

La punibilità dell'istigazione nel contrasto al terrorismo internazionale

Il difficile bilanciamento tra esigenze di sicurezza e libertà di espressione

The Punishment of Incitement in the Fight Against International Terrorism

The Difficult Balance Between Security Needs and Freedom of Speech

VALÉRIE NARDI

Dottoranda di ricerca in Scienze giuridiche - Tutela penale e garanzie della persona nel diritto interno, comparato, europeo ed internazionale: profili sostanziali e processuali, presso l'Università degli Studi di Messina

TERRORISMO, ISTIGAZIONE, PUBBLICA PROVOCAZIONE,
LIBERTÀ DI MANIFESTAZIONE DEL PENSIERO,
ORDINE PUBBLICO

TERRORISM, INCITEMENT, PUBLIC PROVOCATION,
FREEDOM OF SPEECH, PUBLIC ORDER

ABSTRACT

Le misure elaborate sul piano sovranazionale per rispondere adeguatamente all'evoluzione delle minacce terroristiche impongono, tra l'altro, la punibilità dell'istigazione a commettere reati terroristici e della pubblica provocazione. Sennonché, la pur legittima esigenza di colpire l'opera di proselitismo che avviene in certi luoghi di culto da parte di taluni predicatori o attraverso internet e i social media, divenuti sempre più spesso i canali principali usati dai terroristi per diffondere propaganda, rischia di incidere sulla libertà, costituzionalmente e convenzionalmente riconosciuta, di manifestazione del pensiero. A fronte, dunque, di un'eventuale espansione dell'area del penalmente rilevante, il problema cruciale è quello di individuare quale sia il limite tollerabile di flessibilizzazione di un diritto così fondamentale, in nome della sicurezza collettiva.

The measures developed at the supranational level in order to adequately respond to evolving terrorist threats impose, among other things, the punishability of public provocation and incitement to commit terrorist offenses. However, while there is a legitimate need to fight the acts of proselytism proliferating in some places of worship by means of certain preachers and by way of the internet and social media, increasingly becoming the main channels used by terrorists to spread propaganda, it is likely to affect the constitutionally and conventionally recognized freedom of speech. Therefore, given a possible expansion of the ambit of the criminal action, it is paramount to identify what the tolerable limit of flexibility of such a fundamental right is, in the name of collective security.

SOMMARIO

1. Il contesto europeo di riferimento: la “guerra occidentale” al terrorismo islamico. – 2. Le radici del terrorismo islamico tra indottrinamento religioso e perversioni dell’intolleranza. – 3. La punibilità dell’istigazione al terrorismo nella normativa di origine sovranazionale. – 4. L’attuazione in Italia degli obblighi di criminalizzazione sovranazionali. – 5. Sicurezza collettiva *vs* libertà di espressione nella giurisprudenza nazionale e sovranazionale. – 6. La punibilità dell’istigazione indiretta: quali limiti alla flessibilizzazione delle garanzie? – 7. Prospettive *de lege ferenda*. Conclusioni.

1. Il contesto di riferimento: la “guerra occidentale” al terrorismo islamico.

A partire dall’11 settembre 2001, la diffusione del terrorismo globale di matrice islamista ha costretto gli Stati occidentali ad apprestare specifiche strategie politico-criminali, per neutralizzare nella maniera più efficace un fenomeno così sfuggente e pericoloso per la collettività¹. In questo quadro, si è abitualmente contrapposto l’approccio adottato dai Paesi anglosassoni² – Stati Uniti in testa – e quello scelto dai Paesi dell’Europa continentale – tra cui l’Italia³.

In particolare, il modello statunitense si è caratterizzato per un ruolo marginale del diritto e della giurisdizione penale e, conseguentemente, per un accentramento degli strumenti anti-terroristici nelle mani del potere esecutivo e dei servizi segreti, in un’ottica bellicistica, in virtù della quale il terrorista non è un criminale ma un vero e proprio nemico da combattere (si parla di *enemy combatant*) ricorrendo a ogni mezzo che sia necessario o utile, con la possibilità di compressioni tendenzialmente illimitate dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti⁴.

Al contrario, gli ordinamenti europei hanno rigettato l’impostazione bellicistica americana, scegliendo di preservare un sistema liberale ancorato alle ordinarie categorie del diritto e della giurisdizione penale⁵.

Senonché, pur a fronte di una strategia che – quantomeno nelle intenzioni – ha inteso continuare a mantenere il sistema di garanzie fondamentali anche di fronte ad atti criminali

¹ In verità, già prima dell’attacco alle Torri Gemelle di New York, numerosi attentati terroristici erano stati compiuti con successo da parte di gruppi di matrice islamico-radical; tuttavia, la circostanza che tali fatti sanguinosi fossero stati realizzati in terre lontane, spesso già scenario di guerre e scontri etnici, aveva indotto i Paesi occidentali a non preoccuparsi eccessivamente delle dinamiche geopolitiche e socio-culturali che stavano portando alla nascita e allo sviluppo del fenomeno *jihadista*. Sul punto, F. FASANI, *Terrorismo islamico e diritto penale*, Padova, 2016, p. 1 ss. D’altra parte, sul piano strettamente penalistico, prima delle modifiche introdotte all’art. 270 *bis* c.p. con la L. n. 374 del 15.12.2001, la definizione di terrorismo era stata elaborata dalla prevalente giurisprudenza italiana con riferimento a fenomeni interni, escludendone l’applicabilità nei casi di offesa ad uno Stato estero, fuoriuscendo quest’ultimo dalla portata del bene giuridico delle norme collocate tra i delitti contro la personalità dello Stato: Cass. Pen., sez. VI, 1.6.1999, n. 737, A. e altri, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 485, con nota di A. PECCIOLI, *Associazione a base italiana con finalità eversiva di un ordinamento straniero*; Cass. Pen., sez. VI, 1.3.1996, n. 973, F., in *Foro it.*, 1996, II, p. 578; Cass. Pen., sez. VI, 30.1.1996, n. 561, B., in *Giust. pen.*, 1997, II, p. 158; Cass. Pen., sez. V, 26.5.1998, n. 3292, A.C.B., in *Cass. pen.*, 1999, p. 3403. *Contra*, Cass. Pen., sez. I, 14.7.1989, H., in *Riv. pen.*, 1990, p. 668.

² Solitamente all’approccio politico-criminale adottato dagli Stati Uniti è accomunato quello adottato dal Regno Unito, dal Canada e dall’Australia: sul punto, F. FASANI, *Terrorismo islamico*, cit., p. 110, nota 3, anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

³ In questo senso, tra i molti, F. VIGANÒ, *Terrorismo, guerra e sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 655 ss.; Id., *Terrorismo islamico e art. 270 bis c.p.*, in AA.VV., *Terrorismo e legislazione penale (Incontro di formazione CSM, 14 aprile 2005)*, in www.csm.it, p. 3 ss.; F. RESTA, *Ancora su terrorismo e stato di crisi*, in *Ind. pen.*, 2011, p. 505 ss.; A. SPATARO, *Otto anni dopo l’11 settembre*, in *Quest. giust.*, n. 5, 2009, p. 160 ss.; R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico, jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino, 2008, p. 67 ss.; V. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale. Tra normativa interna, europea ed internazionale*, Napoli, 2013, p. 177ss.; F. FASANI, *Terrorismo islamico*, cit., p. 109ss.

⁴ Per un’analisi più dettagliata delle misure anti-terrorismo adottate negli Stati Uniti dal settembre 2001, oltre alle fonti già citate, J. A. E. VERVAELE, *La legislazione anti-terrorismo negli Stati Uniti: inter arma silent leges?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 739 ss.; Id., *La legislazione anti-terrorismo negli Stati Uniti: un diritto penale del nemico?*, in C. DE MAGLIE – S. SEMINARA (a cura di), *Terrorismo internazionale e diritto penale*, Padova, 2007, p. 237 ss.; S. RIONDATO, *Uno sguardo dall’Europa al nuovo diritto penale di guerra statunitense contro il terrorismo*, in S. CANESTRARI – L. FOFFANI (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per l’Europa?*, Milano, 2005, p. 295ss.; D.M. AMMAN, *Le leggi americane contro il terrorismo*, in *Crit. dir.*, 2003, p. 27 ss.; M. DUBBER, *Guerra e pace: diritto penale del nemico e Police Power Model nel sistema statunitense*, in M. DONINI – M. PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico*, Milano, 2007, p. 323 ss.; L. SALAS, *Terrorismo e giustizia penale negli Stati Uniti d’America*, in A. GAMBERINI – R. ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Bologna, 2007, p. 305 ss.; M. MIRAGLIA, *Paura e libertà (Legislazione antiterrorismo e diritti di difesa negli Stati Uniti)*, in *Quest. giust.* 2/3, 2004, p. 298; V. FANCHIOTTI, *Il dopo 11 settembre e l’Usa Patriot Act: lotta al terrorismo e “effetti collaterali”*, *ivi*, p. 283 ss.

⁵ F. VIGANÒ, *Terrorismo, guerra e sistema penale*, cit., p. 659.

di indubbia gravità come quelli terroristici⁶, anche i Paesi europei hanno introdotto diverse misure di irrigidimento della propria legislazione, finendo per configurare un modello ibrido, non allineato a quello americano ma comunque distante dal sistema penale classico ed applicabile alla criminalità comune⁷.

Più specificamente, per ciò che concerne il diritto penale sostanziale, le caratteristiche principali di questo sottosistema possono essere individuate:

- nel ruolo centrale attribuito alle fattispecie associative⁸. Invero, queste ultime, oltre a consentire di attivare strumenti di indagine invasivi ed efficaci in presenza di una bassa soglia indiziaria, rispondono all'esigenza di prevenzione insita nella strategia di contrasto al terrorismo, dal momento che permettono di punire il soggetto agente solo in ragione del suo inserimento all'interno della struttura associativa, senza che lo stesso sia necessariamente coinvolto nella realizzazione di un reato-fine⁹.

- nell'anticipazione della tutela. La maggior parte delle incriminazioni introdotte dai legislatori degli Stati dell'Europa continentale a partire dai drammatici fatti dell'11 settembre 2001 si caratterizza, infatti, per l'arretramento della soglia di punibilità rispetto a condotte molto distanti da una possibile lesione o messa in pericolo del bene giuridico, in deroga alle regole generali, quali ad esempio quelle cristallizzate all'art. 115 c.p., che sanciscono l'irrilevanza di tali atti, nonché ai principi di offensività e materialità¹⁰.

Si inseriscono in questo quadro le fattispecie inerenti all'istigazione, la cui caratteristica principale è rappresentata, come è noto, dalla punibilità di condotte che consistono in una manifestazione del pensiero.

- nell'elevato livello sanzionatorio. Invero, molte delle fattispecie in materia di terrorismo si caratterizzano per il particolare rigore della cornice editale, anche rispetto a condotte spesso lontane dal determinare una effettiva offesa al bene giuridico¹¹.

A questi caratteri distintivi, che a ben vedere presentano affinità con diversi settori di disciplina¹², parte della dottrina non manca di aggiungerne altri: sono queste note che, operando su un piano non meramente quantitativo bensì qualitativo, finirebbero per identificare il c.d.

⁶ In questo senso è indicativo che tutte le fonti sovranazionali qualifichino le misure di contrasto al terrorismo ivi contenute come rispettose dei diritti fondamentali garantiti dalla CEDU, dalla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea o dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri: cfr., sul punto, par. 10 del Preambolo alla Decisione Quadro Gai del 13 giugno 2002 sulla lotta contro il terrorismo (2002/475/GAI) e par. 13 del Preambolo alla Decisione Quadro Gai del 28 novembre 2008 (2008/919/GAI).

⁷ F. VIGANÒ, *Terrorismo, guerra e sistema penale*, cit., p. 660.

⁸ Per ciò che concerne l'ordinamento italiano, il riferimento non può che essere al delitto di associazione con finalità di terrorismo ex art. 270 bis c.p. che, infatti, anche alla luce dell'interpretazione flessibile data dalla giurisprudenza, costituisce la fattispecie che ha trovato maggiore applicazione dal 2001, spesso a discapito di altre ipotesi previste dal codice penale: sul punto, F. FASANI, *Terrorismo islamico*, cit., p. 172 ss., anche per i richiami giurisprudenziali. Sull'art. 270 bis c.p., così come modificato nel 2001, ex plurimis, F. VIGANÒ, *Terrorismo di matrice islamico-fondamentalistica e art. 270 bis c.p. nella recente esperienza giurisprudenziale*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 3953 ss.; A. GAMBERINI, *Gli strumenti penali di contrasto al terrorismo internazionale: alcuni interrogativi sulla tecnica e sull'oggetto di tutela della nuova fattispecie di cui all'art. 270 bis c.p.*, in *Crit. dir.*, 2004, p. 69 ss.; E. APRILE, *Art. 270 bis c.p.*, in G. LATTANZI – E. LUPO (a cura di), *Codice penale. Rassegna di dottrina e giurisprudenza*, Vol. VI, Milano, 2010, p. 191 ss.; C. CUPELLI, *Il nuovo art. 270 bis c.p.: emergenze di tutela e deficit di determinatezza?*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 897 ss.; E. ROSI, (voce) *Terrorismo internazionale*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. 2005, p. 1628 ss.; A. VALSECCHI, *art. 270 bis c.p.*, in E. DOLCINI – G.L. GATTA (diretto da), *Codice Penale Commentato*, vol. I, ed. 4^a, Milano, 2015, p. 2996; M. PELISSERO, *Reati contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, in AA.VV., *Trattato teorico pratico di diritto penale*, a cura di F.C. PALAZZO – C.E. PALIERO, IV, Torino, 2010, p. 185 ss.; C. PARAVANI, *Art. 270 bis c.p.*, in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte Speciale. Vol. 1, I delitti contro la personalità dello Stato*, Torino, 2008, p. 320ss.; G. PALOMBARINI, *Art. 270 bis c.p.*, in A. CRESPI – G. FORTI – G. ZUCALÀ, *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2008, p. 691 ss.

⁹ F. VIGANÒ, *Terrorismo, guerra e sistema penale*, cit., p. 660.

¹⁰ Vengono in rilievo, da questo punto di vista, molte delle fattispecie introdotte già con il D.L. n. 144 del 2005 e, più di recente, con il D.L. n. 7 del 2015, aventi ad oggetto l'incriminazione di condotte preparatorie, tra cui l'arruolamento e l'addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale (artt. 270-quater e quinquies c.p.); l'organizzazione di trasferimenti per finalità di terrorismo (art. 270 quater.1 c.p.); la fabbricazione e il possesso di documenti falsi validi per l'espatrio (art. 497-bis c.p.). Sulla tendenza del legislatore ad espandere, in materia di contrasto al terrorismo internazionale, l'intervento penale, dando luogo ad una violazione dei principi di offensività e determinatezza, tra i contributi più recenti, A. CAVALIERE, *Considerazioni critiche intorno al D.L. antiterrorismo, n. 7 del 18 febbraio 2015*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 2, p. 226 ss.

¹¹ L'aggravamento della risposta sanzionatoria è assicurato dal legislatore non soltanto attraverso la previsione per tutti i reati di terrorismo di cornici edittali particolarmente aspre, ma soprattutto per il tramite di una circostanza aggravante comune a effetto speciale (art. 1, D.L. 15 dicembre 1979 n. 625, convertito nella L. 6 febbraio 1980 n. 15), applicabile a qualsiasi reato in concreto commesso per finalità di terrorismo o di eversione, salvo che tale finalità già costituisca elemento costitutivo del reato medesimo, e sottratta al giudizio di bilanciamento con eventuali attenuanti (art. 1, comma 3, D.L. n. 635/1979 già citato); a ciò si aggiunga la particolare disciplina in tema di concessione di benefici penitenziari (art. 4 bis ord. pen., introdotto dall'art. 1, D.L. 13 maggio 1991 n. 152, convertito nella L. 12 luglio 1991 n. 203, e successive modificazioni) nonché un complesso apparato di misure di prevenzione personali e patrimoniali. Sui profili generali del sistema sanzionatorio nei delitti di terrorismo, M. PELISSERO, *Reati contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, cit., p. 159 ss.

¹² Così F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo internazionale, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Quest. giust.*, 2006, p. 666 ss. In particolare, il riferimento è alla normativa adottata in Italia, a partire dagli anni Settanta, per combattere il terrorismo interno e la criminalità organizzata, specialmente di tipo mafioso.

“diritto penale del nemico”¹³.

In particolare, le deviazioni più significative rispetto al paradigma del diritto penale classico vengono riscontrate nella tendenza a perseguire “logiche d’autore” e nella propensione della pena ad avere una funzione di neutralizzazione e segregazione, piuttosto che di risocializzazione e rieducazione¹⁴.

Invero, come dimostrato dalla previsione di forme di anticipazione della tutela, il legislatore tende a porre a fondamento del trattamento punitivo riservato al reo la sua appartenenza a una specifica categoria soggettiva, caratterizzata da una spiccata indole malvagia e da un’accentuata pericolosità, in antitesi con i principi fondamentali propri del diritto penale del fatto¹⁵. In questo senso, l’appartenenza in parola costituisce qualcosa di molto diverso dalla qualifica personale dei reati propri, assumendo il significato di “elemento costitutivo identitario”: il nemico è tale non per gli atti pregiudizievoli dallo stesso posti in essere, ma per il suo legame con una determinata categoria o con un gruppo che, peraltro, può fondarsi su elementi identificativi estremamente vari e generici¹⁶.

D’altra parte, nel momento in cui si qualifica il reo come un nemico¹⁷, è inevitabile che la pena finisca per perdere i connotati funzionali della risocializzazione e della rieducazione, per assumere quelli della neutralizzazione e della segregazione. Più specificamente, alla base di questa diversa finalità della sanzione penale, vi è l’idea che il terrorista – disposto anche al martirio per raggiungere i suoi scopi – 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 specialpreventivo¹⁸.

Ciò detto, la questione che a questo punto si pone è se un sottosistema così configurato, sicuramente lontano dal paradigma del diritto penale classico, resti comunque compatibile con il nostro assetto valoriale, dal momento che proprio il riconoscimento e il rispetto delle garanzie individuali costituiscono l’essenza stessa su cui si fondano le moderne democrazie occidentali.

Il dibattito, come è noto, ha visto scontrarsi diversi orientamenti.

Da un lato, vi è chi ritiene legittimo e necessario configurare all’interno degli ordinamenti statali un doppio sistema fondato sulla contrapposizione tra il cittadino, quale individuo titolare di diritti e obblighi, e il nemico, concepito come una mera fonte di pericolo da neu-

¹³ Come è noto, la categoria del “diritto penale del nemico” è stata elaborata nella sua versione originale da un giurista tedesco: G. JAKOBS, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, in *ZStW* 97, 1985, p. 751 ss. Il modello delineato dall’Autore – le cui tesi sono tornate al centro dell’attenzione della scienza penalistica internazionale a partire dal 2000, adattandosi perfettamente all’emergenza del terrorismo di matrice islamica – mira a neutralizzare, con tutti i mezzi necessari, la pericolosità individuale di quei soggetti dai quali non ci si può attendere l’osservanza delle regole fondamentali della convivenza civile, e si caratterizza per l’accentuato arretramento della tutela penale ad atti preparatori, per gli altissimi livelli sanzionatori e per la riduzione, sul piano processuale, delle garanzie difensive.

Per una ricognizione sul tema del “diritto penale del nemico” nella dottrina italiana, anche criticamente, *ex plurimis*, M. DONINI, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in R.E. KOSTORIS – E. ORLANDI (a cura di), *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, Torino, 2006, p. 19 ss.; Id., *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non deve limitarsi a esercitare*, in *Studi sulla questione criminale*, 2007, 2, p. 55 ss.; L. FERRAJOLI, *Il “diritto penale del nemico” e la dissoluzione del diritto penale*, in *Quest. giust.*, 2006, p. 797 ss.; G. FIANDACA, *Diritto penale del nemico. Una teorizzazione da evitare, una realtà da non rimuovere*, in A. GAMBERINI – R. ORLANDI (a cura di), *Delitto politico*, cit., p. 179 ss.; F. MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell’amico, il nemico nel diritto penale e l’amico nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 646 ss.; F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo internazionale*, cit. p. 666 ss.; R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale*, cit., p. 7 ss.

¹⁴ F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo internazionale*, cit., p. 676 ss. A queste caratteristiche, condivise da altra dottrina, l’Autore aggiunge anche la tendenziale *de-giurisdizionalizzazione* del processo di applicazione della risposta sanzionatoria, realizzata attraverso la creazione di “binari” paralleli di indagine che, in relazione ai reati di terrorismo, attribuiscono la competenza giurisdizionale esclusiva ai magistrati inquirenti e accrescono notevolmente i poteri d’intervento e gli strumenti di indagine delle forze di polizia.

¹⁵ F. FASANI, *Le nuove fattispecie antiterrorismo: una prima lettura*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 927.

¹⁶ F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo internazionale*, cit., p. 677 ss., secondo cui l’appartenenza identitaria rischia di essere una categoria largamente indifferenziata, che può ricomprendere soggetti quali i migranti o intere comunità definite sulla scorta del proprio credo religioso o ideologico-politico. Sotto questo profilo, il diritto penale del nemico costituirebbe una realtà inquietante, dal momento che nella costituzione identitaria del nemico entrerebbero in gioco fattori estremamente vari, del tutto estranei a razionali e ragionevoli valutazioni presuntive di pericolosità, in una logica del tutto avulsa dalla giuridicità, intesa quale misura razionale del comportamento umano.

¹⁷ Deve, comunque, evidenziarsi che, con riferimento al concetto di nemico, vi è chi distingue tra un orientamento “debole” e uno “forte”. Nella prospettiva debole, il nemico viene identificato “con il singolo che viola in modo continuativo le norme di convivenza, e quindi presenta come caratteri l’individualità soggettiva e la sistematica violazione di norme relazionali interne a una determinata comunità”; diversamente, secondo l’interpretazione forte, il nemico è colui che aderisce ad un gruppo di persone che mette in discussione l’esistenza stessa della comunità. Sul punto, R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo*, cit., p. 13 ss., il quale sottolinea, peraltro, che solo quest’ultima concezione si armonizza con il modello del diritto penale del nemico: invero, solo il soggetto che si identifica nell’appartenenza a gruppi organizzati non solo alla reiterata commissione di reati, ma anche alla dissoluzione dell’ordinamento di riferimento, dimostra un’ostilità non componibile e insuperabile con gli strumenti del diritto punitivo tradizionale.

¹⁸ R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo*, cit., p. 20 ss.

tralizzare e, pertanto, privo di ogni diritto¹⁹. Presupposto fondamentale di tale impostazione teorica è, d'altra parte, che tra il diritto penale del cittadino e il diritto penale del nemico non intervenga alcun tipo di commistione, al fine di evitare che l'eccezione rappresentata da quest'ultimo diventi, invece, normalità²⁰.

Dall'altro, si è evidenziato come la logica cittadino/nemico sia accettabile solo all'interno di un contesto di guerra: la legislazione penale vigente in tempo di pace risulta radicalmente incompatibile non soltanto con ogni distinzione relativa alla persona umana ma, altresì, con ogni funzione special-preventiva di tipo negativo²¹.

Orbene, entrambe le impostazioni risultano criticabili in quanto estreme. Se si può facilmente rifiutare l'idea di uno Stato di diritto che tratta gli individui non come persone, privandole dei loro diritti fondamentali, che – vale la pena ricordarlo – hanno innanzitutto la funzione di individuare quei limiti insuperabili oltre i quali il potere statale non può spingersi, va parimenti rifiutata l'impostazione che qualifica come illegittima ogni deroga adottata dal legislatore rispetto al paradigma del diritto penale classico²². Non può, infatti, negarsi che il terrorismo di matrice islamica – per le sue caratteristiche di accentuata pericolosità e diversità rispetto agli altri fenomeni criminosi – richieda l'adozione di misure in grado di tener conto di queste peculiarità e, altresì, della capacità – fino adesso dimostrata – di evolversi e adattarsi ai vari contesti geopolitici, socio-economici e culturali.

Non resta, pertanto, che percorrere la via intermedia, la quale individua nel diritto penale – con tutto il suo carico di garanzie e formalismi – lo strumento in definitiva più adeguato per contrastare il fenomeno terroristico, a patto, però, di accettare, proprio in considerazione della sua particolare aggressività e pericolosità, margini di tutela differenziati dei diritti fondamentali e delle garanzie poste in causa dall'esercizio della giurisdizione penale²³.

In tale prospettiva, la questione centrale diviene allora quella dell'individuazione dei limiti oltre i quali la flessibilizzazione dei succitati principi, in nome della tutela della sicurezza collettiva, diventa intollerabile.

¹⁹ G. JAKOBS, *I terroristi non hanno diritti*, in R.E. KOSTORIS – E. ORLANDI (a cura di), *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, Torino, 2006, p. 3 ss.; *Id.*, *Diritto penale del nemico*, in M. DONINI – M. PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, 2007, p. 5 ss. Più specificamente, secondo l'Autore, "una reale efficacia del diritto suppone (...) una fondazione cognitiva della norma", per cui solo a coloro che offrono la garanzia di comprenderne il significato – cioè i cittadini – possono spettare diritti; diversamente, coloro che si collocano al di fuori dell'ordine sociale – come i terroristi –, mancando di fondamenti cognitivi, devono essere trattati come fonti permanenti di pericolo da neutralizzare.

²⁰ G. JAKOBS, *I terroristi non hanno diritti*, cit., p. 16.

²¹ E.R. ZAFFARONI, *Alla ricerca del nemico: da Satana al diritto penale cool*, in E. DOLCINI – C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci. I. Teoria del diritto penale. Criminologia e politica criminale*, Milano, 2006, p. 757 ss.

²² Devono ritenersi certamente illegittime quelle manifestazioni del diritto – o meglio del non diritto – sul modello di Guantanamo e di Abu Grahid, in cui l'etichettamento del nemico prescinde da uno specifico fatto di reato, i controlli giurisdizionali sono assenti, o comunque ritardati, e strumenti come la tortura e le detenzioni illegali sono tollerate o, peggio, giustificate. Occorre, piuttosto, distinguere "tra spazi legittimi di un diritto penale di lotta e spazi illegittimi di un vero diritto penale del nemico": invero, quest'ultimo sarebbe caratterizzato da una marcata finalità di pura neutralizzazione dell'avversario, rinnegandosi ogni finalità di rieducazione e risocializzazione, laddove, invece, nel primo ancora permangono. In tale prospettiva, il diritto penale di lotta potrebbe trovare la sua legittimazione, rispondendo alla necessità di far fronte ad uno stato di eccezione, rispetto al quale gli strumenti normativi vigenti risultano assenti o inadeguati. Sul punto, M. DONINI, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, cit., p. 19 ss.; *Id.*, *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non deve limitarsi esorcizzare*, cit., p. 55 ss. Criticamente, sulla possibilità di cogliere una differenza qualitativa tra "diritto penale di lotta" e "diritto penale del nemico", A. CAVALIERE, *Diritto penale "del nemico" e "di lotta": due insostenibili legittimazioni per una differenziazione, secondo tipi di autore, della vigenza dei principi costituzionali*, in A. GAMBERINI – R. ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Bologna, 2007, p. 265 ss.

²³ In questo senso, F. VIGANÒ, *Terrorismo, guerra e sistema penale*, cit., p. 679 ss., il quale sottolinea come il diritto penale sia il migliore antidoto contro i rischi di scivolamento verso derive intollerabili per lo Stato liberale di diritto e per la nostra stessa identità culturale occidentale, costituendo – nella sua attuale conformazione – un sistema tendenzialmente trasparente, intessuto di controlli e, soprattutto, gestito da soggetti che condividono – a differenza dei funzionari militari o del potere esecutivo – una cultura della legalità. D'altra parte, non può negarsi come il diritto penale sia uno strumento chiamato, innanzitutto, ad assicurare un'efficace difesa dei beni giuridici individuali e collettivi minacciati dalla criminalità: davanti all'estrema pericolosità e all'anomalia del fenomeno criminoso rappresentato dal terrorismo islamico, il diritto penale deve apprestare strumenti adeguati ed efficaci ad assicurarne il contrasto, anche a costo di sopportare qualche sacrificio sul piano dei diritti e delle garanzie individuali e di accentuare la funzione preventiva rispetto a quella, tradizionalmente assolta dal diritto penale "classico", repressiva di fatti lesivi già commessi (*ivi*, p. 689). Sulla necessità di abituarsi a un "tasso variabile delle garanzie", v., altresì, F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo internazionale*, cit., p. 675.

Diversamente, secondo altri autori, i diritti fondamentali avrebbero un valore assoluto; pertanto, ogni loro affievolimento sarebbe illegittimo e non dovrebbe essere accettato, nemmeno per far fronte a gravi emergenze per l'ordine pubblico. Sul punto, per tutti, A. CAVALIERE, *Diritto penale "del nemico" e "di lotta"*, cit., p. 288 ss.

2.

Le radici del terrorismo islamico tra indottrinamento religioso e perversioni dell'intolleranza.

In questo complesso quadro, si inserisce il tema della punibilità dell'istigazione al terrorismo alla luce della possibile interferenza con la libertà di manifestazione del pensiero.

Una premessa, però, è necessaria e investe le ragioni stesse per cui, a livello sovranazionale, insistono in questo ambito numerosi obblighi di criminalizzazione: perché si reclama la punibilità di condotte che promuovono e incitano il compimento di atti di tipo violento, anche a costo di comprimere in misura rilevante la libertà di espressione?

Invero, non può sottacersi come esista una profonda connessione tra il pensiero islamico radicale e il fenomeno terroristico: quest'ultimo trova le proprie fondamenta in quell'interpretazione del concetto di *jihad* – presente nel Corano – che invita ad un approccio bellicistico nei confronti degli infedeli, rivisitato più volte nel corso dei secoli fino ad assumere – per alcuni – il significato radicale di lotta finalizzata ad un ritorno alla purezza delle origini del pensiero musulmano, da realizzarsi attraverso la distruzione, con qualsiasi mezzo, dei sistemi sociali e politici *jahili* che ne impediscono la diffusione²⁴.

Orbene, su tali fondamenta religiose si innesta il processo di formazione materiale e spirituale che porta a convertire un comune musulmano in un *mujahid* (combattente). L'educazione spirituale, in particolare, ha come punto di partenza la predicazione del Corano e degli altri testi dell'Islam, spiegati in chiave radicalista, a cui si affiancano diversi espedienti che, sfruttando le basi di odio già diffuse in molti paesi islamici per fattori di carattere geopolitico e socioeconomico, rinvigoriscono questo sentimento (vengono, per esempio, mostrati filmati relativi al periodo coloniale che descrivono i soprusi e le violenze subite dalle popolazioni musulmane), finendo per normalizzare e giustificare le forme più dure di violenza, in quanto strumento per rivendicare le vessazioni subite. A ciò si aggiungano gli strumenti di presa psicologica quali la glorificazione di altri combattenti dimostratisi particolarmente coraggiosi e l'elogio del martirio come strada diretta verso il Paradiso²⁵.

Tale opera di indottrinamento, non richiedendo particolari attrezzature, può essere svolta da soggetti molto diversi: si va dall'ideologo che vive in terre lontane, all'imam della moschea vicino casa; passando per i maestri spirituali dei campi di addestramento e gli amici particolarmente religiosi e già vicini a correnti radicali²⁶.

Peraltro, non può non considerarsi che oggi la capacità diffusiva del radicalismo islamico, e dunque del terrorismo, ha trovato un supporto nelle nuove tecnologie, in particolare internet e i social media. Come è emerso da alcuni studi realizzati a livello internazionale, i gruppi terroristici sono ormai divenuti particolarmente abili nello sfruttare il web per reclutare nuovi seguaci, trovare finanziamenti, portare avanti azioni di propaganda e sensibilizzazione e, soprattutto, per raccogliere e diffondere informazioni²⁷.

È evidente che tali strategie di comunicazione sicuramente raffinate, e soprattutto multicanale, 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 terroristica²⁸.

²⁴ F. FASANI, *Terrorismo islamico*, cit., p. 26ss., anche per gli ulteriori riferimenti bibliografici.

²⁵ F. FASANI, *Terrorismo islamico*, cit., p. 79ss.

²⁶ F. FASANI, *Terrorismo islamico*, cit., p. 80.

²⁷ Il riferimento è allo studio realizzato dallo UNODC (United Nation Office on Drugs and Crime), *The use of the Internet for terrorist purposes*, in www.unodc.com.

²⁸ Si tratta di un fenomeno ampiamente considerato dalle più recenti normative internazionali e sovranazionali, come risulta dalla relazione sulla proposta di Direttiva del Parlamento e del Consiglio Europeo sulla lotta contro il terrorismo, che intende sostituire la decisione quadro del Consiglio 2002/475/GAI sulla lotta contro il terrorismo. D'altra parte, è innegabile che attualmente i gruppi terroristici abbiano elaborato specifiche strategie di comunicazione, articolate su più livelli secondo una diversificazione degli strumenti mediali in base ai vari obiettivi e destinatari di riferimento. In particolare, è stato di recente oggetto di numerosi studi il sistema di propaganda adottato dal Da'ish, paradossalmente ispirato ai modelli di comunicazione occidentali e alle produzioni cinematografiche hollywoodiane e comprendente più di 40 media locali, 5 case di produzione e oltre 50 mila account Twitter. Tra i numerosi contributi sul tema, B. BALLARDINI, *Isis. Il marketing dell'Apocalisse*, Milano, 2015; M. DI SALVO, *Isis. La comunicazione globale del terrore* (ebook), 2015; M. MAGGIONI – P. MAGRI (a cura di), *Twitter e jihad. La comunicazione dell'Isis*, Novi Ligure, 2015.

3.

La punibilità dell'istigazione al terrorismo nella normativa di origine sovranazionale.

Occorre a questo punto interrogarsi su quali siano gli strumenti attualmente esistenti per contrastare le condotte istigatorie che, spesso, costituiscono l'innescio di futuri atti terroristici. Questa ricognizione non può, evidentemente, prescindere dall'analisi della normativa eurounitaria e sovranazionale da cui – come è noto – trae origine la maggior parte delle disposizioni italiane in materia di terrorismo internazionale²⁹.

La lotta al terrorismo internazionale ha assunto sin dal 1999, un ruolo di primo piano nell'ambito delle politiche del terzo pilastro, poi “comunitarizzato” a seguito del Trattato di Lisbona, sviluppandosi ulteriormente attraverso l'emanazione di specifici provvedimenti, a partire dal 2001, sull'onda emotiva dei drammatici attentati avvenuti anche in territorio europeo³⁰. Ai nostri fini, vengono in rilievo le decisioni quadro 2002/475/GAI e 2008/919/GAI sulla lotta contro il terrorismo, e la recente proposta di direttiva 2015/0281 del Consiglio e del Parlamento europeo, che dovrebbe sostituire le due precedenti decisioni quadro.

A tali misure di derivazione eurounitaria, si affiancano quelle adottate sul piano internazionale dal Consiglio d'Europa, in attuazione delle indicazioni provenienti dalle Nazioni Unite, quali la Convenzione per la prevenzione del terrorismo del 2005 e il Protocollo Addizionale adottato nel 2015.

Volendo seguire un criterio di tipo cronologico, il punto di partenza dell'analisi normativa è costituito, dunque, dalla decisione quadro 2002/475/GAI che ha imposto, per la prima volta, agli Stati membri dell'Unione l'obbligo di qualificare espressamente come terroristiche, nelle rispettive legislazioni, determinate condotte e di prevedere per esse un trattamento sanzionatorio corrispondente ai livelli prescritti; per gli Stati già provvisti di norme relative al terrorismo, di adeguarne il contenuto prescrittivo e sanzionatorio alle disposizioni di fonte UE³¹.

In particolare, l'art. 4 comma 1, prescrive agli Stati membri l'adozione delle misure necessarie a rendere punibile l'istigazione a commettere reati terroristici, reati riconducibili a un'or-

²⁹ Così, per tutti, F. FASANI, *Le nuove fattispecie antiterrorismo*, p. 929 ss.

³⁰ V. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale*, cit. p. 123 ss. Come è noto, prima del Trattato di Lisbona, in assenza di un esplicito riferimento alla materia penale nell'ambito delle competenze dell'Unione, la cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale si è imposta come settore d'elezione per l'attuazione delle politiche dirette a contrastare il fenomeno del terrorismo internazionale, soprattutto dopo il 2001, seppur non mancassero atti riconducibili all'allora secondo pilastro (PESC), relativo alle attività di collaborazione nei settori della politica estera e di sicurezza comune (*ivi* p. 129). Con il Trattato di Lisbona, e l'introduzione della competenza penale indiretta dell'UE ex art. 83 TFUE, il terrorismo è stato inserito tra le “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”, espressamente elencate al secondo comma del succitato articolo, divenendo così possibile oggetto di direttive, adottate secondo la procedura legislativa ordinaria dal Consiglio congiuntamente al Parlamento, al fine di “stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni” (*ivi*, p. 155 ss.). Sulle competenze dell'Unione Europea nel diritto penale, tra i numerosi contributi, R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione Europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovranazionali e dei beni giuridici di interesse comune*, Milano, 2005; C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione Europea*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 326 ss.; ID., *Le novità in tema di diritto penale europeo*, in P. BILANCIA – M. D'AMICO (a cura di), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2009, p. 137 ss.; ID., *La costruzione della dimensione penale dell'Unione europea: deriva simbolico-repressiva o occasione di approfondimento dei presidi garantistici?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2013, p. 421 ss.; 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 di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, p. 207 ss.; G. GRASSO, *La competenza penale dell'Unione Europea nel quadro del Trattato di Lisbona*, *ibidem*, p. 683 ss.; ID., *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione Europea*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, Napoli, 2011, p. 2307 ss.

³¹ Art. 1 della Decisione Quadro 2002/475/GAI. In particolare, la norma prevede che, ove siano commessi al fine di intimidire la popolazione o costringere indebitamente i pubblici poteri 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, siano considerati “reati terroristici” i seguenti atti intenzionali:

- 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;
- 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)”.

ganizzazione terroristica e reati connessi ad attività terroristiche, come definiti negli articoli precedenti³².

Sul piano sanzionatorio è poi previsto che gli Stati debbano adottare le misure necessarie per assicurare sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive, ma soprattutto che, ove i fatti commessi siano riconducibili a reati terroristici, la reclusione risulti più severa di quella prevista per gli stessi reati dal diritto nazionale in assenza della finalità in oggetto, salvo che le pene previste siano già quelle massime contemplate dal diritto nazionale³³.

Secondariamente, viene in rilievo la decisione quadro 2008/919/GAI, adottata dal legislatore europeo al fine di adeguare la normativa di contrasto al terrorismo adottata nel 2002 all'evoluzione del *modus operandi* seguito dalle organizzazioni, sempre più spesso sganciate da una struttura gerarchica predefinita e caratterizzate da cellule semiautonome sempre più abili – come si è visto – nell'utilizzo delle nuove tecnologie³⁴.

La decisione del 2008 costituisce l'attuazione a livello europeo della succitata Convenzione per la prevenzione del terrorismo, adottata in seno al Consiglio d'Europa e aperta alla firma a Varsavia il 16 maggio 2005, di cui, pertanto, condivide i contenuti³⁵.

Più nel dettaglio, la decisione prevede nuovi obblighi di incriminazione relativi a condotte connesse ad attività terroristiche, quali l'arruolamento e l'addestramento per scopi terroristici³⁶, che devono essere adeguatamente sanzionati anche ove siano oggetto di istigazione³⁷.

Ma soprattutto, la stessa decisione obbliga gli Stati a criminalizzare “la provocazione per commettere reati di terrorismo”, definita come “la diffusione, o qualunque altra forma di pubblica divulgazione, di un messaggio terroristico con l'intento di istigare a commettere uno dei reati [di terrorismo indicati nella stessa decisione quadro], qualora tale comportamento, che preconizzi direttamente o indirettamente reati di terrorismo, dia luogo al rischio che possano essere commessi uno o più reati”³⁸.

Da ultimo, merita attenzione la proposta di direttiva 2015/0281³⁹, elaborata dal Parlamento europeo e dal Consiglio, sulla scorta del Protocollo addizionale adottato nel 2015 alla Convenzione di Varsavia dal Consiglio d'Europa, con l'intenzione di sostituire le precedenti decisioni quadro, per adeguarsi nuovamente all'evoluzione delle minacce terroristiche: ad oggi, infatti, la principale fonte di preoccupazione per la collettività è rappresentata dai c.d. *foreign fighters*, spesso nati negli stessi paesi occidentali, che si recano in zone di conflitto, specialmente in Siria e in Iraq, per unirsi ai gruppi terroristici o per essere addestrati dagli stessi e acquisire così un'esperienza operativa che li rende in grado di perpetrare, al loro ritorno in Europa, attività di radicalizzazione e reclutamento nonché nuovi attacchi. A costoro si affiancano, poi, i c.d. “*lupi solitari*”, ossia gli estremisti che operano isolatamente negli stessi paesi occidentali

³² L'art. 2 della Decisione Quadro individua come “reati riconducibili a un'organizzazione terroristica” la direzione di un'organizzazione e la partecipazione alle sue attività, anche fornendole informazioni o mezzi materiali, ovvero tramite qualsiasi forma di finanziamento delle sue attività nella consapevolezza che tale partecipazione contribuirà alle attività criminose dell'organizzazione terroristica. L'art. 3 definisce, invece, “reati connessi alle attività terroristiche” il furto aggravato, l'estorsione o la formazione di documenti amministrativi falsi, ove commessi per realizzare uno dei comportamenti individuati come “reati terroristici”.

³³ Art. 5, comma 1 e 3, Decisione Quadro 2002/475/GAI.

³⁴ V. terzo “considerando” della Decisione Quadro 2008/919/GAI.

³⁵ Alla Convenzione del Consiglio d'Europa per la prevenzione del terrorismo fa espresso riferimento il nono “considerando” della Decisione Quadro del 2008. La Decisione richiama, altresì, la risoluzione 1624/2005, adottata dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, subito dopo gli attentati di Londra, in forza della quale gli Stati devono adottare, conformemente agli obblighi che incombono loro ai sensi del diritto internazionale, le opportune e necessarie misure per contrastare il terrorismo in tutte le sue forme e manifestazioni – anche via internet –. Invero, con riferimento a questa diversa fonte internazionale, sono state sollevate diverse questioni in termini di legittimazione del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite ad imporre obblighi di incriminazione agli Stati: sul punto, F. FASANI, *Le nuove fattispecie antiterrorismo*, p. 930 ss.; A. CAVALIERE, *Considerazioni critiche*, cit., p. 230. Per un inquadramento più generale dei problemi nascenti dall'attuazione delle risoluzioni anti-terrorismo del Consiglio di Sicurezza ONU in ambito europeo, V. SCIARABBA, *I diritti e i principi fondamentali nazionali ed europei e la problematica comunitarizzazione delle risoluzioni antiterrorismo dell'ONU*, in *Rass. for.*, 2006, p. 175ss.

³⁶ In particolare, l'art. 1 della Decisione definisce il “reclutamento a fini terroristici” come l'induzione a commettere uno dei reati terroristici indicati nella Decisione Quadro del 2002; diversamente, l'“addestramento a fini terroristici” consiste nell'atto di fornire istruzioni per la fabbricazione o l'uso di esplosivi, armi da fuoco o altre armi o sostanze nocive o pericolose ovvero altre tecniche o metodi specifici al fine di commettere un “reato terroristico”, purché vi sia la consapevolezza che le istruzioni sono impartite per conseguire tale obiettivo.

³⁷ Art. 1 della Decisione Quadro 2008/919/GAI, che modifica l'art. 4, comma 2, della Decisione Quadro 2002/475/GAI.

³⁸ Art. 1 della Decisione Quadro 2008/919/GAI, che modifica l'art. 3, comma 1 e 2, della Decisione Quadro 2002/475/GAI. La stessa definizione è contenuta nell'art. 5 della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione del terrorismo del 2005.

³⁹ La proposta di Direttiva è consultabile all'indirizzo <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52015PC0625>. Mentre il lavoro era in corso di pubblicazione, il Parlamento europeo, con la risoluzione legislativa del 16 febbraio 2017, ha approvato la proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla lotta contro il terrorismo, che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/475/GAI sulla lotta contro il terrorismo. La risoluzione, consultabile all'indirizzo <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0046+0+DOC+XML+V0//IT>, riproduce, seppur con alcune variazioni lessicali, il contenuto delle disposizioni della direttiva oggetto di analisi nel prosieguo della trattazione.

in cui vivono, organizzandosi autonomamente o in piccoli gruppi destrutturati, al di fuori di vere e proprie associazioni terroristiche, e che, dopo aver acquisito informazioni circa l'uso di armi o esplosivi, generalmente attraverso il web, si attivano per la realizzazione di attentati⁴⁰.

La proposta in questione prevede in capo agli Stati membri nuovi obblighi di incriminazione – in parte già adempiuti con il D.L. 18 febbraio 2015, n. 7⁴¹ – riguardanti condotte quali ad esempio l'atto di ricevere un addestramento a fini terroristici, i viaggi all'estero a fini terroristici, l'organizzazione o l'agevolazione di viaggi all'estero a fini terroristici⁴², estendendo conseguentemente a questi nuovi reati l'ambito di applicazione del delitto di istigazione⁴³. Si ribadisce, inoltre, la necessità di introdurre il reato di “*Pubblica provocazione a commettere reati di terrorismo*”, qualificando in via esemplificativa come atti perseguibili “*l'esaltazione di attentatori suicidi, l'incoraggiamento ad aderire a jibad violente, l'incitazione diretta a uccidere gli infedeli, la giustificazione del terrorismo o la diffusione di messaggi o immagini di brutali assassini quale mezzo per pubblicizzare la causa dei terroristi o dimostrare il loro potere, laddove tale comportamento crea di fatto il rischio che siano commessi atti terroristici a condizione che i messaggi siano diffusi allo scopo di favorire le attività terroristiche (non necessariamente quelle di un gruppo terroristico specifico)*”, anche qualora la diffusione degli stessi si realizzi per il tramite di internet⁴⁴.

In definitiva, 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 dei reati ivi indicati.

4. L'attuazione in Italia degli obblighi di criminalizzazione sovranazionali.

Come anticipato, l'allarme suscitato dai fatti di terrorismo internazionale a partire dal 2001, ha determinato anche l'Italia a elaborare nuove norme in grado di fronteggiare la minaccia di matrice jihadista. In particolare, per ciò che concerne il diritto penale sostanziale, gli interventi principali possono identificarsi: nel D.L. 18 ottobre 2001, n. 374, diretto a introdurre “*disposizioni urgenti per contrastare il terrorismo internazionale*”, convertito con modificazioni nella L. 15 dicembre 2001, n. 374; nel D.L. 27 luglio 2005, n. 144, recante “*misure urgenti per il contrasto al terrorismo internazionale*”, convertito nella L. 31 luglio 2005, n. 155; nel D.L. 18 febbraio 2015, n. 7, contenente, tra l'altro, “*misure urgenti per il contrasto del terrorismo, anche di matrice internazionale*”, convertito nella L. 17 aprile 2015, n. 43; e da ultimo, nella L. 28 luglio 2016, n. 153, contenente ulteriori “*norme per il contrasto al terrorismo*”.

Senonché, avuto riguardo al tema dell'istigazione, va osservato come nessuna di queste modifiche normative sia risultata particolarmente innovativa, dal momento che – come è noto – l'ordinamento italiano già da prima del 2001 prevedeva ben due norme volte a punire la condotta di chi istiga altri a commettere un reato in materia di terrorismo: l'impianto repressivo del Codice Rocco sanciva e sancisce ancora oggi, infatti, la punibilità ai sensi dell'art. 414 c.p.

⁴⁰ V. par. 1 della proposta di Direttiva. Sulle figure dei “lupi solitari” e dei “*foreign fighters*”, F. FASANI, *Terrorismo islamico*, cit., p. 93 ss. Per un'analisi del fenomeno dal punto di vista sociologico, per tutti, R. GUOLO, *L'ultima utopia. Gli jihadisti europei*, Milano, 2015.

⁴¹ Invero, con il D.L. 18 febbraio 2015 n. 7, convertito con modificazione nella L. 17 aprile 2015 n. 43, il legislatore italiano ha introdotto diverse norme incriminatrici che riproducono il contenuto della proposta di direttiva. Tra queste, vengono in rilievo l'aggiunta di un nuovo comma all'art. 240 quater c.p. – già introdotto con il D.L. 27 luglio 2005, n. 144, convertito nella L. 31 luglio 2005, n. 155, in attuazione della Decisione Quadro 2002/475/GAI e della Convenzione del Consiglio d'Europa per la prevenzione del terrorismo del 2005 –, che prevede la punibilità della persona arruolata, accanto a quella, già prevista, di colui che arruola; l'introduzione dell'art. 240 quater.1 c.p., che punisce “chiunque organizza, finanzia o propaganda viaggi in territorio estero finalizzati al compimento delle condotte con finalità di terrorismo”; infine, è stato modificato il primo comma dell'art. 270 quinquies c.p. – anch'esso già introdotto nel 2005 –, estendendo la punibilità alla persona addestrata, ma soprattutto alla “persona che avendo acquisito, anche autonomamente, le istruzioni per il compimento degli atti di cui al primo periodo, pone in essere comportamenti finalizzati alla commissione delle condotte di cui all'art. 270 sexies”. A ben vedere, la normativa italiana risulta antesignana di quella proposta dalle istituzioni eurounitarie, in quanto entrambe intendono, in realtà, dare attuazione alle indicazioni contenute nella Risoluzione del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite n. 2178 del 24 settembre 2014 e nel Protocollo addizionale del 2015 alla Convenzione del Consiglio d'Europa per la prevenzione del terrorismo. Sulle modifiche introdotte con il D.L. 18 febbraio 2015 n. 7 – oltre ai già citati A. CAVALIERE, *Considerazioni critiche*, cit., p. 226 ss.; F. FASANI, *Le nuove fattispecie antiterrorismo*, p. 926 ss. –, S. COLAIUOCO, *Le nuove norme antiterrorismo e le libertà della persona: quale equilibrio?*, in *Arch. pen.*, 2015, 2, p. 2 ss.; A. BALSAMO, *Decreto antiterrorismo e riforma del sistema delle misure di prevenzione*, in *Dir. pen. cont.*, 2 marzo 2015; G. LEO, (voce) *Nuove norme in materia di terrorismo*, in *Libro dell'anno del diritto 2016 Treccani* (pubblicato anche in *Dir. pen. cont.*, 18 dicembre 2015).

⁴² Art. 8, art. 9 e art. 10 della proposta di Direttiva.

⁴³ Art. 16, paragrafo 4, della proposta di Direttiva.

⁴⁴ Art. 5 della proposta di Direttiva.

di chi, pubblicamente, istiga taluno a commettere uno o più reati, per il solo fatto dell'istigazione, nonché di chi fa l'apologia di uno o più delitti; parallelamente, e con specifico riferimento ai soli delitti contro la personalità dello Stato, l'art. 302 c.p. punisce anche l'istigazione privata, cioè diretta a una o più persone determinate⁴⁵.

Pertanto, le poche novità introdotte dal legislatore italiano in attuazione degli obblighi sovranazionali in materia di contrasto al terrorismo, hanno riguardato esclusivamente l'inserimento di due circostanze aggravanti: la prima, introdotta già con il D.L. n. 144 del 2005, comporta un aumento di pena della metà se i fatti di istigazione o apologia previsti dall'art. 414 c.p. riguardano delitti di terrorismo o crimini contro l'umanità; la seconda, contenuta nel più recente D.L. n. 7 del 2015, quello fino a un terzo in riferimento agli artt. 302 e 414, commi 1 e 2, c.p., e fino a due terzi in relazione all'art. 414, comma 4, c.p., se il fatto è commesso attraverso l'uso di strumenti informatici o telematici.

È evidente che entrambe le circostanze sono naturalmente frutto delle indicazioni provenienti dal legislatore europeo e, più in generale, della tendenza ad anticipare la soglia della tutela e il rigore sanzionatorio⁴⁶.

A ciò si aggiunga che, con riferimento alla previsione di cui all'art. 414 comma 4 c.p., parte della dottrina ha evidenziato alcune frizioni con il principio di legalità, dovute all'eccessiva genericità del rinvio sia ai "delitti di terrorismo" sia ai "crimini contro l'umanità". Invero, i primi andrebbero individuati nei delitti aventi finalità di terrorismo come descritta all'art. 270 sexies c.p., sia essa elemento costitutivo o circostanza aggravante⁴⁷, che, tuttavia, è nota proprio per la sua imprecisione⁴⁸; i secondi andrebbero identificati sulla base delle norme internazionali, dal momento che la categoria non trova nel nostro ordinamento alcun riscontro formale, con il rischio, tuttavia, di non poter applicare l'aggravante in esame nel caso in cui sia mancato o sia carente l'adeguamento delle norme interne alle fonti internazionali coinvolte⁴⁹.

Per quanto riguarda, invece, l'aggravante relativa all'uso di strumenti informatici e telematici, non si è mancato di evidenziarne l'irrazionalità sul piano politico-criminale e la logica d'autore. In particolare, la norma non risponderebbe alle tradizionali funzioni delle circostanze, per lo più ravvisate nell'individualizzazione della pena in relazione alla gravità del fatto, alla colpevolezza del soggetto agente e alla sua pericolosità, ma sarebbe, in realtà, espressione di quella tendenza a incriminare più gravemente l'agente per il possesso di un certo bagaglio di nozioni e competenze e, dunque, per le sue capacità soggettive; tendenze che fanno affiorare ancora una volta la deprecabile dimensione di un diritto penale d'autore⁵⁰.

Su quest'ultimo versante, si tratta, in realtà, di un argomento superabile, ove si tenga conto che, notoriamente, gli strumenti informatici e telematici determinano una capillare e indefinita potenzialità diffusiva del messaggio istigatorio, incrementando, quindi, la probabilità di un

⁴⁵ Il delitto di "Istigazione privata a commettere delitti contro la personalità dello Stato" è – come noto – la sola fattispecie di istigazione privata a commettere reati prevista dal nostro sistema penale e costituisce un'ipotesi speciale di delitto rispetto alla figura generica del reato di istigazione a delinquere di cui all'art. 414 c.p., differenziandosi da quest'ultima in quanto l'oggetto della condotta istigatrice è limitato alla commissione di reati contro la personalità dello Stato. Invero, proprio la natura dei beni protetti dalle norme contenute nel Libro II, Titolo I del codice penale relative ai reati istigati giustifica, nell'ottica del legislatore del 1930, l'estensione della punibilità rispetto a condotte prive del carattere della pubblicità: in questo senso, G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale. Parte Speciale*, I, Bologna, 2012, p. 93 ss.

⁴⁶ Invero, i fatti di istigazione oggetto dell'aggravante in esame erano già penalmente rilevanti ai sensi dell'art. 414, comma 1, c.p., che – come noto – rinvia a una serie aperta di delitti e contravvenzioni, ivi compresi tutti i delitti di terrorismo; la previsione di un aumento sanzionatorio ha, pertanto, un valore pressoché simbolico, considerato altresì che l'effetto aggravatore può essere comunque vanificato dal regime di bilanciamento ex art. 69 c.p. Sul punto, M. PELISSERO, *Reati contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, cit., p. 242.

⁴⁷ M. PELISSERO, *Reati contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, cit., p. 242.

⁴⁸ Una definizione normativa espressa delle "condotte con finalità di terrorismo" è stata prevista solo con il D.L. 27 luglio 2005, n. 144, convertito con modificazioni dalla L. 31 luglio 2005, n. 155, che ha introdotto nel codice penale l'art. 270 sexies, al fine di colmare la lacuna fino a quel momento esistente nell'ordinamento italiano. Tuttavia, pur dovendosi valutare positivamente la scelta del legislatore di dare un'esplicita definizione di terrorismo – anche al fine di allinearsi alle indicazioni provenienti dalle fonti internazionali –, permangono non poche perplessità in ordine alla distinzione intercorrente tra la finalità terroristica e quella eversiva: sul punto, F. VIGANÒ, *Terrorismo di matrice islamico-fondamentalistica*, cit., p. 3956 ss. Sulla nozione di terrorismo, ex plurimis, M. MANTOVANI, *Le condotte con finalità di terrorismo*, in R. KOSTORIS – R. ORLANDI (a cura di), *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, Torino, 2006, p. 77 ss.; A. VALSECCHI, *Il problema della definizione di terrorismo*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2004, p. 1127 ss.; Id., *La definizione di terrorismo dopo l'introduzione del nuovo art. 270 sexies c.p.*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2006, p. 1103 ss.; Id., *Art. 270 sexies c.p.*, in E. DOLCINI – G. MARINUCCI (a cura di), *Codice Penale Commentato*, vol. 1, p. 1958 ss.; L.D. CERQUA, *La nozione di "condotte con finalità di terrorismo" secondo le fonti internazionali e la normativa interna*, in C. DE MAGLIE – S. SEMINARA (a cura di), *Terrorismo internazionale e diritto penale*, Padova, 2007, p. 1580 ss.

⁴⁹ V. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale*, cit. p. 278 ss.

⁵⁰ F. FASANI, *Le nuove fattispecie antiterrorismo*, p. 945 ss.,

effetto suggestivo su una massa generalizzata di persone⁵¹.

5. Sicurezza collettiva vs libertà di espressione nella giurisprudenza nazionale e sovranazionale.

L'arretramento della tutela penale e il rigore sanzionatorio che hanno animato la normativa europea in materia di istigazione al terrorismo internazionale, al netto dei limiti relativi alle scelte di adattamento operate dal legislatore italiano, sono stati oggetto di diverse critiche anche per quanto concerne la possibile frizione con la libertà, costituzionalmente e convenzionalmente riconosciuta, di manifestazione del pensiero⁵².

In verità, il tema dei rapporti tra i reati di istigazione e apologia e la libertà di espressione non è nuovo alla dottrina e alla giurisprudenza interna: sin dall'entrata in vigore della Costituzione, i giudici della Consulta si sono interrogati sulla legittimità delle ipotesi previste dall'art. 414 c.p. e sulla possibilità di opporre all'art. 21 Cost. limiti diversi da quello del "buon costume" già esplicitato dal legislatore costituente⁵³.

Come è noto, il punto di approdo di questa faticosa e non sempre lineare evoluzione giurisprudenziale è stato raggiunto con la sentenza n. 65 del 4 marzo 1970, con cui la Corte ha espressamente subordinato la legittimità costituzionale del delitto di apologia, e indirettamente di istigazione, all'accertamento della concretezza del pericolo, intesa come idoneità dell'azione a suscitare consensi e a stimolare nel pubblico la commissione di delitti del genere di quello oggetto dell'apologia o dell'istigazione⁵⁴.

A conclusioni analoghe è giunta, altresì, la Corte Europea dei diritti dell'uomo, chiamata in diverse occasioni a valutare la compatibilità delle fattispecie di istigazione e apologia, ancora oggi presenti in larga parte degli Stati Europei, con la libertà di espressione riconosciuta dall'art. 10 CEDU. Secondo i giudici di Strasburgo, la repressione penale delle suddette figure criminose non costituisce violazione della Convenzione, quando le condotte punite a livello nazionale, 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 criminali⁵⁵.

Senonché, la ricostruzione dell'apologia e dell'istigazione come reati di pericolo concreto non ha scongiurato, almeno a parere di taluni, possibili frizioni con la libertà di espressione: la categoria del pericolo concreto dovrebbe, infatti, accedere ad un fatto-base dotato di per sé di una pericolosità astratta. Pertanto, la funzione del giudice dovrebbe limitarsi all'approfondimento di tale valutazione in chiave concreta⁵⁶.

Se però, come spesso accade nella prassi, il fatto-base è incapace di segnalare una relazione di pericolosità empiricamente fondata, si apre la strada a incertezze sul piano applicativo in-

⁵¹ In questo senso, 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.* (Web), 2016, 1, p. 6 ss. Si tratta di un'interpretazione recentemente condivisa dalla giurisprudenza di legittimità con riferimento a un caso di apologia via internet dello Stato Islamico: Cass. pen., sez. I, 6 ottobre 2015, n. 47489, H.E.M., 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 rispetto alla nuova minaccia terroristica*.

⁵² Per tutti, V. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale*, cit. p. 279 ss. Sulla tendenza, nell'ambito della normativa contro il terrorismo internazionale, a una "germinazione – intesa nel senso di moltiplicazione, trasformazione ed espansione – del più ampio *genus* dei reati di opinione", anche in una prospettiva comparata, E. FRONZA, *Criminalizzazione del dissenso o tutela del consenso. Profili critici del negazionismo come reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 2, p. 1016 ss.

⁵³ Per una ricostruzione degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali sul tema dei rapporti tra libertà di espressione e istigazione a delinquere, *ex plurimis*, F. SCHIAFFO, *Istigazione ed apologia nei delitti contro l'ordine pubblico*, in AA.VV., *Delitti contro l'ordine pubblico*, a cura di S. MOCCIA, Napoli, 2007, p. 152 ss.; G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico. Itinerari ed esiti di una verifica dogmatica e politico-criminale*, Milano, 1988, p. 100 ss.; D. PULITANÒ, *Libertà di manifestazione del pensiero, delitti contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico* (art. 21 Cost.), in AA.VV., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. VASSALLI, Napoli, 2006, p. 239 ss.; C. FIORE, *I reati di opinione*, Padova, 1972; L. ALESIANI, *I reati di opinione. Una rilettura in chiave costituzionale*, Milano, 2006; C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Torino, 2008.

⁵⁴ Corte cost., n. 65 del 1970, in www.giurcost.org, con nota di G. BOGNETTI, *Apologia di delitto punibile ai sensi della Costituzione e interpretazione della norma dell'art. 414 c.p. u.c.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, p. 18 ss.

⁵⁵ Sul punto, per tutti, E. NICOSIA, *Convezione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, p. 209 ss.; per un'analisi della giurisprudenza della Corte EDU, M. OETHEIMER, *Art. 10 – Libertà di Espressione*, in AA.VV., *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di S. BARTOLE – P. DE SENA – V. ZAGREBELSKY, Padova, 2012, p. 397 ss.

⁵⁶ F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, 2° ed., Milano, 1994, p. 125 ss; nello stesso senso, G. DE VERO, voce *Ordine Pubblico (delitti contro)*, in *Dig. disc. pen.*, IX, Torino, 1995, p. 89. Più recentemente, C. VISCONTI, *Aspetti penalistici*, cit., p. 246 ss.

compatibili con il principio di tassatività⁵⁷, superabili solo attraverso una riformulazione della norma che rinunci all'attuale modello "monolitico", in favore di una selezione già a livello di fatto tipico dei reati oggetto di istigazione, al fine di ancorare la relazione di pericolosità della condotta ad oggettività giuridiche particolarmente rilevanti⁵⁸.

D'altra parte, non sono mancate posizioni più radicali che sostengono soluzioni abolizioniste⁵⁹ o di complessiva illegittimità costituzionale dei reati di opinione⁶⁰.

6. La punibilità dell'istigazione indiretta: quali limiti alla flessibilizzazione delle garanzie?

Questo quadro, già piuttosto complesso, risulta oggi ancor più intricato alla luce degli obblighi sanciti dal legislatore europeo che, come prima ricordato, non si limita a chiedere agli Stati membri l'incriminazione dell'istigazione diretta a commettere reati terroristici o connessi ad attività terroristiche, ma altresì quella della pubblica provocazione, definita – vale la pena ripeterlo – come qualunque forma di pubblica divulgazione di un messaggio con l'intento di istigare a commettere i citati crimini "qualora tale comportamento, che preconizzi direttamente o indirettamente reati di terrorismo, dia luogo al rischio che possano essere commessi uno o più reati"⁶¹.

Si tratta, come è evidente, di una condotta delineata fufosamente che anticipa ulteriormente la soglia della punibilità rispetto all'istigazione e rischia, dunque, di porsi al di là della linea di demarcazione tracciata dalla Corte Costituzionale e dalla Corte EDU in materia di rapporti tra esigenza di tutela della collettività e libertà di manifestazione del pensiero⁶².

In verità, le stesse fonti sovranazionali dimostrano preoccupazione per la possibile compressione della libertà di espressione collegata all'incriminazione della pubblica provocazione, tanto da precisare che esse non hanno "l'effetto di imporre agli Stati membri di adottare misure che siano in contrasto con i principi fondamentali"⁶³.

Senonché, una simile dichiarazione, pur in sé apprezzabile, non chiarisce né dà alcuna indicazione su come, in concreto, i legislatori nazionali dovrebbero criminalizzare condotte che consistono in una manifestazione del pensiero e sono suscettibili di dare luogo al mero rischio di commissione di uno o più reati aventi finalità terroristica, senza comprimere al contempo la libertà di espressione.

A fronte, dunque, di un'eventuale ulteriore espansione dell'area del penalmente rilevante, il problema cruciale – come anticipato – è quello di individuare quale sia il limite tollerabile di flessibilizzazione dei diritti fondamentali, e in particolare della libertà di manifestazione del pensiero, in nome della sicurezza collettiva.

Tuttavia, il punto di equilibrio non può essere riconosciuto in maniera univoca rispetto

⁵⁷ G. DE VERO, voce *Istigazione a delinquere e a disobbedire alle leggi*, in *Dig. disc. pen.*, VI, Torino, 1993, p. 299 ss.

⁵⁸ G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, cit., p. 215 ss. In particolare, secondo l'Autore sarebbe opportuno che in una futura riforma dell'art. 414 c.p. trovino esplicita menzione anche la determinatezza dell'oggetto dell'istigazione, l'orientamento di questa verso un'immediata realizzazione dei reati evocati e la delimitazione della pubblicità della condotta.

⁵⁹ In questo senso si esprime chi, in tema di apologia di reato, guarda con sfavore la soluzione compromissoria adottata dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 65 del 1970, che avrebbe snaturato le caratteristiche della condotta apologetica, trasformandola in un inutile doppione dell'istigazione. Invero, sarebbe stato preferibile riconoscere che l'incriminazione di fatti apologetici si pone in conflitto insanabile con i principi costituzionali. Sul punto, G. BOGNETTI, *Apologia di delitto*, cit., p. 19, nota 8; C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., p. 107 ss.; più di recente, E. FRONZA, *Brevi note sulla teoria della "istigazione indiretta" in tema di apologia*, *Cass. pen.*, 2003, p. 1013 ss.; nella manualistica, G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale. Parte speciale*, cit., p. 87 ss.

⁶⁰ C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., p. 124 ss. In tale prospettiva, può essere vista con parziale favore la L. 24 febbraio 2006 n. 85, la quale – come è noto – ha espunto dal codice alcune fattispecie di delitti contro la personalità dello Stato che non trovavano larga applicazione e che non risultavano più rispondenti alle mutate esigenze di tutela (es. artt. 269, 279, 279, 292-bis e 293 c.p.); altre ipotesi di reato, di contro, sono state riformulate talora in senso solo formale (es. artt. 403 e 404 c.p.), talaltra in modo da restringere la fattispecie (es. artt. 292 e 299 c.p.), prevedendo altresì una significativa riduzione delle pene edittali. Tra i numerosi contributi sulla riforma, anche in senso critico, D. PULITANO, *Riforma dei reati di opinione?*, in *Corr. giur.*, 2006, pp. 745 ss.; M. PELISSERO, *Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati di opinione: occasioni e incoerenze sistematiche (I-II)*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, pp. 960 ss.; C. VISCONTI, *Il legislatore azzecca garbugli: le «modifiche in materia di reati di opinione» introdotte dalla l. 24 febbraio 2006 n. 85*, in *Foro it.*, 2006, parte V, pp. 217 ss.

⁶¹ In tale prospettiva, la Commissione europea, nella relazione inviata al Consiglio e al Parlamento sull'attuazione della decisione quadro 2008/919/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2008 (che modifica la decisione quadro 2002/475/GAI sulla lotta contro il terrorismo), ha evidenziato come sollevi "preoccupazione" la mancata adozione da parte di alcuni Stati membri – ivi compresa l'Italia – di norme concernenti l'incriminazione della "provocazione indiretta". La relazione è consultabile in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex:52014DC0554>.

⁶² F. FASANI, *Terrorismo islamico*, cit., p. 142.

⁶³ Cfr. art. 2 della Decisione Quadro 2008/919/GAI.

a tutti i diritti individuali, dovendosi, piuttosto, tenere in considerazione il diverso peso che ciascuna garanzia riveste all'interno del nostro ordinamento e nel quadro delle Carte internazionali e sovranazionali⁶⁴.

Nell'accennata prospettiva, deve rilevarsi come siano proprio queste ultime – ivi compresa la CEDU – a riconoscere la possibilità per gli Stati di introdurre all'interno dei rispettivi ordinamenti deroghe alle garanzie riconosciute, in presenza di comprovate situazioni di emergenza, o comunque di minacce particolarmente insidiose e pericolose per la società.

Se vi è, infatti, un nucleo minimo di diritti fondamentali sul quale nessun negoziato è possibile, trattandosi di diritti che attengono al cuore stesso dello Stato liberale di diritto, e che per tale motivo si sottraggono al bilanciamento con qualsiasi contro-interesse⁶⁵, ve ne sono però altri – come il diritto alla libertà di espressione – per i quali sono ammesse restrizioni o deroghe⁶⁶.

In queste ipotesi viene, quindi, riconosciuto agli Stati il c.d. “margine nazionale di apprezzamento”, che permette loro di discostarsi dalla Convenzione attraverso la previsione di una normativa interna non conforme agli obblighi in essa contenuti, ma rispondente alle specifiche esigenze della situazione concreta; ferma restando, comunque, la possibilità di un controllo da parte della Corte di Strasburgo sull'operato statale, sulla legalità della misura e sulla proporzione rispetto alla ragione adottata⁶⁷.

D'altra parte, in un'ottica interna, anche la Corte Costituzionale ha in diverse occasioni affermato che, pur dovendosi assicurare alla libertà di espressione il più ampio riconoscimento trattandosi di una libertà che più di altre è “pietra angolare” della democrazia⁶⁸, la stessa può essere soggetta a limitazioni ove ciò sia necessario per garantire interessi di rango costituzionale contrapposti, impliciti o espliciti, che in un giudizio di bilanciamento possano considerarsi prevalenti alla luce del criterio di ragionevolezza⁶⁹.

Nel caso dei delitti di istigazione e apologia, la giurisprudenza della Corte, come è noto, ha ravvisato tale interesse nell'ordine pubblico, ancorché riletto in chiave costituzionale, da intendersi cioè come insieme dei principi fondamentali che riassumono l'ordine legale di una convivenza sociale ispirata ai valori costituzionali⁷⁰.

Senonché, tale impostazione risulta ancora oggi criticata da larga parte della dottrina, secondo cui oggettività come l'ordine pubblico o, nel caso dei delitti di terrorismo, la c.d. sicurezza pubblica mondiale o la personalità dello Stato, risultano prive di quei requisiti che dovrebbero connotare un bene giuridico da proteggere attraverso l'arma affilata della pena, quali la verificabilità empirica, la preesistenza nel tempo, la connotazione in termini di precisione, concretezza e materialità, la distanza rispetto alla tutela della mera disobbedienza⁷¹.

⁶⁴ F. VIGANÒ, *Terrorismo, guerra e sistema penale*, cit., p. 697 ss.

⁶⁵ Indicazioni in tal senso sono contenute nell'art. 15 della CEDU, che non ammette deroghe, neanche in tempo di guerra, al diritto alla vita, al diritto a non essere sottoposti a tortura o a trattamenti inumani e degradanti, a non essere ridotti in schiavitù e al principio di legalità della pena nel suo nucleo minimo di prevedibilità ed irretroattività della sanzione penale. Sul punto, F. VIGANÒ, *Terrorismo, guerra e sistema penale*, cit., p. 697.

⁶⁶ Più specificamente, la Convenzione distingue tra misure restrittive dell'esercizio di alcuni diritti e libertà (artt. 8-11 CEDU, art. 1 e art. 3 del I protocollo addizionale), con carattere permanente, che possono essere previste dalla legge, ove siano necessarie in una società democratica; e misure derogatorie temporanee, da adottare in presenza di circostanze eccezionali e, dunque, “nella stretta misura in cui lo richieda la situazione” (art. 15, comma 1, CEDU).

⁶⁷ In verità, la “teoria del margine di apprezzamento” non trova una esplicita previsione nella Convenzione, risultando piuttosto il frutto di un'elaborazione, dapprima, della Commissione europea dei diritti umani e, poi, della Corte Europea dei diritti dell'uomo. Sul tema dell'applicazione del “margine nazionale di apprezzamento” nella legislazione antiterrorismo, E. FRONZA, *Legislazione antiterrorismo e deroghe ai diritti fondamentali: Riflessioni sulla teoria del “margine nazionale di apprezzamento”*, in *Studi sulla questione criminale*, 2006, 1, p. 31 ss.

⁶⁸ F. SCHIAFFO, *Istigazione ed apologia*, cit., p. 154. Nella giurisprudenza costituzionale, Corte Cost., sent. n. 11 del 1968, in www.giurcost.org; Corte Cost., sent. n. 168 del 1971, *ivi*; Corte Cost., sent. n. 9 del 1965, *ivi*; Corte Cost. n. 84 del 1969, *ivi*; Corte Cost., sent. n. 126 del 1985, *ivi*.

⁶⁹ Corte Cost., sent. n. 87 del 1966, cit. Sul punto, C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, p. 35; C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., p. 124; G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, cit., p. 102; D. PULITANO, *Libertà di manifestazione del pensiero*, cit., p. 239 ss; F. SCHIAFFO, *Istigazione ed apologia*, cit., p. 156; L. ALESIANI, *I reati di opinione*, cit., p. 145.

⁷⁰ Così, Corte Cost., 16 marzo 1962, n. 19, in www.giurcost.org; Corte Cost., 8 luglio 1971, n. 168, *ivi*. In materia ordine pubblico, tra gli altri, C. FIORE, *Ordine pubblico*, voce *Ordine pubblico (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 1084 ss.; G. DE VERO, *Ordine pubblico*, cit., p. 72 ss.; S. MOCCIA, voce *Ordine pubblico (Disposizioni a tutela dell')*, in *Enc. giur. Treccani*, XXII, Roma, 1990, p. 1; G. MARINI, voce *Ordine pubblico (delitti contro l')*, in *Noviss. Dig. it., Appendice V*, Torino, 1993, p. 233; G. Rosso, voce *Ordine Pubblico (Delitti contro l')*, in *Noviss. Dig. it.*, XII, 1965, p. 152.

⁷¹ A. CAVALIERE, *Può la “sicurezza” costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale?*, in *Crit. dir.*, 2009, p. 43 ss. Più in generale, sui rapporti tra bene giuridico e diritto penale, tra i numerosi contributi, E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974; F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983; G. FIANDACA, *Il “bene giuridico” come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in G. MARINUCCI – E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985; P. SIRACUSANO, *I delitti in materia di religione. Beni giuridici e limiti dell'intervento penale*, Milano, 1983.

E tanto più, in nome della salvaguardia di siffatti beni, sarebbe ingiustificata la compressione – attraverso l'estremo arretramento della soglia di protezione – di un diritto fondamentale particolarmente significativo, quale la libertà di manifestazione del pensiero.

In verità, agli effetti di un bilanciamento tra interessi 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 espressione⁷².

La prospettiva qui segnalata non pare, tuttavia, imporre un abbandono dell'opzione penale rispetto alle condotte qui in esame; si tratta piuttosto di valorizzare quell'indirizzo interpretativo che ravvisa i veri referenti di protezione delle norme incriminatrici in materia di terrorismo nei beni individuali direttamente colpiti dagli atti di violenza, quali la vita, la libertà personale, l'incolumità fisica, relegando a un piano secondario la sicurezza collettiva⁷³.

In tale ottica, quindi, deve ritenersi legittimo il ricorso allo strumento penale, anche a costo di colpire condotte che siano espressione di liberi convincimenti individuali, sempre che a essere posti in pericolo siano i beni sopra richiamati. Diversamente, si finirebbe per avallare forme di abuso del diritto: le stesse garanzie riconosciute dagli Stati democratici finirebbero paradossalmente per diventare lo strumento utilizzato dai terroristi per conseguire i propri obiettivi e violare altri diritti fondamentali⁷⁴.

⁷² In questo senso, M. PELISSERO, *La parola pericolosa. Il confine incerto del controllo penale del dissenso*, in *Questione Giustizia*, n. 4/2015, p. 37 ss., il quale sottolinea che "la limitazione della libertà di manifestazione del pensiero è tanto più giustificabile quanto più è finalizzata alla tutela di interessi individuali della personalità" (ivi p. 40). Nello stesso senso si esprime quella parte della dottrina che considera legittima la criminalizzazione dei c.d. *hate speeches* o del negazionismo: rispetto a tali condotte, il riconoscimento dello *ius punendi* poggierebbe sul principio di uguaglianza e dignità della persona umana, previsti dagli artt. 2 e 3 Cost., che – nell'ottica di un giudizio di bilanciamento – devono considerarsi prevalenti rispetto alla libertà di manifestazione del pensiero; sul punto, tra gli altri, G. A. DE FRANCESCO, *Commento al D.l. 26/4/1993 n. 122 conv. con modif. dalla l.25/6/1993 n. 205 – Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa*, in *Leg. Pen.*, 1994, II, p. 179 ss.; E.M. AMBROSETTI, *Beni giuridici tutelati e struttura delle fatti-specie: aspetti problematici nella normativa penale contro la discriminazione razziale*, in (a cura di) S. RIONDATO, *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso, diritti fondamentali e tutela penale*, Milano, 2007, p. 1019 e ss.; E. FRONZA, *Osservazioni sull'attività di propaganda razzista*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1997, 32 e ss.; L. PICOTTI, *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale fra offesa dei diritti fondamentali della persona e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Discriminazione razziale*, cit., p. 117 ss.; A. TESAURO, *La propaganda razzista tra tutela della dignità umana e danno ad altri*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 2, p. 961 ss. Nello stesso senso si esprime la giurisprudenza: Cass. Pen., Sez. I, 28 febbraio 2001, n. 23024, A.S. e altri, in *Cass. Pen.*, 2002, p. 3874 ss.; Cass. Pen., Sez. III, 13 dicembre 2007, n. 13234, B.M. e altri, in *Ind. Pen.*, 2009, I, 207 e ss.; Cass. Pen., Sez. IV, 10 luglio 2009, n. 41819, B.M. e altri, in *Cass. pen.*, 2010, VI, p. 2353 ss.

Si tratta, a ben vedere, di un orientamento non condiviso dalla prevalente dottrina, secondo cui siffatti beni giuridici, almeno per il modo in cui vengono comunemente intesi, rischiano di venire in rilievo in una dimensione astratta e collettiva, caratterizzata da una scarsa afferrabilità materiale, non ricollegabile, come tale, ad un singolo individuo in concreto; senza contare che "punire una manifestazione di pensiero in nome della tutela della dignità umana introduce un cortocircuito, perché anche l'esercizio della libertà di opinione (che si vorrebbe limitare) è esso stesso esplicitazione della dignità un'idea collettiva di dignità umana" così, A. PUGIOTTO, *Le parole sono pietre? I discorsi d'odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 15 luglio 2013. Per una ricostruzione del dibattito, C. VISCONTI, *Aspetti penalistici*, cit., p. 139 ss., nonché, recentemente, M. PELISSERO, *La parola pericolosa*, cit., p. 43 ss. Con specifico riferimento all'introduzione del reato di negazionismo, A. DI GIOVINE, *Il passato che non passa: "Eichmann di carta" e repressione penale*, in *Riv. dir. pubbl. comp. eur.*, 2006, 1, p. XIII; M. CAPUTO, *La "menzogna di Auschwitz", le "verità" del diritto penale. La criminalizzazione del c.d. negazionismo tra ordine pubblico, dignità e senso di umanità*, in *Dir. pen. cont.*, 7 gennaio 2014, ora anche in G. FORTI – G. VARRASO – M. CAPUTO, *Verità del precetto e della sanzione penale alla prova del processo*, Napoli, 2014, 2, p. 63 ss.; D. BRUNELLI, *Attorno alla punizione del negazionismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 2, p. 978 ss.; G. PUGLISI, *A margine della c.d. "aggravante di negazionismo": tra occasioni sprecate e legislazione penale simbolica*, in *Dir. pen. cont.*, 15 luglio 2016. In senso contrario, tra i numerosi contributi, E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, Milano, 2012; D. PULITANO, *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio*, in *Dir. pen. cont.*, 16 marzo 2015; M. CASSANO, *Negazionismo e opportunità di una risposta penale*, in *Criminalia*, 2013, p. 279 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. Criticamente, sull'aggravante introdotta con la legge n. 115 del 16 giugno 2016 n. 115, che ha inserito un nuovo comma 3-bis nella legge n. 654 del 1975, avente ad oggetto il c.d. negazionismo, per tutti, A.S. SCOTTO ROSATO, *Osservazioni critiche sul nuovo "reato" di negazionismo*, in *questa Rivista*, 2016, 3, p. 280 ss.

⁷³ Per tutti, F. VIGANÒ, *Incriminatione di atti preparatori e principi costituzionali di garanzia nella vigente legislazione antiterrorismo*, in *ius17@unibo.it*, 2009, 1, p. 176 ss.

⁷⁴ A ben vedere, è la stessa CEDU che all'art. 17 sancisce la clausola del "divieto di abuso del diritto", proprio al fine di assicurare un compromesso tra la salvaguardia degli interessi generali della comunità e il rispetto dei diritti individuali. Per una ricostruzione storica e comparata sul tema dell'abuso del diritto, F. LOSURDO, *Il divieto dell'abuso del diritto nell'ordinamento europeo: storia e giurisprudenza*, Torino, 2011. Più specificamente, sull'art. 17 CEDU, A. TERRASI, *Art. 17*, in *Commentario breve*, cit., p. 570 ss.; C. PINELLI, *Art. 17 - Divieto dell'abuso del diritto*, in S. BARTOLE - B. CONFORTI - G. RAIMONDI (diretto da), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 455 ss. Sul tema dell'abuso della libertà di espressione, nella particolare prospettiva del negazionismo, P. LOBBA, *Il negazionismo come abuso della libertà di espressione: la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 4, p. 1815 ss.

La repressione degli abusi non va, tuttavia, confusa con la tendenza attualmente piuttosto diffusa, anche da parte del legislatore sovranazionale, a criminalizzare, in nome della laicità statale, comportamenti socialmente innocui ma espressivi di un credo o una cultura religiosa. Invero, siffatta propensione rischia di dar luogo al paradosso di "un'ideologia confessionale dello Stato ateo". Sul tema, in una prospettiva più ampia, C.E. PALIERO, *La laicità penale alla sfida del "secolo delle paure"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1154 ss.

7.

Prospettive de lege ferenda. Conclusioni.

Non abbandonare la strada di una possibile penalizzazione non vuol dire naturalmente che i legislatori nazionali abbiano mano libera nel comprimere una libertà centrale quale quella di espressione, vero cardine di una società democratica; tutt'altro. L'esigenza di tutelare beni personali di centrale importanza non può naturalmente obliterare la necessità di scolpire il precetto nel pieno rispetto delle garanzie proprie del diritto penale, anzi in questo caso con un innalzamento del loro livello vista la delicatezza del controinteresse in gioco.

Con riferimento, dunque, alla possibilità di introdurre nel nostro ordinamento il reato di pubblica provocazione, alla luce della notevole anticipazione della tutela che caratterizza la disposizione – incriminatrice di condotte solo indirettamente prodromiche alla realizzazione di fatti di reato –, appare indispensabile che il legislatore italiano formuli la nuova fattispecie in aderenza ai principi di offensività e determinatezza.

Inoltre, dovrebbe superarsi la tendenza a riprodurre senza alcun filtro critico le norme sovranazionali nell'ordinamento interno, soprattutto ove queste ultime risultino opache e dai tratti sfuggenti⁷⁵, come per l'appunto nell'ipotesi che ci occupa. Il rispetto degli impegni internazionali non può, infatti, deresponsabilizzare i singoli Stati che – al di là dell'impegno che dovrebbero approfondire facendo sentire la loro voce nelle sedi in cui, di fatto, le scelte di politica criminale maturano –, sono chiamati, al momento della trasposizione interna, a utilizzare con sapienza gli spazi concessi nella costruzione della fattispecie criminosa.

Tra i tentativi fatti finora, va segnalato un disegno di legge presentato alle Camere già nel 2007, al fine di dare alla Convenzione di Varsavia un'attuazione più completa rispetto a quella parzialmente realizzata con il decreto Pisanu⁷⁶. La proposta, mai discussa dal Parlamento, prevedeva, tra l'altro, l'introduzione nel codice penale dell'art. 270 octies c.p., contenente una nuova fattispecie rubricata "Istigazione al terrorismo", finalizzata a punire la pubblica diffusione di messaggi che incitano, anche in maniera indiretta, a commettere atti terroristici.

Questa la disposizione che, al tempo, si proponeva di inserire nel tessuto codicistico: "Articolo 270-octies (Istigazione al terrorismo) - 1. Fuori dai 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 comma 1, 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 norma tiene conto delle indicazioni provenienti dal legislatore europeo e ha il pregio di fornire una definizione dei comportamenti che costituiscono atti di incitamento indiretto, ancorando al contempo la punibilità degli stessi al pericolo concreto di commissione delle condotte terroristiche ivi indicate. Solo l'accertamento dell'idoneità, ancorché indiretta, di siffatte condotte a provocare la commissione di atti terroristici può assicurare un'effettiva armonizzazione con i principi di materialità ed offensività e impedire lo scivolamento verso la

⁷⁵ In questo senso, V. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale*, cit. p. 319 ss. In particolare, secondo l'Autrice, il legislatore sceglie, colpevolmente, di limitarsi a emanare ordini di esecuzione delle convenzioni internazionali e a riprodurre pedissequamente – o addirittura con peggioramenti – le norme europee, tralasciando gli effetti negativi di un loro inserimento disorganico nell'ordinamento, ma soprattutto, senza considerare che, così operando, si finisce per trasferire alla giurisprudenza – costituzionale e non – un ruolo che non le è proprio, quale appunto l'armonizzazione della disciplina con i principi nazionali.

⁷⁶ Il disegno di legge n. 1799, presentato in data 18 settembre 2007 dai Ministri degli affari esteri e della giustizia, è disponibile in http://www.senato.it/leg/15/BGT/Schede/Ddliter/testi/28942_testi.htm.

repressione della mera disobbedienza⁷⁷.

Tuttavia, non può sottacersi come questa scelta di attestarsi sulla soglia del pericolo concreto, seppur apprezzabile nelle intenzioni, si traduca in una poco felice formulazione letterale, laddove si utilizza il verbo cagionare con riferimento al concetto di pericolo: quest'ultimo, consistendo – come è noto – in un giudizio di relazione e non in un evento naturalistico⁷⁸, risulta incompatibile con un termine che, invece, presuppone la sussistenza di un legame causale.

D'altra parte, come anticipato, l'estremo del pericolo concreto non sempre è in grado di fungere di per sé 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 riferimento⁷⁹; e ciò vale in particolar modo per i reati di opinione, nei cui confronti non sono affatto certi i parametri in forza dei quali l'idoneità deve essere accertata⁸⁰.

Ne consegue, pertanto, la necessità di intervenire anche sul piano della determinatezza della fattispecie, attraverso la selezione, già in sede di formulazione normativa, delle specifiche condotte provocatorie che possano dar luogo al pericolo di commissione di atti terroristici.

In questo senso, non sembra che la proposta del legislatore del 2007 vada nella giusta direzione: la definizione dei comportamenti qualificabili come incitamento indiretto risulta, infatti, fin troppo ampia, riferendosi a generici atti di esaltazione o sostegno di condotte terroristiche. A ciò si aggiunga che l'individuazione delle suddette condotte si ricollega alla finalità di terrorismo di cui all'art. 270 sexies c.p., descritta – come prima rilevato⁸¹ – in maniera imprecisa, e alla fattispecie di associazione terroristica ex art. 270 bis c.p., la cui interpretazione si è spesso caratterizzata per preoccupanti forme di “torsione ermeneutica”, tali da snaturare il concetto stesso di associazione, arretrando la tutela penale ad uno stadio fin troppo lontano rispetto ai principi di offensività e materialità⁸².

Sarebbe, dunque, preferibile che il legislatore delimitasse con maggiore precisione le condotte penalmente rilevanti, indicandole – secondo la tecnica c.d. casistica⁸³ – in quelle che, non rientrando già nella sfera di operatività dell'istigazione diretta pubblica o privata, siano idonee ad avvalersi, per l'oggetto, il modo o il contesto, di condizioni psichiche recettive nei destinatari⁸⁴.

Invero, siffatta indicazione consentirebbe di evitare sovrapposizioni con le fattispecie previste dagli artt. 302 e 414 c.p., ma soprattutto di sfuggire al rischio di anticipare la soglia di tutela, punendo atti preparatori rispetto ad atti a loro volta preparatori, al di là di un limite

⁷⁷ Così, G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale. Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, Vol. 1, ed. 3°, Milano, 2001, p. 603 ss. A ben vedere, secondo gli Autori, il vero banco di prova della legittimità costituzionale delle norme che configurano reati di pericolo indiretto – come quella in esame – è rappresentato dal principio di proporzionalità: invero, incriminando comportamenti che, per la loro lontananza dal bene giuridico, comportano una probabilità troppo bassa di sfociare nella lesione, si rischia, infatti, che il ricorso alla pena risulti sproporzionato; occorre, pertanto, che i beni tutelati ad uno stadio così anticipato siano indispensabili per l'integrità delle istituzioni e per la sopravvivenza stessa della società (ivi, p. 602). Nello stesso senso, G. GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Riv. trim. dir. proc. pen.*, 1986, p. 717 ss.; M. PELISSERO, *Reato Politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, Napoli, 2000, p. 128 ss.

⁷⁸ Per tutti, F. ANGIONI, *Il pericolo concreto*, cit., p. 19.

⁷⁹ M. PELISSERO, *Reato politico*, cit., p. 340 ss.

⁸⁰ Più specificamente, in materia di istigazione, al fine dell'accertamento dell'idoneità, la giurisprudenza di legittimità ha fatto riferimento a criteri variabili e scarsamente selettivi, quali il rapporto di contiguità temporale tra istigazione e fatto istigato; la nettezza del messaggio istigatorio e la sua direzione verso cerchie di destinatari sensibili; il contesto nel quale il messaggio si inserisce. Sul punto, sia consentito rinviare a, V. NARDI, *Quando “la parola contraria” è ritenuta penalmente irrilevante*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 1228 ss.

⁸¹ V. nota n. 48.

⁸² F. FASANI, *Terrorismo islamico*, cit., p. 418.

⁸³ Sulla distinzione tra legislazione casistica e legislazione per clausole generali, per tutti, G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit. p. 123 ss.

⁸⁴ In questo senso, seppur con riferimento alle figure di istigazione contemplate dagli artt. 414, 415, 303, 266, comma 2, c.p., A. SERENI, *Istigazione al reato e autoreponsabilità*, Padova, 2000, p. 162. Più specificamente, a parere dell'Autore, tali ipotesi criminose si contraddistinguono per la particolare modalità pubblica della comunicazione, da cui deriva non soltanto un pericolo di commissione di un illecito da parte dei destinatari del messaggio istigatorio, ma un vero e proprio rischio qualificato, almeno potenziale, di moltiplicazione della capacità persuasiva e dell'effetto suggestivo delle parole. In tale prospettiva, è necessaria, quantomeno in via interpretativa, una concretizzazione del requisito della “pubblicità” che consenta di evidenziare siffatto rischio, limitando la potenziale genericità delle previsioni legali; esso deve implicare – oltre alla già indicata idoneità della condotta ad avvalersi di condizioni psichiche recettive nei destinatari – che l'istigazione sia diretta a far commettere un reato suscettibile di realizzazione immediata (o quasi immediata); che sia rivolta a una pluralità significativa di persone; che contenga l'indicazione da parte dell'agente di un minimo di corredo di modalità concrete che conferiscano consistenza “pratica” all'intento esternato.

tollerabile in uno Stato di diritto⁸⁵.

⁸⁵ Al riguardo, G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit. p. 603, secondo cui l'incriminazione di atti preparatori risulta costituzionalmente legittima solo ove si tratti di condotte che non siano così remote da rappresentare un pericolo "doppiamente" indiretto, cioè il pericolo del pericolo di un pericolo di lesione.