione domestica e quella europea: la prima è vocata ad un ruolo ancillare rispetto ad ipotesi delittuose già tipizzate, intervenendo in funzione integratrice dell'aspetto soggettivo-finalistico; mentre la norma contenuta nella decisione quadro tende ad elaborare una nozione unitaria e omnicomprensiva di reato terroristico.

¹⁹⁰ A. VALSECCHI, *op. cit.*, pp. 1968-69, sul requisito della gravità del danno ha posto in luce alcune problematiche: «se nel caso dell'omicidio di un importante uomo politico [...] tale requisito sembra facilmente riscontrabile, in ragione dell'immediata ricaduta del fatto sul governo dell'intero Paese, con conseguente grave danno per lo stesso, più arduo è sostenere che la distruzione di un edificio pubblico, ad esempio, rappresenti un grave danno per un Paese, tenuto conto delle possibilità economiche di cui dispone lo Stato, oltre che della possibilità di utilizzare strutture sostitutive. Anche rispetto alla lesione all'integrità fisica o addirittura, alla morte di comuni cittadini potrebbero sorgere dubbi in tal senso...».

¹⁹¹ M. PELISSERO, *op. ult. cit.*, bolla come una «superfetazione legislativa non necessaria» la richiesta valutazione della pericolosità in base al contesto e alla natura delle condotte. Di diverso avviso Cass. Pen., sez. VI; n. 28009, 15 maggio 2014, nella parte in cui ha precisato che il riferimento al contesto consente di dar rilievo al pericolo del “grave danno” anche quando non dipende dalla singola condotta, ma discenda dall'inserimento di essa in una più ampia serie causale, che può sfuggire al dominio dell'agente.

compiere un attacco armato in una città europea, al fine di indurre il governo di quel Paese a ritirare il contingente militare impegnato in Siria contro i miliziani dell'IS.

Le conseguenze della pretermissione del connotato della violenza si riverbererebbero solo in via residuale sull'applicazione della circostanza aggravante ex art. 270 *bis*¹ comma primo c.p., laddove essa si vada ad innestare su un contegno illecito, da questo punto di vista, "neutro" (*id est*: fatti non violenti che rivestono le altre qualità richieste dalla norma).

Invero, non può disconoscersi che le criticità maggiori poste da siffatta norma definitoria vanno ricercate su un altro fronte, ovvero sia sull'individuazione di un equilibrio fra la componente soggettiva (pregnante) e quella oggettiva (vaga) della fattispecie, che a sua volta riflette il bilanciamento fra l'istanza securitaria di fondo, la *salus rei publicae*, e l'osservanza delle garanzie penalistiche. La spada di Damocle che pende sull'interprete prende perciò forma nell'interrogativo se l'intensità del dolo possa colmare il difetto di offensività di una condotta che promana da un soggetto socialmente pericoloso.

Sul punto pervengono indicazioni rassicuranti dalla giurisprudenza di legittimità. E' stato, infatti, puntualizzato che per integrare la finalità di terrorismo non basta l'intenzione dell'agente di arrecare un grave danno, ma è necessario che la sua condotta inveri la possibilità concreta «*per la sua natura e il contesto obiettivo dell'azione, nonché degli strumenti di aggressione in concreto utilizzati, che esso si verifichi, nei termini di un reale impatto sulla popolazione, tale da ripercuotersi sulle condizioni di vita e sulla sicurezza dell'intera collettività*»¹⁹², atteso che solo in siffatte circostanze un Paese può realmente vedere coartato il proprio *spatium deliberandi*.

L'apprezzabile sforzo ermeneutico, compiuto attraverso l'emersione del requisito dell'idoneità della condotta allo scopo prefissato (pericolo concreto), ha posto un argine alla potenziale deriva soggettivista di punire l'autore di una violazione non per il fatto che ha commesso, ma per le riprovevoli intenzioni che ha serbato.

La premessa da cui ha preso le mosse la Cassazione è nella constatazione che l'art. 270 *sexies* c.p. presenta una struttura composita, che unisce a una descrizione pregnante delle finalità anche elementi obiettivi, sintomatici della offensività dei fatti posti in concreto.

¹⁹² Cass. Pen., sez. I, 47479, 16 luglio 2015: nel caso di specie, la Corte ha escluso la sussistenza della finalità di terrorismo negli episodi di danneggiamento ai cantieri del TAV, ritenendo che gli atti commessi non fossero in concreto idonei a costringere i pubblici poteri a rinunciare alla realizzazione dell'opera infrastrutturale, né avessero l'idoneità ad arrecare un grave danno al Paese.

Di conseguenza, il finalismo soggettivo deve tradursi in un'azione materiale fondatamente idonea a raggiungere lo scopo avuto di mira, così arrecando un grave danno a un'entità metaindividuale; è evidente che si ricorre in tal modo al paradigma dell'evento di pericolo concreto, da valutarsi mediante un giudizio di prognosi postuma, il quale valorizzi specialmente la natura della condotta e il contesto in cui si inserisce.

Il referente soggettivo della fattispecie è rappresentato dal dolo specifico alternativo con una formula che riproduce pedissequamente quella contenuta nella decisione quadro sopracitata. La prima finalità, ossia quella di intimidire una parte della popolazione, si esplica nel far dilagare il terrore attraverso una violenza indiscriminata, così da ingenerare sfiducia verso lo Stato e indebolirne le istituzioni, al punto che la collettività «*senta menomata la propria aspettativa di vita in condizioni di libertà e sicurezza*»¹⁹³. Tale scelta normativa è intimamente connessa alla considerazione criminologica che ha scorto nella “depersonalizzazione della vittima” il principale connotato ontico del terrorismo internazionale.

La seconda finalità si connota, invece, per una coloritura *lato sensu* estorsiva; secondo l'interpretazione giurisprudenziale, si deve ritenere che il mero fine di condizionamento sugli indirizzi governativi sia inidoneo a selezionare le condotte con finalità terroristica¹⁹⁴, atteso che deve trattarsi, per converso, di un «*affare particolarmente rilevante, capace di influenzare le condizioni della vita associata, per il suo oggetto o per l'implicazione che ne deriva in punto di “tenuta” delle attribuzioni costituzionali*» (così la Cassazione nel caso ‘No TAV’).

L'ultimo scopo, che recepisce il *quid pluris* introdotto dal provvedimento comunitario rispetto alla definizione elaborata dalla Convenzione di New York del 1999, concreta una finalità propriamente eversiva, che assorbe quella terroristica. In tal modo il legislatore ha operato una netta scelta di campo, affrancandosi dall'orientamento prevalente, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, che si era consolidato sul previgente art. 270 *bis* c.p. nel senso di discriminare la finalità di terrorismo da quella di eversione. L'art. 270 *sexies*

¹⁹³ V. sentenza della Cass. di cui alla nota 186. Si apprezza una sostanziale continuità fra il concetto di «spargimento del panico tra la popolazione», individuato dalla giurisprudenza più risalente, e la grave intimidazione della popolazione.

¹⁹⁴ Sul punto P. SILVESTRI, *op. cit.*, p. 276.

consente, dunque, di intercettare quei disegni eversivi elaborati per nuocere a Stati stranieri ovvero a organizzazioni internazionali¹⁹⁵.

La seconda parte della disposizione in commento estende la portata definitoria alle «*altre condotte definite terroristiche o commesse con finalità di terrorismo da convenzioni o altre norme di diritto internazionali vincolanti per l'Italia*».

Si tratta di una *blanket provision*¹⁹⁶ che attraverso la definizione in bianco in essa contenuta consente un rinvio dinamico alle fonti sovranazionali vincolanti per l'Italia in punto di definizione del terrorismo, con la conseguente e automatica ricezione delle stesse nell'ordinamento italiano¹⁹⁷.

È innegabile che tale clausola di chiusura pone un serio problema di compatibilità con il principio di legalità *sub specie* di riserva di legge e di determinatezza, attesa la potenziale proliferazione dei referenti formali di definizioni degli atti terroristici, che possono porsi in contrasto fra loro ovvero con la nozione tipizzata nella prima parte della norma.

Non giova, poi, la circostanza che la nozione di terrorismo è da tempo immemore al centro di un tormentato dibattito internazionale circa la sua portata ed essenza ultima e, come immediata conseguenza, le norme sovranazionali si sono astenute dall'enucleare una nozione generale di terrorismo, limitandosi a enumerare comportamenti ritenuti *ipso iure* di matrice terroristica; il che rende ancora più arduo un adeguamento dell'ordinamento interno che sia ossequioso dei precetti costituzionali qui in rilievo e susseguente ad una valutazione "critica" da parte del legislatore nazionale.

In una prospettiva di interpretazione sistematica occorre svolgere alcune considerazioni. Primo rilievo. Attraverso la clausola finale viene resa pienamente vigente la definizione di terrorismo contenuta nella Convenzione di New York del 1999 (a cui si è data formale esecuzione con la l. n. 7 del 2003) relativamente ai gravi fatti avvenuti in una «*situazione di conflitto armato*».

¹⁹⁵ G. SALVINI, *L'associazione finalizzata al terrorismo: problemi di definizione e prova della finalità terroristica*, in *Cass. pen.*, 2006, arguisce che tale estensione applicativa chiamerebbe il sistema della giustizia penale italiano a svolgere il «ruolo inedito di tutore dell'ordine pubblico-istituzionale mondiale anche nei suoi aspetti peggiori».

¹⁹⁶ H. SATZGER, *International and European Criminal Law*, 2012.

¹⁹⁷ Si deve, tuttavia, precisare che non è ben chiara la valenza del requisito della vincolatività degli atti internazionali per l'ordinamento italiano: in particolare, è controverso se debba essere inteso come necessità dell'attuazione degli obblighi internazionali con una norma interna ovvero come strumento di adeguamento automatico dell'ordinamento nazionale a quello sovranazionale (tesi a cui si è inteso aderire). Per M. PELISSERO, *op. ult. cit.*, è preferibile la prima tesi, in quanto non sacrifica il principio di legalità, anche se finisce per svalutare la portata innovativa della disposizione.

In prima approssimazione si potrebbe concludere che il quadro definitorio domestico è agevolmente definibile nei seguenti termini: laddove si tratti di atti terroristici che avvengano in un contesto bellico e a danno di soggetti estranei all'ostilità, deve farsi riferimento all'art. 2 della c.d. Convenzione *financing*; in tutti gli altri casi opera il disposto della prima parte dell'art. 270 *sexies* c.p., il quale non distingue circa lo *status* della vittima e prevede altresì una finalità propriamente eversiva.

Tuttavia, si distende una zona di penombra fra gli atti terroristici di matrice bellica e quelle forme di resistenza e di guerriglia, che hanno di mira anche obiettivi militari, i cui confini risultano incerti da definire.

Dopo notevoli oscillazioni giurisprudenziali, la Cassazione sembra aver raggiunto un punto di equilibrio, discernendo tre situazioni fattuali che possono essere contemplate in un contesto non pacifico: a) se l'atto violento è intenzionalmente rivolto contro civili od ogni altra persona che non partecipa alle ostilità, ha il crisma dell'atto terroristico; b) se viene indirizzato contro obiettivi militari, trovano applicazione le norme del diritto internazionale pattizio in materia di conflitti armati e quello umanitario; c) sono atti terroristici anche quelle manifestazioni di violenza compiute nel contesto di un conflitto armato e rivolte contro un obiettivo militare «*quando le peculiari e concrete situazioni facciano apparire certe ed inevitabili le gravi conseguenze in danno della vita e dell'incolumità fisica della popolazione civile, contribuendo a diffondere nella collettività paura e panico*» (Cass. Pen., sez. V, n. 394545, *Ciise Maxamad*).

La riconduzione di un atto efferato *sub specie iuris* terroristica richiede di sciogliere un ulteriore nodo in ordine alla sua autoria: secondo l'opinione pressoché unanime, fedele alle fonti sovranazionali in materia, non possono essere soggetti attivi i combattenti legittimi, le cui condotte vengono disciplinate *tout court* dal diritto umanitario.

La seconda considerazione finale attiene alle questioni di diritto intertemporale. L'art. 270 *sexies* c.p. ha introdotto, infatti, nell'ordinamento interno una definizione nuova che, integrando le fattispecie in cui la finalità di terrorismo figura come elemento costitutivo ovvero circostanziale, determina un'estensione dell'area precettiva delle stesse in virtù della previsione della finalità eversiva anche nei confronti di un ordinamento estero (inedita rispetto alle previgenti fonti sovranazionali), nonché un arricchimento del fatto tipico con la richiesta potenzialità di un grave danno. In tal modo si è verificato un fenomeno di successione di leggi *ex art. 2 c.p.*, con l'ineffettibile conseguenza che la

norma in commento può essere applicata ai soli fatti avvenuti dopo la sua entrata in vigore¹⁹⁸.

Tuttavia, il rilievo maggiormente critico investe la “tenuta” costituzionale della norma nella sua parte finale, specialmente se proiettata nella funzione integrativa delle altre fattispecie incriminatrici. È vero che non può sottacersi il pregio sistematico - sul quale ha avuto un ruolo chiave il diritto vivente - offerto dall'accertamento di pericolosità che, connaturato altresì al dolo specifico, va a innestarsi su tutte le fattispecie antiterroristiche, rendendo più oculata la selezione dei fatti penalmente rilevanti. Ma l'elaborazione di una definizione c.d. aperta nel secondo periodo della disposizione tende a vanificare il mirabile tentativo di garantire una lettura delle incriminazioni *de quibus* conforme ai canoni di materialità e offensività, laddove consente il recepimento di disposizioni sovranazionali in tal senso carenti, e, soprattutto, crea uno iato incolmabile rispetto al principio della *lex certa*.

Parimenti, una costruzione definitoria connotata da una significativa pregnanza soggettiva può costituire il grimaldello per enfatizzare la logica autoriale, così polarizzando lo stigma penale sulla direzione volontaria dell'azione (*Intentionsunwert*), con la conseguente eventualità di sanzionare condotte *ex se* neutre ovvero poste a uno stadio remoto dall'effettiva messa in pericolo o lesione del bene giuridico tutelato; di talché si ripropone il rischio di una deriva soggettivista verso il diritto penale d'autore (*rectius*: del nemico)¹⁹⁹, che campeggia come una sorta di *leitmotiv* nell'intera normativa antiterrorismo.

A mo' di conclusione si noti che, per eterogenesi dei fini, quella che era stata concepita dal legislatore come una norma di chiusura, la quale avrebbe dovuto offrire una compiuta soluzione ai contrasti dottrinali e giurisprudenziali, nonché intercettare l'*ubi consistam* delle varie fattispecie incriminatrici che concorrono a delineare il sottosistema domestico di *counter-terrorism*, ha finito per dare adito a nuovi e spinosi problemi interpretativi.

¹⁹⁸ M. PELISSERO, *op. ult. cit.*, p. 182, propone una lettura parcellizzata, ritenendo che il principio di irretroattività debba essere applicato ai fatti eversivi di un ordinamento straniero, rispetto ai quali la norma ha effettivamente determinato un ampliamento della definizione. Ma «quanto ai fatti eversivi dell'ordinamento costituzionale, l'art. 270 sexies non estende l'aria di rilevanza penale, considerato che se ora la finalità eversiva costituisca una delle modalità di quella terroristica, prima del 2005 era comunque prevista in alternativa».

¹⁹⁹ Così N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale. L'illecito commissivo doloso e colposo*, Milano, 1983: “un illecito penale a carattere “personale”, ove sembra assumere un ruolo predominante la figura dell'autore anche (e soprattutto) per quanto egli - in virtù della sua specifica *intenzione* - rappresenta al di là del fatto costituente reato”.

7. L'anticipazione della tutela penale e il paradigma dei reati d'opinione con finalità terroristiche

Dall'analisi sommaria delle fattispecie penali destinate al contrasto del terrorismo internazionale emerge un dato inconfutabile: la strategia eletta dall'ordinamento interno, in conformità agli indirizzi promananti dagli organismi sovranazionali, si fonda sulla *prevenzione*, intesa come l'esperimento di strumenti di diritto sostanziale volti alla individuazione e alla neutralizzazione dei terroristi, anche solo potenziali, prima del compimento dei mega-eventi di natura stragistica.

Nella legislazione penale della "perenne emergenza" possono individuarsi due stadi della prevenzione, distinguendo a seconda dell'evento naturalistico che si intende inibire.

In un primo stadio l'attenzione normativa è stata focalizzata sulla prevenzione dell'evento 'attentato terroristico', emblematico del parossismo della criminalità estremistica. Funzionale a tale obiettivo si è rivelata essere già *prima facie* la fattispecie associativa, atteso che il suo modello ascrittivo consente di punire il soggetto agente in ragione dell'inserimento all'interno di una struttura organizzativa – che si presenta come il centro propulsivo della futura commissione di atti violenti con finalità terroristica – senza, però, rilevare il suo coinvolgimento in un precipuo reato-scopo ai fini dell'integrazione del reato associativo.

La *ratio* si esprime, dunque, nella volontà di neutralizzare *ab origine* la fonte del pericolo di un atto terroristico, maturata dalla considerazione criminologica che la serie causale capace di produrre il risultato (da prevenire) ha innesco nella mera presenza di un soggetto aggregativo, idoneo a essere propulsore del compimento di atti di violenza con finalità terroristica.

A partire dai mesti eventi del 2005 si è imposto un cambio di paradigma nella strategia preventiva, concretizzatosi nella massiccia incriminazione degli atti preparatori (i c.d. *délits obstacle*)²⁰⁰ da cui è disceso un significativo arretramento della soglia di punibilità

²⁰⁰ F. VIGANO', *Il controllo della Corte costituzionale sulle misure antiterrorismo*, Albi, 28 settembre 2018, consultabile sul sito web www.cortecostituzionale.it, evidenza che "la funzione principale di tali norme non è tanto quella di punire il soggetto per ciò che ha già commesso, quanto piuttosto quella di consentire alla polizia di arrestarlo tempestivamente, così da impedirgli fisicamente di porre in essere i proprio intenti criminosi, o comunque di interrompere tempestivamente i piani criminosi dei quali egli sia parte assieme ad altri soggetti".

in relazione a condotte distanti da una situazione di esposizione a pericolo o di lesione del bene giuridico²⁰¹ e, per converso, caratterizzate da “un oggettivo conflitto d’interessi”²⁰² rispetto a esso.

Le peculiarità dello jihadismo, che si struttura su un *network* di cellule operative a livello planetario e alimenta i circuiti dello spontaneismo e l’inarrestabile macchina propagandistica, hanno indotto il legislatore a collocare la soglia della tutela penale ancor prima dell’instaurarsi del vincolo associativo (non è fortuito che tutte le disposizioni interpolate contengano la clausola di riserva «*fuori dai casi di cui all’art. 270 bis*»²⁰³). Una siffatta opzione di politica criminale ha avuto come diretto corollario la possibilità di intercettare condotte, anche di tipo monosoggettivo (ad esempio, il c.d. auto-addestramento), apparentemente neutre, ma strumentali ad un disegno criminoso ben più ampio, che conferisce alle stesse tensione finalistica e, quindi, autonomo disvalore.

Le fattispecie antiterroristiche di più recente conio sono ordinate su un «nuovo paradigma anticipatorio del tutto peculiare che assembla insieme condotte preparatorie rispetto ad una finalità criminosa del tutto generica»²⁰⁴, in quanto non orientate alla commissione di un determinato fatto criminoso, così rispondendo a una logica marcatamente emergenziale. Si tratta di un risultato che è stato reso possibile dalla tecnica legislativa consistente nella descrizione di condotte sceve di un’intrinseca antiggiuridicità in senso oggettivo e nel ricorso alla subiettivizzazione della fattispecie incriminatrice, la cui ragion

²⁰¹ V. NARDI, *La punibilità dell’istigazione nel contrasto al terrorismo internazionale*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 1, p. 117, avverte che l’autonoma punibilità degli atti preparatori si pone in deroga alle regole generali, quali ad esempio quelle di cui all’art. 115 c.p., ai principi di offensività e materialità.

²⁰² L. PICOTTI, *op. ult. cit.*

²⁰³ M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3561 secondo cui alla base dell’attuale normativa antiterrorismo vi è “l’esigenza di una risposta preventiva accentuata, che controlli alla radice le fonti di rischio, piuttosto che i pericoli concreti”.

²⁰⁴ R. BARTOLI, *Le nuove emergenze terroristiche: il difficile rapporto tra esigenze di tutela e garanzie individuali*, cit., p. 64. Argomenta l’assunto sopracitato, osservando che le nuove fattispecie si caratterizzano «per non essere riconducibili né all’associazione [...]; né a veri e propri atti preparatori, perché [...] devono essere sorrette dalla duplice finalità “finale” e “strumentale” tipica dell’associazione terroristica (tutte le nuove fattispecie fanno riferimento all’art. 270-*sexies*) ...». Secondo l’A., se si analizzasse siffatte fattispecie in una prospettiva di “normalità”, esse risulterebbero gravemente lesive dei principi di offensività e ragionevolezza. Ma «se si ragiona in termini di “emergenza”, si può ritenere che queste fattispecie abbiano una loro plausibilità, anche perché rispetto al rischio di attentati si è venuta affermando ormai, anche a livello internazionale, una logica a “rischio zero” [...] ci troviamo in presenza della massima anticipazione oltre la quale non è possibile andare». Deve segnalarsi sin d’ora che sull’asseverata ragionevolezza della più recente normativa antiterrorismo vi registrano opinioni diametralmente opposte.

d'essere ha finito per concentrarsi sulla finalità di terrorismo, tipizzata attraverso il dolo specifico.

La formulazione dettagliata del dolo specifico, che esprime la finalizzazione teleologica impressa dal soggetto agente alla condotta, è valorizzata dagli interpreti come un elemento tipizzante della fattispecie oggettiva, con l'effetto di riportare all'interno del precetto penale la necessaria (e armonica) corrispondenza fra gli elementi soggettivi e quelli oggettivi. In tale ottica va posto in primo piano il nesso teleologico con cui si avvince lo scopo tipico e il fatto-base, il quale deve atteggiarsi, in concreto, come manifestazione esteriorizzante del primo.

Per comprendere la peculiare funzione garantista del dolo specifico nella costruzione di una fattispecie incriminatrice fondata su una condotta "neutrale" ci pare illuminante rievocare le parole di un Maestro del diritto penale, allorché giustificava con un'argomentazione ad ampio respiro la legittimità di tale opzione normativa: «in quanto si postuli un'idoneità lesiva del fatto rispetto a quell'interesse del quale è sintomatico, il dolo specifico, ossia un obiettivo tendere dell'azione, una sua oggettiva adeguatezza alla produzione dell'evento lesivo posto dall'agente nel fuoco dell'intenzione ed espressione dell'interesse tutelato»²⁰⁵.

Così argomentando, la proiezione "ulteriore" rispetto al momento consumativo del reato, a cui il fine tipico intensamente tende, involve un elemento "oggettivabile" rappresentato da quello che la dottrina tedesca ha definito come un «evento tagliato», la cui concreta verifica non è richiesta per il perfezionamento dell'ipotesi delittuosa, ovvero da un secondo atto «c.d. incompiuto», di cui la legge non richiede che sia materialmente realizzato e per il quale, comunque, sarebbe necessaria un'ulteriore spinta volitiva da parte del soggetto agente o di terzi²⁰⁶.

²⁰⁵ F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, XIX, 1973, p. 87. Secondo la definizione di G. DELITALA, *Il "fatto" nella teoria generale del reato*, 1930, i reati a dolo specifico sono reati di pericolo con dolo di danno. «In questi reati mentre la volontà deve essere indirizzata a produrre un'effettiva lesione, il fatto è completo non appena si verifica l'esposizione a pericolo dell'interesse tutelato», così L. ZIMMERL, *Zur Lehre vom Tatbestand*, 1928, p. 40, citato da G. MARINUCCI, *op. ult. cit.*, il quale afferma che si tratta di una lettura interpretativa caldeggiata dalla prevalente dottrina, avvalorata dalla giurisprudenza italiana, «che ha trovato nel principio costituzionale di offensività il saldo baluardo che impedisce al legislatore e all'interprete di trasformare il diritto penale italiano [...] in una sorta di *Gesinnungspolizei*: in un distruttivo strumento di controllo dei cattivi pensieri!».

²⁰⁶ Così L. PICOTTI, *op. ult. cit.*, p. 255. L'A. afferma che il fine esprime normativamente «ciò che soddisferebbe, se realizzato, l'interesse "di parte" perseguito dall'agente, che ne determina la decisione d'agire ponendo in essere, come mezzo, l'atto o fatto-base tipizzato dal legislatore. Questo offende il bene giuridico protetto, proprio in quanto sia mosso o, meglio, diretto a realizzare detto interesse "di parte" contrapposto al bene giuridico o, comunque, disapprovato dall'ordinamento».

Si badi, però, che in entrambe le circostanze l'oggetto del fine non può essere assimilato all'evento di un delitto non consumato, proprio perché è legato al "fatto" materiale da un nesso teleologico e non già eziologico. Parimenti l'idoneità offensiva della condotta allo scopo da conseguire non è da intendersi nella accezione causale di probabilità naturalistica di verificazione dell'evento o dell'ulteriore atto, bensì come fattore di determinazione del tipo di conflitto oggettivo di interessi e, dunque, del connotato essenziale dell'offesa al bene giuridico tutelato.

Di conseguenza, taluni commentatori propongono di parcellizzare il momento consumativo del reato terroristico distinguendo un momento formale, coincidente con il perfezionamento del fatto base dedotto dalla singola disposizione penale (ad esempio, la diffusione delle istruzioni per realizzare un ordigno rilevante *ex art. 270 quinquies c.p.*), da una c.d. consumazione materiale, che si sostanzia nella realizzazione della finalità dell'agente, così delineando il contenuto ultimo dell'offesa²⁰⁷ (restando all'esempio di prima, il consolidamento del bagaglio informativo nel soggetto ricevente le istruzioni per realizzare un ordigno da far esplodere in un luogo pubblico in nome del Califfato e gli atti ad esso pertinenti e consequenziali).

Si tratta, in definitiva, di una lettura oggettivista del dolo specifico, sostenuta da un orientamento ormai maggioritario in dottrina e giurisprudenza, in virtù della quale è fatto obbligo all'interprete di verificare la concreta idoneità delle condotte rispetto alla finalità prevista dal legislatore. E, poiché la quasi totalità dei delitti di terrorismo presenta una struttura a dolo specifico (fanno eccezione i soli delitti di istigazione e apologia), siffatto approccio ermeneutico può essere generalizzato in termini vevoli per l'intero sottosistema di tutela penale.

«Solo se reinterpretati nei termini qui abbozzati, le incriminazioni di atti preparatori previste dalla normativa antiterroristica possono a mala pena avere diritto di cittadinanza nella cornice della nostra Costituzione»²⁰⁸, così distanziandosi sia dal soggettivismo del

²⁰⁷ *Ibidem.*

²⁰⁸ G. MARINUCCI, *op. cit.*, p. 17. Sulla stessa scia L. PICOTTI, *op. ult. cit.*, laddove sostiene che la legittimità dell'anticipazione della tutela penale in relazione ad atti lontani dalla realizzazione materiale delle finalità terroristiche e dagli eventi stragistici dipende dalla «concreta e precisa formulazione del *nesso* mezzo-fine, attraverso cui la predetta anticipazione del momento consumativo si concreta nelle diverse fattispecie. Nesso che deve consentire di individuare con chiarezza il *conflitto* innescato dagli atti, o fatti-base, oggettivamente tipizzati, con gli interessi protetti, senza dare spazio alla dimensione meramente soggettiva delle intenzioni interiori, aspirazioni e finanche false rappresentazione od "illusioni" dell'agente».

diritto penale dell'atteggiamento interiore sia dal modello schiettamente preventivo del diritto penale della pericolosità sociale.

Declinando il tema generale dell'autonoma punibilità degli atti preparatori in una prospettiva storica, giova osservare che la previsione di fattispecie incriminatrici di condotte lontane dalle manifestazioni recrudescenti della fenomenologia terroristica rappresenta l'espressione più moderna di una forma classica di tutela, che è intrinseca al diritto penale politico²⁰⁹ e si contraddistingue per una manifesta matrice di tipo preventivo. Traliziamente la strategia repressiva dei delitti contro la personalità dello Stato è stata, infatti, confortata dall'anticipazione della soglia di tutela penale attraverso il considerevole ricorso ai delitti di attentato, ai reati associativi, ai reati di istigazione (sia pubblica che privata) e di accordo in deroga all'art. 115 c.p., alla incriminazione dell'apologia di delitto e, più in generale, della propaganda.

Tuttavia, con l'entrata in vigore della Carta costituzionale l'impianto dogmatico dei delitti di attentato²¹⁰ ha subito un profondo ripensamento, indotto dalla necessità di un'esegesi conforme ai principi costituzionali in punto di bilanciamento fra la *salus rei publicae* e le garanzie individuali, due interessi meritevoli di tutela che «lungi dal contrapporsi, si compenetrano, in quanto la tutela dell'ordinamento democratico-costituzionale passa anche attraverso il riconoscimento di diritti e libertà, a meno di non accogliere una pericolosa nozione di democrazia protetta»²¹¹.

Ne sono discese due conseguenze intimamente connesse fra loro: la prima viene inferita dalla constatazione che, a dettato normativo formalmente invariato, i delitti di attentato sono stati interpretati, sotto l'egida del principio di offensività, come reati ad evento pericoloso e nel senso di limitare la punibilità ai solo atti esecutivi, con esclusione di quelli preparatori²¹². Tuttavia, a fronte della contrazione del raggio d'azione dei delitti di

²⁰⁹ M. PELISSERO, *Contrasto al terrorismo internazionale e il diritto penale al limite*, in *Quest. giust.*, 2016.

²¹⁰ La Relazione del Guardasigilli fornisce una mirabile definizione del reato di attentato: «*come per il Codice vigente, è questo un delitto formale: il tentativo, fin nel primo stadio degli atti preparatori, è elevato a reato perfetto*».

²¹¹ M. PELISSERO, *op. ult. cit.*

²¹² M. PELISSERO, *op. ult. cit.*, afferma che «in tal modo i delitti di attentato, lungi dall'aver l'ampiezza che riconosceva loro il Guardasigilli nel 1930, diventano fattispecie che fissano non la prima soglia di punibilità delle condotte offensive della personalità dello Stato, ma l'ultima soglia, quella oltre la quale si vanificherebbe in molti casi la stessa del bene». Nell'attuale scenario politico-criminale «i delitti di attentato possono diventare norme di appoggio rispetto all'anticipazione dell'intervento penale secondo due tecniche di tutela». Una prima tecnica consiste nel costruire come delitto autonomo le condotte preparatorie di un delitto di attentato (si pensi alla strage politica ex art. 285 c.p. costruita come attentato rispetto al delitto di cui all'art. 422 c.p.). La seconda tecnica, invece, si esplica nella formulazione di fattispecie incriminatrici

attentato hanno iniziato ad acquisire una rilevanza vieppiù crescente la fattispecie associativa e le fattispecie che incriminano condotte preparatorie e strumentali ai delitti di attentato ovvero collaterali al fenomeno associativo.

Come è stato analizzato nelle pagine che precedono, le disposizioni penali interpolate negli ultimi lustri hanno plasmato un sistema di tutela progressiva che, valorizzando la tecnica di anticipazione della soglia di punibilità propria del diritto penale politico, consente di far cadere sotto la sanzione penale condotte che si collocano a uno stadio antecedente al fatto tipico dei delitti di attentato, così da adattare il contrasto attraverso lo strumento penale alle nuove forme d'azione e d'organizzazione (c.d. molecolare) del terrorismo internazionale, con precipuo interesse per la segregazione dei lupi solitari e dei *foreign fighters*.

Un'apposita disamina, che sarà sviluppata *funditus* nei successivi capitoli, richiedono i reati di opinione i quali, dopo una loro significativa applicazione come «strumento di contrasto penale nel periodo della contestazione sociale»²¹³ a partire dall'autunno caldo e per tutto il dispiegarsi degli anni Settanta, sono andati incontro ad una progressiva riduzione applicativa. Di contro, l'attuale legislazione antiterrorismo, nell'ambito del più lato disegno di arretramento della tutela penale, ha determinato una proliferazione dei c.d. reati di parola²¹⁴ (*species* dei reati d'opinione), vale a dire l'incriminazione di quelle condotte meramente verbali, il cui disvalore si puntualizza sulla finalità terroristica che il soggetto imprime al suo *dicere*.

Il *leading case* è rappresentato dalla novella del 2005 che ha aggiunto all'art. 414 c.p. un ulteriore comma (l'ultimo) con la previsione di una circostanza aggravante a effetto speciale nei casi in cui l'istigazione *in incertam personam* e l'apologia si indirizzino verso il compimento di delitti terroristici ovvero di crimini contro l'umanità. In seconda battuta, la strategia preventiva è stata resa più pervasiva attraverso la formulazione di fattispecie

sotto cui vengono sussunte specifiche condotte preparatorie rispetto ai delitti di attentato o collaterali al fenomenico associativo. Per quest'ultima soluzione v. *supra*.

²¹³ *Ibidem*

²¹⁴ F. FASANI, *Le "parole preparatorie". I reati antiterrorismo di parola nell'era dei new media*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 1, p. 112, propone di «accantonare l'ambiguo concetto di "reato d'opinione" e prendere in considerazione l'unica categoria dotata di un sufficiente grado di scientificità e precisione. Ci si riferisce ovviamente ai "reati di parola", quale categoria includente ogni penale *strutturalmente* caratterizzato da una condotta meramente comunicativa (verbale o scritta) del soggetto agente», che così cumula in sé anche la qualità di soggetto loquente.

criminoso volte a intercettare i primi segmenti di quel progressivo *iter criminis* con cui si manifesta l'*escalation* terroristica.

Aderendo a una recentissima lettura interpretativa²¹⁵, i reati di parola nel contesto della normativa antiterrorismo sono suscettibili di essere inquadrati tassonomicamente mediante la correlazione a sei distinte funzioni rispetto alle quali risultano serventi gli strumenti comunicativi fruiti da Daesh.

Innanzitutto, può discorrersi della funzione di propaganda *erga omnes*, la quale si traduce in una condotta comunicativa deputata ad una generalizzata sollecitazione (*incitement*) nei confronti di una platea di destinatari indeterminati, quindi in assenza di una dialettica intersubiettiva. A tale può funzione essere ascritta l'ipotesi di istigazione a commettere delitti di terrorismo prevista dall'art. 414 co.4 c.p., nonché la «propaganda» di viaggi in territorio straniero finalizzati al compimento delle condotte con finalità di terrorismo *ex art. 270 quater*1 c.p.

La seconda funzione attiene alla pubblica intimidazione intesa come la propalazione di un messaggio di terrore, che mira a diffondersi fra la popolazione così da pregiudicarne la percezione della sicurezza collettiva e indebolire le istituzioni statuali. Si pensi esemplificativamente ai numerosi *tweet* e video di Daesh del seguente tenore: «conquisteremo Roma» o «spezzeremo le vostre croci, prenderemo le vostre donne». Tale fattispecie può essere sussunta sotto l'art. 421 c.p. (di inusuale applicazione, invero) che, rubricato come “pubblica istigazione”, punisce chiunque minaccia di commettere delitti contro la pubblica incolumità ovvero fatti di devastazione o di saccheggio «*in modo da incutere timore*», con l'aggravante di cui all'art. 270 *bis*1.

Il proselitismo (*recruitment*) costituisce la quintessenza della propaganda *jihadista*, in quanto impinguisce le schiere dei combattenti, coinvolgendo soggetti anteriormente estranei all'estremismo violento e consolidando il disegno della restaurazione del Califfato, e al contempo alimenta i circuiti del c.d. terrorismo *in franchising*²¹⁶. La condotta verbale, in tal caso, può essere destinata a formare *ex nihilo* il proposito criminoso nel destinatario (*determinazione*) ovvero a rafforzare un proposito già esistente (*istigazione*).

²¹⁵ *Ibidem*.

²¹⁶ Per F. FASANI, *op. ult. cit.*, p. 114, queste condotte verbali, in virtù del loro rilievo criminologico, «sono state presidiate, nel corso degli anni, da una pluralità di fattispecie delittuose, così da creare un tessuto normativo parzialmente incoerente da punto di vista sistematico».

Vengono in rilievo le due ipotesi tradizionali di istigazione a commettere un delitto: l'art. 414 co.4 c.p. laddove l'istigazione, pur rivolgendosi a una platea di destinatari plurimi ma determinati, avvenga pubblicamente; l'art. 302 c.p. per i casi di istigazione c.d. privata a commettere uno dei delitti di terrorismo, se l'istigazione non è accolta ovvero se è accolta ma il fatto delittuoso non è commesso.

Invero, può essere qui annoverato altresì il tentativo di arruolamento (artt. 56, 270 *quater* c.p.) che, nonostante la ferma opposizione della dottrina²¹⁷, è stato ammesso in via pretoria (Cass. Pen., sez. I, n. 40699, 9 settembre 2015), così da rendere punibile la mera sollecitazione unilaterale.

Il *cyberspace*²¹⁸, in virtù del suo essere latore di una comunicazione icastica, atemporale e indirizzata a destinatari che si trovano in uno stato di c,d, perenne connessione, è stato sapientemente sfruttato dai gruppi jihadisti ai fini dell'addestramento e della fornitura di informazioni.

Le condotte rilevanti sono assai eterogenee (dalla pubblicazione nel *darkweb* di un "manuale" sulla costruzione di esplosivi o sulle tecniche militari di combattimento, passando per i testi di mistificazione della *shari'a* votati alla radicalizzazione violenta,

²¹⁷ M. PELISSERO, *Contrasto al terrorismo internazionale e il diritto penale al limite*, cit., secondo cui «costituisce un esempio di sconfinamento del limite di legittima interpretazione della norma penale, la sentenza nella quale si afferma che il delitto di arruolamento può configurarsi in forma tentata, non costituendo ostacolo all'applicazione della generale previsione di cui all'art. 56 c.p. la sua natura di reato di pericolo. Sviluppando un'ampia indagine, la Cassazione identifica la condotta di arruolamento nel raggiungimento di un serio accordo tra le parti, dove la serietà va desunta dalla autorevolezza del proponente, che deve avere effettiva possibilità di inserire l'aspirante nella struttura organizzativa, e la ferma decisione dell'arruolato. Se già non è chiaro come possa accertarsi il confine tra impegno verbale serio ed il mero assenso al compimento di atti di terrorismo, ancor meno comprensibile è come si possa ammettere rispetto ad un delitto-accordo la configurabilità del tentativo: la Cassazione lo ammette sulla base dell'argomento formale della non incompatibilità strutturale, ma allo stesso tempo, rendendosi conto del significativo arretramento della soglia di punibilità, si affretta a richiedere "l'ovvia necessità di distinguere i caratteri del tentativo punibile rispetto alle attività di mero proselitismo o libera manifestazioni del pensiero"». Ma nel concreto non è dato ravvisarsi un'effettiva differenziazione fra le due ipotesi. Si veda anche A. CAVALIERE, *Considerazioni critiche intorno al d.l. antiterrorismo, n. 7 del 18 febbraio 2015*, cit., *passim*; A. VARVARESSOS, *Nuove misure sanzionatorie di contrasto al terrorismo di matrice islamica*, in *Leg. pen.*, 2016; V. MASARONE, *op. cit.*, pp. 209 ss.

²¹⁸ V. NARDI, *La punibilità dell'istigazione nel contrasto al terrorismo internazionale*, cit., analizza le raffinate strategie comunicative esperite da Daesh, evidenziando come esse «risultano particolarmente pericolose per la sicurezza della collettività, dal momento che la struttura della rete internet per la sua vastità non consente un controllo capillare veramente efficace e, al contempo, è in grado di raggiungere i luoghi più disparati del pianeta, favorendo l'auto-addestramento anche di chi si trova lontano dai centri territoriali della rete terroristica». Prezioso anche il contributo di E. MAZZANTI, *L'adesione ideologica al terrorismo islamista tra giustizia penale e diritto dell'immigrazione* nella stessa *Rivista*; nonché P.M. SABELLA, *Il fenomeno del cybercrime nello spazio giuridico*, cit.

fino alle chat sui *social network* e alle *dialogue community* sui fori virtuali) e ricadono sotto la disciplina dell'art. 270 *quinquies* c.p.

In particolare, la norma *de quo* si attaglia alla condotta del fornire istruzioni, trattandosi di un'attività meramente comunicativa²¹⁹, e alla condotta di addestramento nei casi in cui la «*interazione tra l'addestratore e l'addestrato*» si perfeziona in una dimensione schiettamente verbale. Per converso, non vengono qui in rilievo l'incriminazione della persona addestrata, perché si innesta su uno *status* personale del reo senza sostanzarsi in una interlocuzione, nonché il c.d. auto-addestramento, che richiede per la sua configurabilità il compimento di atti materiali univocamente finalizzati alla commissione delle condotte con finalità terroristica, così trascendendo la mera componente comunicativa.

Un'altra funzione comunicativa apprezzabile nelle dinamiche del terrorismo internazionali attiene alla stipulazione di un accordo avente ad oggetto la commissione di delitti terroristici: in tal caso la condotta verbale diviene il terreno di coltura per lo sviluppo di una condotta preparatoria e collaterale autonomamente perseguibile (ad esempio, l'adesione a un gruppo combattente, l'organizzazione di viaggio all'estero, la raccolta di fondi).

«Le proteiformi dinamiche dell'accordo jihadista conoscono due paradigmi di riferimento: uno propriamente riferibile all'*accordo* (in senso tecnico-penalistico), che si ha quando la richiesta di arruolamento viene “dal basso”, determinandosi così un incontro »libero di volontà tra arruolatore e arruolato, e uno più aderente al modello dell'*istigazione accolta*, che si manifesta in vere e proprie opere di reclutamento/proselitismo»²²⁰.

Declinando quanto riportato in termini precettivi, la prima fattispecie ipotizzabile può essere inquadrata *sub specie* di arruolamento di cui all'art. 270 *quater* c.p., che secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale ha la natura di un reato-accordo²²¹ e si traduce in un serio accordo tra il soggetto proponente e il soggetto aderente (v. *infra*).

²¹⁹ Cass. Pen., sez. VI, n. 29670, 20 luglio 2011, menziona la «*partecipazione a veri e propri fori telematici con possibile scambio di informazioni ed in cui la persona dell'istruttore e dell'istruito finiscono per confondersi, stante l'intercambiabilità dei ruoli stessi*».

²²⁰ F. FASANI, *op. ult. cit.*, p. 116.

²²¹ F. BRICOLA, *Cospirazione politica mediante accordo o associazione*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XI, Milano, Giuffrè, offre una mirabile definizione del reato-accordo: «*quei reati di incontro a scopo di collaborazione, in cui le condotte degli agenti consistono in una manifestazione di volontà identica e concordo, avente per oggetto l'impegno a cooperare insieme*».

Mentre la seconda fattispecie, che è un riflesso dell'istigazione accolta, è da correlare al delitto di cospirazione politica mediante accordo *ex art.* 304 c.p., il quale sanziona l'accordo fra più persone al fine di commettere uno dei delitti indicati all'art. 302 c.p. (ergo, sono inclusi i delitti di terrorismo), se il delitto pattuito non è commesso²²².

Un'ultima ipotesi di ricorrenza dei reati di parola nelle norme *counter-terrorism* si rinviene nella funzione di rivendicazione e di elogio delle azioni terroristiche portate a compimento (*glorification*), la quale rappresenta un *post factum* (punibile) costante e un espediente irrinunciabile per i gruppi *jihadisti* nella conduzione della *info-war* e nel disegno di legittimare universalmente la loro guerra, con una inesorabile ricaduta sugli intricati equilibri che vigono fra le varie entità terroristiche. In termini tecnico-penalistici la glorificazione integra gli estremi dell'apologia di delitto terroristico, così come prevista dall'art. 414 ultimo comma c.p.

Dall'analisi empirica dei processi comunicativi emerge che la pericolosità di una siffatta condotta verbale si acuisce significativamente alla luce della considerazione sociologica che il messaggio apologetico propalato dai terroristi (si pensi ai video-testamenti dei *kamikaze*) si caratterizza nella sua essenza ultima per una matrice emulativa, che lo rende – come evidenziato già da tempo dalla giurisprudenza domestica e come emerge distintamente dall'esegesi dell'art. 5 della Direttiva (UE) 541/2017 – una peculiare forma di *istigazione indiretta*, dunque una fonte di innesco di futuri atti terroristici.

8. Una *vexata quaestio*: quale spazio per il principio di offensività?

L'arretramento della soglia di punibilità alimenta una forte tensione con il principio di offensività e, muovendosi lungo lo scivoloso crinale del bilanciamento tra garanzie individuali e sicurezza collettiva, riporta all'attenzione dell'interprete l'annosa tematica dell'anticipazione della tutela penale. Già nel 1962 un illustre Autore²²³, mutuando le argomentazioni del 1916 di René Garraud, osservava che «l'*iter* progressivo di tutela

²²² Lo stesso Autore, che propone tale inquadramento tassonomico, dimostra consapevolezza che i due reati menzionati, entrambi reati-accordo, non sono facilmente distinguibili, a meno che non si ritenga l'ipotesi di arruolamento speciale, in quanto focalizzata esclusivamente sui fatti di terrorismo. Inoltre, l'art. 270 *quater* c.p. presenta un trattamento sanzionatorio più severo, va esente dall'applicazione della causa di non punibilità di cui all'art. 308 c.p., che per converso opera nei confronti della cospirazione politica mediante accordo.

²²³ F. BRICOLA, *Cospirazione politica mediante accordo o associazione*, cit., pp. 121 ss.

della sicurezza può snodarsi attraverso diverse fasi» individuate, in primo luogo, dalla incriminazione della semplice risoluzione di commettere un delitto contro lo Stato; in secondo luogo, dall'incriminazione della proposta fatta e non accettata di commettere tale delitto; in terzo luogo, dalla punizione della cospirazione, intesa come la risoluzione d'agire e l'accordo di più persone nella finalità e nei mezzi; infine, dalla condanna del complotto seguito da atti preparatori. Al culmine di questo iter graduale si collocava «l'incriminazione diretta dei delitti contro la sicurezza dello Stato nella forma dell'attentato o della piena consumazione».

Contestualizzando la narrazione nell'attuale normativa antiterrorismo, non si incontrano ostacoli nel riconoscere che le prime tre fasi del sistema di tutela progressiva così delineato si confanno ai reati di parola, mentre l'ultimo stadio "fotografa" le fattispecie incriminatrici di quegli atti preparatori che presentano una dimensione materiale (si pensi all'*affectio societatis* estensivamente interpretata, all'addestramento, all'organizzazione di viaggi ovvero al finanziamento).

È giocoforza ammettere che entrambi i paradigmi, i quali sono sorretti da una logica preventiva e proteggono i medesimi beni giuridici ma con un grado di arretramento discriminato, entrano in collisione con l'ossequio dell'offensività, che deve assurgere a connotato ontico e, quindi, irrinunciabile dell'illecito penale.

Il principio di offensività, di origini relativamente recenti, è stato enucleato ad opera della giurisprudenza costituzionale in virtù del combinato disposto degli artt. 13, 25 e 27 Cost. e si può compendiare nei seguenti termini: non può esservi reato senza l'effettiva lesione ovvero la messa in pericolo di un bene giuridico (*nullum crimen sine iniuria*)²²⁴. Tale principio «*opera su due piani, rispettivamente, della previsione normativa sotto forma di precetto rivolto al legislatore di prevedere fattispecie che esprimano in astratto un contenuto lesivo e dell'applicazione giurisprudenziale (offensività in concreto), quale criterio interpretativo-applicativo affidato al giudice*» (Corte cost., n. 262 del 2005).

²²⁴ La tesi della necessaria offensività dell'illecito penale è stata sostenuta dalla dottrina maggioritaria: si veda F. MANTOVANI, *Diritto penale*, IV ed., Cedam, 2001. Ma non manca chi dubita dell'effettività di tale principio, come F.C. PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999; A. NAPPI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2010, afferma che si tratta di "un fondamento [costituzionale] non spendibile nell'auspicata prospettiva di una *definizione sostanziale del reato*".

De iure condendo la c.d. offensività in astratto rileva come una garanzia in negativo che, presidiando la discrezionalità del legislatore, ne scongiura «l'arbitrio prevaricatore»²²⁵ e impone un profondo bilanciamento fra gli interessi giuridici contrapposti.

De iure condito il principio di offensività torna a dispiegare la sua efficacia limitativa nell'ambito del sindacato di costituzionalità sugli interventi di politica criminale, allorché il Giudice delle leggi è vocato a valutarne la compatibilità con i diritti e le libertà fondamentali, così ripristinando – ove violato – il rispetto di quel «confine invalicabile del sistema delle libertà costituzionali come limiti al potere statale e, in particolare, sulle libertà di manifestazione del pensiero, di riunione e di associazione»²²⁶.

In relazione alla normativa di contrasto al terrorismo internazionale, informata a una logica iper-emergenziale e dai tratti simbolico-bellicistici, si profila una problematica asimmetria nel bilanciamento fra gli interessi contrapposti²²⁷, atteso che la sicurezza collettiva è stata preponderante al punto tale da comprimere alcuni spazi di libertà²²⁸. Il rischio di fondo è proprio quello di (continuare a) forgiare un sistema di tutela atto a reprimere situazioni di mera pericolosità sociale, ben lontane dalla lesione, finanche

²²⁵ Così R. BARTOLI, *Offensività e ragionevolezza nel sindacato di costituzionalità sulle scelte di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 3, p. 1540 ss., che considera il principio in questione come l'espressione di una «supremazia della libertà personale rispetto allo Stato, e cioè di una prospettiva che fa della Costituzione una sorta di superlegge vincolante che contiene al proprio interno un ordine rigido e oggettivo di diritti e valori volto a chiudere gli spazi di discrezionalità politica». L'A. considera complementare al principio di offensività quello di ragionevolezza, inteso come «l'espressione di un bilanciamento delle libertà e degli interessi all'interno dello Stato, e cioè di una pluralità di valori, la cui gerarchia non può essere aprioristicamente determinata e che per il costante mutare della società e dei suoi conflitti necessitano di una continua composizione attraverso la scelta del legislatore».

²²⁶ *Ibidem*.

²²⁷ A. CAVALIERE, *Le nuove emergenze terroristiche*, cit., afferma che ciascuno dei «principi penalistici involabili» fa parte dell'ordinamento costituzionali e concorre, quindi, a delineare i criteri del bilanciamento, individuati dalla Costituzione, tra interessi individuali e collettivi; «criteri che non sono a loro volta bilanciabili», atteso che ciascuno di esso mira a tutelare i diritti fondamentali dei soggetti coinvolti in un conflitto sociale.

²²⁸ Non può celarsi che in dottrina vi è chi ha salutato con estremo favore le fattispecie incriminatrici introdotte nel 2005 e nel 2015: emblematica l'opinione di S. REITANO, *Riflessioni in margine alle nuove fattispecie antiterrorismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 220, laddove osserva come «con l'introduzione di tali nuove fattispecie il legislatore italiano abbia finalmente preso coscienza della necessità di intervenire in una fase prodromica a quella della vera e propria realizzazione della minaccia terroristica», così incidendo «in via preventiva sulle fasi più remote della loro progettazione». *Contra* F. FASANI, *Terrorismo islamico*, cit., p. 326: «la dottrina migliore [...] ha subito espresso forti riserve rispetto a questo dilagare incontrollato dello strumento penale in campo anticipato, dubitando addirittura della legittimità costituzionale di tale fattispecie alla luce del principio di offensività».

potenziale, dei beni giuridici²²⁹, in quanto carenti di una concreta offensività²³⁰. Un ulteriore effetto collaterale dell'anticipazione della tutela penale può consistere nell'indeterminatezza della fattispecie, perché più ci si allontana dal fatto concretamente pericoloso, più si estende il novero degli atti astrattamente riconducibili al primo.

Il riflesso di un siffatto *vulnus* si manifesta eminentemente in ordine all'individuazione dell'oggettività giuridica tutelata dalle fattispecie antiterroristiche, sulla quale si confrontano in dottrina ben tre teorie, ma senza pervenire a un esito interpretativo univoco²³¹. La disamina sul punto non può essere ridotta ad un mero sofisma, atteso che riveste un ruolo cruciale per poter garantire al bene giuridico la natura di indicatore dell'offesa e, quindi, di referente del presidio penale.

Così delineate le coordinate dogmatiche dell'offensività, occorre calarsi nello scenario della *realpolitik* e dar conto dello stato dell'arte del *counter-terrorism* domestico.

Ad oggi non si è ancora registrata una pronuncia della Corte costituzionale sulle incriminazioni in materia di antiterrorismo; sicché, fatti salvi alcuni indirizzi programmatici²³², sarebbe fuorviante argomentare circa l'effettiva portata del principio di offensività in astratto.

²²⁹ F. FASANI, *op. ult. cit.*, con un approccio casistico avverte che il rischio posto da un tal genere di criminalizzazione è «che si colpiscano estremisti che, senza realizzare alcuna condotta concretamente offensiva, si siano limitati a prenotare biglietti per zone (limitrofe a quelle) ove si svolgono lotte jihadiste ovvero che siano entrate in contatto con referenti di stanza in tali zone ovvero ancora che si siano dimostrati, a livello meramente verbale, disponibili a compiere atti di terrorismo, magari al telefono con un presunto arruolatore».

²³⁰ In una prospettiva storica giova riferire che nel 1979 il Governo Cossiga aveva elaborato un disegno di legge che avrebbe proscritto le forme di «aiuto, agevolazione e assistenza» ai terroristi al di fuori dei casi di concorso e di favoreggiamento. Ma la proposta del disegno di legge non fu accolta, in quanto ritenuta foriera di problemi di legittimità costituzionale a causa del carattere vago dei concetti di aiuto, assistenza e agevolazione del terrorismo. Invero, F. STELLA, *La tutela penale della società*, cit., propone anche un'argomentazione di tipo criminologico: «controproducente appare una simile proposta proprio sotto il profilo della lotta al terrorismo. La figura del c.d. *fiancheggiatore* – che con questa innovazione si vorrebbe colpire – riproduce certamente una magmatica area di persone in bilico tra dissenso politico e l'eversione armata. E tuttavia [...] vi è da chiedersi se – di fronte ad un'incriminazione tanto generica – se il suo effetto, lungi dall'essere deterrente, sortisca l'effetto contrario di una spinta a serrare i ranghi, a rafforzare l'immagine dello Stato come nemico e a compiere, infine, il salto verso la lotta armata». Tale circostanza consolida l'opinione di chi sostiene che la prima legislazione emergenziale antiterrorismo abbia dato forma ad un diritto penale dell'emergenza c.d. implicito, che non trascende il perimetro dei principi costituzionali.

²³¹ La prima teoria, definita tradizionale, riconosce il bene giuridico nella personalità dello Stato e dell'ordine democratico, in uno con la tutela dell'ordine pubblico in ragione della violenza che connota gli atti terroristici. Una seconda teoria, che si è formata a partire dalla novella del 2001, si focalizza sulla «sicurezza pubblica mondiale», intesa come «sicurezza pubblica allargata alla sfera internazionale» (così G. INSOLERA, *Reati associativi, delitto politico e terrorismo globale*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 1325). La corrente di pensiero più attuale sostiene che i delitti terroristici costituiscano una forma di tutela immediata dei beni individuali colpiti dagli atti di violenza con finalità terroristica.

²³² F. VIGANO', *Il controllo della Corte costituzionale sulle misure antiterrorismo*, cit.

Nonostante le innumerevoli e allarmanti criticità messe in evidenza, una visione realista ci impone di riconoscere che il paradigma emergenziale, così come positivizzato negli ultimi anni, ha consolidato un presidio di tutela e prevenzione difficilmente superabile a breve termine. E ciò per un duplice ordine di motivi.

In primo luogo, perché la sua formazione è strettamente connessa alle fonti sovranazionali vincolanti in materia; in seconda battuta, perché la recrudescenza e l'invasività del terrorismo internazionale per essere contrastate necessitano di uno strumento penale adeguato a un contesto "straordinario", la cui efficacia inesorabilmente richiede una flessione delle garanzie "ordinarie".

L'ultimo baluardo del garantismo penale nella nostra materia è da rinvenire, dunque, nella c.d. offensività in concreto, vale a dire nell'interpretazione correttiva ad opera della giurisprudenza, che finora, nonostante alcune deviazioni, ha dato prova di una lettura delle fattispecie incriminatrici sufficientemente improntata al canone dell'offensività (par. 5).

Come arguisce un autorevole commentatore, «in un contesto sempre più convulso di politica criminale, per lo più mossa da spinte emergenziali, spetta alla magistratura un compito gravoso, ma ineludibile di evitare che le ansie preventive permeino anche l'interpretazione delle norme, travolgendo lo stato di diritto»²³³.

Ma *in cauda venenum*: il pur precario equilibrio, che sembra dominare la disciplina dei delitti-ostacolo di natura materiale, è destinato a venir meno in relazione ai reati d'opinione con finalità terroristica, i quali sono fondati su due elementi estremamente critici: la natura verbale delle condotte e l'arretramento della tutela ad atti meramente prodromici.

²³³ M. PELISSERO, *Contrasto al terrorismo internazionale e il diritto penale al limite*, cit; dello stesso parere A. SPATARO, *Le forme attuali di manifestazioni del terrorismo nella esperienza giudiziaria: implicazioni etniche, religiose e tutela dei diritti mani*, cit.

Capitolo II

ISTIGAZIONE E APOLOGIA DI DELITTO: COME LA PAROLA DIVENTA PERICOLOSA

SOMMARIO: *SEZIONE I: I reati di opinione fra luci e ombre.* – 1. Premessa generale: origine e *ratio* dei reati di opinione. – 1.1. Nuove prospettive definitorie e problemi sempre attuali. – 2. È possibile un'interpretazione costituzionalmente orientata?. – 2.1. ... altri spunti di riflessione. – *SEZIONE II: Le fattispecie criminose.* – 3. L'istigazione a delinquere *ex art. 414 c.p.*: introduzione. – 4. Elementi strutturali della fattispecie incriminatrice. – 4.1. L'elemento oggettivo nell'applicazione giurisprudenziale. – 5. L'istigazione *ex art. 302 c.p.* e i profili di specialità: il *discrimen* della pubblicità. – 6. L'apologia di delitto *ex art. 414 comma terzo c.p.* – 6.1. La necessità di un'interpretazione costituzionalmente orientata e gli arresti della giurisprudenza di legittimità. – *SEZIONE III: I c.d. reati di parola nella legislazione di counter-terrorism.* – 7. Le interpolazioni dei decreti antiterrorismo: il rigore sanzionatorio e "l'utilizzo di strumenti informatici e telematici". Riflessioni conclusive.

SEZIONE I: I REATI DI OPINIONE FRA LUCI E OMBRE

1. Premessa generale: origine e *ratio* dei reati di opinione

La trattazione dei reati di opinione pone l'interprete di fronte una manifesta aporia dell'ordinamento interno: da un lato esso valorizza l'individuo come centro propulsore dell'autonomia politica; dall'altro, lo stesso tollera l'incriminazione di pure manifestazioni d'opinione²³⁴, che ha rappresentato storicamente un *maquillage* rivestito di parvenza giuridica per controllare il dissenso politico. La «*pietra angolare dell'ordine democratico*»²³⁵ rischia così di essere infranta da un intervento penale pervasivo. In questa prospettiva, diviene viepiù fondato il timore che il diritto penale possa assumere, su tale versante, una fisionomia illiberale, arduamente conciliabile con i principi fondanti l'ordine costituzionale.

Se assumiamo come sommo imperativo categorico che la democrazia si difende con la democrazia, senza rinnegare sé stessa, allora non può disconoscersi che la disciplina dei reati di opinione costituisce un autentico banco di prova per un ordinamento di ispirazione liberale nel dimostrare fedeltà a sé stesso. *A fortiori* allorché esso è

²³⁴ Così C. FIORE, *I reati di opinione*, Padova, 1972, p. 11.

²³⁵ Corte cost., sent. 17 aprile 1969, n. 84 censurò l'art. 507 c.p. («boicottaggio»), rilevando che la «propaganda, che, considerata quale uno degli strumenti utilizzabili per la compressione dei diritti voluti tutelare, viene assunta secondo una nozione generica ed indiscriminata. Non è necessario ricordare come la libertà di propaganda è espressione di quella di manifestazione del pensiero, garantita dall'art. 21 della Costituzione e pietra angolare dell'ordine democratico. Già nella sentenza 22 giugno 1966, n. 87, la Corte, oltre ad inserire la propaganda nella protezione così apprestata, affermò che essa è assicurata fino al limite oltre il quale risulti lesa il metodo democratico».

chiamato a fronteggiare fenomeni “straordinari” che mirano a scardinare il sistema valoriale su cui si fonda. Emerge nitidamente il punto focale del nostro discorso: l’illecito di categoria in parola, dai confini assai incerti, si pone da sempre al crocevia fra l’opportunità di garantire la massima estensione della libertà di espressione e la necessità di regolare l’intervento penale sul suo concreto esercizio. Una tensione irrisolta²³⁶ fra due opposti poli (banalizzando: sicurezza collettiva *contra* libertà d’espressione), che come una sorta di fiume carsico scorre sotterraneo per lunghi tratti e riaffiora nei momenti di maggior frizione sociale, fecondando il germe di un *diritto penale simbolico*²³⁷, ritenuto spesso la panacea per risolvere tutti i mali che attanagliano la contemporaneità.

Tema, quello che si va prospettando, ben più composito, atteso che intercetta e costantemente attualizza lo iato tra l’autoritarismo che permea il codice Rocco e la tavola di valori scalfita nella Carta costituzionale come vessillo di una società “aperta”. È, infatti, di tutta evidenza notare che la perduranza dei reati d’opinione rappresenta un elemento di conflittualità con il disegno costituzionale, che può essere rappresentato icasticamente con la metafora del masso erratico²³⁸.

A tal proposito, sarà utile ripercorrere, seppur in modo sinottico, l’evoluzione storica dei reati *de quibus*. Il legislatore del 1930, informatosi a «*principi completamente*

²³⁶ M. PELISSERO, *La parola pericolosa. Il confine incerto del controllo penale del dissenso*, in *Quest. giust.*, 2015, 4, p. 37 esordisce: «da sempre la riflessione sui reati di opinione è percorsa da una tensione irrisolta tra libertà di espressione e limiti dell’intervento penale che si è riflessa sulla incertezza dell’ambito dei reati interessati e sull’ampiezza della garanzia costituzionale dell’art. 21 Cost». Per A. PUGLIOTTO, *Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 3, la Carta costituente tutela il valore fondamentale del *pluralismo informativo*: «è muovendo dall’art. 21 Cost. che l’interpretazione svolta dalla Corte costituzionale è arrivata a edificare il principio del pluralismo informativo, nella sua triplice accezione di 1) libertà (*attiva*) di informazione, 2) libertà (*passiva*) di essere informato, 3) libertà (*riflessiva*) di informarsi. E a riconoscergli lo speciale statuto di principio supremo, come tale sottratto anche alla disponibilità di qualunque maggioranza, per quanto quantificato, perché iscritto nel genoma della Carta costituzionale». Anche A. GULLO, *La tela di Penelope. La riforma della diffamazione nel Testo unificato approvato alla Camera il 24 giugno 2015*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, p. 5, parla di una logica ispirata ad un’idea forte della libertà d’espressione «quale veicolo, nelle società aperte, di opinioni anche urticanti e scioccanti, alimento comunque essenziale del dibattito e del confronto tra cittadini, e strumento funzionale al controllo dei pubblici poteri».

²³⁷ A. PAGLIARO, *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956 – 2008*, Vol. II, Giuffrè, 2009, p. 20, definisce «in senso deteriore» il diritto penale simbolico come quel diritto che non mira alla tutela di un bene, ma serve solo a soddisfare esigenze politiche di tranquillizzare i cittadini.

²³⁸ E. LAMARQUE, *I reati di opinione*, in AA.VV., *Percorsi di diritto dell’informazione*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 145, afferma chiaramente che «nell’ordinamento italiano i reati di opinione funzionano come vera e propria ‘palestra’ per tutti coloro, Corte costituzionale compresa, che vogliono esercitarsi nella sottile arte di giustificare l’esistenza nell’ordinamento repubblicano di deroghe legislative all’ampia tutela di manifestazione del pensiero» ex art. 21 Cost.

opposti, come completamente opposta è la concezione fascista dello Stato rispetto a quella demo-liberale» (così la Relazione ministeriale), lascia trasparire di essersi fatto guidare da un criterio di estremo rigore nella configurazione degli istituti deputati alla tutela dello Stato. Il coacervo dei delitti contro la sicurezza (*rectius*: la personalità) dello Stato si è, infatti, arricchito di incriminazioni inedite contro le manifestazioni più basilari del dissenso politico (si pensi alla possibilità di associarsi, riunirsi, fare propaganda e proselitismo), le quali hanno avuto il loro abbrivio nella consapevolezza che – prendendo in prestito le parole del Guardasigilli - *«non è soltanto sicurezza dello Stato quella che va penalmente tutelata, ma anche tutto quel complesso di interessi politici fondamentali, rispetto ai quali lo Stato intende affermare la sua personalità»*²³⁹.

²³⁹ Per quanto possano risultare incisive nel senso dell'innovazione le parole dei compilatori, in realtà la storia dei reati d'opinione ha radici ben più profonde: il legislatore del 1930 ha, infatti, proseguito «con molta decisione su una strada che già i governi dell'Italia liberale avevano imboccato, pur nel contrasto con una battagliera opposizione [...] Le mutate condizioni politiche permisero, per altro, al nuovo regime di costruire un ampio e compiuto sistema di repressione del dissenso», così C. FIORE, *op. cit.*, p. 15. L'archetipo di una siffatta tutela è da rinvenire nel codice sardo-piemontese del 1839, che agli artt. 199 e 200 sanzionava le ipotesi di pubblica provocazione a commettere reati contro il Re, la famiglia reale o contro il Governo. Nello stesso solco del codice albertino si era collocato il codice sardo del 1859, il quale si caratterizzava altresì per la previsione, davvero innovativa, della più generica “*istigazione a delinquere*” di cui all'art. 469: essa si andava ad innestare sulla provocazione non già a commettere i soli delitti contro lo Stato, ma qualsiasi reato. Alla radice delle disposizioni penali, che incriminano le manifestazioni del pensiero, vi è da sempre il timore che un esercizio spregiudicato della libertà d'espressione «possa travolgere con la vecchia cultura e le vecchie istituzioni, anche le basi attuali del potere politico, appena attestato sui difficili equilibri dell'ordinamento parlamentare». Ed è proprio alla luce di questa considerazione politico-criminale che va letto il dettato dell'Editto albertino sulla stampa del 1848: agli artt. 13 e 14 esso sanzionava la «*provocazione a commettere reati*» col mezzo della stampa, distinguendo a seconda che la provocazione fosse indirizzata a reati comuni ovvero a delitti di attentato e di cospirazione contro la corona; all'art. 20 formulava il delitto di «*lesa irresponsabilità*» del Re. Ma la disposizione più rimarchevole era posta all'art. 24: «*qualunque offesa contro la inviolabilità del diritto di proprietà, il rispetto dovuto alla legge, ogni apologia di fatti qualificati crimini o delitti dalla legge penale, ogni provocazione d'odio fra le varie condizioni sociale, e contro l'ordinamento della famiglia sarà punito...*». In tale disposizione, che data la sua portata *de omnibus* assurgeva a norma di chiusura, figura per la prima volta il lemma «*apologia*». Il codice Zanardelli ha ereditato tale sostrato normativo e, sotto il suo vigore, le norme più adoperate contro la diffusione del pensiero “sovversivo” furono gli artt. 246 e 247: la prima norma prevedeva l'ordinaria istigazione a delinquere (da leggere in uno con l'art. 135, che si focalizzava sulla provocazione a commettere reati politici), mentre la seconda incriminava l'apologia di delitto, l'incitamento alla disobbedienza della legge e l'incitamento all'odio fra le classi sociali «*in modo pericoloso per la pubblica tranquillità*». Per un'attenta disamina sul punto si veda L. MAJINO, *Commento al Codice penale italiano*, vol. II, Verona, 1900; E. FLORIAN, *Trattato di diritto penale. Introduzione ai delitti in specie e delitti contro la sicurezza dello Stato*, vol. II, Milano, 1915. A corroborare la repressione del dissenso politico intervennero poi le leggi eccezionali antianarchiche del 1894 (c.d. leggi Crispi), di natura speciale, con le quali fu prevista l'istigazione a compiere delitti anarchici e fu previsto il mezzo della stampa come circostanza aggravante dell'istigazione e dell'apologia.

I prodromi della criminalizzazione del dissenso ideologico, così come compiutamente delineata dal codice vigente, sono rinvenibili nella l. 24 dicembre 1925, n. 2263 («Attribuzioni del Capo del Governo») che all'art. 9 puniva chiunque «*con parole od atti offende il capo del governo*» e, soprattutto, nella l. 25 novembre 1926, n. 2008 («Provvedimenti per la difesa dello Stato») con la quale si puniva l'istigazione a commettere i delitti contemplati nel provvedimento ovvero l'apologia degli stessi (art. 3 co.2), prevedendo altresì la reclusione e l'interdizione dai pubblici uffici per chiunque facesse «*in qualsiasi modo propaganda della dottrina, dei programmi e dei metodi d'azione*» delle associazioni, delle organizzazioni ovvero dei partiti disciolti (art. 4 co. 3).

La portata precettiva di siffatte disposizioni, che a loro volta molto hanno mutuato dalle codificazioni preunitarie e dallo stesso codice Zanardelli, è stata trasfusa nel nuovo tessuto codicistico, contribuendo a modellare un sistema di disciplina dei delitti di opinione policentrico, in quanto ramificato nel Titolo I (delitti contro la personalità dello Stato) e nel Titolo V (delitti contro l'ordine pubblico) del Libro II, e connotato da una rimarchevole accentuazione dell'ideologia statolatrica, posta alla radice dello stesso.

Invero, nonostante la petizione di principio espressa dai compilatori, vi è un'inegabile continuità²⁴⁰ con la legislazione liberale e il suo profilo principale è da individuarsi non tanto (o solo) sul piano normativo, quanto piuttosto su quello applicativo, atteso che la giurisprudenza dell'epoca prefascista aveva già dato dimostrazione di un assoluto rigore applicativo in ordine ai reati di opinione.

Per quel che concerne, invece, gli elementi di novità, preme segnalare che con la nuova legislazione penale sono stati ampliati i destinatari delle ipotesi di vilipendio (in virtù delle quali riceve precipua protezione la nazione *ex art. 291 c.p.*²⁴¹) e introdotti nuovi

²⁴⁰ Sulla continuità sostanziale fra il codice penale vigente e le precedenti codificazioni *de quo* si è espresso C. FIORE, *op. ult. cit.*; parimenti M. PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, cit, p. 112, ritiene indubbio che «buona parte dei reati di opinioni collocati nel codice penale non rappresenta un *novum* ma trova significativi momenti di continuità con la precedente legislazione liberale». Il regime fascista ha trovato un terreno fertile – prosegue l'A. – «su cui rafforzare le basi della lotta agli oppositori politici, accentuando la repressione sia in senso quantitativo, attraverso l'inasprimento delle sanzioni, sia in senso qualitativo con l'introduzione di alcune fattispecie sconosciute...».

²⁴¹ F. VERNA, *Il fascismo nella tutela penale della legge*, in *Giust. pen.*, 1931, I, afferma che l'art. 291 c.p. ha rappresentato la base normativa per tutelare il partito fascista, laddove offeso «attraverso l'ingiuria e il dileggio dei gregari, degli stessi innocenti balilla, delle opere e delle leggi del Regime, delle tradizioni, dei riti, dei canti, dei martiri della Rivoluzione».

delitti di propaganda e apologia sovversiva o antinazionale; è stata prevista, poi, l'incriminazione della cospirazione politica mediante accordo ovvero associazione, presidiata dalla previsione della corrispondente istigazione o apologia (art. 303 c.p.); il requisito della pubblicità, costitutivo di buona parte delle fattispecie incriminatrici qui rilevanti, è stato fatto oggetto di una definizione valevole «*ai fini della legge penale*» ad opera dell'ultimo comma dell'art. 266 c.p.²⁴²

Nel gettare uno sguardo d'insieme, può offrirsi un inquadramento tassonomico dei reati di opinione, che hanno costellato *ab origine* l'articolato codicistico in punto di tutela della personalità dello Stato e dell'ordine pubblico, individuando quattro classi delittuose sulla base delle modalità esplicative della condotta tipica²⁴³: anzitutto, la classe del vilipendio (artt. 290- 292 c.p.); quella dell'istigazione e dell'apologia (artt. 266, 302, 303, 414 e 415 c.p.); la propaganda (art. 272 c.p.); infine, la propalazione di notizie false, esagerate o tendenziose (artt. 265 e 269 ai quali si aggiungi l'ipotesi contravvenzionale *ex art.* 656).

Tutte le ipotesi illecite annoverate si fondano su denominatore comune, rappresentato dall'essere fattispecie verbali il cui fatto tipico si perfeziona con la manifestazione del pensiero e dal ricorso alla peculiare tecnica legislativa consistente nella «studiata anticipazione della repressione a un momento largamente antecedente a quello segnato, per i reati comuni, dall'art. 115 c.p.»²⁴⁴(*Vortfeld*).

Il diretto corollario di tale impostazione politico-criminale è rappresentato dalla formulazione delle fattispecie incriminatrici attraverso il modello del pericolo presunto,

²⁴² Si riporta per chiarezza espositiva l'art. 266, co. 4, c.p.: «*Agli effetti della legge penale, il reato si considera avvenuto pubblicamente quando il fatto è commesso: 1) col mezzo della stampa, o con altro mezzo di propaganda; 2) in luogo pubblico o aperto al pubblico e in presenza di più persone; 3) in una riunione che, per il luogo in cui è tenuta, o per il numero degli intervenuti, o per lo scopo od oggetto di essa, abbia carattere di riunione non privata*».

²⁴³ Si intende far riferimento alla lettura offerta da M. PELISSERO, *Reati contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, cit., p. 97 ss. Altra dottrina propone la *summa divisio* tra fattispecie di provocazione (istigazione, apologia, propaganda) e fattispecie di offesa (vilipendio), si veda L. ALESIANI, *I reati di opinione. Una rilettura in chiave costituzionale*, Milano, 2006.

²⁴⁴ Così C. FIORE, *op. cit.*, p. 39, che prosegue evidenziando come le occasioni di intervento penale sono risultate moltiplicate dalla configurabilità di ipotesi di concorso materiale e formale fra reati. «La tecnica di previsione delle varie figure di reato non solo permette, invero, di configurare, regolarmente, il concorso tra un qualsiasi delitto contro la personalità dello Stato e i fatti di pubblica istigazione ed apologia degli stessi reati, ma rende anche punibile l'apologia del proprio delitto da parte dell'autore e perfino l'apologia... dell'apologia (cfr. artt. 272 e 303 cpv.)!»; in tema di arretramento della soglia di punibilità e dei profili di conflittualità con il principio costituzionale di offensività si rinvia al Cap. I, parr. 7 e 8.

che prescinde dall'esposizione a un effettivo pregiudizio per l'interesse protetto²⁴⁵. Il che emerge perspicuamente dal raffronto tra l'art. 247 del codice Zanardelli e l'art. 414 del codice vigente, nel quale è stato espunto l'inciso – previsto, per converso, nella previgente incriminazione dell'apologia – «*in modo pericoloso per la pubblica tranquillità*», sintomatico della necessaria presenza di un pericolo concreto. In definitiva, si può affermare che il codice del 1930 ha suggellato uno strumentario di repressione sistematica del dissenso politico, la cui sopravvivenza nell'attuale ordinamento costituzionale ha ingenerato, sin dal principio, un conflitto stridente, con il conseguente rischio di vanificare la concretizzazione dei più elementari precetti costituzionali²⁴⁶.

A ben vedere, di fronte al longevo immobilismo del legislatore repubblicano, che ha dato vita a un fenomeno di «sostanziale “ultrattività” di leggi strutturalmente incompatibili con uno sviluppo politico in senso democratico»²⁴⁷, la prassi giudiziaria ha garantito fino agli anni Settanta un'applicazione senza soluzione di continuità delle norme incriminatrici della c.d. *pubblica provocazione* (apologia, istigazione,

²⁴⁵ Sul punto G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, Milano, 1988, p. 221, che, a proposito della pubblica istigazione a delinquere, individua una forma di «anticipazione differenziata di tutela», intendendo che la protezione accordata al medesimo bene nel “campo antistante (*Vorfeld*) si articola secondo tecniche diverse da quelle ordinarie, «che conducono appunto all'instaurazione della relazione di sussidiarietà tra i diversi livelli di tutela; sulla base di tali modalità strutturali il percorso espresso dalla fattispecie assume una fisionomia peculiare e autonoma, tale da non poter essere esaurita e ‘consumata’ da una progressione offensiva data dalla commissione *hinc et nunc* del reato istigato». D. SANTAMARIA, voce *Evento*, in *Enc. dir.*, XVI, 1967, p. 16, afferma che la presunzione del pericolo costituisce uno «strumento eversivo della regola che il reato è aggressione al bene tutelato», atteso che da un punto di vista giuridico il risultato dell'azione non può essere presunto, bensì deve essere concretamente accertato «nella forma effettiva del danno o del pericolo, in cui la legge lo considera rilevante per l'incriminazione del fatto».

²⁴⁶ Per dare misura dell'auspicato mutamento di prospettiva e dell'*humus* ideologico del dibattito dell'Assemblea costituente, riteniamo significativo citare l'intervento dell'On. Guido Basile del 27 marzo 1947: «Un Parlamento non si fa senza libertà di stampa. Noi reclamiamo la libertà anche per gli altri. Non c'è libertà di voto, senza libertà di stampa. Nessuna sanzione deve limitare la libertà della stampa, della parola e della radio. La libertà di stampa esce dal razionalismo cartesiano, dal movimento delle idee dell'89. Ho rievocato alla memoria Mirabeau, il padre di questa libertà. Vi domando il permesso di ricordarvi le frasi da lui indirizzate ai membri degli Stati Generali nel momento in cui si riunivano. Se le parole non sono proprio queste, il senso è questo: Voi che siete riuniti per tutto ricostruire, voi che risponderete non solo a noi, ma a tutta l'umanità di tutto il bene che non avrete procurato alla Patria; che la prima delle vostre leggi consacrì per sempre la libertà di stampa, la libertà più inviolabile, più illimitata, la libertà senza la quale le altre non saranno mai conquistate. Onorevoli colleghi, libertà politica è libertà di stampa. Solo ispirandosi a questi principi di democrazia, noi faremo una Costituzione e delle leggi che siano veramente degne delle gloriose tradizioni giuridiche del popolo italiano».

²⁴⁷ C. FIORE, *op. cit.*, p. 45.

propaganda), così palesando un approccio reazionario alle sollecitazioni dottrinali di una interpretazione costituzionalmente orientata.

Il paradigma di questa tendenza “draconiana” è offerto dalla pronuncia delle Sezioni Unite del 18 novembre 1958, la quale ha espresso il principio di diritto secondo cui per la punibilità dell’apologia è condizione necessaria e sufficiente che il messaggio propalato (nel caso di specie, attraverso la stampa) manifesti l’approvazione convinta del soggetto agente in ordine all’episodio delittuoso consumato e la correlata adesione spirituale allo stesso. *«Tale giudizio favorevole - ha affermato la Suprema Corte - concorre a determinare, nello spirito di chi lo apprende, quella disgregazione del comune sentimento di avversione e di ripulsa verso il delitto, che costituisce il fondamento dell’incriminazione dell’apologia di reato».*

La sentenza ha, inoltre, individuato nell’elemento temporale il *discrimen* fra apologia, istigazione e propaganda, così argomentando: la prima postula l’adesione interiore a un episodio del passato (*pro praeterito*)²⁴⁸; al contrario, l’istigazione tende a indirizzare l’altrui volontà verso un determinato obiettivo (*pro futuro*); la propaganda, dal canto suo, tende a suscitare nelle altrui coscienze un giudizio favorevole in ordine ad un precipuo argomento *«per virtù delle ragioni esposte dal propagandista».*

La *ratio* dell’incriminazione *ex art. 414 cpv. c.p.* risiede - secondo i giudici di legittimità - nel contrastare *«la erosione del sentimento di contrarietà alle infrazioni dei comandi giuridici».* Esito da cui si fa discendere l’insorgere di una situazione di pericolosità (l’offuscamento della *«comune fiducia nel rispetto della legge da parte dei consociati»*), direttamente correlata alla natura, al contesto e contenuto del messaggio apologetico (*«essendo ovvio che, quanto maggiore sarà la portata, qualitativa e quantitativa, della condotta dissolvitrice, tanto più ampio risulterà il processo di sfaldamento interiore che ne deriva»*) e senza che giochi un ruolo dirimente, ai fini della configurabilità dell’illecito in questione, la pur notevole distanza cronologica dal fatto delittuoso celebrato.

²⁴⁸ La sentenza in commento specifica sul punto che *«solo nei confronti di un fatto che si presenti come reale esperienza di vita può formularsi un giudizio di convinta approvazione da parte di chi lo esamina, mentre nei riguardi di un episodio, che costituisca una mera costruzione fantasiosa, può aversi soltanto un’aspirazione velleitaria, che è atteggiamento assai meno impegnativo dello spirito umano».* La definizione così formulata prende le distanze dall’opinione dominante in dottrina, che qualificava l’apologia come un’istigazione indiretta.

Si è così delineato un reato d'opinione puro, dedotto dalla presunzione *per tabulas* di un pericolo sociale che, invero, sembra affondare le sue radici nell'iperuranio, piuttosto che *in rerum natura*.

A suffragare, poi, un siffatto rigore autoritario, sul piano dell'elemento soggettivo, la pronuncia in commento ha escluso ogni rilevanza alla «*natura peculiare dei motivi che ispirarono l'apologia*»²⁴⁹, vale a dire: la necessità di accertare una proiezione intenzionale sottesa all'elogio di un contegno antiggiuridico del passato.

La casistica giurisprudenziale dei primi lustri repubblicani dimostra perspicuamente che la disposizione di cui all'art. 414 c.p. ha rappresentato uno strategico strumento di controllo (del dissenso) politico; e di questo ne sia riprova che i più clamorosi procedimenti per apologia hanno interessato vicende e contesti a spiccata rilevanza politica.

Sul formante giurisprudenziale, consacrato nella pronuncia a Sezioni Unite del 1958, si sono innestate le successive pronunce di legittimità che, pur avendone mantenuta immutata la matrice autoritaria, hanno introdotto alcuni profili di novità in punto di definizione dell'apologia, riconducendola allo schema dottrinale dell'*istigazione indiretta*²⁵⁰. Di conseguenza, è stata enfatizzata l'attitudine criminosa del discorso apologetico, che fonde nell'espressione del pensiero «*l'esaltazione di fatti o persone, atta a suggestionare gli animi, suscitando spinte alla imitazione ovvero smorzando difficoltà di adesione*»²⁵¹. Così opinando, l'elemento discretivo tra apologia e istigazione è stato diversamente puntualizzato sulla forma del discorso e sulla sua icasticità, muovendo dal presupposto che l'istigazione ha la forma di un «*aperto incitamento, comunque motivato, sia inculcando o rafforzando motivi di impulso, sia distruggendo o attenuando preesistenti motivi di inibizione, a commettere fatti generalmente illeciti*»²⁵².

Trattasi di una lettura maggiormente ispirata al canone dell'offensività in concreto, per quanto insoddisfacente, ma che deve essere prospettata in combinato disposto con i coevi arresti giurisprudenziali in ordine all'art. 272 c.p., atteso che gli spazi operativi

²⁴⁹ Di contro la dottrina ha sempre ritenuto che all'apologia debba essere sottesa una proiezione intenzionale, capace di catalizzare il compimento di atti *contra legem*, fino al punto di richiedere il dolo specifico. Si veda V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, IV ed., Torino, 1934, *passim*.

²⁵⁰ Cass. Pen., sez. I, 6 maggio 1966.

²⁵¹ Cass. Pen., sez. I, 16 dicembre 1968.

²⁵² *Ibidem*.

apparentemente²⁵³ lasciati vuoti dalla contrazione della nozione di apologia sono stati colmati con solerzia dalla dilatazione del concetto di propaganda, la quale - secondo la Suprema Corte - si esplica «*nella espressione pubblica del proprio pensiero, con intenti di diffusione*»²⁵⁴.

Compiuto questo sommario *excursus*, si può affermare pacificamente che il primo indirizzo della giurisprudenza sui reati di opinione²⁵⁵ si è astenuto dal benché minimo tentativo di comporre l'antinomia sistematica da cui abbiamo preso le mosse, perpetuando, per converso, l'originario disegno repressivo del dissenso politico. L'argomentazione giuridica, sulla quale si è radicato siffatto orientamento, è da rinvenire nella negazione di un valore precettivo/cogente all'art 21 Cost., considerato una norma programmatica, quindi inidonea a dispiegare effetti diretti e immediati su una determinata situazione giuridica. In tale ottica, il principio contenuto nella norma in parola sarebbe l'aspirazione a che «*il massimo di libertà dei consociati venga raggiunto col minimo di limitazioni*»²⁵⁶, con la postilla che l'efficacia di tale principio «*non può intendersi rivolta alla sovversione del sistema delle leggi vigenti*».

Al di là del suo carattere manifestamente paralogistico, quest'ultima conclusione risulta emblematica della tendenza al mantenimento dello *status quo*, intrisa di una certa

²⁵³ C. FIORE, *op. cit.*, pp. 54 ss., ha evidenziato che il nuovo indirizzo non si risolve affatto in una interpretazione limitativa dell'incriminazione, «poiché si trova sempre connesso con l'idea della *presunzione di pericolo*; per cui, da un lato, non si richiede una *effettiva lesione* dell'ordine pubblico, dall'altro il pericolo (astratto) di tale lesione lo si ritiene *inerente* alla condotta apologetica». Per tale via l'interpretazione della condotta sanzionata viene completamente svincolata dal riferimento al bene che rappresenta l'oggetto dell'aggressione, il che equivale a dire che resta elusa «la sua attitudine ad offendere il bene protetto dalla norma». Con l'ulteriore ed immediata conseguenza che l'art. 414 c.p. «finisce, allora, per essere applicata al di fuori di ogni concreta esigenza di tutela del c.d. *ordine pubblico*, lasciando così affiorare l'ispirazione ideologica che è sottintesa nell'orientamento della Cassazione e che si risolve nella configurazione dell'illecito come *mera disobbedienza*». Il sistema di repressione dei reati di opinione ha determinato, infatti, un ribaltamento dei rapporti fra norme etico-sociali e norme giuridico-penale, poiché la legge penale è stata così «assunta addirittura come *fonte* di regole etiche e come canone inderogabile del giudizio morale: le valutazioni del legislatore non sarebbero semplicemente costitutive dell'obbligo [...] di astenersi dal compiere determinate azioni; ma impegnerebbero, altresì, la coscienza individuale nel giudizio morale su queste azioni, e sulle relative norme incriminatrici». Ne discende che la giurisprudenza dell'epoca ha sposato una concezione dell'illecito penale inteso come mera violazione di un dovere morale, così svalutando il reato come lesione di un bene giuridico.

²⁵⁴ V. nota 251.

²⁵⁵ Per la casistica giudiziaria del vilipendio si rinvia a C. FIORE, *op. cit.*, pp. 57 ss.; M. PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, cit., pp. 115 ss.

²⁵⁶ Così Cass. 12 ottobre 1950, in *Giust. pen.*, 1950, II.

saudade verso la base più autoritaria della legislazione penale²⁵⁷, fortemente caldeggiata dal regime fascista.

La giurisprudenza della Corte costituzionale, nonostante abbia censurato l'illegittimità del comma secondo dell'art. 272 c.p. (propaganda antinazionale)²⁵⁸ e inaugurato attraverso la manipolazione interpretativa dell'art. 414, ultimo comma, c.p. (sentenza n. 65 del 1970)²⁵⁹ un indirizzo ossequioso del principio di offensività in concreto - se letta nel suo insieme - ha innegabilmente garantito la conservazione dei delitti di opinione nell'ordinamento repubblicano.

Per comprendere tale asserto è di rilevante interesse ripercorrere il sentiero logico-argomentativo seguito dalla Consulta la quale, riconoscendo all'art. 21 Cost. coerenza e non già mera programmaticità, ha aperto la strada a una rilettura delle fattispecie incriminatrici *de quibus*, così da convertire le norme, originariamente concepite a tutela del regime, in norme a tutela dell'ordine democratico²⁶⁰.

La premessa è che l'origine storica di una disposizione non può valere a fondare aprioristicamente la sua illegittimità costituzionale, atteso che «*quali che siano il tempo e l'occasione le hanno dato vita, la norma va esaminata nella sua obiettiva struttura e interpretata nella sua reale portata*»²⁶¹.

Entrando *in medias res*, la legittimità costituzionale dell'incriminazione di una condotta verbale è stata radicata sulla possibilità di apporre i «*limiti dipendenti dalla necessità di tutelare beni diversi, che siano parimenti garantiti dalla Costituzione*» -

²⁵⁷ Per C. FIORE, *op. cit.*, p. 84, si tratta di un «sostanziale rifiuto della Costituzione, perché implica il rifiuto di ammettere che i nuovi valori di libertà - e i relativi diritti - proclamati dalla Costituzione, possano essere, in qualche misura, "sovvertitori" dell'ordine giuridico (pre)costituito». Si veda anche D. PULITANÒ, *Libertà di pensiero e cattivi pensieri*, in *Quale giustizia*, 1980, pp. 187 ss.

²⁵⁸ Corte costituzionale, sentenza n. 87 del 1966 ha così argomentato il suo *dictum*: «è pur tuttavia soltanto un sentimento, che sorgendo e sviluppandosi nell'intimo della coscienza di ciascuno, fa parte esclusivamente del mondo del pensiero e delle idealità. La relativa propaganda non è indirizzata a suscitare violente reazioni, come nel caso precedentemente esaminato, né è rivolta a vilipendere la Nazione od a compromettere i doveri che il cittadino ha verso la patria od a menomare altri beni costituzionalmente garantiti. Non trattasi quindi di propaganda che ha finalità illecite, e pertanto qualsiasi limitazione di essa contrasta con la libertà garantita dall'art. 21 della Costituzione».

²⁵⁹ Si veda il par. 5 del presente Capitolo.

²⁶⁰ M. PELISSERO, *Reati contro la personalità dello Stato*, cit., p. 98.

²⁶¹ Corte costituzionale, sentenza n. 87 del 1966. In merito all'art. 272 c.p., su cui verteva il giudizio di legittimità, la Corte ha evidenziato che «*esprime, non peculiari finalità del passato regime, ma obiettive esigenze dello Stato, a tutela della personalità di esso contro le azioni dirette al sovvertimento degli ordinamenti economici, sociali e politici*». Su tale base si è riconosciuta la legittimità costituzionale del primo comma della norma *de quo*, asserendo che la

«altri» rispetto a quello espresso del buon costume²⁶² - il che significa la necessità di effettuare un bilanciamento fra la libertà di manifestazione del pensiero e altri beni giuridici meritevoli di tutela (segnatamente, l'ordine pubblico)²⁶³.

Tale approdo assiologico ha costituito *de lege ferenda* il fondamento di costituzionalità dei delitti di opinione che sono stati interpolati dal legislatore repubblicano: a partire dall'introduzione del delitto di propaganda per la restaurazione violenta della monarchia (art. 8 della l. 3 dicembre 1947, n. 1546) e di apologia del fascismo (artt. 4 ss. della l. 20 giugno 1952, n. 645), passando per l' incisivo intervento di contrasto alla discriminazione razziale operato dapprima dalla c.d. Legge Reale (l. 13 ottobre 1975, n. 654) e sistematizzato, poi, dalla c.d. Legge Mancino (l. 15 giugno 1993, n. 205)²⁶⁴, fino ai più recenti interventi legislativi in punto di *counter-terrorism*, di contrasto alla apologia di pratiche di pedofilia e pedopornografia (art. 414 *bis*, co. 2, c.p. inserito dalla l. 1° ottobre 2012, n. 172), nonché di criminalizzazione del negazionismo (art. 3 comma 3 *bis* della Legge Mancino, introdotto nel 2016 e modificato nel 2017²⁶⁵), senza poter

²⁶² L. ALESIANI, *op. cit.*, pp. 147 ss., individua i limiti alla libertà di manifestazione del pensiero non esplicitati dal dettato costituzionale: il rispetto della dignità e della libertà di altri individui; la tutela della segretezza e della riservatezza dell'individuo; l'esigenza di reprimere l'istigazione a delinquere. Per quel che concerne l'ordine pubblico vi è in dottrina una corrente che esclude la sua rilevanza costituzionale quale limite implicito, atteso che esso non è mai menzionato nella Carta e pone il rischio di vanificare tutte le libertà individuali di fronte al rischio, non sempre obiettivamente definibile, di turbamento della pace sociale. Tuttavia, la Corte costituzionale ha contemplato *expressis verbis* l'ordine pubblico quale limite implicito alla libertà di manifestazione del pensiero. Sull'ampiezza del concetto, però, si registrano forti oscillazioni nelle varie pronunce che hanno dovuto scrutinare la legittimità delle fattispecie contenenti i reati d'opinione, poste a tutela dell'ordine pubblico.

²⁶³ Parte della dottrina ha espresso un giudizio assai critico sull'approdo del Giudice delle leggi: secondo S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie del sistema penale*, Napoli, 1997, p. 109, in tal modo si è finito per "avallare gli assetti autoritari di tutela del codice Rocco". Così pure D. PULITANÒ, *Libertà di manifestazione del pensiero, delitti contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico (art. 21 Cost.)*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006; ID., *Libertà di pensiero e cattivi pensieri*, cit., p. 191, non reputa sufficiente per la compressione della libertà d'espressione la rilevanza costituzionale del bene che si va per tale via tutelando, essendo invece «necessario che il suo rilievo sia tale, nella razionale ricostruzione del sistema, da esigere e giustificare come valore poizore l'eccezionale compressione della libertà in potenziale antitesi». Si veda anche M. PELISSERO, *op. ult. cit.*, il quale riflette su come «la timidezza delle pronunce si si[a] tradotta nella tendenza al salvataggio delle norme incriminatrici esistenti».

²⁶⁴ Ampiamente sul tema L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, Padova, 2009. Per una lettura critica si veda anche L. STORTONI, *Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclama?*, in *Critica del diritto*, 1994, p. 14 ss.

²⁶⁵ Occorre segnalare che, per effetto del principio della riserva di codice, la disposizione è ora contenuta nell'art. 604-*bis* c.p. Sulla criminalizzazione del negazionismo si vedano E. FRONZA, *Memory and punishment. Historical denialism, free speech and the limits of criminal law*, Springer, 2018; M. MANETTI, *Libertà di pensiero e negazionismo*, in M. AINIS (a cura di), *Informazione Potere Libertà*, Torino, 2005, p. 41 ss.; D. PULITANÒ, *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2015, 4; A. CAVALIERE, *La discussione intorno alla punibilità del negazionismo. I principi di offensività e libera manifestazione del pensiero e la funzione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016; A. DI GIOVINE, *Il passato che non passa: "Eichmann di carta" e repressione penale*, in

sottacere le più recenti proposte parlamentari di condanna dell'omofobia e della transfobia²⁶⁶ e l'infervorato dibattito sull'*hate speech*²⁶⁷.

Tuttavia, si badi che, superato il periodo delle contestazioni sociali nello scorso secolo, i reati di opinione hanno vissuto un rimarchevole ridimensionamento nell'applicazione giudiziaria, una sorta di depenalizzazione sostanziale²⁶⁸ alla quale ha fatto eco l'attenuazione della politicità delle incriminazioni e, più in generale, di quella visione eticizzante che vorrebbe riposto nell'ordinamento giuridico il ruolo di censore della *disobbedienza sociale*.

Contestualmente hanno subito una battuta d'arresto le plurime questioni di legittimità costituzionale che venivano sollevate in ordine ai delitti in parola. L'anno zero sembra doversi individuare proprio nel 1981, allorché la Corte costituzionale, con la sentenza n. 28, ha dichiarato inammissibile - per l'eterogeneità del quesito - il *referendum* abrogativo che verteva su tutti i delitti di opinione e su alcuni delitti associativi e cospirativi²⁶⁹.

Riv. dir. pubbl. comp. eur., 2006, 1. Per una posizione favorevole si segnala P. SEVERINO, *Antigone o Porzia? Il giurista davanti alla legge ingiusta*, in *Cass. pen.*, III, 2013, p. 989, secondo la quale «la memoria non basta ad evitare di evocare comportamenti criminosi e discriminatori».

²⁶⁶ A. PUGIOTTO, *op. cit.*, in merito alle proposte di legge Concia-Di Pietro, Soro e Di Pietro riporta il monito di E. DOLCINI, *Omofobia e legge penale. Note a margine di alcune recenti proposte di legge*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 25, secondo cui «l'esigenza che il legislatore penale tenga ben fermo il rispetto della libertà di manifestazione del pensiero, evitando la creazione di nuove ipotesi di reato d'opinione».

²⁶⁷ Per una visione d'insieme V. NARDI, *I discorsi d'odio nell'era digitale: quale ruolo per l'Internet service provider?*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2, 2019 (in anteprima su *Dir. pen. cont.*, 7 marzo 2019)

²⁶⁸ M. PELISSERO, *op. ult. cit.*, p. 101, afferma che «le sempre più scarse pronunce sui reati di opinione» sono segno della «tendenza a non portare sul terreno giudiziario espressioni di conflittualità sociale». Di conseguenza, come afferma S. MOCCIA, *Diritto penale politico e giurisprudenza costituzionale in materia di libertà di riunione e di associazione (articoli 17 e 18 Cost.)*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 237, «soltanto in rapporto a manifestazioni conflittuali che concretamente aggrediscano la struttura socio-ordinamentale in sé, per negarla, è legittima l'attivazione del controllo sociale, dal momento che la possibilità del conflitto è uno dei presupposti sui quali si fonda lo stesso sistema costituzionale». Invero, questa tendenza è mutata negli ultimi anni, poiché il fenomeno (tendenzialmente criminogeno) dell'*hate speech* è al centro del dibattito politico-legislativo e porta con sé un'inevitabile spinta verso la criminalizzazione.

²⁶⁹ Corte cost., sent. n. 28 del 1981: «Di essi ventisei sono compresi nel Libro II (Dei delitti in particolare), e precisamente gli art. 256, 266, 269, 270, 271, 272, 273, 274 nel Titolo I (Dei delitti contro la personalità dello Stato), Capo I (Dei delitti contro la personalità internazionale dello Stato); gli artt. 279, 290, 291, 292, 292-bis, comma primo, limitatamente alle parole '290, comma secondo (vilipendio delle forze armate) e 292 (vilipendio della bandiera o di altro emblema dello Stato)', 293, nello stesso Titolo I, ma Capo II (Dei delitti contro la personalità interna dello Stato); l'art. 299 nello stesso Titolo I, ma Capo IV (Dei delitti contro gli Stati esteri, i loro Capi e i loro rappresentanti); gli artt. 302, 303, 304, 305 nello stesso Titolo I, ma Capo V (Disposizioni generali e comuni ai capi precedenti); l'art. 327 nel Titolo II (Dei delitti contro la pubblica Amministrazione), Capo I (Dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica Amministrazione); l'art. 342 nello stesso Titolo II, ma Capo II (Dei delitti dei privati contro la pubblica Amministrazione); gli artt. 402, 403, 404 nel Titolo IV (Dei delitti contro il sentimento religioso e contro la pietà dei defunti), Capo I (Dei delitti contro la religione dello Stato e i culti

Agli albori degli anni duemila il legislatore ha esperito i primi tentativi di depenalizzazione in senso formale delle fattispecie incriminatrici della manifestazione del pensiero “pericoloso”: in particolare, la l. 25 giugno 1999, n. 205²⁷⁰ ha abrogato l’art. 303 c.p. (pubblica apologia e istigazione a commettere i delitti contro la personalità dello Stato), senza tuttavia sortire alcun effetto, atteso che la medesima fattispecie concreta può essere sussunta sotto l’art. 414 c.p. Più sistematica, invece, la novella riformatrice di cui alla l. 24 febbraio 2006, n. 85, recante «Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione», per effetto della quale sono stati abrogati i delitti di attività antinazionale del cittadino all’estero (art. 269 c.p.) e di propaganda sovversiva (art. 272 c.p.). Inoltre, sono state apportate modifiche marginali ai delitti di vilipendio ed è stato affievolito il congegno repressivo della discriminazione razziale e religiosa contenuto nella c.d. legge Reale.

L’orientamento maggioritario in dottrina ha espresso un giudizio pressoché negativo sul risultato complessivo che è stato conseguito dagli interventi riformatori, denunciandone l’estrema cautezza e, soprattutto, il carattere estemporaneo dettato dalle vicende giudiziarie di rilevante impatto mediatico allora pendenti²⁷¹.

ammessi); gli artt. 414, comma terzo (Alla pena stabilita nel numero 10 soggiace anche chi pubblicamente fa l'apologia di uno o più delitti), 415 nel Titolo V (Dei delitti contro l'ordine pubblico). I rimanenti cinque sono compresi nel Libro III (Delle contravvenzioni in particolare), Titolo I (Delle contravvenzioni di polizia), Capo I (Delle contravvenzioni concernenti la polizia di sicurezza), Sezione I (Delle contravvenzioni concernenti l'ordine pubblico e la tranquillità pubblica), e precisamente: gli artt. 656, 657, 661, nel ff 1 (Delle contravvenzioni concernenti l'inosservanza dei provvedimenti di polizia e le manifestazioni sediziose e pericolose); gli artt. 667, 668 nel ff 3 (Delle contravvenzioni concernenti la vigilanza su talune industrie e sugli spettacoli pubblici)».

²⁷⁰ Ci sembra significativo notare che il provvedimento in commento ha in epigrafe la dizione testuale «Delega al Governo per la depenalizzazione dei reati minori e modifiche al sistema penale e tributario», dalla quale si può trarre un indizio in ordine al mutato approccio del sistema rispetto ai delitti di opinione.

²⁷¹ Così C. VISCONTI, *Il legislatore azzecagarbugli: le «modifiche in materia di reati di opinioni» introdotte dalla l.24 febbraio 2006 n. 85*, in *Foro it.*, 2006, V, p. 223, afferma che la depenalizzazione si è tradotta in «una riforma piena zeppa di incongruenze sistematiche, in cui verosimilmente l’unica linea politica che sembrerebbe aver realmente dominato è quella di prestare un riparo indulgenzialista a ben specifiche vicende giudiziarie»; negli stessi termini si esprimono A. PUGIOTTO, *op. cit.*; E. LAMARQUE, *op. cit.*, pp. 153-154, in cui l’A. propone una riflessione di più ampio respiro: «Della attitudine del reato di opinione ad essere utilizzato, o non utilizzato, in modo strumentale agli interessi o alle ideologie delle maggioranze che detengono il potere è in qualche modo prova la stessa vicenda legislativa appena conclusa, con cui si è provveduto alla soppressione o alla drastica riduzione della pena di numerosi reati appartenenti a questa categoria (oltre che alla modifica del reato di attentato all’integrità, all’indipendenza e all’unità dello Stato, per il quale pende un giudizio penale a carico di 41 dirigenti della Lega Nord...». Per una critica organica e di dettaglio si rinvia a M. PELISSERO, *Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati di opinione: occasioni mancate e incoerenza sistematiche (II)*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, pp. 1198 ss.; P. SIRACUSANO, *Pluralismo e secolarizzazione dei valori: la superstita tutela penale del fatto religioso nell’ordinamento italiano*, *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2009, pp. 629 ss.

1.1. Nuove prospettive definitorie e problemi sempre attuali

Il primo ostacolo in cui incappa l'interprete nell'esaminare i reati di opinione è rappresentato dalla difficoltà di pervenire ad una definizione condivisa e generalmente valevole per un'intera categoria di illeciti dai contorni alquanto incerti.

A ben vedere, l'incertezza definitoria non è altro che il riflesso di una più profonda indeterminazione²⁷² la quale, marchiando onticamente le fattispecie incriminatrici *de quibus*, si fa a sua volta proiezione sul piano della tecnica legislativa adoperata, oltre che su quello del bene giuridico tutelato, della tensione irrisolta fra la libertà d'espressione e l'intervento penale. Tensione che, come si è già prospettato, diventa la linfa dei principali motivi di conflittualità con la Costituzione, rilevando sia sotto il profilo dell'incerto fondamento costituzionale dei *limiti impliciti* - che dei reati di opinione rappresentano l'*ubi consistam* - sia sotto quello della carenza di offensività delle incriminazioni. Si aggiunga, poi, il rischio di un uso meramente strumentale, se non surrettizio, della loro contestazione e dello stesso sviluppo legislativo di tale categoria delittuosa all'interno dell'ordinamento contemporaneo (ne è emblematica la novella abrogatrice del 2006, v. *supra* § 1).

Secondo un autorevole commentatore²⁷³, la variabilità della definizione dei reati di opinione e, quindi, della portata precettiva degli stessi è strettamente correlata

²⁷² A. SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pp. 697 ss., afferma che le fattispecie dei reati di opinioni sono affette da una duplice indeterminazione. Il primo tipo di indeterminazione deriva dalla formulazione eccessivamente generica delle fattispecie stesse, «venendo esse imperniate su condotte illecite descritte mediante l'impiego di locuzioni troppo laconiche (vilipendere; fare l'apologia; fare propaganda)». Ma il profilo più critico è il secondo: «le fattispecie incriminatrici di reati d'opinione sono affette anche da quello che potremmo chiamare un *feedback* di indeterminazione: una indeterminazione indotta, cioè, dalle incertezze circa il reale contenuto offensivo della condotta incriminata». Semplificando tale asserto, si vuole dire che i reati di opinione pongono un serio problema di individuazione del fatto tipico ed offensivo, poiché a casi di agevole ricostruzione della condotta tipica - «nei quali è evidente la riconducibilità della condotta al concetto, e quindi alla fattispecie» - fanno da contraltare casi concreti collocati in una zona grigia, per i quali è assai arduo ricondurre ad una fattispecie astratta (si pensi ad una condotta che, pur irrilevante, non sia brutalmente vilipendio ovvero di una condotta solo implicitamente o surrettiziamente apologetica). «Il fatto che spesso siano incerte, o controverse, le ragioni soggiacenti alle (gli scopi di tutela perseguiti dalle) incriminazioni di reati d'opinione, rende difficilmente praticabile anche quell'interpretazione teleologica, che normalmente consente di sopperire alle deficienze di determinatezza nella descrizione delle fattispecie delle norme giuridiche».

²⁷³ M. PELISSERO, *La parola pericolosa*, cit., p. 37. Dello stesso avviso F. FASANI, *Le parole "preparatorie"*, cit., p. 109, che si esprime in questi termini: «Le incertezze sono derivate per lo più dal legame biunivoco impostato tra i reati di opinione e la libertà di espressione del pensiero ex art. 21 Cost. Sono evidenti, in particolare, le conseguenze che discendono dall'introdurre nella definizione di tali

all'influenza di «criteri valutativi pregiuridici» (o metagiuridici) sulla copertura costituzionale della libertà di espressione, da intendersi come l'estensione sia del concetto “*pensiero*”, fondante la libertà, sia dei beni giuridici che si atteggiavano quali «*limiti impliciti*» ad essa.

Si tratta di concetti e valori dalla spiccata connotazione morale²⁷⁴, che attingono al mondo delle idee e che sono suscettivi di una individuazione sovente ineffabile o comunque mutevole nel tempo, in quanto subietta alle oscillazioni della percezione collettiva e del sotteso rapporto individuo-autorità²⁷⁵. Il che, traslando sul piano prettamente giuridico, si traduce nell'indeterminatezza (*rectius*: carenza di tassatività) con le quali sono formulate le fattispecie incriminatrici, nonché in una perenne incertezza circa lo spazio consentito all'intervento penale e, soprattutto, circa la sua stessa legittimazione.

Muovendo da tale premessa, la letteratura in materia ha enucleato due criteri di selezione del campo applicativo dei reati di opinione. Il primo e più risalente criterio è meglio noto come la teoria dei c.d. *limiti logici* alla libertà di manifestazione del pensiero²⁷⁶ e si è esplicitato nel correttivo ermeneutico di limitare il concetto stesso di pensiero²⁷⁷, quindi di opinione. In tale prospettiva, si è affermato che le condotte di

illeciti dei dati, a loro volta mutevoli, come l'estensione del concetto costituzionale di *pensiero* e i confini della relativa libertà individuale, visti tanto in valore assoluto, quanto in relazione ai beni potenzialmente confliggenti».

²⁷⁴ In particolare, si noti che l'incriminazione dei reati di opinione ha per oggetto la tutela di «valori morali o spirituali sovra-individuali, o di sensibilità collettive rispetto ad essi: il prestigio dello Stato e delle pubbliche istituzioni; l'idea di nazione; il sentimento nazionale; il sentimento religioso; la pace e la tranquillità sociale (come sentimento collettivo di sicurezza, o come riflesso emotivo-sentimentale della vigenza di certi valori); l'ideale dell'ordine pubblico (come difesa delle ideologie dominanti e come fedeltà alla legge e ai valori in essa incarnati); l'eguaglianza tra le persone»: così A. SPENA, *op. ult. cit.*, p. 701.

²⁷⁵ Significative le parole di A. PUGIOTTO, *op. cit.*, p. 10: «la degenerazione di un ordinamento democratico in un regime ideologicamente chiuso – come diceva Gaetano Salvemini – avviene gradualmente, e te ne accorgi quando si è ormai consumata».

²⁷⁶ Fra i principali sostenitori della teoria S. FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957; C. ESPORITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958; P. NUVOLONE, *Il problema dei limiti della libertà di pensiero nella prospettiva logica dell'ordinamento*, in AA.VV., *Legge penale e libertà del pensiero*, Padova, 1966, pp. 353 ss.; più cauto rispetto alle condotte di apologia e propaganda G. DELITALA, *I limiti giuridici alla libertà di stampa*, 1959, Milano, *passim*.

²⁷⁷ Per comprende la portata di opzione interpretativa si rinvia a G. BETTIOL, *Sui limiti penalistici alla libertà di manifestazione del pensiero*, in *Legge penale e libertà del pensiero*, cit. p.14, laddove afferma che «non è pensiero ciò che non può essere posto ad un così alto livello di considerazione per cui non può godere della garanzia costituzionale». Il che varrebbe non solo per «la menzogna, la falsità, vale a dire l'opposto della verità o per il furto del pensiero altrui», ma anche per le «manifestazioni dell'uomo soverchiate da momenti psicologico-sentimentali, irrazionali, volitivi, ed emotivi che non tendono per natura loro a persuadere ma ad eccitare, a commuovere».

istigazione, apologia, propaganda e vilipendio sono altro rispetto al concetto di manifestazione del pensiero tutelato dall'art. 21 Cost., giacché esse non si limitano a esteriorizzare una facoltà cognitivo-intellettuale, bensì concretano un «principio di azione»²⁷⁸, un incitamento all'azione (la *parola armata*). In tal modo, si preserverebbe il rispetto di quel canone generale espresso dal brocardo "*cogitationis poenam nemo patitur*".

Attraverso la negazione della sussistenza del requisito 'opinione' in ordine a tali fattispecie è stato espunto dalla tutela costituzionale il c.d. *pensiero dinamico*, ossia quel messaggio espressivo «rivolto a trasmettere un pensiero con l'obiettivo di sollecitare riflessioni ed azioni»²⁷⁹. A monte il connotato della dinamicità viene dedotto dalla notazione teleologica che il soggetto agente imprime alla sua locuzione, tuttavia, in tal guisa, l'asse dell'antigiuridicità rischia di traslare *tout court* sull'atteggiamento interiore (*Gesinnung*)²⁸⁰.

Posta in questi termini, l'incriminazione avrebbe ad oggetto condotte verbali capaci di orientare verso una precipua direzione la volontà del soggetto destinatario, così da innescare una serie causale destinata a produrre una modificazione nella realtà esteriore. L'apologia e la propaganda rileverebbero, infatti, penalmente non appena assumessero la forma di una sollecitazione a «rompere le condizioni formali di equilibrio giuridico della comunità»²⁸¹.

Si può cogliere un riflesso di siffatta teoria nella citata sentenza della Corte costituzionale del 1966, laddove si è sancito relativamente all'art. 272 c.p. che «*la propaganda non si identifica perfettamente con la manifestazione del pensiero; essa è indubbiamente manifestazione, ma non di un pensiero puro ed astratto, quale può essere quello scientifico, didattico, artistico o religioso, che tende a far sorgere una*

²⁷⁸ Così G. DE VERO, *op. cit.*, p. 101, il quale prosegue: «esse concreterebbero altrettanti limiti logici della libertà oggetto di tutela costituzionale». Con la rilevante conseguenza che «non sarebbe affatto necessario [...] interrogarsi sulla consistenza del bene giuridico rispettivamente protetto, per metterlo a confronto con il valore costituzionale garantito dalla libertà di espressione».

²⁷⁹ M. PELISSERO, *La parola pericolosa*, cit., p. 37.

²⁸⁰ Tale asserto si pone in manifesta antitesi rispetto all'indirizzo giurisprudenziale, suggellato nella pronuncia delle Sezioni Unite del 1958, che ha definito l'apologia come un reato d'opinione pure, negando altresì rilevanza ad ogni proiezione intenzionale che corredi la volontà e la rappresentazione dell'agente.

²⁸¹ La citazione è di P. NUVOLONE, *op. ult. cit.*, p. 353, il quale prosegue: «dovrà trattarsi, quindi, essenzialmente di *forme attivizzanti*, e cioè teleologicamente orientate a suscitare nei destinatari comportamenti modificatore della realtà [...] in modo tale da mettere in pericolo il carattere 'aperto' della *civitas*».

conoscenza oppure a sollecitare un sentimento in altre persone. Nella propaganda, la manifestazione è rivolta e strettamente collegata al raggiungimento di uno scopo diverso, che la qualifica e la pone su un altro piano»²⁸².

L'esito preminente che discende dall'emersione dei limiti logici della manifestazione del pensiero si traduce nella legittimazione di quasi tutte le preesistenti incriminazioni dei reati d'opinione.

Secondo un sostenitore della tesi in discussione²⁸³, si tratta di un precipitato logico dell'assimilazione sostanziale della propaganda e dell'apologia all'istigazione, tutte ipotesi accomunate sotto la formula delle «forme attivizzanti» del pensiero. Orbene, siffatta teoria è stata oggetto di ampie critiche sin dalla sua elaborazione²⁸⁴, in quanto considerata intimamente connessa all'impianto conservatore ed illiberale del codice Rocco, donde pregiudizievole per l'effettività delle garanzie costituzionali.

I profili censurati sono plurimi. Anzitutto, si è obiettato che l'interpretazione limitativa della tutela *ex art. 21 Cost.* al solo pensiero "puro" (inteso come «astrazione teorica»²⁸⁵) tradisce la reale volontà del legislatore costituente, il quale - nell'immaginare una società di tipo aperto e pluralista - ha inteso garantire la pienezza della libertà di espressione oltre il momento meramente speculativo, così da tutelare il pensiero come potenziale azione²⁸⁶.

Ragionare diversamente significherebbe degradare la libertà suggellata all'art. 21 della Carta «da diritto democratico a privilegio aristocratico»²⁸⁷ in virtù di una

²⁸² Parimenti può essere citata la sentenza della Corte costituzionale n. 39 del 1965, ove si è asseverato in un *obiter dictum* che il vilipendio dell'altrui religione «non è un modo di professare la propria fede, di farne propaganda, di esercitarne il culto e non rientra quindi tra le manifestazioni di fede religiosa garantita dalla Costituzione, implicanti il diritto di manifestare il proprio pensiero su religioni diverse dalla propria, e di farne oggetto di discussione, ma non il potere di vilipendere la religione altrui, recando ad essa grave offesa e facendone oggetto di pubblico dileggio».

²⁸³ Il riferimento è a P. NUVOLONE, *Reati di stampa*, cit., pp. 29 ss.

²⁸⁴ Ampiamente C. FIORE, *op. cit.*, pp. 124 ss., il quale dai punti oggetto di critica trae un ulteriore argomento per operare una determinazione delle norme penali che devono ritenersi incompatibili con l'ordinamento costituzionale: ad esempio, l'art. 272, co. 1 e 3, c.p. le condotte di apologia politicamente rilevanti (artt. 266, 303 c.p.); parimenti, le ipotesi di istigazione e quelle correlative di cospirazione politica mediante accordo o associazioni andrebbero riviste nel senso di circoscriverne l'applicabilità ai soli casi in cui configurino vere condotte di organizzazione e preparazione di attentati alla sicurezza dello Stato.

²⁸⁵ V. nota 274.

²⁸⁶ A. C. JEMOLO, *I problemi pratici della libertà*, Milano, 1972, *passim*, afferma infatti che la prima forma di libertà è quella non solo di esprimere le proprie idee, ma di cercare in ogni modo di divulgarle e di convincere chi non le condivide.

²⁸⁷ Così D. PULITANÒ, *Libertà di pensiero e pensieri cattivi*, cit., p. 192. L'A. è lapidario nel «troncare il discorso, bollando come reazionario - e perciò solo anticostituzionale - qualsiasi tentativo di discriminare tra le innumerevoli manifestazioni della 'cultura' (nel senso più lato), riaffermando invece

discriminazione fra manifestazioni di pensiero che non poggia affatto su una base positiva.

Nemmeno l'assimilazione *quoad effectum* della propaganda e dell'apologia all'istigazione a delinquere - la cui legittimità costituzionale è stata riconosciuta percorrendo un *iter* interpretativo meno ispido - risulta confacente per lasciarle fuori dallo spettro di tutela del precetto costituzionale²⁸⁸. Ancora, la notazione teleologica della manifestazione del pensiero, che si è sostenuto essere in grado di tramutare l'astrazione teorica in pensiero dinamico, non può essere addotta a sostegno dell'interpretazione "riduttiva" dell'art. 21 Cost., atteso che per tale via si opererebbe una menomazione di tale libertà nella sua parte più vitale e relazionale²⁸⁹.

Pertanto, la debolezza argomentativa della ricerca di limiti intrinseci alla garanzia costituzionale ha indotto parte della dottrina e la giurisprudenza maggioritaria a virare su un differente criterio di selezione dei reati di opinione: il bilanciamento ragionevole e concreto della libertà di espressione con altri interessi, la cui tutela manifesta una rilevanza costituzionale²⁹⁰.

Si tratta della dottrina dei c.d. *limiti costituzionali* alla libertà di manifestazione del pensiero, che può compendiarsi rievocando la consolidata opinione del Giudice delle leggi nel riconoscere la sussistenza di «*altri limiti - impliciti - dipendenti dalla necessità di tutelare beni diversi, che siano parimenti garantiti dalla Costituzione, di guisa che, in tal caso, l'indagine va rivolta all'individuazione del bene protetto dalla norma*

la garanzia di libertà nella più vasta portata logica, come libertà della cultura in tutte le sue forme espressive, parlino esse all'intelletto soltanto, od anche al sentimento e alla volontà nell'immediatezza di un discorso politico». Dello stesso avviso G. MARCONI, *op. cit.*, p. 151, che definisce l'apologia e la propaganda «forme peculiari di conoscenza intellettuale-razionale, e pertanto rappresentano autentiche manifestazioni del pensiero», atteso che l'art. 21 Cost. assicura a tutte le manifestazioni espressive «lo stesso scudo protettivo».

²⁸⁸ G. DELITALA, *op. cit.*, p. 390, chiarisce che non «si vede alcun motivo perché debba considerarsi manifestazione di pensiero in senso stretto solo l'astratta enunciazione di principi teorici, e non anche l'espressione vivificata dall'interiore adesione al pensiero esposto, e quindi la propaganda e l'apologia delle proprie dottrine».

²⁸⁹ Sul punto è netta la presa di posizione di C. FIORE, *op. cit.*, p. 128, secondo cui la caratterizzazione teleologica della manifestazione del pensiero è proprio quella che più importa tutelare «perché non si capisce davvero a che cosa la manifestazione del pensiero servirebbe, nella lotta politica, se non dovesse servire a guadagnare proseliti e, quando occorre, ad esaltare gli animi, suscitando entusiasmi ed emozioni».

²⁹⁰ Può essere considerato il principale sostenitore della tesi in parola P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975. Ma si vedano anche S. FOIS, *op. cit.* e, nella dottrina penalistica, G. ZUCCALÀ, *Personalità dello Stato, ordine pubblico e tutela della libertà di pensiero*, in *Legge penale e libertà del pensiero*, cit., p. 89 ss., nonché G. VASSALLI, *Libertà di stampa e tutela penale dell'onore*, in *Arch. pen.*, 1967, *passim*.

impugnata ed all'accertamento se esso sia o meno considerato dalla Costituzione in grado tale da giustificare una disciplina che in qualche misura possa apparire limitativa della fondamentale libertà in argomento»²⁹¹.

Occorre riconoscere sin da ora che anche tale argomentazione, «sebbene sia imprescindibile in un sistema costituzionale che riconosce una pluralità di interessi e di sfere di libertà da tutelare»²⁹², in ultima istanza, è stata servente alla limitazione dell'ambito di tutela demarcato dalla Carta costituyente, così da preservare la legislazione penale ereditata.

Un esito che è stato raggiunto ritenendo sufficiente a limitare l'esercizio della libertà di espressione la semplice menzione di un bene confligente nel dettato costituzionale. Tuttavia, in tal modo è stato denegato il soddisfacimento del requisito di concretezza e ragionevolezza del bilanciamento fra gli interessi contrapposti, destinando inesorabilmente la libertà di manifestazione alla soccombenza. Ciò ha suscitato forti critiche da parte della dottrina²⁹³ al punto tale da mettere in guardia circa il rischio che detto criterio ermeneutico si riduca ad una «sbiadita ricerca»²⁹⁴ di tipo filologico, anziché assurgere a una valutazione normativo-assiologica. E la cartina di tornasole del rischio paventato è rappresentata proprio da quell'orientamento giurisprudenziale (invero, non minoritario) che ha enucleato limiti alla libertà di manifestazione del pensiero non previsti in Costituzione, così comprimendo tale garanzia «entro una morsa costituita da beni che si rivelano oltretutto molto fluidi e difficile da definire»²⁹⁵ (si pensi all'ordine pubblico, al sentimento religioso ovvero alla sicurezza collettiva).

A questo punto del discorso dovremmo pervenire a una conclusione, eppure non si individua nessun punto fermo, avvertendosi soltanto la consapevolezza dell'incertezza sistematico-dogmatica che domina la materia. Unica certezza, alla quale si aggiunge l'inequivocabile conclusione giurisprudenziale a cui hanno condotto entrambi i criteri

²⁹¹ Corte costituzionale, sent. n. 20 del 1974.

²⁹² M. PELISSERO, *La parola pericolosa*, cit., p. 38.

²⁹³ In senso critico C. FIORE, *op. cit.*, p. 90: «quando questa difficile lettura della Carta costituzionale si compia nella piena consapevolezza del ruolo che spetta alla libertà di espressione in una società democratica, allora si dovrà prendere atto che praticamente nessun bene costituzionalmente tutelato – ancorché «fondamentale» - può considerarsi, per ciò solo, immunizzato *a priori* contro manifestazioni espressamente avverse». Pertanto, è erroneo ritenere dirimente il semplice chiamare in causa la natura degli interessi in gioco astrattamente meritevoli di tutela. Della stessa opinione D. PULITANÒ, *op. ult. cit.*; S. MOCCIA, *Diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992.

²⁹⁴ L'espressione è di A. MITTONE, *Il codice repressivo*, in *Biblioteca della libertà*, VII, 1970, p. 21.

²⁹⁵ Così F. FASANI, *op. ult. cit.*, p. 110.

prospettati, ossia la legittimazione della quasi totalità delle preesistenti incriminazioni²⁹⁶. Muovendo da tale premessa, sarebbe velleitario ricercare una nozione comune e univoca dei reati d'opinione: ogni tentativo è destinato, infatti, ad infrangersi contro un coacervo di definizioni spesso distoniche, che mutano a seconda dell'approccio dogmatico adottato rispetto al rapporto tra la libertà di espressione e i limiti dell'intervento penale. Occorre, dunque, immergersi nel *mare magnum* delle letture dottrinali per intercettarne le note più caratteristiche e porle in dialogo, al fine di poterne intercettare un comun denominatore.

Un primo indirizzo ha elaborato una definizione di rimarchevole ampiezza, identificando i reati di opinione con quelle fattispecie che non consistono in un *facere* o in un *non facere*, bensì in un mero *dicere*²⁹⁷ e includendovi «i reati offensivi dell'onore dei singoli o del prestigio delle istituzioni, della pubblica autorità o di determinate persone [...] i reati di apologia e di propaganda, di istigazione, pubblicazione o diffusione di notizie false, esagerate o tendenziose [...] e di grida sediziose»²⁹⁸. Secondo una recente dottrina, può parlarsi a tal proposito di una nuova categoria delittuosa: i *reati di parola*.

Si registrano poi definizioni intermedie elaborate da una parte della dottrina che ha escluso dal perimetro dei reati di opinione alcune tipologie delittuose, sulla base dei criteri di selezione di cui abbiamo precedentemente discusso. Ci preme segnalare, in particolare, l'opzione di chi non riconosce all'istigazione la natura di reato d'opinione, ritenendo che essa si esaurisca in una peculiare forma espressiva destinata a incidere materialmente sulla realtà.

Al vertice della piramide si collocano, invece, le definizioni restrittive, anch'esse elaborate nell'ambito della più lata riflessione circa i limiti logici ovvero costituzionali

²⁹⁶ M. PELISSERO, *op. ult. cit.*, sintetizza così lo sviluppo giurisprudenziale: “vuoi attraverso la teoria dei limiti logici, vuoi attraverso il riconoscimento della natura meramente programmatica dell'art. 21 Cost., vuoi infine attraverso il bilanciamento degli interessi, la giurisprudenza ha confermato in buona parte l'assetto di tutela ereditato dal regime fascista, che a sua volta aveva sfruttato e potenziato i germi liberticidi della precedente legislazione liberale; così, forte di questa legittimazione, il legislatore non ha esitato ad ampliare il novero dei reati di opinione”. A tal proposito ci sembrano emblematiche le parole della Corte costituzionale nella sentenza n. 142 del 1973: “non può negarsi che le figure di reato cui si riferisce l'ordinanza [reati di opinione] tendono alla protezione di beni e valori essenziali alla pacifica convivenza associata e all'ordinato funzionamento del sistema costituzionale”.

²⁹⁷ F. MANTOVANI, *I reati di opinione*, in *Il Ponte*, 1971, pp. 206 ss.

²⁹⁸ Ci riferiamo a F. FASANI, *op. ult. cit.* L'A. precisa che, invero, il Mantovani esclude dal novero dei reati d'opinione latamente intesi alcune fattispecie incriminatrici che pure consistono in un *dicere*: si pensi ai reati di falsa testimonianza, di minaccia, di false dichiarazioni sull'identità etc.

della libertà di manifestazione del pensiero. Fra le varie voci dottrinali qui rilevanti spicca per restrittività e precisione quella che, argomentando dallo scopo della norma incriminatrice e dal modo in cui è tipizzata la condotta da neutralizzare, definisce il reato di opinione come l'incriminazione di «un certo fatto in quanto espressivo di un contro-valore rispetto ad un valore morale sovraindividuale, od anche in quanto turbativo di una sensibilità sovra-individuale rispetto ad un valore morale»²⁹⁹.

In tale prospettiva, la scure del legislatore avrebbe di mira l'estrinsecazione, tanto verbale quanto comportamentale, di un'opinione che tende a adulterare valori morali sovraindividuali di preminente rilievo ovvero a turbare la sensibilità collettiva in ordine agli stessi, prescindendo da ogni ulteriore proiezione esterna del contegno espressivo. A ben vedere, il diretto corollario di siffatto inquadramento è l'esclusione dell'istigazione dalla categoria dei reati di opinione in ragione dell'attitudine obiettiva della condotta e dell'intenzione del soggetto agente di provocare nel mondo reale un *quid* «di diverso dalla mera ricezione del messaggio valutativo espresso»³⁰⁰.

Parimenti, non sono da contemplare la diffamazione e l'ingiuria, il cui fatto tipico rileva quale aggressione a valori morali *individuali* e alla correlata sensibilità.

È un dato inconfutabile che le definizioni esaminate sono guidate da due criteri ontologici differenti: da un lato, può individuarsi un criterio di natura tipico-strutturale, che ha posto l'accento sulle modalità espressive del soggetto agente (*rectius*: loquente) così riconoscendo al *dicere* la pari dignità del *facere* quale elemento oggettivo della fattispecie incriminatrice; dall'altro lato, un criterio di natura valoriale ha indotto a focalizzarsi sul concetto di opinione e sull'estensione dello spettro di tutela costituzionale. Altrettanto fondata può dirsi l'osservazione che entrambi i criteri sono forieri di incertezze e carenti di precisione analitica, sia se considerati singolarmente

²⁹⁹ È l'opzione interpretativa di A. SPENA, *op. cit.*, p. 695. Fortemente critico C. VISCONTI, *op. ult. cit.*, pp. 126 ss.

³⁰⁰ L'A. specifica in un successivo passaggio che «La condotta, da parte del legislatore, è assunta dal punto di vista del contenuto valutativo del messaggio espresso, e non degli eventuali ulteriori effetti che l'espressione del messaggio ha, o può avere, nel mondo esterno». A suffragare l'esclusione dell'istigazione a delinquere dai delitti di opinione viene adotta la pronuncia della Corte costituzionale n. 16 del 1973, ove si è affermato incidentalmente che «*l'istigazione non è pura manifestazione del pensiero, ma è azione e diretto incitamento all'azione, sicché essa non risulta tutelata dall'art. 21 Cost.*». Volgendo lo sguardo, invece, ad una prospettiva comparatistica, particolarmente interessante è la tesi elaborata da un'autorevole dottrina nordamericana: «communications whose dominant purpose is to accomplish something rather than to say something are not reached by the principle of free speech or are reached much less strongly than are ordinary claims of facts and values», così R.K. GREENAWALT, *Speech, Crime, & the Uses of Language*, New York - Oxford, 1989, p. 40.

che applicati congiuntamente³⁰¹. In particolare, occorre porre in evidenza l'aporia cui conduce il tentativo di ipostatizzare l'istigazione quale entità altra e diversa rispetto alla manifestazione del pensiero, obliando del tutto la sua natura di condotta verbale. Pertanto, seppur con le debite riserve³⁰², sembra più funzionale ai fini dell'analisi sulla normativa di contrasto alla propaganda del terrorismo far ricorso al criterio strutturale e, dunque, alla categoria dei *reati di parola* intesa come l'*ensemble* degli illeciti penali il cui fatto tipico è strutturato su una condotta schiettamente verbale (requisito della c.d. *verbalità*).

Ragionare attraverso la categoria dei reati di parola, specialmente in relazione alle disposizioni interpolate dai due decreti antiterrorismo, presenta il vantaggio di poter compiere un passo in avanti nella laicizzazione dell'intervento penale sulla libertà di espressione, così affrancandolo – almeno in principio – dal disegno statolatrco di controllo del dissenso politico, positivizzato dal legislatore del 1930. Tuttavia, si impone un importante *caveat*: superare l'identificazione formalistica dei reati di opinione a sfondo terroristico con il *genus* del reato politico³⁰³ non li rende immuni da censure di illegittimità costituzionale.

Anzi, come è stato già anticipato, all'atavica questione della tutela *ex art. 21 Cost.* si sommano i profili critici che discendono dal conflitto tra il rispetto dei canoni di offensività e materialità, da una parte, e l'arretramento della soglia di punibilità sino allo stadio delle c.d. «parole preparatorie»³⁰⁴, dall'altra (si rinvia al Cap. I, par. 7).

Al netto delle considerazioni espone nelle pagine che precedono, possiamo pervenire a un primo approdo definitorio: le fattispecie legali *de quibus* descrivono un reato a condotta libera (illecito di natura formale) fondato sul *dicere* (manifestazione recettiva

³⁰¹ Sul punto si segnala il perspicuo ragionamento di F. FASANI, *op. cit.*, p. 12: «si sono già visti i problemi sorti nel tentativo di rispondere a domande cruciali a fini classificatori: l'istigazione è (solo) un *dicere* o è (già) un *facere*? La diffamazione e il vilipendio sono opinioni costituzionalmente protette? Queste e altre domande analoghe hanno purtroppo dimostrato come i due criteri manchino di precisione già se presi individualmente».

³⁰² Le categorie dei reati di opinione e dei reati di parola non sono perfettamente coincidenti, ma disegnano degli insiemi fra loro intersecati, con dei punti di parziale sovrapposizione. Così F. FASANI, *op. cit.*: «esistono infatti reati di opinione che sono reati di parola (ad es. l'apologia), reati di opinione che non sono reati di parola (ad es. il vilipendio della bandiera mediante sputi, bruciature ecc.) e reati di parola che non sono reati d'opinione (ad es. il disturbo della quiete e del riposo delle persone mediante canti e schiamazzi)». Per l'A. nell'ambito della legislazione penale di *counter-terrorism* è più opportuno il riferimento ai reati di parola, «in quanto dotata di un sufficiente grado di scientificità e precisione».

³⁰³ Secondo la lettura interpretativa del reato politico, a cui abbiamo aderito (Cap. I, par. 3.1.), si tratterebbe di reati a condotta politica. Cfr. M. PELISSERO, *op. ult. cit.*, *passim*.

³⁰⁴ Il riferimento è chiaramente a F. FASANI.

di un pensiero) e configurano restrizioni *content-based* della manifestazione del pensiero, secondo la teorizzazione della dottrina nordamericana³⁰⁵.

2. È possibile un'interpretazione costituzionalmente orientata?

La riflessione sui reati di opinione è dominata da un interrogativo essenziale: «ha lo Stato il potere di punire tutte le espressioni che tendono, anche in maniera remota, a provocare degli atti contrari alla legge, o solamente le espressioni che incitano direttamente a commettere degli atti contrari alla legge?»³⁰⁶.

Si è affermato che siffatte incriminazioni concretano delle restrizioni *content-based* della “sacrosanta” libertà di veicolare in qualsiasi forma il proprio pensiero. Un enunciato esegetico condivisibile, che semplificando consente una perspicua visione d'insieme della materia, ma non per ciò solo oblitera le spinosità di fondo circa la legittimazione della restrizione operata dal diritto penale. Il *punctum dolens* è rappresentato dal dubbio fondamento costituzionale dei delitti di opinione e si sviluppa attraverso un duplice nodo focale, dal momento che non basta interrogarsi solo sull'*an* della restrizione, bensì occorre che la disamina si focalizzi altresì sul *quomodo* dell'intervento penale (segnatamente, sulla tecnica legislativa di costruzione della fattispecie incriminatrice).

In ordine al primo aspetto, è lapalissiano che la giustificazione della restrizione della garanzia individuale *ex art. 21 Cost.* debba tradursi nella ricerca di limiti legittimi. Sommariamente si è già prospettato che l'individuazione di limiti intrinseci (c.d.

³⁰⁵ G.R. STONE, *Restrictions of Speech Because of its Content: The Peculiar Case of Subject-Matter Restrictions*, in *The University of Chicago Law Review*, 1978, p. 81: «Governmental restrictions of expression may be divided into two categories — content-neutral restrictions and content-based restrictions. Content-neutral restrictions restrict communication without regard to the message conveyed. Laws prohibiting noisy speech near a hospital, banning the erection of any billboards in residential communities, or requiring disclosure of the names of leafleteers are examples [...]. Content-based restrictions, on the other hand, restrict communications because of the message conveyed. Laws prohibiting the publication of specific types of “confidential” information, forbidding the hiring of teachers who advocate the violent overthrow of the government, or banning the display of the swastika in certain neighborhoods illustrate this type of restrictions». Della stessa opinione è A. SPENA, *op. cit.* p. 693, il quale assevera: «le norme incriminatrici di reati d'opinione incentrano innanzitutto il proprio giudizio di disvalore, non tanto sull'utilizzo di questo o quel mezzo espressivo, ma sul fatto stesso dell'espressione di un certo contenuto valutativo».

³⁰⁶ Così C. FIORE, *op. cit.*, p. 103, traducendo Z. CHAFEE, *Free Speech in the United States*, Cambridge, 1954, p. 23.

logici), seppur avallata da talune pronunce della Corte costituzionale³⁰⁷, è stata considerata un paralogismo, in quanto maturata dalla consapevolezza che non si possono legittimamente esprimere opinioni connotate dalla volontà di un violento sovvertimento dei principi formali dell'ordinamento democratico e dei rapporti sociali ad esso sottesi³⁰⁸. Il limite logico - secondo tale dottrina - diventerebbe operativo laddove una determinata forma espressiva non possa stimarsi quale opinione tutelata dalla Carta costituzionale, non rientrando "logicamente" in quel concetto ciò che è, invero, un principio di azione. Ad ogni modo, la distinzione tra pensiero statico e pensiero dinamico, oltre ad essere antitetica alla *ratio* che ha ispirato il legislatore costituente³⁰⁹, rappresenta una *fictio* davvero astrusa (secondo taluni commentatori ultronea) e di impossibile attuazione nel concreto, perché «il pensiero è sempre anche azione»³¹⁰ (la parola è armata in potenza).

Orbene, la via da seguire per individuare un fondamento costituzionale è quella dei limiti estrinseci alla libertà di manifestazione del pensiero, ossia la ricerca di beni giuridici costituzionalmente rilevanti la cui tutela possa entrare in gioco quale controvalore nel bilanciamento fra interessi confliggenti.

Il principio del bilanciamento degli interessi è stato, infatti, la leva con cui la Corte costituzionale ha giustificato la compressione della libertà *ex art. 21 Cost.* attraverso l'emersione dei *limiti impliciti*³¹¹. Tuttavia, l'approccio si è ben presto rilevato semplicistico, se non disinvolto³¹²: il mero rilievo di un bene giuridico a livello

³⁰⁷ *Ex multis*, Corte cost., sent. n. 84 del 1969, n. 108 del 1974.

³⁰⁸ Cfr. P. NUVOLONE, *Il diritto penale della stampa*, cit., p. 21 ss., il quale ritiene che l'unico limite logico alla libertà di espressione sia che le opinioni non propugnino la rottura delle condizioni fondamentali di evoluzione della istituzione. In tale contesto, questo limite logico, non a caso, può sussistere solo con riferimento alla libertà di opinione in senso politico p. 173; si vedano anche G. MANZINI, *Trattato*, cit., IV, p. 380 ss.; P. BARILE, *op. cit.*, p. 424.

³⁰⁹ Sintetizza così A. PUGIOTTO, *op. cit.*, p. 17: «La distinzione tra puro pensiero e principio di azione si rivela inappagante anche se adoperata *in bonam partem* per circoscrivere l'ambito di applicazione di taluni reati di opinione, condizionandone la legittimità a una loro interpretazione conforme a Costituzione. Non è detto, infatti, che tale soluzione interpretativa riesca a imporsi tra i giudici penali, anche quando avvalorata da un pronunciamento della Corte Costituzionale. Così come lo slittamento dal diritto penale scritto al diritto vivente giurisprudenziale può mettere a rischio le esigenze basiche della certezza del diritto e della tassatività-determinatezza della fattispecie penale».

³¹⁰ P. BARILE, *op. cit.*, p. 472.

³¹¹ Come evidenzia M. PELISSERO, *La parola pericolosa*, cit., p. 38, per questa via «è stato facile offrire una legittimazione costituzionale ai reati di opinione presenti nel codice Rocco, eccezion fatta per il delitto di propaganda ed apologia antinazionale (art. 272 comma 2 c.p.), difficilmente difendibile in quanto, tutelando soltanto un sentimento, era privo di un bene giuridico bilanciabile con la libertà di manifestazione del pensiero».

³¹² Per i reati di vilipendio S. PROSDOCIMI, voce *Vilipendio (reati di)*, in *Enc. dir.*, Vol. XLVI, Milano, 1993, p. 745, sostiene che «in questo modo, anche allorquando l'ossequio formale alla teoria del

costituzionale ha costituito il *commodus discessus* per eludere un bilanciamento concreto e ragionevole. Invero, un'accorta analisi delle pronunce si spinge oltre tale asserto, facendo arguire che «non sempre i beni e i diritti di volta in volta richiamati dalla Corte costituzionale per giustificare la compressione della libertà di espressione esercitata dai singoli reati di opinione sono nominati e tutelati nel testo costituzionale, né il loro rango costituzionale è sicuramente ricavabile in via interpretativa»³¹³.

La vulnerabilità di tale orientamento deriva dall'inversione del *prius* logico che si registra nel suo sviluppo argomentativo-decisionale, atteso che la preminenza di un bene deve essere il risultato finale del bilanciamento fra due referenti giuridico-valoriali e non già una precondizione allo stesso. *De facto* la Corte, solo dopo aver ritenuto eminente in via preliminare la «protezione di beni e valori essenziali alla pacifica convenienza e dell'ordinamento funzionamento del sistema costituzionali»³¹⁴, ha effettuato il bilanciamento degli interessi occasionato dalle questioni di legittimità sollevate in relazione alle singole fattispecie incriminatrici. A ben vedere, si è sempre trattato di un giudizio dal destino già scritto: la libertà di espressione inesorabilmente soccombe di fronte alle istanze di tutela di beni sovra-individuali rilevanti, cioè, per tutti i consociati³¹⁵.

Il canone ermeneutico indicato dalla teoria dei limiti costituzionali resta quello poizore, ma richiede di essere applicato rettamente. Infatti, secondo la teoria generale del diritto

bilanciamento dei beni costituzionalmente protetti venga salvato, si viene, di fatto, a fare ritorno all'idea secondo la quale la norma costituzionale potrebbe essere limitata per effetto del sistema nel suo complesso». L'A. trae la conseguenza che siffatte disposizioni penali non sarebbero incostituzionali *a priori*, ma dovrebbe essere significativamente ridotta la loro sfera applicativa: dal momento che l'unico limite espressamente contemplato è il buon costume, sarebbero punibili solo le manifestazioni di pensiero contrarie al buon costume. Critico sull'approccio della Corte costituzionale anche C. FIORE, *op. cit.*, p. 92, per cui è noto che «nella giurisprudenza costituzionale è spesso affiorata, invece, la tendenza a trascurare o a svalutare questa dimensione [ossia un bilanciamento concreto e ragionevole, che tenga conto dei principi fondanti il sistema costituzionale] del giudizio di legittimità», così che l'originaria funzione di alcune disposizioni penali del codice Rocco è stata ridotta «a mera *occasio legis* e dichiarata, come tale, del tutto irrilevante, nonostante che nella prassi, quella disposizioni continuassero ad essere irrimediabilmente contrassegnate dalla loro matrice ideologica». Lo stesso A. avverte che, perpetuando l'elencazione pedissequa dei beni di rilievo costituzionali come limiti costituzionali, si arriverà al risultato apagogico di svuotare del tutto il contenuto della libertà di espressione, «visto che non c'è quasi nessun bene-interesse della vita individuale o collettiva, a cui la Costituzione non faccia in qualche modo riferimento».

³¹³ E. LAMARQUE, *op. cit.*, p. 146.

³¹⁴ Così testualmente la sent. n. 142 del 1973.

³¹⁵ La ponderazione tra beni viene condizionata dal contesto politico-sociali, il che significa che la legittimità dell'intervento penale «non è definibile in termini netti, ma si gioca sul terreno più sfumato del *giudizio di plausibilità*, in un contesto nel quale l'opzione penale non può dirsi necessaria, a meno che non sussistano obblighi di incriminazione, ma solo più o meno opportuna»: così M. PELISSERO, *op. ult. cit.*, p. 39.

e anche secondo l'insegnamento della Corte europea dei diritti dell'uomo in ordine all'art. 10 CEDU («libertà di espressione»), il bilanciamento deve essere compiuto valutando la rilevanza assiologica del bene la cui tutela entra in collisione con la libertà d'espressione. Di conseguenza, quest'ultima può essere limitata *ex lege* solo in caso di effettiva preminenza del primo bene.

Oltre ad informarsi al principio di ragionevolezza³¹⁶, il giudizio deve poi avvenire in concreto attraverso un *balancing test case by case*, rifuggendo in tal modo da conclusioni aprioristiche e argomentate secondo una logica astratta (criteri logico-formali)³¹⁷. Si tratta di indicazioni metodologiche irrinunciabili, *a fortiori* se viene in rilievo quale contro-valore la sicurezza collettiva, che involve il rischio di fagocitare ogni istanza garantista³¹⁸.

Se è vero che ci si muove su un terreno assai scivoloso, in quanto connotato da quella «tipicità mobile» che discende dalla interazione fra la «pluralità indefinita di regole di

³¹⁶ Per una definizione del principio di ragionevolezza ci sembrano illuminanti le parole di R. BARTOLI, *Offensività e ragionevolezza nel sindacato di costituzionalità sulle scelte di criminalizzazione*, cit., p. 1541, secondo cui esso «è espressione di un bilanciamento delle libertà e degli interessi all'interno dello Stato, e cioè di una prospettiva che fa della Costituzione una legge fondamentale espressiva di una pluralità di valori, la cui gerarchia non può essere aprioristicamente determinata e che per il costante mutare della società e dei suoi conflitti necessitano di una continua composizione attraverso la scelta del legislatore». Tale principio opera dall'interno del sistema in modo flessibile e dialettico, facendo ricorso ad un ragionamento di tipo argomentativo che appartiene all'intero ordinamento giuridico, con la conseguenza che il controllo sulla costituzionalità delle scelte di politica criminale può risultare molto penetrante, «ma perché 'interno' risulta meno dirompente [rispetto al sindacato sull'offensività] sviluppandosi pur sempre nel contesto tracciato dalla legislazione.

³¹⁷ Nella dottrina costituzionalistica L. PALADIN, *Libertà di pensiero e libertà di informazioni: le problematiche attuali*, in *Quaderni costituzionali*, 1987, p. 11, evidenzia «le pesanti conseguenze cui potrebbe condurre l'affermazione che i beni di rango costituzionale siano sempre e comunque opponibili alla libera manifestazione delle opinioni individuali, così da annichilire la libertà di pensiero "dato che la rete degli interessi costituzionalmente rilevanti copre una gran parte dei rapporti giuridici intrecciabili nel nostro ordinamento"». Tuttavia, deve segnalarsi che quest'ultima affermazione sembra trascurare il problema principale che osta alla legittimazione dei reati che sanzionano la c.d. pubblica provocazione, vale a dire: il mancato rilievo costituzionale dell'ordine pubblico. In senso fortemente critico al consolidato orientamento della Consulta si esprime E. LAMARQUE, *op. cit.*, p. 140: per l'A. la Corte avrebbe «inventato un limite alla libertà di manifestazione del pensiero», così da legittimare in potenza ogni limitazione dell'art. 21 Cost. sulla base dell'assequata necessità di tutelare la *civitas*. Cfr. A. PACE, *Problematica delle libertà fondamentali. Parte speciale*, II ed., Padova, 1992, pp. 411 ss. Anche C. VISCONTI, *op. ult. cit.*, p. 245, è assai scettico sulla tendenza di «fissare in anticipo, e in modo generale e astratto, principi costituzionalmente rilevanti in grado di delimitare gli spazi intoccabili della libertà di parola».

³¹⁸ È il monito di A. CAVALIERE, *Le nuove emergenze terroristiche*, cit., p. 15, che avverte «anche quando, come in materia di terrorismo, si tratta di fronteggiare fatti offensivi di beni fondamentali di molte persone, la nostra Costituzione, inserita in una cornice europea di tutela dei diritti dell'uomo, sancisce alcuni principi penalistici inviolabili, che tutti conosciamo e che costituiscono i criteri vincolanti del bilanciamento tra i beni giuridici dei consociati: legalità di reati e pene, offensività, personalità della responsabilità penale, divieto di trattamenti contrari al senso di umanità e tensione verso la rieducazione...».

collisione»³¹⁹ e i variabili esiti del giudizio di bilanciamento, è altrettanto innegabile che siffatta tecnica presenta il vantaggio di consentire, almeno in principio, una valutazione eclettica di tutti gli interessi in gioco. Inoltre, proprio alla luce del principio di bilanciamento la giurisprudenza, ha giustificato l'interpretazione "ortopedica" che legge in chiave di delitti di pericolo concreto l'apologia *ex art. 414*, ultimo comma, c.p., l'istigazione a delinquere, nonché l'apologia di fascismo e le manifestazioni fasciste *ex l. n. 645 del 1952* (la c.d. legge Scelba)³²⁰.

Ciononostante, sin dai tempi più risalenti, un'autorevole dottrina³²¹ ha denegato la legittimità costituzionale dei reati di opinione, a causa della consustanzialità del loro carattere illiberale, nella ritenuta consapevolezza che qualsiasi tentativo di interpretazione costituzionalmente orientata – *rectius*: di conversione della legislazione penale autoritaria all'ordine costituzionale – sarebbe destinato a rilevarsi una *débâcle*. Di conseguenza, si è propugnato che il corpo dei reati di opinione debba essere espunto dall'ordinamento giuridico, così da garantire piena precettività all'art. 21 Cost., superando del tutto quella tendenza reazionaria definita come la «paura delle libertà»³²², o più pragmaticamente: «rendere libero l'eretico, l'anticonformista, il radicale minoritario: tutti coloro che, quando la maggioranza era liberissima di pregare

³¹⁹ Le espressioni sono di A. TESAURO, *La diffamazione come reato incerto e debole*, Torino, 2006, p. 75.

³²⁰ Sono di questa opinione, *ex multis*, M. PELISSERO, *op. ult. cit.*, p. 39 e F. FASANI, *op. ult. cit.*, p. 119.

³²¹ C. FIORE, *op. cit.*, sostiene che «neppure il timore che la lotta politica possa, in un ipotetico futuro, oltrepassare i confini della legalità istituzionale potrebbe, quindi, legittimare la lesione attuale e permanente di un diritto di libertà». Preservare e, peggio ancora, incentivare l'incriminazione del dissenso ideologico si riverbera sull'appiattimento delle differenze rispetto alla precedente forma di Stato e governo, in cui il codice Rocco ha visto la luce: «A questo riguardo, le differenze con lo stato totalitario sarebbero solo di grado, cioè di quantità, e non di specie». Più recentemente, E. LAMARQUE, *op. cit.*, p. 137, è stata icastica nell'affermare che «percorrendo la via del limite implicito non si arriva quasi mai a giustificare in modo convincente il permanere dei reati di opinione». M. PELISSERO, *op. ult. cit.*, p. 41, postula la necessità di abrogare i reati di vilipendio, di istigazione a disobbedire alle leggi ovvero all'odio fra le classi sociali, in quanto «inutile retaggio dell'impostazione liberticida del codice Rocco»; parimenti scève di giustificazione risultano «l'ampiezza dell'istigazione a disobbedire alle leggi (art. 266 c.p.)» e la «presenza del delitto di apologia di delitto (art. 414 comma 3 c.p.), come condotta distinta dall'istigazione, da quando la Corte costituzionale con la sent. n. 65/1970 l'ha trasformata in istigazione indiretta». Si segnala, infine, la lettura offerta da A. SPENA, *op. cit., passim*, che limita la fondatezza dei reati di opinione alle sole incriminazioni poste a tutela di beni e valori sovra-individuali. *Contra* A.C. JEMOLO, *op. ult. cit.*, p. 958, sostiene la necessità che lo Stato conservi il presidio penale di repressione delle minacce verbali, così come «le strutture che debbano difendere la loro ragione di vita, che abbiano ed usino i mezzi per evitare la propria distruzione».

³²² Testualmente D. PULITANÒ, *Libertà di pensiero e pensieri cattivi*, cit., p. 188.

Iddio o osannare il Re, andavano sul rogo o in prigione tra l'indifferenza o il compiacimento dei più»³²³.

La destituzione di ogni fondamento costituzionale è stata confermata da parte della dottrina altresì in ordine alle più recenti interpolazioni normative, che hanno previsto come circostanza aggravante l'apologia indirizzata ai delitti di terrorismo ovvero ai crimini contro l'umanità (art. 414, ult. comma, c.p.) e come fattispecie autonoma l'apologia di pratiche di pedofilia e pedopornografia (art. 414 *bis*, comma secondo, c.p.). Innovazioni della legislazione criminale, quelle qui considerate, che sono state bollate da taluni commentatori come una mera forma simbolica di adempimento agli obblighi di fonte sovranazionale³²⁴.

Ad ogni modo, è significativo notare che, in un siffatto scenario, l'opinione maggioritaria riguardo al delitto di istigazione pubblica a delinquere costituisce una sorta di *rara avis*, atteso che - a differenza di tutti gli altri reati di opinione - esso è stato ben presto affrancato dalla tralatizia strumentalità al controllo del dissenso politico e, seppur parzialmente, è stato posto al riparo dal fuoco incrociato delle critiche di illegittimità costituzionale³²⁵. E non è fortuito che la giurisprudenza costituzionale con la storica sentenza n. 65 del 1970 abbia conferito il crisma di legittimità alla fattispecie apologetica, avallando in via pretoria la figura di *istigazione indiretta* (sul punto torneremo al par. 5.1).

La *ratio* repressiva sottesa a codesto orientamento consiste nello sforzo di intercettare condotte ritenute di obiettiva anti-giuridicità, in quanto espressive di una manifesta pericolosità sociale, laddove il pericolo che si intende neutralizzare è rappresentato dalla probabilità di verificazione, secondo l'*id quod plerumque accidit*, di un fatto delittuoso. Declinando tale argomentazione nella logica del bilanciamento di interessi giuridici, si può affermare che il saldo finale è nel senso della prevalenza della tutela

³²³ *Ibidem*.

³²⁴ Si fa riferimento a M. PELISSERO, *op. ult. cit.*, p. 40, secondo cui gli obblighi di incriminazione di fonte sovranazionale sarebbero stati parimenti soddisfatti dalle fattispecie di istigazione già esistenti.

³²⁵ Già negli anni Settanta C. FIORE, *op. cit.*, p. 120 ss., sosteneva che l'ordinamento democratico può contemplare condotte di immediata istigazione (diretta o indiretta) al compimento di precipi fatti delittuosi, sia che rilevino come ipotesi di concorso nel reato, sia che configurino, invece, un'attuale e diretta aggressione dell'ordine pubblico. Anche G. ZUCCALÀ, *Personalità dello Stato, ordine pubblico e tutela della libertà di pensiero*, cit., *passim*, salva l'istigazione dalle censure di illegittimità costituzionale, in quanto trattasi dell'unica forma di sollecitazione morale capace di incidere causalmente sulla volontà altrui. *Contra* F. SCHIAFFO, *Istigazione e ordine pubblico: tecnicismo giuridico ed elaborazione teleologica nell'interpretazione della fattispecie*, Napoli, 2004, *passim*.

dell'ordine pubblico, intendendo per tale un'espressione di sintesi della sicurezza collettiva.

Da ultimo ci preme segnalare l'opinione di chi, pur salutando con favore l'indirizzo giurisprudenziale che ha limitato l'applicazione dell'art. 414, primo comma, c.p. con la richiesta sussistenza di un pericolo immediato e concreto di commissione di reati, ha proposto *de iure condendo* di intervenire sul *Tatbestand* oggettivo della norma attraverso la tipizzazione della contestualità temporale tra l'evento temuto e il fatto generante il pericolo³²⁶.

2.1. ... altri spunti di riflessione

Sgombrando il campo, almeno per il momento, dal granitico dubbio circa il fondamento costituzionale dei delitti di opinione, in una prospettiva di *realpolitik* criminale occorre volgere l'attenzione alla tecnica legislativa con cui sono state formulate le fattispecie incriminatrici vigenti, così da saggiarne la conformità ai principi generali in materia penale.

Il primo profilo critico pertiene all'indeterminatezza³²⁷ del fatto tipico della maggior parte dei reati di parola, che esauriscono la descrizione della condotta illecita facendo ricorso a locuzione generiche e vaghe (far propaganda, far apologia, vilipendere), emblematiche della c.d. «normazione sintetica»³²⁸.

³²⁶ È la proposta di G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, cit., pp. 214 ss., che argomenta: «è questa circostanza che, oltre a riassumere una precisa nota di pericolosità, consente altresì allo stesso soggetto agente di percepire il carattere 'abusivo' della propria manifestazione di pensiero in maniera criminale. Ma per venire incontro a questa esigenza non è necessario costruire un reato di "evento di pericolo". A guardar meglio, essa potrebbe trovare adeguata soddisfazione di nuovo a livello di tipicità, in quanto si richieda come ulteriore elemento di fattispecie che l'istigazione sia orientata a far commettere *immediatamente* un reato determinato". In senso adesivo M. PELISSERO, *op. ult. cit.*, p. 42, che riconosce la fondatezza della proposta introduzione dell'elemento di «unità contesto-temporale dell'istigazione pubblica a commettere immediatamente una o più fattispecie da individuare attraverso una selezione legislativa».

³²⁷ Per una nozione di determinatezza si rinvia a F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1978, p. 334, che parla di idoneità di un dato ad essere conosciuto precisamente in sé stesso ed eventualmente nel significato che esprime. L'A. mette in luce la correlazione fra l'indeterminatezza delle fattispecie incriminatrici e il regime autoritario: «nel presupposto della concentrazione del potere, l'indeterminatezza della legge è perfettamente coerente con una visione in cui il potere politico trova limiti esclusivamente di contenuto, o meglio ancora di 'conformità allo scopo', senza nessuna distinzione per quanto riguarda il tipo o la forma di attività svolta, legislativa, amministrativa o giurisdizionale che sia».

³²⁸ La fortunata espressione è di G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, IV ed., Bologna, 2009, p. 82.

Il mancato ossequio da parte del legislatore del suo onere di determinare ogni figura di reato con contorni razionali e precisi – discendente dall’art. 25, comma secondo, Cost. quale diretto corollario del principio di legalità³²⁹ – è di tutta evidenza e, ciononostante, è andato esente dalle censure della Corte costituzionale. Quest’ultima, infatti, «dimostrandosi comprensiva verso talune esigenze del legislatore nella formulazione delle fattispecie penali (ivi compreso il rinvio a certe regole sociali o l’impiego di formule mutate dalla tecnica e dall’esperienza, nonché fatalmente caratterizzate da una certa dose di elasticità), ha fatto un uso estremamente parco del suo potere di annullamento della norma»³³⁰.

Il *deficit* di tassatività si riverbera eminentemente sull’estensione della sfera applicativa dei reati di opinione, dilatandola oltre quel limite che dovrebbe essere segnato dall’offesa tipica, poiché una fattispecie modulata su elementi costitutivi vaghi o, quanto meno, elastici consente al giudice un margine di discrezionalità così rilevante da potersi tradurre nell’arbitraria individuazione del fondamento dell’incriminazione caso per caso³³¹. Un fattore di rischio che diviene viepiù rimarchevole in quei settori di tutela penale permeabili alla logica d’autore (*Tätertyp*) e, a tal proposito, non occorre indugiare oltre sul riferimento alla legislazione emergenziale antiterrorismo, in cui si è fatta plastica quella «curvatura soggettivistica e psicologizzante del diritto penale»³³².

³²⁹ Affronta ampiamente il principio in commento F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., *passim*. ID., *sub art. 25 co.2 e 3 Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Roma-Bologna, 1981, p. 259, assevera che «la tassatività della singola fattispecie è un dato strutturale essenziale affinché l’illecito penale conservi la delimitazione del suo contenuto lesivo in termini di significatività costituzionale». Il principio di determinatezza risponde all’esigenza di «garantire la certezza della legge penale e, quindi, la sicurezza del cittadino nei confronti del potere punitivo [...] e se la riserva di legge è garanzia del cittadino nei confronti degli arbitrii dell’esecutivo, almeno tendenzialmente, la tassatività lo garantisce nei confronti degli arbitri del potere giudiziario».

³³⁰ Così G. VASSALLI, *Tipicità (voce)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, p. 540.

³³¹ L’incriminazione può risultare “più oggettivata, facendo leva sulle conseguenze concrete della manifestazione di pensiero, o più soggettivata, guardando essenzialmente al soggetto-autore della manifestazione di pensiero, alla di lui posizione politica, alla sua figura etico-sociale”: così F. SGUBBI, *Meccanismo di aggiramento della legalità e della tassatività nel codice Rocco*, in *Quest. crim.*, 1981, p. 320. Più generale la riflessione di E. LAMARQUE, *op. cit.*, che ritiene insoddisfacente la lettura adeguatrice proposta dalla Corte costituzionale, che onera il giudice del compito di operare caso per caso il bilanciamento fra la tutela della libertà di espressione e quella del bene protetto dalla specifica fattispecie incriminatrice, così chiedendogli di «stabilire la concreta portata di quest’ultima sulla base di criteri estremamente generici. Anche questa circostanza, naturalmente, aumenta il rischio di applicazioni difformi ed altamente arbitrarie dei reati di opinione». Dello stesso avviso P. CARETTI, *Diritti fondamentali*, Torino, 2005, pp. 346 ss.

³³² L’espressione illuminante è di V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, p. 55.

Tuttavia, il profilo di maggior indeterminatezza va scandagliato su un altro piano, ossia l'incerto contenuto offensivo delle fattispecie incriminatrici *de quibus*³³³. Detto altrimenti: si tratta di affrontare la disamina circa il bene giuridico tutelato dai singoli reati di opinione, inteso sia nella sua *funzione critica*³³⁴ di elemento costitutivo della fattispecie oggettiva sia in quella *esegetica* di determinazione dei contorni del fatto tipico e, più latamente, della punibilità. Vi è un'ulteriore funzione del bene giuridico di natura *dogmatica*, che andando a intercettare la *ratio* incriminatrice nella sua accezione di rapporto bene-offesa induce l'interprete a interrogarsi sui più significativi profili di ordine sistematico³³⁵ quali la verifica della tipicità alla luce di un'interpretazione teleologicamente orientata, il giudizio di proporzionalità della cornice edittale in relazione all'offesa tipica, il rispetto del principio di frammentarietà³³⁶ e, soprattutto, di sussidiarietà³³⁷ dell'opzione penale.

Il discorso che si sta sviluppando può essere compendiato, sin da ora, con un primo importante *caveat*: in un sistema normativo finalizzato alla tutela dei beni giuridici, «la

³³³ Spicca per chiarezza l'osservazione di A. SPENA, *op. ult. cit.*, p. 699, secondo cui «nel caso dei reati d'opinione, generalmente non è affatto chiaro quale sia il bene che deve ritenersi tutelato da ciascuna delle diverse norme che li prevedono. Il che finisce per rendere del tutto incerta la sussunzione nella fattispecie incriminatrice di una condotta concreta, tutte le volte che questa non rientri nel novero dei casi facili: ciò che produce una sorta di indeterminatezza “di ritorno” delle fattispecie incriminatrici di reati d'opinione». Il ragionamento da cui prende abbrivio l'A. è il seguente: l'incertezza circa la *ratio* incriminatrice rende impraticabile la via dell'interpretazione teleologica.

³³⁴ Si tratta di una funzione del bene giuridico che opera in negativo nella misura in cui legittima l'intervento del diritto penale, indicandone lo spazio consentito: G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 184 ss.; per una trattazione di dettaglio si rinvia a W. HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt am Main, 1973, pp. 115 ss.

³³⁵ Si tratta di una teoria moderna del bene giuridico che, rispetto alle funzioni già evidenziate dalle letture tradizionali, ne esalta lo spiccato valore critico riflesso nella stretta correlazione che si richiede debba sussistere fra la realtà (empirico) sociale e l'offesa all'interesse protetto. Ne discende che solo le condotte connotate da elevata dannosità sociale (intesa in senso giuridico: esposizione a pericolo o lesione di un bene ritenuto meritevole di tutte) possono essere sussunte sotto fattispecie incriminatrice. Infatti - come afferma F.C. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, cit., p.78 - «l'obiettivo del principio di offensività sta chiaramente nel generico intento di circoscrivere l'area del penalmente rilevante, vincolando il legislatore a prevedere fattispecie criminose che siano dotato di una reale *dannosità sociale*».

³³⁶ Seguendo l'impostazione di G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 394, il principio di frammentarietà «intende appunto sottolineare come il legislatore penale non sia di norma interessato alla tutela onnicomprensiva ‘a trecentosessanta gradi’ di un bene giuridico, anche si grande pregio: la soglia della (percezione dell') illiceità penale viene raggiunta, in rapporto all'offesa di un determinato interesse, solo saltuariamente e selettivamente, quando una certa modalità di aggressione esprime un connotato di disvalore specifico, tale da rendere davvero intollerabile il pregiudizio del bene protetto».

³³⁷ Sul punto M. PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, cit., p. 547, afferma che «il principio di *extrema ratio* gioca pertanto un ruolo fondamentale nella definizione dei limiti di ammissibilità delle tecniche di tutela utilizzabili: infatti, quanto più queste consentono una tutela ampia del bene giuridico, tanto più entrano in conflitto con la direttiva di contenimento del diritto penale a tutela dell'ordinamento costituzionale».

pretesa al rispetto incondizionato del *valore* ha però un senso, solo se viene funzionalmente collegata ad una reale esigenza di tutela della vita sociale; perché altrimenti rischia di risultare elusiva del principio che il reato costituisce aggressione effettiva di un bene»³³⁸.

Il problema è tutto qui: le fattispecie che incriminano l'apologia, l'istigazione e la propaganda sono state formulate dal legislatore del 1930 come reati di pericolo presunto³³⁹.

Di conseguenza, la loro punibilità prescinde dall'accertamento di un evento di pericolo per il bene tutelato fondandosi, di contro, sulla presunzione *per tabulas* che la «la possibilità di una lesione»³⁴⁰ è sempre inerente a siffatte condotte. Esemplificando, nella condotta istigativa non sarebbe richiesto l'accertamento della possibilità di verifica del fatto antiggiuridico che si intende stornare, così come in caso di apologia la condanna non dovrebbe tener conto degli effetti in concreto sortiti dall'azione (*rectius*: locuzione)³⁴¹.

Attraverso siffatta opzione politico-criminale si omette del tutto il giudizio circa l'idoneità dell'azione, vale a dire l'attitudine della condotta a sostanziare un'effettiva aggressione del bene tutelato da intendersi quale verifica di un evento dannoso ovvero pericoloso³⁴². La presunzione del pericolo diventa «uno strumento eversivo della regola che il reato è aggressione al bene tutelato»³⁴³, così frustrando un principio generale dell'ordinamento che, oltre ad aver ricevuto copertura costituzionale quale *sub specie* del principio di legalità (v. *supra*), era già stato espressamente considerato dal compilatore al secondo comma dell'art. 49 c.p. («La punibilità è altresì esclusa

³³⁸ Così C. FIORE, *op. cit.*, p. 73.

³³⁹ Tuttavia, C. FIORE, *ibidem*, muove dalla premessa che il *pericolo presunto* costituisce una categoria dogmatica fuorviante a cui ricorre liberamente l'interprete e, per converso, non è una strada a direzione obbligatoria indicata dal legislatore. Ci sembra esemplificativo di tale asserto quanto sostiene l'A.: «queste precisazioni sul valore della categoria giurisprudenziale del pericolo presunto confermano che la sua utilizzazione introduce surrettiziamente, in un sistema fondato sulla concezione del reato come aggressione ad un bene, la configurazione dell'illecito penale come fatto di mera disobbedienza».

³⁴⁰ Così Cass. Pen. 13 ottobre 1950, in *Arch. pen.*, 1951, II, pp. 110 ss.

³⁴¹ Emblematica la pronuncia della Cassazione del 1° giugno 1964, laddove afferma che l'apologia di delitto «quale reato di pericolo presunto, postula soltanto la realizzazione della condotta apologetica, idonea, per modi e mezzi di manifestazione, a rendere l'elaborato del pensiero del soggetto attivo trasferibile nell'intelletto dei destinatari».

³⁴² L'incriminazione si focalizza in tal modo su «fatti che soltanto pregiudicano, o quanto meno contraddicono gli effetti di prevenzione generale perseguiti attraverso le norme incriminatrici principali, in quanto contribuiscono a creare un clima di disaffezione o infedeltà ai valori ad esse sottesi»: così G. DE VERO, *Tutela dell'ordine pubblico*, cit., p. 131.

³⁴³ Così D. SANTAMARIA, *op. cit.*, p. 16

quando, per la inidoneità dell'azione o per la inesistenza dell'oggetto di essa, è impossibile l'evento dannoso o pericoloso»).

Emerge in tutta la sua evidenza un'aporia del sistema penale destinata a tradursi in una questione di legittimità costituzionale, che non potrebbe essere risolta se non nel senso del contrasto tra le norme che prevedono reati a pericolo presunto e gli artt. 25 e 27 della Costituzione³⁴⁴. Conscio di tale antinomia, il Prof. Domenico Pulitanò è lapidario nell'asseverare «l'idea che la tipizzazione ed anticipazione dell'intervento penale al 'pericolo astratto' non è legittima, là dove coinvolga condotte che in via di principio costituiscono esercizio di diritti o libertà fondamentali»³⁴⁵.

Tuttavia, l'ordinamento giuridico deve ricercare dentro di sé gli anticorpi per espellere quest'elemento patogeno, con il risultato di ricondurre le incriminazioni nell'alveo di una interpretazione costituzionalmente orientata. Il principio di offensività in concreto e quello di materialità impongono, infatti, di limitare l'intervento del diritto penale soltanto alle azioni che concretino il pericolo di una lesione di beni giuridici come un *fatto* della realtà esteriore, inibendo così l'estensione della punibilità alle *intenzioni* che non si manifestino sotto forma di inizio di un'attività esecutiva del disegno di aggressione al bene-interesse da tutelare (*cogitationis poenam nemo patitur*)³⁴⁶.

Già sul finire degli anni Sessanta veniva propalata dai commentatori più lungimiranti una lettura adeguatrice, che attingeva alla dottrina tedesca secondo cui l'intervento penale non solo deve essere prettamente funzionale alla difesa da un pericolo esistente (*Gefahrenabwehr*), ma altresì «ragionevole per la protezione e la sicurezza di una società costruita sulla libertà»³⁴⁷. Corrente di pensiero che ha fermamente stigmatizzato l'indiscriminata criminalizzazione dei c.d. *Klimaschutzdelikte* (fatti produttivi di un clima criminogeno). Il Giudice delle leggi, per primo, si è fatto latore di tali istanze,

³⁴⁴ Cfr. M. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, p.8. L'insigne Maestro – con un'argomentazione condivisa anche da C. FIORE – ritiene che, concependo i reati di opinione come fattispecie di pericolo presunto, si riserva alla pena una funzione schiettamente preventiva, la quale finisce per trovare la sua giustificazione in «un atteggiamento personale che violando una regola di obbedienza lascerebbe desumere un certo grado di pericolosità dell'agente».

³⁴⁵ D. PULITANÒ, *Libertà di manifestazione del pensiero, delitti contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico (art. 21 Cost.)*, cit., p. 245.

³⁴⁶ C. FIORE, *op. cit.*, p. 168, avverte nitidamente che «con l'ausilio dell'idea del pericolo, l'ordinamento può giungere, eccezionalmente, fino ad incriminare attività preparatorie, connesse in via immediata con l'intrapresa di una determinata lesione di beni giuridici; ma se procede ancora oltre, nella configurazione delle sue fattispecie, esso "scivola nel profondo del diritto penale dell'intenzione"» (quest'ultima citazione è di S. ČOPIČ, *Grundgesetz und politisches Strafrecht*, Tübingen, 1967, p. 220).

³⁴⁷ H.J. RUDOLPHI, *Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs*, in *Festschr. f. R.M. Honing*, Göttingen, 1970, pp. 159 ss., ampiamente riferito da C. FIORE, *op. cit.*, pp. 79 ss.

spianando la strada alla manipolazione interpretativa che riconverte i reati di opinione in fattispecie di pericolo concreto c.d. *implicito*³⁴⁸ atteso che non figura tra gli elementi espressi della fattispecie oggettiva. È questo il sentiero additato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 65 del 1970 sull'apologia di delitto (v. *infra*) e nella sentenza n. 108 del 1974 sull'istigazione a disobbedire alle leggi *ex art.* 415 c.p.³⁴⁹ attraverso la configurazione del requisito dell'*idoneità* della condotta verbale a catalizzare azioni in concreto dannose ovvero pericolose per il bene giuridico che si intende tutelare³⁵⁰. Invero, si tratta del recupero di un parametro oggettivo che era stato esplicitamente contemplato nella fattispecie incriminatrice dell'apologia di delitto contenuta nel codice Zanardelli (art. 247).

Come evidenzia un illustre commentatore, l'*idoneità* dell'istigazione è intimamente connessa «alla sua direzione verso cerchie di destinatari sensibili»³⁵¹. Di talché l'analisi deve essere indirizzata verso la ricerca di elementi sintomatici della contestualizzazione cronotopica della condotta dai quali si possa inferire l'incidenza causale sulla volontà altrui: per quanto l'espressione possa risultare ossimorica, si tratta di ricercare i c.d. *effetti materiali* della parola³⁵².

Da siffatta interpretazione costituzionalmente orientata è disceso, da un lato, che le fattispecie dei delitti d'opinione continuano ad essere formalmente strutturate sul pericolo astratto e, dall'altro lato, che la loro portata applicativa viene limitata a livello interpretativo attraverso l'arricchimento del *Tatbestand* oggettivo. L'esegesi nel senso della pericolosità concreta corrobora obiettivamente il fatto tipico, facendo leva sul

³⁴⁸ Tale connotato viene predicato da A. SPENA, *op. cit.*, p. 727, nei seguenti termini: «reati, cioè, nella fattispecie dei quali non è espressamente alcun pericolo concreto, e che tuttavia, in forza di una interpretazione costituzionalmente orientata, dovrebbero considerarsi punibili solo a condizione che dalla condotta tipica un certo tipo di pericolo (ad es., un pericolo di disobbedienze ingiustificate, o un pericolo per la sicurezza dello Stato, ecc.) effettivamente consegua».

³⁴⁹ Per chiarezza espositiva si riporta il dispositivo della sentenza in parola: «la Corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale della disposizione contenuta nell'art. 415 del codice penale, riguardante l'istigazione all'odio fra le classi sociali, nella parte in cui non specifica che tale istigazione deve essere attuata in modo pericoloso per la pubblica tranquillità». La *ratio decidendi* è nella consapevolezza che l'indeterminatezza della norma la pone in contrasto con l'art. 21 Cost., «in quanto non precisa le modalità con cui deve attuarsi l'istigazione ivi prevista perché questa possa considerarsi diversa dalla manifestazione e diffusione della persuasione di ideologie e di dottrine politiche, sociali, filosofiche od economiche». Secondo C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Torino, 2008, p.21, considera tale pronuncia come la «consacrazione del "pericolo" quale metro per selezionare il discorso pubblico legittimamente punibile».

³⁵⁰ Alla medesima conclusione la Corte costituzionale è pervenuta in ordine ai delitti di apologia del fascismo e di manifestazioni fasciste.

³⁵¹ D. PULITANÒ, *op. ult. cit.*, p. 251.

³⁵² Cfr. F. FASANI, *Le "parole preparatorie"*, cit., *passim*.

principio di offensività³⁵³, e ciò implica che il giudice è chiamato a un giudizio di prognosi postuma da compiersi *ex ante* attraverso la riproduzione del contesto concreto in cui il soggetto agente si trovò a operare.

L'intervento "ortopedico" di conversione delle fattispecie incriminatrici da reato a pericolo astratto in reato a pericolo concreto si è puntualizzato sugli aspetti anatomici della condotta, atteso che non viene richiesto un evento di pericolo in senso naturalistico, bensì la pericolosità deve risultare quale connotato estrinseco della stessa azione del soggetto agente³⁵⁴.

Riservando al prosieguo della trattazione l'analisi delle critiche sollevate in dottrina e delle oscillazioni giurisprudenziali sul punto, per ora è possibile constatare che «nonostante il successivo atteggiamento elusivo, se non di contrasto, tenuto da una parte della giurisprudenza, questa lettura costituzionalmente orientata al principio di offensività, nel prisma dell'art. 49, co. 2, c.p. e della concezione realistica dell'illecito, offre un prezioso correttivo nell'esegesi dei reati di parola, bilanciando la loro notevole forza repressiva con il bene della libertà di espressione del pensiero»³⁵⁵. L'aspetto di maggior interesse è dato dalla circostanza che la premessa logica da cui la Corte costituzionale ha preso abbrivio si fonda sulla necessità del bilanciamento tra interessi confliggenti³⁵⁶. A ben vedere, (ri)affiora così il nodo gordiano relativo all'individuazione dell'interesse giuridico tutelato dai reati in parola: ogni bene giuridico meritevole di tutela può assurgere a contro-limite della libertà di manifestazione del pensiero?

Alla base vi è un altro interrogativo che richiede preliminarmente di essere risolto, ossia se possa ricevere tutela penale solo il bene costituzionalmente rilevante³⁵⁷. Un interrogativo rispetto al quale la dottrina maggioritaria ha elaborato due argomenti risolutivi: il primo indirizzo è nel senso di garantire rilevanza ai beni esplicitamente o

³⁵³ Come afferma M. PELISSERO, *op. ult. cit.*, p. 128: «se si persiste nel considerare sufficiente la pericolosità astratta del fatto, diviene irrisolvibile il contrasto di queste fattispecie con l'art. 21 Cost., in quanto i fatti sanzionati sono attratti nello spazio di garanzia costituzionale, senza che sia possibile ancorare la legittimità della loro previsione ai limiti costituzionali che tale libertà incontra nel bilanciamento comparativo di interessi contrapposti, non riducibile alla astratta rilevanza costituzionale di un bene».

³⁵⁴ Ampiamente sui reati di pericolo F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, Giuffrè, 1994.

³⁵⁵ Così F. FASANI, *op. ult. cit.*, p. 119.

³⁵⁶ *Ibidem*, p. 121.

³⁵⁷ Irrinunciabile il riferimento alla dettagliata analisi che propone F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., pp. 115 ss.

implicitamente³⁵⁸ previsti in Costituzione; il secondo, per converso, ritiene che un bene possa essere bilanciato con la libertà prevista all'art. 21 Cost. se è la stessa realtà sociale a conferirgli un rilievo assiologico tale da elevarlo *de facto* al rango dei valori costituzionali³⁵⁹.

In verità, entrambe le argomentazioni sembrano convergere tautologicamente nella c.d. teoria del bene costituzionalmente orientato³⁶⁰, la quale si fonda sul riconoscimento anche implicito dell'interesse giuridico nel dettato costituzionale. Tuttavia, di fronte al dilagare in giurisprudenza di letture estensive, ordinate su una verifica sovente acritica del bene giuridico, la dottrina più accorta ha avvertito che è necessario che la rilevanza costituzionale del bene in questione sia tale da giustificare «come valore poziore l'eccezionale compressione della libertà in potenziale antitesi»³⁶¹.

Al netto di tali premesse, non può celarsi che è assai arduo indicare con esattezza la portata del bene giuridico che i delitti di opinione intendono tutelare, atteso che *prima facie* la personalità dello Stato (Titolo I) e l'ordine pubblico (Titolo V) non sembrano affatto suscettibili di assurgere ad un interesse di immediata copertura costituzionale.

Rinviando al Cap. I (par. 3 ss.) per quel che concerne la personalità dello Stato, le problematiche maggiori sono state sollevate in ordine all'ordine pubblico³⁶², il c.d. *ordre dans la rue*, che figura quale oggetto nominale della tutela apprestata dai delitti di istigazione a delinquere e di apologia (art. 414, primo comma e terzo, c.p.).

³⁵⁸ Cfr. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 176, il quale predica la configurazione di un catalogo di beni costituzionali aperto e flessibile, fondato sulla clausola generale dell'art. 2 Cost., in modo da adattare la tutela penale alle esigenze storiche poste dall'evoluzione dei rapporti sociali.

³⁵⁹ Il che sottintende una concezione empirico-effettuale del bene giuridico, così come teorizzato da R. HONING, *Die Einwilligung des Verletzten*, Mannheim, 1919, p. 94: il riferimento è citato da A. FIORELLA, *Reato (voce)*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, p. 388.

³⁶⁰ In senso critico A. CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientato*, in AA. VV., *Costituzione, diritto e processo penale*, a cura di G. GIOSTRA, G. INSOLERA, Milano 1998, p. 147, secondo cui «prospettare un catalogo aperto di beni penalmente tutelabili, fino al limite della non incompatibilità, equivale ad una tacita rinuncia ad un ruolo critico del concetto penalistico di bene giuridico», perché «non solo nessuna norma penale, ma in assoluta nessuna norma può tutelare un interesse incompatibile con la Costituzione!».

³⁶¹ In tal senso si veda D. PULITANÒ, *op. ult. cit.*, p. 191. Dovrebbe essere sempre questo il saldo finale di un bilanciamento di valori che sia ragionevole e concreto.

³⁶² *Ex multis*, C. FIORE, *Ordine pubblico (voce)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980; F. BRICOLA, *Politica criminale e politica dell'ordine pubblico*, in *Quest. crim.*, 1973; G. DE VERO, *Tutela dell'ordine pubblico*, cit., p. 15 ss.; ID., *Ordine pubblico (delitti contro)*, in *D. disc. pub.*, X, Torino, 1995, pp. 437; ID., *Istigazione, libertà di espressione e tutela dell'ordine pubblico*, in *Arch. pen.*, 1976, p. 3 ss.; G. FRANCOLINI, *Generalità: la nozione di ordine pubblico e la sua tutela penale*, in AA.VV., *Trattato di diritto penale. Parte speciale. Vol. III: I delitti contro l'amministrazione della giustizia. I delitti contro il sentimento religioso e la pietà dei defunti I delitti contro l'ordine pubblico*, Milano, 2008, p. 985 ss.; M. PELISSERO, *Reati contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, cit., p. 225 ss.

L'ordine pubblico è, infatti, un concetto giuridico trasversale a diversi settori dell'ordinamento, ma di per sé evanescente³⁶³ e che mal si presta a adempiere alla funzione critica e dogmatica propria del bene giuridico³⁶⁴. Già agli occhi dei compilatori del codice Rocco l'ordine pubblico si profilava come la sintesi categoriale di un novero di delitti che ledono tale bene «non in qualche suo speciale aspetto, ma in sé, menomandolo nella sua essenza» (*deficit* di frammentarietà), dal momento che «in essi difficilmente è dato rinvenire un'obiettività giuridica immediata»³⁶⁵.

La nozione non è pacifica e tralattivamente di tale concetto sono state predicate due accezioni: per lungo tempo è stata imperante una concezione di tipo ideale, che tratteggia l'ordine pubblico come l'insieme dei principi fondamentali che garantiscono l'integrità del sistema normativo (*ordine legale costituito*³⁶⁶). Non ha avuto originariamente la medesima fortuna, invece, la nozione materiale dell'ordine pubblico, inteso come «*il buon assetto o il regolare andamento del vivere civile, a cui corrispondono, nella collettività, l'opinione e il senso della tranquillità e della sicurezza*» (così si esprime la Relazione ministeriale).

Ad ogni modo, con l'entrata in vigore della Costituzione sono stati esperiti i tentativi di adeguare la nozione di ordine pubblico all'ordinamento costituzionale con l'intenzione di pervenire a una lettura ossequiosa dei *Grundrechte*, così da corroborare l'operatività dei canoni di ragionevolezza e concretezza che devono sottendere il giudizio di bilanciamento.

³⁶³ K. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, I, Leipzig, 1922, a proposito delle omologhe incriminazioni contenute nel codice penale tedesco del 1871, definiva i delitti contro l'ordine pubblico come una categoria così residuale e indefinita da costituire una sorta di *Rumpelkammer*. La stessa *Relazione ministeriale* esordisce così nelle considerazioni generali sul Titolo V: «*la reale consistenza di una classe di delitti contro l'ordine pubblico viene contestata da una parte non trascurabile della dottrina. Si suole osservare che da ogni reato deriva e può derivare un turbamento dell'ordine pubblico, perché ogni reato per il danno mediato che produce, offende l'intera compagine sociale e scuote l'opinione del pubblico sulla sicurezza*». Ciononostante, i compilatori sono persuasi della considerazione che «*è innegabile che alcuni reati [...] direttamente aggrediscono l'ordine pubblico. Questo bene forma, in tal senso, il vero oggetto giuridico del fatto criminoso*». Donde il Titolo in commento si focalizza il turbamento dell'ordine pubblico come effetto derivante da un precipuo delitto «*per l'indole e gli elementi di questo*»

³⁶⁴ Cfr. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, cit., pp. 10-11, secondo cui sostenere che i reati contro l'ordine pubblico «provocano immediatamente ed esclusivamente quel "danno sociale" che è comunque la conseguenza indiretta di ogni alto illecito penale in termini di pregiudizio delle condizioni della convivenza civile, significa invero, in prospettiva dogmatica, rinunciare ad ogni strumento di orientamento interpretativo e classificatorio; e, in prospettiva critica, di aprire la strada alla legittimazione di qualsiasi scelta di criminalizzazione operata dal legislatore...».

³⁶⁵ Così si esprime la *Relazione del Guardiasigilli*.

³⁶⁶ Secondo G. FORNASARI, S. RIONDATO (a cura di), *Reati contro l'ordine pubblico*, II ed., Torino, 2017, p. 9 ss., l'ordine pubblico in senso ideale-normativo è sinonimo di ordine legale costituito.

Di conseguenza, si è preferito valorizzare la concezione materiale sulla base della ritenuta maggior consistenza dei concetti di sicurezza e di senso della tranquillità. L'assunto è, invero, opinabile, atteso che il bene della tranquillità pubblica non poggia su un fondamento oggettivo, bensì su una mera percezione, una valutazione di tipo congetturale.

Il Giudice delle leggi ha enucleato una nozione di ordine pubblico costituzionale la cui essenza è riposta nella «*preservazione delle strutture giuridiche della convivenza sociale, instaurate mediante le leggi*» (sentenza n. 19 del 1962)³⁶⁷, parimenti il mantenimento dell'ordine pubblico è stato considerato una «*finalità immanente del sistema costituzionale*», in quanto trattasi di un interesse giuridico ad esso inerente.

Tuttavia, la dottrina ha evidenziato che l'interpretazione prospettata dalla Corte costituzionale riporta in auge la concezione ideale dell'ordine legale costituito, che si rileva insoddisfacente non tanto per la sua astrusità, quanto piuttosto per il rischio di risultare strumentale a manipolazioni esegetiche che, flettendosi alla contingenza storica delle istanze securitarie, giustificano la compressione delle libertà personali in nome di un indefinito valore della sicurezza³⁶⁸.

Negli ultimi decenni la nozione materiale è stata circoscritta attorno al nucleo duro della tutela dell'incolumità esistenziale dei consociati «in occasione della compresenza fisica di una pluralità di individui e di fronte al mezzo del dispiegarsi manifesto della violenza fisica»³⁶⁹. Tuttavia, anche a voler condividere, in principio, siffatta impostazione non si vede come la stessa possa essere addotta a giustificazione dell'ordine pubblico in funzione di bene giuridico dei reati di opinione – segnatamente,

³⁶⁷ Nozione confermata altresì dalle sentenze n. 168 del 178 e n. 15 del 1973.

³⁶⁸ Sono di questo avviso C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., p. 112, il quale, mettendo in luce il «pretesto della sicurezza dello Stato» sostiene che «così inteso, il limite dell'*ordine pubblico* finisce dunque per risolversi nel divieto di esprimere un punto di vista critico, rispetto al “regime” esistente; e di propugnare istanze di cambiamento dell'ordinamento costituito»; G. INSOLERA, *I delitti contro l'ordine pubblico*, in AA.VV., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Milano, 2016, pp. 689 ss.; nella manualistica si veda G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 474. Offre una lettura significativamente attuale M. PELISSERO, *Reati contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, cit., p. 228, laddove analizza che a partire dagli anni Settanta si è andata affermando una nuova accezione dell'ordine pubblico, che emerge dal linguaggio giornalistico e dal dibattito politico e intende l'ordine pubblico come espressione sia dell'andamento della criminalità grave e della turbolenza della vita collettiva che come efficienza degli apparati statali chiamati a fronteggiarla. «Questa nozione di ordine pubblico, in gran parte connotata in termini emotivi, sta alla base delle politiche penali di sicurezza finalizzate a garantire attraverso lo strumento penale una maggiore sicurezza, quantomeno come fattore percepito nella collettività [...] ad essere privilegiata [...] è la funzione preventiva del diritto penale». In tal modo l'ordine pubblico cristallizza il momento della prevenzione.

³⁶⁹ Così G. DE VERO, *Ordine pubblico*, cit., p. 87.

dell'istigazione a delinquere e dell'apologia di delitto - dai quali è avulso il concreto palesarsi della violenza fisica.

Il contraltare è rappresentato dall'adesione alla nozione pubblicistica dell'ordine pubblico quale generica prevenzione dei reati³⁷⁰. Una nozione che mette in luce la scelta politico-legislativa di anticipare la tutela del bene finale, ma al contempo accentua i profili di conflittualità con il principio di offensività, poiché la retrocessione della soglia di punibilità ad uno stato anteriore a quello del pericolo per il bene rende irrimediabilmente incerti i confini tra repressione e prevenzione, facendo riaffiorare le criticità dei *Klimaschutzdelikte*.

Da quanto si è dianzi prospettato emerge un dato inconfutabile: l'inerenza dell'ordine pubblico al sistema costituzionale è stata asseverata apoditticamente³⁷¹. Ma la rilevanza costituzionale implicita di un bene giuridico richiede di essere suffragata da solide argomentazioni di ordine testuale e logico-sistematico, che qui difettano, *a fortiori* se si intende riconoscere a tale bene preminenza assiologica rispetto alle libertà fondamentali.

Nel senso di meglio delineare il bene giuridico, ancorandolo ad un'entità obiettivabile e coerente con la struttura democratica dello Stato, il progetto di riforma del codice penale elaborato dalla Commissione Pagliaro prevedeva la nomenclatura «reati contro la sicurezza collettiva»³⁷², fra i quali si contemplava esclusivamente l'istigazione (pubblica) a commettere delitti (art. 97).

Sebbene la proposta riformatrice sia rimasta un mero *flautus vocis*, l'idea di circoscrivere l'offesa tipica alla sicurezza della *civitas* nella sua dimensione materiale ("fisica") sembra trovare un vago riflesso nella lettura di chi sostiene che nella logica

³⁷⁰ Per tutti G. CORSO, *Ordine pubblico (voce)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, pp. 1075 ss., il quale considera l'interesse alla prevenzione dei reati un riflesso penalistico dell'ordine pubblico materiale, che legittima l'incriminazione della manifestazione del pensiero "se in rapporto di ragionevole connessione".

³⁷¹ In senso critico S. MOCCIA, *Diritto penale politico e giurisprudenza costituzionale in materia di libertà di riunione e di associazione*, cit., p. 215, avverte: «l'impressione è che la nuova aggettivazione (democratico, costituzionale) sia stata utilizzata allo scopo di trovare a misure altamente repressive una legittimazione che il vecchio ordine pubblico non sarebbe stato in grado di fornire».

³⁷² La Relazione della Commissione Pagliaro, presentata il 25 ottobre 1991, chiarisce la *ratio* di siffatta proposta: «Il Titolo II sostituisce alla rubrica del codice Rocco ("dei delitti contro l'ordine pubblico") quella "dei reati contro la sicurezza collettiva". Non si tratta di un mutamento solo formale, perché la nuova intitolazione vuol meglio caratterizzare il bene giuridico offeso dai reati del titolo, che non è più la generica, e sotto molti profili indecifrabile, entità dell'"ordine pubblico", ma appunto la "sicurezza collettiva", maggiormente concreta ed in sintonia con la struttura democratica dello Stato. Emerge in particolare l'aspetto della sicurezza "fisica" della collettività».

del bilanciamento la limitazione della libertà di manifestazione sia più solida e, quindi, plausibile laddove miri a neutralizzare l'aggressione di interessi individuali³⁷³.

Per quanto l'accostamento possa risultare ardito, entrambi i correttivi ermeneutici condividono la *ratio* di mettere in luce una progressione assiologica dei beni giuridici potenzialmente confliggenti con il portato dell'art. 21 Cost., così da limitare l'intervento penale verso l'alto³⁷⁴.

In una prospettiva *de iure condito*³⁷⁵ la tutela della persona, intesa quale bene protetto in via mediata dalla tutela della sicurezza collettiva - in luogo del più aleatorio *orde dans la rue* -, può rappresentare l'*ubi consistam* di un'interpretazione costituzionalmente orientata dei reati di opinione, che il legislatore repubblicano ha farisaicamente lasciato immutati nel loro impianto repressivo. Con l'innegabile pregio di osteggiare la perpetuazione a livello normativo di quel «*Rumpelkammer von Begriffen*» di bindinghiana memoria³⁷⁶.

SEZIONE II: LE FATTISPECIE CRIMINOSE

3. L'istigazione a delinquere *ex art. 414 c.p.*: introduzione

L'istigazione a delinquere (*öffentliche Aufforderung*), secondo una mirabile definizione dottrina, è «l'azione di colui che cerca di influire direttamente sulla volontà altrui con una particolare energia psichica motrice»³⁷⁷. L'art. 414, collocato nel Titolo V («dei delitti contro l'ordine pubblico») del Libro II del codice, costituisce la

³⁷³ È l'opinione di M. PELISSERO, *La parola pericolosa*, cit., p. 46.

³⁷⁴ In tal senso, si apprezza la lettura offerta da V. NARDI, *La punibilità dell'istigazione nel contrasto al terrorismo internazionale*, cit., p. 128, secondo cui: «agli effetti di un bilanciamento tra interesse contrapposti che abbiano quanto meno pari rango, sono i soli interessi individuali connessi alla persona, stante la centralità che quest'ultima assume nel nostro ordinamento, a poter legittimare limitazioni alla libertà di espressioni».

³⁷⁵ *De iure condendo*, invece, ci preme segnalare l'opzione suggerita da G. DE VERO, *op. ult. cit.*, p. 78, di configurare l'istigazione, l'apologia e l'associazione non già come istituti di parte speciale, ma come forme di partecipazione in tutti i reati da disciplinare nella parte generale del codice. L'A. sostiene che tali istituti costituirebbero l'espressione concreta dell'anticipazione della tutela penale e avrebbero ad oggetto di tutela il bene protetto attraverso la fattispecie violata nel caso di specie.

³⁷⁶ V. nota 356.

³⁷⁷ Così P. NUVOLONE, *Il diritto penale della stampa*, cit., p. 165. G. JAKOBS, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, in *ZStW* 97, 1985, pp. 758 ss., parla di «usurpazione degli altrui processi organizzativi». Ancora, G. LA CUTE, voce *Apologia e istigazione*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 2007.

sedes materiae dell'istigazione che può essere classificata quale *species* pubblica di un più ampio genere d'illecito (artt. 302 e 415 c.p.), in quanto commessa «*pubblicamente*». L'archetipo dell'istigazione si rinviene nel codice sardo del 1859 che all'art. 469 incriminava la provocazione a commettere reati. Si è parlato consapevolmente di "archetipo" poiché per la prima volta nella storia delle codificazioni preunitarie si sanzionò in termini generali la sollecitazione a commettere reati comuni, dunque non riferita ai soli delitti di Stato.

Tuttavia, tracce della tendenza alla repressione della manifestazione del pensiero dissidente si rinvencono altresì nel codice albertino del 1838, che agli artt. 199 e 200 sanzionava le ipotesi di pubblica provocazione a commettere reati contro il Re, la famiglia reale o contro il Governo, e, più compiutamente, nell'Editto albertino sulla stampa del 1848. L'Editto, infatti, prevedeva agli artt. 13 e 14 la provocazione a commettere reato con il mezzo della stampa, distinguendo a seconda che l'incitamento fosse rivolto verso reati comuni ovvero verso i delitti di attentato e di cospirazione contro la monarchia e la famiglia reale. In ogni caso, la disposizione più rimarchevole³⁷⁸ per l'ampiezza delle ipotesi previste e, in particolare, per la previsione dell'apologia di delitto era l'art. 24: «*Qualunque offesa contro la inviolabilità del diritto di proprietà, di rispetto dovuto alla legge, ogni apologia di fatti qualificati crimini o delitti dalla legge penale, ogni provocazione all'odio fra le varie condizioni sociali, e contro l'ordinamento della famiglia, sarà punito colle pene di cui all'art. 17*».

Il codice Zanardelli del 1889, nonostante la sua matrice dichiaratamente liberale, raccolse il testimone³⁷⁹, raffinando gli strumenti di repressione dell'istigazione a delinquere (art. 246), sanzionata senza alcun riferimento al mezzo della stampa ovvero alla tipologia dei reati incitati, e assimilando l'apologia di delitto alla disobbedienza della legge e all'odio fra le classi sociali (art. 247).

Nel dettaglio, l'art. 246, collocato nell'alveo del Titolo V («dei delitti contro l'ordine pubblico») – è manifesta l'affinità con la scelta sistematico-dogmatica compiuta dal codice penale del 1930 – disciplinava l'istigazione a delinquere con un paradigma

³⁷⁸ C. FIORE, *op. ult. cit.*, p. 22.

³⁷⁹ *Ibidem*, p. 25, l'A. a proposito del codice Zanardelli afferma: "le cui sofisticate previsioni si rivelarono, nei decenni successivi, un duttile strumento di controllo politico; talora, forse, contro la stessa volontà dei suoi autori".

ascrittivo che costituisce il diretto ascendente della vigente fattispecie incriminatrice. La disposizione *de qua* sanzionava il fatto di chi pubblicamente istiga a commettere un reato, ritenuto censurabile «*per il solo fatto dell'istigazione*»; la pena veniva modulata a seconda della gravità - dedotta dalla tipologia della sanzione e dal relativo massimo edittale - del reato oggetto di istigazione.

La fattispecie presentava marcati profili di indeterminatezza, atteso che la descrizione del fatto tipico si esauriva nella voce verbale 'istigare', corredata dall'avverbio modale «*pubblicamente*»; ciò aveva fatto sì che la giurisprudenza, nei casi di contestazione del reato in parola a soggetti anarchici o di ispirazione socialista, si appiattisse sull'accertamento della sola pubblicità della condotta trascurando, per converso, la verifica di un effettivo turbamento della tranquillità pubblica e del senso di sicurezza³⁸⁰. Si trattava di un esito applicativo di segno diametralmente opposto alle opinioni dottrinali dell'epoca, le quali convintamente postulavano che l'oggetto dell'istigazione dovesse essere un precipuo delitto e non già una manifestazione ovvero una propaganda ideologica³⁸¹. Invero, il punto di arrivo della tendenza autoritaria assunta dalla giurisprudenza della Cassazione si manifestò eminentemente nello scrutinio dei ricorsi avverso le sentenze dei tribunali di guerra³⁸².

È agevole intuire come tutto ciò abbia rappresentato il terreno di coltura per la progressiva configurazione dei reati di opinione quale efficiente congegno di repressione del dissenso politico, perfezionata ad opera del legislatore del 1930 che «ha sfruttato e potenziato i germi liberticidi»³⁸³ della precedente normativa in un disegno autoritario ben più composito (sul tema, *supra* § 1).

Veniamo ora alla disciplina vigente. Il codice Rocco nell'ambito dei delitti contro l'ordine pubblico prevede all'art. 414, comma primo, che: «*Chiunque pubblicamente istiga a commettere uno o più reati è punito, per il solo fatto dell'istigazione: 1) con la*

³⁸⁰ Emblematica Cass. Pen. 5 gennaio 1895, in *Giust. pen.*, 1895, vol. I, pp. 139 ss., che configurò l'istigazione a delinquere nella condotta di chi gridava "Viva De Felice e compagni coi quali siamo solidali, morte alle spie". Parimenti Cass. Pen. 16 gennaio 1895, *ibidem*, ravvisò gli estremi del delitto *de quo* nel caso di chi intonava l'inno di Filippo Turati, dimostrando di essere un proselito del suo programma. Circa l'esclusività del requisito della pubblicità il *leading case* è costituito dalla Cass. Pen. 3 aprile 1900, ove si argomentò che l'istigazione a delinquere è un reato di pericolo, ma la situazione di pericolo sarebbe presunta nel caso di pubblicità.

³⁸¹ Cfr. L. ALESIANI, *I reati di opinione. Una rilettura in chiave costituzionale*, cit., p. 41.

³⁸² Per un'attenta analisi A. RIDOLFI, *I reati di opinione tra Stato liberale e fascismo*, in *Historia et ius. Rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna*, 2015, pp. 22 ss.

³⁸³ Così M. PELISSERO, *La parola pericolosa*, cit., p. 38.

reclusione da uno a cinque anni, se trattasi di istigazione a commettere delitti; 2) con la reclusione fino a un anno, ovvero con la multa fino a 206 euro, se trattasi di istigazione a commettere contravvenzioni». La disposizione in commento contiene due distinte ipotesi d'illecito: l'istigazione a commettere delitti (n.1) e quella a commettere contravvenzioni (n.2)³⁸⁴. Il comma successivo esclude, però, la configurabilità di un concorso fra le due fattispecie istigatorie, prevenendo l'assorbimento *quoad poenam* della seconda nella prima³⁸⁵.

Secondo l'orientamento tradizionale la punibilità dell'istigazione costituisce una perspicua eccezione alla regola generale posta dall'art. 115, comma terzo, c.p. secondo cui è esclusa la punibilità nel caso di istigazione a commettere un reato, allorquando essa viene accolta e il reato non viene comunque commesso³⁸⁶. A ben vedere, una dottrina più recente contesta con fermezza siffatto inquadramento, ritenendo che si tratti di due forme istigatorie non speculari³⁸⁷ e che la ricostruzione, la quale si va confutando, prenda le mosse da una premessa fallace, ovverosia la ritenuta unitarietà della nozione di istigazione nei suoi vari riferimenti codicistici.

Ragion per cui, sostengono i commentatori che aderiscono a tale orientamento, deve operarsi un'accorta distinzione concettuale del riferimento all'istigazione contenuto nelle due disposizioni penali qui rilevanti.

³⁸⁴ Condivisibile la lettura di E. CONTIERI, *I delitti contro l'ordine pubblico*, Milano, 1961, p. 8, secondo la quale le due ipotesi istigatorie vanno inquadrate come fattispecie autonome e non già circostanziate, attesa la diversità dell'oggetto e del trattamento sanzionatorio.

³⁸⁵ Così recita il co. 2: «Se si tratta di istigazione a commettere uno o più delitti e una o più contravvenzioni, si applica la pena stabilita nel numero 1».

³⁸⁶ Depongono in tal senso R. DOLCE, *Istigazione a delinquere*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, pp. 995 ss.; B. OLIVIERO, *Apologia e istigazione (reati di)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 618; E. MEZZETTI, *I delitti contro l'ordine pubblico*, in A. FIORELLA (a cura di), *Questioni fondamentali della parte speciale del Diritto penale*, Torino, 2016, *passim*; E. CONTIERI, *op. ult. cit.*, p. 12. Nella manualistica G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 478; F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale. Parte speciale*, Vol. II, 2016, p. 102, secondo cui «la minaccia all'ordine pubblico, derivante dalla pubblicità del fatto, spiega l'eccezione».

³⁸⁷ Si fa riferimento alla ricostruzione proposta da F. SCHIAFFO, *Istigazione e ordine pubblico*, cit., pp. 241 ss. Nella stessa prospettiva M. PELISSERO, *Reati contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, cit., p. 232, afferma che «una deroga alla norma di parte generale sussiste effettivamente solo in relazione a quelle fattispecie caratterizzate dal medesimo presupposto della necessità della mancata commissione del reato istigato e dal collegamento della sanzione con quella prevista per il reato oggetto dell'istigazione (ad es. art. 302 c.p.)»; nonché G. FORNASARI, *op. cit.*, p. 4, testualmente: «è opportuna una precisazione, dato che i due piani non sono esattamente sovrapponibili, in quanto da un lato quella prevista dall'art. 414 non è una qualunque istigazione, ma possiede il carattere specifico della pubblicità, e dall'altro non si tratta necessariamente di un'istigazione non accolta, ma di un'istigazione qualificata come reato autonomo, che viene punita a prescindere dal fatto che venga o non venga accolta».

In tale prospettiva, si può affermare *de plano* che la norma di parte generale preclude la punibilità dell'istigazione intesa quale forma di partecipazione morale³⁸⁸ alla realizzazione plurisoggettiva del reato, la quale deve essere accertata *ex post*, stante la condizione indefettibile della non commissione del reato.

A ben vedere, come emerge dai lavori preparatori³⁸⁹, la ragione più intima dell'art. 115 c.p. è riposta nella funzione di individuare il *quid minimum* necessario per punire il delitto tentato in caso di compartecipazione criminosa, atteso che «in mancanza di tale previsione [...] la responsabilità *ex art.* 56 c.p. tenderebbe ad espandersi enormemente»³⁹⁰. Infatti, secondo l'elaborazione dogmatica più risalente³⁹¹, la norma è espressione del principio generale della (tendenziale) irrilevanza degli atti meramente preparatori, con conseguente fissazione della soglia di punibilità del tentativo al c.d. «cominciamento di esecuzione» (cfr. l'art. 61 del codice Zanardelli)³⁹².

Per converso, l'istigazione rilevante *ex art.* 414 c.p. deve essere accertata *ex ante* nella «indifferenza rispetto agli esiti della manifestazione istigativa»³⁹³ - diversamente da quanto previsto dal § 111 dello *Strafgesetzbuch*³⁹⁴ - tendendo a mente che gli elementi

³⁸⁸ Per tutti, M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, 1957.

³⁸⁹ La *Relazione del Guardasigilli* mette in luce l'intento legislativo «di considerare fuori degli atti di tentativo, anche nella forma più ampia accolta, e quindi non passibili di pena, tutti quegli atti di istigazione o di accordo che non siano seguiti da altre manifestazioni di attività».

³⁹⁰ C. BERGAMASCO, sub *art. 115 c.p.*, in *Codice commentato*, T. PADOVANI (a cura di), Milano, 2011, p. 906. In tema F. SCHIAFFO, *op. ult. cit.*, p. 160, afferma che le condotte di partecipazione morale nel concorso di persone rivestono «lo stesso valore che hanno le condotte preparatorie nella fattispecie monosoggettiva: irrilevanti, fino a quando non si raggiunge la soglia di punibilità del tentativo».

³⁹¹ In tema C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, IV ed., 2013 p. 506; G. VASSALLI, *Accordo (voce)*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, p. 36. *Contra* L. VIOLANTE, *Istigazione (voce)*, in *Enc. dir.*, Vol. XXII, Milano, 1972, p. 991, secondo cui l'istigazione e l'accordo ai quali non fa seguito la commissione del reato sono penalmente irrilevanti non perché concretano atti meramente preparatori, bensì perché carenti di idoneità e univocità (cfr. art. 56 c.p.). Pertanto, secondo l'A., la *ratio* più autentica dell'art. 115 c.p. è nella sua funzione di presupposto dell'applicabilità della misura di sicurezza di cui all'art. 229 (libertà vigilata). Secondo tale ricostruzione dogmatica, «il legislatore, di fronte all'esigenza di tutelare beni giuridici di particolare valore contro aggressioni che assumono la forma dell'istigazione o dell'accordo, sceglierebbe di anticipare la soglia della punibilità solo in relazione a determinate fattispecie di reato, e non in via generale, attraverso l'ampliamento del limite minimo di punibilità del tentativo»: così C. BERGAMASCO, *op. cit.*, p. 910. Ma deve osservarsi che, così ragionando, non si è affatto giustificato la natura eccezionale della norma speciale (art. 414 c.p.) rispetto alla regola generale (art. 115 c.p.).

³⁹² In tal modo si è riconosciuto all'art. 115 c.p. una funzione garantista, vale a dire «una forza di espansione logica che dovrebbe indurre a riservare lo stesso trattamento giuridico a tutti gli atti che, pur senza essere commessi nell'ambito di un accordo o di una istigazione, tuttavia, hanno la stessa natura di quegli atti dichiarati non punibili»: testualmente C. FIORE - S. FIORE, *op. ult. cit.*, p. 468, che rinvia a B. PETROCELLI, *Il delitto tentato*, Napoli, 1995, *passim*.

³⁹³ Così G. DE VERO, *Istigazione a delinquere e a disobbedire alle leggi*, cit., p. 293.

³⁹⁴ Il § 111 *StGB* prescrive: «Chi istiga pubblicamente, in una riunione o mediante diffusione di scritti, a commettere un reato, viene punito alla stregua del determinatore. Se l'istigazione non ha effetto, si

tipici della norma non solo giustificano l'originalità del suo presupposto applicativo ma, soprattutto, ostano alla configurabilità dell'istigazione a delinquere come un'eccezione ai principi e ai precetti che disciplinano il concorso di persone nel reato (art. 110 ss.).

Sono, infatti, due gli argomenti esegetici che depongono per l'infondatezza della correlazione dell'istigazione a delinquere al concorso morale e, di conseguenza, dell'inquadramento del rapporto fra l'art. 115 e 414 c.p. in chiave di regola-eccezione. Il primo argomento, di tipo testuale, evidenzia che la norma di parte speciale limita la rilevanza penale al «*solo fatto dell'istigazione*» e tale inciso va inteso come una clausola di irrilevanza dell'eventuale commissione del reato eccitato (*Anstiftung*) o della sua eventuale non commissione (la c.d. istigazione sterile ovvero *versuchte Anstiftung*)³⁹⁵.

Da un punto di vista logico-sistematico, invece, risulta dirimente la considerazione che devono essere ricercate in un corpo normativo diverso dal Titolo V le fattispecie incriminatrici realmente derogatorie del principio espresso all'art. 115 del codice; il riferimento è chiaramente all'art. 302 (l'istigazione a commettere delitti contro la personalità internazionale e interna dello Stato collocata nel Titolo I) nel cui articolato figura quale requisito essenziale la mancata commissione del delitto incitato («*se l'istigazione è accolta, ma il delitto non è commesso*») e il trattamento sanzionatorio è concretamente parametrato sulla cornice edittale del reato oggetto dell'istigazione.

applica la pena detentiva fino a cinque anni o la pena pecuniaria. La pena non può risultare più grave di quella comminata per il caso che l'istigazione abbia avuto effetto; va applicato il § 49 Abs. 1 Nr. 2». Il raffronto tra la norma d'oltralpe e quella domestica può rappresentare un ulteriore argomento a sostegno della tesi della non assimilabilità dell'istigazione come forma di concorso morale all'istigazione (pubblica) a delinquere come autonomo titolo di reato.

³⁹⁵ Sul punto G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, cit., pp. 181 ss. argomenta: «l'indifferenza della disposizione come momento di un *iter* criminoso specifico e puntuale è insomma integrale, e giustifica pertanto l'esclusione di qualsiasi collegamento, sia pure in termini di eccezione a regola, con la norma di parte generale dell'art. 115 c.p., il cui essenziale è presupposto è per contro costituito dalla mancata realizzazione del reato istigato». L'A. afferma che tale clausola vada intesa come l'antitesi delle clausole di sussidiarietà che corredano altre figure autonome di istigazione, punibili soltanto se il fatto istigato non sia commesso. «La relazione di sussidiarietà, che esprime il collegamento tra diversi e progressivi livelli di sviluppo dell'offesa di un medesimo bene giuridico, costituisce indice sicuro della collocazione della norma incriminatrice di grado inferiore su di un piano di autentica anticipazione della tutela»; non a caso la dottrina più incline a riconoscere all'istigazione a delinquere una mera funzione di estensione della protezione «accordata dall'insieme delle norme incriminatrici speciali» tende a valorizzare il principio di sussidiarietà, «cui secondo la prevalente interpretazione si ispira la fattispecie nell'ordinamento di riferimento».

Orbene, la *ratio* dell'autonoma punibilità dell'istigazione a delinquere (dove la dizione diffusa in dottrina di 'istigazione speciale') è da rinvenire proprio nel connotato pubblico della condotta, su cui si fonda l'antigiuridicità quale riflesso del pericolo³⁹⁶ per l'ordine pubblico che discende dalla "viralità" del messaggio istigatorio formulato *coram publico*.

L'autonomia dell'istigazione quale figura di reato e non già quale contributo morale al reato eccitato conduce a un rimarchevole esito pratico, allorché il messaggio istigatorio sia accolto e l'*incited crime* venga commesso, atteso che in siffatta circostanza si deve concludere per la sussistenza del concorso materiale di reati fra l'art. 414, co. 1, c.p. e il reato concretamente commesso. Di quest'ultimo l'autore del delitto di opinione risponderà a titolo di concorso morale³⁹⁷ soltanto se sarà stato appurato il nesso di causalità psichica che avvince la condotta dell'agente-istigatore e la consumazione del reato ad opera del soggetto istigato³⁹⁸, secondo i canoni generali del concorso di persone.

L'indirizzo dominante nella dottrina e nella giurisprudenza più risalente esclude ogni ipotesi di assorbimento del reato istigato (*incited*) nel reato di istigazione (*incitement*),

³⁹⁶ Cass. Pen., sez. I, 22 maggio 1953, *Dessanay*, in *Giust. pen.*, 1953, II, pp. 1121 ss., individua il "pericolo sociale che ne deriva a causa del turbamento e dell'inquietudine che esso produce nella collettività".

³⁹⁷ È la soluzione dominante in dottrina: V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, cit., pp. 65 ss.; B. CAVALIERI, *La posizione logico-sistemica dell'istigazione nel codice penale*, in *Arch. pen.*, 1953, pp. 330 ss.; E. CONTIERI, *op. ult. cit.*, pp. 25 ss.; M. PELISSERO, *op. ult. cit.*, p. 242; R. DOLCE, *Istigazione a delinquere*, cit., p. 999; G. DE VERO, *Istigazione a delinquere*, cit., p. 293, secondo cui «Essendo l'autore punito 'per il solo fatto dell'istigazione', la fattispecie trova riscontro anche se il reato o i reati istigati siano commessi, nel qual caso, ove ricorrano i requisiti della compartecipazione morale con particolare riguardo al nesso di causalità, l'istigatore risponderà, oltretutto a titolo di pubblica istigazione, anche di concorso nel reato istigato». Nella stessa prospettiva F. BELLINI, *Brevi note sul delitto di istigazione*, in *Riv. pen.*, 2008, 5, p. 293, argomenta che la configurabilità del concorso di reati è la diretta conseguenza della circostanza che l'autore dell'istigazione a delinquere, commettendo il fatto tipico, pone in essere un *quid pluris* rispetto alla condotta che sostanzia la partecipazione morale alla realizzazione plurisoggettiva del reato. E tale elemento di specialità, nel caso dell'istigazione, è rappresentato dalla pubblicità. Altrettanto concorde è la giurisprudenza, come emerge chiaramente dalla lettura della Cass. Pen., sez. III, 11 giugno 1957, La Torre, in *Giust. pen.*, 1958, p. 52; nonché Cass. Pen., sez. I, 22 maggio 1953, *Dessanay*, in *Giust. pen.*, 1953, II, p. 1121. *Contra* G. MAGGIORE, *Diritto penale. Parte speciale*, Milano, 1950, vol. II, p. 354, che sostiene la tesi dell'assorbimento.

³⁹⁸ Pertanto, «occorrerà ricorrere ai principi generali, in base ai quali non vi è alcun automatismo nell'iscrizione della responsabilità a titolo di concorso ex art. 110, dovendosi invece di volta in volta stabilire se si sia in presenza dei requisiti oggettivi (causalità) e soggettivi (dolo) necessari per integrare una condotta di partecipazione, che in ogni caso concorrerà con la responsabilità ex art. 414, dandone naturalmente per scontata la realizzazione di tutti i presupposti»: così G. FORNASARI, *op. cit.*, p. 10. In particolare, aderendo alla tesi di S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milano, 1987, p. 261, l'istigazione deve cagionare una sorta di "doppio evento" inteso come la concreta incidenza sul presupposto causale dell'esecuzione (il c.d. cominciamento d'esecuzione) e sulla consumazione del reato.

argomentando sulla base della diversità delle condotte e dell'oggettività giuridica tutelata (in tal senso, è perspicua Cass. Pen., sez. I, 10 novembre 1964, *Isoppi*) al fine di precludere la proiezione della *querelle* attraverso il prisma del concorso di norme e, di conseguenza, l'applicabilità del principio di specialità. Emerge nitidamente la volontà di offrire una lettura applicativa fedele all'opzione politico-criminale che è geneticamente sottesa alla formulazione dello stesso art. 414 c.p.: il disvalore del fatto di reato, frutto della raccolta istigazione, non può esaurire il disvalore dell'autonoma azione diretta a influire pervicacemente sull'altrui volontà. Infatti, aderire alla conclusione di segno contrario significherebbe denegare l'autonomia dell'istigazione a delinquere come fattispecie incriminatrice e, così opinando, riconnetterla alla disciplina generale del concorso di persone nel reato e, quindi, all'eccezione di cui all'art. 115 c.p. Più sinteticamente, ciò significa addivenire ad un'abrogazione *de facto* dell'art. 414, primo comma, c.p. nel caso di istigazione accolta, a cui faccia séguito la commissione dell'illecito provocato.

Cionondimeno, conquista terreno in giurisprudenza l'orientamento che enuclea criteri risolutivi del concorso apparente di norme diversi da quello di specialità, con l'intento di valorizzare i profili di ragionevolezza della risposta sanzionatoria olisticamente concepita. Viene in rilievo, anzitutto, il principio di assorbimento che, ordinato su un giudizio di valore, limita la punibilità al solo reato più grave; oppure il principio di sussidiarietà che, in uno con la ricostruzione dell'autonoma figura d'istigazione come strumento di tutela anticipata del bene protetto dalla fattispecie incriminatrice istigata (v. *infra*), postula l'applicazione esclusiva della norma il cui fatto tipico "fotografa" lo stadio più avanzato dell'offesa al bene giuridico.

Tali correttivi ermeneutici sono indubbiamente apprezzabili per l'intento di garantire una miglior tenuta del sistema, specialmente ai fini della complessiva dosimetria della pena, ma indicano un sentiero sbarrato, fintantoché permane nel testo codicistico l'istigazione a delinquere come autonoma figura di reato e la relativa fattispecie si connota per l'equidistanza rispetto agli esiti concretamente sortiti dal messaggio che è stato propalato.

4. Elementi strutturali della fattispecie incriminatrice

L'istigazione a delinquere è un reato comune, dal momento che il soggetto attivo può essere «*chiunque*» (si tramanda la stessa dizione testuale del codice Zanardelli).

L'opera di incitamento alla commissione di un reato per essere punibile ai sensi dell'art. 414 c.p. deve essere pubblica («*pubblicamente*»). Come già prospettato, il requisito della pubblicità, vincolando le modalità esecutive della condotta, non funge semplicemente da elemento costitutivo del fatto tipico³⁹⁹, ma rappresenta un *quid pluris*, ovvero il referente ontologico dell'antigiuridicità dell'azione, che conferisce offensività alla parola istigatoria. Per delineare la portata di tale elemento, occorre operare un rinvio all'art. 266, comma quarto, c.p. nella parte in cui statuisce ai fini della legge penale che il reato si considera avvenuto pubblicamente, laddove sia commesso: «1) col mezzo della stampa, o con altro mezzo di propaganda; 2) in luogo pubblico o aperto al pubblico e in presenza di più persone; 3) in una riunione che, per il luogo in cui è tenuta, o per il numero degli intervenuti, o per lo scopo od oggetto di essa, abbia carattere di riunione non privata».

Relativamente al combinato disposto dell'art. 414, comma primo, c.p. con il n. 1, è difficile revocare in dubbio che l'uso della stampa ha palesato storicamente il connotato tipico della diffusività del messaggio, che prescinde dalla necessaria compresenza fisica dell'autore e dei destinatari, nonché annichilisce il requisito dell'immediatezza delle relazioni interpersonali⁴⁰⁰.

In tempi più recenti si è discusso, invece, circa la legittimità di un'interpretazione estensiva in ordine all'uso dei sistemi telematici ovvero della televisione. Sul punto

³⁹⁹ Contra B. CAVALIERI, *La posizione logico-sistematica dell'istigazione nel codice penale*, p. 330, secondo cui la pubblicità costituisce una condizione obiettiva di punibilità, ma si tratta di una posizione che è rimasta isolata nel panorama dottrinale. Ad opinione di chi scrive la lettura esegetica in commento risulta poco convincente, atteso che la categoria condizionale presuppone una fattispecie incriminatrice già integrata in tutte le sue componenti (soggettive e oggettive) e la pubblicità è il *discrimen* rispetto all'istigazione quale forma di partecipazione morale e rispetto all'istigazione 'speciale' di cui all'art. 302 c.p., pertanto essa riveste un ruolo ontologico nella delimitazione del fatto tipico.

⁴⁰⁰ G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, cit., p. 195, osserva: «qui il significato preminente di manifestazione del pensiero, propria della condotta incriminata, si esprime nella massima dignità: è in questione il canale per così dire 'istituzionale' della comunicazione intellettuale tra soggetti, depurato da ogni influenza suggestiva o emozionale, diversa dal segno linguistico, che sia atta a deprimere le possibilità di reazione critica dei destinatari, e inteso al contrario a favorire, se non addirittura a presupporre, un atteggiamento di disponibilità vigile alla ricezione del messaggio». L'uso della stampa rende ancora più impervia l'opera di conciliare l'intervento penale con la libertà prevista all'art. 21 Cost.; sul punto offre un importante approdo una pronuncia della Corte d'Assise di Roma del 5 marzo 1981, caso *Di Giovanni*, in cui si è statuito che devono essere tenute distinte «la volontà di pubblicare documenti scottanti con finalità di informazione e la volontà di commettere, per mezzo della stampa, una azione istigatrice o apologetica con l'intenzione di provocare i fatti oggetto dell'istigazione o dell'apologia».

non si registrano visioni unanimi in dottrina: all'opinione di chi introietta il ricorso a siffatti *media* comunicativi nella nozione di altro mezzo di propaganda⁴⁰¹ si contrappone il giudizio alquanto perentorio dei commentatori che ravvisano un'analogia *in malam partem*⁴⁰². La giurisprudenza di legittimità, dal canto suo, è univoca nel ritenere la piena ammissibilità dell'interpretazione estensiva⁴⁰³.

L'ipotesi contemplata al n. 2, al pari di quella contenuta al numero successivo, presuppone un quadro ambientale connotato potenzialmente da una comunicazione intersoggettiva diretta⁴⁰⁴ ed è da sempre al centro di un vivace dibattito circa il numero *non minus ultra* delle persone che devono essere presenti al momento della propalazione. Un tema che si pone al crocevia fra due distinti orientamenti: da un lato, la consolidata casistica giurisprudenziale che si accontenta della presenza di due sole persone⁴⁰⁵; dall'altro lato, si è sostenuto che l'interpretazione costituzionalmente orientata, la quale ha condotto all'emersione della idoneità offensiva quale elemento essenziale della fattispecie oggettiva, presupponga l'*indeterminatezza* dei destinatari affinché risulti concreto e reale il pericolo di commissione del reato temuto⁴⁰⁶.

Tuttavia, giova precisare che la pubblicità della condotta e l'indeterminatezza dei destinatari non sono concetti giuridici fungibili o sinonimici, atteso che la pubblicità

⁴⁰¹ Per quest'indirizzo si veda l'esposizione di G. FORNASARI, *op. cit.*, p. 4, e C. VISCONTI, *I reati di istigazione*, cit., p. 1045.

⁴⁰² Si esprime in tal senso L. ALESIANI, *op. cit.*, p. 246.

⁴⁰³ A titolo esemplificativo, Cass. Pen., sez. I, 6 ottobre 2015, n. 47489, ha confermato la misura cautelare degli arresti domiciliari disposta nei confronti di un soggetto che aveva diffuso via internet un documento intitolato «Lo Stato Islamico: una realtà che ti vorrebbe comunicare», di esaltazione del sedicente Stato Islamico. Occorre una precisazione in punto di diritto intertemporale: nel caso di specie i fatti incriminati erano stati perfezionati sotto la vigenza del previgente art. 414 c.p., ossia anteriormente all'interpolazione del decreto antiterrorismo del 2015 che ha espressamente contemplato l'uso di strumenti informatici o telematici.

⁴⁰⁴ G. DE VERO, *op. ult. cit.*, p. 200, afferma che la presenza di una pluralità di persone in un luogo determinato enfatizza l'attitudine criminogena della manifestazione istigativa e costituisce un tasso oggettivo di pericolosità, che «non trova stavolta controindicazioni in termini di bilanciamento di interessi nel confronto con il valore della libera manifestazione del pensiero: l'utilizzazione consapevole da parte del soggetto agente delle descritte condizioni ambientali concretizza certamente quel momento abusivo, attraverso il quale l'istigazione inizia a convertirsi in un "principio di azione"».

⁴⁰⁵ Così Cass. Pen., sez. I, 11 giugno, 1986; in dottrina, F. CONSULICH, *Reati contro l'ordine pubblico*, cit., p. 103; E. CONTIERI, *op. cit.*, p. 13, ritiene sufficiente anche la presenza di un solo individuo, così argomentando: «il bene, tutelato dalla norma dell'articolo 414 del codice penale, è messo in pericolo non tanto né necessariamente dalla pluralità di coloro cui si dirige l'istigazione, quanto dalla pluralità di coloro che sono resi consapevoli di un fatto di istigazione ... onde anche la istigazione diretta ad una sola persona, ma commessa pubblicamente, costituisce il reato di cui all'art. 414 del codice penale».

⁴⁰⁶ Emblematica di tale orientamento la Cass. Pen., sez. I, 17 aprile 1998. Sulla stessa linea G. FORNASARI, *op. cit.*, e L. ALESIANI, *op. cit.*, p. 254, la quale richiede la presenza di almeno tre persone.

intercetta un aspetto modale-obiettivo della condotta, mentre l'indeterminatezza pertiene all'identità (*rectius*: identificabilità) soggettiva dei destinatari ed è tendenzialmente insuscettibile di essere espressa attraverso precipe valutazioni numeriche (potrebbe esservi un solo soggetto ma indeterminato o potrebbe trattarsi di un consesso di persone note). Ne discende che quest'ultimo concetto sollecita una apposita disamina in ordine alla sua configurabilità come elemento indefettibile che concorre a raffigurare il fatto tipico. E per tale via si profila un'ulteriore questione interpretativa, attorno alla quale si sono polarizzate le due tesi confliggenti della dottrina.

Secondo il pensiero per lungo tempo dominante⁴⁰⁷, l'istigazione può essere rivolta anche verso uno o più soggetti determinati (*in certam personam*) e l'argomento dirimente è tratto dal tenore testuale della norma in commento, in cui difetta la menzione del pubblico.

Di contro, si obietta che l'indeterminatezza dei riceventi il messaggio istigatorio non solo qualifica la tipicità dell'incriminazione, ma giustifica altresì l'autonomia della figura di reato rispetto al paradigma concorsuale e alla correlata eccezione di cui all'art. 115 c.p.⁴⁰⁸.

Ad avvalorare la tesi della necessaria indeterminatezza si adduce un argomento storico, che illumina sulla *voluntas legis* rievocando la Relazione del Guardasigilli, ove si postula che «è necessaria quell'istigazione che si rivolge al pubblico, inteso come folla, ossia la istigazione in incertam personam». Dalle parole del compilatore emerge implicitamente un'accezione sia quantitativa che qualitativa dell'indeterminatezza, la

⁴⁰⁷ E. CONTIERI, *op. cit.*, p. 19.

⁴⁰⁸ Sono di questo avviso G. INSOLERA, *I delitti contro l'ordine pubblico*, cit., p. 307, e G. DE VERO, *op. ult. cit.*, pp. 189 ss, secondo cui «chi volesse assumere nell'economia della norma incriminatrice, sia pure in posizione marginale, ipotesi di istigazione pubblica rivolta a persone determinate costruirebbe sottofattispecie destinate a restare sospese in una sorta di limbo, prive di agganci e con gli istituti della parte generale e con un'autonoma prospettiva lesiva di parte speciale». Sotto il primo profilo, l'A. sostiene che ad ammettere la possibilità di un'istigazione verso soggetti determinati verrebbe meno la stessa ragion d'essere dell'incriminazione, considerato che «tale circostanza non eleva il tasso di pericolosità della manifestazione del proposito criminoso in rapporto alla commissione del reato istigato, ma semmai lo diminuisce in quando rende possibili interventi in funzione preventiva». Sotto l'altro profilo, la determinatezza del destinatario non apporta un contributo rilevante all'affermazione dell'autonomia dello specifico oggetto di tutela: «se si tratta di rintracciare una forma di pericolosità diffusa di perpetrazione di reati, tale per un verso da svincolarsi dell'economia di un concreto e puntuale *iter criminis* e dai corrispondenti criteri di imputazione, e per altro verso da non confondersi con una generica attitudine criminogena, sembra naturale prendere le mosse intanto da una pluralità indeterminata di soggetti quali destinatari della condotta incriminata». In tal prospettiva si evidenzia la coesistenzialità alla pubblica istigazione criminosa dell'indeterminatezza dei destinatari.

quale sembra denotare la presenza di una pluralità di individui, la cui identificazione è opera assai defaticante, se non impossibile.

Tuttavia, ad opinione di chi scrive, l'esegesi poizore è quella che privilegia il dato testuale della disposizione, in cui si fa espresso riferimento al connotato modale della condotta («*pubblicamente*») e non già all'*audience*, da leggere in combinato disposto con l'art. 266, comma 4 n. 2, c.p., che qualifica la pubblicità nel senso della contestualizzazione pubblica alla presenza di più persone senza un'ulteriore indicazione rispetto a quest'ultimo dato.

Orbene, la rappresentazione dell'indeterminatezza quale elemento costitutivo della tipicità del fatto illecito è ultronea, atteso che l'unico requisito espresso è la pubblicità - concepita come la presenza di più di due persone in un luogo pubblico o aperto al pubblico - e su di esso si fonda la *raison d'être* della fattispecie incriminatrice. Ciò non significa che l'indeterminatezza debba essere espunta del tutto dallo spettro applicativo dell'istigazione, ben potendo rilevare ai fini del concreto accertamento della pericolosità del messaggio istigatorio. Infatti, secondo l'insegnamento giurisprudenziale, l'identità degli uditori è una coordinata fattuale imprescindibile⁴⁰⁹.

Volgendo lo sguardo al tema chiave del presente lavoro, suffraga la nostra tesi l'esempio dell'istigazione a commettere delitti di matrice *jihadista* che avvenga in una moschea alla presenza di una moltitudine di persone fisiche note ovvero su una *community* (ad esempio, un gruppo chiuso di dialogo su *Facebook*⁴¹⁰) in cui il numero e l'identità degli utenti possono essere autenticamente determinati (o quanto meno determinabili).

La condotta di istigazione si esplica in un moto psichico, un'azione di pungolo diretta a influenzare l'altrui potere di autodeterminazione per persuadere verso l'assunzione di un determinato contegno o il raggiungimento di un risultato, facendo sorgere nel soggetto destinatario la risoluzione criminosa *ex nihilo* ovvero affievolendo o,

⁴⁰⁹ In dottrina si segnala l'opinione di C. FIORE, *Libera manifestazione del pensiero e apologia di reato*, in *Arch. pen.*, 1971, II, p. 18, secondo cui «il valore del comportamento, come stimolo all'azione altrui, dipende non già dalla forma del discorso, ma interamente dal contesto in cui esso si realizza, ivi compreso il rapporto intersoggettivo tra dichiarante e ricevente».

⁴¹⁰ È sottinteso l'esito interpretativo, a cui è pervenuta la giurisprudenza di legittimità, di considerare il *social media* come un luogo aperto al pubblico: il *leading case* è rappresentato, infatti, da Cass. Pen., sez. I, 11 luglio 2014, n. 37596, in *Dir. pen. cont.*, con nota di M. C. UBALI, *Molestie via Facebook: tra divieto di analogia ed esigenze di adeguamento alle nuove tecnologie*.

addirittura, annullando i motivi inibitori di un intento delinquenziale preesistente⁴¹¹. Si tratta perspicuamente di una nozione ampia dell'istigazione a delinquere, inclusiva dell'ipotesi di determinazione⁴¹².

L'oggetto dell'istigazione è, dunque, la commissione di uno o più reati e l'individuazione dell'oggetto segna un momento centrale sia per compiere l'*actio finium regundorum* rispetto alla finitima figura di istigazione a disobbedire alle leggi (art. 415 c.p.) sia per discernere l'istigazione a commettere un delitto da quella a commettere una contravvenzione. È irrilevante che l'illecito oggetto di istigazione sia punibile o meno nel caso di specie, ad esempio se è perseguibile solo a querela di parte o se opera una causa di estinzione del reato (Cass. Pen., sez. I, 29 maggio 2012, n. 24050, *Diliberto*). Per converso, resta ancora insoluta la questione se l'istigazione sussista anche nel caso in cui il reato eccitato sia in un secondo momento abrogato ovvero dichiarato incostituzionale⁴¹³.

Il consolidato orientamento della dottrina e della giurisprudenza ritiene che sia necessario ai fini della punibilità dell'istigazione a delinquere il riferimento al modello legale del reato evocato, che può compiersi o attraverso la menzione del *nomen iuris* (ipotesi rara) o attraverso la descrizione degli estremi del fatto tipico (ipotesi più diffusa, soprattutto nei contesti criminali permeabili al verbo *ihadista*, considerato il tecnicismo con cui sono formulate le fattispecie dei delitti terroristici a partire dalla loro *rubrica legis*).

Di conseguenza, la generica istigazione ad assumere una condotta antidoverosa rientra nel campo applicativo dell'art. 415 c.p., che opera in via residuale stante il mancato riscontro di un precipuo paradigma legale.

Ad ogni modo, l'aspetto più rilevante è che il grado di determinatezza e concretezza del fatto istigato esercita un forte ascendente sull'inveramento della situazione di pericolo, atteso che «il corredo di modalità concrete del fatto istigato va limitato a quanto, in concorso con la specifica modalità di pubblicità della condotta di volta in

⁴¹¹ Cfr. F. CONSULICH, *op. ult. cit.*, p. 102, che elabora la seguente nozione: “una azione sulla psiche di altre persone per spronarle a compiere determinati fatti, facendo sorgere o rafforzando motivi di impulso, ovvero distruggendo o affievolendo motivi inibitori”.

⁴¹² Si veda L. VIOLANTE, *op. ult. cit.*, pp. 987 ss; nella manualistica F. ANTOLISEI, *op. cit.*, p. 104.

⁴¹³ A favore della soluzione negativa R. DOLCE, *op. cit.*, p. 998. *Contra* G. L. GATTA, *Abolito criminis e successione di norme "integratrici": teoria e prassi*, Milano, 2008, pp. 463 ss., secondo cui non vi sono valide argomentazioni testuali e logiche per giustificare la tesi negativa, dovendosi, quindi, riconoscere l'irrelevanza della successione di leggi penali ai fini dell'art. 414, comma 1, c.p.

volta ricorrente, può apparire idoneo a determinare un pericolo diffuso di corrispondenti reati»⁴¹⁴. A fronte di un quadro testuale scevro di filtri selettivi sul piano della condotta, obliare *tout court* la verifica della determinatezza dell'oggetto dell'istigazione, desumibile da indici fattuali di tipo spaziale-temporale e modale, si traduce nel rinsaldare la presunzione legislativa di pericolosità. Con la conseguenza che si estende grandemente lo spettro "cautelare" della fattispecie incriminatrice, in collisione con il dettato costituzionale e la giurisprudenza maggioritaria che legge l'istigazione a delinquere in chiave di reato di pericolo concreto, portando così alla luce il difetto di quel "corto circuito tra pensiero ed azione" che può eventualmente giustificare la mancata estensione alla condotta della tutela stabilita dall'art. 21 Cost.⁴¹⁵. Altro profilo di indeterminatezza è dato dall'onnicomprendività del richiamo alle tipologie criminali oggetto dell'istigazione (delitti e contravvenzioni), che risulta potenzialmente identificabile in qualsiasi disposizione penale, anche se collocata in una fonte extracodicistica. Censura a cui, tuttavia, si sottrae (parzialmente⁴¹⁶) l'ultimo comma dell'art. 414 c.p., ove l'oggetto dell'*incitement* è precisato nei delitti di terrorismo e nei crimini contro l'umanità.

Non può celarsi che il legislatore, scegliendo di non operare una selezione dei tipi criminosi di riferimento (cfr. art. 302 c.p.), ha rinunciato all'opportunità di tipizzare *in nuce* la situazione di pericolo derivante dalla manifestazione istigativa, atteso che la limitazione a figure di reato suscettibili di immediata realizzazione o comunque

⁴¹⁴ Così G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, cit., pp. 192 ss., il quale avverte circa i due opposti esiti che devono essere parimenti elusi nell'interpretare il ruolo della determinatezza del fatto istigato. Da un lato, la sopravvalutazione della determinatezza prospetta la possibilità di un'imputazione oggettiva del reato al compartecipe morale, soluzione da respingere poiché «la particolare pericolosità dell'istigazione a delinquere non va vista in funzione delle esigenze proprie del concorso di persone nel reato, essa non può essere ristretta entro i canoni che consentono l'attribuzione di un puntuale reato commesso da altri a chi abbia manifestato una corrispondente intenzione criminosa». Dall'altro lato, trascurare notevolmente un siffatto connotato del messaggio istigatorio significa ridurre l'art. 414, comma primo, c.p. ad una mera fattispecie criminogena, ossia un'incriminazione che intercetta un clima criminogeno per finalità preventive (cfr. *Klimaschutzdelikte*). Con l'ulteriore conseguenza che l'intero peso dell'antigiuridicità finisce per gravare sulla pubblicità della condotta. Ma si obietta che per tale via si va a condannare «quell'effetto di destabilizzazione della comune consapevolezza ed accettazione dei valori sottesi alle norme penali, che si traduce nella promozione di una 'atmosfera' o un 'clima': qualcosa cioè di troppo vago e rarefatto per poter essere identificata con una condizione di pericolo, sia pure diffuso, di reati».

⁴¹⁵ G. DE VERO, *op. ult. cit.*, p. 193.

⁴¹⁶ Riteniamo che l'avverbio "parzialmente" sia d'obbligo, trattandosi di un rinvio tutt'altro che chirurgico (sulla mobilità della nozione di terrorismo si rinvia al Cap. I, par. 6.2.1)

connotate da condizioni spaziale-temporali di significativa contiguità al fatto evocato avrebbe conferito maggior realtà al pericolo⁴¹⁷.

In una prospettiva *de lege ferenda* autorevole dottrina arguisce che sarebbe auspicabile selezionare i reati di riferimento sulla base del rango del bene giuridico protetto, così da revocare le perplessità circa la reale dimensione offensiva dell'istigazione, *a fortiori* se trattasi di un interesse flebile che arduamente può giustificare un'anticipazione della tutela così eccessiva (si pensi al caso in cui il fatto istigato consista a sua volta in un reato di pericolo)⁴¹⁸.

Quest'ultima considerazione ci induce a riflettere in ordine al bene giuridico tutelato dall'incriminazione dell'art. 414 c.p., il quale viene nominalisticamente identificato nell'ordine pubblico.

Rinviando al § 2.1 per le coordinate ermeneutiche generali, qui è di preminente interesse dar conto delle due principali letture che sono state originalmente sviluppate sul tema. Secondo taluni commentatori, il fondamento dell'istigazione a delinquere deve rinvenirsi nell'intenzione legislativa di garantire in senso precettivo l'obbligo di osservanza delle leggi, che pende su ciascun consociato in virtù del primo comma dell'art. 54 della Costituzione⁴¹⁹. In tale prospettiva, si inferisce che l'esigenza di legalità (formale) può giustificare la compressione della libertà di espressione al netto

⁴¹⁷ Ancora G. DE VERO, *op. ult. cit.*, p. 204, trae la conseguenza che l'oggetto dell'istigazione a delinquere dovrebbe essere circoscritto fondamentalmente intorno ai reati contro l'incolumità individuale e pubblica, contro la libertà personale, contro il patrimonio. Per quel che concerne l'incolumità pubblica, tuttavia, si noti che G. GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 716, ritiene che non si tratti di un vero e proprio bene, bensì di «un'astrazione concettuale direttamente comprensiva delle singole vite di soggetti concreti».

⁴¹⁸ *Ibidem*.

⁴¹⁹ In questi termini L. ALESIANI, *I reati di opinione*, cit., pp. 153 ss. Tuttavia, a giudizio di chi scrive, si tratta di una lettura non condivisibile, dal momento che un concetto così vago non può assurgere a bene giuridico, pena lo svuotamento del contenuto 'realistico' del principio di offensività (cfr. A. CAVALIERE, *Le nuove emergenze terroristiche: il difficile rapporto tra esigenze di tutela e garanzie individuali*, cit., pp. 18 ss.). La fattispecie incriminatrice in commento diventerebbe così una sorta di valvola di sicurezza, destinata a scattare all'insorgere di un clima criminogeno, di pericolosità diffusa, difficilmente inquadrabile con le categorie proprie del diritto penale. Infatti, come analizza G. DE VERO, *Istigazione, libertà di espressione e ordine pubblico*, cit., p. 16, «si è così in presenza di quel limite di guardia oltre il quale l'adattamento in chiave costituzionale del profilo offensivo di un reato non può spingersi senza rinnegare il rilievo prioritario e irrinunciabile che riveste l'istanza di tipicità formale nell'accertamento dell'illiceità penale». Già C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., p. 72, sosteneva che «l'artificiosa iterazione dell'aggettivo "pericoloso" non può certo modificare il fatto che la tutela del bene viene anticipata ad un momento talmente remoto – rispetto a quello del «pericolo» per il bene – che, in realtà, il giudizio sull'azione risulta totalmente svincolato dall'apprezzamento della possibilità di un evento di lesione e, quindi, dal calcolo del grado di probabilità di un effettiva rottura delle condizioni di esistenza dell'ordine pubblico».

del giudizio di bilanciamento tra interessi di pari dignità assiologica. Seppur opinabile per la stessa fondatezza dell'opzione e, ancora di più, per la vaghezza del bene che risulta così delineato, si tratta comunque di uno dei rari tentativi di ancoraggio dell'ordine pubblico ai valori menzionati in Costituzione⁴²⁰ (c.d. teoria del bene costituzionalmente orientato).

Altri, invece, ritengono che il reato *de quo* sia ontologicamente funzionale a predisporre una forma anticipata di tutela del bene protetto dalla fattispecie incriminatrice istigata⁴²¹. Come sosteneva il Nuvolone, le norme incriminatrici previste dall'art. 414 c.p. rappresentano «forme di tutela avanzata degli stessi beni aggredibili con i fatti criminosi cui si dirige l'istigazione o l'apologia», in quanto incriminazioni «avanzate, che tendono a prevenire il realizzarsi di azioni effettivamente dannose»⁴²². Pertanto, si verificherebbe una sorta di commutabilità dei beni giuridici: l'istigazione mutua in via estensiva l'oggettività giuridica tutelata dal reato di riferimento (c.d. reato-scopo), nel contesto di una progressione criminosa che modula la tutela penale seconda una scala graduata dello stadio di offesa al medesimo bene⁴²³.

Un recente indirizzo giurisprudenziale⁴²⁴ ha interpretato l'istigazione a delinquere come una sorta di *mixtum compositum*, riconoscendo che la sua autonoma incriminazione risponde a esigenze di tutela verso «*interessi autonomamente lesivi di interessi penalmente rilevanti*» e non costituisce un'anticipazione della fase consumativa del reato istigato. Al contrario, in tal modo si forgia una progressione dell'intervento penale, che procede attraverso i distinti momenti dell'istigazione, del tentativo e della consumazione.

⁴²⁰ Per B. OLIVIERO, *Apologia e istigazione*, cit., p. 619, indipendentemente dal reato istigato, l'obiettivo del legislatore è solo quello di contrastare il «pericolo di turbamento sociale, pericolo che, potenzialmente, è contenuto negli atti idonei di pubblica istigazione».

⁴²¹ Per questa tesi G. PIFFER, *In tema di istigazione a delinquere*, in *Jus*, 1977, pp. 442 ss.

⁴²² P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982, p. 241.

⁴²³ L. VIOLANTE, *Istigazione*, cit., p. 241, parla della volontà politico-criminale di «creare per gli interessi di maggior rilievo una forma di tutela ancor più avanzata del tentativo, ma che con esso non possa confondersi, in modo da consentire una progressione nell'intervento penale articolata nei momenti dell'istigazione, del tentativo e della lesione vera e propria».

⁴²⁴ Emblematica la pronuncia della Corte d'Assise di Pisa, 14 novembre 2016, *El Hanaoui Jalal*.

In ordine all'elemento soggettivo, l'art. 414 c.p. richiede l'imputazione a titolo di dolo generico⁴²⁵, «mero riflesso dell'aspetto oggettivo della condotta punibile»⁴²⁶, ossia la rappresentazione e la volizione di istigare pubblicamente alla commissione di un fatto costituente reato.

La giurisprudenza più recente ha elaborato al riguardo la figura del c.d. *dolo istigatorio*, inteso nella sua rappresentazione teleologica come coscienza e volontà di turbare l'ordine pubblico⁴²⁷, contrariamente al risalente indirizzo che era fermo nel denegare ogni rilievo alla proiezione intenzionale verso la produzione di condotte analoghe a quella evocata o rievocata nel caso di apologia (il *leading case* è la pronuncia delle Sezioni Unite, 18 novembre 1958, *Colorni*)⁴²⁸.

Nel momento rappresentativo gioca un ruolo centrale la pubblicità della condotta, in quanto elemento fondante il disvalore dell'azione (*Handlungsunwert*). Del tutto irrilevanti sono, invece, i motivi che inducono il soggetto agente alla propalazione⁴²⁹.

Una questione cruciale è posta dall'errore sulla qualifica come reato del fatto oggetto di istigazione, da taluni proiettato in chiave di errore sul precetto penale⁴³⁰, quindi

⁴²⁵ Non sono, tuttavia, mancate letture alternative in dottrina: in particolare, V. MANZINI, *op. cit.*, p. 153; G. SABATINI, *Dolo apologetico e manifestazione del pensiero*, in *Giust. pen.*, 1964, II, p. 737, e R. PALMIERI, *Osservazioni in tema di istigazione a delinquere*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, pp. 1022 ss., propendono per il dolo specifico. Mentre C. FIORE, *op. ult. cit.*, p. 50, sostiene la tesi del dolo intenzionale, argomentando a proposito dell'apologia che il reato «ricorre solo quando il discorso apologetico sia obiettivamente diretto (ed idoneo) all'esaltazione dello specifico disvalore giuridico-penale – riflesso nell'incriminazione – che costituisce il vero oggetto dell'apologia di delitto»; dello stesso avviso è G. LA CUTE, *Apologia e istigazione*, cit., p. 5.

⁴²⁶ Così C. VISCONTI, *Art. 414 Istigazione a delinquere*, in *Trattato di diritto penale. I delitti contro l'ordine pubblico*, A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (a cura di), Torino, 2008, p. 1046.

⁴²⁷ Cass. Pen., sez. I, 3 novembre 1997, n. 10641, *Galeotto*, afferma che l'accertamento dell'istigazione a delinquere «non può prescindere dalle stesse modalità del comportamento tenuto dal soggetto attivo, sì che il giudice di merito deve individuare il perché la condotta incriminata — assistita da c.d. dolo istigatorio, consistente nella coscienza e volontà di turbare l'ordine pubblico o la personalità dello Stato — sia da ritenersi dotata di forza suggestiva e persuasiva tale da poter stimolare nell'animo dei destinatari la commissione dei fatti criminosi propalati o esaltati».

⁴²⁸ Sulla stessa linea delle SS.UU. del 1958., Cass. Pen., sez. I, 22 maggio 1953, *Dessanay*; Trib. Roma, 1° dicembre 1969, *Tolin*. Come evidenza M. PELISSERO, *Reati contro la personalità dello Stato*, cit., p. 241, si tratta di una lettura giurisprudenziale fortemente criticata dalla dottrina, atteso che l'elemento del reato istigato, in quanto elemento essenziale del fatto tipico, deve essere necessariamente oggetto di rappresentazione anche nella sua illiceità. Cfr. G. BOGNETTI, *Apologia di delitto punibile ai sensi della Costituzione e interpretazione della norma dell'art. 414 u.c. c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, p. 18 ss.

⁴²⁹ Ampiamente V. ZAGREBELSKY, *I delitti contro l'ordine pubblico*, in F. BRICOLA, V. ZAGREBELSKY, *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, 1996, pp. 546 ss.

⁴³⁰ In dottrina, E. CONTIERI, *op. cit.*, p. 224; R. DOLCE, *op. cit.*, p. 999; per una prospettazione giurisprudenziale, SS. UU. 18 novembre 1958, *Colorni*.

inescusabile (art. 5 c.p.); di segno diametralmente opposto è l'opinione prevalente⁴³¹, secondo cui si tratta di errore su un elemento normativo della fattispecie incriminatrice assimilabile all'errore su legge extrapenale, di guisa che valga ad escludere il dolo (art. 47, comma 3, c.p.).

Il *tempus commissi delicti* è stato tradizionalmente fissato dalla dottrina al momento della percezione del messaggio istigatorio da parte dei destinatari⁴³², il che vale a riconoscere la natura recettizia dell'espressione del pensiero. Al contrario la giurisprudenza si è dimostrata rimarchevolmente vacillante sul punto per via dell'incerta configurazione dell'art. 414 c.p. in termini di reato di pericolo presunto o di pericolo concreto: all'originario rigore⁴³³ con cui le corti dichiaravano consumata l'istigazione ritenendo bastevole la mera possibilità di percezione (pericolo presunto), ha fatto séguito una lettura ispirata al canone dell'offensività in concreto, così da far convergere sulla posizione della dottrina.

È pressoché unanime il giudizio dei commentatori e della giurisprudenza⁴³⁴ nell'escludere l'ammissibilità del tentativo, che condurrebbe ad un'ulteriore anticipazione della punibilità così da arretrarla al pericolo del pericolo di una lesione al bene giuridico tutelato.

4.1. L'elemento oggettivo nell'applicazione giurisprudenziale

Come si è già avuto modo di sottolineare, l'istigazione a delinquere è stata formulata dal legislatore del 1930 *sub specie* di reato di pericolo presunto (o astratto), con il perspicuo intento di apprestare una forma di tutela anticipata, che prescinde dalla verifica dell'attitudine della condotta a concretare un'effettiva aggressione del bene tutelato⁴³⁵. È quanto mai evidente il carattere astratto – se non, addirittura, astruso –

⁴³¹ C. VISCONTI, *op. cit.*, p. 1047; L. ALESANI, *op. cit.*, p. 351; G. BOGNETTI, *op. ult. cit.*, p. 18.

⁴³² Per tutti, si veda E. CONTIERI, *op. cit.*, p. 9.

⁴³³ Così Cass. Pen., sez. I, 28 aprile 1958, *Schirò*, in *Giust. pen.*, 1958, II, pp. 154 ss.; Cass. Pen., sez. I, 27 giugno 1978, *Ignoti*, in *Giust. pen.*, 1978, II, pp. 545 ss., che in un caso di istigazione a mezzo stampa ha fissato il momento consumativo nella fuoriuscita dello stampato dalla tipografia. Non può celarsi che tale interpretazione determina una significativa anticipazione della soglia di punibilità.

⁴³⁴ *Ex ultimis* Cass. Pen., sez. I, 29 maggio 2012, *Diliberto*.

⁴³⁵ Illuminante l'analisi complessiva di G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, p. 206, secondo cui «se si coniuga l'indeterminatezza dell'oggetto della manifestazione istigativa, nel senso della non necessaria sollecitazione da parte dell'agente di un'attività criminosa corredata almeno di qualche accenno iniziale di concretezza, con la configurazione estremamente lata (oltreché di dubbia

della valutazione circa l'*idoneità* dell'azione all'inveramento ovvero al rinsaldamento dell'intento criminoso, *scilicet*: l'idoneità del messaggio istigatorio alla realizzazione del reato da esso evocato. In tale prospettiva, «la nozione di idoneità risulta del tutto inintelligibile, perché manca di ogni collegamento col suo termine di relazione, che è costituito appunto dal pericolo di una lesione del bene»⁴³⁶. Una siffatta retrocessione della tutela penale involve l'incauta possibilità che l'antigiuridicità si puntualizzi sull'intenzione del soggetto agente (*Intentionsunwert*), benché la stessa non si sia tradotta in un atto esecutivo prodromico alla lesione del bene giuridico, bastando sul piano oggettivo la sola pubblicità della condotta.

La giurisprudenza più risalente⁴³⁷, influenzata dalla temperie illiberale in cui il codice Rocco avevo visto la luce e, prima ancora, dall'applicazione draconiana dei reati d'opinione contemplati dal codice previgente, aveva fatto propria una nozione dell'istigazione e dell'apologia come attività comunicative che si esauriscono nella manifestazione del pensiero, prescindendo dalla loro attitudine causale ad incidere sulla realtà esteriore tramite la commissione di illeciti. Di conseguenza, la realizzazione dell'ipotesi criminosa di cui all'art. 414, comma primo, c.p. veniva affermata senza tener conto della concreta pericolosità della condotta, dell'intervallo temporale che separa la propalazione dal reato eventualmente commesso, nonché della tipologia criminosa evocata. L'indagine probatoria ha finito per focalizzarsi esclusivamente sulla

legittimità costituzionale) della pubblicità della condotta e con la mancata previa selezione legale delle tipologie criminose di riferimento, trova ulteriore conferma l'ipotesi che intendimento del legislatore non fosse certo di contrastare un oggettivo ed immediato pericolo di reati, ma piuttosto di reprimere comunque la circolazione del messaggio criminoso, in vista degli effetti pregiudizievoli della pace pubblica già analizzati». Più circostanziatamente, C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., p. 74, mette in luce che la natura "formale" dell'istigazione e dell'apologia «impedirebbe di ipotizzare un evento di pericolo per gli interessi tutelati, ci si dovrebbe accontentare di configurare la mera "possibilità di una lesione" che, d'altra parte, dev'essere considerata, per definizione, «inerente» al fatto apologetico o istigatorio». Secondo A. SPENA, *Istigazione punibile e libertà di parola. Riflessioni in margine alla sentenza De Luca*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2016, 2, p. 851, in quest'ottica «era come se, paradossalmente, il disvalore dell'istigazione tendesse in qualche modo ad appiattirsi su quello dell'apologia (e non viceversa, come è invece nelle interpretazioni più diffuse di quest'ultimo reato), trovando il proprio centro di gravità nel turbamento ideale del valore del rispetto della legge e del buon assetto della vita sociale (e del senso — anche questo ideale, astratto — di tranquillità pubblica che di quel valore non costituisce se non la versione psicologizzata), piuttosto che nei possibili effetti della condotta istigatoria». Per una prospettazione del tema a trecentosessanta gradi E. GALLO, *Il principio di idoneità nel delitto di pubblica istigazione*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, pp. 1514 ss.

⁴³⁶ C. FIORE, *op. ult. cit.*, p. 75. L'A. prosegue, arguendo che per tale via l'accertamento dell'idoneità dell'azione viene limitato ad un livello che «non può assolutamente darci conto del significato che la condotta assume per una aggressione al bene-valore, protetto nell'incriminazione del fatto: e che si manifesta, appunto, nella *rilevante* possibilità che segua un evento di lesione del bene».

⁴³⁷ Cass. Pen., SS. UU. 18 novembre 1958, *Colorni*.

contrarietà del messaggio istigatorio alla norma penale di riferimento, così da limitare il livello di accertamento dell'offesa tipica al c.d. oggetto giuridico-formale del reato. Il tutto a detrimento dei canoni ermeneutici del *diritto penale del fatto*, con un esecrabile reflusso soggettivistico⁴³⁸: l'oggetto dell'indagine rischia di debordare dal *Tatstrafrecht* al *Täterstrafrecht*⁴³⁹.

Motivi questi per cui, da tempo immemorabile, la dottrina ha stigmatizzato la scelta politico-legislativa di fondare il paradigma ascrittivo dei reati di parola su una presunzione di pericolosità, a causa dell'insanabile contrasto con l'art. 21 Cost., oltre che con i principi generali del diritto penale⁴⁴⁰. Fra le voci dottrinali più critiche si segnala l'opinione di chi ha ritenuto che la tipizzazione del pericolo astratto è illegittima, laddove intercetti condotte che corrispondono al concreto esercizio di libertà fondamentali⁴⁴¹. Ne discende che l'istigazione a delinquere per essere punibile deve sostanziarsi in un'effettiva aggressione per il bene protetto, quanto meno sotto forma di concreta esposizione a pericolo⁴⁴².

Una dettagliata trattazione del 1988 - a cui abbiamo fatto più volte riferimento nelle pagine che precedono - evidenzia come, a séguito del cambio di rotta segnato dalla Corte costituzionale nel 1970 (v. *infra*) e della conseguente demonizzazione dei reati di pericolo presunto, nei lustri successivi vi sia stata una rimeditazione di tale modello criminoso, a cui viene riconosciuta la patente di legittimità allorché la pericolosità astratta rifletta un'accurata valutazione normativa dell'idoneità di una data condotta a

⁴³⁸ Cfr. E. DE FRANCO, *La repressione penale delle opinioni dal codice Rocco al diritto dell'Unione europea. Problemi politico-criminali e dogmatici e prospettive di riforma*, tesi di dottorato, Università degli Studi di Napoli Federico II, a.a. 2013-2014, relatore A. CAVALIÈRE. Secondo l'A. si finisce in sostanza per sanzionare unicamente una pericolosità soggettiva dell'agente e la tipicità è ridotta così a mero elemento di giudizio rivolto alla personalità del soggetto. Pertanto, la fenomenologia dell'istigazione si atteggia quale figura sintomatica di un diritto penale d'autore.

⁴³⁹ R. MAURACH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, München, 1965, p. 348, il riferimento bibliografico è indicato da M. PELISSERO, *Reato politico*, cit., p. 381.

⁴⁴⁰ Invero - come analizza A. SPENA, *op. ult. cit.*, p. 851 - per escludere la punibilità a titolo di istigazione di fatti rilevanti solo quali espressioni del pensiero, la dottrina si è dapprima mossa sul piano della teoria generale del reato, senza chiamare direttamente in causa l'art. 21 Cost. «Verso la metà del secolo scorso, con i primi germi della concezione realistica del reato, comincia infatti ad affermarsi il pensiero della idoneità offensiva della condotta quale aspetto qualificante di ogni illecito penale, che tra l'altro troverebbe sanzione giuridica, nel codice Rocco, all'art. 49.2».

⁴⁴¹ Così D. PULITANÒ, *Libertà di manifestazione del pensiero, delitti contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico (articolo 21 Cost.)*, cit., p. 245.

⁴⁴² A tal proposito si rinvia a G. GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, pp. 712 ss. Già F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 85, aveva avvertito circa la necessità di una immediata connessione con il compimento delle azioni delittuose oggetto di istigazione.

produrre un certo risultato secondo precipue regole di esperienza⁴⁴³. Ciononostante, resta diffusa la consapevolezza che, in punto di equilibrio tra la repressione dei fatti di espressione criminogeni e la tutela della libertà di manifestazione del pensiero, il paradigma del pericolo concreto costituisce lo strumento convincente e risolutivo.

Con la storica sentenza n. 65 del 1970 la giurisprudenza costituzionale, ricorrendo alla logica del bilanciamento, si è cimentata in una meritoria interpretazione “ortopedica”, che (ri)legge i delitti di opinione in chiave di reati di pericolo concreto. Sebbene il *thema decidendum* fosse la legittimità costituzionale dell’apologia di reato (art. 414, comma 3., c.p.), il Giudice delle leggi ha enucleato un principio generalmente valevole per tutte le incriminazioni della pubblica provocazione. Si tratta di una riconversione della fattispecie incriminatrice, che viene resa possibile grazie all’aver elevato al rango di requisito intrinseco del fatto tipico la concreta idoneità della condotta a eccitare condotte *effettivamente* dannose ovvero pericolose per il bene tutelato. Il parametro dell’idoneità opera dall’esterno come elemento discretivo delle ipotesi autenticamente istigatorie dalle altre scovre delle medesime peculiarità empirico-criminali, limitando in tal modo lo stigma penale alla sola azione di sollecitazione che si atteggi quale antecedente causale della perpetrazione di reati (*Vortat*)⁴⁴⁴.

A ben vedere, la lettura sotto il prisma dell’idoneità causale del legame tra la parola istigatoria e l’evento lesivo finale si pone altresì come «garanzia minima»⁴⁴⁵ dell’ossequio del principio di *autoresponsabilità*, il quale richiede l’accertamento dello

⁴⁴³ Si fa riferimento G. DE VERO, *op. ult. cit.*, pp. 156 ss., il quale chiarisce che il pericolo concreto non rappresenta un’alternativa radicale al pericolo presunto, ma la pericolosità astratta non può fungere da «semplice copertura di opzioni criminalizzatrici tendenzialmente arbitrarie o comunque insuscettibili di verifica alla stregua di adeguati correlati fenomenici». In ordine a tale inversione di tendenza il contributo maggiore è offerto da G. FIANDACA, *Note sui reati di pericolo*, in *Il Tommaso Natale*, 1977, pp. 175 ss. Altrettanto significativa la narrazione di G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 1215, che mette in luce i vincoli a cui deve conformarsi il legislatore nella costruzione di reati di pericolo astratto: infatti, egli «dovrà incorporare nel fatto che descrive l’offesa la sottostante e vincolante tipologia *empirico-criminologica*; altrimenti il fatto – ogni fatto – rischierà la bocciatura in sede di controllo costituzionale della sua verificabilità e correttezza empirica».

⁴⁴⁴ Cfr. G. DE VERO, *Istigazione a delinquere e a disobbedire alle leggi*, cit., p. 294. Similmente si esprime S. SEMINARA, *Riflessioni sulla condotta istigatoria come forma di partecipazione al reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 1125, secondo cui «il requisito della concreta idoneità può essere sufficiente a discriminare attività di vera istigazione da altre come tali non qualificabili».

⁴⁴⁵ F. FASANI, *Le “parole preparatorie”*, cit., p. 131.

«impiego di un mezzo (o di una modalità) che, secondo parametri medi di valutazione sociale, condizioni significativamente la libertà di scelta del destinatario...»⁴⁴⁶.

Il percorso interpretativo che viene caldeggiato si dispiega nella ricerca di quelli che abbiamo dianzi definito come gli *effetti materiali* della parola, ossia indici fattuali che contestualizzano il messaggio proplatato mediante coordinate cronotopiche e di relazione al fine di poter tracciare la sua «direzione verso cerchie di destinatari sensibili»⁴⁴⁷. In definitiva, l'intervento pretorio – che sembra aver tramutato lo strumento dell'interpretazione costituzionalmente orientata in una sorta di *judge-made law* – fonda la sua ragion pratica sulla necessità di un «concreto pericolo di adesione al programma criminoso considerato il contesto spazio-temporale, le condizioni economico-sociali e le particolari qualità dei destinatari del messaggio»⁴⁴⁸, con il risultato di ancorare la valutazione dell'offensività ad elementi schiettamente oggettivi⁴⁴⁹.

Traslando il discorso sul piano dell'accertamento giudiziale, la verifica dell'idoneità della condotta a persuadere alla commissione dei fatti criminosi evocati richiede un giudizio prognostico da compiersi *ex ante* e in concreto, che tenga in debito conto le

⁴⁴⁶ A. SERENI, *Istigazione al reato e autoresponsabilità. Sugli incerti confini del concorso morale*, Padova, 2000, p. 144.

⁴⁴⁷ Le parole citate sono di D. PULITANÒ, *op. ult. cit.*, p. 251.

⁴⁴⁸ Così G. MORGANTE, *Il reato come elemento del reato. Analisi e classificazione del concetto di reato richiamato dalla fattispecie penale*, Torino, 2013, p. 169. Invero, oltre un decennio prima della pronuncia della Consulta autorevole dottrina aveva già sostenuto che, alla luce dell'art. 49 c.p., l'istigazione a delinquere debba essere interpretata in chiave di pericolo di perpetrazione di reati. Con un importante *caveat*: la situazione di pericolo non può ridursi in un clima criminogeno causato dalla pubblicità della condotta, né può essere confusa con una forma di tentativo di concorso morale; pertanto, deve sussistere un pericolo diffuso di commissione di illeciti penali. Per tutti, B. OLIVIERO, *Apologia e istigazione*, cit., pp. 621 ss. Negli anni Sessanta, nel panorama dottrinario, spiccava pure la riflessione di G. BOGNETTI, *op. ult. cit.*, p. 200, secondo cui occorre «proibire solo quelle manifestazioni di pensiero che, in rapporto agli ambienti sui quali operano e sui quali possono incidere e lasciar una traccia, presentino in concreto la seria possibilità di provocare, ora o in futuro, per effetto della loro forza persuasiva, atti o fatti materiali che lo Stato ha il diritto di impedire. Il giudice potrebbe applicare la sanzione solo dopo aver valutato e accertato, caso per caso, l'esistenza di codesta potenzialità pericolosa del discorso». Ancor prima, A. GAJOTTI, *Istigazione e determinazione nella teoria del reato*, Genova, 1948, p. 92, aveva sostenuto che l'azione istigatoria integra un'autonoma figura di reato soltanto «quando l'azione eccitatrice si innesterà in una particolare situazione di fatto, per sfruttarla al fine criminoso cui mira il soggetto attivo nel porre in essere la sua condotta anti-giuridica, cioè vi sarà correlazione fra una data situazione di fatto e l'azione dell'istigatore».

⁴⁴⁹ Come evidenzia M. PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, cit., p. 124, si è così realizzato «l'arricchimento delle fattispecie di reato di un elemento a pericolosità concreta in relazione agli interessi, dotati di copertura costituzionale, protetti dalle norme incriminatrici in oggetto, riducendo – o quantomeno tentando di ridurre – per questa via l'anticipazione della punibilità che la strutturazione in termini di pericolo presunto aveva relegato ad uno stadio remoto rispetto al possibile prodursi dell'effetto lesivo».

circostanze esistenti al momento della istigazione, conosciute o conoscibili con ordinaria diligenza dal soggetto agente⁴⁵⁰, cioè quei presupposti fattuali «che caratterizzano o accompagnano la condotta o l'evento oggetti del giudizio di pericolo»⁴⁵¹.

L'interpretazione in chiave di pericolosità concreta si è consolidata come l'orientamento indiscutibilmente prevalente nella giurisprudenza di merito e di legittimità⁴⁵². Emblematica la sentenza della Cassazione sul caso *Galeotto*⁴⁵³, ove si è affermato che «*affinché possa ravvisarsi la materialità del delitto di istigazione a delinquere di cui all'art. 41 cod. pen., occorre che sia posta in essere pubblicamente la propalazione di propositi aventi ad oggetto comportamenti rientranti in specifiche previsioni delittuose, effettuata in maniera tale da poter indurre altri alla commissione di fatti analoghi: di talché è indefettibile l'idoneità dell'azione a suscitare consensi e a provocare "attualmente e concretamente" – in relazione al contesto spaziale-temporale ed economico-sociale ed alla qualità dei destinatari del messaggio – il pericolo di adesione al programma illecito*».

Orbene, deve trattarsi di un pericolo connotato non solo dal requisito della concretezza, ma anche dall'attualità. E che l'immediatezza fosse un precipitato logico della ricostruzione in commento era stato già affermato dal Tribunale di Roma nel caso Pannella del 1975⁴⁵⁴ allorché, nell'escludere l'idoneità criminogena della diffusione di manifesti contrari al servizio militare di leva, statuiva che «*la manifestazione del pensiero deve porsi come antecedente causale immediato di un'azione costituente reato...*».

Allo stesso modo un'autorevole dottrina avvertiva circa il ruolo preminente rivestito dal fattore temporale nell'accertamento dell'idoneità della condotta, atteso che quanto

⁴⁵⁰ Cfr. G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti*, cit., *passim*.

⁴⁵¹ F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, cit., p. 99. Sul punto F. FASANI, *op. ult. cit.*, p. 124, argomenta: «la dottrina e la giurisprudenza [...] a proposito dei delitti di istigazione, apologia e propaganda, consumati nel *mondo reale*, chiariscono come alla base del giudizio di pericolosità in concreto, imposto dalla giurisprudenza costituzionale, si pongano talune essenziali coordinate fattuali: la natura del luogo e del contesto ove le dichiarazioni sono svolte, l'identità (ed eventualmente la caratura criminale) degli ascoltatori presenti, la credibilità e l'autorevolezza dell'oratore, le modalità con cui i contenuti sono veicolati ecc.».

⁴⁵² Vi sono delle reviviscenze della lettura interpretativa in chiave di pericolo presunto in Cass. Pen., sez. I, 11 dicembre 1981, *Scuderi*; Cass. Pen., 10 marzo 1981, *Menghini*; Cass. Pen., sez. I, 15 dicembre 1980, *Papini*.

⁴⁵³ Cass. Pen., sez. I, 3 novembre 1997, n. 10641, *Galeotto*, in *C.E.D. Cassazione*, Rv. 209166.

⁴⁵⁴ Trib. Roma, 6 ottobre 1975, Pannella, in *Foro it.*, 1976, II.

più si dilata la prospettiva cronologica della perpetrazione del reato evocato, tanto più si fa flebile la pericolosità della condotta istigatoria⁴⁵⁵. Sul grado del pericolo di perpetrazione di reati, all'originario orientamento che si accontentava della mera possibilità⁴⁵⁶ si è sostituito quello più rigoroso che richiede un giudizio di probabilità: «*la condotta di chi compia l'esaltazione di un fatto o del suo autore al fine di spronare altri all'imitazione o anche solo per negare la ripugnanza del fatto o del suo autore, deve tradursi in un comportamento che abbia probabilità di un effetto suggestivo...*» (così Cass. Pen., sez. I, 5 giugno 2001, *Vencato*, sull'apologia di delitto⁴⁵⁷).

Nella ricerca del c.d. contorno fattuale della condotta, sintomatico della sua effettiva pericolosità, non può affatto trascurarsi l'indagine in ordine al contesto in cui si innesta la manifestazione istigatoria.

Dalla casistica giudiziaria emerge distintamente che la presenza di una moltitudine di soggetti in una circostanza di forte tensione sociale (si pensi ad una protesta in pubblica piazza) o rispetto alla quale è intuibile il precipitare degli eventi (una partita di calcio preceduta dagli scontri tra tifoserie) costituisce un elemento catalizzatore dell'idoneità della condotta alla commissione di fatti criminosi⁴⁵⁸.

⁴⁵⁵ Sostengono la necessaria contiguità temporale tra la condotta istigatoria e quella istigata E. GALLO, E. MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, Bologna, 1984, p. 100; C. FIORE, *Libertà di manifestazione del pensiero e reati di istigazione*, cit., p. 8. *Contra* E. CONTIERI, *I delitti contro l'ordine pubblico*, cit., p. 14. In tema L. ALESIANI, *op. cit.*, p. 220, evidenzia che, in base al principio di concretezza, il momento di cui si dovrebbe tener conto «non è quello che autorizza la prognosi più sfavorevole, ma sempre quello che autorizza la prognosi più completa, cioè il momento cronologicamente più vicino (benché anteriore rispetto) all'epilogo, in quanto i reati di pericolo concreto, se assicurano un'estensione della punibilità rispetto ai reati di danno, viceversa, rispetto a tutti gli accadimenti genericamente pericolosi, costituiscono indiscutibilmente un mezzo per restringere l'area dei fatti penalmente rilevanti, limitandola ai soli casi (pericolosi) in cui si sia giunti particolarmente vicino alla lesione». Cfr. F. ANGIONI, *op. ult. cit.*, pp. 205 ss.

⁴⁵⁶ *Ex plurimis*, Cass. Pen., sez. I, 23 gennaio 1979, *Paolozzi*; Cass. Pen., sez. II, 13 giugno 1984, *Sdi Maio*; Cass. Pen., sez. I, 17 novembre 1997, *Gizzo*;

⁴⁵⁷ In merito al primo comma dell'art. 414 in un *obiter dictum* la Suprema Corte ha riconosciuto che «*Il delitto di istigazione a delinquere, previsto dall'art. 414 cod. pen., è reato di pericolo concreto e non presunto; pertanto l'esaltazione di un fatto di reato o del suo autore finalizzata a spronare altri all'imitazione o almeno ad eliminare la ripugnanza verso il suo autore non è, di per sé, punibile, a meno che, per le sue modalità, non integri un comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti, il cui accertamento, riservato al giudice di merito, è incensurabile in sede di legittimità se correttamente motivato*».

⁴⁵⁸ È stata riconosciuta l'idoneità della condotta di vendere al pubblico bombolette spray con la scritta «dipingi di giallo il tuo poliziotto» in occasione di una manifestazione pubblica: Cass. Pen., sez. I, 14 gennaio 1972, *Bertini*, in *Cass. pen. Mass.*, 1974. Di recente è stato condannato per istigazione a delinquere un tifoso di calcio che aveva esposto allo stadio uno striscione con su scritto «sotto l'ombra del cappello non ti fa capire se tira fuori il suo coltello o se ti chiede come stai»; in un altro caso la scritta era «basta infami solo lame»: così Cass. Pen., sez. I, 23 aprile 2012, *Testi*, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 253101, che si sofferma espressamente sulla pericolosità concreta della condotta: «*L'esaltazione di un fatto di reato, finalizzata a spronare altri all'imitazione integra il delitto di istigazione a delinquere quando, per*

Nel caso istigazione commessa a mezzo stampa, tenendo a mente che la tensione con la libertà tutelata dall'art. 21 Cost. si fa ancora più acuta⁴⁵⁹, occorre esaminare l'asserzione incriminata alla luce del complessivo articolo e del tema oggetto di narrazione: è questa una costante nella giurisprudenza di merito⁴⁶⁰.

Una vicenda emblematica della (non) incidenza del contesto storico sull'idoneità della condotta è offerta dal caso dell'anarchico Ugo Mazzucchelli, in merito al quale la Cassazione⁴⁶¹ ha affermato che la configurabilità dell'apologia di reato sotto forma di istigazione a delinquere nel fatto di erigere un monumento a memoria di Gaetano Bresci, autore dell'assassinio del Re Umberto I nel 1900, qualora si accerti che, nonostante la distanza storica, sussiste attualmente e concretamente la possibilità che il fatto «*eserciti una forza di suggestione e di persuasione tale da poter stimolare la commissione di altri fatti criminosi...*».

Un altro effetto materiale della parola pericolosa deve essere desunto dallo *status* dei destinatari del messaggio istigatorio. In particolare, la Suprema Corte in relazione al fatto di taluni brigatisti, che in un'udienza a loro carico avevano esposto un drappo con su incisa la stella a cinque punte e la scritta "Rompiano l'ordine metropolitano – Guerriglia per il comunismo", ha escluso la concreta idoneità a inverare il pericolo di adesione al programma criminoso⁴⁶². La *ratio decidendi* si rinviene nella constatazione che i destinatari del messaggio presenti in aula erano, per un verso, soggetti tetragoni all'ideologia terrorista (magistrati, funzionari pubblici, avvocati difensori) e, per altro

le sue mobilità, sia concretamente idonea a provocare la commissione di delitti, il cui accertamento, riservato al giudice di merito, è incensurabile in sede di legittimità se correttamente motivato». Cass. Pen., sez. I, 20 gennaio 2015, n. 7842, ha confermato la condanna di merito per un soggetto che nel corso di una competizione calcistica aveva accumulato pietre ed altri oggetti, incitando la folla di giovani presenti a lanciaarli contro gli uomini della Polizia di Stato.

⁴⁵⁹ Si veda la nota 391 sul caso Di Giovanni del 1981, in cui la Corte d'Assise di Roma ha altresì posto attenzione sulla bassa tiratura del periodico diffuso.

⁴⁶⁰ *Ex plurimis*, Trib. Venezia 24 ottobre 1986, *Dianese*; Trib. Pisa, 5 marzo 1976, *Baschieri*; Trib. Milano, 5 marzo 1975, *Tavazzi*.

⁴⁶¹ Cass. Pen., sez. I, 27 ottobre 1991, *Mazzucchelli*, in *Giust. pen.*, 1992, II, pp. 321 ss. Ma in sede di rinvio la Corte d'Assise di Massa Carrara ha escluso il delitto, così giustificando: «*non sussistendo in relazione all'humus locale, all'inattualità del personaggio e del suo gesto, al mutato contesto storico, economico e sociale, all'esaurirsi del movimento anarchico, un collegamento causale tra l'erezione del cippo marmoreo e il possibile rinascere di un'emergenza terroristica o il verificarsi di un violento fatto di sangue*».

⁴⁶² Cass. Pen., sez. I, 25 settembre 1992, n. 10210, *De Maria*, in *Giur. it.*, 1993, II. Il medesimo principio di ribadito era stato già esplicitato, ai fini della configurabilità dell'apologia di delitto, nella vicenda giudiziaria che ruotava attorno al sequestro dell'Achille Lauro: Cass. Pen., sez. I, 29 giugno 1988, *Struwe*.

verso, soggetti già edotti della stessa ovvero influenzati (amici, familiari e simpatizzanti degli imputati).

La giurisprudenza più recente ha confutato la validità dell'*uomo medio* come parametro soggettivo di accertamento dell'attitudine di un'espressione a condizionare, in concreto, l'altrui potere di autodeterminazione, atteso che l'idoneità deve essere apprezzata nella sua direzione verso i destinatari sensibili (v. *supra*)⁴⁶³.

Il punto di arrivo di una piena valorizzazione del principio di offensività in concreto è rappresentato dalla nota vicenda giudiziaria, che ha coinvolto lo scrittore Erri De Luca e sulla quale si è pronunciato il Tribunale di Torino nell'ottobre del 2015⁴⁶⁴. In breve la *quaestio facti*: il 30 agosto del 2013 due giovani afferenti al movimento 'No Tav' venivano arrestati nei pressi del cantiere di Chiomonte, mentre trasportavano nella loro automobile artifici pirotecnici, chiodi, corde, bottiglie di benzina, cesoie da ferro e maschere da gas. Il Procuratore Gian Carlo Caselli, in risposta all'opinione manifestata da taluni intellettuali di sostegno alla causa del movimento, chiosava che essi "sottovalutano pericolosamente l'allarme terrorismo in Val di Susa". Il 1° settembre lo scrittore De Luca, intervistato da una giornalista della testata telematica *Huffington Post*, affermava che «la Tav va sabotata. Ecco perché le cesoie servivano: sono utili a tagliare le reti. Nessun terrorismo [...] Hanno fallito i tavoli del governo, hanno fallito le mediazioni: il sabotaggio è l'unica alternativa». In un'intervista all'ANSA nei giorni successivi il De Luca peruvicace ribadiva la sua posizione: «Resto convinto che il Tav sia un'opera inutile e continuo a pensare che sia giusto sabotare quest'opera». Sporta denuncia nei suoi confronti, l'imputato veniva rinviato a giudizio per istigazione a delinquere: segnatamente, a commettere il delitto di danneggiamento aggravato (art. 635, comma 2, c.p.), nonché la contravvenzione di cui all'art. 19, comma 2, l. n. 183 del 2011. Tuttavia, il Tribunale non ha accolto la tesi accusatoria, assolvendo perché il fatto non sussiste.

⁴⁶³ Trib. Monza, 22 giugno 1993, Redi, in *Riv. pen.*, 1993, afferma perspicuamente che è «sufficiente che tale condotta sia idonea ad indurre a commettere reati categorie più ristrette di soggetti come ad esempio le tifoserie calcistiche»; donde è stata riconosciuta la concreta pericolosità di una pubblicazione della rivista "Hooligans". Similmente, si veda Cass. Pen., sez. I, 11 aprile 2007, Monaco.

⁴⁶⁴ Trib. Torino, 19 ottobre 2015 (dep. 18 gennaio 2016) con nota di S. ZIRULIA, 'La Tav va sabotata': Erri De Luca assolto dall'accusa di istigazione a delinquere, in *Dir. pen. cont.*, 8 febbraio 2016. Ampiamente sul tema A. SPENA, *Istigazione punibile e libertà di parola. Riflessioni in margine alla sentenza De Luca*, cit., pp. 835 ss.

Orbene, il giudice di prime cure è stato chiamato a decretare se le dichiarazioni dello scrittore costituissero un'estrinsecazione del suo pensiero con il crisma della liceità garantita dall'art. 21 Cost. (diritto di critica) o se, per converso, concretassero il pericolo di perpetrazione di fatti criminosi. In prima battuta, il collegio giudicante, dopo aver ripercorso l'evoluzione giurisprudenziale con dovizia di riferimenti, avvalora il principio di diritto secondo cui l'istigazione a delinquere è un reato di pericolo concreto, atteso che il requisito dell'idoneità della condotta a turbare l'ordine pubblico è «*elemento che costituisce il vero e proprio punto di confine fra la libertà di manifestazione del pensiero e l'esigenza di tutela dell'ordine pubblico*». Di conseguenza, è punibile solo il messaggio latore di una forza suggestiva e performante, che possa persuadere i destinatari alla commissione di delitti del medesimo genere di quelli oggetto dell'istigazione («*ove per ragioni contingenti è immediato e attuale il rischio che il messaggio istigatorio eserciti la propria forza suggestiva e persuasiva*»). La *condicio sine qua non* dell'incriminazione prende forma nella «*idoneità dell'azione a suscitare consensi, e a provocare "attualmente e concretamente" - in relazione al contesto spazio-temporale ed economico sociale ed alla qualità dei destinatari del messaggio - il pericolo di adesione al programma illecito*».

Nel caso di specie, il Tribunale ha constatato l'inidoneità della condotta ascritta ad Erri De Luca a provocare attualmente e concretamente il pericolo di commissione del danneggiamento aggravato e dell'ingresso arbitrario nel cantiere, alla luce di un triplice ordine di motivi che riflettono il contesto generale del messaggio istigatorio.

Il primo elemento pertiene alle fonti editoriali che hanno diffuso le dichiarazioni in questione, in quanto dirette a un *audience* nazionale e non già agli abitanti dell'area valsusina o ai soggetti di aspirazione anarchica, «*destinatari più propensi al recepimento anche di un eventuale messaggio istigatorio*». Il secondo argomento, invece, si focalizza sulla contestualizzazione storica dell'intervista, che non si inseriva in un clima di particolare tensione. Infine, il Tribunale monocratico ha esaminato la personalità dell'autore che, oltre ad essere avulso dagli ambienti anarchici e violenti, non figura neppure «*come un personaggio che gode di un particolare seguito tra gli oppositori violenti dell'opera Tav*».

Ritornando al tema generale della pericolosità concreta, anche la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, allorché è stata chiamata a scrutinare la compatibilità delle

fattispecie di istigazione e apologia presenti negli ordinamenti nazionali dei Paesi membri con l'art. 10 della CEDU, ha escluso una violazione convenzionale se le manifestazioni di pensiero concretamente espongono a pericolo gli interessi pubblici essenziali (ad esempio, sicurezza nazionale, ordine pubblico *et similia*)⁴⁶⁵.

Può cogliersi un'analogia con la dottrina nordamericana del *clear and present danger to society*, elaborata dalla Suprema Corte degli Stati Uniti per comporre il conflitto tra la libertà di espressione del pensiero (prevista dal Primo Emendamento alla Costituzione americana) e gli altri valori ritenuti preminenti per l'ordinamento giuridico, e puntualizzata dalla successiva giurisprudenza nell'*imminent and likely danger*⁴⁶⁶.

Tuttavia, in dottrina non sono mancate voci critiche sulla riconversione interpretativa delle fattispecie incriminatrici in reati a pericolo concreto. Un giudizio influenzato in negativo dall'inadeguatezza del concetto di *idoneità*⁴⁶⁷ a conferire prospetticamente un contenuto determinato al fatto tipico dell'incriminazione.

⁴⁶⁵ V. NARDI, *La punibilità dell'istigazione nel contrasto al terrorismo internazionale*, cit., p. 125, afferma che la Corte EDU fa salva l'incriminazione di «semplici manifestazioni di idee o opinioni, presentino un carattere di concreta pericolosità per rilevanti interessi pubblici [...] in quanto ritenute direttamente o indirettamente prodromiche o favorevoli alla realizzazione di attività criminali». Per una trattazione esaustiva si rinvia a M. OETHEIMER, *Art. 10 – Libertà di espressione*, in AA.VV., *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, S. BARTOLE, P. DE SIENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), Padova, pp. 397 ss.; nonché ad A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile". Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008, p. 453 ss.; E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, pp. 385.

⁴⁶⁶ La dottrina in commento, in posizione antitetica rispetto alla *bad tendency doctrine*, fu elaborata per la prima volta dal giudice Holmes nella sua *dissenting opinion* in un caso che verteva sulla legittimità dell'*Espionage Act* e divenne poi la *ratio decidendi* nello storico caso *Schenck vs. United States*, 249 U.S. 47, 51 (1919), in cui il criterio ermeneutico fu così delineato: «*Words which, ordinarily and in many places, would be within the freedom of speech protected by the First Amendment may become subject to prohibition when of such a nature and used in such circumstances as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils which Congress has a right to prevent. The character of every act depends upon the circumstances in which it is done*» L'evoluzione della dottrina è culminata nel caso *Brandenburg vs. Ohio* (1969) ove si statuì che l'incriminazione delle espressioni è legittima soltanto se esse sono dirette ad istigare o produrre un'imminente azione illecita ovvero sono probabilmente in grado di istigare o produrre tale azione: il requisito fondamentale è l'imminenza del pericolo.

⁴⁶⁷ Per una critica articolata e sistematica G. DE VERO, *Istigazione*, cit., p. 299, secondo cui il rischio principale è che si rimetta al giudice un accertamento scevro, sin dal principio, di ragionevoli canoni di verificabilità; di talché, «si finisce per ripiegare su quella potenzialità criminogena estremamente generica e sfumata che può indubbiamente ascrivere a qualsiasi manifestazione pubblica di pensiero 'perverso'». M. PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, cit., pp. 334 ss; ID, *La parola pericolosa*, cit., p. 39, offre una visione di sintesi: «orbene, questa conversione, per via interpretativa, di fattispecie di pericolo astratto in reati di pericolo concreto si espone ai rilievi critici di chi dubita che in questi ambiti il pericolo concreto possa fungere da argine all'espansione del controllo penale: la funzione selettiva di tale elemento è fittizia se non ha ad oggetto eventi specifici, che mancano nell'istigazione a delinquere e nell'apologia di delitto (che presentano come unico elemento di delimitazione del fatto il requisito della pubblicità, tra l'altro definito in termini ampi nell'art. 266

Si è già detto che il requisito dell'idoneità richiede un giudizio prognostico di tipo probabilistico tra l'elemento cui l'idoneità accede (azione eccitatrice) e l'evento assunto a secondo termine di relazione (reato istigato). «Nella relazione di pericolo solamente il primo fatto fa parte della categoria dei dati realmente esistenti o esistiti, mentre il secondo fatto è assunto [...] come realtà eventuale e non come realtà attuale»⁴⁶⁸; di talché anche il nesso causale fra i due termini relazionali è soltanto eventuale. Nell'accertamento di un siffatto rapporto il giudice deve necessariamente ricorrere ad una legge di copertura, ma è qui che l'opzione esegetica palesa la sua flessibilità: individuare precipue regole di esperienza sufficientemente consolidate sulla frequenza con cui ad una manifestazione istigativa, proiettata nel contesto in cui si innesta, faccia séguito la perpetrazione di un reato dello stesso genere di quello eccitato⁴⁶⁹. E non pare peregrina l'osservazione che le regole di esperienza, emergenti dalla prassi giudiziaria in materia, sono eminentemente di tipo sociologico, politico o storico, bensì tutte di scarsa consistenza probabilistica.

Anche a ritenere ammissibile il giudizio di possibilità, l'inconcludenza dell'accertamento della connessione causale tra l'accadimento concreto e quello futuro è un esito inevitabile. La prospettazione dei delitti di opinione in chiave di pericolo concreto ha come diretto corollario che il giudice risulta gravato dal defatigante compito («improbo») di individuare gli effetti materiali della parola⁴⁷⁰, con due possibili alternative patologiche: o la sostanziale irrilevanza dell'intervento «ortopedico» (ipotesi inverata soprattutto per l'apologia di delitto) o l'adesione a una

c.p.)...». Da una prospettiva differente, anche V. NARDI, *op. cit.*, pp.125 e 126, afferma che il pericolo concreto «dovrebbe [...] accedere ad un fatto-base dotato di per sé di una pericolosità astratta». Ma se il fatto-base è «incapace di segnalare una relazione di pericolosità empiricamente fondata, si apre la strada a incertezze sul piano applicativo incompatibili con il principio di tassatività».

⁴⁶⁸ F. ANGIONI, *Il pericolo concreto*, cit., p. 24.

⁴⁶⁹ Si tratta di individuare regole di esperienza alquanto attendibili in ordine al grado di frequenza nella successione tra fenomeni.

⁴⁷⁰ G. DE VERO, *op. ult. cit.*, p. 207, analiticamente osserva che il compito del giudice, «diretto ad accertare se sia conseguito o meno il pericolo di commissione di reati ad un'istigazione rivolta verso un fatto criminoso tendenzialmente indeterminato e compiuta secondo le modalità di pubblicità in atto previste dall'art. 414 c.p., sarebbe realmente improbo». Infatti, nessun corredo di esperienza «sembra in grado di affermare, per esempio, se sia o meno probabile che i lettori di un giornale accolgano l'appello dell'articolaista ad omettere di presentare per il pagamento gli oggetti prelevati nelle scansioni dei supermercati in modo da realizzare un 'esproprio proletario'; mentre è pressoché inconcepibile un'ipotesi di reati connessi all'istigazione a commettere un crimine individuato solo sotto il profilo del *nomen juris*».

concezione psicologica (*rectius*: psicologizzante) del pericolo sotto l'influsso dell'allarme sociale che l'azione eccitatrice suscita in concreto.

A fronte di un bilancio sul modello della pericolosità concreta con prevalenza di note critiche da parte dei commentatori⁴⁷¹, *de iure condendo* un illustre Autore ha elaborato una proposta di arricchimento del *Tatbestand* con il requisito espresso dell'immediatezza (*hic et nunc*) intesa come contiguità temporale tra il fatto istigatorio e l'evento temuto, in uno con la duplice determinazione dell'oggetto d'istigazione. In tale prospettiva, la norma incriminatrice dovrebbe essere novellata così da risultare del seguente tenore: «chiunque istiga in pubblico a commettere immediatamente uno o più fatti determinati previsti dagli articoli ... è punito per il solo fatto dell'istigazione»⁴⁷².

5. L'istigazione ex art. 302 c.p. e i profili di specialità: il *discrimen* della pubblicità

L'art. 414 c.p. non è l'unica fattispecie incriminatrice codicistica a prevedere un'ipotesi di istigazione c.d. *speciale* (ossia autonoma rispetto al concorso morale nel reato): si pensi all'istigazione di militari a disobbedire alle leggi (art. 266 c.p.), all'istigazione a commettere delitti contro lo Stato (art. 302 c.p.) o a disobbedire alle leggi (art. 415 c.p.). In particolare, l'art. 302, collocato nel Capo V («Disposizioni generali e comuni ai capi precedenti») del Titolo I, punisce chiunque incita «*taluno*»⁴⁷³ a commettere uno dei delitti dolosi di cui al Capo I e II (delitti contro la personalità internazionale e interna dello Stato), sanzionati con la pena dell'ergastolo o della reclusione, se l'istigazione non è accolta ovvero, seppur accolta, il reato istigato non viene commesso. La cornice editale oscilla tra il minimo di un anno di reclusione e il massimo di otto anni, ma il secondo comma specifica che la pena da applicare è sempre inferiore alla metà della pena stabilita per il delitto al quale l'istigazione accede (cfr. art. 304, comma 3, c.p.).

⁴⁷¹ Incisivo M. PELISSERO, *op. ult. cit.*, p. 341, secondo cui «l'estremo del pericolo concreto lungi dal garantire un contenuto offensivo alla fattispecie si trasforma in un elemento foriero di interpretazioni giudiziarie arbitrarie alla stregua della interpretazione patrocinata dalla Corte costituzionale». Anche D. PULITANÒ, *Libertà di pensiero e pensieri cattivi*, cit., p. 200, propone di mettere da parte la tecnica del reato a pericolo concreto per tutti i delitti di opinione.

⁴⁷² G. DE VERO, *op. ult. cit.*, pp. 215-216.

⁴⁷³ La giurisprudenza avverte che l'espressione «*chiunque istiga taluno*» è più limitata di quanto possa apparire, giacché può essere istigato soltanto chi abbia qualità tali da fargli assumere la qualifica di soggetto attivo dei reati oggetto d'istigazione (il cittadino per le ipotesi degli artt. 242, 246, 250, 289, 275 c.p.; il pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio per l'art. 263 c.p.).

Si tratta di un'ipotesi di istigazione *in certam personam* («*taluno*») e privata, quest'ultimo connotato è stato agevolmente ricavato dal confronto con l'art. 303 c.p. («pubblica istigazione e apologia») - abrogato dalla legge 25 giugno 1999, n. 205⁴⁷⁴ - che sanzionava la medesima manifestazione istigatoria commessa «*pubblicamente*».

La disposizione in commento affonda le sue radici nelle più risalenti codificazioni preunitarie (si segnala, in particolare, il codice albertino del 1838) che avevano posto grande attenzione alla repressione della provocazione a commettere i delitti di Stato, all'epoca personificato negli esponenti della famiglia reale e del Governo. La matrice autoritaria ha permeato l'incriminazione contenuta nel codice Rocco ed è stata notevolmente enfatizzata sul piano applicativo: al riguardo, si noti che l'accertamento del reato *de quo* è stato devoluto alla competenza del Tribunale speciale, istituito con la legge 25 novembre 1926, n. 2008, fino al 1943.

Il *deficit* di determinatezza del fatto tipico è stato strumentale al controllo del dissenso politico, come dimostra l'estensione della nozione di istigazione operata dalla giurisprudenza di merito e di legittimità anche in età repubblicana⁴⁷⁵. Sennonché, la riconversione in via interpretativa dei delitti di opinione attraverso il paradigma del pericolo concreto ha tentato di porre rimedio ad una siffatta deriva illiberale. L'art. 302 c.p. costituisce un'espressa deroga al principio generale sancito all'art. 115, in virtù del quale l'istigazione a commettere un reato, che non si sia tradotta in un principio d'azione, non è punibile⁴⁷⁶. Tale assunto trova conferma nel dato testuale per cui l'operatività dell'istigazione a tutela della personalità dello Stato - a differenza della previsione di cui all'art. 414 c.p. - è subordinata alla condizione che la manifestazione non venga accolta o, se accolta, il reato non venga comunque commesso (c.d. istigazione sterile o *versuchte Anstiftung*). Se l'istigazione, oltre che accolta, sia seguita dall'esecuzione del delitto istigato, l'istigazione cesserà di essere applicabile e l'istigatore risponderà di concorso nel delitto istigato, nelle due forme del reato perfetto o del reato semplicemente tentato.

⁴⁷⁴ Si noti che l'intervento riformatore non ha determinato una vera e propria *abolitio criminis*, atteso che i fatti che prima ricadevano nello spettro applicativo dell'art. 303 ora possono essere sussunti sotto l'art. 414 c.p., in virtù del rapporto di specialità tra le due norme.

⁴⁷⁵ Emblematica la definizione enucleata dalla Cass. Pen., sez. I, 1° giugno 1964: «*condotta diretta ad eccitare, determinare, rafforzare o alimentare l'altrui risoluzione*».

⁴⁷⁶ *Ex plurimis*, sono di questo avviso C. GALDENZI, sub art. 302 c.p., in AA. VV., *Codice penale commentato*, E. DOLCINI, G. MARINUCCI (a cura di), Milano 2006, p. 2055; F. MARENGHI, sub art. 302 c.p., in *Codice commentato*, T. PADOVANI (a cura di), Milano 2011, p. 1931

La *raison d'être* dell'autonoma incriminazione della condotta istigatoria si rinviene nell'opzione politico-criminale di fissare la soglia di punibilità a uno stadio anteriore a quello del tentativo: l'istigazione è solo la "scintilla" che ingenera un clima di tensione che può sfociare in un'aggressione all'integrità dello Stato⁴⁷⁷. Una forma di tutela così avanzata trovava giustificazione agli occhi del compilatore del 1930 per via del connotato ontologicamente politico dell'oggettività giuridica protetta, che secondo l'impostazione dogmatica tradizionale sarebbe un indice inequivoco della sua natura di *delitto politico*⁴⁷⁸.

In questa sede ci preme mettere in luce i profili di differenziazione rispetto all'istigazione a delinquere (art. 414 c.p.).

Dalla collocazione sistematica si può inferire *ictu oculi* la diversità, almeno nominale⁴⁷⁹, del bene giuridico: da un lato, la personalità dello Stato nell'accezione esogena (Capo I) ed endogena (Capo II); dall'altro lato, l'ordine pubblico. Invero, devono ricercarsi altrove gli aspetti che demarcano il *discrimen* fra le due norme incriminatrici. Anzitutto, come afferma *apertis verbis* la Relazione del Guardasigilli, il primo elemento discretivo deve puntualizzarsi in ordine al soggetto istigato, atteso che l'istigazione *ex art. 302 c.p.* non si indirizza al pubblico, inteso come collettività di individui che l'istigatore «d'ordinario non conosce nella persona dei singoli componenti»⁴⁸⁰. Tuttavia, così opinando, si ripropone l'equivoco di confondere il concetto di determinatezza dei destinatari con la *pubblicità* della condotta, puntualmente definita *per tabulas* in termini di presenza di più persone in un luogo

⁴⁷⁷ Cfr. A. DE MARSICO, *Premessa dogmatica all'esame dei reati di istigazione, cospirazione e banda armata (artt. 302 - 309 c.p.)*, in *Scritti giuridici in onore di Carnelutti*, vol. IV, Padova, 1950, p. 476, che osserva: «L'istigazione, se è appena la prima scintilla, non sempre vitale, che si lancia contro gli aspetti specifici della sicurezza dello Stato, è però sempre già un turbamento di questa atmosfera, e contro di essa lo Stato deve mettere in moto i congegni almeno della prevenzione. Remoto è il pericolo del reato-fine, ma attuale, grave o lieve che sia, è l'alterazione (danno) dell'ordine di cui la vita dello Stato ha bisogno per svolgersi. L'obiettivo finale dell'istigazione rende, cioè, più penetrante, più profonda l'esteriorizzazione del pensiero criminoso; dà alla condotta una indiscutibile evidenza ed oggettività». Secondo E. DE FRANCO, *op. cit.*, p. 24, si assiste ad una sorta di doppio binario per cui il principio sancito dall'art. 115 c.p. vale per i reati comuni ma non per quelli politici.

⁴⁷⁸ Si veda il Cap. I, par. 3.1.

⁴⁷⁹ Tuttavia, certa dottrina ritiene che la norma *de qua* sia priva di una propria oggettività giuridica, la quale deve essere, invece, desunta caso per caso dal reato istigato. Ciò in quanto conseguenza della strutturazione dell'art. 302 c.p. come deroga al principio generale di non punibilità del tentativo di concorso (art. 115 c.p.): sul punto, M. PELISSERO, *op. ult. cit.*, p. 103.

⁴⁸⁰ La Relazione specifica che «anche se per avventura ne conoscesse taluni, egli non se li rappresenta individualmente, come soggetti della sua istigazione, ma come facenti parte della collettività, alla quale si dirige, e che tra le sue caratteristiche ha quella di potersi rinnovare indifferentemente nei suoi elementi durante il corso di uno stesso fatto d'istigazione».

pubblico ovvero aperto al pubblico (cfr. art. 266, comma quarto, n. 2, c.p.). Pertanto, è questo il dato che merita di essere privilegiato. L'altro profilo discriminante attiene all'oggetto dell'istigazione, che nel caso della disposizione del Titolo I si identifica tassativamente nei delitti non colposi contro la personalità dello Stato; per converso, l'istigazione posta a presidio dell'ordine pubblico si caratterizza per l'assoluta indeterminatezza delle tipologie criminose che possono sostanziare il messaggio criminogeno («*uno o più reati*»), donde l'illimitata ampiezza dell'incriminazione.

Tenendo a mente la novella del 1999, con la quale è stata formalmente abrogata la versione pubblica dell'istigazione avverso l'ordine democratico (art. 303 c.p.), è pacifica la configurazione del rapporto strutturale tra l'art. 302 e l'art. 414 c.p. in chiave di specialità.

La norma in commento è speciale rispetto all'art. 414 sotto un duplice aspetto: la privatezza della condotta, in quanto non consumata in una delle tre condizioni indicate dall'ultimo comma dell'art. 266 c.p., e la tipicità legale dei reati istigati («*uno dei delitti, non colposi, previsti dai capi primo e secondo di questo titolo*»).

6. L'apologia di delitto ex art. 414, terzo comma, c.p.

Il lemma 'apologia', che deriva etimologicamente dal greco *απολογία*, indica l'esposizione di ragioni in favore di una persona o di un'ideologia attraverso la confutazione delle tesi di segno contrario e l'esaltazione di un fatto storico ovvero del suo autore con tono tendenzialmente solenne e probativo⁴⁸¹. La prima incriminazione dell'apologia risale all'Editto albertino sulla stampa del 1848, che all'art. 24 contemplava l'ipotesi di apologia di «*fatti qualificati crimini o delitti dalla legge penale*». Il codice Zanardelli con una norma a più fattispecie sanzionava chiunque pubblicamente fa apologia di un fatto previsto dalla legge come delitto, incita alla disobbedienza della legge ovvero incita all'odio fra le classi sociali «*in modo pericoloso per la pubblica tranquillità*». Benché fosse meritoria la tecnica legislativa di prevedere espressamente il requisito della pericolosità, la giurisprudenza aveva

⁴⁸¹ Nella manualistica si segnala la nozione di F. ANTOLISEI, *op. cit.*, p. 106: «l'apologia, in genere, è una manifestazione di pensiero consistente nell'esaltare un dato di fatto o il suo autore, con intento di propaganda, e cioè con lo scopo di spronare, eccitare altri all'imitazione o quanto meno di eliminare in essi la ripugnanza verso il fatto medesimo o il suo autore».

depauperato la clausola di ogni rilevanza pratica, estendendo oltremodo le maglie punitive della fattispecie⁴⁸². Nel composito disegno dei reati di opinione, elaborato dal compilatore del codice Rocco, l'incriminazione delle condotte apologetiche (cfr. artt. 272, terzo comma⁴⁸³, 303⁴⁸⁴ e 414, terzo comma, c.p.) assurgeva a norma di chiusura del sistema di controllo (del dissenso) politico. La *ratio* del divieto dell'apologia sta tutta nella volontà di estirpare il pericolo di una "infezione psicologica"⁴⁸⁵ che consegue alla *glorification* di un contegno antiggiuridico: il legislatore, piuttosto che prevenire l'eventualità «del tutto remota, che ne scaturiscono ulteriori reati», sembra aver avuto di mira la tutela del complesso di «valori spirituali e morali che la 'glorificazione' del delitto, in quanto tale, può talora offendere come il delitto stesso»⁴⁸⁶.

L'art. 414, terzo comma, c.p. si limita a equiparare *quoad poenam* la fattispecie istigativa, prevista al primo comma, a quella apologetica, senza però elaborare una nozione di apologia.

Mutuando dal sapere extragiuridico, si può affermare che la condotta incriminata consiste obiettivamente nella difesa elogiativa di un fatto delittuoso del passato tale da sollecitare un diffuso giudizio positivo sullo stesso, teleologicamente orientato a creare nei destinatari una spinta criminogena ovvero una giustificazione del misfatto.

L'unica indicazione ricavabile dal dettato codicistico attiene all'oggetto della manifestazione, limitato alle sole ipotesi delittuose, diversamente da quello dell'istigazione a delinquere (sia contravvenzioni che delitti), e alla imprescindibile nota modale della condotta: «*pubblicamente*».

⁴⁸² La giurisprudenza ritenne che l'apologia fosse configurabile anche laddove il messaggio non si focalizzasse su un determinato fatto delittuoso, ma si identificasse con la generica esaltazione dell'autore di un fatto antiggiuridico ovvero della sua ideologia. Emblematica al riguardo la pronuncia della Cassazione del 5 gennaio 1895 con la quale si condannò per apologia di delitto chi gridava «Viva De Felice e i condannati di Palermo coi quai siamo solidali, morte alle spie»; frasi ritenute elogiative del programma sovversivo di De Felice. In una successiva pronuncia del 16 gennaio 1895 la Cassazione ritenne che un opuscolo elettorale concretasse un'ipotesi apologetica per via del suo contenuto minaccioso verso l'integrità dell'ordinamento monarchico, nonché provocatorio dell'odio tra le classi sociali e contro la famiglia.

⁴⁸³ Abrogato dall'art. 12 della l. 24 febbraio 2006, n. 85.

⁴⁸⁴ Abrogato dall'art. 18 della l. 25 giugno 1999, n. 205.

⁴⁸⁵ B. OLIVIERO, *Apologia e istigazione*, cit., p. 620.

⁴⁸⁶ Così C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., p. 108.

Il punto di avvio della nostra analisi è rappresentato dalla discussa natura giuridica dell'apologia: si tratta di una forma di *istigazione indiretta* ovvero di un'incriminazione della mera disobbedienza civile?

L'opinione tradizionalmente dominante in dottrina, fedele alle linee programmatiche espresse nella Relazione ministeriale⁴⁸⁷, ha concepito l'apologia essenzialmente come un'istigazione indiretta⁴⁸⁸, ossia un impulso alla reiterazione dell'evento elogiato. Come è stato sottolineato, tale ricostruzione germina da un'interpretazione della norma non di tipo letterale, bensì costituzionalmente orientata nel senso di individuare un profilo di compatibilità con la garanzia costituzionale di cui all'art. 21 della Carta⁴⁸⁹. Un esito che è parso raggiungibile solo attraverso il ricorso al canone dell'offensività in concreto, sebbene, in prima battuta, avesse trovato accoglimento la teoria dei c.d. *limiti logici* che, prospettando la condotta apologetica come un incitamento all'azione - anzi, come una «quasi azione» -, la sottraeva allo spettro di cautela del precetto costituzionale⁴⁹⁰.

Tuttavia, altra dottrina ha biasimato l'irragionevole ridondanza della configurazione di un'altra figura di istigazione, seppur di natura mediata, intravedendo la *ratio* incriminatrice dell'art. 414, comma terzo, c.p. nell'intendimento legislativo di sanzionare la mera disobbedienza all'autorità dello Stato - riflessa attraverso l'aggressione al sistema di principi e precetti su cui esso si fonda - e non già una manifestazione di pensiero mossa dall'intento di persuadere altri alla perpetrazione di un delitto⁴⁹¹.

⁴⁸⁷ «Questa seconda ipotesi è destinata a integrare la prima, costituendo l'apologia una forma indiretta di istigazione».

⁴⁸⁸ V. MANZINI, *Trattato*, cit., p. 305; P. NUVOLONE, *Reati di stampa*, cit., p. 30; B. OLIVIERO, *op. ult. cit.*, p. 621.

⁴⁸⁹ Cfr. A. SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, cit., pp. 707 e 708, che afferma: «la compatibilità di una norma incriminatrice con la garanzia costituzionale della libertà di espressione dipende dal punto di vista dal quale la condotta è considerata dalla norma: l'incriminazione dell'apologia di delitto contrasta con l'art. 21 Cost. finché la si interpreti nel senso di considerare una condotta esclusivamente da (quello che qui ho denominato) il punto di vista interno, ossia quale mera espressione di un certo contenuto di pensiero; essa invece non vi contrasta, ove la si interpreti nel senso di considerare una condotta (anche) dal punto di vista della sua capacità di provocare certi effetti nel mondo esterno, ossia dal punto di vista della sua concreta idoneità a provocare la commissione di delitti».

⁴⁹⁰ P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 267. G. BETTIOL, *Sui limiti penalistici alla libertà di manifestazione del pensiero*, cit., p. 974, affermava che l'istigazione, la propaganda e l'apologia sono «manifestazioni dell'uomo soverchiate da momenti psicologico-sentimentali, irrazionali, volitivi ed emotivi» tendenti «ad eccitare, a commuovere, a spingere la volontà altrui verso fini non leciti e con mezzi antiggiuridici».

⁴⁹¹ L. VIOLANTE, *Istigazione*, cit., p. 997; V. MORMANDO, *L'istigazione. I problemi generali della fattispecie ed i rapporti con il tentativo*, Padova, 1995, p. 40., il quale sostiene la differenza strutturale

Una tesi intermedia ritiene che il *discrimen* nei confronti della condotta istigativa vada scandagliato sul piano naturalistico, atteso che l'apologia opera soltanto sull'intelletto e non anche sulla volontà per «convincere all'azione il destinatario della manifestazione del pensiero: l'apologia non è azione e, quindi, sarebbe coperta dalla garanzia»⁴⁹² costituzionale.

Se così oscillanti erano le opinioni dottrinarie sul tema, la giurisprudenza di legittimità, al contrario, è stata ferma nella sua posizione originaria, ovverosia di enfatizzare la diversità strutturali delle due fattispecie incriminatrici, riservando all'apologia di delitto un rimarchevole spazio applicativo.

Si è già avuto modo di precisare che il *leading case* di siffatto orientamento va identificato nella pronuncia sul caso *Colorni* del 1958⁴⁹³, in occasione del quale le Sezioni Unite si sono cimentate in una trattazione *funditus* della norma in commento. Anzitutto, si è statuito che per la punibilità dell'apologia non è necessaria la glorificazione di un fatto storico o la sua rievocazione esaltatrice, bastando, per converso, «un giudizio favorevole che implichi l'approvazione convinta dell'episodio verificatosi, e per conseguenza l'adesione spirituale ad esso da parte del dichiarante, che lo considera proprio»⁴⁹⁴. Sul piano oggettivo, la condotta è stata definita come una manifestazione del pensiero, concernente un determinato oggetto, che può venire a conoscenza di molteplici soggetti, in quanto divulgata *coram publico*. Infatti, il divieto di cui all'art. 414, comma terzo, c.p. è rivolto alla trasmissione di elaborati mentali dalla sfera intellettuale del soggetto che li ha concepiti verso altri soggetti destinatari. L'apologia può concernere uno o più delitti di qualsiasi natura e la previsione dell'episodio elogiato come ipotesi delittuosa deve essere fatta risalire al momento della condotta apologetica, con la conseguenza che sarebbe irrilevante l'eventuale

tra le due fattispecie incriminatrici, argomentando sulla base del difetto d'idoneità della condotta verso un preciso risultato e sulla necessaria indeterminatezza dei destinatari.

⁴⁹² F. SCHIAFFO, *Istigazione ed apologia nei delitti contro l'ordine pubblico*, in AA.VV., *Delitti contro l'ordine pubblico*, S. MOCCIA (a cura di), Napoli, 2007, p. 157.

⁴⁹³ Si veda quanto già detto nel par. 1. La pronuncia in commento trae origine dalla vicenda della pubblicazione sull'edizione del quotidiano "L'Unità" del 26 giugno 1954 di un articolo anonimo, intitolato "Bersaglieri dell'11° e popolo uniti in rivolta contro la guerra" e con il sottotitolo "L'ammutinamento di Villarey dei bersaglieri che avrebbero dovuto partire per l'Albania. Soldato proletario, che parti per Valona, non ti scordare del popolo di Ancona". Il Tribunale di Roma ritenne colpevole il direttore responsabile Giorgio Colorni per aver definito l'ammutinamento «glorioso» ed «eroici» i suoi artefici; la colpevolezza fu confermata in appello e riconosciuta anche in sede di legittimità, ma le SS.UU. disposero il rinvio al fine di rivalutare la responsabilità del direttore responsabile alla luce della novellata disciplina dell'art. 57 c.p.

⁴⁹⁴ Non può celarsi che in tal modo si riduce l'accertamento probatorio ad una forma di introspezione.

carezza del precetto penale all'epoca in cui il fatto rievocato è stato commesso. Secondo il massimo Collegio, la nota di disvalore che connota l'espressione dell'apologeta, coincidente con la contrarietà dell'episodio all'ordinamento giuridico, «risulterebbe efficace anche nel caso che non fosse conosciuta» dal dichiarante. È lapalissiano che l'oggetto della fattispecie deve essere un delitto, ossia un'effettiva esperienza di vita sussumibile sotto un precipuo schema criminoso; pertanto, esula dal reato in parola una mera previsione ipotetica, «astrattamente riferibile ad un paradigma delittuoso».

Per la Suprema Corte tali note caratteristiche valgono a fondare l'autonomia rispetto alla fattispecie istigativa (sia diretta che indiretta) e il principale tratto differenziale è impostato nei seguenti termini: l'apologia si sostanzia in un agire comunicativo «che si ripromette di incidere soltanto sull'intelletto dei destinatari», mentre l'istigazione è una manifestazione del pensiero tendente a «stimolare l'altrui volontà per ottenerne uno specifico comportamento»⁴⁹⁵. Anche sul piano temporale si apprezza una diversità di prospettiva, atteso che l'apologia si focalizza su una vicenda circostanziata del passato (*pro praeterito*), mentre l'istigazione si proietta verso il futuro (*pro futuro*).

A ben vedere, resta da affrontare il tema più composito, ossia la ragione politico-criminale sottesa alla norma incriminatrice. Le Sezioni Unite *Colorni* prendono abbrivio dal principio fondamentale dell'ordinamento giuridico, quel “dogma politico” di beccariana memoria⁴⁹⁶, che crea nella coscienza dei consociati la motivazione a conformarsi ai precetti normativi e, al contempo, «un parallelo sentimento di ripulsa nei confronti delle condotte attuate in contrasto con gli imperativi della legge». Ne consegue che l'esaltazione di un contegno antidoveroso cagiona in chi è destinatario del messaggio propalato la «erosione del sentimento di contrarietà alle infrazioni dei

⁴⁹⁵ Sul punto, la Corte precisa che talvolta l'apologia può suscitare l'impulso all'emulazione dell'evento riferito, ma «codesta eventualità non è prevista dall'ordinamento in funzione della natura stessa della condotta apologetica, la quale [...] non mira [...] ad influenzare l'estrinsecazione dell'altrui volontà».

⁴⁹⁶ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Parigi, 1764, p. 121: «L'opinione che ciaschedun cittadino deve avere di poter far tutto ciò che non è contrario alle leggi, senza temerne altro inconveniente che quello che può nascere dall'azione medesima, questo è il dogma politico che dovrebb'essere dai popoli creduto, e dai supremi magistrati, colla incorrotta custodia delle leggi, predicato: sacro dogma, senza di cui non vi può essere legittima società; giusta ricompensa del sacrificio fatto dagli uomini di quell'azione universale su tutte le cose; che è comune ad ogni essere sensibile, e limitata soltanto dalle proprie forze. Questo forma le libere anime e vigorose, e le menti rischiaratrici, rende gli uomini virtuosi, ma di quella virtù che sa resistere al timore, e non di quella pieghevole prudenza, degna solo di chi può soffrire una esistenza precaria ed incerta».

comandi giuridici», la cui pericolosità è direttamente proporzionale al contenuto delle espressioni (*content-based*).

In tale prospettiva va letta la collocazione sistematica della disposizione nell'alveo dei delitti contro l'ordine pubblico, da intendersi quale indice sintomatico della sua natura disgregatrice del sentimento di avversione all'inosservanza delle leggi e, dunque, della comune fiducia nella cogenza delle norme penali.

Da queste premesse teoriche la Corte ha dedotto, nel caso di specie, che la distanza storica, anche se remota, del fatto apologizzato dalla condotta apologetica non vale a escludere l'antigiuridicità. Si badi, però, che non integra gli estremi del terzo comma dell'art. 414 la rievocazione di fatti criminosi per finalità storiografiche o cronistiche (*ex art. 51 c.p.*).

Ritornando al quesito di partenza, è perspicua la posizione dogmatica della Cassazione nel delineare un mero delitto d'opinione, fondato sulla presunzione del pericolo, la cui portata precettiva è autonoma e distinta rispetto alla fenomenologia istigativa.

Tuttavia, altrettanto nitide e sollecite sono state le obiezioni mosse dalla dottrina, secondo cui le Sezioni Unite sembrano aver «trascurato proprio le sole considerazioni che sarebbero dovute apparire, invece, decisive per determinare i confini della condotta apologetica, penalmente rilevante»⁴⁹⁷. Segnatamente, la principale censura pertiene alla qualificazione dell'apologia quale mero giudizio favorevole sull'episodio rievocato (sussumibile in un paradigma legale di reato), la cui incriminazione finisce così per intercettare anche quei profili che esprimono un valore etico-sociale di segno positivo⁴⁹⁸.

Di conseguenza, la condotta apologetica dovrebbe ravvisarsi solo nel discorso diretto ad esaltare uno specifico disvalore giuridico - espresso dalla norma incriminatrice a cui il fatto elogiato è riconducibile - che assurge circostanziatamente ad oggetto

⁴⁹⁷ Così C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., p. 50, il quale preliminarmente ritiene che la definizione concettuale dell'apologia si fonda su un'argomentazione meramente filologica e che «da essa si snoda, in una ferrea catena logico-deduttiva, tutta la serie delle implicazioni tecnico-giuridiche, da cui dovrebbe scaturire la fisionomia complessiva dell'apologia punibile» (p. 49). Parimenti si esprimono in senso critico R. DOLCE, *op. cit.*, p. 996; B. OLIVIERO, *op. cit.*, pp. 622 ss.

⁴⁹⁸ *Ibidem*. L'A. pone in evidenza che è lo stesso codice penale a prevedere l'ipotesi che un reato venga commesso «per motivi di particolare valore morale o sociale»: art. 62, n. 1, c.p.

dell'apologia. Esemplicando, l'esaltazione generica del tirannicidio non sostanzia l'apologia di omicidio⁴⁹⁹.

Per di più, i commentatori hanno messo in guardia circa le conseguenze illiberali che possono discendere dall'asserto secondo cui né la riconduzione ad epoca remota né la mancata previsione del precetto penale al tempo in cui fu commesso l'episodio elidono l'antigiuridicità della condotta⁵⁰⁰. Tra queste, quella di maggior rilievo è stata rappresentata dalla strumentalità della disposizione *de qua* al controllo del *milieu* politico, soprattutto nei momenti di intersezione con l'annosa tematica dell'obiezione di coscienza.

Tale rigore repressivo, che pare esser stato indotto da una sorta di *horror vacui*, ha permeato per lungo tempo il formante giurisprudenziale, come testimonia emblematicamente la pronuncia della Cassazione nel caso *Antonicelli* del 1966⁵⁰¹. Qui la Corte ha ribadito infatti che per la configurabilità dell'apologia è sufficiente un giudizio positivo di valore, da cui è possibile inferire l'adesione spirituale, rispetto ad un contegno che la legge prevede come delitto. Nella casistica giudiziaria dell'art. 414 c.p. spicca, al riguardo, una pronuncia di merito del 1963⁵⁰² in cui si è indicato che l'apologia può perfezionarsi anche «*mediante la sostanza stessa di una disquisizione di carattere teoretico-filosofico o morale*». In altra sede è stato affermato che, quando è evidente il nesso tra l'azione apologetica e l'autore del delitto elogiato, l'apologia della persona si traduce automaticamente nell'apologia di quel delitto, se il soggetto è noto al pubblico proprio per l'autoria del fatto⁵⁰³.

Ciononostante, talune pronunce di merito dell'epoca - sotto l'influenza della più accorta dottrina - avevano elaborato un correttivo al *dictum* delle Sezioni Unite *Colorni*, rivolgendo attenzione, seppur embrionalmente, ad una lettura capace di bilanciare la repressione della parola pericolosa con la guarentigia individuale di cui all'art. 21

⁴⁹⁹ *Ibidem*, p. 51: «appunto nell'esaltazione di questo particolare disvalore, a cui la legge collega la punizione di ciascun delitto, dovrebbe farsi risiedere, dunque, in linea di principio, anche la caratteristica dell'apologia penalmente rilevante; e non già nel generico riferimento – sia pure “elogiativo” – al fatto delittuoso o, peggio, a un determinato e particolare aspetto di esso».

⁵⁰⁰ G. BOGNETTI, *op. ult. cit.*, p. 191, evidenzia il rischio che «l'immensa distesa dei fatti del passato [venga] rivalutata in termini di diritto penale italiano».

⁵⁰¹ Cass. Pen., sez. I, 6 maggio 1966, in *Cass. pen. Mass.*, 1967, pp. 533 ss., che «*abbia ripetuto ciò che era stato, ancorché impunemente, scritto o detto da altri autori o scrittori sia pure scientificamente autorevoli*».

⁵⁰² Trib. Firenze 25 marzo 1963, in *Giur. tosc.*, 1963, p. 326.

⁵⁰³ Cass. Pen., sez. I, 1° giugno 1964, *Pinzauti e Balducci*, in *Foro it.*, vol. 87, n. 8, 1964, p. 281.

Costituzione. Lo sforzo ermeneutico si è concretato nella ricerca di un *quid pluris* all'interno degli elementi costitutivi della fattispecie incriminatrice, al fine di leggerla sotto il prisma della pericolosità concreta. L'esempio più fulgido è raffigurato dal caso di don Lorenzo Milani del 1966, in cui il Tribunale capitolino, riconoscendo all'apologia la natura di istigazione indiretta in quanto espressione connotata dallo scopo di eccitare altri alla imitazione, ritenne necessaria per la sua punibilità la «capacità di suggestione idonea a far sorgere un immediato pericolo di ulteriori reati e, quindi, di turbare l'ordine pubblico»⁵⁰⁴.

Già qualche anno prima il Tribunale di Firenze, nell'ambito della vicenda giudiziaria che vedeva come protagonista Ernesto Balducci, stabilì un originale canone ermeneutico in ordine all'accertamento dell'apologia a mezzo stampa: le locuzioni incriminate dovevano essere valutate alla luce del contesto complessivo della pubblicazione e potevano essere ritenute probanti dell'apologia solo se concretamente idonee ad eccitare alla diserzione. Tuttavia, l'*overruling* del giudice d'appello, confermato poi in sede di legittimità, sbarrò la strada alla riconversione della norma incriminatrice in un reato di pericolo concreto⁵⁰⁵.

La Suprema Corte in una pronuncia del 1968 ha individuato il carattere ontologico dell'apologia nella forza suggestiva che è esercitata sugli animi dei destinatari, «suscitando [in loro] spinte alla imitazione ovvero smorzando difficoltà di adesione»⁵⁰⁶.

Nel solco tracciato dalla sentenza Milani si è mosso il giudice del caso Tolin nel 1969, allorché ha ritenuto la condotta apologetica una forma mediata di istigazione⁵⁰⁷.

⁵⁰⁴ Trib. Roma, sez. IV, 15 febbraio 1966, *Milani*, in *Giust. it.*, 1996, II, p. 316 ss. Il sacerdote era accusato di apologia in relazione alla prima parte dell'art. 226, col. n.1 (ultimo periodo), c.p. per aver redatto una lettera aperta, pubblicato con il titolo "Diseredati ed oppressori" sul periodico "Rinascita", che - in risposta alla presa di posizione dei cappellani militari della Toscana - definiva "coraggiosi" i soldati obiettori di coscienza. Don Lorenzo Milani fu assolto con formula piena dal Tribunale di Roma e condannato in grado di appello. Il giudizio della Corte di Cassazione non ci fu mai a causa del suo decesso.

⁵⁰⁵ Cass. Pen., sez. I, 1° giugno 1964, *Balducci*. Per un'ampia critica G. M. PALMIERI, *Osservazioni in tema di istigazione a delinquere*, cit., pp. 996 ss.

⁵⁰⁶ Cass. Pen., sez. I, 16 dicembre 1968.

⁵⁰⁷ Trib. Roma, 1° dicembre 1969, *Tolin*, in *Giur. it.*, 1970, II, p. 184. Francesco Tolin, direttore del giornale "Potere Operaio", era stato accusato di apologia avente ad oggetto l'istigazione a delinquere per aver pubblicato il 30 ottobre 1969 un articolo dal titolo "Sì alla violenza operaia".

Sorge, però, un dubbio: i tempi erano divenuti maturi per un autentico cambio di rotta o si trattava solo di arresti giurisprudenziali episodici, ispirati ad una logica “gattopardiana”?

6.1. La necessità di un’interpretazione costituzionalmente orientata e gli arresti della giurisprudenza di legittimità

Se l’intero campo dei reati di opinione è pervaso da una tensione irrisolta tra la libertà di espressione e le istanze securitarie, è altrettanto innegabile che l’interpretazione dell’apologia quale reato di pericolo presunto e connotato da un’inafferrabile tipicità, così come consacrata nelle Sezioni Unite *Colomi*, rende irrimediabile il contrasto con l’art. 21 Cost. Il Giudice delle leggi con la sentenza n. 65 del 1970⁵⁰⁸ ha scrutinato per la prima volta la questione se l’art. 414, comma terzo, c.p. possa costituire, in talune ipotesi, un ingiustificato impedimento alla libertà di manifestazione del pensiero.

Il giudizio di legittimità costituzionale – sollevato dal giudice istruttore presso il Tribunale di Rovigo con ordinanza del 23 novembre 1968 – traeva origine dalla pubblicazione dell’articolo “L’obiettore di coscienza” a firma di Leobaldo Giovanni Traniello, nel quale figuravano frasi di consenso circa un episodio di disobbedienza per cui tale Bellettato era stato deferito alla Procura militare di Torino.

Con una sentenza interpretativa di rigetto, la Consulta ha negato la sussistenza del contrasto, fondando il proprio percorso argomentativo sulla logica del bilanciamento fra interessi contrapposti e avvertendo che la legittimità costituzionale è garantita fintantoché la norma incriminatrice sia rettamente interpretata nei termini che seguono. In primo luogo, riconosciuta la bontà delle argomentazioni dell’Avvocatura dello Stato, secondo cui il diritto di esprimere liberamente il proprio pensiero non è assoluto, ma suscettibile di limitazioni in nome della tutela della sicurezza pubblica⁵⁰⁹ – «*il cui mantenimento costituisce una finalità immanente nel sistema*» –, la Corte ha operato

⁵⁰⁸ Corte Cost., 4 maggio 1970, n. 65, in *Giur. cost.*, 1970, p. 955, con nota di A.C. JEMOLO, *Lo Stato può difendersi*, il quale ha accolto con favore l’intento di delimitare l’area di precettività della fattispecie incriminatrice, onde evitare uno sconfinamento nella repressione della libertà di pensiero.

⁵⁰⁹ In un passaggio successivo la Corte ribadisce che «*la libertà di manifestazione del pensiero, garantita dall’art. 21, primo comma, della Costituzione, trova i suoi limiti non soltanto nella tutela del buon costume, ma anche nella necessità di proteggere altri beni di rilievo costituzionale e nell’esigenza di prevenire e far cessare turbamenti della sicurezza pubblica, la cui tutela costituisce una finalità immanente del sistema*» (cfr. Corte cost., sentenze n. 19/1962, n. 87/1966, n. 84/1969).

una *summa divisio* delle manifestazioni *lato sensu* apologetiche. Da un lato, si distingue la critica lecita, intesa in chiave di pubblica approvazione di fatti preveduti dall'ordinamento come delitti limitatamente al loro contenuto morale-sociale di segno positivo; si intuisce *de plano* che tale ipotesi non possa essere sussunta sotto la disposizione codicistica in commento. Parimenti, deve riconoscersi che l'incriminazione «*non limita in alcun modo la critica della legislazione o della giurisprudenza, né l'attività propagandistica di singoli, partiti, movimenti, gruppi, diretta a promuovere la deletio di qualsiasi norma incriminatrice, anche nel momento in cui essa viene applicata in concreto*».

Dall'altro lato, invece, si colloca l'apologia *stricto sensu*, che si esplica nella difesa elogiativa di un episodio criminoso del passato, punibile in quanto diretta e idonea a produrre la violazione delle leggi penali.

Si noti che in ordine alla natura dell'apologia la posizione della Corte *prima face* sembrerebbe alquanto elusiva, dal momento che si è limitata solo a dar conto della *communis opinio* dottrinale, secondo cui l'ultimo comma (anteriforma) dell'art. 414 c.p. configurerebbe un'ipotesi di istigazione indiretta. Tuttavia, il successivo asserto che l'apologia punibile non è la manifestazione di pensiero pura e semplice, bensì «*quella che per le sue modalità integri comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti*» fuga ogni dubbio circa l'assimilazione della condotta apologetica a quella istigativa.

In base a tale argomentazione il momento dell'antigiuridicità deve essere individuato nello stimolo sull'altrui potere di autodeterminazione e, di conseguenza, la condotta risulta punibile soltanto se manifesta un'intrinseca efficacia eziologica ad orientare la volontà dei destinatari del messaggio (attitudine criminogena).

A tal proposito, giova ribadire quanto si è già prospettato nel § 4.1, ovvero sia che la concreta idoneità deve essere dedotta dagli *effetti materiali* della parola attraverso la valutazione "diagnostica" delle circostanze del discorso e della sua contestualizzazione storico-ambientale, dei rapporti interpersonali tra il dichiarante e l'uditore, nonché della loro identità personale.

È difficilmente contestabile che la soluzione interpretativa promossa dal Giudice delle leggi abbia prodotto due conseguenze rimarchevoli: la trasformazione dell'apologia da reato di pericolo presunto in reato di pericolo concreto costituisce il primo cardine. Da

tale approdo ermeneutico è poi discesa la parificazione del fatto tipico alla condotta dell'istigazione a delinquere. A ben vedere, il precipitato logico di tale assimilazione è che la lettura della fattispecie nel senso della pericolosità concreta può essere riferita invariabilmente all'incriminazione di cui al primo comma dell'art. 414 del codice.

A fronte di tali considerazioni, la dottrina è pressoché unanime nel riconoscere il mutamento di paradigma che è avvenuto con l'intervento "ortopedico" della Corte costituzionale⁵¹⁰, ma ciò non esonera dal mettere in luce il duplice ordine di criticità che la pronuncia ha sollevato. Per un verso, si prospettano i profili critici correlati allo stesso *dictum* della sentenza e alla configurazione dell'apologia quale forma di istigazione indiretta (criticità intrinseche); per altro verso, occorre saggiare, sul piano empirico, il rischio di un'eventuale crisi di rigetto da parte della giurisprudenza ordinaria, o quanto meno di un discostamento dalle cogenti *guidelines* indicate dalla Consulta (criticità estrinseche).

Per quel che concerne il primo aspetto, deve osservarsi che l'asperità più visibile si annida nel *self restraint* della Corte nel rigettare la questione di legittimità costituzionale, facendo ricorso a una manipolazione interpretativa, atteso che tale tipologia di pronuncia si impone con forza più flebile di una sentenza di accoglimento e può così dare adito ai giudici di perpetuare l'interpretazione in chiave di pericolo astratto. Una scelta che, secondo i commentatori più autorevoli, è stata dettata dal timore di creare un vuoto normativo, «nei confronti del quale [la Corte] avvertiva un'istintiva ripulsa»⁵¹¹, e che si trova a monte di quanto si osserverà nel prosieguo della trattazione.

Invero, il salvataggio per via interpretativa della norma incriminatrice *de qua* non poteva avere altro espediente che mutuare la tipicità oggettiva dell'istigazione, la quale tradizionalmente ha posto minori problemi di compatibilità costituzionale per via della

⁵¹⁰ Per C. FIORE, *op. ult. cit.*, p. 105, la Corte costituzionale ha preso «nettamente le distanze dall'orientamento della giurisprudenza ordinaria»; in senso adesivo, M. PELISSERO, *Reati contro la personalità dello Stato*, cit., p. 235, afferma che la sentenza ha rappresentato una significativa svolta nell'interpretazione giurisprudenziale in punto di apologia e istigazione. Di recente D. PULITANÒ, *Legge penale, fascismo, pensiero ostile*, in *Rivista di diritto dei media*, 2019, I, p. 13, ha ribadito che la sentenza n. 65 del 1970 ha disatteso «l'interpretazione rigorosissima della giurisprudenza ordinaria». Ci sembra alquanto scontato di evidenziare il favore con cui è stata accolta l'interpretazione costituzionalmente orientata, considerato che si presenta quale esito di un dibattito quasi ventennale del quale la dottrina maggioritaria è stata la principale artefice.

⁵¹¹ G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, cit., p. 222. Cfr. C. FIORE, *Libera manifestazione del pensiero e apologia di reato*, cit., pp. 18 ss; V. NAPOLEONI, *Horror vacui e false interpretazioni in materia di apologia di delitto*, in *Cass. pen. Mass.*, 1981, p. 692 ss.

più nitida rappresentazione del nesso causale tra i due termini della relazione di pericolo.

Non stupisce allora che le critiche viepiù serrate sono state mosse verso la configurazione dell'apologia come *istigazione indiretta*, giacché tale operazione ha finito per costruire un doppione⁵¹² dell'ipotesi istigativa. La ridondanza della fattispecie incriminatrice così interpretata deriva dalla considerazione che l'istigazione a delinquere può consumarsi con le modalità più eterogenee - incluso l'«esempio, ancorché muto», secondo un risalente insegnamento⁵¹³ - e, pertanto, il primo comma è in grado di abbracciare qualsiasi forma *indiretta* di eccitamento.

In tale prospettiva, si è sostenuto che la declaratoria di illegittimità costituzionale avrebbe consentito di demarcare la linea di confine tra l'istigazione (tanto diretta quanto indiretta) e l'apologia, non punibile qualora non si traduca in una deliberata e idonea provocazione a commettere delitti. A ben guardare, anche tale soluzione non sarebbe stata soddisfacente, in quanto distonica rispetto al disegno del legislatore che, ricorrendo a due distinte locuzioni per descrivere la condotta tipica ('istigare' e 'fare apologia'), con la previsione del terzo comma ha inteso estendere l'incriminazione a manifestazioni del pensiero ontologicamente *altre* rispetto all'istigazione, benché di natura indiretta. Manifestazioni «che per la forma, le modalità di tempo, di luogo e di

⁵¹² Secondo l'opinione prevalente l'art. 414, comma 3, c.p. sarebbe per un verso superfluo, in quanto ribadirebbe anche sotto il profilo sanzionatorio il trattamento del primo comma, e per altro verso «non si riuscirebbe a comprendere perché solo per la forma istigativa (indiretta) di tipo apologetico debba valere la limitazione dei reati istigati alla materia delittuosa con esclusione di quella contravvenzionale»: cfr. R. DOLCE, *op. cit.*, p. 997. Precedentemente G. CONSO - G. TOSI - G. ZUCALÀ, *Note sul caso Tolin*, in *Giur. di merito*, 1970, II, p. 234, avevano sostenuto che l'istigazione indiretta «non può che essere una semplice modalità dell'istigazione e non può essere quindi indicata con un *nomen iuris* diverso da quello dell'istigazione». *Contra* G. DE VERO, *op. ult. cit.*, p. 229, afferma che l'istigazione a delinquere in senso stretto (primo comma) «comprende esclusivamente le manifestazioni dirette ed esplicite dell'intento dell'agente di influenzare l'altrui volontà; mentre le manifestazioni sorrette dal celato intento di incitare all'emulazione rientrano fin dall'origine, in quanto rivestite di forma apologetica, nell'ultimo comma dell'art. 414 c.p.». Di conseguenza, la sentenza del 1970, nell'escludere dalla sfera applicativa dell'apologia di delitto «le espressioni di pensiero animate invece da puro spirito elogiativo, non ha affatto creato un doppione inutile dell'istigazione a delinquere, come sostenuto da gran parte degli interpreti, ma ha determinato un'effettiva e doverosa riduzione» dell'apologia. L'A., allargando la prospettiva, arguisce che la consolidata affermazione per cui qualunque condotta, anche solo concludente, può integrare l'istigazione ex primo art. 414, comma 1, c.p., è la «precisa eco di quanto suole ripetersi sul terreno della parte generale, laddove l'esigenza di riscontrare momenti di collegamento obiettivo tra la condotta del partecipe "morale" ed il reato effettivamente commesso esclude l'opportunità di vincolare l'interprete, se non in via esemplificativa, ad una caratterizzazione eccessivamente ristretta della condotta istigativa».

⁵¹³ G. MAGGIORE, *Diritto penale*, vol. II, p. 355.

occasione - o per la motivazione che le ispira - non potrebbero mai apparire causalmente idonee a provocare la commissione di un reato»⁵¹⁴.

Ad ogni modo, il giudizio di legittimità costituzionale aveva offerto l'opportunità, da tempo attesa, di espungere *tout court* dall'ordinamento giuridico un congegno schiettamente repressivo della libertà di espressione, che costituiva un lascito ingombrante della legislazione di matrice autoritaria. Tuttavia, l'occasione non è stata colta e, più pragmaticamente, la ricostruzione proposta dalla Corte ha condotto ad un esito cruciale, rappresentato dalla difficoltà di individuare un valido criterio *discretivo* tra la fattispecie istigativa e quella apologetica, che possa operare nel concreto.

Al riguardo, si tenga a mente che la dottrina aveva tralattivamente enucleato due elementi di differenziazione tra le figure criminose, intimamente connessi fra loro. Il primo coincideva con la *forma* del discorso, da intendersi come misura della sua icasticità, in ossequio alla massima d'esperienza secondo cui l'istigazione si presenta sempre sotto forma di aperto incitamento⁵¹⁵. Mentre sul piano dell'elemento psicologico si arguiva che nel caso dell'apologia la volontà di determinare altri alla commissione di delitti non sarebbe mai dovuta ricadere sotto il fuoco del dolo⁵¹⁶. Si trattava, però, di due enunciati interpretativi che risultano confutati dalla Corte costituzionale, allorché ha puntualizzato quale predicato della condotta apologetica il suo essere «*diretta*» a provocare la violazione di precetti penali. Di talché l'unico tentativo di compiere una puntuale *actio finium regundorum* è stato vanificato.

Ad opinione di chi scrive, muovendosi nel solco di quanto postulato dal Giudice delle leggi, non vi è altra alternativa che radicare il *discrimen* sul sostrato empirico-fattuale, nel senso che: solamente un discorso proferito con l'intendimento di elogiare un fatto delittuoso, effettivamente avvenuto nel passato, ovvero il suo autore, che si riverberi nel pericolo concreto di perpetrazione di delitti da parte dei destinatari del messaggio, può essere sussunto sotto la fattispecie incriminatrice dell'apologia. Tale lettura è altresì ossequiosa della premessa dalla quale abbiamo preso abbrivio, ossia l'assunto che i reati di opinione concretano una restrizione della libertà d'espressione *content-based*. Pertanto, la pericolosità deve essere inferita dal contenuto dell'allocuzione, al pari delle sue caratteristiche ontologiche.

⁵¹⁴ Così C. FIORE, *op. ult. cit.*, p. 106.

⁵¹⁵ Cfr. Cass. Pen., sez. I, 16 dicembre 1968.

⁵¹⁶ Per tutti, V. MANZINI, *op. ult. cit.*, p. 153.

In ordine al secondo profilo di criticità, la casistica giudiziaria posteriore alla pronuncia del 1970 dimostra che l'orientamento maggioritario della giurisprudenza ordinaria ha accolto il paradigma del pericolo concreto. Cionondimeno, si registrano altresì pronunce di merito e di legittimità che sono rimaste ancorate alla risalente interpretazione dell'apologia di delitto in chiave di presunzione del pericolo, ritenendo sufficiente la mera approvazione morale dell'episodio illecito ovvero del suo autore⁵¹⁷, indipendentemente dal giudizio prognostico circa la probabilità di emulazione dello stesso.

Invero, non può disconoscersi che fra le decisioni conformi all'interpretazione della Corte costituzionale sussistono delle discrasie in punto di accertamento dell'idoneità della condotta apologetica alla perpetrazione di delitti.

Un primo gruppo di sentenze si caratterizza, infatti, per il rigore metodologico dell'affermazione che l'idoneità deve essere verificata alla stregua di un giudizio di alta probabilità e per aver riservato attenzione eminentemente all'*immediatezza* del pericolo nello stabilire con quale frequenza un discorso elogiativo possa costituire l'antecedente causale del futuribile reato. A tal proposito è emblematica la *ratio decidendi* del caso *Vencato*⁵¹⁸, nel quale la Corte di Cassazione ha ribadito che l'esaltazione di un fatto di reato o del suo autore finalizzata a spronare altri all'imitazione o, quanto meno, ad eliminare la ripugnanza verso il suo autore non è *ex se* punibile, salvo che, per le sue modalità, non integri un comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti.

Sul versante opposto si collocano, invece, le pronunce che degradano la valutazione dell'idoneità della condotta al riscontro della semplice possibilità di commissione di un delitto. Su questo punto risulta esemplificativo l'arresto della Cassazione nel caso *Mazzucchelli*⁵¹⁹ (v. *supra* al § 4.1): la Corte, pur avendo ribadito la necessaria sussistenza di un pericolo concreto e attuale per la configurabilità della fattispecie

⁵¹⁷ Cass. Pen., sez. I, 20 giugno 1994, *Monopoli*, in *Giust. pen.*, 1995, II, p. 356 ss.; Cass. Pen., sez. I, 25 agosto 1986, *Alloro*, in *Riv. pen.*, 1987, p. 311 ss.; Cass. Pen., sez. I, 24 novembre 1974, *Briganti*, in *Giust. pen.*, 1977, II, p. 356 ss. La Corte d'Assise di Roma, 5 marzo 1981, *Di Giovanni*, ha affermato perspicuamente che «*adottando il criterio del pericolo presunto, qualunque manifestazione di pensiero concernente un reato potrebbe essere considerata in contrasto con i principi costituzionali*».

⁵¹⁸ Cass. Pen., sez. I, 5 giugno 2001, *Vencato*.

⁵¹⁹ Si veda la nota 447. Per una critica alla pronuncia, M. CERASE, *Sull'apologia e i reati di pericolo la Cassazione fa un salto indietro*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1715 ss.; F. SCHIAFFO, *Istigazione e ordine pubblico*, cit., p. 125 ss; G. INSOLERA, *op. ult. cit.*, p. 304;

apologetica, ha statuito in punto di diritto che possono ravvisarsi gli estremi dell'apologia sotto forma di istigazione a delinquere nel fatto di chi erige un monumento a perenne memoria di un soggetto divenuto storicamente noto per l'assassinio di un capo di Stato, qualora si accerti che - nonostante la lontananza cronologica dall'episodio - vi sia la concreta possibilità che il fatto eserciti una forza persuasiva tale da catalizzare la commissione di un delitto dello stesso genere di quello magnificato.

A ben vedere, però, sembra trattarsi di un'autentica reviviscenza del modello del pericolo presunto più che di un *distinguishing* rispetto al principio posto dalla Consulta nella sentenza n. 65 del 1970⁵²⁰.

SEZIONE III: I C.D. REATI DI PAROLA NELLA LEGISLAZIONE DI COUNTER-TERRORISM

7. Le interpolazioni dei decreti antiterrorismo: il rigore sanzionatorio e «l'utilizzo di strumenti informatici e telematici». Riflessioni conclusive

Il comma 2-bis dell'art. 15 della legge 31 luglio 2005, n. 155 - di conversione, con modificazioni, del decreto-legge 27 luglio 2005, n. 144 (c.d. decreto Pisanu), recante «misure urgenti per il contrasto al terrorismo internazionale» - ha interpolato l'art. 414 c.p., introducendo un ultimo comma del seguente tenore: «*Fuori dei casi di cui all'articolo 302, se l'istigazione o l'apologia di cui ai commi precedenti riguarda delitti di terrorismo o crimini contro l'umanità la pena è aumentata della metà*».

Originariamente il decreto, licenziato dal Governo nel luglio del 2005 sotto la spinta emergenziale segnata dall'inizio dell'*escalation* degli attentati a carattere stragista in Europa, non contemplava l'incriminazione delle manifestazioni propagandistiche del terrorismo *jihadista*. Nel corso della discussione parlamentare della legge di conversione fu bocciato un primo emendamento, teso a introdurre tale circostanza aggravante, e, solo in un secondo momento, il Senato approvò la proposta di interpolazione dell'art. 414 c.p.

L'*iter legis*, alquanto concitato (si badi che il c.d. decreto Pisanu fu convertito in legge a distanza di settantadue ore dalla sua emanazione), dimostra la carenza di un'accorta riflessione da parte del legislatore in ordine ai reati di opinione con finalità terroristiche.

⁵²⁰ G. FORNASARI, *op. ult. cit.*, p.7, sostiene che *de facto* si tornare ad una concezione decisamente prossima a quella del pericolo presunto.

Un tema di estrema delicatezza, che rischia di alterare patologicamente il pur precario equilibrio tra libertà d'espressione e sicurezza collettiva, trascinando la legislazione penale verso una deriva securitaria.

Ciò emerge perspicuamente dall'intervento in Aula del presentatore dell'emendamento, il Sen. Nando Dalla Chiesa, che definì *expressis verbis* l'introduzione della circostanza aggravante come una misura intermedia, «proprio perché pensare ad una figura autonoma di reato, con il tempo che avevamo a disposizione, era straordinariamente difficile»⁵²¹ e avrebbe aperto ad una serie di problemi di politica criminale difficilmente fronteggiabili.

La *ratio* della scelta di introdurre il comma 2-*bis* dell'art. 15 è presto detta: l'esigenza di contrastare attraverso lo strumento penalistico l'*expertise* comunicativa dei gruppi terroristici quale formidabile fattore di sviluppo della *jihad*, muovendo dalla considerazione empirico-criminologica che si è dinanzi a un aspetto del fenomeno terroristico indicibilmente inedito per impatto e modalità espressive.

«È un problema che si riconnette all'esistenza di figure particolari all'interno dell'organizzazione non dico materiale, ma sicuramente intellettuale e del consenso nel terrorismo, attraverso relazioni molto forti. Quindi, non stiamo riproponendo l'istigazione a delinquere del nostro terrorismo degli anni '70, ma stiamo parlando di altro. Penso che la specificità del fenomeno in questione debba essere colta»⁵²².

Invero, la novella apportata con la legge n. 155 del 2005 ha rappresentato l'adeguamento dell'ordinamento interno alla decisione quadro 2002/475/GAI che, per la prima volta, all'art. 4, par. 1, ha posto in capo agli Stati membri l'obbligo di adottare le misure necessarie affinché sia resa punibile l'istigazione a commettere reati terroristici (art. 1), reati riconducibili a un'organizzazione terroristica (art. 2) e quelli connessi ad attività terroristiche (art. 3)⁵²³.

Di qualche mese antecedente al provvedimento legislativo in commento è, invece, la Convenzione del Consiglio d'Europa per la prevenzione del terrorismo, siglata a

⁵²¹ Senato della Repubblica, XIV Legislatura, Resoconto stenografico della seduta n. 858 del 29 luglio 2005.

⁵²² *Ibidem*.

⁵²³ Per M. PELISSERO, *I reati contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, cit., p. 242, l'introduzione della circostanza aggravante costituisce una risposta «non necessaria» alla decisione quadro del 2002, dal momento che l'istigazione era già penalmente rilevante ai sensi del primo comma dell'art. 414 c.p. È dello stesso avviso G. FORNASARI, *op. ult. cit.*, p. 9.

Varsavia il 16 maggio 2005, la quale ha riservato un precipuo *focus* alla pubblica provocazione per commettere reati di terrorismo (art. 5). Lo strumento convenzionale ha altresì elaborato una nozione della *provocazione* come qualsiasi forma di divulgazione *coram populo* di un messaggio volto a istigare sia direttamente che indirettamente ai delitti di matrice terroristica, generando il pericolo che uno di essi possa essere perpetrato.

Il legislatore domestico ha esaurito il suo intervento novellistico nella formulazione di una circostanza aggravante a effetto speciale (l'aumento di pena è della metà), rinunciando all'opzione di predisporre un'autonoma figura di reato e, soprattutto, trascurando il prezioso *input*, promanante dal Consiglio d'Europa, di contemplare il pericolo concreto della perpetrazione di un reato fra gli elementi (espressamente) costitutivi del fatto tipico.

L'ultimo comma dell'art. 414 c.p. si riferisce indistintamente tanto alla fattispecie istigativa quanto a quella apologetica, al contrario della prescrizione della decisione quadro che si limitava alla sola istigazione. Peraltro, non sorprende che tale circostanza sia stata addotta da taluni commentatori per corroborare la tesi che prospetta l'apologia quale *species* dell'istigazione indiretta.

Anche a una prima, sommaria lettura della previsione emerge un dato inconfutabile, rappresentato dalla spiccata indeterminatezza dell'oggetto della propalazione, che è testualmente identificato nei delitti di terrorismo e nei crimini contro l'umanità (art. 7 dello Statuto della Corte penale internazionale⁵²⁴).

⁵²⁴ Lo Statuto è stato ratificato dall'Italia con la legge 12 luglio 1999, n. 232. Per completezza espositiva si riporta di séguito l'elencazione tassativa dei crimini contro l'umanità, prevista dall'art. 7, par. 1, Statuto: «1. Ai fini del presente Statuto, per crimine contro l'umanità s'intende uno degli atti di seguito elencati, se commesso nell'ambito di un esteso o sistematico attacco contro popolazioni civili, e con la consapevolezza dell'attacco:

a) Omicidio;

b) Sterminio;

c) Riduzione in schiavitù;

d) Deportazione o trasferimento forzato della popolazione;

e) Imprigionamento o altre gravi forme di privazione della libertà personale in violazione di norme fondamentali di diritto internazionale;

f) Tortura;

g) Stupro, schiavitù sessuale, prostituzione forzata, gravidanza forzata, sterilizzazione forzata o altre forme di violenza sessuale di analoga gravità;

forzata e altre forme di violenza sessuale di analoga gravità;

h) Persecuzione contro un gruppo o una collettività dotati di propria identità, ispirata da ragioni di ordine politico, razziale, nazionale, etnico, culturale, religioso o di genere sessuale ai sensi del paragrafo 3, o da altre ragioni universalmente riconosciute come non permissibili ai sensi del diritto

Occorre segnalare, sin da ora, che il combinato disposto dell'art. 414, quarto comma, e dell'art. 270- bis¹ c.p. consente di estendere la disposizione *de qua* a manifestazioni del pensiero che si riferiscano a ipotesi delittuose connotate dalla finalità di terrorismo, sia come elemento costitutivo che circostanziale. Si badi che, in quest'ultimo caso, la finalità di terrorismo può innestarsi su qualsiasi norma incriminatrice, determinando una rimarchevole estensione dell'area di precettività, in forte tensione con il principio di tassatività.

La formula incipitaria dell'ultimo comma («*Fuori dei casi di cui all'articolo 302*») esplicita il rapporto di sussidiarietà tra la norma in parola e l'art. 302 c.p., di talché l'aggravante trova applicazione soltanto qualora il fatto non integri l'istigazione privata a commettere un delitto doloso contro la personalità internazionale e interna dello Stato (Capo I e II del Titolo I)⁵²⁵.

Ebbene, tenendo a mente che nel Titolo I si rinviene la quasi totalità dei delitti in cui la finalità di terrorismo figura quale elemento essenziale, la prassi applicativa si è andata assestando nel senso di incardinare il *discrimen* tra le due forme istigative sulla *pubblicità* della condotta. Ma con un non trascurabile *caveat*: ai fini dell'operatività dell'art. 302 c.p. è *condicio sine qua non* che l'istigazione, sebbene accolta, non sia seguita dal delitto istigato, al contrario della generica istigazione a delinquere la cui punibilità è immune agli effetti sortiti dall'azione provocatrice.

L'incriminazione delle c.d. *parole preparatorie* in punto di *counter-terrorism* si è spinta oltre. E ancora una volta è stata la storia a scandire affannosamente i tempi del legislatore. Così, a distanza di un mese circa dall'attentato alla sede di *Charlie Hebdo*, è stato emanato il secondo decreto antiterrorismo, il d.l. 18 febbraio 2015, n.7 (convertito con modificazioni dalla l. 17 aprile 2015, n. 43), che ha nuovamente

internazionale, collegate ad atti preveduti dalle disposizioni del presente paragrafo o a crimini di competenza della Corte;

i) Sparizione forzata delle persone;

j) Crimine di apartheid;

k) Altri atti inumani di analogo carattere diretti a provocare intenzionalmente grandi sofferenze o gravi danni all'integrità fisica o alla salute fisica o mentale».

⁵²⁵ Per E. MAZZANTI, *L'adesione ideologica al terrorismo islamista tra giustizia penale e diritto dell'immigrazione*, cit., p. 31, si tratta di una specificazione superflua, atteso che l'art. 302 c.p. e l'istigazione aggravata ex art. 414, comma 4, c.p. intercettano situazioni differenti. È opportuno notare che l'istigazione privata è punita con una pena più severa di quella prevista all'art. 414, comma 4, c.p. Sembra essere una conseguenza paradossale, ma non può sottacersi che a livello criminologico l'istigazione privata ha un'attitudine criminogena maggiore, in quanto ha maggiori probabilità di successo nell'opera di indottrinamento e minore possibilità di controllo da parte delle autorità competenti: cfr. F. FASANI, *op. ult. cit.*, p. 130, nota 199.

interpolato l'art. 414, ultimo comma, c.p., prevedendo che «*La pena è aumentata fino a due terzi se il fatto è commesso attraverso strumenti informatici o telematici*». Analoga modifica ha interessato l'art. 302 c.p., che ha visto aggiungere al suo primo comma un ulteriore periodo: «*La pena è aumentata se il fatto è commesso attraverso strumenti informatici o telematici*»⁵²⁶. E come se non bastasse, il legislatore d'urgenza è intervenuto altresì sull'art. 270- *quinquies* c.p., inserendo nel *corpus* testuale la previsione di un aggravio della pena, laddove l'addestramento ovvero la divulgazione di istruzioni sia commessa attraverso strumenti informatici o telematici (comma 2).

La Relazione illustrativa del decreto chiarisce che tale intervento legislativo, al di là delle contingenze storiche che hanno reso la sua emanazione indifferibile, si è prefissato di dare attuazione alla Risoluzione n. 2178 del 2014 del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, la quale poggia su tre pilastri: a) il contrasto alla radicalizzazione e all'estremismo violento; b) le misure di prevenzione *stricto sensu*; c) l'arretramento della soglia di tutela penale attraverso l'incriminazione dei c.d. atti preparatori, ossia di quelle condotte che precedono la commissione di un atto terroristico di tipo stragista.

È agevole intuire che la tendenza a corroborare la criminalizzazione delle forme di manifestazioni del pensiero, *a fortiori* se veicolate da un *medium* informatico o telematico, sia strettamente correlata alla *task* del primo pilastro. Ma è altrettanto innegabile il riverbero sull'anticipazione della punibilità, come affiora nitidamente nei casi in cui il reato di parola si vada ad innestare sui c.d. *délits obstacle* (v. Cap. I, § 6.2).

Prima di procedere all'analisi delle valutazioni criminologiche che hanno indotto la novella emergenziale e dei suoi risvolti applicativi, è opportuno dar conto delle altre previsioni, contenute nel decreto-legge del 2015, che corredano l'intervento sul terreno del diritto penale sostanziale. In particolare, si intende far riferimento al comma secondo dell'art. 2, ove si statuisce che la polizia postale e delle telecomunicazioni debba tenere costantemente aggiornato un elenco dei siti *Internet* utilizzati per attività di associazione terroristica (art. 270-*bis* c.p.) e condotte con finalità di terrorismo (art.

⁵²⁶È opportuno sottolineare che si tratta di una circostanza aggravante ad efficacia comune (aumento di pena fino ad un terzo). E ciò si spiega sulla base della valutazione assiologico-normativa che il legislatore ha compiuto, ritenendo preminente il dato della *pubblicità* nell'apprezzamento delle note di disvalore.

270-*sexies* c.p.), alle quali è indubbiamente da ascrivere l'opera di proselitismo⁵²⁷. L'aggiornamento dei contenuti della *black-list* da parte dei competenti organi di pubblica sicurezza avviene proprio ai fini dello svolgimento delle indagini antiterrorismo, effettuate anche sottocopertura (cfr. art. 9, commi 1, lett. b), e 2 della l. n. 146 del 2006).

Il successivo comma dell'articolo in commento stabilisce, invece, che gli *Internet service providers* (ISP)⁵²⁸, su richiesta dell'autorità giudiziaria procedente, hanno l'obbligo di inibire l'accesso ai siti inseriti nell'elenco di cui al comma 2, secondo le modalità, i tempi e le soluzioni tecniche individuate con il decreto previsto dall'art. 14-*quater*, comma 1, della l. n. 269 del 1998.

Nondimeno, al ricorrere di concreti elementi che consentono di ritenere che i delitti di associazione terroristica (art. 270-*bis*), assistenza agli associati (art. 270-*ter*), arruolamento (art. 270-*quater*) e addestramento (art. 270-*quinquies*) siano stati compiuti per via telematica, il pubblico ministero ordina con decreto motivato la rimozione dei contenuti illeciti accessibili al pubblico (art. 2, comma 4). In caso di inosservanza, l'autorità giudiziaria dispone l'interdizione all'accesso al dominio *Internet* nelle forme e con le modalità del sequestro preventivo di cui all'art. 321 del codice di rito.

Su quest'ultimo punto, la Relazione illustrativa sottolinea che la misura cautelare non può applicarsi alle testate giornalistiche telematiche o ai prodotti editoriali realizzati su supporto informatico e debitamente registrati, in forza della garanzia di cui al terzo comma dell'art. 21 Cost.

La risolutezza di siffatta prospettiva ci pare, almeno in principio, opinabile, stante la regola generale della non estensibilità delle previsioni sulla stampa cartacea all'editoria periodica *on line*, per via della tassativa nozione enucleata all'art. 1 della l. 8 febbraio 1948, n. 47⁵²⁹ (c.d. legge stampa), che non consente interpretazioni

⁵²⁷ Nel suddetto elenco confluiscono le diverse segnalazioni della polizia giudiziaria. La misura ricalca quella adottata dalla legge n. 269 del 1998 in relazione alla schedatura su un apposito elenco dei siti pedopornografici tenuto dal Centro nazionale per il contrasto della pedopornografia su *internet*.

⁵²⁸ L'art. 1, lett. c, della Convenzione di Budapest del 23 novembre 2001 definisce il fornitore di servizi nei seguenti termini: «1. qualunque entità pubblica o privata che fornisce agli utenti dei propri servizi la possibilità di comunicare attraverso un sistema informatico; 2. qualunque altra entità che processa o archivia dati informatici per conto di tale servizio di comunicazione o per utenti di tale servizio».

⁵²⁹ Per un'ampia trattazione D. PETRINI, *La responsabilità penale per i reati via internet*, Napoli, 2004, p. 120 ss.; I. PISA, *La responsabilità del direttore di periodico on line tra vincoli normativi e discutibili novità giurisprudenziali*, in *Dir. pen. proc.*, 3, 2019, p. 408 ss. Dettagliata la critica all'applicabilità

estensive. Ma delle due l'una: o si conviene che la stampa telematica è coperta sotto l'usbergo dell'art. 21, terzo comma, Cost., allorché sia richiesta una misura cautelare (*analogia in bonam partem*), o resta fermo il categorico divieto di assimilabilità.

A ben vedere, riteniamo che il citato passaggio della Relazione debba essere inteso come un mero *input* interpretativo, mosso dall'intento di contribuire a rendere *ius receptum* il principio espresso dalle Sezioni Unite il 29 gennaio 2015, secondo cui «*il giornale on line, al pari di quello cartaceo, non può essere oggetto di sequestro preventivo, eccettuati i casi tassativamente previsti dalla legge...*»⁵³⁰, nelle more di un adeguato - e ancora atteso - intervento del legislatore.

Invero, l'enunciato di fondo, ossia l'assimilabilità funzionale della testata giornalistica telematica a quella tradizionale in formata cartaceo, è tutt'altro che isolato, considerata l'attuale tendenza della giurisprudenza di legittimità nell'applicare in via estensiva la disciplina di cui all'art. 57 c.p. al direttore del periodico *online*⁵³¹.

Entrando *in medias res*, le interpolazioni apportate dai due decreti antiterrorismo si caratterizzano per il manifesto rigore repressivo in punto di contrasto all'utilizzo delle reti telematiche per fini di istigazione e proselitismo. Tale rigore rileva specialmente sul piano della dosimetria sanzionatoria e, al riguardo, è sufficiente evidenziare che l'aggravante dell'uso di strumenti informatici o telematici si innesta sulla circostanza più risalente. La dizione «*è aumentata*» costituisce, poi, un indizio alquanto univoco dell'orientamento rigorista e schiettamente retributivo che sembra aver guidato il legislatore dell'emergenza, dal momento che suggerisce la natura obbligatoria della

dell'art. 57 c.p. all'editoria periodica *on line* mossa da E. BIRRITTERI, *Diffamazione e Facebook: la Cassazione conferma il suo indirizzo ma apre a un'estensione analogica in malam partem delle norme sulla stampa*, in *Dir. pen. cont.*, 4, 2017, p. 286 ss., che parla di una «un'illegittima estensione analogica in malam partem di disposizioni incriminatrici che il legislatore, in maniera inequivocabile, ha inteso riservare ai soli stampati prodotti mediante mezzi meccanici o fisico-chimici».

⁵³⁰ Cass. Pen., SS.UU., 29 gennaio 2015 (dep. 17 luglio 2015), n. 31022, Pres. Santacroce, Rel. Milo, che ha preliminarmente statuito: «*la testata giornalistica telematica, in quanto assimilabile funzionalmente a quella tradizionale, rientra nel concetto ampio di 'stampa' e soggiace alla normativa, di rango costituzionale e di livello ordinario, che disciplina l'attività d'informazione professionale diretta al pubblico*». In senso adesivo, Cass. Pen., sez. V, sent. 14 novembre 2016 (dep. 1° febbraio 2017), n. 4873. Per un commento alla pronuncia delle SS.UU. si veda C. MELZI D'ERIL, *Contrordine compagni: le sezioni unite estendono le garanzie costituzionali previste per il sequestro degli stampati alle testate on-line registrate*, in *Dir. pen. cont.*, 9 marzo 2016.

⁵³¹ Emblematica la pronuncia della Cass., Sez. V, sent. 23 ottobre 2018 (dep. 11 gennaio 2019), n. 1275, Sgroi e Tritto, con nota di R.E. MAURI, *Applicabile l'art. 57 c.p. al direttore del quotidiano online: un revirement giurisprudenziale della Cassazione, di problematica compatibilità con il divieto di analogia*, in *Dir. pen. cont.*, 28 febbraio 2019.

circostanza, di guisa che l'applicazione della stessa possa prescindere dal concreto riscontro della maggiore diffusività della parola⁵³².

Senonché, autorevole dottrina ha stigmatizzato la mera simbolicità della novella, argomentando sulla base del rilievo che le aggravanti, in assenza di un'espressa indicazione di segno contrario, sono suscettibili di bilanciamento ai sensi dell'art. 69 del codice. Di conseguenza, l'atteggiamento "muscolare" dell'ordinamento può essere inibito⁵³³.

Nel merito della formulazione dell'aggravante, si noti che il legislatore ha parlato in modo inedito di «*strumenti informatici o telematici*»⁵³⁴, in luogo della consolidata locuzione «*sistemi informatici o telematici*» (cfr. artt. 615-ter, 615-quater, 615-quinquies, 612-bis, comma secondo, 635-bis, 640-ter c.p.)⁵³⁵.

A livello definitorio, la distinzione tra informatica e telematica, che ha impegnato a lungo gli interpreti nello sforzo di delinearne i confini semantico-normativi, può dirsi surclassata dalla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica, siglata a Budapest il 23 novembre 2001⁵³⁶. La *Convention on cybercrime* ha elaborato, infatti, una nozione unitaria di sistema informatico, intendendo per tale «*qualsiasi apparecchiatura o gruppo di apparecchiature interconnesse o collegate, una o più delle quali, in base ad un programma, compiono l'elaborazione automatica di dati*» (art. 1, lett. a). Pertanto, è ragionevole ritenere che il legislatore abbia inteso riferirsi all'uso di tutti gli strumenti informatici e telematici che consentono una comunicazione

⁵³² Affermano la necessità di interpretare l'ultimo comma dell'art. 414 c.p. sotto il prisma dell'offensività G. AMATO, *Puniti anche i soggetti arruolati per andare a combattere all'estero*, in *Guida dir.*, 2015, 19, p. 83; M. CAPUTO, *Tra viaggi e miraggi: l'impatto sul codice penale delle nuove fattispecie di antiterrorismo*, in *Il nuovo volto della giustizia penale*, G.M. BACCARI - K. LA REGINA - E. M. MANCUSO (a cura di), Padova, 2015, p. 100. Dello stesso avviso E. MAZZANTI, *op. ult. cit.*, p. 32, auspica un'interpretazione costituzionalmente orientata al fine di conferire alla circostanza aggravante natura discrezionale, ma l'operazione ermeneutica è complicata dalla «discrasia tra l'apparente obbligatorietà dell'applicazione - "è aumentata" - e la discrezionalità sul quantum di aumento - "fino a due terzi"».

⁵³³ A. VALSECCHI, *Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale*, cit., p. 1230; M. PELISSERO, *I reati contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, cit., p. 242; ID, *La parola pericolosa*, cit., pp. 41 - 42, ove si afferma che «l'ampliamento dei delitti di apologia risponde ad una pura logica simbolica di adempimento di obblighi di incriminazione di fonte sovranazionale, che sarebbero stati adeguatamente soddisfatti anche dalle fattispecie di istigazione».

⁵³⁴ Più recentemente la locuzione è stata ripresa dall'art. 612-ter c.p., introdotto dall'art. 10 comma 1 della legge 19 luglio 2019 n. 69.

⁵³⁵ F. FASANI, *Terrorismo islamico e diritto penale*, cit., p. 367, sostiene che, in assenza di norme definitorie, è difficile stabilire se trattasi di un'opzione ponderata e, «se lo è, appare parimenti difficile intravederne la razionalità, essendo in gioco espressioni sostanzialmente sinonimiche».

⁵³⁶ La Convenzione è stata ratificata dall'Italia con la legge 18 marzo 2008, n. 48.

interpersonale, quali *computer, smartphone, tablet, social network*, servizi di *VoIP* e di messaggistica istantanea, nonché di *cloud computing*. Di contro, deve essere escluso dal perimetro operativo della disposizione in parola lo strumento telefonico, atteso che non compie un'elaborazione di dati e, per di più, «a livello sistematico, il codice penale esplicita già in altra sede l'alterità tra le diverse tipologie di comunicazione» (cfr. art. 616, comma 4, c.p.)⁵³⁷.

Orbene, l'ultimo periodo del quarto comma dell'art. 414 - al pari dell'art. 270-*quinquies*, co. 2, e dell'art. 302 c.p. - descrive un'autentica ipotesi di *cyber-terrorism*⁵³⁸, che secondo la considerazione c.d. *tool-oriented*⁵³⁹ vale a indicare la fruizione della Rete o del mezzo informatico quale strumento o veicolo di perpetrazione di delitti con finalità terroristica.

È di tutta evidenza che la *ratio legis* è intimamente connessa alla valutazione del sostrato empirico-criminologico di riferimento. Le raffinate strategie di comunicazione virtuale e multicanale, che tanto le cellule terroristiche quanto i *lone wolf* hanno saputo esperire nell'ambito della c.d. *cyber-jihad*, presentano un elevato grado di pericolosità, che ha sollecitato l'attenzione del legislatore. Infatti, sono proprio le peculiarità della rete - quali la deterritorializzazione degli utenti, la detemporalizzazione delle attività e l'ubiquità dei risultati (*output*) di un trattamento automatizzato di dati, nonché lo stato di perenne connessione delle giovani generazioni e dei soggetti socialmente più vulnerabili - a costituire le cifre genetiche dell'insidia rappresentata dalla potenzialità diffusiva del messaggio provocatorio⁵⁴⁰. A monte vi è chiaramente l'equazione - irrefutabile agli occhi del legislatore - tra la viralità della comunicazione, intesa come l'incontrollabile effetto suggestivo su una platea indeterminata, e il maggior pericolo di perpetrazione di un delitto terroristico.

⁵³⁷ F. FASANI, *op. ult. cit.*, p. 368.

⁵³⁸ Per un'ampia disamina sulla nozione di *cyber-terrorism* si rinvia a D. E. DENNING, *Activism, Hacktivism, and Cyberterrorism: The Internet as a Tool for Influencing Foreign Policy*, in J. ARQUILLA - D. RONFELDT (a cura di), *Networks and Netwars: The Future of Terror, Crime, and Militancy*, 1999, *passim*.

⁵³⁹ Di segno opposto è l'orientamento *target oriented*, secondo cui la Rete e il mezzo informatico sono intesi quali obiettivi da colpire oppure come "armi" da impiegare contro soggetti, enti o istituzioni.

⁵⁴⁰ Cfr. R. FLOR, *I limiti del principio di territorialità nel cyberspace*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 10, p. 1296: «Smaterializzazione, velocizzazione, deterritorializzazione, ubiquità e detemporalizzazione coinvolgono le condotte concrete, che prescindono o si distanziano dalla fisicità dei comportamenti o dei fatti esteriori - ossia dall'azione o dall'omissione tradizionalmente intese - capaci di "incorporare" l'accadimento materiale (il danno o il pericolo concreto)».

Ad ogni modo, la dottrina maggioritaria è stata netta nel criticare la novella del 2015. Una prima censura attiene allo stesso fondamento politico-criminale della fattispecie aggravata. In tale ottica, il Prof. Antonio Cavaliere osserva che l'irragionevolezza della circostanza *de qua* discende dall'approccio casistico⁵⁴¹, secondo cui l'osservazione empirica del vasto utilizzo dei *social media* nel disegno della radicalizzazione violenta imporrebbe di reprimere con maggiore severità questa modalità della condotta. Un approccio questo ritenuto fuorviante, dal momento che non consente di cogliere una precipua *ratio* incriminatrice e lascia inevaso il quesito di fondo: è davvero più pericolosa l'istigazione commessa tramite la pubblicazione di un *post* su un gruppo *Facebook* con meno di dieci iscritti rispetto all'istigazione a mezzo stampa (si pensi alla rivista *Dabiq*⁵⁴²) ovvero su di un volantino diffuso in pubblica piazza?⁵⁴³

A ben vedere, la norma *de qua* non sembrerebbe rispondere alla funzione topica delle circostanze aggravanti, che è stata tratteggiata puntualmente nell'*individualizzazione* del *quantum* di pena in relazione alla gravità del fatto, alla reità del soggetto e alla sua pericolosità⁵⁴⁴. Per converso, l'unico fondamento plausibile dell'aggravante si intravederebbe nell'intento di intercettare, al fine di reprimere inflessibilmente, il *know-how* tecnico (*scilicet*: il bagaglio di nozioni e competenze) dell'agente nel destreggiarsi sul *web* e nello sfruttare con rimarchevole efficacia le sue risorse comunicative⁵⁴⁵. Di talché, dalla «capacità aggiuntiva» dell'internauta viene dedotta la sua pericolosità, tuttavia tale attitudine non riflette altro che l'artata

⁵⁴¹ A. CAVALIERE, *Considerazioni critiche intorno al d.l. antiterrorismo, n. 7 del febbraio 2015*, cit., p.234, il quale amplia la prospettiva riflettendo che ogni provvedimento emergenziale è corredato dall'aggiunta di circostanze aggravanti. «Esse traducono - secondo cadenze proprie di un fiscale contrappasso a fini simbolico-repressivi - qualsiasi sfumatura casistica, emotivamente allarmante, di un fatto in mesi ed anni di ulteriore pena detentiva». Gli effetti negativi di tale impostazione vanno dall'exasperazione del rigore sanzionatorio ai problemi di concorso di circostanze e all'aumento del potere discrezionale insito nel bilanciamento, «con conseguente tendenza ad introdurre eccezionali deroghe alla bilanciabilità stessa». Ma il profilo maggiormente critico è rappresentato dalla «irragionevolezza legata al taglio casistico dell'aggravante». In definitiva, l'A. ritiene che il legislatore abbia plasmato una legislazione di matrice securitaria e con riflessi simbolico, che declina «qualsiasi sfumatura casistica, emotivamente allarmante, di un fatto in mesi ed anni di ulteriore pena detentiva».

⁵⁴² Si rinvia al Cap. I, par. 2.1.

⁵⁴³ F. FASANI, *Terrorismo islamico e diritto penale*, cit., p. 369, mette in luce le conseguenze paradossali che discendono dall'introduzione dell'aggravante dell'uso di strumenti telematici: «Si pensi, ad esempio, alla maggiore gravità che viene riconosciuta al fornire informazioni sull'uso di fucili attraverso *Whatsapp* piuttosto che ad un vero e proprio addestramento realizzato di persona, dal vivo, e dunque con probabilità indicibilmente superiore di rendere l'addestrato realmente capace di utilizzare le armi».

⁵⁴⁴ Così F. FASANI, *Le nuove fattispecie antiterrorismo: una prima lettura*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 8, p. 945, ripreso anche da V. NARDI, *op. ult. cit.*, p. 124.

⁵⁴⁵ *Ibidem*.

trasposizione sul piano soggettivo di una nota intrinsecamente obiettiva, quale è la potenzialità diffusiva del messaggio sui circuiti virtuali.

Così opinando, affiora ancora una volta il rischio di un'escrabile deriva soggettivista, da cui discende l'irragionevole sbilanciamento dell'incriminazione sul versante subiettivo⁵⁴⁶. Rischio che, come una sorta di *leitmotiv*, domina l'intera legislazione antiterrorismo, rendendo legittimo il sospetto che le fattispecie (sia autonome che aggravate) di più recente conio siano state costruite *a latere subiecti*⁵⁴⁷.

Muovendo da una prospettiva speculare, anche il Prof. Lorenzo Picotti confuta la fondatezza dell'aggravamento di pena, non ravvisando nel ricorso agli strumenti informatici o telematici un precipuo elemento di maggiore pericolosità od offensività. Invero, «l'impressione è di una generica "diffidenza" [del legislatore], se non estraneità, nei confronti della tecnologia informatica e telematica, vista come minaccia globale cui viene data una risposta non congrua, che non distingue fra singoli strumenti, eventualmente limitabili ovvero utilizzabili anche positivamente, proprio per contrastare il terrorismo...»⁵⁴⁸.

Riservando al prosieguo della trattazione l'esame della casistica giudiziaria in tema di apologia e istigazione di delitti terroristici, è il momento di vagliare la rispondenza in astratto dei reati commessi attraverso i *new media* ai correttivi ermeneutici, sviluppati dalla giurisprudenza nel solco della offensività (*rectius*: pericolosità) in concreto del fatto tipico.

⁵⁴⁶ Intendiamo far riferimento tanto alla componente prettamente psicologica (colpevolezza) quanto alle qualità personali del reato.

⁵⁴⁷ Già all'indomani della novella di cui al d.l. n. 144 del 2005, la quale ha introdotto la previsione di una fattispecie aggravata di pubblica istigazione e pubblica apologia di reati terroristici, F. VIGANÒ, *Sul contrasto al terrorismo di matrice islamica tramite il sistema penale: tra 'diritto penale del nemico' e legittimi bilanciamenti*, cit., p. 337, arguiva che essa è stata «pensata 'su misura' per le predicazioni degli imam nelle moschee». *Contra* E. MAZZANTI, *op. ult. cit.*, p. 32, nota 37, ritiene che le critiche di cui abbiamo dato conto debbano essere ridimensionate: tra la fattispecie base e la fattispecie aggravata sussiste una progressione criminosa, atteso che lo strumento informatico rappresenta il mezzo che è astrattamente il più idoneo ad assicurare «la 'espansione indeterminata' di un proclama istigatore o apologetico».

⁵⁴⁸ L. PICOTTI, *Quale diritto penale nella dimensione globale del cyberspace?*, in R. WENIN - G. FORNASARI (a cura di), *Diritto penale e modernità. Le nuove sfide tra terrorismo, sviluppo tecnologico e garanzie fondamentali*, cit., p. 320. Ci sembra questa la lettura più calzante. *Contra* C. VISCONTI, *Art. 414 Istigazione a delinquere*, cit., p. 1044, ove afferma che la pubblicità della condotta costituisce «il presupposto minimo della tipicità in quanto attesta la capacità diffusiva del messaggio criminogeno». In senso adesivo V. NARDI, *op. ult. cit.*, p. 124, ritiene che avverso la tendenza ad un diritto penale d'autore è un argomento spendibile che «notoriamente, gli strumenti informatici e telematici determinano una capillare e indefinita potenzialità diffusiva del messaggio istigatorio, incrementando, quindi, la probabilità di un effetto suggestivo...».

La discrasia fenomenologica fra il mondo virtuale e quello reale si riflette indubbiamente sulla docimasia delle coordinate fattuali della condotta verbale - che abbiamo più volte definito come gli *effetti materiali* della parola - sulle quali deve incardinarsi il giudizio circa la concreta attitudine criminogena della stessa, ovvero sia l'*idoneità* causale alla perpetrazione di atti terroristici.

A tal proposito, vale la pena rimembrare i principali indici rilevatori del contesto, in cui si iscrive la propalazione, così come enucleati dalla giurisprudenza ordinaria per individuare la base del giudizio di idoneità: si tratta della contestualizzazione cronotopica (natura del luogo ed evenemenzialità), dell'identità degli uditori, dell'autorevolezza del loquente, nonché delle particolari modalità di veicolazione del messaggio⁵⁴⁹.

Se è vero l'assunto che il mondo virtuale e quello fisico sono due *dimensioni* onticamente differenti, allora non stupisce che altrettanto diversificate debbano essere le chiavi di cifratura necessarie per comprenderne le peculiarità, soprattutto negli aspetti più patologici. E, ancor di più, non sorprende che i canoni interpretativi seguiti nell'accertamento del pericolo posto dalla "tradizionale" ipotesi di istigazione o di apologia non siano affatto adattabili *sic et simpliciter* al contesto delle nuove tecnologie (ICT).

Più pragmaticamente, ciò pone l'interprete di fronte a un interrogativo cruciale: «Come valutare se un volantino inneggiante allo Stato Islamico, pubblicato su di un qualsiasi sito *web*, sia *concretamente idoneo* a provocare reati nel mondo intero?»⁵⁵⁰.

Nel tentativo di sistematizzare razionalmente il coacervo di criticità che si vanno prospettando, un recente studio⁵⁵¹ compie una distinzione fra due situazioni-tipo di *incitement* virtuale. In primo luogo, si individuano i casi dai quali emerge un'apprezzabile similitudine con il mondo reale. Vale a dire: il *web* si rileva essere un'estensione dematerializzata della realtà, in cui i soggetti interagiscono tra loro come se la comunicazione avvenisse *de visu*. È il caso delle *chat*, dei gruppi chiusi sui *social network* o delle *discussant community* dei *Forum* sui quali si interfacciano soggetti che si conoscono, così come sovente è conosciuta la loro ideologia estremista. In siffatte

⁵⁴⁹ In dettaglio si veda *supra* il par. 4.1.

⁵⁵⁰ Così F. FASANI, *Le "parole preparatorie"*, cit., p. 125.

⁵⁵¹ *Ibidem*.

circostanze, l'uso dei *new media* non vale a concretare un *quid pluris* «di criticità rispetto all'accertamento della concreta pericolosità della condotta»⁵⁵².

Sul versante opposto si pongono tutte quelle ipotesi in cui il verbo *jihadista* è veicolato attraverso i circuiti aperti e generalisti della Rete: si pensi agli affiliati all'organizzazione terroristica che diffondono su un apposito dominio *web* e sui *social network* il materiale di propaganda del Califfato (es.: i *mujatweet*) o celebrativo dell'*istihhad* ovvero dichiarazioni, immagini e qualsiasi altra riproduzione audiovisiva dal contenuto marcatamente orroristico. Per completare il quadro, si tenga altresì conto dell'insidiosità del *soi-disant* terrorismo da tastiera, ossia dell'azione di soggetti che mossi da puro velleitarismo sfogano sulla Rete frustrazioni personali e sociali⁵⁵³.

Gli esempi prospettati denotano una comunicazione *erga omnes*, cioè indirizzata a una platea di ascoltatori generalizzata, indistinta, eterogenea e ubiquitaria.

Non può revocarsi in dubbio che, in relazione a tali ipotesi, la ricerca dei presupposti fattuali e degli effetti materiali della parola risulta fortemente osteggiata dalle peculiarità ontologiche dell'ambiente telematico⁵⁵⁴, con la conseguenza di obliterare *tout court* il giudizio circa l'effettiva attitudine lesiva del *dicere*.

Segnatamente, la deterritorializzazione e la detemporalizzazione delle attività compiute *on-line*⁵⁵⁵ ostano già *prima facie* a un'attenta disamina del contorno fattuale di riferimento e, quindi, del suo gradiente criminogeno. Di pari passo procede la considerazione che l'indefinitezza dei potenziali ascoltatori rende pressoché impossibile la verifica della loro identità e, più di ogni altra cosa, dell'attitudine a

⁵⁵² *Ibidem*. L'A. evidenzia che nell'ipotesi *de qua* si potrà procedere con minori asperità all'accertamento della concretezza e, quindi, dell'offensività della presunta minaccia terroristica. Segnatamente, si potranno valutare i seguenti indici: la serietà e la credibilità tanto del loquente quanto dell'uditore, il loro stabile inserimento in ambienti insurrezionalisti, nonché «la loro potenziale attitudine a passare dalle parole all'azione».

⁵⁵³ Cfr. L. VIDINO (a cura di), *L'Italia e il terrorismo in casa. Che fare?*, Roma, 2015, p. 49.

⁵⁵⁴ F. FASANI, *op. ult. cit.*, p. 126, afferma perspicuamente che «Questi e molti altri casi appaiono ben più impermeabili allo sguardo dell'interprete che intenda indagare la concreta idoneità della condotta a cagionare la commissione di fatti di terrorismo. Le situazioni descritte infatti impediscono ogni riflessione circa il concreto contesto di svolgimento delle condotte di preparazione/ascolto dei contenuti, con la conseguenza di rendere impossibile qualsivoglia vaglio di pericolosità in concreto».

⁵⁵⁵ Illuminante sul punto F. RESTA, *La responsabilità penale del provider: tra laissez faire ed obblighi di controllo*, in *Giur. mer.*, 2004, 9, p. 1733. L'A., dopo aver preso atto della sovrapposizione tra azione ed evento del reato nella dimensione virtuale, avverte che l'accezione 'naturalistica' di evento, inteso quale risultato eziologicamente derivato dalla condotta dell'agente e percepibili in termini di modificazione della realtà esteriore, «subisce nel mondo virtuali uno svuotamento ed una trasfigurazione a motivo dell'impossibilità di individuare, spazialmente e temporalmente, un evento smaterializzato, automaticamente riproducibile in quantità parti alle possibilità di percezione da parte di terzi...».

declinare l'incitamento in azione⁵⁵⁶. La massima d'esperienza, arguita dall'analisi della strategia comunicativa *jihadista*, ne costituisce la cartina di tornasole: di fatto, solo una minuta parte dei fedeli musulmani matura convinzioni estremiste, al netto dell'opera di propaganda, e di costoro poi un numero ancora più irrilevante passa all'azione.

Invero, anche in ordine alla credibilità e alla caratura criminale dell'agente vi è un aspetto che merita di essere ponderato, *a fortiori* nel caso del c.d. terrorista da tastiera: si tratta della *desensibilizzazione soggettiva*, ossia l'attenuamento delle remore morali correlate all'assenza dell'incontro reale tra il reo e la sua *audience*. Ragion per cui la spinta criminogena risulta corroborata.

Come si avrà modo di approfondire nel prosieguo (v. *infra* Cap. III, par. 4), quanto si è dianzi osservato ha condotto, sul piano applicativo, a limitare l'accertamento dei delitti in parola al contenuto del materiale incriminato e alla diffusione virale dello stesso, accontentandosi così di identificare l'*idoneità* dell'azione apologetico-propagandistica nella mera *possibilità* di lettura e di approvazione spirituale da parte di terzi⁵⁵⁷.

Proprio codesta constatazione offre il destro per porre l'accento su una riflessione di più ampio respiro, così da tirare le fila del discorso.

Si è già notato che tutte le fattispecie antiterroristiche si fondano sull'arretramento della tutela penale, in un'ottica schiettamente preventiva che assume l'adesione ad un sodalizio terroristico - ancora prima dell'evento 'attentato' - quale situazione di pericolo da neutralizzare *ab origine*, attraverso la repressione degli atti preparatori e strumentali.

Allo stesso modo è irrefutabile che con l'ampliamento dei reati antiterrorismo di parola il quadro si è complicato irrimediabilmente. Per comprendere appieno tale asserzione, ci pare opportuno prendere le mosse dal rilievo svolto da un illustre Autore, secondo

⁵⁵⁶ Si prenda l'esempio di un contenuto propagandistico pubblicato su di un *social network* da un esponente del Califfato o di al-Qaeda, suscettibile di raggiungere l'intera *umma*, compresi i soggetti proclivi all'estremismo violento, al pari di coloro che ne sono completamente estranei.

⁵⁵⁷ F. FASANI, *op. loc. ult. cit.*, p. 126, muovendo dalla premessa che non sussistono margini per una verifica a trecentosessanta gradi del contesto fattuale, in cui la parola pericolosa si innesta, deduce che l'accertamento della pericolosità viene ancorato in via esclusiva agli elementi oggettivi del materiale propagandistico. Così opinando, però, viene predicato come concreto un pericolo accertato solo astrattamente. Infatti, la natura apologetica di una propalazione costituisce «l'evidente presupposto di ogni discussione, atteso che altrimenti mancherebbe l'elemento oggettivo della condotta» e non può essere una conferma della concretezza del pericolo. «[Q]uest'ultima caratteristica non può derivare dall'ontologia della comunicazione, quanto piuttosto - come ampiamente visto - dal contesto fattuale all'interno del quale la comunicazione medesima avviene».

cui l'istigazione e l'apologia attingono la loro natura dalla categoria dei *reati senza offesa* a beni giuridici, in quanto «reati a tutela anticipata o fondati sul sospetto di reato o su mere intenzioni offensive»⁵⁵⁸. Bastano, infatti, queste poche righe per poter affermare che il *deficit* di offensività rappresenta il vizio originario delle incriminazioni in commento.

Fin qui *nihil novi sub sole*. Senonché, con i più recenti interventi normativi di *counter-terrorism* si è consumata una seconda frattura, la quale ha accresciuto lo iato tra i delitti di opinione e il principio di offensività. Il legislatore d'urgenza ha infatti ritenuto cruciale reprimere tutte quelle manifestazioni del pensiero che possano atteggiarsi quali atti prodromici dei c.d. delitti-ostacolo, determinando in tal modo un vertiginoso arretramento della punibilità⁵⁵⁹.

Le conseguenze pratiche sono facilmente intuibili: i reati di parola saranno surrettiziamente utili a suffragare un mero sospetto di reato, che tragga origine da vaghi indizi di pericolosità soggettiva, e la pena finirà per ricadere su condotte di scarsa offensività⁵⁶⁰. Di talché, un *tweet* dal tono apologetico costituirà l'*escamotage* probatorio per far condannare un soggetto sospettato di essere vicino agli ambienti estremistici.

Ma è qui che si annida l'insidia maggiore: lo sforzo di offrire una lettura costituzionalmente orientata, vale a dire l'interpretazione delle fattispecie incriminatrici in chiave di pericolo concreto, è vanificato dalle peculiarità dei *new media*, che frustrano ogni giudizio di idoneità della condotta verbale. Il che si traduce in una progressiva flessibilizzazione dei principi generali del diritto penale, fino al punto di sfociare in un autentico conflitto di legittimità costituzionale.

Così individuata la latitudine delle questioni interpretative, non resta che prendere coscienza della realtà, e cioè che il sistema repressivo si è assestato nei termini che seguono. Da un lato, la prassi applicativa ha dimostrato (e dimostra) l'impossibilità di convertire le fattispecie dell'istigazione e dell'apologia commesse virtualmente in *konkrete Gefährdungsdelikte*; dall'altro lato, non è peregrina l'idea che il legislatore, anche in ragione dei vincoli sovranazionali, non rinuncerà mai al presidio delle

⁵⁵⁸ F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 213.

⁵⁵⁹ F. FASANI, *op. ult. cit.*, p. 131, afferma che il carattere verbale della condotta è un «eccezionale fattore moltiplicativo» delle criticità esegetiche connesse ai reati di ostacolo.

⁵⁶⁰ Così opinando, si delinea un vero e proprio tipo d'autore: il «terrorista della parola», prendendo in prestito la fortunata espressione di P. BARILE.

incriminazioni *de quibus*, fintantoché il terrorismo continuerà a rappresentare una minaccia esiziale per la sicurezza collettiva.

Tuttavia, in una prospettiva *de lege ferenda*, risalta il disegno di legge n. 1799 - presentato il 18 settembre 2007 dai Ministri degli affari esteri e della giustizia, ma mai discusso dal Parlamento - con il quale si è tentato di scalfire il divieto di pubblica provocazione a commettere reati terroristici nel pieno ossequio dei principi di offensività e materialità. A tal proposito, la proposta legislativa prevedeva l'autonomo precetto di istigazione al terrorismo, con l'introduzione di una norma, segnatamente l'art. 270-*octies* c.p., dal seguente tenore testuale: «*1. Fuori dei casi di cui agli articoli 270-bis e 270-ter, chiunque, attraverso qualsiasi mezzo, pubblicamente distribuisce o altrimenti diffonde messaggi che incitano in modo diretto o indiretto alla commissione di atti di violenza o di sabotaggio di servizi pubblici essenziali, con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico, ovvero al compimento di condotte definite terroristiche o commesse con finalità di terrorismo, ai sensi dell'articolo 270-sexies, cagionando il pericolo della commissione degli atti o delle condotte anzidetti, è punito con la reclusione da due a sei anni. 2. Ai fini di cui al primo comma, costituiscono atti di incitamento indiretto quelli che esaltano o sostengono obiettivi, metodi o risultati delle associazioni terroristiche di cui all'articolo 270-bis, ovvero che esaltano o sostengono il compimento di condotte definite terroristiche o commesse con finalità di terrorismo, ai sensi dell'articolo 270-sexies*».

La disposizione ha indubbiamente il pregio di fissare la soglia della punibilità all'insorgere del concreto pericolo di commissione di atti terroristici e parimenti apprezzabile, in principio, è l'espressa definizione degli atti che costituiscono incitamento diretto, in virtù della quale può dirsi superata l'autonomia del *nomen iuris* dell'apologia. In dottrina, però, non sono mancate voci critiche sulla proposta *de qua*: nel merito, è stata censurata la scelta semantica del verbo cagionare in relazione al concetto di pericolo, così come hanno destato perplessità l'ampiezza della definizione degli atti di incitamento diretto e la vaghezza del riferimento alla finalità di terrorismo *ex art. 270-sexies*⁵⁶¹.

⁵⁶¹ Cfr. V. NARDI, *op. ult. cit.*, p. 130. L'A. più generalmente osserva che l'estremo del pericolo concreto non sempre può fungere da garanzia di determinatezza del fatto tipico, «rischiando di divenire piuttosto un elemento foriero di interpretazioni giudiziarie arbitrarie, condizionate dai bisogni contingenti di pena e dal contesto politico-sociale di riferimento». Donde l'esigenza di intervenire sul livello di

Nonostante l'intento fosse quello di garantire una più fedele attuazione all'art. 5 della Convenzione di Varsavia, con una ricaduta positiva sul piano della tenuta costituzionale della norma incriminatrice domestica, l'inerzia del Parlamento è stata *tranchant*.

Un'ultima riflessione. Ad opinione di chi scrive, l'*input* legislativo del 2007 dovrebbe essere riconsiderato, ma con talune accortezze. In particolare, è quanto mai opportuno introdurre il requisito dell'immediatezza del pericolo e, di pari passo, ancorare la condotta provocatoria ai soli atti potenzialmente lesivi di interessi preminenti, quale la tutela della vita e dell'incolumità personale⁵⁶².

Perché «*nescit vox missa reverti*».

determinatezza della fattispecie incriminatrice, selezionando le condotte provocatorie che possono concretare il pericolo di commissione di atti terroristici.

⁵⁶² Un profilo assolutamente dirimente per il buon esito dell'operazione novellistica è rappresentato dall'esigenza di evitare sovrapposizioni con le previsioni degli artt. 302 e 414 c.p.

Capitolo III

CYBERTERRORISMO E LEGISLAZIONE EUROPEA: LA PROPAGANDA IN RETE

SOMMARIO: 1. La Direttiva (UE) 2017/541: *regulation e policy* della lotta al terrorismo nello spazio euro-unitario. – 2. Pubblica provocazione per commettere reati di terrorismo (art. 5). – 2.1. (segue) Il difficile rapporto con l’art. 13 e il paradosso di un’istigazione all’istigazione. – 2.2. Il tacito recepimento del legislatore nazionale: prospettive applicative *de lege lata*. – 3. L’apologia del terrorismo *jihadista* sui *social network*: casistica giurisprudenziale in Italia. – 4. Il *novum* dell’art. 21 della Direttiva UE 2017/541: la tempestiva rimozione dei contenuti *online* che costituiscono pubblica provocazione. – 4.1. Modalità operative per garantire l’effettivo rispetto dell’obbligo di tempestiva rimozione: la proposta del Regolamento sulla prevenzione della diffusione di contenuti terroristici *online*. – 4.2. La responsabilità dell’*Internet Service Provider (ISP)*: un passo in avanti o indietro?.

1. La Direttiva (UE) 2017/541: *regulation e policy* della lotta al terrorismo nello spazio euro-unitario

La Direttiva (UE) 2017/541 del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 marzo 2017 sulla lotta contro il terrorismo, la quale ha sostituito la Decisione quadro 2002/475/GAI e modificato la Decisione 2005/671/GAI del Consiglio, costituisce la pietra angolare della risposta della giustizia penale per fronteggiare la minaccia terroristica, intesa come una delle più gravi violazioni dei valori universali di dignità, libertà e godimento delle libertà fondamentali.

La Direttiva rinviene il suo *ubi consistam* nell’art. 83, par. 1, TFUE⁵⁶³ e riconosce espressamente quale *framework* di riferimento la Risoluzione 2178 (2014) del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite e la Convenzione del Consiglio d’Europa sulla prevenzione del terrorismo del 16 maggio 2005, con l’annesso Protocollo addizionale del 2015⁵⁶⁴.

Si tratta di uno strumento composito che sviluppa la sua strategia normativa lungo tre linee direttrici: a) pone in capo agli Stati membri plurimi obblighi di incriminazione - corredati dall’esigenza penologica di predisporre sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive -, in modo da favorire una politica criminale comune; b) corrobora la

⁵⁶³ L’art. 83, par.1, TFUE prescrive che «Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria, possono stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni». Il terrorismo rappresenta la prima sfera di criminalità che il legislatore europeo contempla nell’elenco tassativo contenuto nel successivo comma.

⁵⁶⁴ Per una disamina più esaustiva si rinvia al Cap. I, par. 5 ss.

cooperazione interstatale attraverso l'armonizzazione della normativa *lato sensu* processuale e di *law enforcement*⁵⁶⁵; c) detta disposizioni comuni in punto di protezione e di sostegno alle vittime del terrorismo, onde prevenire la c.d. vittimizzazione secondaria⁵⁶⁶.

L'angolo prospettico della nostra analisi è limitato alla prima *mission*, ovverosia all'intervento, seppur in forma mediata, sul terreno del diritto penale sostanziale.

Invero, l'emanazione della Direttiva non ha rappresentato un autentico *quid novi* nel panorama europeo del contrasto al terrorismo internazionale, atteso che gli organi comunitari *law-making* - secondo le indicazioni del Piano d'azione del 2001 - avevano esperito i primi tentativi di criminalizzare gli atti terroristici nell'ambito del terzo pilastro, ottenendo un risultato alquanto soddisfacente in termini di compiutezza e sistematicità. Al riguardo, è senz'altro emblematica la Decisione quadro 2002/475/GAI (così come integrata e modificata dalla Decisione quadro 2008/919/GAI) sul cui tessuto connettivo si sono innestate le successive novelle, che costituiscono un raffinamento in chiave efficientista delle originarie misure di *counter-terrorism*.

In tale prospettiva, autorevole dottrina arguisce che la Direttiva in commento non ha inteso completare i precedenti obblighi di incriminazione, elidendone eventuali lacune o aporie, bensì si è risolta in un intervento di natura «alluvionale», con cui il legislatore euro-unitario ha proceduto a una regolamentazione *ex novo* di una materia già consolidata⁵⁶⁷, sotto la spada di Damocle delle stringenti istanze securitarie del momento storico.

⁵⁶⁵ La Decisione 2005/671/GAI del Consiglio pionieristicamente si era focalizzata sullo scambio di informazioni e sulla cooperazione in materia terroristica, chiamando ogni Stato membro all'osservanza dell'obbligo di *information sharing* nei confronti di Eurojust, Europol e degli altri Stati membri, in uno con la richiesta di designare un'autorità nazionale di raccordo con i servizi centrali di Europol. L'art. 22 della Direttiva in commento ha corroborato tali previsioni, interpolando l'art. 2, par. 6, della Decisione al fine di garantire che le informazioni pertinenti raccolte il più rapidamente possibile alle autorità competenti di un altro Stato membro, quando dette informazioni potrebbero essere utilizzate a fini di prevenzione, accertamento, indagine o azione penale in relazione ai reati di terrorismo, su richiesta o a titolo spontaneo, conformemente al diritto nazionale e ai pertinenti strumenti giuridici internazionali. Più di recente, il Regolamento (UE) 2018/1727 che istituisce l'Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione giudiziaria penale (Eurojust) ha reso più incisivi i meccanismi di informazione reciproca. Per un'ampia trattazione, L. SALAZAR, *Eurojust: una prima realizzazione della decisione del Consiglio europeo di Tampere*, in *Doc. giust.*, 2000, 6; S. SANTINI, *L'Unione Europea compie un nuovo passo nel cammino della lotta al terrorismo: una prima lettura della direttiva 2017/541*, in *Dir. pen. cont.*, 7-8, 2017, p. 13 ss.

⁵⁶⁶ F. FASANI, *L'impatto della direttiva antiterrorismo sulla legislazione penale sostanziale italiana*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 1, p. 12.

⁵⁶⁷ *Ibidem*, p. 13.

Dal punto di vista contenutistico, l'intervento, come una sorta di *labor limae*, ha perpetuato la logica di *panpenalizzazione*, maturata nell'ambito della c.d. strategia inter-pilastrica, e ha mantenuto inalterata la parcellizzazione delle previsioni in tre classi tassonomiche: reati di terrorismo, reati riconducibili a un gruppo terroristico e reati connessi ad attività terroristiche.

Il primo novero di disposizioni (art. 3) si fonda sulla riconduzione *sub species iuris* di atti intenzionali, tassativamente tipizzati⁵⁶⁸ e qualificati dalla combinazione di due elementi ontici: l'uno di natura oggettiva (l'attitudine ad arrecare un grave danno ad un Paese o a un'organizzazione internazionale «*per la loro natura o per il contesto in cui si inseriscono*»), l'altro soggettivo (lo scopo alternativo di «*intimidire gravemente la popolazione*», «*costringere indebitamente i poteri pubblici o un'organizzazione internazionale a compiere o astenersi dal compiere un qualsiasi atto*», «*destabilizzare gravemente o distruggere le strutture politiche, costituzionali, economiche o sociali*»)⁵⁶⁹. Su questo fronte la Direttiva del 2017 si è limitata ad ampliare il *numerus clausus* degli atti intenzionali con la previsione dell'interferenza illecita relativa ai sistemi di informazione ovvero ai dati informatici in un sistema di informazione (lett. i).

Sostanzialmente immutata si rivela altresì la disposizione in tema di reati riconducibili a un gruppo terroristico (art. 4), nel cui alveo sono ricomprese le fattispecie di direzione di un gruppo terroristico e di ogni forma di partecipazione allo stesso (dalla fornitura di informazioni o mezzi materiali sino al finanziamento).

⁵⁶⁸ L'impostazione politico-criminale adottata dal legislatore nazionale con le novelle emergenziali del 2005 e del 2015 si pone in rapporto di discontinuità rispetto al sentiero tracciato dal legislatore sovranazionale e seguito da diversi Stati Membri. Infatti, il nostro ordinamento ha rigettato l'opzione della tassativa tipizzazione delle condotte sussumibili sotto le norme incriminatrici dei delitti di terrorismo, al netto della valutazione da parte del legislatore delle loro peculiarità ontologiche e teleologiche. Per converso, l'art. 270-*sexies* c.p. ha codificato la finalità di terrorismo – in cui è stato inglobato sia l'elemento oggettivo che quello soggettivo della nozione di promanazione europea – che va a innestarsi su precipue fattispecie incriminatrici quale elemento costitutivo (segnatamente, oggetto del dolo specifico) e su qualsiasi altra fattispecie quale circostanza aggravante *ex art. 270-ter1* c.p. Cfr. F. FASANI, *op. ult. cit.*, p. 14, il quale osserva che a fronte di tale scenario, «il legislatore interno ha sempre considerato adempiti i propri obblighi di incriminazione, a prescindere dalle diverse modalità impiegate», così evitando di intervenire in presenza di elencazioni speculari a quella oggi contenuta nell'art. 3 della Direttiva.

⁵⁶⁹ Si noti che, ai sensi dell'art. 14 della Direttiva, la punibilità è estesa anche alle condotte di concorso e istigazione ed è espressamente previsto il tentativo di commettere uno dei reati di terrorismo di cui all'art. 3, escluse le sole ipotesi di detenzione di esplosivi o armi da fuoco e di minaccia a commettere uno di tali reati.

Merita attenzione la portata della disposizione di cui all'art. 13 che, informata a una logica schiettamente preventiva, affranca la punibilità delle ipotesi *de quibus* dalla commissione di un reato di terrorismo o da un collegamento con altro reato contemplato dalla Direttiva.

Ben più estesa è invece la disciplina dei reati connessi ad attività terroristiche, a cui è dedicato l'intero Titolo III (articoli da 5 a 12). Questo microcosmo normativo gioca un ruolo chiave nell'economia del provvedimento e un effetto domino sugli ordinamenti interni, poiché è qui che si riflette nitidamente il nucleo dell'opzione politico-criminale, che ha ispirato il legislatore sovranazionale nel suggellare un paradigma punitivo di tipo anticipatorio. Un paradigma «del tuo peculiare che assembla insieme condotte preparatorie rispetto a una finalità criminosa del tutto generica»⁵⁷⁰.

La *ratio* incriminatrice è esplicitata nella parte preambolare con il richiamo alla gravità dei reati connessi ad attività terroristiche inferita dal rilievo che essi «*possono potenzialmente portare alla commissione di reati di terroristici e permettono ai terroristi e ai gruppi terroristici di proseguire e continuare a sviluppare tali attività, il che giustifica la qualificazione come reato di tali condotte*» (considerando 9)⁵⁷¹.

Dall'analisi del testo della Direttiva emerge una sostanziale continuità nei tipi d'illecito previsti rispetto al dettato della Decisione quadro 2002/475/GAI, la quale è stata interpolata in modo significativo dalla Decisione quadro 2008/919/GAI al fine di dare attuazione agli articoli 5, 6 e 7 della Convenzione di Varsavia del 16 maggio 2005. Al netto di tale modifica, infatti, avevano trovato una stabile collocazione i divieti di pubblica provocazione per commettere reati terroristici, di reclutamento e addestramento a fini terroristici.

Ad ogni modo, il profilo più innovativo del provvedimento attinge all'introduzione di quattro inediti obblighi di criminalizzazione a carico degli Stati membri, che sussumono sotto fattispecie incriminatrice taluni contegni prodromici alla commissione di atti terroristici, "fotografati", però, a uno stadio meramente

⁵⁷⁰ Così R. BARTOLI, *Le nuove emergenze terroristiche: il difficile rapporto tra esigenze di tutela e garanzie individuali*, cit., p. 64.

⁵⁷¹ Si noti che l'art. 12, a mo' di norma di chiusura, contempla un'ultima serie di reati comuni (furto aggravato, estorsione e produzione o utilizzo di falsi documenti amministrativi), attribuendo ad essi la qualifica di reati connessi ad attività terroristiche in virtù dello scopo perseguito, vale a dire: commettere un reato di terrorismo o, nell'ipotesi dei documenti, partecipare alle attività di un gruppo terroristico ed effettuare un viaggio a fini terroristici.

preparatorio-organizzativo. Segnatamente, trattasi delle ipotesi di *ricezione di addestramento a fini terroristici* (art. 8), *viaggi a fini terroristici* (art. 9), *organizzazione o agevolazione di viaggi a fini terroristici* (art. 10) e *finanziamento del terrorismo* (art. 11)⁵⁷².

Nell'armamentario degli strumenti di *hard* e *soft law* deputati alla neutralizzazione della minaccia terroristica riveste un ruolo preminente il tema della radicalizzazione e dell'estremismo violento, catalizzati dalla propaganda *jihadista*. L'argomento è naturalmente ad ampio spettro; ma limitiamo qui l'attenzione al dibattito interistituzionale e agli atti di *droit mou*, che hanno costituito il terreno di coltura delle più recenti previsioni in punto di contrasto alla propaganda in Rete, contribuendo, al contempo, a sedimentare un sistema di *prevenzione* multilivello: un autentico *acquis communautaire*⁵⁷³.

Per la prima volta la Commissione europea con la Comunicazione del 21 settembre 2005⁵⁷⁴ ha affrontato *ex professo* il tema della radicalizzazione, definendola quale «fenomeno che vede persone abbracciare opinioni, vedute e idee che potrebbero portare ad atti terroristici quali definiti all'articolo 1 della Decisione quadro del 2002 sulla lotta contro il terrorismo». Già allora andava maturando la consapevolezza che lo strumento penale non basta a debellare il *virus* del fondamentalismo, essendo altresì necessario intervenire con un approccio preventivo su settori strategici, quali lo sviluppo delle strategie di contronarrative sui *new media*, l'istruzione e la partecipazione dei giovani alla vita sociale, l'inclusione e l'integrazione nel consorzio sociale, l'uguaglianza di opportunità, nonché il dialogo interculturale.

Più di recente, la Commissione con la Comunicazione del 15 gennaio 2014⁵⁷⁵ ha corroborato la *policy* di prevenzione della radicalizzazione e dell'estremismo violento,

⁵⁷² Tali disposizioni attuano gli artt. 3, 4, 5 e 6 del Protocollo addizionale alla Convenzione del Consiglio d'Europa per la prevenzione del terrorismo, adottato sulla scia della Risoluzione 2178 (2014) del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite. In merito alla fattispecie di finanziamento del terrorismo, ha esercitato una rilevante influenza la Raccomandazione 5 del Gruppo d'azione finanziaria internazionale (GAFI).

⁵⁷³ Dettagliata la ricostruzione offerta da R. PEZZUTO, *Contenuti terroristici on line: l'Unione europea lavora a nuove norme per prevenirne la diffusione*, in *Dir. pen. cont.*, 4, 2019, p. 38 ss.

⁵⁷⁴ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio del 21 settembre 2005 (COM (2005) 313 definitivo) «*Reclutamento per attività terroristiche – affrontare i fattori che contribuiscono alla radicalizzazione violenta*».

⁵⁷⁵ Comunicazione della Commissione al Parlamento europea, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regione del 15 gennaio 2014 (COM(2013) 941 definitivo) «*prevenire la radicalizzazione che porta al terrorismo e all'estremismo violento: rafforzare la risposta dell'UE*».

fissando un decalogo di priorità per gli Stati membri. Tale documento privilegia, tra gli altri, l'elaborazione di strategie nazionali, la valorizzazione della Rete per sensibilizzare in materia di contrasto alla radicalizzazione (RAN) e condividere l'ortoprassi, la formazione degli operatori che lavorano a contatto diretto con individui esposti al rischio di radicalizzazione, nonché lo sviluppo delle tecniche di contronarrativa.

Col dilagare del fenomeno dei *foreign fighters* e del c.d. terrorismo spontaneista, l'Agenda europea sulla sicurezza per il lustro 2015-2020⁵⁷⁶ ha contemplato tra le tre priorità per la sicurezza nello spazio euro-unitario la lotta al terrorismo e la prevenzione della radicalizzazione *jihadista* (gli altri due fattori di rischio sono rappresentati dalla criminalità organizzata transfrontaliera e da quella informatica).

Nel vortice dell'*escalation* stragista, il 20 aprile 2016 la Commissione europea ha licenziato la Comunicazione «Attuare l'Agenda europea sulla sicurezza per combattere il terrorismo e preparare il terreno per un'autentica ed efficace Unione della sicurezza»⁵⁷⁷, nella quale si è posto l'accento sul pericolo rappresentato dai c.d. *returnees*, ovverosia il rischio che i combattenti stranieri di ritorno in Europa possano fare uso di informazioni privilegiate per attività terroristiche, diffondere il verbo di Daesh e radicalizzare altri individui, così da reclutarli.

Dal quadro sopra descritto emerge perspicuamente «l'approccio integrato scelto dall'Unione nella lotta al terrorismo e alla radicalizzazione violenta», con un precipuo *focus* sulla prevenzione di tali fenomeni nella dimensione virtuale per via delle maggiori asperità che essa pone.

Cionondimeno, va condiviso il rilievo mosso da parte della dottrina secondo cui difetta ancora una compiuta integrazione tra la legislazione europea in punto di prevenzione del *cyber-crime* e la normativa di *counter-terrorism*, che si riverbera sul diritto penale sostanziale degli Stati membri, in quanto i due sistemi di regolazione si sviluppano con

⁵⁷⁶ Comunicazione della Commissione al Parlamento europea, al Consiglio, al Comitato economico e so-ciale e al Comitato delle Regione del 28 aprile 2014 (COM(2015) 185 definitivo) «*Agenda europea sulla sicurezza*». L'Agenda europea sulla sicurezza ha fornito un quadro chiaro per una migliore collaborazione

in materia di sicurezza in seno all'UE e ha posto le basi per l'avallo da parte del Consiglio europeo di una rinnovata strategia di sicurezza interna.

⁵⁷⁷ COM(2016) 230 definitivo.

finalità differenti⁵⁷⁸. È, infatti, di palmare evidenza che la *raison d'être* della disciplina di prevenzione degli attacchi cibernetici, così come sistematizzata dalla Direttiva 2016/1148/UE (c.d. Direttiva NIS), si fonda sulla tutela degli interessi economico-finanziari nello spazio europeo. Per converso, la Direttiva sul terrorismo è teleologicamente orientata a eliminare in radice la diffusione delle informazioni rilevanti per il sostentamento economico, la propaganda e il reclutamento degli adepti alla causa *jihadista*.

2. Pubblica provocazione per commettere reati di terrorismo (art. 5)

L'archetipo dell'incriminazione del pubblico *incitement* è da rinvenire nell'art. 3, par. 1, lett. a) della Decisione quadro 2002/475/GAI, come modificato dalla Decisione quadro 2008/919/GAI, che incriminava «*la diffusione, o qualunque altra forma di pubblica divulgazione, di un messaggio con l'intento di istigare a commettere uno dei reati di cui all'articolo 1, paragrafo 1, lettere da a) a h), qualora tale comportamento, che preconizzi direttamente o indirettamente reati di terrorismo, dia luogo al rischio che possano essere commessi uno o più reati*».

La disposizione in commento non rappresentava altro che una pedissequa trasposizione del precetto di cui all'art. 5 della Convenzione di Varsavia sulla prevenzione del terrorismo, ove è prescritto che per pubblica provocazione a commettere delitti terroristici deve intendersi «*la diffusione o qualunque altra forma di pubblica divulgazione di un messaggio con l'intento di incitare alla commissione di un reato di terrorismo, qualora tale comportamento, istigando direttamente o indirettamente ai reati di terrorismo, crei il rischio che uno o più reati di questo tipo possano essere perpetrati*».

Alla Decisione del 2008 va indubbiamente riconosciuto il pregio di aver intuito anzitempo il momento patologico del *web* - sebbene non ve ne sia veruna traccia nel tessuto precettivo - prendendo abbrivio dalla considerazione empirico-criminologica che la minaccia terroristica si è evoluta repentinamente con rimarchevoli modifiche nel

⁵⁷⁸ P. M. SABELLA, *Il fenomeno del cybercrime nello spazio giuridico contemporaneo. Prevenzione e repressione degli illeciti penali connessi all'utilizzo di Internet per fini di terrorismo, tra esigenze di sicurezza e rispetto dei diritti fondamentali*, cit., p. 154 ss.

modus operandi degli attivisti. In particolare, spicca la metamorfosi dei gruppi gerarchicamente strutturati in cellule semiautonome con legami *inter partes* piuttosto allentati, atteso che tale circostanza ha indotto i terroristi a non poter rinunciare all'uso, invero quotidiano, delle nuove tecnologie per operare, reclutare e interfacciarsi con l'*hardcore* della rete internazionale.

Sul punto, il quarto *considerando* nel suo primo periodo offre un mirabile quadro di sintesi: «Internet è utilizzato per ispirare e mobilitare reti terroristiche locali e singoli individui in Europa e costituisce inoltre una fonte di informazioni sulle risorse e sui metodi terroristici, fungendo così da “campo di addestramento virtuale”». Si badi poi che negli ultimi lustri le attività di pubblica provocazione, al pari di quelle tese al reclutamento e all'addestramento a fini terroristici, sono andate moltiplicandosi a un costo e con un rischio vieppiù irrilevanti.

«*The Internet is a prime example of how terrorists can behave in a truly transnational way; in response, States need to think and function in an equally transnational manner*». Queste le icastiche parole dell'allora Segretario generale delle Nazioni Unite, Ban Ki-Moon, con le quali esordisce il *dossier* UNODC intitolato «*The use of the Internet for terrorist purposes*» (New York, 2012), che ha indirizzato, in via prioritaria, l'attenzione dei legislatori nazionali e di quello sovranazionale⁵⁷⁹ sul “magmatico” fenomeno del *cyberterrorismo*⁵⁸⁰.

Fatte queste premesse, non sorprende che il legislatore euro-unitario, allorché è stato chiamato a puntualizzare in senso corroborante la normativa antiterrorismo, in punto

⁵⁷⁹ Per una trattazione *funditus* della Risoluzione del Consiglio di Sicurezza 2354 (2017), il c.d. *Comprehensive Framework to Counter Terrorist Narratives*, si rinvia al Cap. I, par. 5.

⁵⁸⁰ Ai fini del nostro discorso, tra le innumerevoli forme di utilizzo del *web* per finalità terroristiche, analizzate dall'UNODC, qui rilevano eminentemente la propaganda, l'istigazione e la radicalizzazione. In ordine al primo aspetto, il documento chiarisce a pag. 4 che «*The broad reach of content distributed via the Internet exponentially increases the audience that may be affected. Further, the ability to directly distribute content via the Internet diminishes the reliance on traditional channels of communication, such as news services, which may take steps to independently evaluate the credibility of the information provided or to edit or omit aspects deemed to be unduly provocative [...] Terrorist propaganda distributed via the Internet covers a range of objectives and audiences. It may be tailored, inter alia, to potential or actual supporters or opponents of an organization or shared extremist belief, to direct or indirect victims of acts of terrorism or to the international community or a subset thereof*». Per quel che concerne l'istigazione, non è dubitabile che «*The Internet provides an abundance of material and opportunities to download, edit and distribute content that may be considered unlawful glorification of, or provocation to, acts of terrorism*». Da una prospettiva più ampia può, infine, osservarsi che «*Recruitment, radicalization and incitement to terrorism may be viewed as points along a continuum. Radicalization refers primarily to the process of indoctrination that often accompanies the transformation of recruits into individuals determined to act with violence based on extremist ideologies. The process of radicalization often involves the use of propaganda, whether communicated in person or via the Internet, over time*».

di repressione dell'*incitement* abbia voluto arricchire il *Tatbestand* oggettivo della norma in commento con l'espressa menzione della diffusione *on-line* di un messaggio istigatorio.

Orbene, è il momento di analizzare più da vicino l'art. 5 della Direttiva (UE) 2017/541. La fattispecie riproduce in termini pressoché fedeli la nozione della Decisione quadro del 2008, prospettando la pubblica provocazione per commettere reati di terrorismo nel senso di una intenzionale «*diffusione o qualunque altra forma di pubblica divulgazione di un messaggio, con qualsiasi mezzo, sia online che offline, con l'intento di istigare alla commissione di uno dei reati di cui all'articolo 3, paragrafo 1, lettere da a) a i), se tale comportamento, direttamente o indirettamente, ad esempio mediante l'apologia di atti terroristici, promuova il compimento di terrorismo, creando in tal modo il pericolo che uno o più di tali reati possano essere commessi*». Dal raffronto testuale con la previgente disposizione emergono quali profili specializzanti la clausola onnicomprensiva circa il veicolo comunicativo - con precipuo riferimento alla diffusione *online* - e l'esemplificazione dell'apologia in chiave di incitamento indiretto. Giova evidenziare che quest'ultimo argomento depone a favore della tesi che ravvisa la natura di istigazione indiretta nella fattispecie apologetica (cfr. *supra* Cap. II, § 6), così contribuendo a comporre una *vexata quaestio* trasversale a diversi ordinamenti interni degli Stati membri.

Per un'attenta esegesi della disposizione *de qua* torna utile l'interpretazione offerta dal rapporto esplicativo della Convenzione del Consiglio d'Europa, ove si chiarisce al §102 che la condotta di diffusione «*refers to the active dissemination of a message advocating terrorism*»; mentre ogni altra forma di propalazione «*refers to providing that message in a way that is easily accessible to the public, for instance, by placing it on the Internet or by creating or compiling hyperlinks in order to facilitate access to it*».

Il perno centrale dell'art. 5 è costituito dall'espresso requisito che l'azione eccitatrice concreti il pericolo che un atto terroristico venga posto in essere. A tal fine, il decimo *considerando* della Direttiva esplicita l'opzione dogmatica prescelta nei seguenti termini: «*per ogni caso concreto, nell'esaminare se sussista un siffatto pericolo si dovrebbe tener conto delle specifiche circostanze del caso, come l'autore e il destinatario del messaggio, nonché del contesto in cui l'atto è commesso*». Il diretto

corollario di tale impostazione è perspicuo, nel senso che il giudizio di idoneità della condotta deve puntualizzarsi eminentemente sull'entità e sulla natura «*verosimile*»⁵⁸¹ del pericolo, così da limitare verso l'alto la soglia di punibilità della parola pericolosa. Orbene, non può revocarsi in dubbio che con la disposizione in commento il legislatore sovranazionale abbia inteso intercettare tutte quelle manifestazioni del pensiero *coram publico*⁵⁸² che possono tradursi in forme di provocazione a commettere atti terroristici, fra le quali si contemplanò, in particolare, l'apologia e la giustificazione dell'estremismo violento, nonché la diffusione sia *online* che *offline* di messaggi o immagini, incluse quelle riguardanti le vittime (così si esprime il primo periodo del decimo *considerando*). Di talché, gli Stati membri sono stati chiamati ad adempiere al gravoso compito di colpire con la sanzione penale ogni contenuto informativo suscettibile di veicolare in modo diffusivo il sostegno alla causa dei terroristi ovvero di intimidire grandemente la popolazione.

Ad ogni modo, è innegabile che il divieto di pubblica provocazione inverte un'ipotesi di limitazione della libertà di espressione, libertà fondamentale che, oltre a essere sedimentata nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, è suggellata sia dall'art. 10 CEDU⁵⁸³ che dall'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Tuttavia, il legislatore, ben conscio di tale tensione, ha tenuto a ribadire la necessità di un ragionevole bilanciamento fra gli interessi in gioco, dettando al *considerando* 40 un correttivo ermeneutico: la Direttiva «*non dovrebbe in alcun modo essere interpretata come intesa a limitare od ostacolare la diffusione di informazioni a fini scientifici, accademici o di comunicazione*». Proseguendo, l'enunciato preambolare chiarisce che l'espressione nel dibattito pubblico di opinioni radicali,

⁵⁸¹ Riteniamo la scelta semantica infelice e che, anche alla luce dell'orientamento giurisprudenziale interna, la verosimiglianza debba essere intesa quale sinonimo di probabilità.

⁵⁸² Si tratta chiaramente di un'ipotesi di istigazione - latamente intesa - *pubblica*, come si deduce, senza tema di smentita, dallo stesso *nomen iuris* e dalla dizione testuale «*ogni altra forma di pubblica divulgazione*».

⁵⁸³ La Corte Europea dei diritti dell'uomo, allorché è stata chiamata a valutare la legittimità delle fattispecie di istigazione e apologia con la libertà di espressione tutelata dall'art. 10. A giudizio della Corte, la repressione penale delle suddette ipotesi non si traduce in una violazione convenzionale, quando le condotte punite dagli ordinamenti nazionali «ancorché consistenti in semplici manifestazioni di idee o opinioni, presentino un carattere di concreta pericolosità per rilevanti interessi pubblici (es. integrità e indipendenza dello Stato, sicurezza nazionale, ordine pubblico, ecc...), in quanto ritenute direttamente o indirettamente prodromiche o favorevoli alla realizzazione di attività criminali»: così V. NARDI, *op. ult. cit.*, p. 125.

polemiche o controverse in merito a questioni politiche sensibili esula dall'ambito di operatività dell'art. 5.

2.1. (segue) Il difficile rapporto con l'art. 13 e il paradosso di un'istigazione all'istigazione

Da una lettura sistematica della previsione sulla pubblica provocazione emergono nitidamente due profili di criticità sul piano della complessiva ragionevolezza del presidio repressivo in commento. Il primo *punctum dolens* attiene al combinato disposto dell'art. 5 e dell'art. 13 del provvedimento *de quo*, in virtù del quale la punibilità del *public incitement* a commettere atti terroristici non è subordinata all'effettiva commissione di un reato di terrorismo ed è parimenti affrancata dal riscontro del collegamento con un altro reato contemplato nella Direttiva.

Nulla quaestio in ordine alla prima esclusione, dalla quale si fa discendere che la perpetrazione di uno degli atti intenzionali di cui all'art. 3 dovrebbe far sorgere sempre la responsabilità del soggetto agente a titolo di concorso morale nel reato. A ben vedere, tale impostazione presenta una spiccata similitudine con l'anatomia della fattispecie interna di pubblica istigazione, la quale è punita «*per il solo fatto dell'istigazione*», ai sensi del primo comma dell'art. 414 c.p., nella totale indifferenza rispetto agli esiti concreti della manifestazione istigatoria.

Per converso, desta perplessità la seconda asserzione, ovverosia che non è affatto necessario stabilire un collegamento tra la pubblica provocazione e un reato genericamente sanzionato dalla Direttiva. La questione merita, dunque, di essere approfondita.

Sebbene l'aleatorietà del concetto stesso di collegamento osti a far chiarezza circa l'interpretazione del precetto e, soprattutto, circa i suoi risvolti applicativi - potrebbe, infatti, trattarsi di un mero esempio del *penchant* iperfasico del legislatore europeo, privo di senso precettivo. A ragion veduta si insinua, comunque, il dubbio che, nel caso della pubblica sollecitazione alla causa terroristica, l'astratta "flessibilizzazione" del legame con i reati eccitati (art. 3, par. 1) possa cagionare una (opinabile) semplificazione del giudizio sulla pericolosità concreta, a beneficio di un'esegesi fondata sulla presunzione del pericolo; con l'inequivocabile conseguenza di rendere il

requisito espresso del pericolo che uno o più dei reati di terrorismo possano essere effettivamente commessi un mero *flautus vocis*.

Di fronte a tale scenario, riteniamo che debba essere accolta l'opzione ermeneutica più fedele al dato testuale e alla *ratio* dell'art. 5 della Direttiva, la quale ha inteso scolpire l'incriminazione della parola pericolosa nel pieno ossequio dell'offensività in concreto. Su un altro versante, occorre poi segnalare la portata dell'art. 14, par. 2, che pone in capo agli Stati membri l'obbligo di adottare le misure necessarie affinché sia punibile l'istigazione a compiere uno dei reati di cui agli articoli da 3 a 12, inclusa quindi la pubblica provocazione per commettere atti terroristici. Di guisa che risulti sanzionabile l'istigazione alla (pubblica) istigazione *ex art. 5*.

Un esito davvero aberrante, considerato che per tale via si compierebbe un'ulteriore retrocessione della soglia di punibilità, facendo sì che la pena ricada su una condotta verbale prodromica a un'azione *lato sensu* istigatoria la quale è, a sua volta, teleologicamente orientata verso uno degli atti materiali previsti dall'art. 3, par.1. Più pragmaticamente, si finirebbe così per dispiegare l'imponente armamentario di *counter-terrorism* al fine di neutralizzare degli «innocui terroristi della parola», prendendo in prestito - ovviamente, *mutatis mutandis* - le parole del Prof. Paolo Barile. Che tale previsione, laddove recepita in via normativa o di interpretazione comunitariamente conforme, ingeneri sul piano interno un insanabile conflitto con i «grandi principi costituzionali di carattere generale»⁵⁸⁴ è cosa ovvia. Ciononostante, la stessa Direttiva pare offrire una soluzione di compromesso, laddove afferma, a chiosa del decimo *considerando*, che nell'applicare la disposizione sulla pubblica provocazione «*conformemente al diritto nazionale, è opportuno tenere conto altresì dell'entità e della natura verosimile del pericolo*».

È duplice il criterio interpretativo che può essere enucleato dalla proposizione preambolare: in primo luogo, la conformità al diritto nazionale richiede l'ossequio del canone dell'offensività (*nullum crimen sine iniuria*) che, oltre ad avere copertura costituzionale, trova ulteriore garanzia nel tessuto codicistico all'art. 49, comma secondo. Non può certo revocarsi in dubbio che nel punire l'istigazione alla pubblica istigazione ovvero all'apologia la distanza fra il bene finale, che si intende tutelare, e l'evento assunto come lesivo (*source of danger*) diventa siderale.

⁵⁸⁴ V. nota 72.

In una prospettiva speculare, si noti altresì che l'istigazione alla pubblica provocazione per commettere reati terroristici fa sorgere un pericolo che per entità e natura difficilmente - invero, mai - potrà predicarsi in termini di verosimiglianza (*rectius*: probabilità).

Vi è, però, anche un altro aspetto che merita di essere scandagliato. All'interno del sistema normativo delineato dalla Direttiva 541/2017 si può apprezzare la tendenza a limitare l'anticipazione della tutela penale entro limiti ragionevoli, benché flessibili (si pensi alle condotte di c.d. provocazione indiretta⁵⁸⁵), *a fortiori* se l'incriminazione va a comprimere la libertà di espressione. Ne è emblematica l'esclusione dell'ipotesi di cui alla lett. h) dell'art. 3, par. 1 («*minaccia di commettere uno degli atti elencati alle lettere da a) a i)*») dal novero dei reati suscettibili di essere blanditi ed eccitati pubblicamente.

Alla stessa *ratio* si conforma il terzo paragrafo dell'art. 14 nel denegare l'ammissibilità della pubblica provocazione in forma tentata⁵⁸⁶, al pari della minaccia di compiere un atto terroristico.

Orbene, ammettere l'istigazione a compiere il reato rilevante *ex art. 5* renderebbe questo sforzo inane, dando così luogo a un'autentica aporia⁵⁸⁷.

2.2. Il tacito recepimento del legislatore nazionale: prospettive applicative *de lege lata*

Allo spirare del termine prescritto per il recepimento della Direttiva da parte degli ordinamenti nazionali (l'8 settembre 2018) il *corpus* testuale dell'art. 414, ultimo comma, c.p., ossia la *sedes materiae* della pubblica istigazione e dell'apologia per fini terroristici, è rimasto immutato. Circostanza che non può addebitarsi all'inerzia del

⁵⁸⁵ Cfr. V. NARDI, *op. ult. cit.*, p. 123: «il legislatore europeo chiede agli Stati membri di punire accanto all'istigazione diretta, anche tutte quelle condotte di c.d. "provocazione indiretta" suscettibili cioè di dare semplicemente luogo al rischio che possano essere commessi uno o più reati ivi indicati».

⁵⁸⁶ Per chiarezza espositiva si riporta l'art. 14, par. 3, della Direttiva: «*Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché sia punibile il tentativo di commettere uno dei reati di cui agli articoli 3, 6, 7, all'articolo 9, paragrafo 1, e all'articolo 9, paragrafo 2, lettera a), agli articoli 11 e 12, esclusi la detenzione di cui all'articolo 3, paragrafo 1, lettera f), e il reato di cui all'articolo 3, paragrafo 1, lettera j)*».

⁵⁸⁷ Si tratterebbe di una frustrazione del principio di coerenza, che peraltro è stato contemplato nel Manifesto sulla politica criminale europea.

legislatore italiano - dimostrata non di rado nell'attuazione della normativa europea -, bensì deve essere intesa come una scelta di politica legislativa maturata dalla valutazione circa la *compliance* delle fattispecie incriminatrici, interpolate dai due decreti antiterrorismo, nei confronti delle vincolanti indicazioni che promanano dall'ordinamento europeo.

Ne è la riprova più convincente che la c.d. legge europea 2017 (l. 20 novembre 2017, n. 167) ha ritenuto di dover dare attuazione alla Direttiva esclusivamente nella parte in cui vincola gli Stati membri a adottare le misure necessarie affinché gli organi incaricati delle indagini per i reati di cui agli artt. da 3 a 12 - inclusa, quindi, la pubblica provocazione - dispongano di strumenti di indagine efficaci, come quelli utilizzati contro la criminalità organizzata (art. 20, par.1). A tal fine, il legislatore ha novellato l'art. 132, commi 1 e 1-*bis*, del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 innalzando a settantadue mesi il termine di conservazione dei dati di traffico telefonico e telematico, nonché dei dati relativi alle chiamate senza risposta (*data retention*) per le finalità dell'accertamento e della repressione dei reati contemplati dagli artt. 51, comma 3-*quater*, e 407, comma 2, lettera a) del codice di rito. Di contro, nessun intervento sul terreno del diritto penale sostanziale è stato perfezionato e, come è intuibile, le preesistenti incriminazioni hanno continuato ad operare senza soluzione di continuità. Oltre questo irrefutabile dato formale, anche la dottrina⁵⁸⁸ ha ritenuto pacifico che le ipotesi di pubblica provocazione a commettere reati terroristici *ex art. 5* della Direttiva fossero già coperte dal delitto di istigazione a delinquere ovvero di apologia aggravate *ex art. 414*, comma 4, c.p.

Invero, non sorprende affatto che i reati antiterrorismo di parola, così come interpolati dai decreti-legge n. 144 del 2005 e n. 7 del 2015, siano stati ritenuti conformi *in nuce* alla disposizione sulla "proteiforme"⁵⁸⁹ provocazione del terrorismo, tenuto conto dell'indeterminatezza della condotta descritta dalla fattispecie-base (istigare, far apologia) e della più recente focalizzazione sull'utilizzo degli strumenti informatici o telematici.

Allargando il campo d'indagine, si può osservare che tali constatazioni suffragano l'opinione dottrinale che - a parziale confutazione della reprimenda mossa dal

⁵⁸⁸ Per tutti, si veda F. FASANI, *op. ult. cit.*, p. 15.

⁵⁸⁹ Si intende far riferimento tanto alla forma diretta della provocazione (ipotesi tradizione di istigazione) quanto a quella indiretta (ad esempio, l'apologia).

«Manifesto per una politica criminale europea» contro il c.d. *diritto penale preventivo* - arguisce che le legislazioni degli Stati membri fossero già compiutamente presidiate per la minaccia terroristica, sin dai suoi aspetti proselitistici. Di talché, ci pare cogliere nel segno l'osservazione secondo la quale «in materia di terrorismo l'Unione non può essere accusata di dare vita a una politica criminale di 'lotta' destinata a travolgere le legislazioni nazionali di settore; ma semmai che nella succitata materia l'Unione non si è dimostrata capace di uscire dall'alveo delle discutibili scelte già effettuate dai Paesi membri segnati dal terrorismo»⁵⁹⁰.

Nessun intervento riformatore è apparso necessario per adeguarsi agli *input* sovranazionali in tema di pubblica provocazione.

Ad ogni modo, non può sottacersi come la Direttiva del 2017 abbia incardinato l'incriminazione *de qua* su un elemento oggettivamente pregnante, rappresentato dal requisito della pericolosità concreta, che difettava e continua a difettare, per converso, nella fattispecie domestica. Così, ancora una volta, il nostro legislatore ha mancato l'occasione di intervenire additivamente sulla tipicità oggettiva del fatto, ricorrendo al paradigma del pericolo concreto, il quale nella formulazione poizore dovrebbe connotarsi altresì per l'immediatezza, intesa quale contiguità temporale tra il fatto istigatorio e l'evento temuto.

Una discrasia fra la norma nazionale e quella sovranazionale che i primi commentatori hanno ritenuto di poco conto, atteso che la giurisprudenza italiana, consolidatasi negli ultimi decenni, ha riconvertito i delitti di opinione in reati di pericolo concreto, attraverso un'operazione ermeneutica informata al principio di offensività in concreto (cfr. Cap. II, § 4 ss.)⁵⁹¹.

Tuttavia, come si avrà modo di approfondire nel successivo paragrafo, l'analisi della casistica giudiziaria in punto di propaganda *online* dischiude un rimarchevole cambio di rotta, in senso estensivo, da parte giurisprudenza di legittimità, a detrimento

⁵⁹⁰ Così A. BERNARDI, *Ombre e luci nel processo di armonizzazione dei sistemi penali europei*, cit., p. 239, riprodotto da A. GULLO, *Deflazione e obblighi di penalizzazione di fonti UE*, cit., p. 10.

⁵⁹¹ Sul punto F. FASANI, *op. ult. cit.*, p. 15, per cui «A prescindere dalle diverse modalità di "provocazione" che la Direttiva indica, tanto nello stesso art. 5 quanto nel decimo considerando introduttivo (istigazione, apologia, giustificazione, divulgazione di messaggi *web*), l'esplicito e opportuno requisito di pericolosità concreta, indicato dal legislatore comunitario, rende tutte queste espressioni tranquillamente riconducibili alla nozione interna di *istigazione*, così come correttamente interpretata dalla Corte costituzionale già con la celebre sentenza n. 65 del 1970».

dell'interpretazione costituzionalmente orientata. Argomento che può essere indubbiamente speso a favore dell'opportunità di un intervento *riformatore*.

Rimanendo in una prospettiva *de lege lata*, preme segnalare, infine, che la finitima fattispecie del reclutamento, prevista all'art. 6 della Direttiva per punire la mera istigazione *inter privatos*, anche se in forma unilaterale e non accolta («... *l'atto di sollecitare un'altra persona a commettere o contribuire alla commissione di uno dei reati di cui all'articolo 3, paragrafo 1, lettere da a) ad i), o all'articolo 4*»), sembra trovare adeguato riscontro nell'ipotesi prevista *ex art. 302 c.p.* Si noti, tuttavia, che quest'ultima norma presenta un *quid pluris*, costituito dalla indefettibile condizione - espressa in modo deontico - che l'istigazione non venga accolta ovvero che, a istigazione accolta, il reato non venga commesso. In ciò la disposizione codicistica differenzia dall'art. 13 della Direttiva, il quale si limita ad avvertire che per la punibilità del reato istigatorio non è necessario che un reato di terrorismo sia stato effettivamente commesso; la locuzione «*non è necessario*» denota la non cogenza della previsione.

Si tratta, però, di un tema assai dibattuto. Infatti, la dottrina ha evidenziato che nel nostro ordinamento si ingenerano seri dubbi circa la riconduzione del reclutamento *sub nomine iuris*, a causa della pluralità di fattispecie antiterrorismo, «imprecise e sistematicamente scollegate, che il legislatore ha importato dalle fonti sovranazionali e internazionali, nonché dalla loro incerta esegesi»⁵⁹², finendo così per promuovere un'autentica elefantiasi della legislazione penale. Segnatamente, la *querelle* riguarda se la fattispecie debba essere ricondotto all'istigazione privata *ex art. 302* ovvero all'addestramento di cui all'art. 270-*quater* c.p., che è interpretato dalla Cassazione quale serio ed effettivo accordo tra arruolato e arruolatore⁵⁹³.

3. L'apologia del terrorismo *jihadista* sui *social network*: casistica giurisprudenziale in Italia

⁵⁹² F. FASANI, *op. ult. cit.*, p. 17.

⁵⁹³ Riteniamo che la scelta semantica fatta dal legislatore europeo nel descrivere la condotta del reclutamento *ex art. 6*, adoperando la voce verbale «*sollecitare*», dissipi ogni dubbio circa la riconducibilità della norma al *genus* dell'istigazione: in tal caso, di natura privata, pertanto sussumibile sotto l'art. 302 c.p.

Come si è già anticipato (v. *infra* Cap. II, § 7), le peculiarità ontologiche del *web* hanno messo a dura prova i canoni interpretativi che la giurisprudenza ha sviluppato in ossequio al principio di offensività in concreto, muovendosi nel solco tracciato dalla pronuncia della Corte costituzionale n. 65 del 1970.

Di talché, la cedevolezza del parametro di *idoneità* della condotta verbale veicolata dai *new media* ha condotto a una «estrema opinabilità del giudizio in concreto che viene in questi casi richiesto al giudice; giudizio che non coinvolge, se pure in chiave ipotetica, precisi correlati fenomenici»⁵⁹⁴. È facilmente intuibile che la criticità maggiore deriva dalla tendenza a ripiegare su un accertamento *presuntivo* del pericolo di commissione di un delitto terroristico. Un accertamento, dunque, sorretto eminentemente dalla valutazione del contenuto del messaggio e della potenzialità diffusività che connota il *medium*. Dalla constatazione che le norme incriminatrici *de quibus* non sembrano realmente «reinterpretabili per loro natura in chiave di offesa»⁵⁹⁵ (ergo, in senso oggettivistico) discende l'ulteriore insidia di una deriva soggettivista, che fa traslare il baricentro dell'antigiuridicità sul *Tätertyp*, di guisa che condotte di dubbia offensività sono sanzionate in quanto espressione della pericolosità soggettiva dell'autore.

Orbene, la discrezionalità giudiziale, intimamente connessa al paradigma del pericolo presunto, consente di «andare alla ricerca dell'*autore*, di distinguere le *nostre parole* dalle *loro parole*, di trattare diversamente le condotte verbali dell'*amico* e quelle del *nemico*»⁵⁹⁶. In definitiva: le qualità personali del soggetto loquente - *scilicet*: 'quello che uno è' (*So- Sein*) - divengono sovente il grimaldello per tradurre automaticamente in condanna un corredo di indizi rilevatori della pericolosità sociale⁵⁹⁷.

⁵⁹⁴ Così G. INSOLERA, *I delitti contro l'ordine pubblico*, cit., p. 304. Dello stesso avviso è F. FASANI, *Le "parole preparatorie". I reati antiterrorismo di parola nell'era dei new media*, cit., p. 132, il quale mette in luce l'impossibilità di leggere i reati antiterrorismo di parola in chiave di pericolosità e di provare a correggere l'inoffensività delle norme incriminatrici attraverso il requisito dell'idoneità della condotta. «Queste fattispecie, tuttavia, sono delle vere e proprie mine vaganti all'interno dell'ordinamento. Con la punizione delle "parole preparatorie" infatti si entra [...] in un terreno di discrezionalità giudiziale quasi assoluta, ove manifesta è la possibilità di discriminare arbitrariamente casi simili».

⁵⁹⁵ F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 213.

⁵⁹⁶ È l'illuminante argomentazione di F. FASANI, *op. loc. ult. cit.*

⁵⁹⁷ Cfr. G. MARINUCCI, *Soggettivismo e oggettivismo*, cit., p.5, secondo cui «Nel diritto penale del fatto si concorre nel delitto (tentato o consumato) in quanto lesione o minaccia al bene giuridico; se invece presupposto della pena non fosse l'episodio criminoso, ma la stessa personalità, in un suo modo di essere, le singole entità criminose - come ha rilevato Pedrazzi - si porrebbero come monadi chiuse, fra le quali sarebbe impossibile uno scambio profondo: quando la tensione non sia tra fatto e bene giuridico, ma fra individuo e comunità o Stato, ovvero tra individuo e inclinazione pericolosa a reiterare i reati, allora ciascuno sarà solo di fronte alla legge...».

Di tale tendenza applicativa vi è traccia nelle sentenze sia di merito che di legittimità con le quali sono stati definiti i casi più significativi di apologia *online* del terrorismo *ihadista*.

La prima pronuncia della Cassazione⁵⁹⁸ sull'apologia aggravata *ex art.* 414, ult. comma, c.p. risale al 6 ottobre 2015 nell'ambito di un procedimento *de libertate*. L'indagato era stato privato della libertà, in quanto sospettato di aver commesso l'apologia dello Stato Islamico mediante la diffusione su due siti *Internet* di un documento propagandistico, denominato "Lo Stato Islamico, una realtà che ti vorrebbe comunicare". La Suprema Corte, nel rigettare il ricorso avverso l'ordinanza del riesame che confermava gli arresti domiciliari, ha tuttavia preso abbrivio da un punto fermo, ovverosia la pericolosità concreta. Per la configurabilità del delitto *de quo* occorre, infatti, che la condotta apologetica «sia tale per il suo contenuto intrinseco, per la condizione personale dell'autore e per le circostanze di fatto in cui si esplica, da determinare il rischio, non teorico, ma effettivo, della consumazione di altri reati e, specificamente, di reati lesivi di interessi omologhi a quelli offesi dal crimine esaltato».

Per il Collegio, inoltre, non vi sono dubbi che l'apologia possa avere ad oggetto il delitto di associazione con finalità di terrorismo anche internazionale (art. 270 *bis* c.p.), cosicché il pericolo concreto può concernere anche la partecipazione di taluno a un'associazione. Confutando la tesi difensiva, secondo cui il documento avrebbe natura meramente ideologica e solleciterebbe l'adesione al Califfato per le sue caratteristiche di "stato sociale", narrate con taglio quasi giornalistico, i giudici hanno statuito che lo scritto «presupponeva e accettava la natura combattente e di conquista violenta da parte dell'organizzazione (cioè l'esecuzione di atti di terrorismo), esaltava la sua diffusione ed espansione, anche con l'uso delle armi [...] valorizzava "la mappa della futura espansione del Califfato, che in poche parole è l'intero pianeta Terra" [...] ancora, il documento presentava personaggi ufficialmente classificati come terroristi nei documenti internazionali e conteneva diversi link a siti internet facenti capo all'organizzazione terroristica».

⁵⁹⁸ Cass. Pen., sez. I, 6 ottobre 2015, n. 47489, *El Mahdi*, in *Cass. Pen.*, 2016, 6, p. 2470, con nota di C. ROSSI, *Osservazione a Cass. pen.*, 6 ottobre 2015, n. 47489; nonché in *Dir. pen. cont.*, 14 dicembre 2015, con nota di S. ZIRULIA, *Apologia dell'IS via internet e arresti domiciliari. Prime prove di tenuta del sistema penale alla nuova minaccia terroristica*. Si veda anche P. SILVESTRI, *I reati commessi con finalità di terrorismo*, cit., p. 299 ss.

A ben vedere, la Cassazione ha ancorato l'accertamento dei gravi indizi di colpevolezza al vaglio del contenuto dello scritto incriminato, del contesto in cui è stato inserito e dei destinatari raggiunti, nonché delle condizioni personali dell'indagato. Di conseguenza, il canone costituzionale dell'offensività può dichiararsi rispettato⁵⁹⁹.

Ad ogni modo, residuano, a nostro giudizio, delle perplessità in ordine alla legittimità dell'anticipazione della tutela penale, quale precipitato logico-giuridico della correlazione tra il reato di parola e quello associativo⁶⁰⁰ (quest'ultimo, a sua volta, è fondato su un modello ascrittivo debole⁶⁰¹).

In un secondo caso del giugno 2016⁶⁰² - che aveva coinvolto una donna straniera accusata di aver istigato alla commissione di reati terroristici e di aver apologizzato gli stessi con un *post* su *Facebook* - la Suprema Corte ha fatto propria l'osservazione del Tribunale del Riesame, secondo cui è «ragionevole il riconoscimento che la stessa fosse pronta a superare gli attuali confini di condotte contenute nel reato di opinione per misurarsi e sperimentare pratiche concrete di aiuto verso soggetti in transito in Italia», nonché «la possibilità concreta di una sua partecipazione attiva alle dinamiche proprie del conflitto in atto in Libia».

La pronuncia ha fondato il suo *dictum* (rigetto del ricorso, con conseguente conferma della custodia cautelare in carcere) sulla valutazione delle competenze informatiche dell'indagata, del suo atteggiamento pervicace e violento, nonché della potente rete di legami solidaristici. È fuori di ogni dubbio che il giudizio di idoneità della condotta apologetica è stato soppiantato *tout court* dal rilievo della pericolosità sociale dell'interessata, ritenuta stigmatizzabile in quanto «non riconosce autorità ad alcuna struttura ordinamentale e, pertanto, deve ritenersi non intenda rispettare le leggi dello Stato». Le parole della Corte raffigurano in modo didascalico l'idea di un diritto penale del *nemico*, al lume dell'insegnamento di Günther Jakobs.

⁵⁹⁹ Cfr. S. ZIRULIA, *op. ult. cit.*, che sintetizza nei seguenti termini: «la norma incriminatrice dell'apologia di reato è stata infatti interpretata in maniera conforme al canone costituzionale di offensività».

⁶⁰⁰ La correlazione fra l'apologia e il delitto di cui all'art. 270 *bis* c.p. è stata asseverata dalla Cassazione apoditticamente. Sul punto E. MAZZANTI, *op. cit.*, p. 34, riflette che «qualora il reato-fine sia quello di partecipazione ad associazione terroristica, il 'limite' del pericolo non assicura necessariamente selettività alla fattispecie di istigazione/apologia, potendo incentivare, anzi, fenomeni di criminalizzazione su larga scala sganciati da referenti empirici dotati di sufficiente concretezza».

⁶⁰¹ Si rinvia al Cap. I, § 6.1.

⁶⁰² Cass. Pen., sez. I, 28 giugno 2016, n. 31249.

La medesima *ratio decidendi* si rinviene nella definizione del caso del cittadino marocchino El Hanaoui Jalal, resosi autore delle seguenti esternazioni su *Facebook*: «*Ha successo chi muore martire. Chi cancella i peccati versando il sangue entrerà in paradiso profumato*» e «*per alcuni sono assassini mentre per le mamme del Medio Oriente sono eroi*». La Corte d'Appello di Firenze, annullando la sentenza assolutoria del giudice di prime cure, ha condannato l'imputato per apologia.

A questo punto giova osservare che l'orientamento della Cassazione sembra aver seguito una sorta di *climax* ascendente nel senso del rigore repressivo della pubblica provocazione *jihadista*, spingendosi però su una china assai scivolosa⁶⁰³.

È senz'altro esemplare la pronuncia del settembre 2017, in occasione della quale è stato statuito, seppur incidentalmente, che il delitto di apologia può perfezionarsi già con la condivisione di video propagandistici di Daesh su *Facebook*, atteso che l'opzione 'mi piace' concessa agli utenti catalizza l'azione eccitatrice⁶⁰⁴.

L'assunto è stato ribadito dalla sentenza 15 maggio 2017, n. 24103, ove si afferma che «*il reato è configurabile nel caso della diffusione di un messaggio o documento apologetico attraverso il suo inserimento su un sito internet privo di vincoli di accesso, in quanto tale modalità ha una potenzialità diffusiva indefinita*»⁶⁰⁵.

Parimenti la sentenza 11 dicembre 2017, n. 13422 ha avallato l'indirizzo giurisprudenziale secondo cui si integrano gli estremi dell'apologia nella condotta di diffusione su *Internet* di un documento che sollecita l'adesione dei potenziali lettori al c.d. "Stato islamico", esaltandone la natura combattente e la sua diffusione ed espansione, anche con l'uso delle armi.

⁶⁰³ Di segno opposto è, invece, la decisione del GUP del Tribunale di Genova, emessa il 15 giugno 2016, con la quale è stato assolto Stefano Ghio dall'accusa di avere commesso, mediante redazione e pubblicazione di un articolo sul blog denominato "Pennatagliente.wordpress.com" (da chiunque accessibile attraverso Internet) l'apologia dell'omicidio di Guido Rossa, assassinato dalle BR, «infame informatore che aveva denunciato i compagni che volantinavano all'interno della fabbrica». Il giudicante ha ritenuto che il contenuto della pubblicazione era «*privo di protezioni per l'accesso e dunque facilmente accessibile da un numero indeterminato di persone previo collegamento alla rete internet – aveva indubbiamente un contenuto apologetico dell'omicidio di Guido Rossa ma che, per le ragioni diffusamente esposte in motivazione, era insussistente il concreto pericolo per l'ordine pubblico derivante dalla sua diffusione*»: così Cass. Pen., sez. I, 19 ottobre 2017, n. 49755.

⁶⁰⁴ Cass. Pen., sez. V, 25 settembre 2017, n. 55148, *Dibrani*.

⁶⁰⁵ Si noti che nel caso di specie l'apologia è stata esclusa relativamente a comunicazioni telematiche meramente private, mentre è stata ritenuta sussistente in ordine a videoregistrazioni di contenuto apologetico di Daesh e, più in generale, del terrorismo di matrice fondamentalistica diffuse attraverso *Facebook*.

Più di recente, si segnala la pronuncia del 21 febbraio 2019, n. 22163 per il nitore con cui la Suprema Corte ha affrontato sistematicamente il rapporto tra la fattispecie apologica (art. 414, ultimo comma) e quella associativa (art. 270 *bis*), apportando un prezioso contributo a interpretare i reati antiterrorismo di parola attraverso il prisma dell'offensività. In tale prospettiva, l'incriminazione dell'apologia viene inquadrata quale «*norma di confine che delimita la condotta partecipativa dal basso*», nella duplice declinazione di istigazione, intesa quale sollecitazione all'insorgenza ovvero al rafforzamento dell'altrui intento criminoso, e di apologia, consistente nell'esaltazione di un fatto delittuoso finalizzata a determinarne l'emulazione.

Proseguendo, il Collegio ha reiterato il principio di diritto, in virtù del quale per la configurabilità dell'apologia non basta l'esternazione dell'approvazione morale su un episodio criminoso, ma «*per quanto odioso e riprovevole esso possa apparire alla generalità dei consociati, occorre che il comportamento dell'agente sia tale per il suo contenuto intrinseco, per la condizione personale dell'autore e per le circostanze di fatto in cui si esplica, da determinare il rischio, non teorico, ma effettivo, della consumazione di altri reati e, specificamente, di reati lesivi di interessi omologhi a quelli offesi dal crimine esaltato*».

In conclusione, va osservato che dalla disamina sulla casistica applicativa dell'art. 414, ultimo comma, c.p. può altresì dedursi un monito *pro futuro* in merito alla fattispecie incriminatrice di cui all'art. 270-*quinquies* c.p., la quale plasma un autentico reato di parola relativamente alla condotta di divulgazione di informazioni *coram publico*. Sebbene non vi sia al momento una mole di precedenti tale da consentire un'accorta analisi clinico-giurisprudenziale, ci pare condivisibile il timore che, sotto l'influenza dell'approccio repressivo con cui si applica l'art. 414 c.p., la fattispecie della fornitura di informazioni possa abbracciare ogni forma di diffusione tramite il *web* di generiche informazioni sulla preparazione di armi ed esplosivi⁶⁰⁶.

⁶⁰⁶ Così F. FASANI, *op. loc. ult. cit.*, p. 17, che prosegue riflettendo su come un'applicazione di tale fatta si porrebbe in contrasto con il principio di offensività e «contrasterebbe anche con la cautela che da sempre la dottrina impiega, a livello dogmatico, nel valutare le condotte di informazione e consiglio, tanto a livello concorsuale, quanto a livello di fattispecie autonoma».

4. Il *novum* dell'art. 21 della Direttiva UE 2017/541: la tempestiva rimozione dei contenuti *online* che costituiscono pubblica provocazione

La Direttiva (UE) 541/2017, prendendo le mosse dalla considerazione criminologica che un mezzo efficace per neutralizzare la *cyber-jihad* consiste nel rimuovere i contenuti *online* che veicolano la pubblica persuasione a commettere atti terroristici, ha previsto all'art. 21 l'obbligo per gli Stati membri di adottare le misure necessarie per assicurare la tempestiva rimozione dei suddetti contenuti ospitati nel loro territorio nazionale, in uno con l'impegno di adoperarsi per ottenere la rimozione dei contenuti ospitati al di fuori del loro territorio⁶⁰⁷.

In ogni caso - precisa il legislatore europeo - laddove non fosse possibile rimuovere alla fonte i messaggi provocatori, è giocoforza bloccare l'accesso a tali contenuti agli utenti di *Internet* che si trovano sotto la giurisdizione di ciascun Stato membro.

Non vi sono dubbi che siffatta previsione costituisce un autentico *quid novi* rispetto alle altre disposizioni del *corpus* normativo le quali, andando ad attingere i profili di diritto sostanziale e di *law enforcement* già ponderati dalle *framework decision* del 2002 e del 2008, hanno assunto una posizione di sostanziale continuità con il precedente disegno di *counter-terrorism*, sebbene si siano caratterizzate per la maggiore incisività repressiva e per l'accentuata tensione preventiva che domina le interpolazioni in punto di obblighi di criminalizzazione (sia inediti che preesistenti).

La verifica di quanto si va prospettando è empirica: se per quasi tutte le fattispecie incriminatrici contenute nei primi tre Titoli della Direttiva è possibile rinvenire, almeno *in nuce*, una corrispondente disciplina nella Decisione quadro 2002/475/GAI (così come novellata dalla Decisione 2008/919/GAI, seguendo i dettami della Convenzione del Consiglio d'Europa del 2005), per converso, nei provvedimenti citati non vi è traccia alcuna di un congegno normativo assimilabile nella sostanza all'istituto di cui all'art. 21 della Direttiva.

Prima di proseguire con la trattazione, vi è un dato che ci preme segnalare. Ovverosia che l'interpolazione dell'art. 21 non può essere ridotta a una novità puntiforme, rilevante su un piano prettamente formale-procedurale, bensì riflette un mutamento (o,

⁶⁰⁷ P. M. SABELLA, *op. ult. cit.*, p. 155, evidenzia che “la rilevanza assegnata dalla direttiva alla tempestiva rimozione di questi contenuti emerge al punto che viene demandato agli Stati, quando i contenuti sono ospitati fuori dal proprio territorio, di cooperare con i Paesi terzi per la loro rimozione”.

meglio, cristallizza una tendenza già latente) dell'approccio politico-criminale al fenomeno *cyber-terroristico*, che, ispiratosi originariamente a una logica preventiva "panpenalistica" (cfr. art. 5 della Direttiva), sembra trascendere progressivamente lo spazio fisico-giuridico del procedimento penale, conquistando un terreno d'applicazione ben più vasto. Non è, infatti, peregrina la considerazione che - almeno stando al tenore testuale dell'art. 21 - il campo elettivo dell'obbligo di rimozione dei contenuti *online*, la cui operatività è svincolata dall'accertamento della responsabilità penale, sia rappresentato da un momento *anteriore* (e, verosimilmente, prodromico) ovvero parallelo al processo penale, così sottraendosi al corredo delle garanzie rituali. Di talché il presidio in commento tende a configurarsi nei suoi risvolti applicativi alla stregua di un'autentica *misura di prevenzione* e, in tale prospettiva, non può affatto escludersi l'eventualità che la misura stessa possa promanare da un'autorità amministrativa nazionale, deputata alla tutela della pubblica sicurezza.

Ad ogni modo, è di palmare evidenza l'interferenza delle misure *de quibus* con le libertà fondamentali dell'individuo, fra le quali spicca eminentemente la libertà di espressione del pensiero, consacrata nelle Carte costituzionali degli Stati membri, nella CEDU (art. 10) e nella CDFUE (art. 11⁶⁰⁸). Si badi, poi, che la dottrina più accorta correla in termini ontologicamente funzionali alla libertà d'espressione il diritto di accesso a *Internet*, riconoscendone l'autonomo valore assiologico⁶⁰⁹ e arguendo che il rischio di una rimarchevole compressione di tale diritto, nel caso di ordine di rimozione arbitrariamente esteso, debba essere ponderato dal legislatore nell'ottica di un bilanciamento, concreto e ragionevole, fra interessi parimenti meritevoli di tutela.

⁶⁰⁸ L'art. 11 della Carta di Nizza reca: «1. Ogni persona ha diritto alla libertà di espressione. Tale diritto include la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. 2. La libertà dei media e il loro pluralismo sono rispettati».

⁶⁰⁹ Cfr. F. ABBONDANTE, *Il ruolo dei social network nella lotta all'hate speech: un'analisi comparata fra l'esperienza statunitense e quella europea*, in *Informatica e diritto*, Vol. XXVI, 2017, 1-2, p. 57 ss. Occorre segnalare che già da tempo nella dottrina costituzionalistica si affermava l'autonomia assiologica del diritto di accesso a Internet: sul punto, è illuminante il pensiero di E. T. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso a Internet*, in *Riv. AIC*, 1, 2011, p. 8, secondo cui «Il diritto di accesso a Internet è da considerarsi un diritto sociale, o meglio una pretesa soggettiva a prestazioni pubbliche, al pari dell'istruzione, della sanità e della previdenza. Un servizio universale, che le istituzioni nazionali devono garantire ai loro cittadini attraverso investimenti statali, politiche sociali e educative, scelte di spesa pubblica. Infatti: sempre di più l'accesso alla rete Internet, e lo svolgimento su di essa di attività, costituisce il modo con il quale il soggetto si relaziona con i pubblici poteri, e quindi esercita i suoi diritti di cittadinanza».

Orbene, conscio di tali profili di conflittualità, lo stesso legislatore euro-unitario avverte che, indipendentemente dalla base giuridica su cui verrà fondato il procedimento di rimozione e dai metodi a tal fine prescelti - entrambi gli aspetti sono rimessi alla discrezionalità degli ordinamenti interni - è necessario garantire agli utenti e ai fornitori di servizi un adeguato livello di certezza e prevedibilità del diritto, nonché la possibilità di ricorrere per via giudiziaria.

Di pari passo procede il *caveat*, enucleato dal *considerando* 22, secondo cui tutte le misure, che saranno adottate dai legislatori domestici al fine di evadere l'obbligo di rimozione dei contenuti terroristici, devono tener conto dei diritti dell'utente finale e «rispettare le procedure giuridiche e giudiziarie, nonché la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea».

L'esigenza di scolpire la previsione di un obbligo di tal fatta nel rispetto delle garanzie individuali e, soprattutto, del canone di proporzionalità, inteso quale saldo finale del bilanciamento con le confliggenti libertà fondamentali, trova un precipuo riscontro nel terzo paragrafo dell'art. 21. Quest'ultima disposizione, infatti, vincola gli Stati membri a prevedere procedure trasparenti e a «fornire idonee garanzie, in particolare al fine di assicurare che tali misure [di blocco ovvero di rimozione] siano limitate allo stretto necessario e proporzionato e che gli utenti siano informativi del motivo di tali misure. Le garanzie connesse alla rimozione o al blocco includono anche la possibilità di ricorrere per via giudiziaria».

Volgendo ora l'attenzione alla legislazione italiana di contrasto al terrorismo, emerge perspicuamente che anche in ordine a tale profilo il legislatore ha escluso la necessità di un intervento di adeguamento ai vincoli sovranazionali, sulla base della ritenuta *compliance* dell'ordinamento interno all'obbligo di implementare la «*prompt removal of online content*». Valutazione che, invero, trova conforto nell'analisi del disposto del decreto-legge 18 febbraio 2015, n. 7 (convertito con modificazione in legge 17 aprile 2015, n. 43), il quale all'art. 2, comma terzo, prevede il potere-dovere dell'autorità giudiziaria procedente di richiedere ai fornitori di connettività l'inibizione dell'accesso ai siti *web* inseriti in un'apposita *black-list*, secondo le modalità, i tempi e le soluzioni

tecniche individuate con il decreto previsto dall'articolo 14-*quater*, comma 1, della legge 3 agosto 1998, n. 269⁶¹⁰.

Preliminare all'ordine di inibizione è, dunque, il filtraggio dei siti utilizzati per le attività e le condotte di cui agli artt. 270-*bis* e 270-*sexies* c.p. - comprese quelle di proselitismo, di arruolamento dei *foreign fighter*, di addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale -, nonché l'aggiornamento del relativo elenco, nel quale confluiscono le segnalazioni effettuate dagli organi di polizia giudiziaria. Tale *black-list* è aggiornata dal Servizio polizia postale del Dipartimento della pubblica sicurezza, quale organo del Ministero dell'interno per la sicurezza e per la regolarità dei servizi di telecomunicazione (così individuato dall'art. 7-*bis* del decreto-legge n. 144 del 2005), anche per le operazioni sotto copertura relative alla creazione di siti nelle reti di comunicazione, nonché ai fini della prevenzione e della repressione delle attività terroristiche o di agevolazione del terrorismo internazionale. Tuttavia, la tutela preventiva diviene più stringente allorché si procede per i delitti di cui agli artt. 270-*bis*, 270-*ter*, 270-*quater* e 270-*quinquies* c.p. commessi con le finalità di terrorismo e sussistono concreti elementi che consentano di ritenere che taluno compia le suddette attività avvalendosi dello strumento telematico.

In tali evenienze il pubblico ministero ordina⁶¹¹, con decreto motivato, ai *service provider* di provvedere alla rimozione del contenuto "sospettato" (art. 2, quarto comma, decreto cit.). Di conseguenza, i destinatari dell'ordine di rimozione devono adempiere all'ordine immediatamente e, comunque, non oltre quarantotto ore dal ricevimento della notifica del decreto⁶¹². In caso di mancato adempimento, verrà disposta

⁶¹⁰ Per chiarezza espositiva si riporta il testo della norma *de qua*: «1. I fornitori di connettività alla rete Internet, al fine di impedire l'accesso ai siti segnalati dal Centro, sono obbligati ad utilizzare gli strumenti di filtraggio e le relative soluzioni tecnologiche conformi ai requisiti individuati con decreto del Ministro delle comunicazioni, di concerto con il Ministro per l'innovazione e le tecnologie e sentite le associazioni maggiormente rappresentative dei fornitori di connettività della rete Internet. Con il medesimo decreto viene altresì indicato il termine entro il quale i fornitori di connettività alla rete Internet devono dotarsi degli strumenti di filtraggio. 2. La violazione degli obblighi di cui al comma 1 è punita con una sanzione amministrativa pecuniaria da euro 50.000 a euro 250.000. All'irrogazione della sanzione provvede il Ministero delle comunicazioni. 3. Nel caso di violazione degli obblighi di cui al comma 1 non si applica il pagamento in misura ridotta di cui all'articolo 16 della legge 24 novembre 1981, n. 689».

⁶¹¹ La voce verbale «ordina» si connota già sul piano semantico di un valore deontico, che depone per l'obbligatorietà della misura, di modo che per il pubblico ministero risultano pressoché assottigliati i margini di discrezionalità applicativa.

⁶¹² Sulla ragionevolezza del termine di quarantotto ore si esprime si veda *Audizione del Prefetto Alessandro Pansa su C. 2893 recante «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 18 febbraio 2015, n. 7, recante misure urgenti per il contrasto del terrorismo, anche di matrice*

l'interdizione dell'accesso al dominio *Internet* nelle forme e con le modalità di cui all'art. 321 del codice di procedura penale, garantendo - ove tecnicamente possibile - la fruizione dei contenuti estranei alle condotte illecite. Quest'ultimo inciso è stato inserito in sede di conversione del decreto-legge, avendo assunto quale paradigma sociologico di riferimento le piattaforme di *hosting* a larga fruizione e accesso (si pensi ai *social network*), le quali assurgono a una sorta di foro virtuale in cui la libertà di manifestazione del pensiero e quella di informazione (nella duplice accezione costituzionale) trovano un rimarchevole inveramento. Cosicché risulta imprescindibile operare la rimozione dei soli e precipui contenuti ritenuti illeciti, intervenendo in modo selettivo e scongiurando la «eliminazione "di massa" di testi, immagini, video e siti *web*, che violerebbe la libertà di espressione e di informazione degli utenti»⁶¹³.

Ai fini dell'interpretazione delle norme in commento e dei connessi aspetti prasseologici, rivestono indubbiamente una funzione chiarificatrice i rilievi mossi dall'allora Garante per la protezione dei dati personali nel corso dell'audizione presso le Commissioni riunite Giustizia e Difesa della Camera dei deputati sul disegno della legge di conversazione⁶¹⁴. Al lume di tali considerazioni è da ribadire, seppur a costo

internazionale, nonché proroga delle missioni internazionali delle Forze armate e di polizia, iniziative di cooperazione allo sviluppo e sostegno ai processi di ricostruzione e partecipazione alle iniziative delle Organizzazioni internazionali per il consolidamento dei processi di pace e di stabilizzazione», XVII Legislatura - Bollettino delle giunte e delle commissioni parlamentari - Commissioni Riunite (II e IV), 25 febbraio 2015, p. 10, secondo cui «Il rischio che la mancata ottemperanza alla rimozione su un social network di immagini a richiesta dell'autorità giudiziaria non avvenga nelle quarantott'ore è un rischio serio, per il quale noi abbiamo già avviato contatti con tutti i grandi operatori affinché funzioni il sistema di comunicazione e notifica».

⁶¹³ Così R. PEZZUTO, *op. ult. cit.*, p. 54.

⁶¹⁴ *Audizione del Presidente dell'Autorità Garante per la protezione dei dati personali, Antonello Soro, su C. 2893 recante «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 18 febbraio 2015, n. 7, recante misure urgenti per il contrasto del terrorismo, anche di matrice internazionale, nonché proroga delle missioni internazionali delle Forze armate e di polizia, iniziative di cooperazione allo sviluppo e sostegno ai processi di ricostruzione e partecipazione alle iniziative delle Organizzazioni internazionali per il consolidamento dei processi di pace e di stabilizzazione», XVII Legislatura - Bollettino delle giunte e delle commissioni parlamentari - Commissioni Riunite (II e IV), 4 marzo 2015. Il Presidente Soro, pur muovendo dalla premessa che nel quadro europeo di *counter-terrorism* le misure predisposte dal decreto-legge *de quo* coniugano con maggior equilibrio libertà e sicurezza, riservatezza e prevenzione, ha ritenuto che «il dibattito parlamentare potrà senza dubbio contribuire a migliorarle o integrarle, ovviamente sempre nel rispetto del vincolo di omogeneità e condivisione dei presupposti di necessità e urgenza, imposto dalla natura del potere di conversione». In particolare, l'audizione evidenzia che la formulazione della norma «Nonostante non sia espressamente prevista, sembrerebbe però necessaria una disciplina di attuazione anche della diversa previsione di cui all'art. 2, c.4, della rimozione selettiva dei contenuti illeciti pubblicati su siti utilizzati da terroristi, che sembrerebbe includere - con una significativa innovazione rispetto al codice del commercio elettronico - anche i *social network* (luoghi nei quali del resto si svolge prevalentemente l'azione di proselitismo e apologia)». Parimenti si ritiene che necessiti di qualche precisazione applicativa la previsione del sequestro preventivo ex 321 c.p.p. in caso di inadempimento da parte dell'ISP dell'ordine di rimozione, atteso che l'equilibrio di tale*

di risultare pleonastici, che l'inibizione dell'accesso ai siti "sospetti" deve essere selettiva e limitata ai soli contenuti accessibili al pubblico con esclusione di ogni forma di monitoraggio della comunicazione *inter privatos* che, viceversa, frusterebbe il diritto alla segretezza delle comunicazioni *ex art. 15 Cost.*

Volendo, infine, compiere un bilancio sulla conformità dell'ordine interno rispetto all'obbligo sancito dall'art. 21 della Direttiva, può affermarsi con risolutezza che nessun dubbio si annida sull'*an* della *compliance* al vincolo europeo; mentre residuano delle perplessità circa il *quomodo* di attuazione dell'obbligo di inibizione ovvero di rimozione. Si allude all'opportunità di un intervento mirato da parte del legislatore domestico in punto di disciplina delle «*procedure trasparenti*» e delle «*idonee garanzie*» connesse alla rimozione o al blocco, fra le quali si annovera la possibilità di esperire i rimedi impugnatori (cfr. art. 21, paragrafo terzo, Direttiva cit.).

Invero, la censura che si va muovendo richiede di mettere in luce un distinguo tra i moduli procedimentali contemplati dall'art. 2 del decreto n. 7 del 2015. Da un lato, infatti, il rinvio alla disciplina del sequestro preventivo, operante in caso di inadempimento dell'ordine di rimozione da parte dei fornitori di connettività, vale a fondare una piena e mirabile "giurisdizionalizzazione" della misura *de qua*, sia sotto il profilo dei presupposti applicativi (proporzionalità e necessità) che sotto quello delle garanzie procedurale-formali (*inter alia*, i rimedi impugnatori). Dall'altro, invece, si pone il modulo esecutivo previsto in prima istanza (primo periodo dell'art. 2, comma quarto) che, al pari di quello per l'estensione dell'ordine di inibizione⁶¹⁵, risulta carente di una procedura altrettanto dettagliata, trasparente e autenticamente garantista.

disciplina si fonda su due aspetti intangibili. *In primis* sulla limitazione della rimozione ai soli contenuti accessibili al pubblico, «il che esclude chiaramente ogni forma di monitoraggio delle comunicazioni private che, se attuato in forme diverse da quelle previste per le intercettazioni telematiche, sarebbe certamente incompatibile con il diritto alla segretezza delle comunicazioni di cui all'art. 15 Cost. In secondo luogo, sul sistema di segnalazione e rimozione (*notice and take down*: il solo compatibile con la disciplina europea), che esclude cioè ogni preventiva censura, da parte del provider, dei contenuti diffusi in rete», ammettendone la rimozione selettiva solo su precipuo ordine dell'autorità giudiziaria procedente.

⁶¹⁵ In tal caso, in virtù del rinvio esplicito contenuto nell'art. 2, comma terzo, del d.l. n. 7/2015, occorre far riferimento al Decreto del Ministro delle Comunicazione dell'8 gennaio 2007, recante «*Requisiti tecnici degli strumenti di filtraggio che i fornitori di connettività alla rete Internet devono utilizzare, al fine di impedire, con le modalità previste dalle leggi vigenti, l'accesso ai siti segnalati dal Centro nazionale per il contrasto alla pedopornografia*», per individuare le modalità, le tempistiche e le soluzioni tecniche che presidiano l'implementazione della misura inibitoria.

4.1. Modalità operative per garantire l'effettivo rispetto dell'obbligo di tempestiva rimozione: la proposta del Regolamento sulla prevenzione della diffusione di contenuti terroristici *online*

Come garantire effettivamente il rispetto dell'obbligo di tempestiva rimozione dei contenuti *online* che costituiscono una pubblica provocazione a commettere delitti terroristici, in modo tale da fissare un punto di equilibrio fra l'esigenza di una prevenzione efficace e la tutela dei *Grundrechte* (la libertà di espressione e di informazione, il diritto alla riservatezza, ma altresì la libertà di iniziativa economica)? A tale quesito le istituzioni europee, in un primo momento, hanno tentato di fornire una risposta, suscettibile di tradursi in uno *standard* operativo-decisionale uniforme, dotato dei caratteri di efficacia ed esigibilità, attraverso la promozione del regime di *cooperazione volontaria* tra gli Stati membri e i più eminenti operatori dell'*European digital market*.

Nella consapevolezza che l'implementazione delle misure di *counter-cyberterrorism* passa attraverso il partenariato e la responsabilizzazione dei prestatori di servizi di *hosting*, la Commissione europea nel marzo 2018 ha adottato un'apposita Raccomandazione sulle misure per contrastare i contenuti illegali in Rete⁶¹⁶, nella quale sono state individuate, quali rimedi teleologicamente orientati al contrasto della propaganda virtuale, il miglioramento del processo di segnalazione, il termine di un'ora per evadere le segnalazioni, i meccanismi maggiormente proattivi per individuare tali contenuti, nonché la rimozione efficace e le salvaguardie per valutare accuratamente i contenuti terroristici.

Allargando l'ottica di visuale, si annoverano diverse iniziative e risoluzioni formali che hanno preceduto la Raccomandazione della Commissione del marzo 2018, costituendone il terreno di cultura e, soprattutto, contribuendo a consolidare un autentico *acquis communautaire* in materia. Anzitutto, va rammentata la Comunicazione della Commissione del settembre 2017⁶¹⁷, un provvedimento di *soft*

⁶¹⁶ Raccomandazione del 1° marzo 2018 sulle misure per contrastare efficacemente i contenuti illegali *online* (C(2018)1777 definitivo). Per un commento si veda R. PEZZUTO, *op. ult. cit.*, p. 40 ss.

⁶¹⁷ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni del 28 settembre 2017 sulla «*Lotta ai contenuti illeciti online verso una maggiore responsabilizzazione delle piattaforme online*» (COM (2017) 555 definitivo), la quale prende abbrivio dalla considerazione che «*La grande diffusione di contenuti illegali che possono essere caricati - e quindi consultati - online suscita tuttavia serie preoccupazioni che richiedono risposte convincenti ed efficaci. Ciò che è illegale offline è illegale anche online*».

law e di tipo prasseologico che, oltre a rappresentare l'antesignano della Raccomandazione in commento, ha tracciato l'indirizzo strategico dell'Unione, a medio-breve termine, nel contrasto alla *cyber-jihad*.

Ancor prima, il Consiglio europeo del 22 e 23 giugno 2017 aveva persuaso le imprese affinché «sviluppano nuove tecnologie e nuovi strumenti al fine di migliorare l'individuazione automatica e la rimozione dei contenuti che incitano a compiere atti terroristici», asseverando che «se necessario si dovrebbero completare tali iniziative con le pertinenti misure legislative a livello dell'UE».

Trattasi con tutta evidenza di *input* cruciali per l'edificazione di una strategia comune fra gli Stati membri con un (necessario) approccio multilaterale al fenomeno e che vede riposta la sua quintessenza nella cooperazione fra attori privati e pubblici, nonché nella generalizzazione delle *best available techniques*. *Input* che, a ben vedere, sono stati protagonisti di un ulteriore sviluppo in seno al Forum dell'UE su *Internet*, un'iniziativa di partenariato pubblico-privato inaugurata nel dicembre 2015 secondo la *roadmap* indicata dall'Agenda europea sulla sicurezza. Il Forum ha avuto il pregio di incoraggiare i Paesi membri e gli *host provider* nello sforzo di implementare azioni congiunte, atte a limitare l'accessibilità dei messaggi terroristici *online* e a promuovere la strategia delle contro-narrative⁶¹⁸.

È innegabile che, in un siffatto contesto, le iniziative volontarie, portate avanti dagli operatori del mercato digitale, hanno contribuito a corroborare la risposta da parte delle imprese alle segnalazioni promananti dalle autorità nazionali e dall'unità specializzata di Europol, ad attuare misure proattive per l'individuazione automatizzata dei contenuti di *public incitement*, nonché a veicolare lo sviluppo della c.d. "banca dati di *hash*"⁶¹⁹.

⁶¹⁸ R. PEZZUTO, *op. ult. cit.*, p. 41, oltre a far menzione del Forum dell'UE su *Internet*, riporta i virtuosi risultati raggiunti dal *Code of conduct*, concluso nel maggio del 2016 dalla Commissione europea con *Facebook*, *Microsoft*, *Google (YouTube)* e *Twitter* per contrastare il dilagare dei contenuti d'odio *on line* (cfr. Decisione quadro 2008/913/GAI del 28 novembre 2008 sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale). I risultati di tale accordo vengono costantemente monitorati dal 2016 ed hanno mostrato progressi crescenti nella volontaria attività dei prestatori di servizi di rimuovere i contenuti d'odio segnalati. All'esito del quarto monitoraggio presentato dalla Commissione europea il 4 febbraio 2019, si è registrata statisticamente una tendenziale risposta entro 24 ore, da parte dei prestatori di servizi, alle segnalazioni ricevute, nonché della rimozione nel 2018 del 72% dei contenuti segnalati, con un significativo miglioramento rispetto al 59% del 2017 e al 28% nel 2016.

⁶¹⁹ La funzione della "banca dati di *hash*" è quella di evitare che contenuti terroristici noti siano caricati su piattaforme interconnesse.

Ciononostante, i risultati raggiunti sono stati ritenuti non pienamente soddisfacenti, atteso che non tutti i *provider* hanno attivamente aderito al Forum e, in ogni caso, i progressi compiuti dagli attori privati si sono rilevanti non così diffusi e solerti da costituire un rimedio davvero risolutivo, a fronte della parossistica *escalation* terroristica.

Per completare il quadro ricognitivo, va altresì evidenziato che il monitoraggio sull'osservanza degli obblighi di cui all'art. 21 della Direttiva (UE) 2017/541, a livello dei singoli ordinamenti nazionali, dischiude una prospettiva composita e non lusinghiera. Emerge, infatti, che diversi Stati membri hanno legiferato in materia senza, però, dettagliare le procedure e le misure tecniche che presidiano l'operazione di *removal*⁶²⁰ e anteponendo alle vincolanti istruzioni sovranazionali le peculiarità domestiche; ancora, altri Stati, con cognizione o per inerzia, hanno rifiutato di apportare interventi novellistici in tal senso, demandando l'attuazione dell'obbligo di rimozione ai presidi normativi preesistenti, i quali, però, si sono dimostrati viepiù inidonei.

Rebus sic stantibus, sarebbe scontato inferire che il quadro tratteggiato è di segno diametralmente opposto all'armonizzazione dei sistemi penali europei, che la Direttiva del 2017 ha fissato quale obiettivo prioritario.

Orbene, al netto di tali considerazioni, non sorprende che il Consiglio europeo nella sessione del 28 giugno 2018 abbia salutato con favore l'intendimento della Commissione di presentare una proposta legislativa per affinare l'individuazione e la conseguente rimozione di contenuti istigativi e apologetici attraverso un apposito regolamento.

Dando così seguito a tale impulso, il 12 settembre 2018 la Commissione ha presentato la proposta di Regolamento (COM(2018) 640 definitivo)⁶²¹, con il dichiarato intento di superare il vigente modello di *droit mou*, a trama aperta e flessibile, fondato sull'impulso della cooperazione volontaria dei *provider*, a beneficio di un sistema di

⁶²⁰ Peculiare è il paradigma della legislazione tedesca, così come interpolata nel 2017 per migliorare la fruizione dei *social network*. Sul punto, si prevede che i fornitori di servizi di *hosting* sono obbligati a designare una persona abilitata a ricevere richieste di informazioni dalle autorità competenti e a rimuovere i contenuti illeciti; il precetto è, inoltre, presidiato dalla previsione di sanzioni fino a 500.000 euro nel caso di mancata nomina del rappresentante legale ovvero di omessa risposta alle richieste di informazioni pervenute.

⁶²¹ Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla prevenzione della diffusione di contenuti terroristici *online* del 12 settembre 2018 (COM(2018)640 definitivo).

prevenzione e di contrasto maggiormente rigoroso, ordinato sull'imposizione di precisi obblighi giuridici (*hard law*)⁶²².

Il Consiglio dell'Unione ha, quindi, avviato l'esame nel merito della proposta in occasione del *Terrorism Working Party* (25 settembre 2018), elaborando una serie di emendamenti all'articolato proposto, che sono poi confluiti nello "orientamento generale", così come ufficializzato nella sessione "Giustizia e Affari interni" del 6 dicembre. Dal canto suo, il Parlamento europeo il 17 aprile 2019 ha adottato una risoluzione legislativa *ad hoc*, esprimendo posizione favorevole alla proposta legislativa (prima lettura), unitamente alla formalizzazione di taluni emendamenti. Il successivo 22 maggio la discussione è proseguita in seno al Consiglio.

Tuttavia, la proposta di Regolamento non ha ancora visto la luce, a causa dello stallo interistituzionale determinato dal rinnovo degli organi rappresentativi.

È opportuno segnalare, sin da ora, che l'*ubi consistam* della proposta legislativa si rinviene nell'art. 114 TFUE, norma deputata a catalizzare il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative dei Paesi membri aventi per oggetto l'instaurazione e il funzionamento del *mercato interno*.

La scelta sistematico-dogmatica dell'art. 114 TFUE quale base giuridica esclusiva può essere letta sotto due profili simmetrici. Da un lato, essa riflette una prospettiva politico-legislativa mutata (e ben più ampia) rispetto alla Direttiva del 2017 in punto di contrasto alla propaganda *online*. Di fatti, la proposta in parola tende *expressis verbis* ad aumentare l'efficacia delle attuali misure per rilevare, individuare e rimuovere i contenuti terroristici in Rete, fissando obblighi specifici di diligenza per i prestatori di servizi di *hosting* e altrettanti obblighi per gli Stati membri. Diversamente dalla Direttiva del 2017, che ha contemplato i soggetti statali quali destinatari esclusivi delle previsioni di cui all'art. 21 della stessa, qui gli operatori economici sono gravati, in via diretta e immediata, di obblighi giuridici assai pregnanti.

Il diretto corollario di tale impostazione è intuibile (o, forse, auspicabile): un «*quadro giuridico armonizzato agevererà la fornitura di servizi online in tutto il mercato*

⁶²² Sul tema, R. PEZZUTTO, *op. ult. cit.*, p. 41 ss. L'A. traccia una significativa visione di sintesi, argomentando che «l'impianto della proposta di Regolamento prevede non solo adempimenti a carico dei *providers*, ma anche l'attuazione di misure di varia natura da parte degli Stati membri, i quali sono tenuti a contribuire attivamente al raggiungimento degli obiettivi del nuovo Regolamento attraverso il potenziamento della capacità delle autorità nazionali di rispondere efficacemente alle minacce posta da un utilizzo improprio della rete a fini terroristici», p. 43.

digitale, garantirà condizioni di parità per tutti i prestatori di servizi di hosting che offrono i loro servizi nell'Unione europea e fornirà un solido quadro giuridico per l'individuazione e la rimozione di contenuti terroristici, accompagnato da adeguate salvaguardie a tutela dei diritti fondamentali»⁶²³.

Dall'altro lato, la base giuridica dell'art. 114 TFUE può essere prospettata quale scelta strategica per ovviare all'ineffettività del presidio preventivo-repressivo dell'art. 21 della Direttiva, le cui cause sono da imputare all'incompleto recepimento e alla disomogeneità degli ordinamenti nazionali, facendo così leva sulla portata generale, l'integrale obbligatorietà e la diretta applicabilità del regolamento (art. 288, paragrafo secondo, TFUE), strumento perspicuamente più incisivo della direttiva⁶²⁴.

Senonché, ci pare cogliere nel segno l'osservazione di quanti asseverano che l'articolato della proposta disciplina eminentemente i profili giuridici e le misure applicative concernenti la prevenzione e la lotta del terrorismo, nonché la cooperazione tra forze di polizia e autorità giudiziarie, cioè tutti aspetti riconducibili *ratione materiae* alle previsioni di cui agli artt. 67, comma terzo, 83, 87 e 88 TFUE⁶²⁵. Di talché, la scelta dell'art. 114 TFUE risulta essere pressoché ultronea.

Veniamo ora all'analisi, seppur sinottica, dell'impianto normativo.

L'ambito di applicazione soggettiva del Regolamento comprende i prestatori di servizi di *hosting* che offrono i loro servizi all'interno dell'Unione, a prescindere dal loro luogo di stabilimento o dal loro volume d'affari.

⁶²³ Così si esprime la Relazione della Commissione, ove si offre un'analisi empirico-criminologica a largo spettro, con una particolare enfasi sugli effetti che riverberano sul mercato digitale. Il punto di avvio dell'analisi è il seguente: i contenuti terroristici condivisi *online*, diffusi attraverso prestatori di servizi di *hosting* che permettono il caricamento di contenuti di terzi, si sono rivelati dirimenti nella radicalizzazione dei lupi solitari, poi resisi protagonisti degli attentati terroristici in Europa. Ma il quadro è ben più composito, poiché tali contenuti «*non hanno solo un considerevole impatto negativo sui singoli e sulla società in generale, ma minano anche la fiducia degli utilizzatori in Internet e pregiudicano i modelli commerciali e la reputazione delle imprese interessate. Oltre alle grandi piattaforme di social media, i terroristi si rivolgono sempre più a piccoli prestatori che offrono diversi tipi di servizi di hosting su scala mondiale*». Di talché l'abuso di Internet solleva la questione della responsabilità sociale che «*devono assumersi le piattaforme Internet per proteggere i loro utilizzatori dall'esposizione a contenuti terroristici e dai gravi rischi per la sicurezza che questi contenuti comportano per la società in generale*».

⁶²⁴ Non a caso la Relazione assevera che l'art. 114 TFUE rappresenta la base giuridica adeguata ad armonizzare le condizioni di fornitura dei servizi transfrontalieri di *hosting* nel mercato unico digitale e ad affrontare le divergenze tra le disposizioni degli Stati membri ostative al funzionamento del mercato interno. Dunque, «*questa disposizione permette [...] di evitare che emergano ostacoli futuri all'attività economica che potrebbero derivare da differenze nell'evoluzione delle legislazioni nazionali*».

⁶²⁵ Cfr. R. PEZZUTO, *op. ult. cit.*, p. 43.

L'art. 2 (1) definisce il prestatore di servizi di *hosting* come colui che presta servizi della società dell'informazione consistenti nel «memorizzare informazioni fornite dal fornitore di contenuti su richiesta di quest'ultimo e nel rendere le informazioni memorizzate disponibili a terzi»⁶²⁶.

Sul punto, il *considerando* 10 esemplifica le tipologie di prestatori di servizi della società dell'informazione, che devono intendersi sottoposti agli obblighi di diligenza enucleati nel provvedimento *de quo*: le piattaforme dei *social media*, i servizi di *streaming video* e di condivisione video, audio e immagini, i servizi di condivisione di *file* e altri servizi *cloud*, nella misura in cui mettono tali informazioni a disposizione di terzi e di siti *web*, all'interno dei quali gli utenti possono esprimere commenti o postare recensioni. Per converso, sono esclusi dall'area di precettività i prestatori di servizi che effettuano il mero trasporto di dati (*mere conduit*) senza memorizzazione degli stessi ovvero con memorizzazione funzionale, ma solo temporanea (*caching*).

Il Regolamento dovrebbe applicarsi altresì agli *hosting provider* che, sebbene siano stabiliti in Paesi terzi, operano nel mercato unico digitale dell'Unione e palesano un collegamento sostanziale con uno o più Stati membri, atteso che una quota significativa dei fornitori di servizi di *hosting*, grazie ai quali i contenuti terroristici sono veicolati e grandemente diffusi, risultano essere stabiliti in Paesi terzi.

Come individuare un collegamento sostanziale? Con una presunzione *iuris tantum* è lo stesso legislatore a riconoscere la sussistenza di tale vincolo nei casi in cui il *provider* abbia uno stabilimento nell'Unione, un numero significativo di utenti in uno o più Paesi europei ovvero in caso di orientamento delle attività verso uno o più Stati membri⁶²⁷.

In un'ottica di piena responsabilizzazione e di individuazione dei soggetti responsabili, si prevede che l'*hosting provider* non stabilito, ma che offre servizi nell'Unione, ha l'onere di designare per iscritto il proprio rappresentante legale (persona fisica o giuridica) nello spazio euro-unitario per la ricezione e l'attuazione degli ordini di rimozione, delle segnalazioni, richieste e decisioni emessi dalle autorità competenti

⁶²⁶ Il fornitore di contenuti è, dal canto suo, un utilizzatore che fornisce informazioni memorizzate, su sua richiesta, da un prestatore di servizi di *hosting*, secondo la definizione elaborata all'art. 2 (2).

⁶²⁷ È bene specificare che la mera accessibilità del sito *web* di un prestatore di un *provider* o di un indirizzo di posta elettronica e di altri dati di contatto in uno o più Stati membri non dovrebbe costituire *ex se* una condizione sufficiente per l'applicazione del Regolamento (cfr. *considerando* 10 e 11)

(art. 16)⁶²⁸. A pena di invalidità della designazione, il rappresentante legale deve risiedere o essere stabilito in uno degli Stati membri in cui il *provider* offre i propri servizi. Tale soggetto risponde «*per il mancato rispetto degli obblighi derivanti dal presente regolamento, fatte salve le responsabilità del prestatore di servizi di hosting e le azioni legali che possono essere promosse nei confronti di quest'ultimo*» (art. 16, paragrafo terzo)⁶²⁹.

Si badi che, laddove il *provider* ometta di designare il proprio rappresentante legale, tutti gli Stati membri sono competenti (art. 15), tuttavia chi esercita per primo la propria competenza è tenuto a renderne edotti gli altri⁶³⁰.

Specularmente la proposta legislativa prevede alcuni obblighi stringenti in capo agli Stati membri, i quali sono tenuti a designare una o più autorità competenti per emanare ordini di rimozione, individuare e segnalare contenuti terroristici ai *provider*, sorvegliare l'attuazione delle misure proattive da parti degli operatori e far rispettare loro gli obblighi sanciti dal Regolamento tramite la comminatoria di sanzioni (art. 17). L'autorità competente può essere indifferentemente giudiziaria o amministrativa, ma è dirimente che la relativa designazione sia comunicata alla Commissione, al fine di darne una pubblicità legale (pubblicazione della notifica sulla Gazzetta Ufficiale).

Per efficientare l'interlocuzione fra gli attori privati e quelli pubblici, l'art. 14 prevede che i prestatori di servizi istituiscano un punto di contatto incaricato di ricevere gli ordini di rimozione e le segnalazioni per via elettronica e assicurarne il rapido trattamento, notiziandone il pubblico⁶³¹. Di pari passo sarà appannaggio degli Stati

⁶²⁸ Vale la pena rammentare che la normativa tedesca, così come interpolata nel 2017, prevede l'obbligo in capo ai *providers* di designare una persona abilitata a ricevere richieste di informazioni dalle autorità competenti e a rimuovere i contenuti illeciti. V. nota 609.

⁶²⁹ La norma, informandosi al principio di effettività inteso quale corrispondenza di poteri e doveri, stabilisce che il prestatore di servizi di *hosting* deve conferire al proprio rappresentante legale i poteri e le risorse necessari per cooperare con le autorità competenti e per ottemperare a tali decisioni/ordini. La disposizione europea presenta chiare affinità con la disciplina interna della delega di funzioni (in tal caso, si tratterebbe di funzioni specifiche) ex art. 16 del D.lgs. n. 81 del 2008.

⁶³⁰ Gli Stati membri sono chiamati a introdurre nei rispetti ordinamenti delle sanzioni in caso di omessa o irregolare designazione del rappresentante legale, stante la riserva di cui all'art. 18, in virtù della quale gli Stati stabiliscono le norme relative alle sanzioni (efficaci, proporzionate e dissuasive) applicabili in caso di violazione da parte dei prestatori di servizi degli obblighi sanciti dal Regolamento, adottando altresì le misure necessarie per assicurarne l'applicazione. La disposizione precisa che le sanzioni sono limitate a violazioni degli obblighi tassativamente elencati, fra i quali figurano la designazione del rappresentante legale.

⁶³¹ È giocoforza precisare che il punto di contatto, in quanto vocato ad assolvere mansioni operative, non deve necessariamente essere situato nell'Unione e il prestatore di servizi di *hosting* è libero di designare un punto di condizione a condizione già esistente, a condizione che questi sia in grado di svolgere le funzioni previste dal Regolamento. Al fine di garantire che il contenuto terroristico sia rimosso o

membri istituire un punto di contatto per trattare le richieste chiarificatrici e di *feedback* relative agli ordini di rimozione e alle segnalazioni da loro estese.

Sul versante dell'applicazione oggettiva, la normativa proposta plasma un *ensemble* di misure volte a prevenire l'uso improprio dei servizi di *hosting* per la diffusione di contenuti terroristici *online* al fine di garantire il corretto funzionamento del mercato unico digitale, garantendone al contempo la fiducia e la sicurezza da parte degli utenti. La definizione di contenuti terroristici illeciti, enucleata all'art. 2 (5), è in linea con quella di reati di terrorismo di cui alla Direttiva (UE) 2017/541: trattasi, dunque, di messaggi che istigano, anche mediante apologia del terrorismo, alla commissione di reati terroristici (cfr. art. 3 Direttiva 2017/541), suscettibili di generare il pericolo concreto di perpetrazione di tali gesti; messaggi che incitano a contribuire a reati di terrorismo, nonché di promozione delle attività di un gruppo terroristico; contenuti che forniscono istruzioni finalizzate alla commissione dei suddetti reati.

Orbene, merita sicuramente attenzione l'indicazione prasseologica contenuta nel *considerando* 9, al lume del quale, nel valutare il contenuto terroristico del messaggio proplatato telematicamente, le autorità competenti - al pari dei prestatori di servizi di *hosting* - «*dovrebbero tenere conto di fattori quali la natura e la formulazione dei messaggi, il contesto in cui sono emessi e il loro potenziale di portare a conseguenze dannose, compromettendo la sicurezza e l'incolumità delle persone*».

Tuttavia, il legislatore sovranazionale puntualizza un ulteriore *caveat*: occorre proteggere adeguatamente la diffusione di contenuti per scopi giornalistici, educativi ovvero di ricerca; parimenti, le opinioni radicali, polemiche o controverse espresse nell'ambito di dibattiti politici sensibili, «*non dovrebbero essere considerate contenuti terroristici*».

Così individuate le coordinate applicative del Regolamento sotto il profilo sia soggettivo che oggettivo, è il momento di scandagliare il nucleo duro dell'impianto normativo, *scilicet*: le previsioni degli obblighi giuridici, puntuali e cogenti, che sono posti in capo ai fornitori di servizi di *hosting*.

L'art. 3 prevede altresì un obbligo generale che eleva a pretesa comportamentale conforme a diligenza l'adozione di misure adeguate, ragionevoli e proporzionate, per

l'accesso disattivato entro un'ora dal ricevimento di un ordine di rimozione, i prestatori di servizi di *hosting* dovrebbero far sì che il punto di contatto sia accessibile 24 ore su 24 e 7 giorni su 7 (*considerando* 33).

prevenire la diffusione di contenuti terroristici e proteggere gli utenti del *web* da tali contenuti. «*In tale contesto, essi agiscono in modo diligente, proporzionato e non discriminatorio, prestano il debito rispetto ai diritti fondamentali degli utilizzatori e tengono conto della fondamentale importanza che riveste la libertà di espressione e di informazione in una società aperta e democratica*».

Invero, come si avrà modo di approfondire nel successivo paragrafo, siamo dinanzi alla previsione maggiormente foriera di incertezze interpretative, dal momento che va a intersecare un autentico nodo gordiano del diritto penale contemporaneo, rappresentato dal tema della responsabilità del *service provider* e, segnatamente, della configurabilità di una posizione di garanzia in capo allo stesso.

Ad ogni modo, un elemento chiarificatore può desumersi dal *considerando* 12, ove si assevera con apprezzabile nitore che l'obbligo di diligenza non deve essere affatto inteso quale obbligo generale di sorveglianza.

«La proposta di Regolamento passa poi a definire specifici obblighi a carico dei prestatori di servizi di *hosting*, in considerazione della loro particolare responsabilità nei confronti della società civile sotto il profilo della protezione dei servizi dall'uso illegale degli utilizzatori a fini terroristici, indicandone altresì le linee di interazione istituzionale con gli Stati membri e gli organi competenti dell'Unione»⁶³².

In particolare, onde garantire l'effettivo contrasto avverso i contenuti terroristici illegali, il Regolamento disciplina l'istituto dell'ordine di rimozione (art. 4), che può essere emesso come decisione amministrativa ovvero giudiziaria da un'autorità competente di uno Stato membro (si adotta, in tal modo, la procedura *notice and take down*). Spetta esclusivamente al fornitore determinarsi nel senso della rimozione del contenuto "sospettato" ovvero della disabilitazione, ma è imprescindibile (e inderogabile) provvedere entro il termine di un'ora⁶³³.

Inoltre, il Regolamento armonizza i requisiti minimi per le segnalazioni (art. 4, paragrafo terzo) inviate dalle autorità competenti degli Stati membri e dagli organismi dell'Unione (si pensi all'unità specializzata di Europol) ai prestatori di servizi di *hosting*, le quali saranno valutate sulla base delle rispettive condizioni contrattuali.

⁶³² Così R. PEZZUTO, *op. ult. cit.*, p. 47.

⁶³³ In ordine al termine di un'ora la Relazione alla proposta di Regolamento argomenta sulla base della considerazione empirico-criminologica che la diffusione *online* di contenuti propagandistici con finalità terroristiche è particolarmente pernicioso proprio nelle prime ore dell'immissione del contenuto, per via della velocità di condivisione.

Particolarmente dettagliata è la sequela procedurale in base alla quale l'autorità competente deve trasmettere l'ordine di rimozione direttamente al destinatario e al punto di contatto con ogni mezzo elettronico in grado di consentire la conservazione di una traccia scritta in condizioni che permettano al prestatore di stabilirne l'autenticità (inclusa l'esattezza della data e dell'ora di invio e di ricevimento dell'ordine), quali posta elettronica protetta e piattaforme o altri canali protetti, in conformità alle norme in materia di protezione dei dati personali⁶³⁴. Su richiesta del prestatore di servizi di *hosting* ovvero del fornitore di contenuti, l'autorità competente è tenuta a trasmettere una motivazione dettagliata, fermo restando, però, l'obbligo del *provider* di conformarsi all'ordine di rimozione entro il termine surriferito.

Ai sensi dell'art. 5 del provvedimento *de quo*, i *provider* perfezionano misure operative e tecniche per agevolare la rapida valutazione dei contenuti che le autorità competenti e, se del caso, gli organismi dell'Unione segnalano loro affinché provvedano, su base volontaria, ad esaminarli.

Dall'analisi dei tratti salienti dell'ordine di rimozione è pacifico dedurre che le disposizioni dianzi analizzate si caratterizzano per aver approntato misure di natura ontologicamente rimediale e di immediata precettività; tuttavia, il Regolamento prevede altresì l'obbligo per i prestatori di servizi di *hosting* di adottare, «*se del caso*», *misure proattive* proporzionate al livello di rischio e di rimuovere il materiale terroristico dai loro servizi, anche ricorrendo a strumenti di individuazione automatizzata (art. 6).

Nell'economia del Regolamento gioca un ruolo cruciale il vincolo per i *provider* di comunicare nel dettaglio le misure adottate e di informare le autorità competenti, allorquando individuino contenuti che costituiscono una minaccia per la vita o la sicurezza. In aggiunta, gli stessi sono gravati del compito di conservare i contenuti

⁶³⁴ Il Consiglio in sede di orientamento ha apportato un significativo emendamento, consistente nell'introduzione dell'art. 4-bis «*procedura di consultazione per gli ordini di rimozione*». Trattasi di una procedura parallela rispetto alla notifica dell'ordine di cui all'art. 4, la quale si applica allorquando il *provider* ha la propria sede di stabilimento in uno Stato membro diverso rispetto a quello dell'autorità di emissione. R. PEZZUTO, *op. ult. cit.*, p. 49, la descrive in questi termini: «Essa consiste sostanzialmente nella trasmissione di una copia dell'ordine di rimozione, da parte dell'autorità emittente, all'autorità di regola competente ad emettere ordini di rimozione per lo Stato membro in cui ha la propria sede di stabilimento il prestatore di servizi di hosting, al fine di consentire a quest'ultima di valutare la sussistenza di eventuali pregiudizi che il provvedimento in parola possa arrecare agli interessi fondamentali di tale Stato membro e di darne conseguente informazione all'autorità emittente, la quale è tenuta a prendere in conto le circostanze rappresentate e – se necessario – revocare od adeguare l'ordine di rimozione».

rimossi, misura che funge da tutela contro la rimozione erronea ed evita che vadano persi eventuali elementi di prova a fini di prevenzione, accertamento, indagine e perseguimento dei reati di terrorismo, nonché ai fini dei procedimenti di riesame amministrativo o giudiziario (art. 7)⁶³⁵. Segnatamente, il paragrafo secondo dell'art. 7 prevede che i contenuti rimossi debbano essere conservati per un periodo di sei mesi, salvo espressa richiesta dell'autorità amministrativa o giudiziaria competente di preservarli per un periodo più lungo.

Vi è un profilo di significativa novità nell'articolato normativo della proposta: le misure di rimozione o blocco dei contenuti terroristici *online* sono accompagnate da un corredo di misure a salvaguardia della piena protezione dei diritti fondamentali. E nel quadro delle misure volte a proteggere dalla rimozione erronea di contenuti non terroristici, la proposta stabilisce l'obbligo di predisporre meccanismi di *ricorso* «*efficaci e accessibili*» per assicurare che gli utilizzatori possano impugnare la rimozione, adottata a séguito della segnalazione *ex art. 5* ovvero di una misura proattiva *ex art. 6*, essendo facoltizzati a richiedere la reintegrazione del contenuto (art. 10).

Il successivo paragrafo della disposizione in commento esplicita che: «*I prestatori di servizi di hosting esaminano tempestivamente ogni reclamo che ricevono e ripristinano il contenuto senza indebito ritardo quando la rimozione o la disabilitazione dell'accesso si rivela ingiustificata. Essi informano l'autore del reclamo delle conclusioni del loro esame*».

⁶³⁵ Cfr. Relazione alla proposta di Regolamento, p. 18. Sul punto, R. PEZZUTO, *op. ult. cit.*, p. 51, evidenzia che l'obbligo di conservazione ha due finalità principali: quella di garantire il diritto dell'utilizzatore al riesame amministrativo o giurisdizionale del provvedimento di rimozione o di disabilitazione dell'accesso, a tutela dei suoi diritti fondamentali e dell'eventuale ripristino dei materiali sul *web* in caso di esito a lui favorevole del procedimento di riesame; quella di garantire l'attività di indagine da parte dell'autorità giudiziaria, in considerazione della potenziale utilità di tali materiali per prevenire o perseguire reati di terrorismo.

Il *considerando 20* specifica che il suddetto obbligo di conservazione dei dati dovrebbe essere esteso ai relativi dati «*nella misura in cui tali dati andrebbero altrimenti perduti a séguito della rimozione del contenuto in questione. I relativi dati possono ad esempio includere dati relativi agli abbonati, compresi in particolare i dati relativi all'identità del fornitore di contenuti, nonché i "dati relativi agli accessi", tra cui ad esempio i dati relativi alla data e all'ora di utilizzo da parte del fornitore di contenuti, o la connessione al servizio (log-in) e la disconnessione (log-off) dal medesimo, unitamente all'indirizzo IP assegnato al fornitore di contenuti dal prestatore di servizi di accesso a Internet*».

Sono previsti, inoltre, obblighi di trasparenza per le misure prese contro i contenuti terroristici degli *hosting provider*, di modo che sia diafana la loro presa di posizione nei confronti degli utilizzatori, dei cittadini e delle autorità pubbliche⁶³⁶.

Merita, infine, di essere sottolineato che il Regolamento impegna gli Stati membri a provvedere affinché le autorità competenti dispongano dell'*expertise* e delle risorse necessarie per intervenire contro i contenuti terroristici *online*, con il conseguente dovere di comunicare e cooperare tra loro, anche avvalendosi dei canali istituiti da Europol, per garantire in tal modo un coordinamento che sia funzionale all'efficiente governo degli ordini di rimozione e delle segnalazioni.

4.2. La responsabilità degli *Internet Service Provider (ISP)*: un passo indietro o in avanti?

L'obbligo di rimozione dei contenuti *online* che costituiscono una pubblica provocazione a perpetrare atti terroristici costituisce, senza tema di smentita, uno snodo centrale nella legislazione (sovranazionale e non) di *counter-terrorism*, *a fortiori* se si presta attenzione alla circostanza che l'opera di proselitismo e di radicalizzazione, pervicacemente compiuta dai *cyber-jihadisti*, si è rivelata (e si rivela tuttora) esiziale per la sicurezza dei sistemi nazionali europei.

Tuttavia, la relativa disciplina dischiude due momenti di stridente tensione con la tutela delle garanzie individuali: su un versante, si colloca l'annosa esigenza di bilanciare le istanze securitarie con la tutela della libertà di manifestazione del pensiero e di informazione (il *fil rouge* del presente lavoro); su un altro versante, invece, si articola

⁶³⁶ Cfr. Relazione alla proposta di Regolamento, p. 19. Assai rimarchevole il canone interpretativo contenuto nel *considerando* 26, secondo cui l'art. 19 TUE e l'art. 47 CDFUE sanciscono il diritto a una tutela *giurisdizionale effettiva*, in forza del quale le persone devono essere in grado di conoscere il motivo per cui il contenuto da loro caricato è stato rimosso o il relativo accesso disabilitato. A tal fine, «*il prestatore di servizi di hosting dovrebbe mettere a disposizione del fornitore di contenuti utili informazioni che gli consentano di impugnare la decisione [...]. A seconda delle circostanze, i prestatori di servizi di hosting possono sostituire il contenuto considerato terroristico con un messaggio indicante che il contenuto è stato rimosso o disattivato in conformità del presente regolamento. Su sua richiesta, il fornitore di contenuti dovrebbe ricevere maggiori informazioni sui motivi della rimozione e sui mezzi di ricorso. Le autorità competenti dovrebbero informare il prestatore di servizi di hosting se, per motivi di pubblica sicurezza, in particolare nel contesto di un'indagine, ritengono inappropriato o controproducente notificare direttamente la rimozione del contenuto o la disabilitazione dell'accesso al contenuto*».

il tema dell'individuazione del ruolo e, soprattutto, della responsabilità degli *Internet service provider* (ISP).

A ben vedere, i prestatori dei servizi di *hosting*⁶³⁷ risultano i principali destinatari dei precetti interpolati dai più recenti interventi legislativi, in quanto «sembrerebbero essere proprio questi gli unici soggetti in grado di intervenire concretamente, ostacolando la perpetrazione di [...] delitti con finalità di terrorismo»⁶³⁸, in virtù del rapporto qualificato (di c.d. contiguità) che li avvicina ai destinatari-utilizzatori dei servizi da loro prestati e dell'immediata disponibilità delle risorse tecniche indirizzate a tal fine.

Il risvolto patologico dell'iper-responsabilizzazione dell'*hosting provider* è presto detto: la libertà di iniziativa economica rischia di essere compromessa irrimediabilmente dall'affermazione di una sorta di responsabilità (oggettiva) di posizione, con l'ulteriore conseguenza che il *provider*, laddove chiamato a decidere ordinariamente su quali contenuti siano legittimati o meno a permanere nel *cyberspace*, finisce per acquisire il ruolo di *dominus* sull'esercizio del diritto di manifestazione del pensiero, di associazione ovvero di informazione degli internauti.

Tema, quello qui in considerazione, in realtà ben più composito atteso che intercetta le problematiche del dibattito dottrinale⁶³⁹ e giurisprudenziale sullo statuto penale degli

⁶³⁷ La definizione di *hosting provider* o *content provider* è enucleata dall'art. 16 del D.lgs. n. 70 del 2003 (c.d. Codice del commercio elettronico), ai sensi del quale: «1. Nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non è responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che detto prestatore: non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione; non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso. 2. Le disposizioni di cui al comma 1 non si applicano se il destinatario del servizio agisce sotto l'autorità o il controllo del prestatore. 3. L'autorità giudiziaria o quella amministrativa competente può esigere, anche in via d'urgenza, che il prestatore, nell'esercizio delle attività di cui al comma 1, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse».

⁶³⁸ Così P.M. SABELLA, *op. ult. cit.*, p. 156.

⁶³⁹ Sul tema vi è una sconfinata letteratura. In particolare, si segnalano: R. BARTOLI, *Brevi considerazioni sulla responsabilità penale dell'Internet Service Provider*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 600 ss.; M.M. SCOLETTA - A. INGRASSIA, *Italy: The ISP's Criminal Liability for User Content*, in *Computer Law Review International*, 2013, 4, p. 119 ss.; G. CASSANO - F. BUFFA, *Responsabilità del content provider e dell'host provider*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 75 ss.; D. DE NATALE, *Responsabilità penale dell'internet service provider per omesso impedimento e per concorso nel reato di pedopornografia*, in G. GRASSO - L. PICOTTI - R. SICURELLA (a cura di), *op. cit.*, p. 295 ss.; R. FLOR, *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di internet*, Milano, 2010, p. 417 ss.; G. FORNASARI, *Il ruolo della esigibilità nella definizione della responsabilità penale del provider*, in L. PICOTTI (a cura di), *Il diritto penale dell'informatica nell'epoca di Internet*, Padova, 2004, p. 423 ss.; A. MANNA, *Considerazioni sulla responsabilità penale dell'internet provider*

hosting provider, i cui approdi si riverberano inesorabilmente sulla fisionomia della Rete e sull'assetto delle libertà nel cyberspazio.

Un'attenta dottrina ha individuato tre possibili paradigmi di imputazione per il *provider*, ognuno dei quali è caratterizzato da un preciso modello di ascrizione della responsabilità penale e da una «conseguente fisionomia della rete»⁶⁴⁰.

Il primo paradigma ideal-tipico, in adesione alla tesi dell'assoluta libertà della Rete quale strumento di libera espressione (art. 21 Cost.) e comunità di consociati costituzionalmente tutelata ex art. 2 Cost. («*formazione sociale*»), in uno con il principio di autoreponsabilità dell'individuo, descrive l'ISP alla stregua di un *quivis de populo*, escludendo doveri di controllo rispetto alle condotte altrui, obblighi di denuncia dei reati da altri commessi (e da lui conosciuti) ovvero di oneri di collaborazione con l'autorità o la polizia giudiziaria. Pertanto, la sua responsabilità penale è limitata alle sole ipotesi di autoria e di concorso commissivo doloso nell'altrui reato.

Nettamente antitetico è il secondo paradigma, che prende le mosse dall'assunto del cyberspazio come fattore di rischio per l'effettiva tutela dei diritti individuali e degli interessi collettivi. Per governare il *wild web* si reputa necessario individuare i soggetti chiamati a controllare l'operato degli utenti, al fine di assicurare l'effettiva tutela dei diritti e delle libertà. Ciò significa che, all'insorgere di una fonte di rischio la quale trovi causa in un rapporto qualificato tra un soggetto e l'attività che lo stesso esercita, l'individuazione della posizione di garanzia si dimostra strettamente funzionale alla tutela dell'interesse giuridico esposto a pericolo.

In tale prospettiva, l'ISP assurge a controllore della Rete e a garante delle fonti di rischio, sovrintendendo alla tutela degli internauti come un «censore che decide ciò che

in tema di pedofilia, in *Dir. inf.*, 2001, p. 145 ss.; ID., *I soggetti in posizione di garanzia*, in *Dir. inf.*, 2010, p.779 ss.; D. PETRINI, *La responsabilità penale per i reati via internet*, Napoli, 2004, p. 121 ss.; L. PICOTTI, *Fondamento e limiti della responsabilità penale dei service-providers in internet*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 379 ss.; ID., *La responsabilità penale dei service-providers in internet*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p.501 ss.; S. SEMINARA, *La responsabilità penale degli operatori su internet*, in *Dir. inf.*, 1998, 745 ss.

⁶⁴⁰ Si fa riferimento allo studio di A. GRASSIA, *Il ruolo dell'ISP nel cyberspazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine? Le responsabilità penali del provider nell'ordinamento italiano*, in L. LUPARIA (a cura di), *Internet provider e giustizia penale*, Giuffrè, 2012, p. 15 ss.; ID, *Responsabilità penale degli internet service provider: attualità e prospettive*, in *Dir. pen. proc.*, 12, 2017, p. 1621 ss.

può e ciò che non può esistere nel cyberspazio»⁶⁴¹ attraverso l'arma affilata della *censura preventiva*.

Il modello ascrittivo della responsabilità penale è chiaramente quello del reato omissivo improprio, rimproverandosi al *provider* di non aver impedito un reato altrui *ex art. 40 cpv.*, dal momento che su di lui incombe l'obbligo giuridico di impedire l'evento.

Il terzo paradigma, dal canto suo, rappresenta il *trait d'union* fra i due precedenti e, ispirato a logiche di realismo giuridico, postula la necessità di un ragionevole bilanciamento tra il pieno esercizio della libertà di manifestazione (*i.e.* l'esigenza di libertà della Rete) e la tutela della società e dei terzi (*i.e.* l'esigenza di libertà nella Rete). Per contemperare le due opposte esigenze è giocoforza limitare parzialmente la libertà di comunicazione e l'anonimato degli utenti, ma soprattutto implementare «strategie di repressione dei reati commessi che coinvolgono solo *ex post* l'ISP»⁶⁴² attraverso la previsione dell'obbligo di denuncia degli illeciti di cui venga a conoscenza, l'onere di collaborazione con l'autorità procedente per individuare gli autori e il dovere di rimuovere o inibire l'accesso ai contenuti illeciti. Per converso, deve rigettarsi con fermezza la sussistenza di un obbligo di verifica in via preventiva dei contenuti *online*, dal momento che l'ordinamento giuridico richiede al *provider* di attivarsi esclusivamente *ex post facto* per ripristinare lo *status quo* di legalità.

In siffatto contesto, l'ISP riveste il ruolo di tutore dell'ordine nel *cyberspace* e il modello ascrittivo sarà eventualmente quello del reato omissivo proprio, nel senso che sarà chiamato a rispondere per aver omesso le condotte dirette a garantire la punibilità del soggetto attivo del reato e la limitazione delle conseguenze discendenti dal reato (dannose o pericolose che siano).

In ogni caso, mentre il dibattito dottrinario sul tema non si è mai sopito del tutto, l'ordinamento interno, su impulso sovranazionale, ha recepito *per tabulas* l'ultimo paradigma ideal-tipico (invero, quello più persuasivo).

È emblematico menzionare il disposto dell'art. 17 del D. Lgs. 9 aprile 2003, n. 70 («Assenza dell'obbligo generale di sorveglianza»), il quale - in attuazione dell'art. 15

⁶⁴¹ A. INGRASSIA, *Responsabilità penale degli internet service provider: attualità e prospettive*, cit., p. 1622. L'A. pone in luce che tale modello rappresenta una sorta di declinazione del modello di ipereffettività generalpreventiva del "Grande Fratello", descritto in C. E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 475 ss.

⁶⁴² *Ibidem*.

della Direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico⁶⁴³ - reca al primo comma: «*Nella prestazione dei servizi di cui agli articoli 14, 15 e 16, il prestatore non è assoggettato ad un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza, né ad un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite*». Il prestatore è comunque tenuto ad informare senza indugio l'autorità giudiziaria o quella amministrativa con funzioni di vigilanza, qualora sia a conoscenza di presunte attività o informazioni illecite riguardanti un destinatario del suo servizio di *hosting*.

Per converso, l'ultimo comma della norma in parola chiarisce che l'ISP è civilmente responsabile del contenuto del servizio prestato nel caso in cui, richiesto dall'autorità giudiziaria o amministrativa avente funzioni di vigilanza, «*non ha agito prontamente per impedire l'accesso a detto contenuto o se, avendo avuto conoscenza del carattere illecito o pregiudizievole per un terzo del contenuto di un servizio al quale assicura l'accesso, non ha provveduto ad informarne l'autorità competente*».

Di pari passo procede la disposizione finitima, concernente la responsabilità nell'attività di *hosting*, la quale subordina l'esenzione da responsabilità del *provider*, nell'attività di memorizzazione di informazione fornite da un destinatario del servizio, a una duplice condizione: a) che non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività/informazione; b) che non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso⁶⁴⁴.

⁶⁴³ Art. 15 (Assenza dell'obbligo generale di sorveglianza): «*1. Nella prestazione dei servizi di cui agli articoli 12, 13 e 14, gli Stati membri non impongono ai prestatori un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmettono o memorizzano né un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite. 2. Gli Stati membri possono stabilire che i prestatori di servizi della società dell'informazione siano tenuti ad informare senza indugio la pubblica autorità competente di presunte attività o informazioni illecite dei destinatari dei loro servizi o a comunicare alle autorità competenti, a loro richiesta, informazioni che consentano l'identificazione dei destinatari dei loro servizi con cui hanno accordi di memorizzazione dei dati*».

⁶⁴⁴ L'art. 16 al terzo comma prevede che «*L'autorità giudiziaria o quella amministrativa competente può esigere, anche in via d'urgenza, che il prestatore, nell'esercizio delle attività di cui al comma 1, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse*».

In tali evenienze può essere addebitata al fornitore di servizi di connettività una responsabilità omissiva propria. Un enunciato irrefutabile che, però, richiede ulteriore specificazione.

A ben vedere, l'inosservanza dell'obbligo di denunciare all'autorità competente gli illeciti di cui è a conoscenza e di comunicare, ove richiesto, le informazioni necessarie per l'individuazione dell'autore può essere sussunta sotto le fattispecie incriminatrici di cui agli art. 388 e 650 c.p.; la giurisprudenza ritiene altresì configurabile il delitto di favoreggiamento personale *sub specie* di *non facere* antidoveroso.

In prima istanza, la violazione dell'ordine di rimozione del materiale illecito o di inibizione all'accesso promanante dall'autorità giudiziaria può integrare il delitto di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice, purché sia accompagnata dal il compimento «*atti simulati o fraudolenti*» al fine di sottrarsi all'adempimento degli obblighi pendenti. Diversamente, si farà ricorso alla più mite fattispecie contravvenzionale prevista all'art. 650 c.p., che peraltro è applicabile in via esclusiva nel caso di inosservanza dei provvedimenti dell'autorità amministrativa.

In definitiva: può affermarsi *de plano* che la normativa complementare esclude *apertis verbis* l'obbligo per il *provider* di vigilare sul materiale memorizzato, nonché l'onere di attivarsi per ricercare circostanze indiziarie di un'attività illecita, risultando così neutralizzato l'intervento penale finché non vi sia l'effettiva conoscenza che l'informazione o l'attività memorizzata presenta caratteri d'illiceità.

Sulla base di tali indici normativi, la dottrina maggioritaria con un «fuoco di sbarramento»⁶⁴⁵ ha ostacolato la configurabilità di una posizione di garanzia in capo al *provider*, affermando conseguenzialmente l'insussistenza di un obbligo di impedimento dell'evento-reato.

In una prospettiva maggiormente sistematica, ci pare opportuno prendere le mosse dagli elementi costitutivi di una posizione di garanzia e interrogarsi sul loro effettivo riscontro.

Una posizione di garanzia richiede, infatti, una fonte legale o fattuale, dalla quale discenda l'obbligo giuridico di impedire l'evento (obbligo di protezione o controllo); che si possa, poi, pretendere dal soggetto garante una condotta esigibile nel concreto

⁶⁴⁵ L'espressione è di A. INGRASSIA, *Il ruolo dell'ISP nel ciberspazio*, cit., p. 18.

(*ultra posse nemo tenetur*) e, da ultimo, l'accertata sussistenza di un potere impeditivo specifico.

Orbene, la dottrina ritiene pacifico che i suddetti requisiti non trovano riscontro relativamente alla posizione dei fornitori di servizi di connettività. Procedendo con ordine, si afferma che difetta, anzitutto, un generale obbligo di sorveglianza e la rubrica dell'art. 17 del Codice del commercio elettronico, seppur non vincolante, dovrebbe fugare ogni dubbio. In ogni caso, anche laddove si ammettesse per assurdo la presenza del potere-dovere di sorveglianza, un obbligo di tal fatta sarebbe scevro del carattere di esigibilità, considerato che la mole infinita di dati impedisce qualsiasi controllo effettivo.

Difetta, infine, un potere impeditivo specifico, sotto un duplice piano. Su quello strettamente giuridico, la lettura delle disposizioni del Codice del commercio elettronico consente di inferire che il *provider* è chiamato a bloccare l'accesso alle informazioni illecite o a rimuoverle solo su richiesta dell'autorità procedente ovvero di propria sponte nei casi di manifesta illiceità⁶⁴⁶. Come se non bastasse, un autorevole commentatore ha arguito che non è possibile scorgere «nella gestione da parte del *provider* di un canale telematico, gli estremi di un'attività pericolosa suscettibile di imporre un obbligo di attivazione, dal momento che la mera fornitura di un accesso ad *Internet* [...] rappresenta una condotta eccessivamente distante rispetto alla soglia del pericolo di realizzazione del fatto tipico [...] che non può certamente ritenersi naturale sviluppo dell'agire precedente del *provider*, consistendo invece esclusivamente nell'autonoma azione, volontaria e consapevole, di un terzo»⁶⁴⁷.

Anche la giurisprudenza dominante è stata tralattivamente ferma nell'escludere una posizione di garanzia in capo all'*host provider*. Il *leading case* in materia è rappresentato senza dubbio dal caso *Google vs Vividown*⁶⁴⁸, in occasione del quale la

⁶⁴⁶ Si badi la rimozione dei contenuti, al di fuori delle situazioni indicate *ex lege*, potrebbe fondare una pretesa risarcitoria da parte dell'utente ultroneamente censurato.

⁶⁴⁷ F. RESTA, La responsabilità penale del *provider*: tra *laissez faire* ed obblighi di controllo, in *Giur. mer.*, 2004, p. 1725. *Contra* F. SGUBBI, *Parere pro veritate*, in *Dir. inf.*, 2009, 2, p. 746, sostiene che «La gestione di un sito nel quale chiunque può caricare un proprio video con una semplice operazione di upload è senza dubbio esercizio di attività pericolosa per i beni altrui, considerata anche la potente diffusività dei messaggi diffusi a mezzo *internet*»

⁶⁴⁸ Cass. Pen., Sez. III, 17 dicembre 2013 (dep. 3 febbraio 2014), n. 5107, Pres. Mannino, Rel. Andronio, con nota di A. INGRASSIA, *La sentenza della Cassazione sul caso Google*, in *Dir. pen. cont.*, 6 febbraio 2014, il quale sintetizza l'insegnamento della Suprema Corte in tre principi di diritto: «(i) non è possibile attribuire all'*host provider* un obbligo di impedire i reati commessi dagli utenti, mancando una norma che fondi l'obbligo giuridico; (ii) le attività compiute dall'*host provider* sui materiali caricati dagli utenti

Suprema Corte, confermando il *dictum* dei giudici di merito, ha consolidato l'interpretazione che nessuna disposizione «*prevede che vi sia in capo al provider, sia esso anche un hosting provider, un obbligo generale di sorveglianza dei dati immessi da terzi sul sito da lui gestito*», pena la violazione del divieto di *analogia in malam partem*.

Invero, l'indirizzo della giurisprudenza di legittimità si è posto in sostanziale sintonia con gli arresti della Corte di Giustizia UE (si ricordi che il Codice del commercio elettronico è una fedele riproduzione dei principi enucleati dalla Direttiva 2000/31/CE), secondo i quali è incompatibile con il diritto euro-unitario la previsione di un obbligo preventivo consistente nella verifica dei contenuti pubblicati dagli utenti del *cyberspace*⁶⁴⁹.

Ciononostante, dal 2016 ha preso forma un orientamento giurisprudenziale significativamente difforme rispetto all'insegnamento del caso *Google vs. Vivi Down*. Nella pronuncia che si va commentando, la Cassazione ha avallato la condanna per concorso nel delitto di diffamazione a carico del gerente di un sito *web*, sul quale era stato pubblicato un contenuto diffamatorio nei confronti del presidente della Lega Nazionale Dilettanti della FIGC, contenuto postato autonomamente dall'autore dello stesso. Il rimprovero che è stato mosso all'imputato è di aver «*mantenuto consapevolmente l'articolo sul sito, consentendo che lo stesso esercitasse l'efficacia diffamatoria*», anziché «*assumere le iniziative necessarie per evitare che la condotta diffamatoria si protraesse*»⁶⁵⁰.

(che non importino un intervento sul contenuto degli stessi o la loro conoscenza) non fanno venir meno le limitazioni di responsabilità previste dagli artt. 16 e 17 D.Lgs. 70/2003; (iii) solo dal momento della conoscenza dell'illiceità dei contenuti pubblicati dagli utenti può ipotizzarsi una responsabilità del provider per illecito trattamento dei dati realizzata dagli *uploaders*».

Vale la pena ricordare che il processo ha avuto abbrivio dalla pubblicazione di un filmato su *Google Video*, che ritrae un ragazzo disabile umiliato da alcuni compagni all'interno di un edificio scolastico; nella ripresa si sentono anche frasi ingiuriose nei confronti dell'associazione "Vivi Down". Tre manager di Google venivano originariamente imputati per non aver impedito il delitto di diffamazione nei confronti del minore e dell'associazione (artt. 40 cpv. e 595 c.p.) e per aver trattato illecitamente dati personali attinenti alla salute del ragazzo ripreso (art. 167 D.Lgs. n. 196 del 2003).

⁶⁴⁹ Senz'altro esemplari le decisioni CGUE 24 novembre 2011, C-70/10, caso *Scarlet*, e CGUE 16 febbraio 2012, C-360/10, caso *Netlog*. Per un commento, *ex plurimis*, R. PETRUSO, *Responsabilità degli intermediari e di internet e nuovi obblighi di conformazione: robo-takedown, policy of termination, notice and take steps*, in *Europea e diritto privato*, 2017, 2, p. 451 ss. Sulla stessa linea anche la giurisprudenza della Corte EDU: di recente, CEDU, 7 febbraio 2017, C- 74742/14, caso *Phil vs Sweden*.

⁶⁵⁰ Cass. Pen., sez. V, 14 luglio 2016 (dep. 27 dicembre 2016, n. 54969, con nota di F. BUFFA, *Responsabilità del gestore del sito internet*, in *Quest. giust.*, 9 gennaio 2017.

A giudizio della dottrina, la Corte con un'opera di creazionismo giurisprudenziale ha imputato una responsabilità per omesso impedimento degli *effetti* del reato altrui, *scilicet*: per non aver interrotto gli effetti del delitto (invero, già consumato) alla luce della possibilità di accesso alla pagina *web* da parte di nuovi lettori⁶⁵¹.

Il ragionamento di fondo è che dalla previsione dell'obbligo specifico di intervento su specifica richiesta dell'autorità procedente, in relazione a un fatto di reato puntualmente individuato, si farebbe discendere l'obbligo giuridico di impedire il protrarsi del reato (obbligo che sarebbe «incriminato *per equivalente* dal capoverso dell'art. 40 c.p.»⁶⁵²). Un approdo davvero sconcertante che manipola la natura dogmatica dei reati istantanei e che, soprattutto, laddove si consolidasse in via dominante, spianerebbe la strada a una responsabilità indiscriminata degli *hosting provider*.

In questa sede non è possibile passare in rassegna tutte le critiche che sono state ampiamente articolate dai commentatori, ma ci sembra risolutivo prendere in prestito le parole di un Maestro del diritto penale: «il nostro ordinamento non conosce, a differenza di quelli di *common law*, la complicità successiva (es. per ratifica), onde la condotta del concorrente non può essere tenuta *post patratum crimen*»⁶⁵³.

Inoltre, preme segnalare che, a distanza di due anni, dalla discussa pronuncia l'orientamento da essa espresso ha trovato parziale conferma in un'altra decisione, in cui la Suprema Corte è stata chiamata a dirimere una controversia riguardante la distinta figura del *blogger* (sempre in materia di diffamazione)⁶⁵⁴. Nel caso di specie, la Cassazione, da un lato, ha opportunamente affermato che a carico dell'amministratore di un *blog* non grava alcun obbligo di controllo *ex ante* dei contenuti pubblicati; ma, dall'altro lato, ha espresso il seguente principio di diritto: «*se - come è accaduto nella specie - il gestore del sito apprende che sono stati pubblicati da terzi contenuti obiettivamente denigratori e non si attiva tempestivamente a rimuovere tali contenuti, finisce per farli propri e quindi per porre in essere ulteriori condotte di diffamazione, che si sostanziano nell'aver consentito, proprio utilizzando il suo web-log, l'ulteriore divulgazione delle stesse notizie diffamatorie*».

⁶⁵¹ *Ex multis*, si veda A. INGRASSIA, *Responsabilità penale degli internet service provider*, cit., p. 1625.

⁶⁵² *Ibidem*, p. 1626.

⁶⁵³ F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, V ed., Padova, 2007, p. 510.

⁶⁵⁴ Cass. Pen., sez. V, 8 novembre 2018 (dep. 20 marzo 2019), n. 12546, Pres. Vessichelli, Rel. Miccoli, con nota di C. PAGELLA, *La Cassazione sulla responsabilità del blogger per contenuti diffamatori (commenti) pubblicati da terzi*, in *Dir. pen. cont.*, 17 maggio 2019.

Giunti a questo punto della narrazione, è opportuno restringere l'ottica visuale sullo specifico ambito del contrasto alla propaganda *online* del terrorismo e sulla correlata disciplina normativa.

La Direttiva (UE) 2017/541, nel prevedere gli obblighi di cui all'art. 21, ha opportunamente ribadito che le misure di rimozione dei contenuti che costituiscono *public incitement* ovvero di blocco dell'accesso agli stessi devono essere implementare in conformità ai principi e ai precetti della Direttiva 2000/31/CE. Il *considerando* 23, secondo periodo, sgombra il campo dalle ipotesi di una responsabilità omissiva impropria "da posizione", affermando che: «*non dovrebbe essere imposto ai fornitori di servizi alcun obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmettono o memorizzano né di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite*». Allo stesso modo, i fornitori di servizi di *hosting* non dovrebbero essere considerati responsabili «*a condizione che non siano effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e non siano al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illegalità dell'attività o dell'informazione*».

Fin qui *nihil sub soli novi*. Anzi, si apprezza l'espresso riferimento alla normativa in materia di commercio elettronico, che rappresenta di fatto un correttivo ermeneutico all'eventuale estensione in via pretoria della responsabilità dei *provider*, soprattutto a fronte dell'incessante utilizzo della Rete da parte dei terroristi.

Senonché, il quadro così delineato sembra destinato a mutare con l'avvento del Regolamento relativo alla prevenzione della diffusione di contenuti terroristici *online*, sebbene non sia stato ancora approvato.

La proposta normativa nella parte preambolare sottende una petizione di principio in linea con le precedenti fonti, allorché è ribadita la necessità di conformarsi alla disciplina di cui alla Direttiva 2000/31/CE (in particolare, all'art. 14). Sul punto, il *considerando* 5 afferma nitidamente che «*tutte le misure adottate dal prestatore di servizi di hosting conformemente al presente regolamento, comprese le eventuali misure proattive, non dovrebbero comportare automaticamente la perdita, per il prestatore di servizi, del beneficio dell'esenzione di responsabilità prevista in tale disposizione*». Parimenti si chiarisce che l'obbligo di diligenza di cui all'art. 3 non

dovrebbe essere inteso quale obbligo generale di sorveglianza (requisito generale per edificare una posizione di garanzia).

Tuttavia, a opinione di chi scrive, la previsione dell'obbligo di *misure proattive* per proteggere i servizi di *hosting* dalla diffusione di contenuti terroristici e la stessa interpretazione offerta dal *considerando* 19 (in casi di rischi particolarmente gravi connessi alla diffusione di contenuti terroristici le autorità nazionali possono derogare all'art.15, paragrafo 1, della Direttiva 2000/31/CE⁶⁵⁵) sembrano giustificare il timore che la *ratio decidendi* della pronuncia di legittimità del 2016 - in cui si è affermata la responsabilità omissiva impropria del *provider* per inadempimento dell'obbligo di rimozione del contenuto illecito, dunque una responsabilità *ex post facto* - possa trovare stabilizzazione nella nostra materia.

Peraltro, il brevissimo termine di un'ora, entro cui il *provider* è tenuto a adempiere l'ordine di rimozione, rischia di essere sostanzialmente obliterato ovvero di tradursi in una censura indiscriminata; o, peggio ancora, di tramutarsi in uno strumento di controllo indiretto e di disposizione delle informazioni circolanti sui *social network* , sulla scia dello *Sharing Act* statunitense.

Un passo in avanti o indietro?

⁶⁵⁵ Per chiarezza espositiva si riporta il testo del *considerando* 19: «[...] *Se necessario, l'autorità competente dovrebbe esigere l'adozione di misure proattive appropriate, efficaci e proporzionate qualora ritenga che le misure adottate siano insufficienti per far fronte ai rischi. La decisione di imporre tali misure proattive non dovrebbe, in linea di principio, comportare l'imposizione di un obbligo generale di sorveglianza, conformemente all'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2000/31/CE. Considerando i rischi particolarmente gravi connessi alla diffusione di contenuti terroristici, le decisioni adottate dalle autorità competenti sulla base del presente regolamento possono derogare all'approccio di cui all'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2000/31/CE per talune misure specifiche e mirate la cui adozione sia necessaria per motivi imperativi di sicurezza pubblica. Prima di adottare tale decisione, l'autorità competente dovrebbe garantire un giusto equilibrio tra obiettivi di interesse generale e i diritti fondamentali in questione, in particolare la libertà di espressione e d'informazione e la libertà d'impresa, e addurre un'adeguata giustificazione ».*

BIBLIOGRAFIA

- F. ABBONDANTE, *Il ruolo dei social network nella lotta all'hate speech: un'analisi comparata fra l'esperienza statunitense e quella europea*, in *Inf. e dir.*, 2017, 1-2, p. 41 ss.
- M. AINIS (a cura di), *Informazione Potere Libertà*, Torino, 2005.
- R. AITALA, *Il metodo della paura. Terrorismi e terroristi*, Roma-Bari, 2018.
- L. ALESIANI, *I reati di opinione. Una rilettura in chiave costituzionale*, Milano, 2006.
- G. AMATO, *Puniti anche i soggetti arruolati per andare a combattere all'estero*, in *Guida dir.*, 2015, 19, p. 81 ss.
- F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, Milano, 1994.
- F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale. Parte speciale*, Vol. II, Milano, 2016.
- P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975.
- P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984.
- R. BARTOLI, *Brevi considerazioni sulla responsabilità penale dell'Internet Service Provider*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 5, p. 600 ss.
- R. BARTOLI, *Legislazione e prassi in tema di contrasto al terrorismo internazionale: un nuovo paradigma emergenziale?*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 3/2017, p. 529 ss.
- R. BARTOLI, *Offensività e ragionevolezza nel sindacato di costituzionalità sulle scelte di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 3, p. 1540 ss.
- F. BELLINI, *Brevi note sul delitto di istigazione*, in *Riv. pen.*, 2008, p. 475 ss.
- A. BERNARDI, *Ombre e luci nel processo di armonizzazione dei sistemi penali europei*, in *Le sfide dell'attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, a cura di G. GRASSO, G. ILLUMINATI, R. SICURELLA, S. ALLEGREZZA, Milano, 2013, p. 252 ss.
- K. BINDING *Die Normen und ihre Übertretung*, I, Leipzig, 1922.
- E. BIRRITTERI, *Diffamazione e Facebook: la Cassazione conferma il suo indirizzo ma apre a un'estensione analogica in malam partem delle norme sulla stampa*, in *Dir. pen. cont. – Fasc.*, 4/2017, p. 286 ss.

- G. BOGNETTI, *Apologia di delitto punibile ai sensi della Costituzione e interpretazione della norma dell'art. 414 u.c. c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, p. 18 ss.
- P. BONETTI, *Terrorismo e stranieri nel diritto italiano. Disciplina legislativa e profili costituzionali. Pt. I - L'applicazione agli stranieri delle norme comuni sul terrorismo*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2005, 3, p. 13 ss.
- F. BRICOLA, *Cospirazione politica mediante accordo o associazione*, in *Enc. dir.*, Vol. XI, 1962, p. 121 ss.
- F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, XIX, 1973, p. 66 ss.
- F. BRICOLA, *Politica criminale e politica dell'ordine pubblico*, in *Quest. crim.*, 1975, p. 251 ss.
- F. BUFFA, *Responsabilità del gestore del sito internet*, in *Quest. giust.*, 9 gennaio 2017.
- C.R. CALDERONE, *Misure urgenti per la tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica (Modifiche apportate dalla legge 6 febbraio 1980, n. 15)*, in *Giur. mer.*, IV, 1980, p. 714 ss.
- P. CARETTI, *Diritti fondamentali*, Torino, 2005.
- F. CARRARA, *Programma di diritto criminale*, 1889.
- M. CAPUTO, *Tra viaggi e miraggi: l'impatto sul codice penale delle nuove fattispecie di antiterrorismo*, in *Il nuovo volto della giustizia penale*, a cura di G.M. BACCARI, K. LA REGINA, E. M. MANCUSO, Padova, 2015, p. 77 ss.
- G. CASAGRANDE, "Daesh" tra propaganda e guerra di informazione. *Un'analisi delle strategie comunicative dei terrorismi nel XXI secolo*, in *Rassegna dell'Arma dei Carabinieri*, 2016, 3, p. 176 ss.
- A. CASSESE, *International criminal law*, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- A. CASSESE, *Lineamenti di diritto internazionale penale*, Bologna, 2005.
- A. CAVALIERE, *Considerazioni critiche intorno al D.L. antiterrorismo, n. 7 del 18 febbraio 2015*, in *Dir. pen. cont.- Riv. Trim.*, 2/2015, p. 226 ss.
- A. CAVALIERE, *Il contrasto del terrorismo tra esigenze di tutela e garanzie individuali*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 8, p. 1089 ss.
- A. CAVALIERE, *L'influenza sull'ordinamento italiano del diritto penale europeo delle organizzazioni criminali*, in *Garantías constitucionales y derecho penal europeo*,

- a cura di S. MIR PUIG, M. CORCOY BIDASOLO, V. GOMEZ MARTIN, Madrid – Barcellona – Buenos Aires – Sao Paolo, 2012, p. 251 ss.
- A. CAVALIERE, *La discussione intorno alla punibilità del negazionismo. I principi di offensività e libera manifestazione del pensiero e la funzione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 2, p. 999 ss.
- A. CAVALIERE, *Le nuove emergenze terroristiche: il difficile rapporto tra esigenze di tutela e garanzie individuali*, in *Diritto penale e modernità. Le nuove sfide tra terrorismo, sviluppo tecnologico e garanzie fondamentali. Atti del Convegno. Trento, 2 e 3 ottobre 2015*, a cura di R. WENIN, G. FORNASARI, Trento, 2017, p. 13 ss.
- A. CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, in *Costituzione, diritto e processo penale*, a cura di G. GIOSTRA, G. INSOLERA (a cura di), Milano, 1998, p. 133 ss.
- B. CAVALIERI, *La posizione logico-sistematica dell'istigazione nel codice penale*, in *Arch. pen.*, 1953, p. 330 ss.
- G. CASSANO, F. BUFFA, *Responsabilità del content provider e dell'host provider*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 75 ss.
- M. CERASE, *Sull'apologia e i reati di pericolo la Cassazione fa un salto indietro*, in *Cass. pen.*, 1993, 7, p. 1715 ss.
- L.D. CERQUA, *Un delitto emerso dall'oblio: gli arruolamenti o armamenti non autorizzati a servizio di uno Stato estero*, in *Cass. pen.*, 7-8, 2006, p. 2676 ss.
- G. CESTA, *Al Qaeda e i Media: strategie di comunicazione*, in *Gnosis*, 2011, 4, p. 9 ss.
- D. COHEN, *L'evoluzione del terrorismo contemporaneo nel cyber-spazio*, in *Gnosis*, 2016, 2, p. 118 ss.
- S. COLAIOCCO, *Prime osservazioni sulle nuove fattispecie antiterrorismo introdotte dal decreto legge n. 7 del 2015*, in *Arch. pen.*, 2015, 1, p. 4 ss.
- S. COLAIOCCO, *Le nuove norme antiterrorismo e le libertà della persona: quale equilibrio?*, in *Arch. pen.*, 2015, 2, p. 2 ss.
- G. CONSO, G. TOSI, G. ZUCALÀ, *Note sul caso Tolin*, in *Giur. mer.*, 1970, 2, p. 233 ss.
- E. CONTIERI, *I delitti contro l'ordine pubblico*, Milano, 1961.
- D. COOK, *Storia del jihad. Da Maometto ai giorni nostri*, Torino, 2007.

- S. ČOPIČ, *Grundgesetz und politisches Strafrecht*, Tübingen, 1967.
- S. CORBETTA (a cura di), *Osservatorio Corte di Cassazione – Diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 3, p. 343 ss.
- G. CORSO, voce *Ordine pubblico*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 1057 ss.
- L. D'AMBROSIO, *Terrorismo internazionale, congelamento di beni e tutela dei diritti fondamentali: l'impossibile quadratura del cerchio?*, in *Le regole dell'eccezione. Un dialogo interdisciplinare a partire dalla questione del terrorismo*, a cura di M. MECCARELLI, P. PALCHETTI, C. SOTIS, Macerata, 2011, p. 287 ss.
- A.A. DALIA, *I sequestri di persona a scopo di estorsione, terrorismo ed eversione*, Milano, 1980.
- M. DAVIS, *Breve storia dell'autobomba. Dal 1920 all'Iraq di oggi. Un secolo di esplosioni*, Torino, 2007.
- E. DE FRANCO, *La repressione penale delle opinioni dal codice Rocco al diritto dell'Unione europea. Problemi politico-criminali e dogmatici e prospettive di riforma*, tesi di dottorato, Università degli Studi di Napoli Federico II, a.a. 2013-2014.
- C. DE MAGLIE – S. SEMINARA (a cura di), *Terrorismo internazionale e diritto penale*, Padova, 2017.
- A. DE MARSICO, *Premessa dogmatica all'esame dei reati di istigazione, cospirazione e banda armata (artt. 302 - 309 c.p.)*, in *Scritti giuridici in onore di Carnelutti*, vol. IV, Padova, 1950, p. 476 ss.
- G. DE VERO, voce *Istigazione a delinquere e a disobbedire alle leggi*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, p. 292 ss.
- G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico. Itinerari ed esiti di una verifica dogmatica e politico-criminale*, Milano, 1988.
- G. DE VERO, *I reati associativi nell'odierno sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 2, p. 23 ss.
- G. DELITALA, *Il "fatto" nella teoria generale del reato*, 1930, Milano.
- G. DELITALA, *I limiti giuridici alla libertà di stampa*, 1959, Milano.
- D. E. DENNING, *Activism, Hacktivism, and Cyberterrorism: The Internet as a Tool for Influencing Foreign Policy*, in *Networks and Netwars: The Future of Terror, Crime, and Militancy*, a cura di J. ARQUILLA, D. RONFELDT, 2011, p. 239 ss.

- A. DI GIOVINE, *Il passato che non passa: “Eichmann di carta” e repressione penale*, in *Riv. dir. pubbl. comp. eur.*, 2006, 1, p. 16 ss.
- V. DI PASQUA, *Libertà di espressione in Internet e sicurezza. Il Cyberterrorismo*, in *Libertà di espressione e libertà religiosa in tempi di crisi economica e di rischi per la sicurezza*, a cura di F. DAL CANTO, P. CONSORTI, S. PANIZZA, Pisa, 2016, p. 63 ss.
- C. DI STASIO, *La lotta multilivello al terrorismo internazionale. Garanzia di sicurezza versus tutela dei diritti fondamentali*, Milano, 2010.
- R. DOLCE, voce *Istigazione a delinquere*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 991 ss.
- E. DOLCINI, G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, vol. I, Milano 2015.
- E. DOLCINI, *Omofobia e legge penale. Note a margine di alcune recenti proposte di legge*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1, p. 24 ss.
- M. DONINI, *Il terrorista-straniero come nemico e le contraddizioni di una giurisdizione penale di lotta*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2009, 38, p. 1699 ss.
- M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, 10, p. 3558 ss.
- C. ESPORITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell’ordinamento italiano*, Milano, 1958.
- A. ESPOSITO, *Il diritto penale “flessibile”. Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008.
- D. FALCINELLI, voce *Terrorismo (profili sostanziali)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., III, Tomo II, 2005, p. 1628 ss.
- F. FASANI, *Le “parole preparatorie”. I reati antiterrorismo di parola nell’era dei new media*, in *Dir. pen. cont.- Riv. Trim.*, 1/2019, p. 105 ss.
- F. FASANI, *L’impatto della direttiva antiterrorismo sulla legislazione penale sostanziale italiana*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 1, p. 12 ss.
- F. FASANI, *Terrorismo islamico e diritto penale*, Padova, 2016.
- L. FERRAJOLI, *Delitto politico, ragion di stato e stato di diritto*, in AA.VV., *Il delitto politico dalla fine dell’Ottocento ai giorni nostri*, Roma, 1984, p. 52 ss.
- C. FIORE, *Libera manifestazione del pensiero e apologia di reato*, in *Arch. pen.*, 1971, 1-4, p. 15 ss.

- C. FIORE, *I reati di opinione*, Padova, 1972.
- C. FIORE, voce *Ordine pubblico (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 1084 ss.
- C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, IV ed., Torino, 2013.
- G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, IV ed., Bologna, 2009.
- G. FIANDACA, *Note sui reati di pericolo*, in *Il Tommaso Natale*, 1977, p. 194 ss.
- A. FIORELLA, voce *Reato*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, p. 388 ss.
- R. FLOR, *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di internet*, Milano, 2010.
- R. FLOR, *I limiti del principio di territorialità nel cyberspace. Rilievi critici alla luce del recente orientamento delle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 10, p. 1296 ss.
- E. FLORIAN, *Trattato di diritto penale. Introduzione ai delitti in ispecie e delitti contro la sicurezza dello Stato*, vol. II, Milano, 1915.
- S. FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957.
- G. FORNASARI, S. RIONDATO (a cura di), *Reati contro l'ordine pubblico*, II ed., Torino, 2017.
- M. FOSSATI, *Terrorismo e terroristi*, Milano, 2003.
- G. FRANCOLINI, *Generalità: la nozione di ordine pubblico e la sua tutela penale*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale. Vol. III: I delitti contro l'amministrazione della giustizia. I delitti contro il sentimento religioso e la pietà dei defunti. I delitti contro l'ordine pubblico*, a cura di A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, Torino, 2008, p. 985 ss.
- E. FRONZA, *Memory and punishment. Historical denialism, free speech and the limits of criminal law*, Springer, 2018.
- E. T. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso a Internet*, in *Riv. AIC*, 1, 2011, p. 8 ss.
- C. GALDENZI, sub art. 302 c.p., in *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI, G. MARINUCCI, Milano, 2006, p. 3027 ss.
- E. GALLO, E. MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, Bologna, 1984.
- E. GALLO, *Il principio di idoneità nel delitto di pubblica istigazione*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 1514 ss.

- E. GALLO, *Problematica di un profilo unitario del delitto politico nell'unificazione del diritto europeo*, in *Prospettive per un diritto penale europeo*, Padova, 1968, p. 309 ss.
- M. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, 1, p. 1 ss.
- M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, 1957.
- G. L. GATTA, *Abolitio criminis e successione di norme "integratrici": teoria e prassi*, Milano, 2008.
- A. GIOIA, *Terrorismo internazionale, crimini di guerra e crimini contro l'umanità*, in *Riv. dir. int.* 2004, p. 4 ss.
- G. GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 693 ss.
- R.K. GREENAWALT, *Speech, Crime, & the Uses of Language*, New York - Oxford, 1989.
- A. GULLO, *Deflazione e obblighi di penalizzazione di fonte UE*, in *Dir. pen. cont.*, 10 febbraio 2016, p. 1 ss.
- A. GULLO, *La tela di Penelope*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 1/2016, p. 31 ss.
- W. HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt am Main, 1973.
- T. HOBBS, *Leviatano*, Bur Biblioteca Univ. Rizzoli, 2013.
- R. HONING *Die Einwilligung des Verletzten*, Mannheim, 1919.
- A. INGRASSIA, *Il ruolo dell'ISP nel ciberspazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine? Le responsabilità penali del provider nell'ordinamento italiano*, in *Internet provider e giustizia penale*, a cura di L. LUPARIA, Milano, 2012, p. 15 ss.
- A. INGRASSIA, *La sentenza della Cassazione sul caso Google*, in *Dir. pen. cont.*, 6 febbraio 2014.
- G. INSOLERA, *I delitti contro l'ordine pubblico*, in AA.VV., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Milano, 2016, p. 293 ss.
- G. INSOLERA, *Reati associativi, delitto politico e terrorismo globale*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 11, p. 1325 ss.
- G. JAKOBS, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, in *ZStW* 97, 1985.
- A. C. JEMOLO, *I problemi pratici della libertà*, Milano, 1972.

- G. LA CUTE, voce *Apologia e istigazione*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 2007, p. 6 ss.
- E. LAMARQUE, *I reati di opinione*, in *Percorsi di diritto dell'informazione*, a cura di M. CUNIBERTI, E. LAMARQUE, B. TONOLETTI, G. E. VIGEVANI, M. P. VIVIVIANI SCHLEIN, Torino, 2011, p. 139 ss.
- M. LECCESE, *Il codice penale si allinea a Bruxelles. Ora chi predica l'odio rischia grosso*, in *Dir. e giust.*, 2005, 33, p. 90 ss.
- C.D. LEOTTA, *La repressione penale del terrorismo a un anno dalla riforma del D.L. 18 febbraio 2015, n. 7, conv con modif. dalla L. 17 aprile 2015, n. 43*, in *Arch. pen.*, 2016, 1, p. 11 ss.
- M.C. LIBICKI, *The Emerging Primacy of Information: A Debate on Geopolitics*, in *Orbos*, 1996, p. 119 ss.
- G. MAGGIORE, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, Milano, 1950.
- L. MAJINO, *Commento al Codice penale italiano*, vol. II, Verona, 1900.
- S. MANACORDA, voce *Diritto penale europeo*, in *Enc. Giur. Treccani (Web)*, 2014.
- V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005.
- M. MANETTI, *Libertà di pensiero e negazionismo*, in *Informazione Potere Libertà*, a cura di M. AINIS, Torino, 2005, p. 59 ss.
- F. MANTOVANI, *Diritto penale*, IV ed., Padova, 2001.
- F. MANTOVANI, *I reati di opinione*, in *Il Ponte*, 1971, p. 206 ss.
- M. MANTOVANI, *Le condotte con finalità di terrorismo*, in *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, a cura di R. E. KOSTORIS, R. ORLANDI, 2007, p. 84 ss.
- V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, IV ed., Torino, 1934.
- C. MARCHETTI - G. SALONE, *La tracciabilità nelle reti degli autori di contenuti: limiti operativi, giuridico-normativi e possibili approcci*, in *Inf. e dir.*, 2017, 1-2, p. 127 ss.
- G. MARCONI, voce *Stato (delitti contro la personalità internazionale dello)*, in *Dig. disc. pen.*, XIII, Torino, 1997, p. 605 ss.
- F. MARENGHI, sub *art. 302 c.p.*, in *Codice penale commentato*, a cura di T. PADOVANI, Milano, 2011, p. 1931 ss.
- A. MARINELLI, *Il delitto politico*, in *Arch. Pen.*, 1976, p. 71 ss.

- G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 1190 ss.
- G. MARINUCCI, *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale. Uno schizzo dogmatico e politico-criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1, p. 1 ss.
- G. MAROTTA, *Profili di criminologia e comunicazione*, Milano, 2014.
- L. MARINI, *L'evoluzione della disciplina internazionale in materia di terrorismo: qualche spunto recente fra Onu ed Europa*, in *Quest. Giust.*, 2017, 2, p. 112 ss.
- V. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale*, Napoli, 2013.
- R. MAURACH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, München, 1965.
- R.E. MAURI, *Applicabile l'art. 57 c.p. al direttore del quotidiano online: un revirement giurisprudenziale della Cassazione, di problematica compatibilità con il divieto di analogia*, in *Dir. pen. cont.*, 28 febbraio 2019.
- N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, Milano, 1983.
- E. MAZZANTI, *L'adesione ideologica al terrorismo islamista tra giustizia penale e diritto dell'immigrazione*, in *Dir. pen. cont.- Riv. Trim.*, 1/2017, p. 26 ss.
- C. MELZI D'ERIL, *Contrordine compagni: le sezioni unite estendono le garanzie costituzionali previste per il sequestro degli stampati alle testate on-line registrate*, in *Dir. pen. cont.*, 9 marzo 2016, p. 1 ss.
- E. MEZZETTI, *I delitti contro l'ordine pubblico, Questioni fondamentali della parte speciale del Diritto penale*, a cura di A. FIORELLA, Torino, 2016, p. 475 ss.
- V. MILITELLO, *Terrorismo e sistema penale: realtà, prospettive, limiti*, in *Dir. pen. cont.- Riv. Trim.*, 1/2017, p. 3 ss.
- A. MITTONE, *Il codice repressivo*, in *Biblioteca della libertà*, VII, 1970, p. 5 ss.
- S. MOCCIA, *Diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992.
- S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie del sistema penale*, Napoli, 1997.
- M. MONTI, *L'hate speech terroristico e le risposte ordinamentali: profili di costituzionalità dell'espulsione ministeriale*, in *Libertà di espressione e libertà religiosa in tempi di crisi economica e di rischi per la sicurezza*, a cura di F. DAL CANTO, P. CONSORTI, S. PANIZZA, Pisa, 2016, p. 71 ss.

- M. MORCELLINI, M. MOSCA (a cura di), *La sapienza della sicurezza*, Roma, 2014.
- G. MORGANTE, *Il reato come elemento del reato. Analisi e classificazione del concetto di reato richiamato dalla fattispecie penale*, Torino, 2013.
- V. MORMANDO, *L'istigazione. I problemi generali della fattispecie ed i rapporti con il tentativo*, Padova, 1995.
- V. NAPOLEONI, *Horror vacui e false interpretazioni in materia di apologia di delitto*, in *Cass. pen. Mass.*, 1981, p. 775 ss.
- A. NAPPI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2010.
- V. NARDI, *I discorsi d'odio nell'era digitale: quale ruolo per l'Internet service provider?*, in *Dir. pen. cont.*, 8 marzo 2019, p. 1 ss.
- V. NARDI, *La punibilità dell'istigazione nel contrasto al terrorismo internazionale. Il difficile bilanciamento tra esigenze di sicurezza e libertà di espressione*, in *Dir. pen. con. – Riv. Trim.*, 1/2017, p. 115 ss.
- E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006.
- P. NUVOLONE, *Il problema dei limiti della libertà di pensiero nella prospettiva logica dell'ordinamento*, in *AA.VV., Legge penale e libertà del pensiero*, Padova, 1966, p. 349 ss.
- P. NUVOLONE, *Codice penale e Costituzione*, in *Il diritto penale degli anni Settanta*, Padova, 1982, p. 177 ss.
- P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982.
- M. OETHEIMER, *Art. 10 – Libertà di espressione*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di S. BARTOLE, P. DE SIENA, V. ZAGREBELSKY, Padova, 2012, p. 397 ss.
- B. OLIVIERO, *Apologia e istigazione (reati di)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 618 ss.
- A. ORSINI, *Anatomia delle Brigate Rosse*, 2010.
- A. ORSINI, *L'ISIS non è morto. Ha solo cambiato pelle*, Milano, 2018.
- A. PACE, *Problematica delle libertà fondamentali. Parte speciale*, II ed., Padova, 1992.
- G. PADOVANI, *Commento all'art. 15 d.l. 27.07.05 n. 144*, in *Leg. pen.*, 2005, p. 562 ss.

T. PADOVANI, *Bene giuridico e delitti politici. Contributo alla critica ed alla riforma del Titolo I, Libro II c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 1 ss.

C. PAGELLA, *La Cassazione sulla responsabilità del blogger per contenuti diffamatori (commenti) pubblicati da terzi*, in *Dir. pen. cont.*, 17 maggio 2019.

A. PAGLIARO, *Sulla tutela penale dell'ordine pubblico nella legislazione dell'emergenza*, in *Studi in onore di G. Delitala*, Milano, 1984, p. 1046 ss.

A. PAGLIARO, *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956 – 2008*, Vol. II, Milano, 2009.

L. PALADIN, *Libertà di pensiero e libertà di informazioni: le problematiche attuali*, in *Quad. cost.*, 1987, 1, p. 5 ss.

F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1978.

F.C. PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999.

F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo internazionale, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Quest. Giust.*, 2006, 4, p. 666 ss.

C. E. PALIERO, *Minima non curat praetor. Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985.

S. PANAGIA, *Il delitto politico nel sistema penale italiano*, Padova, 1980.

R. PALMIERI, *Osservazioni in tema di istigazione a delinquere*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, p. 996 ss.

G. PANVINI, *Ordine nero, guerriglia rossa. La violenza politica nell'Italia degli anni Sessanta e Settanta (1966-1975)*, Torino, 2009.

A. F. PANZERA, *Attività terroristiche e diritto internazionale*, Napoli, 1978.

M. PELISSERO, *Contrasto al terrorismo internazionale e il diritto penale al limite*, in *Quest. Giust.*, 2006, 4, p. 99 ss.

M. PELISSERO (a cura di), *Reati contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. C. PALAZZO, C.E. PALIERO, vol. IV, Torino, 2010.

M. PELISSERO, *Reati contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, Torino, 2010.

M. PELISSERO, *Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati di opinione: occasioni mancate e incoerenza sistematiche (parte II)*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 960 ss.

- M. PELISSERO, *La parola pericolosa. Il confine incerto del controllo penale del dissenso*, in *Quest. Giust.*, 2015, 4, p. 39 ss.
- M. PELISSERO, *I destinatari della prevenzione praepter delictum: la pericolosità da prevenire e la pericolosità da punire*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 2, p. 439 ss.
- D. PETRINI, *La responsabilità penale per i reati via internet*, Napoli, 2004.
- B. PETROCELLI, *Il delitto tentato*, Napoli, 1995.
- R. PETRUSO, *Responsabilità delle piattaforme online, oscuramento di siti web e libertà di espressione nella giurisprudenza europea dei diritti dell'Uomo*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2018, 3, p. 511 ss.
- R. PEZZUTO, *Contenuti terroristici on line: l'Unione europea lavora a nuove norme per prevenirne la diffusione*, in *Dir. pen. cont. – Fasc.*, 4/2019, p. 35 ss.
- L. PICOTTI, *Limiti garantistici delle incriminazioni penali e nuove competenze europee alla luce del Trattato di Lisbona*, in *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, a cura di G. GRASSO, L. PICOTTI, R. SICURELLA (a cura di), Catania, 2011, p. 207 ss.
- L. PICOTTI, *Terrorismo e sistema penale: realtà, prospettive, limiti*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 1/2017, p. 15 ss.
- G. PIFFER, *In tema di istigazione a delinquere*, in *Jus*, 1977, p. 431 ss.
- R. PINO, *Il "cyberterrorismo": un'introduzione*, in *Cyberspazio e diritto*, 2013, 3, p. 429 ss.
- I. PISA, *La responsabilità del direttore di periodico on line tra vincoli normativi e discutibili novità giurisprudenziali*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 3, p. 429 ss.
- G. PISAPIA, *Terrorismo: delitto politico o delitto comune?*, in *Giust. pen.*, 1975, p. 270 ss.
- C. PISACANE, *Saggio sulla rivoluzione*, Milano, 1956.
- S. PROSDOCIMI, voce *Vilipendio (reati di)*, in *Enc. dir.*, Vol. XLVI, Milano, 1993, p. 750 ss.
- A. PUGIOTTO, *Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 15 luglio 2013, p. 1 ss.
- D. PULITANÒ, *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2015, p. 325 ss.

- D. PULITANÒ, *Legge penale, fascismo, pensiero ostile*, in *Rivista di diritto dei media*, 2019, I, p. 12 ss.
- D. PULITANÒ, *Libertà di manifestazione del pensiero, delitti contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico (art. 21 Cost.)*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. VASSALLI, Napoli, 2006, p. 242 ss.
- D. PULITANÒ, *Libertà di pensiero e cattivi pensieri*, in *Quale giustizia*, 1980, p. 187 ss.
- D. PULITANÒ, *Giustizia penale, garanzie, lotta al terrorismo*, in *Dem. e dir.*, 1979, 3, p. 483 ss.
- S. REITANO, *Riflessioni in margine alle nuove fattispecie antiterrorismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 252 ss.
- F. RESTA, *La responsabilità penale del provider: tra laissez faire ed obblighi di controllo*, in *Giur. mer.*, 2004, p. 1715 ss.
- A. RIDOLFI, *I reati di opinione tra Stato liberale e fascismo*, in *Historia et ius*, 2015, 8, p. 87 ss.
- R. RIVOLA, *La prevenzione degli effetti della propaganda jihadista tra misure interdittive e contro-narrative*, in *Rassegna dell'Arma dei Carabinieri*, 2016, 3, p. 28 ss.
- F. ROBERTI, *Le nuove fattispecie di delitto in materia di terrorismo*, in *Le nuove norme di contrasto al terrorismo*, a cura di A.A. DALIA, Milano, 2006, p. 449 ss.
- M. ROMANELLI, *Riflessioni sul complessivo sistema di contrasto al terrorismo internazionale in Italia*, in *Dir. pen. cont.*, 14 giugno 2019, p. 1 ss.
- M. RONCO, voce *Terrorismo*, in *Noviss. dig.it*, Appendice, VII, 1987, p. 754 ss.
- C. ROSSI, *L'elemento oggettivo del reato di cui all'art. 414, comma 4, c.p.*, in *Cass. pen.*, 2016, 6, p. 2470 ss.
- H.J. RUDOLPHI, *Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs*, in *Festschr. f. R.M. Honing*, Göttingen, 1970.
- G. SABATINI, *Dolo apologetico e manifestazione del pensiero*, in *Giust. pen.*, 1964, II, p. 737 ss.
- P.M. SABELLA, *Il fenomeno del cybercrime nello spazio giuridico contemporaneo. Prevenzione e repressione degli illeciti penali connessi all'utilizzo di Internet per fini*

- di terrorismo, tra esigenze di sicurezza e rispetto dei diritti fondamentali, in *Inf. e dir.*, 2017, 1-2, p. 139 ss.
- G. SALVINI, *L'associazione finalizzata al terrorismo: problemi di definizione e prova della finalità terroristica*, in *Cass. pen.*, 2006, 10, p. 3366 ss.
- D. SANTAMARIA, voce *Evento*, in *Enc. dir.*, XVI, 1967, p. 118 ss.
- E. SANTORI, *Horrorismo. Videoestetica del terrore nel Califfato islamico*, in *Laicità o barbarie*, MicroMega, 2015, 4, p. 141 ss.
- V. SATTA, *I nemici della Repubblica. Storia degli anni di piombo*, Milano, 2016.
- H. SATZGER, *International and European Criminal Law*, 2012.
- L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, Padova, 2009.
- F. SCHIAFFO, *Istigazione e apologia nei delitti contro l'ordine pubblico*, in *Delitti contro l'ordine pubblico*, a cura di S. MOCCIA, Napoli, 2007, p. 152 ss.
- M. M. SCOLETTA, A. INGRASSIA, *Italy: The ISP's Criminal Liability for User Content*, in *Computer Law Review International*, 2013, 4, p. 119 ss.
- S. SEMINARA, *Riflessioni sulla condotta istigatoria come forma di partecipazione al reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 3, p. 1121 ss.
- S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milano, 1987.
- S. SEMINARA (a cura di), *Terrorismo internazionale e diritto penale*, Padova, 2007.
- S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, Milano, 2012.
- P. SEVERINO, *Antigone o Porzia? Il giurista davanti alla legge ingiusta*, in *Cass. pen.*, 2013, 3, p. 898.
- F. SGUBBI, *Meccanismo di aggiramento della legalità e della tassatività nel codice Rocco*, in *Quest. crim.*, 1981, p. 319 ss.
- R. SICURELLA, "Prove tecniche" per una metodologia dell'esercizio delle nuove competenze concorrenti dell'Unione europea in materia penale, in *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del trattato di Lisbona*, a cura di G. GRASSO, L. PICOTTI, R. SICURELLA, Catania, 2011, p. 15 ss.
- P. SILVESTRI, *I reati commessi con finalità di terrorismo*, in *Cass. pen.*, 2017, 5, p. 266 ss.

- P. SIRACUSANO, *Pluralismo e secolarizzazione dei valori: la superstita tutela penale del fatto religioso nell'ordinamento italiano*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2009, 2, p. 621 ss.
- A. SPATARO, *Le forme attuali di manifestazione del terrorismo nell'esperienza giudiziaria: implicazioni etniche, religiose e tutela dei diritti umani*, in *Terrorismo internazionale e diritto penale*, a cura di C. DE MAGLIE, S. SEMINARA, Padova, 2007, p. 13 ss.
- A. SPENA, *Istigazione punibile e libertà di parola. Riflessioni in margine alla sentenza De Luca.*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2016, 2, p. 845 ss.
- A. SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 2-3, p. 697.
- F. STELLA, *La tutela penale della società*, in *Diritto penale in trasformazione*, a cura di G. MARINUCCI, E. DOLCINI, Milano, 1985, p. 75 ss.
- G.R. STONE, *Restrictions of Speech Because of its Content: The Peculiar Case of Subject-Matter Restrictions*, in *The University of Chicago Law Review*, 1978, p. 81 ss.
- L. STORTONI, *Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclama?*, in *Crit. Dir.*, 1994, p. 14 ss.
- G. STROZZI, *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale. Dal Trattato di Roma al Trattato di Lisbona*, Torino, 2009.
- A. TESAURO, *La diffamazione come reato incerto e debole*, Torino, 2006.
- A. TETI, *Isis e social network. Da Twitter a Facebook passando per Whatsapp e Youtube*, in *Gnosis*, 2015, 1, p. 75 ss.
- K.N. TRAPP, *State responsibility for international terrorism*, Oxford University Press, New York, 2011.
- A. VALSECCHI, *Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale. Brevi osservazioni di diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1222 ss.
- A. VALSECCHI, sub art. 270-quater c.p., in *Codice Penale Commentato*, diretto da E. DOLCINI, G.L. GATTA, 2015, p. 2996 ss.
- A. VARVARESSOS, *Nuove misure sanzionatorie di contrasto al terrorismo di matrice islamica*, in *Leg. pen.*, 2016, p. 1 ss.
- G. VASSALLI, *Accordo* (voce), in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, p. 300 ss.
- G. VASSALLI, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006.

- G. VASSALLI, *Libertà di stampa e tutela penale dell'onore*, in *Arch. pen.*, 1967, 1, p. 18 ss.
- M. VENTURA, *La contronarrativa alla propaganda dell'Isis*, in *Gnosis*, 2017, 1, p. 65 ss.
- F. VERNA, *Il fascismo nella tutela penale della legge*, in *Giust. pen.*, 1931, 1, p. 1206 ss.
- F. VIGANÒ, *Il controllo della Corte costituzionale sulle misure antiterrorismo*, (Albi, 28 settembre 2018).
- F. VIGANÒ, *Riserva di legge in materia penale e fonti sovranazionali*, in *Libro dell'anno del Diritto*, 2012, p. 144 ss.
- F. VIGANÒ, *Sul contrasto al terrorismo di matrice islamica tramite il sistema penale tra 'diritto penale del nemico' e legittimi bilanciamenti*, in *Studi Urbinati "Terrorismo internazionale e tutela dei diritti individuali"*, Vol. 58, n. 4, 2007, p. 329 ss.
- F. VIGANÒ, *Terrorismo di matrice islamico-fondamentalistica e art. 270-bis c.p. nella recente esperienza giurisprudenziale*, in *Cass. pen.*, 2007, 10, p. 3953 ss.
- F. VIGANÒ, *Terrorismo, guerra e sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 4, p. 648 ss.
- P.L. VIGNA, *La finalità di terrorismo ed eversione*, Milano, 1981.
- P. VIRILIO, *Il terrorismo mediatico e l'umanità in pericolo*, in *Vita e pensiero*, 2004, 6, p. 37 ss.
- L. VIOLANTE, voce *Istigazione*, in *Enc. dir.*, Vol. XXII, Milano, 1972, p. 991 ss.
- C. VISCONTI, *Art. 414 Istigazione a delinquere*, in *Trattato di diritto penale. I delitti contro l'ordine pubblico*, a cura di A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, Torino, 2008, p. 1045 ss.
- C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Torino, 2008.
- C. VISCONTI, *Il legislatore azzecagarbugli: le «modifiche in materia di reati di opinioni» introdotte dalla l.24 febbraio 2006 n. 85*, in *Foro it.*, 2006, V, p. 217 ss.
- R. WENIN, *L'addestramento per finalità di terrorismo alla luce delle novità introdotte dal d.l. 7/2015*, in *Dir. pen. cont.*, 3 aprile 2015, p. 1 ss.
- R. WENIN, *Una riflessione comparata sulle norme in materia di addestramento per finalità di terrorismo*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 4/2016, p. 108 ss.

R. WENIN, G. FORNASARI (a cura di), *Diritto penale e modernità. Le nuove sfide tra terrorismo, sviluppo tecnologico e garanzie fondamentali. Atti del Convegno. Trento, 2 e 3 ottobre 2015*, in *Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza/Università degli Studi di Trento*, Trento, 2017.

V. ZAGREBELSKY, *I delitti contro l'ordine pubblico*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, a cura di F. BRICOLA, V. ZAGREBELSKY, 1996, p. 108 ss.

L. ZIMMERL, *Zur Lehre vom Tatbestand*, 1928.

S. ZIRULIA, *Apologia dell'IS via internet e arresti domiciliari. Prime prove di tenuta del sistema penale alla nuova minaccia terroristica*, in *Dir. pen. cont.*, 14 dicembre 2015.