

REATI DI OPINIONE, OFFENSIVITÀ E PROBLEMI PROBATORI *

Francesco Schiaffo **

SOMMARIO: 1. - La criminalizzazione della parola e i principi costituzionali: i termini di un ossimoro; 2. - I reati di opinione e il ruolo dell'art.21 Cost.; 2.1. - La giurisprudenza repubblicana e la *longue durée* di una ideologia autoritaria; 2.2. - I margini di una legittima incriminazione: la condotta incriminata tra opinione ed azione; 3. - Il problema: la causalità psichica; 3.1. - La causalità psichica e il paradigma condizionalistico: il concorso di persone; 3.2. - La causalità psichica come giudizio prognostico: l'istigazione come fattispecie autonoma; 4. - Le riforme realizzate: l'idoneità offensiva delle fattispecie nella giurisprudenza e nella legge n.86/2006; 5. - La prioritaria definizione del bene giuridico: la mera istigazione tra fattispecie autonome di reato e tentativo di concorso di persone; 6. - Una nuova «linea di demarcazione»: la criminalizzazione della parola tra *probatio diabolica* ed ineffettività.

1. - La criminalizzazione della parola e i principi costituzionali: i termini di un ossimoro.

Se si resiste ben saldi al cospetto di una storia - troppo spesso anche tragica! - che oggi ritroviamo 'precipitata' nei principi costituzionali del diritto penale, materialità ed offensività innanzitutto - e poi, ovviamente, anche legalità - rischiano inevitabilmente di trasformare in un ossimoro l'idea di criminalizzare la parola.

Infatti, il diritto penale definito nella Costituzione repubblicana non può non essere figlio del «secolo della fattualità del diritto», secondo la splendida definizione che, in un contesto molto più ampio, ne ha dato Paolo Grossi¹.

Certo, le sue considerazioni sono riferite essenzialmente alla disposizione dell'art.3 co.2 Cost. che attribuisce alla «Repubblica» il «compito» di «rimuovere» – e, quindi, innanzitutto di ricercare e valutare! - «gli ostacoli di ordine economico e sociale» che «di fatto» limitano «libertà» e «uguaglianza».

Ma è ben noto sin dal 1973 - ed è impresso ormai nel DNA del penalista - l'insegnamento di Bricola che sottolineava il riferimento al «fatto» che, dopo la disposizione di cui all'art.3 co.2, ritorna anche all'art.25 co.2 della Costituzione repubblicana².

In questo caso, si tratta non di un generale orientamento di politica del diritto, ma di un riferimento evidentemente funzionale alla certezza del diritto penale e, quindi, alle ragioni sostanziali dello stesso principio di legalità affermato all'art.25 co.2 Cost.: coerentemente, nella interpretazione di Bricola, la stessa disposizione diventa anche la costituzionalizzazione del principio di materialità.

Se questo è il cielo sotto cui si muove il legislatore che potrebbe scegliere di criminalizzare parole, il terreno su cui cammina è definito dalla disciplina processuale della prova: servono «fatti» per condannare e in tre diversi commi lo ripete per tre volte la disposizione che apre il libro III del codice di procedura penale e che, della prova, definisce innanzitutto l'oggetto (art.187 c.p.p.).

I divieti stabiliti nella disposizione sull'oggetto della perizia di cui all'art.220 co.2 c.p.p. ne sono solo una ulteriore ma importante specificazione.

* Testo riveduto e ampliato della relazione tenuta al Congresso annuale dell'Associazione Internazionale di Diritto Penale – Gruppo Italiano su “Nuove tecnologie e giustizia penale. Problemi aperti e future sfide”, Università degli studi di Teramo, 22-23 marzo 2019.

** Professore ordinario di diritto penale presso l'Università degli studi di Salerno.

¹ Sul dibattito che, nell'ambito dell'Assemblea costituente, ha determinato i riferimenti a fattualità ed effettività di cui all'art.3 co.2 Cost. cfr., da ultimo, GROSSI, *La Costituzione italiana quale espressione di un tempo giuridico post-moderno* (2013), in ID., *L'invenzione del diritto*, Bari 2017, 60 ss., 68 ss., secondo cui «il secolo che riscopre la *fattualità* del diritto ha nelle sessioni della Prima Sottocommissione (ma si può tranquillamente estendere a conclusione alla intera Assemblea) dei riscontri puntualissimi» (69, il corsivo è dell'A.).

² BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nss. D. I.*, XIX, Torino 1973, 7 ss., 82 s.

Innanzitutto con questo contesto normativo deve necessariamente confrontarsi la eventuale scelta legislativa di criminalizzare parole.

2. - I reati di opinione e il ruolo dell'art.21 Cost.

Il contrasto tra la scelta di criminalizzare parole e il diritto alla libera manifestazione del pensiero di cui all'art.21 Cost. appare, invece, solo secondario rispetto al contrasto con la rilevanza costituzionale dei principi fondamentali del diritto penale che trovano importanti corollari nella disciplina del codice di procedura penale.

In particolare, esso appare radicato nelle specifiche modalità delle condotte incriminate che, in modo evidente e in via immediata, pongono un problema di compatibilità con l'esercizio del diritto alla libera manifestazione del pensiero: sono probabilmente queste le ragioni per cui soprattutto in riferimento all'art.21 Cost. si è sviluppato, in Italia, il dibattito sulla legittimità dei reati di opinione³.

Essi rappresentano una delle due forme fondamentali che può assumere la criminalizzazione della parola nella legislazione penale. L'altra concerne la tutela di beni individuali (innanzitutto onore e reputazione) e, in ragione della peculiarità del bene giuridico protetto, implica soluzioni incriminatrici assolutamente particolari sia per la struttura della fattispecie che per i criteri che ne determinano la legittimità; ad essa dovrebbero essere dedicate considerazioni altrettanto particolari che è preferibile tralasciare in questa sede.

I reati di opinione, invece, sono posti a tutela di beni superindividuali che, già nella semplice organizzazione del codice Rocco, appaiono evidentemente oggetto di considerazione prioritaria e, comunque, privilegiata. Non sorprendono, pertanto, l'anticipazione della relativa tutela penale fino alle soglie della libera manifestazione del pensiero e il dato secondo cui, anche dopo l'avvento della Costituzione, il relativo diritto sia rimasto a lungo sacrificato anche nella giurisprudenza repubblicana.

È evidente che si tratta, peraltro, dei fondamentali modelli socioculturali elaborati dagli storiografi della *longue durée*⁴ e ben noti all'esperienza pressoché quotidiana del giurista.

2.1. - La giurisprudenza repubblicana e la *longue durée* di una ideologia autoritaria.

Sono notorie le relative argomentazioni giuridiche: dalla classica inversione metodologica - proposta da chi aveva sostenuto che «il diritto di manifestare il proprio pensiero non può significare diritto di assumere comportamenti penalmente repressi»⁵ e condivisa dalla giurisprudenza che, in modo esemplare, aveva affermato che la norma di cui all'art.21 Cost. «non può intendersi rivolta alla sovversione del sistema delle leggi vigenti»⁶ - alla teoria dei «limiti impliciti» o «logici» alla libertà di manifestazione del pensiero - proposta da chi ha ritenuto di riferirla soltanto alle manifestazioni di pensiero esclusivamente orientate a sollecitare nei destinatari uguali attività di mero pensiero e di escluderne, invece, quelle che siano, al tempo stesso, sollecitazioni all'azione e eccitamento di stati emotivi⁷ -, fino alla definizione di poche materie privilegiate - individuate essenzialmente in quelle di cui agli artt.19 e 33 Cost., per le quali la tutela costituzionale della libera manifestazione del pensiero incontrerebbe i soli limiti logici e non anche quelli dell'ordine pubblico e del buon costume

³ Per tutti C. FIORE, *Libertà di espressione politica e reati di opinione*, in *Pol. dir.* 1970, 486 ss.; ID., *Libera manifestazione del pensiero e apologia di reato*, in *Arch. pen.* 1971, 15 ss.; ID., *I reati di opinione*, Padova 1972, *passim*; ID., *Libertà di manifestazione del pensiero e reati di istigazione*, in *Giur. merito* 1974, 6 ss.

⁴ Per tutti, resta efficacemente rappresentativo dell'indirizzo storiografico il fondamentale testo di BRAUDEL, *Historie et Sciences sociales. La longue durée*, in *Annales. Économies, Sociétés, Civilisation* 1958, 725 ss., 727 dove sono chiaramente definite le ragioni di «una storiografia di lunga, addirittura di lunghissima durata».

⁵ ABBAMONTE, *Libertà e convivenza*, Napoli 1954, 130.

⁶ Cass., sez. un., 15 aprile 1950, in *Giust. pen.* 1950, II, 497 ss.: cfr. C. FIORE, *I reati*, cit., 84.

⁷ In tal senso FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano 1957, 113 ss. *Contra* cfr. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enc. Dir.*, XXIV, Milano 1974, 424 ss., 472.

implicitamente o esplicitamente posti, invece, all'art.21 Cost. ed affidati alle definizioni della legislazione ordinaria⁸.

Evidentemente l'esito di tali posizioni è la riduzione del contenuto normativo dell'art.21 Cost. all'affermazione di una «libertà minacciata dalle pene» e, quindi, alla posizione di una garanzia solo «apparente». Il postulato, invece, è l'assunzione di un rinvio tacito dell'art.21 co.1 Cost. alla legge ordinaria la cui assenza nel tenore esplicito della disposizione, invece, «non deriva da incompletezza della formula, ma dalla necessità e dalla natura intrinseca del diritto proclamato, intimamente diverso da quelli garantiti con rinvio alla legge per regolamentazione o delimitazione»⁹.

Quasi a ripetere i noti assunti sociologici relativi ad una funzione positiva (promozionale) della devianza¹⁰, l'affermazione del diritto alla libera manifestazione di un pensiero non allineato diventa, infatti, «garanzia di partecipazione» del tutto conforme al fondamentale principio di cui all'art.2 Cost., strumento di «espansione sociale» e di sviluppo non soltanto della personalità, ma anche della stessa comunità¹¹ e quindi, «pietra angolare dell'ordine democratico»¹².

Si tratta, quindi, di una libertà che ha una duplice natura: non soltanto negativa, ma anche positiva, in quanto funzionale allo sviluppo della personalità, garantito anche attraverso la realizzazione delle condizioni «perché l'uomo possa unirsi all'altro uomo nel pensiero e col pensiero ed eventualmente insieme operare»¹³, convincendolo, quindi, «non solo a *pensarla* in un modo, ma anche a *comportarsi* coerentemente»¹⁴.

2.2. - I margini di una legittima incriminazione: la condotta incriminata tra opinione ed azione.

Secondo l'insegnamento di Paolo Barile, per legittimare la criminalizzazione della parola in funzione di tutela di beni superindividuali e renderla conforme, in particolare, alla affermazione del diritto alla libera manifestazione del pensiero, pertanto, restano «(forse)»¹⁵ solo i limiti «consustanziali»¹⁶ alla libertà garantita dall'art.21 Cost.: non sarebbe riconducibile alla disposizione costituzionale, infatti, la condotta dettagliatamente descritta dalla fattispecie incriminatrice secondo modalità che ne compromettono la natura di mera espressione, sia pur tendenzialmente operativa, di pensiero¹⁷.

In questa prospettiva diventa esemplare la rilevanza penale delle condotte di istigazione che è stata ritenuta legittima proprio perché esse prospettano concrete azioni da compiere. Si è ritenuto, infatti, che l'istigazione non è espressione di mero pensiero, ma di intendimento pratico, di intenzioni e di volontà, comprende quindi un'azione fino a diventare essa stessa «quasi un'azione»¹⁸.

⁸ Cfr. FOIS, *Principi*, cit., 45 ss., 77 ss., 97 ss., 118 ss.; contra, sottolineano l'assenza nell'art.21 Cost. di qualsiasi rinvio alla legislazione ordinaria C. FIORE, *Cronaca giornalistica e delitti contro l'onore*, Napoli 1967, 13 ss.; CRISAFULLI, *In tema di limiti alla cronaca giudiziaria*, in *Giur. cost.* 1965, 244 ss., 245; ZUCCALA, *Personalità dello Stato, ordine pubblico e tutela della libertà di pensiero*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1966, 1157 ss.

⁹ ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano 1958, 17 ss.

¹⁰ DURKHEIM, *Le regole del metodo sociologico* (1895), Torino 2001, 72 ss.

¹¹ ESPOSITO, *La libertà*, cit., 3 ss.; BARILE, *Libertà*, cit., 428; ID., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna 1984, 229 ss.

¹² In tal senso Corte costituzionale, sentenza 17 aprile 1969 n.84, in *Giur. cost.* 1969, 1175 ss., con nota di CERRI, *Libertà di manifestazione del pensiero, propaganda, istigazione ad agire*, 1178 ss.

¹³ ESPOSITO, *La libertà*, cit., 3 ss., 9.

¹⁴ BARILE, *Diritti*, cit., 229 (il corsivo è dell'A.).

¹⁵ In riferimento alla natura dell'istigazione che, diversa da quella della propaganda e della apologia, ne determinerebbe la legittimità della rilevanza penale, in tal senso BARILE, *Libertà*, cit., 472.

¹⁶ BARILE, *Libertà*, cit., 459.

¹⁷ ESPOSITO, *La libertà*, cit., 51; BARILE, *Libertà*, cit., 457.

¹⁸ BARILE, *Diritti dell'uomo*, cit., 267.

In particolare, assume un ruolo evidentemente decisivo, sotto questo profilo, la necessità di una condotta «concretamente idonea a provocare la commissione» dei delitti evocati dall'istigatore¹⁹ che, pertanto, rappresenta l'autentica «linea di demarcazione fra la libertà di manifestazione del pensiero e i delitti di istigazione e di apologia»²⁰.

Ma, nel momento in cui si è affermato, in modo esemplare, che l'«idoneità della condotta a determinare l'esecuzione dei delitti deve essere intesa nel senso che deve sussistere la capacità di provocare l'immediata commissione di azioni delittuose o la probabilità che queste vengano realizzate in un futuro più o meno prossimo»²¹, ci si ritrova evidentemente sull'orlo dell'«abisso che solo la fantasia può misurare, tra un dire nostro e un fare altrui»²².

3. - Il problema: la causalità psichica.

La citazione di Pedrazzi sintetizza e rappresenta efficacemente il problema della causalità psichica che, in quanto nesso tra i dati attuali di una sollecitazione motivazionale realmente seguita dalla commissione del reato, presenta comunque inevitabili margini di incertezza che sono stati recepiti anche nei termini espliciti di una impossibile verifica empirica²³.

3.1. - La causalità psichica e il paradigma condizionalistico: il concorso di persone.

La prospettiva è, evidentemente, innanzitutto quella del concorso di persone.

Puntualmente e dettagliatamente definite e poi verificate le insormontabili difficoltà di accertamento della causalità psichica, «in una prospettiva di riforma» sono state prospettate «soluzioni differenziate rispetto al dogma causale declinato secondo il modello della *condicio sine qua non*, privilegiando la scelta di criteri di imputazione che, in via di “eccezione”, prescindano dal paradigma etiologico-condizionalistico, mediante *tipizzazione* di condotte “istigatorie”»²⁴.

Si tratterebbe, dunque, di rivedere la fondamentale opzione della tipizzazione (tendenzialmente) unitaria del concorso di persone, nel cui ambito, tuttavia, «resterà comunque imprescindibile il riferimento a un effetto psichico incidente sulla risoluzione dell'autore a comportarsi in maniera illecita»²⁵.

3.2. - La causalità psichica come giudizio prognostico: l'istigazione come fattispecie autonoma.

Il paradigma etiologico-condizionalistico, invece, non sarebbe più un inevitabile vincolo dell'accertamento giudiziale se la «tipizzazione di condotte “istigatorie”» si risolvesse nella creazione di autonome fattispecie di parte speciale.

¹⁹ Cass., sez.I, 5 luglio 1979, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1982, 735 ss.

²⁰ Così Cass., sez.I, 22 novembre 1997, in *Riv. pen.* 1998, 42 ss.

²¹ Cass., sez.I, 23 gennaio 1979, in *Cass. pen. Mass. Ann.* 1981, 770 ss.

²² Sono le efficaci parole di PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo 1952, 25.

²³ In tal senso, per tutti, cfr. SAMSON, *Hypotetische Kausalverläufe im Strafrecht*, Frankfurt am Main 1972, 181 ss., 189 ss.. Sul punto v. anche PUPPE, *Der objektive Tatbestand der Anstiftung*, in *GA* 1984, 101 ss., 107; KORIATH, *Kausalität, Bedingungstheorie und psychische Kausalität*, Göttingen 1988, 141 ss., 196 ss.. In riferimento alla istigazione come forma di contributo morale nel concorso di persone ritiene che «anche se, in via di principio, si ritiene possibile la causalità psichica, qui la prova della causalità è solitamente difficile e quindi la punibilità della cooperazione psichica discussa»; ma, tra una giurisprudenza che finisce per prescindere dal relativo accertamento e una parte della dottrina che nega del tutto il contributo psichico, «la giusta soluzione è su una linea intermedia, che in via di principio ritiene possibile un contributo attraverso un mero influsso sulla decisione dell'autore, ma che anche qui insiste sulla necessità di una causalità del contributo e giunge così in questo ambito ad una restrizione della punibilità» ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, München 2003, 198.

²⁴ CASTRONUOVO, *Fatti psichici e concorso di persone. Il problema dell'interazione psichica*, in AA.VV., *La prova dei fatti psichici*, a cura di G. DE FRANCESCO – C. PIEMONTESE – E. VENAFAO, Torino 2010, 185 ss., 196 (il corsivo è dell'A.).

²⁵ CASTRONUOVO, *Fatti*, cit., 197.

In modo evidente ed esemplare è il caso dell'art.414 co.1 c.p. che, incriminando la condotta «per il solo fatto della istigazione», si colloca esattamente su quella «linea di demarcazione» fra la libera manifestazione del pensiero e la legittima rilevanza penale della condotta.

Per la condanna di chi realizza la condotta di cui all'art.414 co.1 c.p. non è necessaria la realizzazione del reato evocato che pertanto, anche se realizzato, ai fini dell'applicazione della fattispecie resterebbe giuridicamente inesistente e potrebbe avere, tutt'al più, solo una efficacia ulteriormente probatoria di una causalità che comunque va accertata secondo criteri rigorosamente ed esclusivamente prognostici.

Nel caso dell'art.414 co.1 c.p., peraltro, il ricorso ad altri criteri per la valutazione dell'efficacia causale della condotta potrebbe risolversi, in sede processuale, nel ruolo decisivo di mezzi di prova poco affidabili in una vicenda presumibilmente esposta ad un alto rischio di strumentalizzazioni politiche e/o emergenziali²⁶: per esempio, replicando distorsioni analoghe a quelle ben note delle collaborazioni di giustizia, contro l'imputato potrebbero diventare decisivi i testimoni che affermano l'efficacia persuasiva dell'istigazione confessando, magari, anche la conseguente realizzazione di atti preparatori comunque insufficienti alla configurazione di un tentativo.

Evidentemente anche per queste ragioni, dunque, è opportuno che la causalità psichica nella istigazione e negli altri reati di opinione sia accertata secondo criteri che devono essere prognostici, essenzialmente riconducibili a quelli per la valutazione della idoneità degli atti nel tentativo.

4. - Le riforme realizzate: l'idoneità offensiva delle fattispecie nella giurisprudenza e nella legge n.86/2006.

D'altra parte, un riferimento esplicito e decisivo alla idoneità emerge evidente anche negli orientamenti di riforma dei reati di opinione.

Soprattutto in tal senso si era pronunciata, come è noto, la Corte costituzionale nella sentenza n.65 del 1970 con cui aveva dichiarato la legittimità costituzionale della fattispecie di apologia di cui all'art.414 co.3 c.p. rielaborandone struttura e funzioni nelle forme di una «istigazione indiretta», ovvero di «comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti»²⁷.

Ad essa si era adeguata ben presto innanzitutto la giurisprudenza di merito sull'art.414 co.1 e 3 c.p.²⁸ e poi anche la Corte di cassazione che, con riferimento specifico all'apologia, avrebbe ben presto affermato la necessità di una condotta «concretamente idonea a provocare la commissione» dei delitti evocati dall'apologeta²⁹.

Non sorprende, dunque, che, per quanto possa essere stata discutibile l'occasione della riforma, quando finalmente si è proceduto ad una rivisitazione più organica dei reati di opinione con la legge n.86/2006, laddove non è stata ritenuta opportuna l'abrogazione delle fattispecie - come è accaduto,

²⁶ Per una valutazione critica dell'efficacia probatoria delle collaborazioni di giustizia restano esemplari le limpide considerazioni di MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale* (1995), II ed., Napoli 1997, 171 ss.

²⁷ Corte costituzionale, 4 maggio 1970 n.65, in *Giur. cost.* 1970, 955 ss., 959. La configurazione dell'apologia come istigazione indiretta, deducibile già dai lavori preparatori del codice Rocco (cfr. *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol.V, *Progetto definitivo di un nuovo codice penale con la relazione del guardasigilli on. Alfredo Rocco*, parte II, *Relazione sui Libri I e II*, Roma 1929, 44), risultava già ampiamente sostenuta in dottrina contro il diverso orientamento della giurisprudenza che prescindeva dal requisito dell'idoneità a provocare altri alla commissione di delitti: sul punto, con ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, cfr. FORTI, *Art.414*, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di A. CRESPI - F. STELLA - G. ZUCCALÀ, Padova 1999, 1034 ss., 1039 ss.; sugli orientamenti giurisprudenziali precedenti alla sentenza della Corte costituzionale cfr. C. FIORE, *I reati*, cit., 47 ss.

²⁸ Afferma la necessità non solo di superare, nell'interpretazione della norma di cui all'art.414 c.p., la categoria del pericolo presunto anche in ragione della «capacità critica del cittadino medio rispetto» alle dichiarazioni che esortano alla commissione di reati Tribunale di Roma 5 ottobre 1975, in *Foro it.* 1976, II, 66 ss.; la necessità di un pericolo concreto è affermata, più o meno esplicitamente, anche in Tribunale di Milano 18 marzo 1975, in *Giur. merito* 1976, II, 108 ss.; Tribunale di Pisa 10 ottobre 1975, in *Foro it.* 1976, II, 65 s.

²⁹ Cass., sez.I, 5 luglio 1979, cit., 735 ss.

invece, per gli artt.269, 272, 292-bis, 293 e 406 c.p. -, le soluzioni adottate sono state non solo la revisione delle comminatorie edittali, ma anche l'introduzione di ulteriori elementi nella struttura delle fattispecie che fossero utili a concretizzarne l'offensività: in tal senso è stato previsto, per esempio, il carattere necessariamente violento degli atti compiuti (artt.241, 283 e 289 c.p.), ma soprattutto, in evidente conformità con l'orientamento indicato dalla sentenza n.65/1970 della Corte costituzionale, la esplicita idoneità offensiva della condotta realizzata (artt.241, 270 e 283 c.p.).

5. - La prioritaria definizione del bene giuridico: la mera istigazione tra fattispecie autonome di reato e tentativo di concorso di persone.

In questa prospettiva, però, assume un ruolo evidentemente prioritario e decisivo la definizione del bene giuridico che dovrebbe aver offeso la condotta incriminata e, quindi, dell'evento realizzato o almeno perseguito dal suo autore.

Ad indicarlo ancora, per esempio, nell'ordine pubblico ideale - come a lungo è stato ritenuto per le fattispecie di istigazione di cui agli artt.414 e 415 c.p.³⁰ -, risulterebbe irrimediabilmente compromessa la possibilità di ricondurre le incriminazioni legislative nell'ambito della legittimità costituzionale attraverso il riferimento alla concreta idoneità offensiva delle condotte.

In passato, un orientamento completamente diverso è stato proposto, invece, da chi, proprio in ragione della «insufficienza di una [...] vaga offesa all'ordine pubblico a fungere da termine di riferimento di qualsiasi giudizio di idoneità» della condotta³¹, ha assolutizzato il riferimento alla realizzazione dell'illecito evocato dall'istigatore e, per quanto concerne specificamente la disposizione di cui all'art.414 c.p., ha espressamente rappresentato «la possibilità di configurare non tanto un tentativo del reato istigato, quanto *un tentativo di concorso nel reato istigato*»³².

Nel 1996, in senso apparentemente analogo Ettore Gallo proponeva e poi precisava, anche con espliciti riferimenti alla giurisprudenza di merito e persino costituzionale, che «la fattispecie di istigazione non tutela alcun bene giuridico autonomo, come si era ritenuto in passato, ma appresta piuttosto un'anticipata protezione a quegli stessi beni cui si rivolgono i delitti oggetto dell'istigazione»³³.

Chiaramente, però, nello stesso contributo egli affermava, poi, che «l'istigazione non è il delitto istigato» e che «il contenuto della sua idoneità non può essere lo stesso di quello del delitto istigato, altrimenti sarebbe un atto di quello stesso delitto»³⁴.

La rigorosa coerenza sistematica del codice Rocco appare, sotto questo profilo, di esemplare ed estrema utilità.

Per l'autonoma incriminazione della istigazione, infatti, il legislatore del 1930 aveva utilizzato due modelli chiaramente diversi ed alternativi che corrispondevano, peraltro, agli stessi modelli che per l'incriminazione di condotte analoghe, si erano definiti nelle codificazioni preunitarie³⁵: la mera istigazione pubblica era punita, per esempio, all'art.303 (abrogato con la legge n.205/1999) e all'art.414 c.p.; la mera istigazione privata, invece è tuttora punita all'art.302 c.p. e può determinare l'applicazione di una misura di sicurezza ai sensi dell'art.115 co.3 e 4 c.p.

In particolare appaiono estremamente significative nel sistema originario del codice Rocco le clausole di coordinamento delle relative fattispecie incriminatrici con le altre eventualmente applicabili.

³⁰ Il riferimento all'ordine pubblico ideale è stato ribadito ed è rimasto costante anche nella giurisprudenza repubblicana fino agli anni Settanta: sul punto sia consentito il rinvio a SCHIAFFO, *Istigazione e ordine pubblico. Tecnicismo giuridico ed elaborazione teleologica nell'interpretazione delle fattispecie*, Napoli 2004, 120 ss.

³¹ PALMIERI, *Osservazioni in tema di istigazione a delinquere*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1968, 996 ss., 1015.

³² PALMIERI, *Osservazioni*, cit., 1031 (il corsivo è dell'A.).

³³ E. GALLO, *Il principio di idoneità nel delitto di pubblica istigazione. A proposito di "Secessione" e di "Padania"*, in *Diritto penale e processo* 1996, 1514 ss.

³⁴ E. GALLO, *Il principio*, cit., 1515.

³⁵ Sul punto cfr. SCHIAFFO, *Istigazione*, cit., 43 ss.

Infatti, l'istigazione pubblica era ed è punita «per il solo fatto della istigazione» (art.303 prima dell'abrogazione e art.414 c.p.); quella privata, invece, è punita o può assumere comunque rilevanza penale solo se «l'istigazione non è stata accolta ovvero se l'istigazione è stata accolta ma il delitto non è stato commesso» (art.302 c.p.) e, nei casi di cui all'art.115 c.p., solo «se l'istigazione è stata accolta ma il reato non è stato commesso» (art.115 co.3) e solo «qualora l'istigazione non sia stata accolta e si sia trattato di istigazione ad un delitto (art.115 co.4).

Nel primo caso l'eventuale realizzazione del reato evocato dall'istigatore, ricorrendone i presupposti definiti agli artt.110 ss. c.p., realizza un'ipotesi di concorso di reati; nel secondo caso, invece, si tratterebbe di un evidente concorso apparente di norme.

Solo in quest'ultimo caso, dunque, le condotte incriminate sarebbero offensive dello stesso bene giuridico.

6. - Una nuova «linea di demarcazione»: la criminalizzazione della parola tra *probatio diabolica* ed ineffettività.

La rigorosa corrispondenza tra le modalità ambientali della mera istigazione e le clausole di coordinamento adottate che caratterizzava la originaria sistematica del codice Rocco appare, oggi, stravolta al co.4 che è stato aggiunto all'art.414 c.p. – per poi essere ulteriormente integrato - con la legge n.155/2005 di conversione del d.l. n.144/2005: pur riferendosi alla istigazione (comunque pubblica!) di cui ai commi precedenti, la nuova disposizione di apre infatti con una clausola di coordinamento con la fattispecie di istigazione privata di cui all'art.302 c.p.

Non ne risulta compromesso, tuttavia, l'evidente riferimento delle disposizioni di cui ai commi precedenti ad una oggettività giuridica del tutto autonoma da quella che potrebbero offendere le condotte evocate dall'istigatore.

Testualmente Ettore Gallo: «Idoneità sì – dicevamo – ma non alla perpetrazione del delitto istigato, bensì a far sorgere nella mente del pubblico che ascolta [...] l'idea e il proposito di compiere il delitto, così determinandone in sostanza l'*accoglimento*»³⁶.

L'*«accoglimento»* della istigazione, dunque, segnerebbe evidentemente una nuova «linea di demarcazione fra la libertà di manifestazione del pensiero e i delitti di istigazione e di apologia» in quanto in esse si risolverebbe la prova della idoneità «a far sorgere nella mente del pubblico che ascolta (...) l'idea e il proposito di compiere il delitto».

L'esito della interpretazione proposta non può che apparire auspicabile e sarebbe comunque assolutamente necessario per recuperare alla legittimità costituzionale una fattispecie che è stata evidentemente concepita per incriminare una libera manifestazione di pensiero.

Diversamente la valutazione della idoneità della condotta finirebbe, inevitabilmente, nell'«abisso che solo la fantasia può misurare» della *probatio diabolica* della causalità psichica (e prognostica!).

In tal caso, seppur lontana, risuonerebbe ancora chiara l'eco dell'insegnamento di Feuerbach³⁷ e sarebbe forte e nitida, invece, quella della storica sentenza n.96/1981 della Corte costituzionale che, notoriamente, a quell'insegnamento si rifaceva e affermava che «sarebbe assurdo ritenere che possano considerarsi determinate in coerenza al principio della tassatività della legge, norme che sebbene concettualmente intelligibili, [...] puniscano fatti [...] non razionalmente accertabili»³⁸.

L'accertamento di una causalità psichica e prognostica, infatti, non sarebbe agevole sotto il profilo razionale e sarebbe, invece, sicuramente discutibile sotto il profilo giuridico.

Una perizia che attesti *deficit* di assertività ovvero di personalità e carattere dei destinatari della sollecitazione motivazionale avrebbe, infatti, oggetto ed implicazioni processuali ben diverse da

³⁶ E. GALLO, *Il principio*, cit., 1516 (il corsivo è dell'A.)

³⁷ FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, II, Chemnitz 1800, r.a. Aalen 1973, 12-13; sul punto, per tutti, cfr. MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta'. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli 2001, 14 s.

³⁸ Corte costituzionale, sentenza 8 giugno 1981 n.96, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1981, 1147 ss.

quelle degli «accertamenti» ammessi ai sensi dell'art.196 co.2 c.p.p. per valutare la capacità del testimone. Peraltro, ridondando *in malam partem*, condividerebbe evidentemente la *ratio* del divieto di perizia su «personalità e carattere dell'imputato» e, «in genere» (!) su «qualità psichiche indipendenti da cause patologiche» di cui all'art.220 co.2 c.p.p.³⁹.

Sarebbe agevolmente accertabile, invece, l'«accoglimento» in cui, secondo le indicazioni di Ettore Gallo, si risolverebbe l'accertamento della idoneità psichica e che, tuttavia, tornerebbe ad esporre l'effettiva applicazione della fattispecie a distorsioni analoghe a quelle, prima evidenziate e ben note, delle collaborazioni di giustizia.

Se però, secondo le indicazioni dello stesso Gallo, la fattispecie di pubblica istigazione di cui all'art.414 c.p., al pari di quella ormai abrogata di cui all'art.303 c.p., serve a prevenire «il pericolo che masse di uomini comincino a rafforzarsi nella concezione e nella determinazione attorno alla concreta possibilità di commettere il delitto»⁴⁰, sarebbero necessarie anche «masse» di testimoni per provare l'«accoglimento» e, quindi, l'efficacia causale della istigazione.

Resterebbe da chiedersi, a quel punto, quale potrebbe essere una valutazione in termini di effettività delle fattispecie di pubblica istigazione e se la condivisibile interpretazione proposta a suo tempo da Ettore Gallo non ne determina, piuttosto, una implicita abrogazione.

Abstract

Anche in tempi recenti, di fronte a vere o presunte emergenze criminali il legislatore italiano non ha evitato il rischio di incriminare la libera manifestazione del pensiero, modificando e adattando fattispecie già esistenti e chiaramente discutibili in termini di legittimità costituzionale. L'esiguo margine di legittimità costituzionale dei reati di opinione resta vincolato alla possibilità di una rilevanza penale della causalità psichica, ma la difficoltà di provare l'efficacia motivazionale della condotta incriminata compromette, in ogni caso, la effettività delle scelte legislative.

Even in recent times, faced with real or presumed criminal emergencies, the Italian legislator has not avoided the risk of incriminating the freedom of expression. The exiguous margin of constitutional legitimacy of the crimes of opinion remains bound to the possibility of a criminal relevance of the psychic causality, but the difficulty of proving the motivational efficacy of the offending conduct compromises the effectiveness of the legislative choices.

³⁹ Sul punto, per tutti, cfr. LIANI GIARDA, *Art.220 B*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. GIARDA – G. SPANGHER, I, Milano 2017, 2217 ss.,

⁴⁰ E. GALLO, *Il principio*, cit., 1516.