

Premessa alla seconda edizione

Come già negli altri volumi manualistici dedicati da questo editore alla parte speciale del codice penale – Bondi-Di Martino-Fornasari, Reati contro la pubblica amministrazione e Manna, Reati contro la persona – anche in questa occasione si è voluto privilegiare un’ottica rivolta alla miglior fruizione possibile da parte del «lettore naturale», ovvero degli studenti.

Questo fa sì che si sia cercato di trattare la materia senza banalizzarne il tasso di complessità, ma fornendo innanzi tutto, più che un esame trattatistico, le necessarie chiavi di lettura, partendo dal riferimento alla storia e alla Costituzione, ed utilizzando la giurisprudenza e la dottrina senza pretese di esaustività, ma come modelli esplicativi delle disposizioni e dei concetti.

Le domande per la verifica della comprensione del testo e la guida per ulteriori approfondimenti sono concepiti come strumenti per agevolare da un lato il candidato all’esame e dall’altro lo studente, o il dottorando, che si accinga a preparare la tesi.

Si è scelto consapevolmente di affrontare solo la tematica dei delitti, e non delle contravvenzioni, contro l’ordine pubblico, che pure sono disciplinate dal codice penale, poiché queste ultime sono state in larga misura depenalizzate e le fattispecie «sopravvissute» contengono in genere spunti di interesse abbastanza modesti dal punto di vista dello studio del sistema penale.

Ben altro si può dire dei delitti qui analizzati, che invece rappresentano un settore di grande interesse sia per comprendere il substrato ideologico del codice Rocco, sia a causa del dibattito dottrinale acceso e della notevole e stimolante elaborazione giurisprudenziale e legislativa che concerne diverse fattispecie.

Di ciò si è cercato di dar conto, puntando in primo luogo, proprio pensando allo studente come fondamentale interlocutore, a dare nozioni utili alla sollecitazione di un apprendimento critico.

La seconda edizione, invariata nello schema espositivo, si arricchisce di un commento interamente rinnovato della novellata disposizione sullo scambio elettorale politico-mafioso e dell’analisi di molti recenti interventi di dottrina e giurisprudenza.

Gabriele Fornasari
Silvio Riondato

Giugno 2017

Introduzione

Oggetto di questo volume è l'analisi del titolo V del libro II del codice penale, che il legislatore ha dedicato ai delitti contro l'ordine pubblico.

Oggetto del volume

Bisogna precisare, come premessa a questa introduzione, che il titolo V non esaurisce la gamma delle disposizioni codicistiche relative alla tutela dell'ordine pubblico.

Infatti, nel libro III, la prima sezione del capo I del titolo I, con i suoi quattro paragrafi, è intitolata «Delle contravvenzioni concernenti l'ordine pubblico e la tranquillità pubblica» e raggruppa: le contravvenzioni concernenti l'inoservanza dei provvedimenti di polizia e le manifestazioni pericolose e sediziose (§ 1, tra le quali spiccano il rifiuto di indicazioni sulla propria identità personale, la radunata sediziosa, il procurato allarme presso l'autorità, l'abuso della credulità popolare); le contravvenzioni concernenti la vigilanza sui mezzi di pubblicità (§ 2, contenente ormai, dopo la l. n. 507/1999, solo illeciti amministrativi, come per esempio la divulgazione di stampa clandestina); le contravvenzioni concernenti la vigilanza su talune industrie e sugli spettacoli pubblici (§ 3, anch'esse ormai o depenalizzate o abrogate, con l'eccezione delle rappresentazioni teatrali o cinematografiche abusive); le contravvenzioni concernenti la vigilanza sui mestieri girovaghi e la prevenzione dell'accattonaggio (§ 4, tra cui restano in vita l'esercizio abusivo aggravato di mestieri girovaghi e l'impiego di minori nell'accattonaggio, quest'ultimo ora riqualificato come delitto, all'art. 600-*octies*, a seguito della l. n. 94/2009).

Panorama delle contravvenzioni contro l'ordine pubblico

La sola menzione di queste tipologie di illecito dovrebbe essere sufficiente a spiegare la ragione per cui si è ritenuto di trascurarne l'approfondimento in riferimento alle singole fattispecie, che sono o del tutto marginali dal punto di vista del disvalore e dell'applicazione giurisprudenziale o depenalizzate o abrogate.

Tuttavia, può avere un senso tenerle presenti, nell'ambito di questa introduzione, potendo ciò contribuire ad inquadrare meglio la concezione di ordine pubblico che ha animato il legislatore storico.

Va poi ricordato che vi è stata una stagione normativa, soprattutto fra gli anni settanta e ottanta, in cui in nome dell'ordine pubblico è stata emanata una diffusa «legislazione di emergenza», che ha avuto soprattutto l'effetto di una delimitazione in chiave repressiva di alcune garanzie fondamentali dello stato liberal-democratico (al riguardo, si vedano BRICOLA, 1975, 276; FIORE, 1980, 1090; DE VERO, 1995, 73).

Legislazione dell'emergenza

Nell'attualità, sono inoltre riconducibili alla tutela dell'ordine pubblico anche diverse disposizioni legislative extracodicistiche emanate negli ultimi anni

«Pacchetti sicurezza»

nel segno dell'«emergenza sicurezza»: si tratta però di «pacchetti» normativi assai disorganici e animati spesso da ragioni simbolico-repressive piuttosto che da un coerente disegno di politica criminale (di recente, si segnalano la l. n. 92/2008, la l. n. 94/2009 e la l. n. 50/2010).

Rispetto alla versione originaria del codice, il titolo V ha ricevuto **interpolazioni significative da parte del legislatore**, che ha introdotto nel 1982 l'art. 416-*bis*, in tema di associazione di tipo mafioso (poi a sua volta più volte integrato con interventi successivi) e nel 1992 l'art. 416-*ter*, in tema di scambio elettorale politico-mafioso (oggetto anch'esso di una modifica più recente, datata 2014); nel 1993 è stato poi definito il contenuto attuale dell'art. 420, interpolato ulteriormente nel 2008.

Dal canto suo, anche la Corte costituzionale ha contribuito, come si specificherà più avanti, a modellare il volto attuale dello schema dei delitti contro l'ordine pubblico, con interventi miranti non all'abrogazione, ma all'interpretazione di alcune disposizioni, in modo da renderle compatibili con i principi costituzionali.

Già fin dall'origine, il contenuto normativo del titolo V ha posto il **problema dell'identificazione di un interesse tutelato comune**, alla luce di una certa eterogeneità delle disposizioni che lo compongono.

La nozione stessa di ordine pubblico è oggetto di non poche controversie, a cominciare dal problema della sua scaturigine storica.

Il riferimento all'ordine pubblico come oggetto di tutela penale non è un'assoluta novità nella legislazione italiana pre e post-unitaria.

Gli antecedenti storici

Già il codice penale toscano conteneva questo riferimento (mentre altri codici preunitari preferivano titolare alla pace pubblica o alla tranquillità pubblica) (un più ampio esame in FRANCOLINI, 2008, 985, ALEO-PICA, 2012, 106 e CADOPPI-VENEZIANI, 2016, 166), ma per noi è più interessante ricordare il titolo V del libro II del codice Zanardelli del 1889, “Dei delitti contro l'ordine pubblico”, contenente un capo I con gli artt. 246 e 247, dedicati all'istigazione a delinquere e all'apologia di delitti, un capo II con gli artt. da 248 a 251, dedicati all'associazione per delinquere, e un capo III con gli artt. da 252 a 255, dedicati all'eccitamento alla guerra civile, alla formazione di corpi armati e alla pubblica intimidazione.

In questo senso, si può certamente parlare di una **continuità tra l'impostazione del codice liberale ottocentesco e quella del codice attualmente vigente**, redatto in epoca fascista.

Abbandonando il riferimento a concetti più materialmente identificabili come la tranquillità pubblica o la pace pubblica, già il legislatore del 1889 aveva idealizzato l'oggetto della tutela, rendendolo più fluido, al punto tale che un commentatore del codice Zanardelli poteva scrivere che «L'ordine pubblico sembra qualche cosa di molto indeterminato che non sia colpito piuttosto da questo o da quel reato, ma da ogni attività criminosa. Non è l'ordine pubblico giuridica-

mente preso quel complesso di istituti e di norme che vigono in un dato paese e contro la cui violazione sono state sancite delle penalità?» (ZERBOGLIO, 1910, 2; del resto, qualche appiglio a questo punto di vista veniva offerto dagli stessi Lavori preparatori, laddove si può leggere che come reato contro l'ordine pubblico deve essere inteso ogni fatto che, per la varietà delle offese o per la diffusione di cui è suscettivo, attacca il buon assetto o perturba il regolare andamento del vivere civile, ancorché non sia stata recata una lesione immediata ad alcun diritto privato o pubblico).

Né molto diverso è il giudizio del grande criminalista tedesco Karl Binding (riportato da INSOLERA, 2016, 294), il quale nel 1922, a fronte dell'analogo titolo previsto nel codice germanico del 1871, non esitava a definire la categoria dei delitti contro l'ordine pubblico come il *ripostiglio* (*Rumpelkammer*) di concetti in cui collocare quanto risulta difficile sistemare altrove.

D'altro canto, è lo stesso legislatore del 1930 a confermare in sostanza questo punto di vista quando afferma, nei Lavori preparatori, che i fatti illeciti previsti nel titolo V «ledono l'ordine pubblico non in qualche suo speciale aspetto, ma in sé, menomandolo nella sua essenza» poiché «in essi difficilmente è dato rinvenire un'obiettività giuridica immediata».

Siamo dunque di fronte ad una sfera di tutela sostanzialmente residuale, anche nell'ottica autoritaria del legislatore del 1930, il quale aveva approntato una ben più robusta tutela all'ordine politico instaurato dal fascismo con la previsione di numerosissimi reati a sfondo politico-ideologico previsti nel Titolo I, dei reati contro la personalità dello stato.

Insomma, l'ordine pubblico, come inteso in origine, era configurabile come un'entità ideale identificabile con l'integrità del sistema normativo vigente (FIANDACA-MUSCO, 2012, 474, secondo la cui valutazione in sostanza l'ordine pubblico così inteso sarebbe sinonimo di *ordine legale costituito*).

Ordine
pubblico
«ideale»

In questa prospettiva, restava del tutto defilata in secondo piano una nozione più materiale dell'ordine pubblico, che pure si rinviene nelle pieghe dei Lavori preparatori, laddove si richiama il buon assetto o il regolare andamento del vivere civile, a cui corrispondono, nella collettività, l'opinione e il senso della tranquillità e della sicurezza (PELISSERO, 2010a, 225).

Ordine
pubblico
«materiale»

Ulteriore difficoltà interpretativa è data dal fatto che **il contenuto del titolo V**, con riguardo all'interesse tutelato, **appare piuttosto eterogeneo e non facilmente riconducibile alla medesima ratio** (nello stesso senso, MEZZETTI, 2016, 476): se le fattispecie previste negli artt. da 419 a 421 contemplano in effetti condotte di aggressione o di minaccia a beni materialmente afferrabili e ricollegabili alla pubblica tranquillità, i reati associativi (anche quelli introdotti in epoca più recente) consistono in condotte prodromiche alla lesione di qualunque bene giuridico e i fatti di istigazione o apologia, così come normativamente costruiti, destano il forte sospetto di rappresentare null'altro che comodi arnesi repressivi nei confronti di forme di dissenso e contestazione dell'ordine costituito.

D'altro canto, appare vana la speranza di definire meglio il concetto di ordine pubblico facendo ricorso all'elaborazione svolta dalla scienza del diritto

pubblico, poiché come è stato recentemente ribadito (ANGELINI, 2006, 3998), i suoi cultori sono ben lontani dal ricondurlo ad unità semantica.

L'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, e con essa l'accresciuta sensibilità verso diritti e libertà che potrebbero essere fortemente limitati dall'applicazione delle fattispecie in oggetto, ha condotto a **tentativi di adeguamento del concetto di ordine pubblico**, operati sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza costituzionale.

*Interpretazioni
evolutive*

Da un lato si è puntato a **valorizzare la concezione materiale dell'ordine pubblico** a scapito di quella ideale, sottolineando la maggiore afferrabilità di riferimenti come quello alla tranquillità o alla pace pubblica; dall'altro, la Corte costituzionale si è impegnata in un lavoro di interpretazione di alcune fattispecie nel senso di **introdurre elementi di concreta offensività**.

Indubbiamente uno sforzo in tal senso è reso necessario dal fatto che i diritti che vengono limitati attraverso le fattispecie dei delitti contro l'ordine pubblico sono parte integrante del tessuto delle libertà democratiche, in un certo senso proprio di quell'ordine pubblico che si vuole garantire.

La sottolineatura privilegiata della concezione materiale dell'ordine pubblico enfatizza il profilo della sicurezza pubblica intesa come dato oggettivo, ma anche quello della tranquillità pubblica, come soggettiva percezione dello stato di sicurezza che lo stato deve garantire.

La revisione in senso costituzionale – che deve fare i conti con il fatto che l'ordine pubblico non costituisce un bene giuridico di espressa previsione costituzionale – ha puntato per esempio, nel caso dei reati di istigazione e apologia, a rileggere le disposizioni arricchendole dell'elemento della **concreta pericolosità di tali condotte**, in termini di efficacia probabilistica della causazione dei fatti istigati o di cui si è fatta apologia.

*Gli interventi
della Corte
costituzionale*

Di fatto, in tal modo la Corte costituzionale (attraverso le sentt. n. 65/1970, in tema di apologia, e 108/1974, in tema di istigazione all'odio fra le classi sociali) ha reintrodotto in chiave interpretativa un requisito che era presente nelle corrispondenti fattispecie del codice del 1889, anche se forse è un po' affrettato affermare che nella temperie di quel codice si avevano maggiormente a cuore i diritti di libertà dei consociati, se è vero (come ricordato in CADOPPI-VENEZIANI, 2016, 180) che nella vigenza di quelle disposizioni, ben prima dell'avvento del fascismo, la giurisprudenza le adoperava per condannare persone che avevano cantato in pubblico l'inno dei lavoratori o "Bandiera rossa"!

Nel caso dei reati associativi, invece, vi sono orientamenti giurisprudenziali volti ad integrarne la struttura tendenzialmente indeterminata con il requisito della necessaria idoneità dell'organizzazione al perseguimento del programma criminoso.

*Ordine
pubblico
costituzionale*

Più in generale, la Corte costituzionale si è impegnata in una rielaborazione concettuale della stessa nozione di ordine pubblico in senso costituzionale, ai fini del diritto penale (soprattutto con la sent. n. 168/1971), ravvisandovi «la preservazione delle strutture giuridiche della convivenza sociale, instaurate me-

dianche le leggi», ma questa rielaborazione ha incontrato un atteggiamento critico in dottrina, poiché **rappresenta pur sempre la riproposizione di una concezione ideale**, quindi astratta ed empiricamente inafferrabile, dell'ordine pubblico, con il perdurante rischio di manipolazioni al fine di tutelare interessi non sempre meritevoli di tutela (FIANDACA-MUSCO, 2012, 474; INSOLERA, 2016, 294 s.; FIORE, 1972, 112; con un certo scetticismo, definisce simili interventi come forma di ortopedia giuridica Sessa, 2007, 32; più favorevole a questa definizione appare MONTANARA, 2006, 4004).

Ed in effetti in base a quella concezione la Corte aveva potuto dichiarare la legittimità di alcune fattispecie contravvenzionali contro l'ordine pubblico che erano parse a gran parte della dottrina meritevoli di un giudizio di illegittimità (FIORE, 1980, 1096; FRANCOLINI, 2008, 994; rileva MOCCIA, 2006, 215, che l'aggettivazione "costituzionale" sembra essere utilizzata allo scopo di trovare legittimazione a misure repressive che non sarebbero state ammesse in base ad una nozione tradizionale di ordine pubblico).

Rilevi critici

Di un possibile superamento dell'oggettività giuridica fondata sul concetto di ordine pubblico si è occupata anche la Commissione Pagliaro per la riforma del codice penale: nel progetto da essa redatto, presentato nel 1992, si proponeva di sostituire l'attuale denominazione con quella **«reati contro la sicurezza collettiva»**, giustificando il cambiamento con la necessità di caratterizzare meglio il bene giuridico offeso da questi reati, che non deve essere più costituito dalla generica e indecifrabile entità dell'ordine pubblico, ma da un'entità, appunto la sicurezza collettiva, maggiormente concreta ed in sintonia con la struttura democratica dello stato, e tale da far emergere l'aspetto della sicurezza fisica della collettività (per una valutazione scettica, tuttavia, FORTI, 2008, 959).

Progetto di riforma

Le notevoli difficoltà di inquadramento tassativo della nozione di ordine pubblico e di adeguamento delle disposizioni che formano il titolo V ai principi penalistici della Costituzione hanno indotto una parte della dottrina a rivedere radicalmente la tematica, in una prospettiva *de iure condendo*, ipotizzandone la configurazione all'interno non della parte speciale ma della **parte generale del codice**, in base alla considerazione per cui istigazione, apologia e associazione potrebbero ben essere regolate **come forme di partecipazione in tutti i reati** (in particolare, come forme di anticipazione della tutela), poiché in realtà avrebbero come oggetto di tutela di volta in volta il bene protetto attraverso la fattispecie violata in seguito ad esse (DE VERO, 1995, 78).

Una configurazione alternativa

In una prospettiva di riforma, non aiuta molto in realtà il quadro comparatistico: in Spagna ed in Germania le sezioni riguardanti i reati contro l'ordine pubblico sono amplissime e non meno eterogenee del nostro titolo V (comprendendo diverse fattispecie che da noi configurano reati contro la personalità dello stato); in Portogallo, nelle tre sezioni che compongono il capitolo dei reati contro l'ordine e la tranquillità pubblica, si va dall'utilizzazione di minori nella mendicizia alle organizzazioni terroristiche (peraltro dal 2003 inserite in una legge speciale), passando per la partecipazione ai moti armati, oltre alle fattispecie associative, istigatorie ed apologetiche a noi note; in Austria pure vi è una com-

Elementi di comparazione

mistione di quella che noi definiamo concezione ideale e concezione materiale di ordine pubblico, evidente allorché nello stesso paragrafo del codice penale, il 282, si prevede al primo comma il corrispondente della nostra istigazione pubblica a commettere reati, che è punita in quanto tale, mentre al secondo comma si prevede l'equivalente della nostra apologia di reato, punibile però solo se idonea a turbare la sensibilità giuridica comune o a indurre taluno alla commissione di quel reato.

Una visione
prospettica

Tornando all'esperienza italiana, si è abbastanza concordi nel senso di ritenere difficile l'opzione di una radicale rinuncia alla tutela penale dell'ordine pubblico, eventualmente denominato in modo diverso, più idoneo a coglierne la **dimensione materiale e non puramente ideale**, come pace pubblica o tranquillità pubblica, ma, al di là delle questioni nominalistiche, si pone solitamente, e giustamente, l'accento sulla necessità che sia il legislatore a dettare vincolanti criteri di delimitazione fondati sul reale pericolo che condotte associative, istigatorie o apologetiche costituiscono nei confronti della tutela di beni rilevanti (ovvero sul pericolo che esse siano funzionali direttamente alla commissione di delitti: così condivisibilmente SESSA, 2007, 47), tenendo nel debito conto il rapporto di equilibrio con diritti e libertà costituzionalmente garantiti e che possono legittimamente soccombere solo in casi ben selezionati rispetto alla necessità di mantenere la tranquillità pubblica (in questa direzione le osservazioni di MOCCIA, 1992, 244).



Guida per ulteriori approfondimenti

- La letteratura, di diritto penale e di diritto pubblico, sulla nozione di ordine pubblico è vastissima. Diamo qui conto dei testi di natura più generale e di più facile reperibilità.

- Tra le voci enciclopediche, DALLACASA, *Ordine pubblico (delitti contro l')*, EGT, 1990, Roma, XXII, 1 ss.; CERRI, *Ordine pubblico (diritto costituzionale)*, EGT, 1990, Roma, XXII, 1 ss.; CORSO, *Ordine pubblico (dir. pubbl.)*, ED, XXX, Giuffrè, Milano, 1980, 1075; PALADIN, *Ordine pubblico*, NssDI, Utet, Torino, 1965, 130; VOLPE, *Ordine pubblico (misure a tutela dell')*, DDP, IX, Utet, Torino, 1995, 96; MARINI, *Ordine pubblico (delitti contro l')*, NssDI, Appendice, V, Utet, Torino, 1984, 569; MOCCIA, *Ordine pubblico (disposizioni a tutela dell')*, EGT, 1990, Roma, XXII, 1 ss.

- Tra i lavori monografici, SCHIAFFO, *Istigazione e ordine pubblico*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2004; DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, Giuffrè, Milano, 1988.

- Tra i saggi, INSOLERA, *Ordine pubblico e ordine democratico: le stagioni dell'emergenza*, CD, 2003, 19 ss.; PAGLIARO, *Sulla tutela penale dell'ordine pubblico nella legislazione dell'emergenza*, in *Studi in memoria di Delitala*, I, Milano, 1984, 1031; DE VERO, *Tutela dell'ordine pubblico e reati associativi*, RIDPP, 1993, 93 ss.; DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, CP, 2008, 3558 ss.; LAVAGNA, *Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali*, Dem. dir., 1967, 359 ss.; IACOVIELLO, *Ordine pubblico e associazione per delinquere*, GP, 1990, II, 46 ss.

≡?≡ Quesiti per verificare la comprensione del testo

1. In che senso si parla di concezione ideale e concezione materiale dell'ordine pubblico?
2. Come ha reinterpretato la Corte costituzionale la nozione di ordine pubblico?
3. È possibile considerare le condotte associative, istigatorie e apologetiche come un problema di parte generale?
4. Quali sono le linee di una prospettiva di riforma?

Istigazione a delinquere

Art. 414. Istigazione a delinquere. – *Chiunque pubblicamente istiga a commettere uno o più reati è punito, per il solo fatto dell'istigazione:*

1) con la reclusione da uno a cinque anni, se trattasi di istigazione a commettere delitti;

2) con la reclusione fino a un anno, ovvero con la multa fino a euro 206, se trattasi di istigazione a commettere contravvenzioni.

Se si tratta di istigazione a commettere uno o più delitti e una o più contravvenzioni, si applica la pena stabilita nel n. 1.

Alla pena stabilita nel n. 1 soggiace anche chi pubblicamente fa l'apologia di uno o più delitti.

Fuori di casi di cui all'art. 302, se l'istigazione o l'apologia di cui ai commi precedenti riguarda delitti di terrorismo o crimini contro l'umanità la pena è aumentata della metà.

0. Generalità

L'art. 414 configura in realtà tre diverse fattispecie incriminatrici, ovvero due tipi di istigazione a delinquere (rispettivamente rivolte alla commissione di delitti e di contravvenzioni), che possono essere trattati unitariamente e che sono regolati al comma 1, e l'apologia di delitti, regolata dal comma 3.

Trattandosi di condotte che interferiscono con la tematica della libera manifestazione del pensiero, garantita dall'art. 21 Cost., si è posto il problema della loro legittimazione alla luce del principio costituzionale, soprattutto per l'apologia, ma in misura meno drammatica anche per l'istigazione, visto che la disposizione si limita a prevedere il solo fatto di istigare, del tutto a prescindere dalle sue conseguenze.

Ebbene, in relazione a quest'ultima fattispecie, si è ravvisata la legittimazione attraverso una lettura volta non a configurare un semplice reato a pericolo presunto, ma a collegare la punibilità ai soli casi in cui la condotta abbia creato un pericolo effettivo e diffuso di commissione di reati (DE VERO, 1993a, 295; PELISERO, 2010b, 233).

In base a questa considerazione, si è considerato sussistente il reato nel caso di un tifoso di calcio che, volendo alludere all'abitudine all'uso di coltelli dei tifosi della squa-

*Problemi
di legittimità
costituzionale*

dra avversaria, aveva esposto allo stadio uno striscione con la seguente scritta: “sotto l’ombra del cappello non ti fa capire se tira fuori il suo coltello o se ti chiede come stai”, con il calce la sigla B.I.S.L., ovvero “basta infami solo lame”, ritenendo questa condotta appunto idonea a provocare la commissione di delitti (C. 23.4.2012, Testi, CED 253101). Nello stesso senso C. SS.UU. 18.10.2012, n. 47604, in un caso di offerta in vendita di semi di piante dalle quali è ricavabile una sostanza drogante, accompagnata da precisazioni botaniche sulla coltivazione delle stesse, C. 20.1.2015, n. 7842 (confermata, nella specie, la condanna dell’imputato che, in occasione di una partita di calcio, aveva accumulato sulla sede stradale pietre e altri oggetti idonei al lancio incitando poi i numerosi giovani presenti a scagliarli contro le forze di polizia presenti sul luogo) e, ancor più di recente, C. 10.2.2016, n. 21186, per cui il reato si integra allorché il soggetto, pubblicizzando e mettendo in vendita semi di canapa indiana e altri oggetti funzionali alla sua coltivazione, istiga pubblicamente all’uso illecito di tale sostanza stupefacente.

*Intervento
della Corte
costituzionale*

Ben più complessa la questione riguardante l’apologia, che in effetti è un discorso elogiativo, e dunque una pura attività di pensiero; in questo caso, è intervenuta la Corte costituzionale, che ne ha in qualche modo stravolto il comune significato e, in una **sentenza interpretativa di rigetto**, ha affermato che per apologia punibile non deve intendersi una pura e semplice manifestazione del pensiero, ma solo quella che «per le sue modalità integri comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti» (Corte cost. 4.5.1970, n. 65, GC, 1970, 955); in tal modo viene trasformato un delitto di pericolo astratto in delitto di pericolo concreto, individuando l’elemento legittimante nella potenzialità dell’apologia come istigazione indiretta, alla luce di un bilanciamento tra la libertà di manifestazione del pensiero e l’esigenza di garantire la sicurezza pubblica.

Si vedrà, tuttavia, come non sempre la giurisprudenza si è rifatta a questo modello interpretativo, privilegiando talvolta la repressione di mere opinioni (INSOLERA, 2016, 304 s.).

Le condotte di istigazione a delinquere e apologia di reato hanno un diretto ascendente storico nella disciplina del codice penale del 1889 (ma erano già presenti nei codici italiani preunitari: sui vari modelli VISCONTI, 2008, 1012; SCHIAFFO, 2007, 144).

*Gli antecedenti
storici*

L’art. 246 sanzionava la pubblica istigazione a commettere un reato secondo lo stesso schema del codice attuale, modulando la pena a seconda della gravità del reato oggetto dell’istigazione, mentre un tratto differenziale, almeno sul piano della collocazione topografica, riguarda l’apologia, inserita nell’art. 247, che corrispondeva all’attuale art. 415, sanzionando, oltre all’apologia, il pubblico incitamento alla disobbedienza della legge e l’incitamento all’odio tra le classi sociali; importante risultato pratico era il fatto che la pena da infliggere in caso di apologia era decisamente inferiore a quella prevista per l’istigazione, mentre oggi è la stessa.

I. Interesse tutelato

Rispetto al quadro generale delle concezioni di «ordine pubblico» che si è delineato nella Introduzione, sono proprio i reati di istigazione ed apologia a presentare le maggiori difficoltà di sussunzione in un concetto di ordine pubblico materiale, come tale meno problematico dal punto di vista della compatibilità con i principi costituzionali.

Indubbiamente, infatti, questi reati sembrano essere stati inseriti nel codice come presidio a tutela di quell'ordine pubblico inteso in senso ideale che è in sostanza sinonimo di «ordine legale costituito» (FIANDACA-MUSCO, 2012, 474), in piena sintonia con la concezione autoritaria che caratterizzava il regime fascista e prima ancora, per molti versi, lo stato liberale italiano.

*Tutela
dell'ordine
pubblico
«ideale»*

In definitiva, dunque, l'intervento interpretativo, avallato anche dalla Corte costituzionale, volto a ricostruire le condotte integrandovi l'elemento della **concreta idoneità** a provocare la commissione di reati maschera in qualche modo, non sempre efficacemente, **una ratio di tutela** – ai nostri occhi discutibile – **ravvisabile nella conservazione dell'ordine costituito** e facilmente piegabile all'esigenza di colpire forme esplicitate di dissenso politico-ideologico.

Per una interessante prospettiva *de iure condendo*, si può vedere SCHIAFFO, 2004, 280.

II. Soggetti attivi

Soggetto attivo delle condotte criminose previste nell'art. 414 può essere chiunque.

III. Fatto tipico

1. La condotta di istigazione pubblica a delinquere

1.1. *Il rapporto con la regola generale dell'art. 115 c.p.* – Preliminare all'analisi della condotta punibile è il chiarimento circa il rapporto fra l'istigazione regolata dall'art. 414 e il principio generale enunciato nell'art. 115, secondo il quale, nel quadro della disciplina del concorso di persone nel reato, non è punibile l'autore di una istigazione a commettere un reato se l'istigazione non è accolta, oppure è accolta, ma il reato non viene commesso; d'altro canto, non si tratta di un principio sovraordinato, e lo stesso art. 115 contiene la clausola di riserva «salvo che la legge disponga altrimenti».

La dottrina prevalente è nel senso di considerare la disposizione dell'art. 414 **come una delle eccezioni ammesse dall'art. 115** (MEZZETTI, 2016, 490; FIAN-

DACA-MUSCO, 2012, 478; DOLCE, 1972, 995), ma sul punto è **opportuna una precisazione**, dato che i due piani non sono esattamente sovrapponibili, in quanto da un lato quella prevista dall'art. 414 non è una qualunque istigazione, ma possiede il carattere specifico della pubblicità, e dall'altro non si tratta necessariamente di un'istigazione non accolta, ma di un'istigazione qualificata come reato autonomo, che viene punita a prescindere dal fatto che venga o non venga accolta (così DE VERO, 1988, 128; PELISSERO, 2010b, 232).

1.2. *Il concetto di pubblica istigazione.* – Per essere punibile, l'istigazione deve essere pubblica.

Nozione di reato «avvenuto pubblicamente»

Agli effetti della legge penale, un reato si considera avvenuto pubblicamente, secondo quanto disposto dal quarto comma dell'art. 266 c.p., quando sia commesso: 1) col mezzo della stampa, o con altro mezzo di propaganda, 2) in luogo pubblico o aperto al pubblico e in presenza di più persone, 3) in una riunione che, per il luogo in cui è tenuta, o per il numero degli intervenuti, o per lo scopo od oggetto di essa, abbia carattere di riunione non privata.

In relazione al n. 1, si discute se vi si possano ricomprendere anche mezzi moderni quali **la televisione o internet**, per ragioni ovvie non contemplati dal legislatore storico, o se in tal modo si dia luogo ad una interpretazione analogica *in malam partem* (in questo senso ALESIANI, 2006, 246). Si deve ritenere tuttavia che **questa estensione interpretativa non forzi il dato letterale della disposizione**, poiché non è insensato vedere questi mezzi come strumenti di propaganda, ancorché non contemplati originariamente dal legislatore (del resto, riterremmo forse non qualificabile come ingiuria un epiteto rivolto attraverso un'e-mail?); altra cosa è che si invochi un intervento legislativo volto a configurare specificamente questo tipo di reati se commessi con i più moderni mezzi di comunicazione (VISCONTI, 2008, 1045).

La giurisprudenza mostra chiaramente di non avere dubbi sulla correttezza di questa soluzione: ne è dimostrazione, da ultimo, la sentenza C. 6.10.2015, n. 47489, con la quale si conferma la condanna pronunciata dai giudici di merito (in questo caso per apologia di reato aggravata, cui è estensibile *de plano* la problematica in questione) per un soggetto che aveva diffuso in un sito internet un documento volto a far conoscere e condividere le attività di un'organizzazione come il "califfato islamico", reputata di natura terroristica, sollecitando nei potenziali lettori l'adesione ad essa, anche con l'uso delle armi.

Presenza di più persone

In relazione al n. 2, è discusso il requisito della presenza di più persone: di solito la giurisprudenza interpreta "meccanicamente" la nozione ritenendo sufficiente la presenza di due sole persone (C. 11.6.1986, Nastri, RP, 1987, 882; anche CONSULICH, 2016, 103), ma agli effetti della fattispecie di istigazione dell'art. 414 questa interpretazione stride con la necessità che vi sia una concreta idoneità offensiva, che appare soddisfatta solo qualora i destinatari siano **un numero indeterminato, tanto da rendere reale il pericolo della commissione del reato** (C. 17.4.1998, Di Marco, GP, 1999, II, 604); per questa ragione, è da respingere anche l'orientamento secondo il quale l'istigazione è pubblica anche se rivolta ad una sola persona, ma in presenza di altre (C. 2.3.1959, Rossi, GP, 1959, II, 1270; CONTIERI, 1961, 13).

Quello della indeterminatezza dei destinatari deve essere un punto centrale che qualifica la fattispecie (INSOLERA, 2016, 307): solo così, infatti, trova un senso **l'autonomia della fattispecie dell'art. 414 rispetto all'ipotesi di concorso di persone regolata dall'art. 115**, che dovrebbe pacificamente trovare applicazione nel caso di chi, pur in presenza di altri, istighi uno o più soggetti determinati a commettere un reato senza che questo venga commesso; e del resto, anche l'effettiva messa in pericolo del bene giuridico rappresentato dalla sicurezza pubblica dei consociati è compatibile solo con questo punto di vista (DE VERO, 1993a, 296).

Indeterminatezza
dei destinatari

La nozione di istigazione implica «un'azione sulla psiche di altre persone per spronarle a compiere determinati fatti, facendo sorgere o rafforzando motivi di impulso, ovvero distruggendo o affievolendo motivi inibitori» (CONSULICH, 2016, 102; nello stesso senso in giurisprudenza C. 17.11.1997, RP, 1988, 163; più in generale sul concetto di istigazione VIOLANTE, 1972a, 986).

Nozione
di istigazione

Oggetto dell'istigazione è **la commissione di uno o più reati**; non è necessario che il fatto da commettere sia specificato attraverso l'indicazione del suo *nomen iuris*, essendo sufficiente che siano delineati gli elementi del fatto che consentano di ricondurlo ad una figura di reato prevista dall'ordinamento (MEZZETTI, 2016, 493); in ogni caso, si deve poter riconoscere se si tratti di delitto o contravvenzione, assunta la differenza di carico sanzionatorio prevista per le due ipotesi.

Infine, è irrilevante che il delitto o la contravvenzione oggetto di istigazione siano concretamente punibili: l'istigazione prevista dall'art. 414 costituisce reato anche se il fatto istigato è perseguibile solo a querela di parte o se non risulta punibile per la presenza di una causa estintiva (C. 29.5.2012, Diliberto, CED 253727).

Controversa è la questione, se il delitto sussista nel caso in cui il reato oggetto di istigazione pubblica sia successivamente abrogato dal legislatore; chi sostiene la tesi negativa ritiene imprescindibile che il reato istigato sia tale sia al momento della condotta che al momento del giudizio (DOLCE, 1972, 998), ma poiché non risultano appigli testuali o logici che possano giustificare questa delimitazione pare preferibile la tesi che afferma l'irrelevanza di tale successione di leggi ai fini dell'incriminazione *ex art. 414* (GATTA, 2008, 463).

2. La condotta di apologia

2.1. *La definizione concettuale e l'intervento esplicativo della Corte costituzionale.* – L'art. 414 non si preoccupa di definire la nozione di apologia, limitandosi a qualificarla come condotta punibile alla stessa stregua dell'istigazione a condizione che sia realizzata pubblicamente (riguardo a questo aspetto, si può rinviare a quanto vale per l'istigazione). Si deve dunque fare ricorso, a fini esplicativi, al significato comune che le viene attribuito nella lingua italiana.

E seguendo una condivisibile impostazione dottrinale (MORMANDO, 1995, 40), si deve affermare che l'apologia consiste oggettivamente **nell'esaltazione di un fatto** (in questo caso, un delitto) e che finalisticamente produce solo l'effetto di un apprezzamento positivo del fatto esaltato e non la creazione, nei destinatari del messaggio apologetico, di nuovi motivi ad agire. Di conseguenza, al-

Significato
del concetto
di apologia

l'origine del codice l'apologia non rappresentava affatto un doppione dell'istigazione, nella forma indiretta (così invece, DOLCE, 1972, 996; come nel testo SPENA, 2007, 707), ma anzi, **in linea con una visione autoritaria, essa era la sanzione ad una mera disobbedienza all'autorità dello stato** (FIORE, 1971, 15) e, sul piano dell'essenza giuridica, una norma con cui si voleva incriminare la pubblica esaltazione di un delitto non accompagnata dall'intenzione di indurre a commetterlo (VIOLANTE, 1972a, 997; MORMANDO, 1995, 40).

D'altro canto, la giurisprudenza per alcuni decenni non ha avuto dubbi nell'accogliere questa prospettiva; le stesse Sezioni Unite della Corte di cassazione in una risalente importante sentenza avevano sostenuto la sufficienza, per integrare la fattispecie, della formulazione pubblica di un giudizio favorevole implicante l'approvazione convinta di un certo fatto e la conseguente adesione spirituale ad esso, con assoluta irrilevanza della possibilità di suscitare un impulso emulativo (C. SU 18.11.1958, Colorni, GP, 1959, II, 999; nello stesso senso C. 6.5.1966, Antonicelli, CP, 1967, 533).

Così interpretata, tuttavia, la condotta di apologia poneva **un fondamentale problema di legittimità costituzionale** in relazione all'art. 21, in quanto sospettata di rappresentare una delimitazione inammissibile della libertà di manifestazione del pensiero.

In termini più o meno espliciti, fu la giurisprudenza di merito, disattendendo l'insegnamento delle Sezioni Unite, a fare attenzione al delicato profilo di bilanciamento, cominciando un lavoro interpretativo caratterizzato dall'inserimento nella fattispecie di un *quid pluris* consistente nella capacità di suggestione idonea a suscitare il pericolo della commissione di reati (così T. Roma 15.2.1966, GI, 1966, II, 316).

*Intervento
della Corte
costituzionale*

Con la già citata sentenza n. 65/1970, la Corte costituzionale respinse la questione di illegittimità con una sentenza interpretativa di rigetto, negando cioè che l'art. 414 sanzionasse una pura e semplice manifestazione del pensiero, ed affermando la **configurabilità della condotta apologetica solo quando concretamente idonea a provocare la commissione di delitti**: un modello, insomma, di istigazione indiretta (definizione oggi del tutto comune: CONSULICH, 2016, 106; PELISSERO, 2010b, 235; FIANDACA-MUSCO, 2012, 481; BARAZZETTA, 2015d, 1546).

2.2. *L'attuale prassi applicativa.* – Come è stato da più parti osservato, l'intervento del giudice delle leggi ha salvato la norma, ma al contempo l'ha trasfigurata, connotando la condotta come reato a pericolo concreto ed impegnando pertanto il giudice in un'opera di accertamento, tutt'altro che agevole, di una idoneità lesiva rimasta allo stato potenziale.

Interessa allora vedere se e come è stata data attuazione negli anni più recenti all'indirizzo fornito dalla Corte costituzionale.

*Critiche
all'intervento
della Corte*

Al riguardo, bisogna segnalare preliminarmente che la sentenza 65/1970, accolta da molti favorevolmente per il suo intento di delimitare la portata applicativa della fattispecie e di scongiurarne la natura di strumento di repressione della libertà di pensiero (JEMOLO, 1970, 955), è stata tuttavia criticata da altri, sostanzialmente per due ragioni: da un lato, in quanto sentenza interpretativa, non

presenta la stessa forza di imporsi di una sentenza di accoglimento (PELISSERO, 2010b, 236: lo dimostra, come si vedrà, la quantità non indifferente di sentenze successive che tornano di fatto al paradigma del pericolo presunto); dall'altro, più radicalmente, **si è contestata la mancata abrogazione *tout court* della disposizione**, la quale tuttora non rispetterebbe davvero la libertà di espressione come libertà di dissenso (DE VERO, 1993a, 300) o comunque sarebbe un doppione inutile e difficilmente distinguibile dalla pubblica istigazione (FIORE, 1972, 105).

In effetti, **l'atteggiamento della giurisprudenza non è stato uniforme**: se nella maggior parte dei casi essa ha accolto in linea di principio il paradigma proposto dalla Corte costituzionale, alcune sentenze restano ferme all'idea che sia sufficiente la condotta di esaltazione del reato o del suo autore, a prescindere dall'accertamento del pericolo di condotte emulative (C. 24.11.1974, Briganti, GP, 1977, II, 576; C. 20.6.1994, Monopoli, GP, 1995, II, 356).

Ma anche tra le sentenze che mostrano ossequio al paradigma del pericolo concreto, al momento dell'accertamento dell'idoneità dell'apologia a provocare la commissione di reati, vi sono discrasie interpretative che ne segnalano un accoglimento talvolta solo formale.

Infatti, in alcuni casi, con atteggiamento rigoroso, si postula la coincidenza tra idoneità e probabilità della commissione del reato e si enfatizza il dato temporale dell'imminenza del rischio (approfondendo questo profilo, si è rilevato in dottrina come appaia decisiva l'influenza che la condotta può esercitare sulla volontà di altri: SCHIAFFO, 2007, 187).

Così, non si è considerata rilevante la condotta di un sindaco, che, commentando in un programma televisivo l'uccisione di uno spacciatore nordafricano, dichiarò che in quella situazione avrebbe fatto lo stesso, poiché l'esaltazione di un fatto o del suo autore deve tradursi in un comportamento che abbia probabilità di un effetto suggestivo, tenuto conto della persona dell'agente e della massa dei ricettori delle espressioni apologetiche (C. 5.6.2001, Vencato, RP, 2001, 820).

E allo stesso modo è stata esclusa l'idoneità nel caso della diffusione di un manifesto contrario al servizio militare, argomentando che la manifestazione del pensiero può costituire reato solo se si pone come antecedente causale immediato di un'azione delittuosa (T. Roma, 6.10.1975, Pannella, FI, 1976, II, 66).

Ma in altri casi, adottando un criterio basato sulla semplice possibilità della commissione di un reato, di fatto si torna ad una concezione poco lontana da quella del pericolo presunto.

Un esempio è costituito da una nota vicenda processuale, relativa all'erezione di un monumento all'anarchico Gaetano Bresci, uccisore del re Umberto I. Benché la condotta sia stata tenuta nel 1990, a 90 anni di distanza dai fatti evocati, la si è ritenuta penalmente rilevante, assunto che l'erezione a perenne memoria di un monumento a persona nota per avere ucciso un capo di stato può fungere, nonostante la distanza di tempo, da strumento che ha la possibilità di esercitare una forza di persuasione e di suggestione tale da poter stimolare la commissione di altri fatti criminosi corrispondenti a quello esaltato (C. 27.9.1991, Mazzucchelli, CP, 1993, 1715; per osservazioni critiche al riguardo, CERASE, 1993, 1715; INSOLERA, 2016, 304; per una più ampia ricostruzione di questa vicenda e del suo significato SCHIAFFO, 2004, 125).

IV. Cause di giustificazione

Non vi sono al riguardo particolari questioni da trattare.

V. Elemento soggettivo

Sia l'istigazione che l'apologia sono fatti **esclusivamente dolosi**.

Secondo l'interpretazione corrente, si tratta in entrambi i casi di dolo generico, non essendovi alcun contrassegno normativo che imponga un dolo specifico (così però SABATINI, 1964, 744 e, in riferimento all'apologia, SCHIAFFO, 2007, 218) o un dolo intenzionale (così, invece, almeno in riferimento all'apologia, FIORE, 1972, 49, il quale ritiene che non si possa disgiungere il reato dalla consapevolezza di mettere in pericolo il bene tutelato; l'argomento non sarebbe in sé irragionevole, ma l'art. 414 non fornisce appigli testuali di alcun tipo per escludere la rilevanza del dolo eventuale e del dolo diretto).

Su questo solco è rintracciabile una vasta giurisprudenza (C. 16.10.1973, D'Alì, CP, 1975, 510; C. 11.3.1975, Raspadori, GP, 1976, II, 550; C. 16.10.2008, CED 241564).

Oggetto del dolo

Nell'oggetto del dolo devono necessariamente rientrare, sul piano della rappresentazione, sia l'elemento della pubblicità dell'istigazione, sia la circostanza che ciò a cui si istiga o di cui si fa l'apologia sia un reato.

Riguardo alla prima questione, è stato da taluno ritenuto che la natura pubblica del fatto costituisca una semplice condizione obiettiva di punibilità (MANZINI, 1935, 131), ma al contrario non possono esservi dubbi circa la sua qualificazione come **elemento del fatto tipico**, abbracciato pertanto dal dolo, dato che proprio la pubblicità dà il maggiore contributo a conferire il suo specifico disvalore al fatto stesso, che altrimenti sarebbe solo una possibile ipotesi di concorso in un altro reato, sempre ammesso che questo si realizzi (in questo senso, DE VERO, 1993a, 297; CONSULICH, 2016, 104; PELISSERO, 2010b, 241; MEZZETTI, 2016, 495).

Errore sulla legge extrapenale

Riguardo alla seconda questione, si è affermato che l'errore sulla qualifica come reato del fatto istigato o oggetto di apologia sarebbe un errore sul precetto, pertanto estraneo alla dinamica del dolo ed in linea di principio non scusabile (C. SU 18.11.1958, Colomi, GP, 1959, II, 942; CONTIERI, 1961, 224; DOLCE, 1972, 999; BARAZZETTA, 2015d, 1548); con la prevalente dottrina, è invece corretto ritenere che si tratti di un errore su legge extrapenale (ovvero su un elemento normativo della fattispecie), disciplinato dall'art. 47, comma 3 c.p., e come tale idoneo appunto ad escludere il dolo (FORTI, 2008, 967; VISCONTI, 2008, 1047; ALESIANI, 2006, 351; BOGNETTI, 1971, 18).

Del tutto irrilevante è invece il movente che ha indotto il soggetto ad agire (ZAGREBELSKY, 1996, 546).

VI. Forme di manifestazione del reato

1. Consumazione e tentativo

Ai fini della determinazione del momento consumativo, riguardo sia alla condotta di istigazione che a quella di apologia, se è corretto ritenere che sia irrilevante la realizzazione della condotta istigata, è ben più dubbio che basti la condotta istigatoria o apoletica a prescindere dall'effettiva percezione da parte dei destinatari; questo punto di vista, benché diffuso presso la giurisprudenza (C. 28.4.1958, Schirò, GP, 1958, II, 1154; C. 10.11.1982, Morlacchi, CP, 1984, 1435) sembra però accoglibile solo accettando la configurazione come reati di pericolo presunto delle fattispecie dell'art. 414, superata dopo l'intervento della Corte costituzionale del 1970 (FIANDACA-MUSCO, 2012, 479).

Consumazione

Il discorso sul tentativo è strettamente conseguente: se, come ritiene la giurisprudenza, si ha consumazione con la mera realizzazione della condotta di istigazione o apologia, è evidente come non vi sia alcuno spazio per il tentativo (così, coerentemente, C. 22.11.1995, Grandini, GP, 1996, II, 511); ma se invece, come pare più consono ad una corretta interpretazione dei fatti tipici, occorre per la consumazione almeno la percezione da parte di un numero indeterminato di soggetti (solo in tal caso, infatti, il pericolo diventa concreto), allora uno spazio per la configurabilità del tentativo si può ricavare, per esempio nel momento in cui una pubblicazione con contenuti istigatori o apoletici è già stata stampata, ma non ha ancora avuto diffusione (FORTI, 2008, 965; VISCONTI, 2008, 1048), oppure, nel caso dell'istigazione, allorché la condotta sia frazionabile in più atti (MOLINARO-GIANESINI, 2013, 524). Tuttavia anche la recente giurisprudenza, ancorché tenda a condividere la tesi del delitto di pericolo concreto (C. 3.11.1997, Galeotto, CED 209166), nondimeno reputa ancora non configurabile la fattispecie tentata, benché con motivazione assai stringata e sostanzialmente apodittica (C. 29.5.2012, Diliberto, CED 253727).

Tentativo

2. Circostanze

La circostanza prevista nell'ultimo comma è stata inserita con la l. n. 155/2005; si tratta di **un'aggravante ad effetto speciale**, poiché prevede un aumento di pena fisso della metà, che concerne sia l'istigazione che l'apologia; essa si applica, fuori dai casi previsti dall'art. 302 c.p. (cioè dell'istigazione a commettere uno dei delitti non colposi contro la personalità internazionale o la personalità interna dello stato, previsti ai capi primo e secondo del titolo I della parte speciale), se l'istigazione o l'apologia riguarda delitti di terrorismo o crimini contro l'umanità.

La sua introduzione è conseguenza della decisione quadro 2002/475/GAI, che imponeva la repressione delle condotte di istigazione al compimento di atti terroristici; è stato correttamente rilevato che questa previsione legislativa non era strettamente necessaria, dato che al tempo della decisione quadro tale condotta era già punibile ai sensi dell'art. 414 (PELISSERO, 2010b, 242; sottolinea

come si sia trattato di un messaggio sostanzialmente simbolico, anche a causa della bilanciabilità della circostanza, VALSECCHI, 2005, 1230).

Per delitti di terrorismo si intendono quelli connotati dalla finalità di terrorismo, così come descritta nell'art. 270-*sexies* c.p.; crimini contro l'umanità sono quelli indicati dall'art. 7 dello Statuto della Corte penale internazionale.

VII. Rapporti tra norme

Una prima questione di rapporti fra norme è già risolta dallo stesso art. 414: infatti, se lo stesso soggetto istiga a commettere uno o più delitti o una o più contravvenzioni, il terzo comma impone di **assorbire la condotta meno grave nella più grave**, con applicazione della pena prevista per la (sola) istigazione a commettere delitti.

*Istigazione,
apologia
e concorso
di persone*

Altra questione che invece non trova risposta nella disposizione in oggetto concerne la possibilità di applicare la disciplina del concorso di persone nel reato istigato, o di cui si è fatta apologia, se questo viene effettivamente commesso, oltre alla sanzione prevista nell'art. 414.

La norma infatti si limita a dichiarare punibile il soggetto a prescindere dalla commissione del fatto ulteriore («per il solo fatto dell'istigazione»), sicché per dare una soluzione al quesito occorrerà ricorrere ai principi generali, in base ai quali **non vi è alcun automatismo nell'ascrizione della responsabilità a titolo di concorso ex art. 110**, dovendosi invece di volta in volta stabilire se si sia in presenza dei requisiti oggettivi (causalità) e soggettivi (dolo) necessari per integrare una condotta di partecipazione, che in ogni caso concorrerà con la responsabilità *ex art. 414*, dandone naturalmente per scontata la realizzazione di tutti i presupposti.

VIII. Conseguenze sanzionatorie

Per l'istigazione a commettere delitti e per l'apologia di delitti è prevista la pena della reclusione da uno a cinque anni; per l'istigazione a commettere contravvenzioni la reclusione fino a un anno o la multa fino a 206 euro.

Si può notare al riguardo che, se è vero che il legislatore ha voluto modulare il carico sanzionatorio a seconda che l'oggetto dell'istigazione sia un delitto o una contravvenzione e ha scelto di non incriminare l'apologia di contravvenzioni, resta il fatto che gli effetti di questa modulazione sono solo parziali.

Si può infatti verificare **un curioso paradosso**: poiché vi sono delitti per i quali è previsto un massimo di pena inferiore a un anno di reclusione (per fare solo due esempi: l'esercizio abusivo di una professione di cui all'art. 348 c.p. e la vendita di sostanze alimentari non genuine come genuine di cui all'art. 516

c.p.), diviene possibile che chi fa l'apologia di questi delitti o istiga alla loro commissione, senza che poi essi siano commessi, sia sottoposto ad una minaccia di pena superiore rispetto a quella prevista per chi istiga a commetterli qualcuno che poi li commette effettivamente, risultando responsabile a titolo di concorso; il paradosso è ancora più evidente se si pensa che per i due delitti di cui si è fatta menzione è prevista in alternativa anche la pena pecuniaria, per di più molto modesta, che invece è esclusa dall'art. 414; non sembra davvero che questa discrasia si possa giustificare con il solo fatto che l'istigazione o l'apologia qui debbano essere pubbliche.

Il modestissimo carico sanzionatorio previsto per l'istigazione a commettere contravvenzioni potrebbe invece suggerire, in una prospettiva *de iure condendo*, la depenalizzazione di questa fattispecie.

IX. Note di diritto comparato

Diversi ordinamenti penali europei suscitano interesse dal punto di vista della comparazione.

Nel codice penale tedesco, il § 111, rubricato «Pubblico incitamento a commettere reati», fissa al primo comma il principio per cui chi, in una riunione o mediante la diffusione di scritti, incita pubblicamente alla commissione di un fatto anti-giuridico, deve essere punito come istigatore, dunque in base ai criteri di imputazione del concorso di persone, ma poi nel secondo comma specifica che se l'incitamento non viene accolto il soggetto è comunque punito con la reclusione fino a cinque anni o con la pena pecuniaria, ma in ogni caso con una pena che non può essere più grave di quella prevista nel caso in cui l'incitamento venga accolto.

Germania

Riguardo alla condotta di apologia, il § 131 rappresenta una disposizione che ha suscitato ampie discussioni circa la sua legittimità: rubricato «rappresentazione di atti violenti», esso prevede che sia punito con la reclusione fino a un anno o con la pena pecuniaria «chiunque: 1. diffonde, 2. espone al pubblico, affigge, presenta e rende altrimenti accessibile, 3. offre, cede o rende accessibile a una persona minore degli anni diciotto, oppure 4. produce, acquista, fornisce, tiene in deposito, offre, ne fa propaganda, ne esalta la qualità, compie atti diretti a importare o esportare, al fine di farne uso in tutto o in parte o di renderne ad altri possibile l'uso, scritti che descrivono atti di violenza crudeli o altrimenti disumani nei confronti di esseri umani, in maniera da esaltare o minimizzare tali atti di violenza o da rappresentare la crudeltà o disumanità dell'accadimento in un modo che offende la dignità umana».

Rispetto all'apologia dell'art. 414, questa fattispecie restringe il campo di applicazione (non a tutti i delitti, ma solo ad atti crudeli e disumani), ma ha la medesima caratteristica di rappresentare una, per quanto deprecabile, attività di pensiero (esaltare o minimizzare atti di violenza), senza che risulti un correttivo interpretativo analogo a quello operato dalla nostra Corte costituzionale,

idoneo a trasformare la condotta in una sorta di istigazione indiretta, sicché è stata fatta talvolta oggetto di censure di illegittimità, mai affrontate però dal Tribunale Costituzionale.

Spagna

Nell'ordinamento spagnolo, merita attenzione una disposizione di parte generale, ovvero l'art. 18 c.p., il quale detta le regole per definire la nozione ed il campo di applicazione dell'istigazione pubblica e dell'apologia di reati.

Il primo comma si occupa della *provocación*, che si verifica «quando si incita direttamente per mezzo della stampa, della radiodiffusione o di un altro strumento di analoga efficacia, che faciliti la pubblicità, o davanti a una pluralità di persone, alla perpetrazione di un reato»; i commi 3 e 4 precisano rispettivamente che la provocazione può essere punita solo nei casi in cui la legge espressamente lo preveda (le ipotesi sono peraltro abbastanza numerose, pur se si riferiscono essenzialmente a delitti di una certa gravità) e che se ad essa segue l'effettiva commissione del reato deve essere punita come forma concorsuale.

Nel secondo comma, si definisce l'apologia, agli effetti del codice penale, come «l'esposizione, davanti ad una pluralità di persone o con qualunque mezzo di diffusione, di idee o dottrine che elogino il crimine o esaltino il suo autore»; si precisa poi, con un inciso molto importante, che l'apologia può costituire delitto solo come forma di provocazione e se per la sua natura e per le circostanze del fatto rappresenta un incitamento indiretto a commettere un reato.

Il legislatore spagnolo, dunque, già nella formulazione normativa ha dichiarato necessaria l'assimilazione dell'apologia ad una istigazione indiretta, risultato che, come si è visto, è stato raggiunto in Italia a seguito dell'intervento manipolativo del giudice delle leggi. Per approfondimenti si può vedere CORCOY BIDASOLO, 2015, 102.

Austria

Nel codice austriaco, una sola disposizione, il § 282, regola sia l'istigazione pubblica, al primo comma, sia l'apologia, al secondo, e nel solo caso di quest'ultimo delitto si esige, per poter punire, l'idoneità del fatto a causare la commissione di un reato dello stesso tipo.

Portogallo

Del tutto analoga la scelta del legislatore portoghese, rispettivamente per mezzo degli articoli 297 (istigazione pubblica) e 298 (apologia).

Infine, è interessante uno sguardo all'esperienza britannica.

Gran Bretagna

Fino all'introduzione, il 6 aprile 2008, del *Serious Crime Act*, la questione era di competenza della *common law*, e in due noti precedenti si era giunti alla condanna di un soggetto che aveva stampato e diffuso cinquecento copie di un libretto di istruzioni per la coltivazione della *cannabis* (libretto giudicato capace di persuasione dalla *Court of Appeal* nel caso *Marlow* deciso nel 1997), e dei responsabili di una società che aveva messo in vendita un apparecchio in grado di informare gli automobilisti circa la presenza di un *autovelox* (qui i giudici, nel caso *Invicta Plastics Ltd. v. Clare*, deciso nel 1976, stabilirono che la vendita dell'apparecchio costituiva oggettivamente e soggettivamente un incitamento alla commissione di un illecito, realizzato con l'elusione dei controlli sulla velocità predisposti dalla polizia).

Il *Serious Crime Act* ha statutorizzato la materia, introducendo nella sua seconda parte, agli articoli 44 e seguenti, una serie di condotte che sono il segno di un'anticipazione della tutela penale; di particolare interesse ai nostri fini è l'art.

46, il quale stabilisce che una persona commette già un reato se realizza un atto capace di incoraggiare o assistere alla commissione di uno o più reati e ritiene (*believes*) che uno o più di questi reati saranno commessi (ma senza ipotizzare quale) e che il suo atto incoraggerà o assisterà la commissione di uno o più di essi.

Segnala la dottrina (VICONTI, 2008, 1020, anche con riferimento a commentatori britannici) come l'anticipazione della tutela e l'ampiezza delle possibili condotte interessate possano rappresentare un impatto non indifferente sulla libertà di espressione e di riunione.



Guida per ulteriori approfondimenti

- In generale sui profili delle condotte previste nell'art. 414, si possono vedere ancora MORMANDO, *Prime riflessioni sulla condotta di istigazione*, RIDPP, 1994, 538; PALMIERI, *Osservazioni in tema di istigazione a delinquere*, RIDPP, 1968, 996; OLIVERO, *Apologia e istigazione (reati di)*, ED, II, Giuffrè, Milano, 1958, 618; PIFFER, *In tema di istigazione a delinquere*, Jus, 1977, 431.

- Sul rapporto con la libertà di manifestazione del pensiero, PULITANÒ, *Libertà di manifestazione del pensiero, delitti contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, in VASSALLI, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, ESI, Napoli, 2006, 239; CERQUA, *Condotta apologetica e idoneità concreta a provocare la commissione di delitti*, GM, 1987, II, 457; DE VERO, *Istigazione, libertà di espressione e tutela dell'ordine pubblico*, AP, 1976, II, 8; CERRI, *Libertà di manifestazione del pensiero, propaganda, istigazione ad agire*, GC, 1969, 1178; FERRANTE, *Istigazione a delinquere e manifestazione di pensiero costituzionalmente garantita*, GM, 1976, II, 59; FIORE, *Libertà di espressione politica e reati di opinione*, PD, 1970, 48.

- Approfondimenti dell'analisi giurisprudenziale sono rinvenibili in FAZIO-VIAZZI, *Istigazione a delinquere e apologia di reato nella giurisprudenza dall'unità ad oggi*, PD, 1972, 533; NAPOLEONI, *Horror vacui e false interpretazioni in tema di apologia di delitto*, CP, 1981, 772; TRUCCO, *Brevi note sui più recenti atteggiamenti giurisprudenziali in tema di apologia di reato*, RIDPP, 1982, 735.



Quesiti per verificare la comprensione del testo

1. Come si giustifica la costituzionalità delle condotte previste dall'art. 414?
2. Come si definisce la natura pubblica dell'istigazione e dell'apologia?
3. Qual è il rapporto fra l'art. 414 e l'art. 115?
4. Qual è la differenza fra istigazione e apologia?
5. Secondo la giurisprudenza, l'apologia di delitti è un reato di pericolo presunto o concreto?
6. Che rilevanza ha l'errore sulla qualificazione come reato del fatto istigato?
7. Qual è il momento consumativo del reato?
8. Che tipo di responsabilità viene attribuita in caso di effettiva commissione del fatto istigato?
9. Quali sono le più interessanti esperienze in diritto comparato?



Istigazione a pratiche di pedofilia e di pedopornografia (art. 414-bis)

La fattispecie, introdotta dall'art. 4, comma 1, lett. b), l. 1.10.2012, n. 172 – in ratifica della Convenzione di Lanzarote del 25 ottobre 2007 *per la protezione dei bambini contro lo sfruttamento e gli abusi sessuali* nonché della Direttiva dell'Unione europea 2011/93/UE *contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile* – punisce, salvo che il fatto costituisca più grave reato, la pubblica istigazione, con qualunque mezzo e con qualsiasi forma di espressione, a commettere in danno di minorenni i reati di cui agli articoli: 600 (prostituzione minorile), 600-ter (pornografia minorile), 600-quater (detenzione di materiale pornografico), 600-quater.1 (pornografia virtuale), 600-quinquies (iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile), 609-bis (violenza sessuale), 609-quater (atti sessuali con minorenni), 609-quinquies (corruzione di minorenne).

Il secondo comma sottopone al medesimo trattamento sanzionatorio la pubblica apologia di uno o più delitti previsti al comma 1.

Al terzo comma la norma precisa, infine, l'impossibilità di invocare a propria scusa ragioni o finalità di carattere artistico, letterario, storico o di costume.

La fattispecie in esame è posta a tutela dell'**ordine pubblico**, per la cui nozione si rinvia alle considerazioni svolte sopra in merito all'art. 414 c.p.: dai lavori preparatori della Camera dei Deputati emerge, infatti, come scopo dell'introduzione della norma sia quello di *“combattere più efficacemente i reati prodromici e connessi alla pedofilia”* e di *“garantire una maggiore tutela dell'universo minorile”*, con ciò individuando l'oggetto della tutela penale nel *“sentimento collettivo di sicurezza”* e giustificandone pertanto la collocazione sistematica (Discussione del disegno di legge A.C. 2326-A, seduta del 18.1.2010, Resoconto stenografico dell'Assemblea, 14).

Quanto ai **soggetti attivi**, si tratta di **reato comune**, potendo essere commesso da chiunque.

Per ciò che concerne le **condotte**, la formulazione ricalca quella più generale di istigazione a delinquere di cui all'art. 414 c.p. (alla cui trattazione si rinvia), al dichiarato fine – riscontrabile nei lavori preparatori della Camera – *“di evitare qualsiasi problema circa la costituzionalità della norma sotto il profilo dell'offensività”* (Discussione del disegno di legge A.C. 2326-A, cit., 14), pur costituendo senza dubbio **fattispecie autonoma** di reato.

Quanto alla **pubblica istigazione**, il riferimento all'indifferenza del mezzo utilizzato consente di ricomprendervi tutte le forme di comunicazione, comprese quelle effettuate in rete, per via telematica o informatica, con ciò superando l'ambito definitorio della locuzione *“reato avvenuto pubblicamente”* contenuta nel-

l'art. 266, comma 4, c.p. e le relative problematiche ad essa connesse (ANDREAZZA-PISTORELLI, *www.penalecontemporaneo.it*, 22 ottobre 2012).

In merito alla nozione di **pubblica apologia**, si rinvia alle considerazioni svolte per la più generale fattispecie di cui all'art. 414 c.p.

La disposizione dell'ultimo comma, che sancisce l'impossibilità di invocare a propria scusa «ragioni o finalità di carattere artistico, letterario, storico o di costume», non pare avere altra funzione se non quella di palesare l'applicabilità della nuova disposizione incriminatrice in tali ambiti, qualora ne ricorrano i presupposti (VALLINI, DPP, 2013, 166).

Quanto **all'elemento soggettivo**, si richiamano le considerazioni svolte in relazione all'art. 414 c.p.

Ugualmente in ordine agli aspetti relativi alle **forme di manifestazione del reato**.

Il delitto è sanzionato con la reclusione da un anno e sei mesi a cinque anni. La competenza appartiene al Tribunale in composizione monocratica. La procedibilità è d'ufficio.

Istigazione a disobbedire alle leggi

Art. 415. Istigazione a disobbedire alle leggi. – *Chiunque pubblicamente istiga alla disobbedienza delle leggi di ordine pubblico, ovvero all'odio fra le classi sociali, è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni.*

0. Generalità

L'art. 415 prevede due distinte condotte, peraltro sanzionate con la stessa pena, ovvero la pubblica istigazione alla disobbedienza delle leggi di ordine pubblico e l'istigazione all'odio fra le classi sociali.

L'immediato antecedente storico di questa disciplina è costituito dall'**art. 247 del codice penale del 1889**, che, oltre all'apologia, incriminava chiunque «incita alla disobbedienza della legge, ovvero incita all'odio fra le classi sociali in modo pericoloso per la pubblica tranquillità», minacciando la sanzione della detenzione da tre mesi a un anno unitamente alla pena pecuniaria.

Gli antecedenti storici

Si nota subito che **le due disposizioni**, tuttavia, **non sono esattamente sovrapponibili**, dato che quella del codice Zanardelli si riferiva alla disobbedienza a qualunque legge, e non solo a quelle di ordine pubblico, e chiedeva che l'incitamento all'odio sociale fosse pericoloso per la pubblica tranquillità.

Quest'ultimo tratto distintivo, però, è stato annullato da un intervento della Corte costituzionale, la quale, con sent. 23 aprile 1974, n. 108 (GC, 1974, 773), ha dichiarato l'**illegittimità dell'art. 415** proprio nel punto in cui **non prevedeva che l'istigazione all'odio fra le classi sociali dovesse essere attuato**, per essere considerato reato, **in modo pericoloso per la pubblica tranquillità**.

Dichiarazione di illegittimità

I. Interesse tutelato

Per quanto concerne la condotta di istigazione alla disobbedienza alle leggi di ordine pubblico, non c'è nulla da aggiungere alle osservazioni svolte in precedenza relativamente alle disposizioni dell'art. 414.

Riguardo, invece, alla **condotta di istigazione all'odio fra le classi sociali**, bisogna dire che, anche nella veste un po' più *politically correct* che le ha conferito la Corte costituzionale con la sentenza del 1974, **si tratta di una fattispe-**

Abrogazione in prospettiva de iure condendo

cie obiettivamente incompatibile con qualunque *ratio* di tutela agganciabile ai valori costituzionali; come è stato opportunamente sottolineato, la matrice ideologica dell'incriminazione è del tutto scoperta, svelando l'intento del regime fascista di perseguire e reprimere le idee e la propaganda dei movimenti socialisti ed anarchici (MOLINARO-GIANESINI, 2013, 529; INSOLERA, 2016, 310, che non esita a parlare di «arnese impresentabile in un sistema liberal-democratico»); a ben poco vale l'opinione ufficiale che individua l'interesse tutelato nella protezione dai disordini che potrebbero sorgere a seguito dell'istigazione all'odio sociale (MANZINI, 1935, 142).

II. Soggetti attivi

Soggetto attivo delle condotte criminose previste nell'art. 415 può essere chiunque.

III. Fatto tipico

1. La condotta di istigazione a disobbedire alle leggi di ordine pubblico

1.1. *L'evoluzione interpretativa riguardo al concetto di istigazione* – In modo parallelo a quanto avvenuto in relazione all'art. 414, anche la condotta di istigazione a disobbedire alle leggi di ordine pubblico ha subito una evoluzione interpretativa nel senso di una maggiore concretizzazione della fattispecie.

La disposizione si limita a richiedere un incitamento alla disobbedienza, cosicché la giurisprudenza per decenni non ha avuto difficoltà a ravvisarvi un mero reato di pericolo presunto, motivando le condanne con la sola istigazione, senza alcun riguardo al fatto che essa causasse o meno l'effettivo pericolo che qualcuno disobbedisse alle leggi di ordine pubblico (C. 27.3.1957, Lauricella, GP, 1957, II, 666).

*Inserimento
giurisprudenziale
dell'elemento
della idoneità*

In seguito, tuttavia, è divenuto più frequente l'atteggiamento volto ad inserire nella struttura del fatto anche l'elemento dell'idoneità a cagionare la disobbedienza (C. 15.12.1980, Papini, CP, 1982, 952; PELISSERO, 2010b, 243).

Sulla natura pubblica dell'istigazione, vale quanto affermato in relazione all'art. 414, con rinvio al dettato dell'art. 266 c.p.

1.2. *La nozione di «leggi di ordine pubblico»*. – Elemento cardine della fattispecie, questa nozione non è tuttavia di facile interpretazione, come dimostrano notevoli oscillazioni giurisprudenziali e dottrinali.

È però incontrovertibile che, parlandosi di leggi, si debba **intendere il concetto in senso formale**, ovvero leggi ordinarie o costituzionali o atti ad esse equi-

parati (SCHIAFFO, 2007, 193; VISCONTI, 2008, 1055; VIOLANTE, 1972b, 1004; DE VERO, 1993a, 301; ZAGREBELSKY, 1996, 544).

Anche un secondo punto non è oggetto di particolari contestazioni: le leggi la cui disobbedienza è oggetto dell'istigazione non devono essere leggi penali, per una elementare ragione di coordinamento normativo: infatti, se, come è stato sostenuto in passato, le leggi di ordine pubblico potessero ricomprendere o addirittura si identificassero con le leggi penali (ciò che appariva naturale per esempio a VANNINI, 1954, 134) si avrebbe una piena ed ingiustificata sovrapposizione tra questa fattispecie e la fattispecie istigatoria dell'art. 414, il cui oggetto verrebbe a coincidere, a meno di non voler ritenere quest'ultimo norma generale e l'art. 415 norma speciale (sanzionante solo l'istigazione a quei delitti che sono previsti in leggi di ordine pubblico); ma allora si presenterebbe un singolare paradosso, visto che la pena prevista dall'art. 415 è meno grave, mentre parrebbe che una tale specialità configurerebbe l'illecito in esso previsto come più grave (nel senso del testo, FIANDACA-MUSCO, 2012, 482; CONSULICH, 2016, 109; INSOLERA, 2016, 309).

Leggi di ordine pubblico non sono leggi penali

Controverso è invece il perimetro del riferimento a leggi «di ordine pubblico».

Gode di un certo credito in giurisprudenza una definizione secondo la quale tali sarebbero **non solo, in senso stretto, le leggi di pubblica sicurezza, ma, in senso più ampio, tutte quelle su cui poggia l'ordinato assetto e il buon andamento del vivere sociale**: leggi, dunque, contenenti norme cogenti e come tali non derogabili dai privati; detto altrimenti, tutte le norme giuridiche imperative in quanto limitano la libertà individuale (C. 15.12.1980, Papini, CP, 1982, 954; C. 7.11.1967, Di Pasquale, GI, II, 337; così anche CONSULICH, 2016, 109; CONTIERI, 1961, 45).

Il punto di vista estensivo

A questa si contrappone una concezione più restrittiva, in base alla quale **dovrebbero definirsi leggi di ordine pubblico solo le previsioni essenziali per il mantenimento degli equilibri economici e sociali del paese e della pace sociale** (VIOLANTE, 1972b, 1003; NUVOLONE, 1971, 208); seguendo un'altra via, sempre in chiave restrittiva, si fa riferimento alle disposizioni volte a prevenire fatti che, seppure non costituenti reato, sono pregiudizievoli dell'ordine pubblico in senso materiale, bene dotato, almeno sotto il profilo della sicurezza pubblica, di rango costituzionale e quindi suscettibile di legittima tutela anche a detrimento della libertà di espressione (DE VERO, 1993a, 300).

Il punto di vista restrittivo

Pur essendo meritorio l'intento limitativo di **queste impostazioni**, resta il fatto che esse, come è stato osservato, **mantengono al concetto una connotazione fluida e poco tassativa**, inidonea a fungere da guida all'attività interpretativa (FIANDACA-MUSCO, 2012, 483).

Riguardo alla casistica giurisprudenziale, vi sono alcuni campi di prova in cui si misurano queste diverse concezioni; si farà qui riferimento, in particolare, alla questione dell'obiezione fiscale, che è quella che presenta i riscontri più interessanti.

Oggetto di controversia è in questi casi la condotta di chi incita, nell'autoliquidazione dell'imposta sui redditi, a non versare una percentuale di imposta corrispondente alla quota di bilancio statale destinata alle spese militari.

All'originario orientamento della Corte suprema, volto a riconoscere in tali casi la

sussistenza del reato, attribuendo alle norme fiscali carattere imperativo, e dunque la qualifica di leggi di ordine pubblico (C. 8.5.1985, Angelini, RP, 1986, 832; C. 9.10.1986, Cerfoggia, RT, 1988, II, 61), faceva già riscontro negli stessi anni un diverso atteggiamento dei giudici di merito (App. Milano, 8.11.1984, Angelini, FI, 1985, II, 76; T. Sondrio, 11.2.1983, Cerfoggia, FI, 1983, II, 133, nelle stesse cause che hanno dato luogo alle sentenze sopra citate), favorevoli con varie argomentazioni, tra cui spicca il ricorso al principio di necessaria lesività dedotto dall'art. 49, comma 2, c.p., ad escludere la sussistenza del reato (per un'analisi più approfondita, FORTI, 2008, 968).

Un successivo intervento della Corte di cassazione ne ha segnato un mutamento di indirizzo, su questo punto, ma anche in termini di ragionamento generale: partendo dal presupposto che l'ordine pubblico tutelato non è quello meramente ideale (perché in tal caso sarebbe violato l'art. 21 Cost.), ma solo quello inteso in senso materiale, ovvero come tranquillità pubblica e sicurezza, si è escluso che l'obiezione fiscale riguardante le spese militari possa integrare il reato, rappresentando essa soltanto una manifestazione di pensiero con conseguente ricerca di adesione ad esso (C. 16.10.1989, Leghissa, CP, 1990, 1044).

In base alle stesse premesse, a distanza di poco tempo, la Corte ha escluso il reato anche nel caso di un'istigazione mediante lo strumento radiofonico all'autoriduzione delle tariffe per la fornitura di acqua ed energia elettrica (C. 25.2.1991, Trentin, GP, 1991, II, 612).

*Eccessivo
margine di
discrezionalità*

Questa interpretazione è certo più in linea con la materializzazione del bene giuridico (inutile negare l'enorme passo avanti rispetto alla risalente sentenza con cui si era condannato un soggetto che aveva realizzato atti di propaganda a favore dell'astensione dal voto: C. 7.11.1967, Di Pasquale, cit.; per una decisa rivendicazione dell'istigazione all'astensione al voto come espressione della libertà di manifestazione del pensiero ALEO-PICA, 2012, 114), ma **restano comunque perplessità di fondo circa la possibilità di individuare un criterio generale veramente tassativo** per intendere il concetto di leggi di ordine pubblico (così anche GARGANI, 1990, 1045); a causa dell'eccessivo margine di discrezionalità concesso al giudice e del rischio di strumentalizzazione politica della fattispecie, si pronuncia a favore della sua soppressione, in modo sostanzialmente condivisibile, INSOLERA, 2016, 310; per la soppressione anche SCHIAFFO, 2007, 219, il quale adduce come ulteriore motivo il fatto che la violazione delle leggi di ordine pubblico non desta un allarme sociale che il legislatore abbia ritenuto degno di rilevanza penale.

Peraltro, in una sentenza relativamente recente si è fatta applicazione della disposizione in oggetto nel caso della diffusione, mediante emittenti radiofoniche, di messaggi volti a indurre a tenere condotte contrarie a norme del codice della strada e pericolose per l'incolumità pubblica, come non utilizzare le cinture di sicurezza, guidare in stato di ebbrezza e violare i limiti di velocità (C. 10.6.2010, Mammato, CED 247713).

2. La condotta di istigazione all'odio fra le classi sociali

Disposizione seriamente datata sul piano storico, la fattispecie che sanziona l'istigazione all'odio fra le classi sociali è stata fatta oggetto, come anticipato, di un intervento della Corte costituzionale, che in questo caso ha utilizzato lo strumento della sentenza additiva di accoglimento, ovvero ha dichiarato la norma illegit-

tima se non letta con un elemento aggiuntivo, cioè quella **pericolosità per la pubblica tranquillità** che il legislatore aveva ommesso di mutuare dal codice del 1889.

Sta di fatto, però, che, come è stato notato, proprio dalla data di quella sentenza non si hanno più applicazioni di questa fattispecie delittuosa (VISCONTI, 2008, 1057).

Quindi, in sostanza, quell'abrogazione della norma che la dottrina reclamava (con il rimprovero alla Corte per non avere avuto il coraggio di realizzarla) sta avvenendo per desuetudine; del resto, la difficile compatibilità con il principio della libera manifestazione del pensiero non era l'unico problema, dato che la **disposizione presentava** – e, almeno *de iure*, presenta ancora – **un forte deficit di determinatezza** in relazione alla nozione di classe sociale (mentre meno complessa è la interpretazione dell'istigazione all'odio, come istigazione ad un sentimento di profonda avversione che di regola conduce a sopraffare o danneggiare in qualsiasi modo chi ne è oggetto: CONSULICH, 2016, 111; C. 17.5.1972, Sisi, CP, 1973, 247).

Norma sostanzialmente abrogata per desuetudine

Per «classe sociale» si è inteso, in giurisprudenza e in dottrina, un po' di tutto: il clero, i cattolici (o chi professa un qualunque credo religioso: a favore, nella vigenza del codice Zanardelli, C. 21.7.1905, RP, 1905, 421; contraria, tuttavia, C. 18.3.1953, Gelmini, GI, 1953, II, 309), i militari, le minoranze, i datori di lavoro, i ricchi, i poveri; si è perfino discusso se la propaganda antisemita potesse rientrare nella sfera della fattispecie (anche se per negarlo: si veda T. Roma, 30.3.1965, Pisanò, GP, 1966, II, 397) (un panorama più ampio dei vari orientamenti in FORTI, 2008, 970 e BARAZZETTA, 2015e, 1571).

Nozione di classe sociale

La **concezione da ritenere preferibile** è senz'altro quella che, con spirito restrittivo, **la considera una categoria accomunata da interessi e prerogative di carattere esclusivamente economico** (VIOLANTE, 1972b, 1005; FORTI, 2008, 970; DE VERO, 1993a, 302); bisogna però riconoscere che questo punto di vista appare il più ragionevole, ma non è imposto inequivocabilmente dal dato normativo, in sé assolutamente indeterminato, ed anche questo è un buon argomento a favore di una definitiva abrogazione.

IV. Cause di giustificazione

Non vi sono al riguardo particolari questioni da trattare.

V. Elemento soggettivo

Entrambe le condotte richiedono il dolo del loro autore.

Il dolo è generico; la tesi del dolo specifico, sostenuta in base all'argomento per cui il soggetto agisce in realtà con uno scopo estraneo alla fattispecie tipica

Non si tratta di dolo specifico

(VIOLANTE, 1972b, 1001), non ha appigli testuali nella fattispecie e si ha l'impressione che essa tenda a confondere il fine caratterizzante il dolo specifico con i moventi che hanno indotto ad agire, ai quali certamente non è attribuibile alcun rilievo (così anche C. 15.3.1974, Orlandini, CP, 1975, 790; PELISSERO, 2010b, 246).

Oggetto del dolo è senz'altro il carattere pubblico della condotta (BARAZZETTA, 2015e, 1572; MOLINARO-GIANESINI, 2013, 530); elemento essenziale dovrebbe essere anche la consapevolezza di istigare alla disobbedienza di leggi di ordine pubblico e all'odio fra le classi sociali, ma si è visto quanto problematica sia la determinazione di tali concetti.

VI. Forme di manifestazione del reato

1. Consumazione e tentativo

Per la consumazione di questo reato non è necessario che l'istigazione sia stata accolta; tuttavia, secondo l'impostazione meritevole di accoglimento, occorre che ve ne sia stata l'effettiva percezione da parte dei destinatari, residuando, in mancanza di essa, un campo di applicazione per la fattispecie di tentativo (ROSSO, 1965, 159; VIOLANTE, 1972b, 1001).

2. Circostanze

Non sono previste circostanze speciali per questo delitto, sicché si applica il regime ordinario delle circostanze comuni.

VII. Rapporti tra norme

L'art. 415 costituisce una norma a più fattispecie, per cui se un soggetto realizza contestualmente entrambe le condotte che vi sono previste risponde per la commissione di un solo reato (CONTIERI, 1961, 43).

VIII. Conseguenze sanzionatorie

*Incongruenze
nel meccanismo
sanzionatorio*

Per entrambe le modalità di condotta, la pena è la stessa, ovvero la reclusione da sei mesi a cinque anni, molto più severa di quella che era prevista nel codice del 1889; una certa incongruenza si potrebbe rilevare nel rapporto tra questa sanzione e quella prevista nell'art. 414 per l'ipotesi dell'istigazione a commettere contravvenzioni, che è notevolmente inferiore, benché l'istigazio-

ne sia rivolta a commettere illeciti penali, anche se solitamente di minore gravità, mentre nel caso dell'art. 415 si parte dal presupposto che sia escluso che l'istigazione concerna fatti penalmente rilevanti; un motivo in più per pensare che questa disposizione abbia la sua unica ragion d'essere nell'intento di reprimere opinioni e ideologie sgradite e per invocarne di conseguenza l'abrogazione in una prospettiva *de iure condendo*.

Chiamata a pronunciarsi su una possibile violazione dell'art. 3 a causa dell'incongruità della pena prevista, la Corte costituzionale ha dichiarato la questione non fondata, rientrando la scelta negli ordinari margini di apprezzamento del legislatore (Corte cost., 18.7.1973, n. 142, GC, 1973, 1413).

IX. Note di diritto comparato

Le condotte contenute in questo articolo non hanno alcun corrispondente nelle legislazioni europee contemporanee, ciò che è facilmente spiegabile alla luce del loro anacronismo.



Guida per ulteriori approfondimenti

- Sul concetto di leggi di ordine pubblico, BISSI, *Istigazione a disobbedire alle leggi di ordine pubblico materiale*, CP, 1993, 824; CIANFROCCA, *Ancora sulla nozione di leggi di ordine pubblico con riferimento al delitto di cui all'art. 415 c.p.*, CP, 1993, 57; PISA, *Qualche appunto sull'istigazione a disobbedire alle leggi di ordine pubblico*, CP, 1982, 954.

- Sulla più specifica questione dell'obiezione fiscale, CADOPPI, *L'istigazione all'obiezione fiscale alle spese militari fra interpretazioni tradizionali ed evolutive dell'art. 415 c.p.*, GM, 1986, II, 127; CERQUA, *Spunti in tema di istigazione all'obiezione fiscale alle spese militari*, IP, 1986, 679.

- Su alcuni profili della condotta di istigazione all'odio fra le classi sociali: BOGNETTI, *Il pericolo nell'istigazione all'odio di classe e nei reati contro l'ordine pubblico*, GC, 1974, 1433; SANTORO, *Il delitto di istigazione all'odio tra le classi sociali: illegittimo costituzionalmente*, MGL, 1974, 599.



Quesiti per verificare la comprensione del testo

1. Qual è stato il senso dell'intervento della Corte Costituzionale?
2. Che cosa si deve intendere per «leggi di ordine pubblico»? Possono esserlo le leggi penali?
3. Siamo di fronte ad un reato a pericolo presunto o a pericolo concreto?
4. Che cosa si deve intendere per «classi sociali»?
5. Il dolo è generico o specifico?
6. Il tentativo è ipotizzabile?

Associazione per delinquere *

C.P. 1930	TESTO ATTUALE
<p>Art. 416. – <i>Quando tre o più persone si associano allo scopo di commettere più delitti, coloro che promuovono o costituiscono od organizzano l'associazione sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da tre a sette anni.</i></p> <p><i>Per il solo fatto di partecipare all'associazione, la pena è della reclusione da uno a cinque anni.</i></p> <p><i>I capi soggiacciono alla stessa pena stabilita per i promotori.</i></p> <p><i>Se gli associati scorrono in armi le campagne o le pubbliche vie, si applica la reclusione da cinque a quindici anni.</i></p> <p><i>La pena è aumentata se il numero degli associati è di dieci o più.</i></p>	<p>Art. 416. – <i>Quando tre o più persone si associano allo scopo di commettere più delitti, coloro che promuovono o costituiscono od organizzano l'associazione sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da tre a sette anni.</i></p> <p><i>Per il solo fatto di partecipare all'associazione, la pena è della reclusione da uno a cinque anni.</i></p> <p><i>I capi soggiacciono alla stessa pena stabilita per i promotori.</i></p> <p><i>Se gli associati scorrono in armi le campagne o le pubbliche vie, si applica la reclusione da cinque a quindici anni.</i></p> <p><i>La pena è aumentata se il numero degli associati è di dieci o più.</i></p> <p><i>Se l'associazione è diretta a commettere taluno dei delitti di cui agli artt. 600, 601, 601-bis e 602, nonché all'art. 12, comma 3-bis, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, nonché agli articoli 22, commi 3 e 4, e 22-bis, comma 1, della legge 1° aprile 1999, n. 91, si applica la reclusione da cinque a quindici anni nei casi previsti dal primo comma e da quattro a nove anni nei casi previsti dal secondo comma.</i></p> <p><i>Se l'associazione è diretta a commettere taluno dei delitti previsti dagli artt. 600-bis, 600-ter, 600-quater, 600-quater.1, 600-quinquies, 609-bis, quando il fatto è commesso in danno di un minore di anni diciotto, 609-quater, 609-quinquies, 609-octies, quando il fatto è commesso in danno di un minore di anni diciotto, e 609-undecies, si applica la reclusione da quattro a otto anni nei casi previsti dal primo comma e la reclusione da due a sei anni nei casi previsti dal secondo comma.</i></p>

* Il commento è integralmente frutto di riflessione comune. Riccardo Borsari ha redatto le parti 0.1, VI.2, VII, VIII.2; Debora Provolo le rimanenti.

0. Generalità

Nell'ordinamento italiano l'appartenenza alla criminalità organizzata è incriminata in forma autonoma tramite il ricorso al modello del reato associativo.

Nozione
di criminalità
organizzata

La nozione di “criminalità organizzata”, di matrice socio-criminologica ed impiegata dal legislatore soprattutto nella formulazione delle regole di procedura, è sufficientemente generica ed ampia da poter ricomprendere le più varie attività criminose, purché realizzate da più soggetti che concorrano, con un minimo di organizzazione, nella preparazione e/o nell'esecuzione di reati (FIANDACA, 1991, 5). La Corte suprema ha in proposito precisato che tale nozione identifica «non solo i reati di criminalità mafiosa e assimilata, oltre i delitti associativi previsti da norme incriminatrici speciali, ma anche qualsiasi tipo di associazione per delinquere, ex art. 416 c.p., correlata alle attività criminose più diverse, con l'esclusione del mero concorso di persone nel reato, nel quale manca il requisito dell'organizzazione» (C. SU, 22.3.2005, Petrarca e a., RP, 2006, 253).

L'art. 416, figura associativa di carattere generale, prevede come reato il fatto di «tre o più persone che si associano allo scopo di commettere più delitti».

Evoluzione
storica delle
fattispecie
associative

Tale formulazione è l'esito di un processo di **progressiva astrazione generalizzatrice** del modello normativo dell'associazione per delinquere, processo cui si è assistito nella fase che va dai codici preunitari sino all'emanazione del codice Rocco ed in forza del quale la fattispecie associativa ha assunto una portata via via più ampia e svincolata da referenti criminologici specifici, in quanto tale estensibile a tutte le forme del crimine organizzato (FIANDACA, 1991, 17). Mentre nel codice Zanardelli (art. 248) l'associazione per delinquere era punita se diretta alla commissione di delitti contro l'amministrazione della giustizia, la fede pubblica, l'incolumità pubblica, il buon costume, l'ordine delle famiglie, le persone e la proprietà, il legislatore del 1930 ha optato per la creazione di una fattispecie a condotta libera che non contiene alcun riferimento a specifici delitti-fine (per approfondimenti sull'evoluzione storica delle figure delittuose associative v. ALEO, 2009, 67). Nell'intenzione del legislatore, dunque, l'art. 416 era chiamato a svolgere un ruolo di «chiusura del sistema», affiancato a specifiche ipotesi destinate alla repressione penale della criminalità organizzata di tipo politico (MALANETTO, 2012, 2029). Peraltro, più di recente, si è assistito all'introduzione di fattispecie associative caratterizzate da una maggiore specializzazione (quali l'associazione di tipo mafioso, o l'associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti), nell'intento di colpire specifiche forme di criminalità organizzata.

Ratio e funzioni
della
incriminazione

L'esistenza di un'associazione stabilmente dedicata ad attività criminose suscita, in quanto tale, allarme sociale. La *ratio* delle fattispecie associative – e dell'art. 416 in particolare – è allora rinvenibile in un'esigenza di carattere marcatamente preventivo: incriminando l'associazione criminosa in quanto tale, il legislatore tende a rimuovere il pericolo della commissione dei reati oggetto del programma criminoso (FIANDACA-MUSCO, 2012, 486). L'art. 416 svolge dunque una **funzione di anticipazione della tutela penale**, punendo chi si è associato al

sodalizio a prescindere dalla realizzazione di delitti oggetto del programma criminoso (c.d. delitti-scopo). Laddove, per contro, i delitti-scopo siano stati realizzati, la disposizione in esame assolve la funzione di aggravare il trattamento sanzionatorio nei confronti degli associati che commettono i reati oggetto del programma (CAVALIERE, 2007a, 225; PELISSERO, 2010c, 250).

L'incriminazione in esame è da taluno considerata quale deroga al principio generale della non punibilità dell'accordo criminoso non eseguito, sancito dall'art. 115 c.p., deroga che troverebbe giustificazione nel particolare pregiudizio, il perturbamento dell'ordine pubblico, insito nel fatto configurato (così CONSULICH, 2016, 113). Contro tale impostazione si è tuttavia affermato che l'associazione diverge dal mero accordo, giacché con essa viene punito un fatto esterno associativo che non solo minaccia ma altresì lede effettivamente l'ordine pubblico, diminuendo la sicurezza collettiva, mediante l'intrusione di un elemento criminogeno nel corpo sociale (CONTIERI, 1961, 73; MANZINI, 1983, 193 s.).

L'art. 4 della l. n. 228/2003 ha introdotto il comma 6, successivamente modificato dall'art. 1, comma 5, l. n. 94/2009, che prevede un inasprimento di pena per le associazioni per delinquere finalizzate alla commissione dei delitti di riduzione in schiavitù e traffico di esseri umani previsti dagli artt. 600, 601 e 602 c.p., o allo sfruttamento dell'immigrazione clandestina aggravato (art. 12, comma 3-*bis*, d.lgs. n. 286/1998). La l. n. 236/2016 (*Modifiche al codice penale e alla legge 1° aprile 1999, n. 91, in materia di traffico di organi destinati al trapianto, nonché alla legge 26 giugno 1967, n. 458, in materia di trapianto del rene tra persone viventi*) ha ulteriormente modificato il comma 6, introducendo il riferimento al nuovo delitto di cui all'art. 601-*bis* (traffico di organi prelevati da persona vivente) e ai delitti di cui agli artt. 22, commi 3 e 4 (traffico di organi provenienti da cadaveri), e 22-*bis*, comma 1, l. n. 91/1999 (mediazione a scopo di lucro nella donazione di organi da vivente). L'ultimo comma dell'art. 416, che configura la nuova aggravante dell'associazione per delinquere finalizzata al compimento di reati in tema di sfruttamento e abuso sessuale contro minori, è stato introdotto dall'art. 4, comma 1, lett. c), l. n. 172/2012 (*Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, fatta a Lanzarote il 25 ottobre 2007, nonché norme di adeguamento dell'ordinamento interno*).

I commi 6 e 7 dell'art. 416 rappresentano ipotesi di reato associativo qualificato, caratterizzate dalla peculiarità dei reati-scopo (sul punto v. PAPA, 2015, 443 ss., anche in relazione alle criticità, sul piano della tipicità-garanzia e della reale efficacia repressiva, connesse alle fattispecie associative qualificate).

La formulazione dell'art. 416, la sua portata ampia ed omnicomprensiva, nonché una certa inafferrabilità dell'interesse tutelato, destano, come meglio si dirà, perplessità in ordine alla compatibilità della fattispecie criminosa con il principio di determinatezza (sul punto, per una sintesi, v. CAVALIERE, 2007a, 364 ss.).

Recenti
modifiche
legislative

1. La dimensione transnazionale del crimine organizzato

Dal Congresso
di Ginevra alla
Convenzione di
Palermo:
excursus storico

Il processo di globalizzazione e la tendenziale erosione dei confini nazionali hanno da tempo indotto la comunità internazionale e l'Unione Europea a rafforzare e ad affinare l'azione di contrasto alla criminalità organizzata, preso atto del travalicamento oltre i confini nazionali dei gruppi criminali, che di frequente si attecchiscono a vere e proprie organizzazioni transfrontaliere, in stabile contatto con gli omologhi sodalizi criminosi originatisi all'estero. Peraltro, l'esigenza di una condivisione sovranazionale degli strumenti di repressione deriva dalla consapevolezza che una delle principali cause del progressivo ampliamento del crimine transnazionale risiede proprio nella difficoltà, peculiarmente avvertita in ambito europeo, di creazione di un diritto penale unitario sovranazionale, in grado di contrastare il crimine, per così dire, al di là dei singoli Stati.

Una prima, significativa tappa dell'evoluzione transnazionale della lotta al crimine si identifica sovente nel **Congresso delle Nazioni Unite sulla prevenzione del crimine**, tenutosi a Ginevra nel 1975, dal quale gli Stati, attraverso la raccolta e la rielaborazione del materiale di ricerca reperito sin dagli anni cinquanta, hanno mosso il percorso che ha condotto all'approvazione, a Vienna nel 1988, della **Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di droghe narcotiche e sostanze psicotrope**, nonché all'istituzione, nel 1991, dell'*United Nations Drug Control Programme*.

A partire dalla prima sessione della **Commissione per la prevenzione del crimine e della giustizia penale** (istituita dall'ONU nel 1991, con la partecipazione di Giovanni Falcone in qualità di rappresentante della delegazione italiana) e dalla **Conferenza di Napoli** del 1994, da cui l'approvazione del primo Piano mondiale di Azione per la lotta alla criminalità transnazionale organizzata, si è percepita una marcata sensibilizzazione circa l'esigenza di elaborare una Convenzione internazionale contro la criminalità organizzata, recante una definizione condivisa del fenomeno, idonea a conciliare le differenze tra i vari ordinamenti e a riscuotere il consenso della comunità giuridica internazionale.

Convenzione
di Palermo

Dopo alcune iniziative indirizzate al raggiungimento degli obiettivi prefissati durante la Conferenza di Napoli – segnatamente, l'incontro "informale" tenutosi a Palermo nel 1997 e il successivo incarico di predisporre una bozza della Convenzione da parte dell'Assemblea Generale a un gruppo di esperti designati (Ris. 52/85 del 12.12.1997) –, il 15 novembre 2000, l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite ha adottato la **Convenzione contro la criminalità organizzata transnazionale** e i Protocolli contro il traffico di migranti e la tratta di persone (Ris. 55/25), seguiti da un (terzo) Protocollo addizionale, contro la produzione illecita ed il traffico di armi da fuoco (Ris. 55/255).

La sottoscrizione della Convenzione e dei primi due protocolli è stata simbolicamente celebrata tra il 12 e il 15 dicembre 2000 a Palermo (di qui il nome "**Convenzione di Palermo**").

Sin dall'*incipit*, la Convenzione esplicita la finalità "di promuovere la cooperazione per prevenire e combattere il crimine transnazionale in maniera più efficace". Tuttavia, il documento non reca una definizione di «*organized crime*» (D'AMATO, 2008, 302), sebbene la nozione costituisca il riferimento delle

attività di prevenzione e lotta coordinate fra gli Stati, che devono cooperare a tal fine; invece, all'art. 3, essa identifica il proprio ambito di applicazione nell'introduzione di obblighi di penalizzazione nell'ordinamento nazionale di alcune condotte (quale la partecipazione ad un gruppo criminale organizzato) caratterizzate dal carattere transnazionale e dal coinvolgimento di un gruppo criminale organizzato.

Quanto al **carattere transnazionale**, la Convenzione lo attribuisce al reato commesso in più di uno Stato, ovvero commesso in uno Stato, ma ove una parte sostanziale della sua preparazione, pianificazione, direzione o controllo avvenga in un altro Stato, ovvero sia commesso in uno Stato, ma in esso sia implicato un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato, o, infine, sia commesso in uno Stato ma abbia effetti sostanziali in un altro Stato (art. 3). Per **gruppo criminale organizzato**, invece, la Convenzione indica un gruppo strutturato, esistente per un periodo di tempo, composto da tre o più persone che agiscono di concerto al fine di commettere uno o più fra i reati che la Convenzione espressamente nomina o definisce come gravi, purché commessi «al fine di ottenere, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o un altro vantaggio materiale» (art. 2, lett. a). Per «gruppo strutturato», si intende un «gruppo che non si è costituito fortuitamente per la commissione estemporanea di un reato e che non deve necessariamente prevedere ruoli formalmente definiti per i suoi membri, continuità nella composizione o una struttura articolata» (art. 2, lett. c).

La Convenzione, inoltre, introduce una serie di **misure**, tanto **di carattere sostanziale** (obblighi di incriminazione, anche con riferimento alla responsabilità degli enti; previsione di sanzioni proporzionate e regole di giurisdizione adeguate), quanto **di carattere processuale** (in particolare, misure di collaborazione internazionale e disposizioni “operativo-amministrative”, indagini comuni, disposizioni in materia di estradizione, trasferimento di persone condannate nonché mutua assistenza giudiziaria).

La Convenzione e i Protocolli annessi sono stati ratificati in Italia tramite la l. 16.3.2006, n. 146.

Pure l'**Unione Europea** ha rivestito (e riveste) un ruolo chiave nel contrasto al crimine organizzato, sia nel periodo anteriore alla predisposizione del testo della Convenzione di Palermo, sia in quello successivo. In particolare, quanto alla fase anteriore, merita segnalare l'apporto fornito dall'Azione Comune del 21 dicembre 1998, ove si è dato impulso alla ricerca di una maggior cooperazione e di un significato comune della nozione di organizzazione criminale. Mediante la Posizione Comune del 29 marzo 1999, l'Unione ha altresì anticipato gli sforzi di negoziazione tra i vari Stati, consentendo l'approvazione della Convenzione di Palermo in tempi rapidi.

Più di recente, si segnala l'approvazione della Decisione Quadro sulla lotta contro la criminalità organizzata ad opera del Consiglio nel 2008 (2008/841/JHA), del Programma di Stoccolma sull'Agenda dell'Unione in materia di giustizia, libertà e sicurezza per il periodo 2010-2014 (C 115 del 4.5.2010), nonché, soprattutto, la **Risoluzione del Parlamento europeo del 25 ottobre 2011 sulla criminalità organizzata nell'Unione Europea** (P7_TA(2011)0459), in cui

*Il contributo
dell'Unione
Europea*

*Risoluzione
del 25 ottobre
2011*

si delinea la presa di posizione più decisa, in ambito comunitario, sulla lotta al crimine organizzato nell'Unione.

In particolare, la Risoluzione si contraddistingue per l'esplicitazione di alcuni **obiettivi strategici**: il miglioramento del quadro legislativo complessivo dell'Unione, attraverso l'invito espresso agli Stati membri all'implementazione della cooperazione e del coordinamento, nonché al ravvicinamento delle rispettive legislazioni, con particolare riguardo all'elaborazione di prassi e di fattispecie penali comuni e omogenee, oltre alla tempestiva ratifica di tutti gli strumenti giuridici europei e internazionali connessi direttamente o indirettamente alla lotta contro la criminalità organizzata; il contrasto al profondo radicamento della criminalità organizzata di stampo mafioso nell'Unione; il migliore funzionamento delle strutture europee impegnate a vario titolo nel contrasto alla criminalità organizzata e nel rafforzamento delle relazioni con le altre istituzioni internazionali; lo sviluppo del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali; lo sviluppo della cooperazione giudiziaria e di polizia nell'Unione Europea e con i paesi terzi.

Inoltre, la Risoluzione formula espresse **richieste alla Commissione** in materia di contrasto alla criminalità organizzata, quali: (premessa l'inadeguatezza della legislazione dell'Unione in materia di crimine organizzato) la presentazione, entro la fine del 2013, di una proposta di direttiva che contenga una definizione di criminalità organizzata più concreta e che individui meglio le caratteristiche essenziali del fenomeno, in particolare focalizzando l'attenzione sulla nozione chiave di organizzazione e, altresì, tenendo conto delle nuove forme di criminalità organizzata; in relazione al reato di partecipazione a organizzazione criminale, nel dovuto rispetto delle «diversità e specificità» dei vari ordinamenti giuridici nazionali, la valutazione dell'abolizione dell'attuale doppio approccio (che criminalizza sia la partecipazione che la cospirazione) e l'identificazione di una serie di reati tipici per i quali, indipendentemente dalla pena massima prevista negli ordinamenti degli Stati membri, sia configurabile tale fattispecie penale; la disamina, con maggior rigore, della questione della criminalizzazione di qualsiasi forma di sostegno alle organizzazioni criminali; la presentazione, nel più breve tempo possibile, di una proposta di direttiva quadro sulla procedura di sequestro e di confisca dei proventi di reato.

Trattato
di Lisbona

La Risoluzione del 25 ottobre 2011 – nonostante la natura di documento *soft law* – rappresenta un'importante risposta a talune perplessità suscitate dall'approccio sull'armonizzazione penale comunitaria apportato dal **Trattato di Lisbona** (2007/C 306/01, Trattato che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea, sottoscritto il 13 dicembre 2007), che, nel riformulare il riparto di competenze tra Unione Europea e Stati membri, anche mediante l'abolizione dei previgenti "Pilastri", avrebbe, tra l'altro, reso particolarmente gravoso, sul piano procedurale, l'ampliamento delle sfere di competenza comunitaria in materia di contrasto alla criminalità organizzata (83(2) TFEU), vincolandolo a una decisione presa all'unanimità del Consiglio, previa approvazione del Parlamento Europeo (83(3) TFEU).

Cooperazione
giudiziaria in
materia penale

La disciplina della **cooperazione giudiziaria in materia penale**, nel cui ambito si colloca il nucleo fondante il contrasto alla criminalità organizzata, è attualmente contenuta nell'ambito del capo IV del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (82 ss. TFEU). Essa è fondata sul principio di riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e include il ravvici-

namento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri, anche nel settore della criminalità organizzata (82(1) TFEU).

A quest'ultimo proposito, si segnala il ruolo chiave, sempre in ambito europeo, attribuito alle **Agenzie Europol** (Ufficio di Polizia europea responsabile del coordinamento della lotta contro la criminalità organizzata, operativo dal 1999) ed **Eurojust** (Unità di cooperazione giudiziaria permanente, con l'obiettivo di rafforzare la lotta contro le forme gravi di criminalità, in particolare di criminalità organizzata, creata nel 2002), dotate di competenze strategiche rilevantissime, soprattutto per quanto attiene al coordinamento di indagini e procedimenti giudiziari fra gli Stati membri dell'Unione Europea, nell'azione contro le forme di criminalità organizzata transfrontaliera.

Agenzie

I. Interesse tutelato

Anche in considerazione della collocazione sistematica della fattispecie di associazione per delinquere nell'ambito dei reati contro l'ordine pubblico di cui al titolo V, libro II del codice penale, la dottrina e la giurisprudenza prevalenti ravvisano proprio nell'**ordine pubblico** il bene giuridico tutelato dalla disposizione, il quale viene messo in pericolo già per il solo fatto dell'esistenza di una stabile organizzazione diretta alla commissione di delitti e tale dunque da suscitare di per sé allarme nella popolazione (BARAZZETTA, 2015a, 1579; ANETRINI, 1988, 3; in giurisprudenza v., tra le altre, C. 15.1.1997, Ciampà, CP, 1998, 803; C. 8.7.1991, Mendella, CP, 1992, 3027; C. 24.3.1986, Graziano, GP, 1987, II, 452).

Tuttavia, poiché il concetto penalistico di «ordine pubblico» si caratterizza per essere «di per sé proteiforme e poco afferrabile» (FIANDACA-MUSCO, 2012, 473; si veda anche la *Introduzione* a questo volume), si è assistito ad un ampio dibattito in ordine all'interpretazione da dare a tale concetto, ricostruito ora in senso «ideale o normativo», ora in senso «materiale» (per un quadro delle varie concezioni di ordine pubblico con riferimento all'art. 416, v. CAVALIERE, 2007a, 227 ss.).

Nella prima accezione esso evoca un'entità ideale costituita dal complesso dei principi e delle istituzioni posti alla base dell'ordinamento e della sua sopravvivenza ed è, in sostanza, sinonimo di ordine legale costituito; trattasi peraltro di nozione non suscettiva di accertamento empirico e che si presta ad essere interpretativamente manipolata a servizio di interessi mutevoli e non sempre meritevoli di tutela (FIANDACA-MUSCO, 2012, 474 s.).

Ordine pubblico
"ideale"

Anche in giurisprudenza, la nozione di ordine pubblico con precipuo riguardo all'art. 416 è stata talora intesa in termini piuttosto lati, vicini ad una concezione ideale, quale «rispetto dei principi fondamentali su cui si fonda la convivenza civile e l'ordinato assetto della società» (T. Genova, 19.5.2000, Borgis e a., GI, 2001, 1023).

Ordine
pubblico
"materiale"

Secondo la nozione empirico-materiale, cui aderisce la prevalente dottrina, l'ordine pubblico si identifica con il buon assetto e il regolare andamento del vivere civile (MANZINI, 1983, 157 s.; INSOLERA, 1983, 168 ss.), cui corrispondono nella collettività l'opinione e il senso della tranquillità e della sicurezza (BARAZZETTA, 2015a, 1580; PALERMO FABRIS, 1980, 361; per una prospettiva che, muovendo dal concetto di ordine pubblico materiale, valorizza l'indole preventiva come carattere imprescindibile di questi delitti v. CADOPPI-VENEZIANI, 2016, 181 ss.).

Altre concezioni
dell'interesse
tutelato

Secondo diversa opinione, l'interesse tutelato, con specifico riguardo all'art. 416, consiste nell'**esclusività dell'istituzione statutale** che si identifica con l'ordinamento giuridico penale (PATALANO, 1971, 184 ss.; v. pure NEPPI MODONA, 1987, 107 ss.); si tratta peraltro di una concezione che, risolvendo l'ordine pubblico nell'integrità del sistema normativo nel suo complesso, esprime comunque una nozione di ordine pubblico ideale (sul punto, criticamente, CAVALIERE, 2007a, 236 ss.; DE VERO, 1988, 243 ss.).

Qualche autore, muovendo dall'idea della inidoneità anche del concetto di ordine pubblico materiale, a causa della sua indeterminatezza, a costituire legittimo bene giuridico alla stregua dei principi costituzionali, pone in evidenza l'**anticipazione della tutela dei beni oggetto di tutela dei delitti-scopo**, per cui i beni tutelati sarebbero, in realtà, quelli che possono essere offesi dai delitti-scopo dell'associazione (CAVALIERE, 2007a, 244 ss.; DE VERO, 1998, 392; VIGANÒ, 2005, 286, n. 13).

Altra concezione, infine, ponendo l'accento più sulla configurazione strutturale dell'associazione che sulla natura dell'oggetto giuridico tutelato, giunge ad affermare che la fattispecie associativa «non può tecnicamente configurarsi né come un'attività preparatoria incriminabile in ragione dell'esistenza di un pericolo per gli interessi tutelati dalle norme sui delitti-scopo, né come un fatto lesivo di un bene giuridico del tutto autonomo, come l'ordine pubblico», bensì tende a "cumulare" taluni aspetti propri di ciascuno di questi profili di qualificazione, senza però risolversi integralmente in nessuno di essi (DE FRANCESCO, 1995, 22 ss., secondo il quale l'associazione, se munita di un apparato organizzativo stabile, è dotata in sé di una dimensione autonoma sul piano del disvalore offensivo).

Reato
di pericolo
o di danno?

Il dibattito sull'oggettività giuridica del reato di associazione per delinquere si riflette in quello relativo alla sua natura di reato di pericolo o di danno.

Ed invero, coloro che affermano che l'interesse tutelato sia l'esclusività dell'ordinamento statutale, ritengono che l'art. 416 sia reato di danno, per cui l'ordine pubblico verrebbe leso «nel momento stesso in cui l'istituzione in cui si sostanzia l'ordinamento giuridico-penale si trova di fronte un'altra istituzione che la nega e la contraddice» (PATALANO, 1971, 174 ss.).

La dottrina che propende per la concezione secondo cui l'art. 416 tutelerebbe l'ordine pubblico in senso materiale, generalmente qualifica l'associazione per delinquere come **reato di pericolo** concreto (FIANDACA-MUSCO, 2012, 475 s., 490; ANETRINI, 1988, 2) o presunto (TONA, 2008, 1065; sul punto v. pure INGROIA, 1993, 36 ss.). Propende per l'inclusione nella categoria

dei reati di pericolo anche la prevalente giurisprudenza (C. 9.10.2014, n. 4294, RP, 2015, 3, 244; C. 2.12.1991, Moia, CP, 1993, 932; C. 11.10.1991, Niccolai, CP, 1994, 296; C. 20.6.1985, Cavolini, GP, 1986, II, 552).

Coloro che muovono dalla tesi secondo cui i beni tutelati dall'art. 416 sono quelli offesi dai delitti-scopo, ritengono si tratti di un'ipotesi di anticipazione differenziata di tutela, prevista autonomamente, in cui il pericolo derivante dall'associazione non si esaurisce interamente nel danno ma risulta «diffuso», in quanto riferito ad una pluralità di delitti (DE VERO, 1988, 238 s). In tale prospettiva si è precisato che l'art. 416, più che nella categoria dei reati di pericolo, andrebbe ricondotto a quella dei c.d. reati a consumazione anticipata, poiché considera come reati consumati condotte meramente preparatorie dirette ad un fine criminoso, indipendentemente dal raggiungimento del fine, per tutelare i beni che sarebbero offesi qualora il fine venisse raggiunto (CAVALIERE, 2007a, 261).

Non è mancato, infine, chi ha qualificato il reato come di danno rispetto all'ordine pubblico e di pericolo rispetto ai beni offesi dai singoli delitti-scopo (MANZINI, 1983, 193; in giurisprudenza v. C. 11.12.1992, Beni, CP, 1994, 573).

II. Soggetti attivi

L'associazione per delinquere è un **reato comune**, che può essere commesso da chiunque (FIANDACA-MUSCO, 2012, 487).

Ai fini della configurabilità del delitto in esame è necessario che l'associazione sia costituita da tre o più persone; rispetto all'art. 248 del codice Zanardelli (che prevedeva un numero minimo di cinque persone), il legislatore del '30 ha così esteso la punibilità (sul punto v. criticamente CAVALIERE, 2007a, 251). Si tratta pertanto di un **reato plurisoggettivo o a concorso necessario** (CAVALIERE, 2007a, 251; PELISSERO, 2010c, 250; GARGANI, 2014a, 2455; si parla anche, in dottrina, di delitto collettivo: v. MANZINI, 1983, 192).

In giurisprudenza si è precisato che il numero minimo può essere raggiunto anche per **successiva adesione di altri** ad un vincolo originario tra due sole persone, con la conseguenza che il delitto è configurabile soltanto dal momento in cui il vincolo si è esteso al numero minimo di correi (C. 4.5.1987, Lombardi, CP, 1988, 1847; C. 18.12.1970, Amoroso, GP, 1972, II, 305).

*Numero
minimo
di partecipanti*

In base a questo principio, la S.C. ha ritenuto sussistente il reato in un caso in cui la struttura associativa si era formata attraverso la cooptazione, da parte di un assessore regionale alla sanità e del suo più stretto collaboratore, di una serie di soggetti che, nominati in posti strategici dell'organizzazione sanitaria, provvedevano a loro volta a nominare funzionari e primari con l'obiettivo finale di controllare illegittimamente appalti e forniture delle ASL regionali (C. 16.12.2011, n. 9117, CED Cassazione, 2011).

Il numero minimo degli associati previsto per legge deve essere **valutato in senso oggettivo, ossia come componente umana effettiva**, e non con riferimento