

L'ISTIGAZIONE A DELINQUERIE:
TRA TENTATIVO, FATTISPECIE
AUTONOMA E CONCORSO DI
PERSONE NEL REATO.

di Martina Micucci

INDICE

INTRODUZIONE

1. NOZIONI PRELIMINARI

1.1 - L'oggetto della tutela: l'ordine pubblico

1.2 - Art. 115: accordo per commettere
un reato. Istigazione

2. ISTIGAZIONE: FATTISPECIE AUTONOMA O TENTATIVO ?

2.1 -L' istigazione come fattispecie penale ed autonoma

2.2 -I rapporti tra istigazione e tentativo:
dottrina e giurisprudenza

3. ISTIGAZIONE A DELINQUERE ED APOLOGIA

3.1 -L'art 414 c.p. : istigazione a commettere un reato

3.2 -La Pubblicità e il reato di istigazione privata

3.3 -L'istigazione a commettere un delitto: la legge Mancino
e i reati di discriminazione razziale

3.3.1 -I reati di discriminazione razziale: la legislazione

3.3.2 -La legge Mancino e la prassi

3.4 -Apologia di un delitto: una forma di istigazione "indiretta"

4. ISTIGAZIONE E CONCORSO MORALE

4.1 – Istigazione e determinazione: l' istigazione
al suicidio (art.580 c.p.)

4.2 -Istigazione e concorso morale: la partecipazione "psichica"

4.3 -Il caso: L'agente "provocatore e la desistenza volontaria

CONCLUSIONI

BIBLIOGRAFIA

-INTRODUZIONE-

L'istigazione, nei suoi molteplici e sfuggenti aspetti, costituisce un problema di indiscussa attualità ed importanza crescente per il rilievo assunto nei più complessi settori della vita sociale.

Mentre le "emergenze" del terrorismo e della mafia hanno messo in risalto le ambiguità di questa controversa figura concorsuale nell'ambito delle grandi associazioni criminali, la "emergenza" di tangentopoli ha viceversa proiettato i "fantasmi" di tale figura nel mondo della legalità, fino al cuore delle grandi organizzazioni legali, gruppi societari e partiti politici.

L'uscita dall'emergenza ha lasciato in eredità delle profonde ed evidenti lacerazioni nel tessuto delle garanzie individuali, facendo risaltare lo scollamento fra gli astratti principi regolativi del concorso morale e i vaghi criteri d'imputazione impiegati nella prassi giudiziaria.

Innanzitutto soltanto nella legislazione immediatamente precedente ai codici toscano e sardo, ed in questi ultimi, si giunse a delineare la figura dell'istigazione come fattispecie autonoma di reato, in cui la condotta dell'istigatore viene considerata come entità in sé penalmente rilevante e non come semplice concausa di un certo effetto, nell'ambito di un fenomeno criminoso soggettivamente ed oggettivamente complesso.

L'incriminazione di attività istigatrici ed apologetiche come comportamenti integranti fattispecie autonome di reato, è un fatto, quindi, storicamente abbastanza recente. Nel diritto romano, infatti, così come non si ebbe nozione del tentativo, così neppure si giunse a concepire l'istigazione come forma di comportamento punibile in sé e per sé, al di fuori cioè del fenomeno della partecipazione criminosa. Né l'evoluzione legislativa e dottrina delle epoche successive incrinò decisamente il principio dell'istigazione, nelle sue varie forme casisticamente elaborate, in tanto importa

una responsabilità penale, in quanto venga accolta e sia seguita dalla commissione di un delitto.

Ragioni di politica legislativa imposero passo a passo successivi ampliamenti e compressioni di tali limiti, ma ciò che, attraverso le legislazioni speciali ed il codice penale abrogato, si trasferì nel vigente ordinamento, fu il riconoscimento normativo di fattispecie autonome di apologia ed istigazione.

Il concetto di istigazione nel diritto penale, poi, presenta aspetti problematici sotto un profilo dogmatico.

Tale difficoltà è data dall'uso legislativo di termini affini a "istigare". Più spesso la norma penale adotta tale termine, ma vi sono casi nei quali la fattispecie incriminatrice usa le espressioni "determinare a", "indurre a", "eccitare a" e, infine, "incitare a". Fra queste esistono certamente differenze di significato, sulle quali è opportuno soffermarsi in prosieguo nell'analizzare le singole norme.

In un primo approccio alla materia si può ritenere, però, che fra tutte le predette espressioni esista un elemento comune, e cioè il riferimento ad una condotta diretta a far compiere un fatto ad un'altra persona. Parimenti vi è un elemento comune nel mezzo psichico, sempre diverso dalla minaccia o dalla violenza, col quale si tende a far agire un'altra persona. Quando si incita o si induce un altro soggetto, l'altrui comportamento è ricercato attraverso strumenti, quali la persuasione, l'esortazione o l'invito, che permettono alla volontà di esplicitarsi liberamente, senza esser viziata sin dal suo sorgere. Da ciò è sensibilmente percepibile una distinzione tra istigazione, induzione e costringimento.

Anche la questione relativa alla natura della condotta di istigazione è oggi inevitabilmente attraversato da zone d'ombra ancora tutte da esplorare, essendo questa produttiva di effetti penali sotto distinti profili: può infatti integrare gli estremi di un contributo atipico ad una fattispecie contrattuale,

di una fattispecie di quasi reato, di un fatto autonomamente lesivo di interessi penalmente tutelati.

Ciascuna di tali forme di rilevanza propone problemi di struttura e di disciplina , variando a seconda della condotta e dell'elemento soggettivo, nonché mutando il tipo di conseguenza penale. Tali sostanziali differenze di struttura e di disciplina impediscono la ricostruzione di un modello generale di condotta istigatoria e convincono della inutilizzabilità di una indagine, che pretenda di ridurre ad unità tutti gli aspetti dei comportamenti istigatori.

Appare, però, non pregiudicata la possibilità di realizzare un elaborato, che sia contribuito alla interpretazione di tutte le forme di fattispecie istigatoria in quanto esse, pur nelle loro molteplici articolazioni, appaiono rispondere ad unitario disegno di politica criminale: la tutela dell'ordine pubblico, in modo da consentire una progressione nell'intervento penale articolata nei momenti dell'istigazione, del tentativo e della lesione vera e propria.

Il primo capitolo, quello delle nozioni preliminari , ci introdurrà immediatamente, proprio all'analisi mirata alla determinazione esatta delle caratteristiche o dell' oggetto della tutela penale di questa classe di reati, non affatto scevra di difficoltà. La dottrina ha, infatti, posto in rilievo come l' ordine pubblico non vada confuso con il più ampio concetto di ordine (o ordinamento) giuridico, il quale come sistema di norme e di enti comprende tutte le manifestazioni della vita del diritto.

Non è neppure , come vedremo, l'ordine pubblico generale, e cioè quell' ordine completo, “ non solo di vivere”, ma anche di “ prospettare”..

Essendo poi la condotta d'istigazione , diretta ed indiretta, produttiva di effetti penali sotto distinti profili, apparirà fondamentale, focalizzare l'attenzione , nel secondo paragrafo , all'analisi dell' art. 115 c.p., linea guida principale dell'intero elaborato. In tale norma di parte generale, la condotta d' istigazione risulta espressamente descritta al fine di escludere la punibilità , quando il reato istigato non è stato commesso. Tale

comportamento costituisce, invece, situazione alla quale è ricollegata la possibilità di applicare una misura di sicurezza. Da qui, l'interesse ad indagare la ratio sottesa alle norme incriminatrici esaminate. La individuazione dell'oggettività giuridica dell'istigazione a delinquere partecipa infatti delle difficoltà ed incertezze tradizionalmente coinvolte dalla nozione di ordine pubblico e all'approfondimento della questione non hanno neppure giovato talune carenze di un inquadramento sistematico preliminare della fattispecie ex art. 414 c.p. ed in particolare, proprio il rilievo ad essa attribuito di eccezione alla regola generale di cui all'art. 115 c.p.: l'istigazione a commettere reati rimasta sterile configurerebbe un'autonoma fattispecie di reato.

Seguendo la linea guida dell'analisi diretta alla ricostruzione della condotta di istigazione si inizierà l'approfondimento contenuto nel secondo capitolo, volto ad ottenere una visione completa delle controversie dottrinali, con riguardo a due diverse questioni: l'istigazione come fattispecie autonoma, che ricomprende in sé l'ipotesi di "quasi reato", ed il rapporto tra istigazione e tentativo.

Terminata l'esauriente disamina delle nozioni preliminari di parte generale, la condotta di istigazione andrà liberata dei dubbi scaturenti dai conflitti in dottrina e studiata, come descritta nella parte speciale del codice penale, così consentendo un riscontro tra legislazione e prassi. Questo sarà il contenuto del terzo capitolo, in cui si esamineranno le singole caratteristiche delle quattro figure criminose, previste dagli art. 414 e 415 c.p.: l'istigazione a delinquere, l'apologia dei delitti, la istigazione a disobbedire alle leggi e l'istigazione all'odio fra le classi sociali. Carattere comune a tutte queste fattispecie è la pubblicità del comportamento: il fatto deve essere realizzato pubblicamente, secondo quanto disposto dall'art. 266 c.p. Costituendo, quindi, la pubblicità elemento essenziale o condizioni obiettive di punibilità, dei reati in esame, erroneamente si potrebbe credere all'impossibilità di perseguire penalmente una condotta di "istigazione privata". Costituisce, invece, una deroga alla necessaria presenza di tale

requisito essenziale, l' art. 302 c.p., che descrive la fattispecie di istigazione a commettere delitti contro la personalità dello Stato, che per alcuni orientamenti dottrinali si sostiene possa essere addirittura elevata a fattispecie autonoma di reato.

A completare l'elenco dei comportamenti rilevanti quali condotte di istigazione diretta o indiretta, contribuisce, infine, l' approfondimento avente ad oggetto la legislazione e la prassi relativa ai reati di discriminazione razziale: la legge Mancino e la sua applicazione alle fattispecie concrete, in sede giudiziale.

La esauriente descrizione delle fattispecie penali di parte speciale rileva l' esigenza di un' adeguata trattazione del tema generale della causalità nel concorso di persone, colta nella prospettiva dei condizionamenti psichici tra concorrenti: l' istigatore e l' istigato.

Al tema dedicherà specifica attenzione l' ultimo capitolo: dalla definizione teorica della causalità del concorso di persone, si passerà all' analisi casistica, mostrando come la prassi giudiziaria abbia reso evanescente il principio causale. L' analisi comparatistica dei rapporti tra istigazione e determinazione , indotta dall' analisi dell' art. 115 c.p., e di istigazione e concorso morale, mette in luce da un lato il ripetersi di determinate costellazioni casistiche, e con esse il riproporsi del problema della causalità psichica e della tendenza a prescindere nel giudizio, ad una sua prova effettiva; dall'altro lato l'esame comparatistico evidenzierà le insufficienze delle elaborazioni teoriche tradizionali a fare da argine al conseguente dilagare della responsabilità in concorso, considerando anche il caso del cd. agente provocatore.

E su questo terreno, che, dando l'impressione di un cerchio che si chiude, si recupera o si perde il valore dell'autoresponsabilità, derivandone quell'esigenza di garanzie di legalità, " triste strascico" della legislazione d'emergenza.

Si darà , così, risposta, all'interrogativo concernente "il rischio consentito " dell'istigatore, alla luce delle indicazioni della Costituzione sulle libertà individuali, deducendo da qui l' ambito di autoresponsabilità dell' istigato. Verificato se i risultati normativi, così ottenuti, possono ritenersi compatibili con la disciplina del codice Rocco, si indicheranno i punti possibili di una riforma, che valorizzi proprio causalità ed autoresponsabilità, ex art. 27 Cost. , nel concorso di persone , con riguardo ai delitti aventi ad oggetto la tutela dell' ordine pubblico.

1. NOZIONI PRELIMINARI

1.1 -La nozione di ordine pubblico-

L'individuazione dell'oggettività giuridica dell'istigazione a delinquere partecipa della difficoltà e delle incertezze tradizionalmente coinvolte dalla nozione di ordine pubblico, oggetto specifico di tutela penale ¹.

Osservando l'intento di creare per gli interessi di maggior rilievo una forma di tutela più avanzata, è interesse primario dello Stato garantire il bene giuridico dell'ordine pubblico in se stesso considerato; s'attiene in particolar modo alla disciplina interna e alla pubblica sicurezza, che possono essere turbate da eccitamenti alla delinquenza o altre perverse attività, oppure da associazioni dirette a commettere delitti, o ancora da fatti di devastazione, saccheggio o da pubbliche intimidazioni.

Tradizionalmente dibattuto è il problema relativo al vero oggetto della tutela penale apprestata dalle norme incriminanti, ricomprese in questo settore: il concetto di ordine pubblico è di per sé proteiforme e difficilmente afferrabile, tanto da arrivare la prevalente dottrina a considerarlo un bene sfuggente, privo di "sostanza concreta" ², contrassegnandolo come pura creazione del legislatore.

A complicare il problema ha contribuito la legislazione di emergenza, che ha raggruppato norme riguardanti le materie più diverse sotto l'etichetta ampia e atecnica di "ordine pubblico". Sul contenuto di tale nozione, i punti di vista appaiono radicalmente diversi, giacché mentre una parte della dottrina – sulla scorta della Relazione al progetto del codice del 1930 che

¹ FIORE, *Ordine pubblico (dir.pen.)*, in ED. XXX, Milano, 1980

² ZERBOGLIO, *Istigazione a disobbedire alle leggi*, in Scritti teorico- pratici sulla nuova legislazione penale, II, Milano, 1933

affermava esplicitamente che nella categoria di reati in esame “ difficilmente è dato rinvenire una obiettività giuridica immediata e distinta dal pericolo sociale che cagionano”- finisce per omettere di richiedere la necessità di offesa di uno specifico oggetto di tutela, ricostruendo il concetto di “ ordine pubblico” in termini di “ buon assetto e regolare andamento della vita sociale”³; altro orientamento , prima ancora che l’affermarsi di una crescente sensibilità verso i rapporti tra la vigente legislazione penale ed i principi costituzionali imponesse un approfondimento del concetto, ha proposto una ricostruzione dell’ordine pubblico in chiave esclusivamente o prevalentemente soggettiva, come sentimento collettivo di sicurezza nell’ ordinata vita sociale⁴.

In questa sede, va sottolineata, dunque, la distinzione tra le due accezioni fondamentali in cui questo bene tutelato è stato storicamente inteso.

La prima è quella di ordine pubblico in senso materiale⁵, cui ha storicamente corrisposto la categoria dei reati cosiddetti contro la pubblica tranquillità; in questo senso al bene tutelato viene attribuito uno spessore materiale o empirico, alludendo ad una condizione di pacifica convivenza immune da disordine e violenza, equivalendo nozionalmente a sicurezza collettiva o buon ordine esteriore.

La seconda nozione è quella di ordine pubblico ideale o normativo: essa non riflette più uno stato di fatto, bensì evoca una entità ideale costituita dal complesso di quei principi e di quelle istituzioni fondamentali, dalla cui continuità e immutabilità dipenderebbe la sopravvivenza dell’ordinamento; in questo senso esso è sinonimo di ordine legale.

Anche in giurisprudenza si sono contrapposte le due diverse concezioni dell’ordine pubblico finora esaminate. In alcune decisioni, infatti, che

³ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, 2008

⁴ CONTIERI E., *I delitti contro l’ ordine pubblico*, Giuffrè, 1961

⁵ PACE, *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione Italiana*; CORSO G. , voce Ordine pubblico, in *Enc. Dir. , XXX*, Milano 1980

aderiscono alla prospettiva interpretativa della nozione cd. ideale-normativa, il concetto di ordine pubblico si avvicina sensibilmente a quello di ordine giuridico, identificandosi nel complesso di fondamentali valori, principi e di istituzioni indispensabili per la sopravvivenza e la sicurezza dell'ordinamento (Cass. Sez. I, 7 Novembre 1967; Cass. Pen. 1968 n. 1250⁶) e talvolta attraverso il riferimento alle "leggi di ordine pubblico", nei principi fondamentali e di interesse generale su cui poggia l'ordinamento giuridico dello Stato, inteso questo come diritto cogente, ossia da osservarsi inderogabilmente da tutti, perché consta di norme imperative o proibitive sanzionate (ordine pubblico come limite all'autonomia privata: in tal senso, Cass. Sez. I, 15 dicembre 1980; Cass. Pen. 1982). In altre pronunce, invece la Suprema Corte ha inquadrato la norma che sanziona penalmente l'istigazione a delinquere fra quelle che tendono alla protezione di beni e valori essenziali alla pacifica convivenza associata e all'ordinato funzionamento del sistema democratico, fra i quali rientra il rispetto delle leggi, specie penali, che viene posto in pericolo da ogni eccitamento, suggestione o sprone ovvero da ogni azione diretta a far sorgere (attività determinata da impulso) ovvero a rafforzare in altri (attività eliminativi di motivi inibitori) un proposito criminoso. Ed invero la pubblica istigazione a delinquere, diminuendo per se stessa nell'opinione pubblica la fiducia nella sicurezza sociale, lede l'ordine pubblico, quale oggetto della tutela penale, nel significato di buon assetto o regolare andamento del vivere civile, a cui corrispondono nella collettività l'opinione e il senso della tranquillità e della sicurezza⁷.

La dottrina oggi dominante propende, però, per la prima delle due nozioni, mentre nella giurisprudenza della Corte Costituzionale si registra una vivace oscillazione e talora una sovrapposizione tra le due. La Suprema Corte ci fornisce una specificazione ulteriore: l'ordine pubblico costituzionale, il quale ricomprenderebbe l'insieme dei principi

⁶ Cass. Sez. I, 7 Novembre 1967; Cass. Pen. 1968 n. 1250

⁷ Cass. Sez. I, 22 Novembre 1974

fondamentali, che riassumono l'ordine legale di una convivenza sociale ispirata ai valori costituzionali.

Nonostante l'avallo della giurisprudenza costituzionale questa nozione non appare accoglibile ai più perché rarefatta e inafferrabile, sfuggendo i suoi contorni ad una precisa delimitazione; ne deriva che non è possibile connotare di materialità la situazione di fatto nella quale l'ordine pubblico ideale opera. Non essendo suscettivo di accertamento empirico, ma riducendosi a pura entità concettuale astratta, tale bene tutelato, se interpretato in maniera "ideale", rischia di essere "manipolato" a copertura di interessi mutevoli e non sempre effettivamente meritevoli di tutela. Si ritiene inoltre che tale connotazione all'ordine pubblico possa costituire un limite generale all'esercizio di tutte le libertà costituzionalmente garantite, parti integranti ed essenziali della principale fonte del nostro ordinamento giuridico.

Un ultimo rilievo critico all'inedito orientamento costituzionale deriva dalla constatazione che l'offesa al bene tutelato dallo Stato può anche essere arrecata con la semplice manifestazione di idee o convincimenti contrastanti con i valori posti alla base dell'ordine legale costituito: di qui il pericolo di criminalizzare il semplice dissenso politico-ideologico.

Per tutte queste ragioni sinteticamente accennate, è opportuno intendere che la legge penale è legittimata a prevenire, non il disordine ideale scaturente dal conflitto tra principi o valori diversi, bensì il disordine materiale, che mette a repentaglio la pace esterna e la sicurezza fisica delle persone.

Il bene tutelato dalle norme incriminanti contenute nel titolo V del libro secondo del codice penale (art. 414-421 c.p.) , è, dunque, da intendersi nel senso di buon assetto e di regolare andamento della vita sociale dello Stato. Tutti i reati, di qualsivoglia specie, sono necessariamente contrari all'ordine pubblico generale, in quanto si esige la osservanza di tutti i precetti penali. Senonchè, mentre gli altri reati espongono a pericolo o

ledono il bene giuridico protetto in particolari suoi aspetti (es.: libertà, proprietà, fede pubblica, ecc.), i reati, oggetto dell'elaborato, non minacciano o ledono l'ordine pubblico in un suo determinato aspetto specifico, bensì lo violano, menomandolo, nella sua entità generica, complessiva, distinta dai singoli elementi che la compongono. L'interesse che ora si considera, concerne, pertanto, esclusivamente o prevalentemente, l'ordine pubblico quale bene giuridico a se stante, cui corrisponde nella popolazione un'opinione e un senso collettivi di disciplina, di tranquillità e di sicurezza, che i delitti in discorso tendono a menomare o menomano effettivamente.

In osservanza di quanto fino a qui esposto consideriamo i delitti contro l'ordine pubblico reati di lesione e non di mero pericolo, collocando nella categoria delle contravvenzioni concernenti l'ordine pubblico e la tranquillità pubblica (ex art. 650-670 c.p.), fatti meno gravi o soltanto pericolosi per il medesimo bene dello Stato. In ciò è individuabile il bene protetto dalle norme penali in esame.

1.2 -L ' art 115 del c.p.: Accordo per commettere un reato.

Istigazione-

Allo scopo di individuare le caratteristiche del concetto di istigazione, opportuno è osservare preliminarmente che non sempre la condotta istigatrice ha per oggetto un fatto costituente reato: l'istigazione all'odio fra le classi sociali (art 415 c.p.), l'istigazione al suicidio (art 580 c.p.), sono esempi di induzione a commettere un fatto penalmente irrilevante. Si assolve in tal modo ad una funzione anticipatoria dell'intervento penale, dal quale non si sottrae l'art 115 c.p. , che innova profondamente il sistema consentendo l'irrogazione di una sanzione penale, anche quando il comportamento tenuto non sia altrimenti tipico.

Osservando l'intento di creare per gli interessi di maggior rilievo una forma di tutela più avanzata del tentativo, si possono individuare due direttrici

dell'indagine avente ad oggetto l'istigazione: la prima incentrata sull'interpretazione dell'art 115 c.p. e la seconda relativa all'analisi del rapporto tra istigazione e concorso morale, del rapporto tra istigazione e tentativo ed infine a quella della condotta istigatrice configurabile come fattispecie autonoma.

Se quest'ultima costituirà la direttrice d'indagine di tutto l'elaborato a seguire, si ritiene, invece, opportuno trattare preliminarmente della fattispecie di accordo a commettere un reato, trattata congiuntamente all'istigazione a commettere un delitto.

L'art. 115 c.p. esclude anzitutto ogni forma di responsabilità penale in caso di semplice accordo allo scopo di commettere un reato, laddove questo non sia commesso. In maniera residuale, potrà essere applicata soltanto una misura di sicurezza. La medesima sanzione sostitutiva verrà applicata se l'istigazione è stata accolta, ma il reato incitato non è stato commesso.

L'operatività della norma è limitata da due importanti clausole: la atipicità alla stregua di altre disposizioni del comportamento tenuto e la non commissione del reato oggetto della condotta. La clausola "se il reato non è commesso" non ha esclusivo riferimento al reato oggetto della istigazione, ma a qualsiasi fatto criminoso realizzato in dipendenza della condotta determinante e per il quale sussistano tutti gli elementi idonei a far ricadere la responsabilità penale dell'accadimento sull'istigatore.

L'espressione "salvo che la legge disponga altrimenti" con chiarezza, invece, codifica la sussidiarietà della fattispecie di quasi reato rispetto ad ogni altra forma di tipicità della condotta istigatrice⁸. L'art. 115, infatti, non trova applicazione nell'ipotesi di accordo per la cessione di sostanze stupefacenti in quanto, tra le condotte alternative punite dall'art. 73 d.P.R.n. 309 del 1990, è prevista l'"offerta" di droga, che costituisce reato di pericolo

⁸ GALLO M., *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, 1957

presunto per scelta di politica criminale del legislatore e che si pone pertanto fra le eccezioni legislative che il suddetto art. 115 fa espressamente salve.

Anche il reato di collusione in contrabbando costituisce una deroga al generale principio sancito dall' art. 115, che prescrive la non punibilità sia dell' accordo per commettere un reato sia della istigazione non seguita dalla commissione del reato. La natura eccezionale di tale previsione di punibilità induce a ritenere che possano integrare la fattispecie solo quelle intese che abbiano per oggetto un contenuto specifico, concreto, determinato o eventualmente determinabile dalla successiva volontà delle parti e non quelle che abbiano un contenuto generico, incerto, legato ad evenienze future e non controllabili dalle parti stesse, perchè affidate al caso o a scelte di terzi.

La disciplina del quasi reato delineata dall'art. 115 c. p. è inoperante invece quando l'istigato commette atti idonei ed inequivocabilmente diretti alla commissione del delitto, per cui si applica l'art. 56 c.p. (Delitto tentato) e se viene compiuto un reato non voluto per cui è applicabile la disciplina disposta dagli art 83 c. p. (Evento diverso da quello voluto dall'agente) e 116 c.p. (Reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti). In particolare, gli atti diretti in modo non equivoco a commettere un delitto possono essere esclusivamente gli atti esecutivi, ossia gli atti tipici, corrispondenti anche solo in minima parte alla descrizione legale di una fattispecie delittuosa a forma libera o a forma vincolata. Tale interpretazione è confermata dall' art. 115 c.p. da cui si deduce che gli atti non ancora esecutivi di una fattispecie criminosa ma meramente preparatori, possono assumere rilevanza unicamente per l' applicazione delle misure di sicurezza, salvo i casi in cui la legge li preveda espressamente come figure autonome di reato ⁹.

⁹ Cass. sez. I, 24 settembre 2008 n. 40058

Il presupposto per l' applicazione di una misura di sicurezza è da ricercarsi non tanto nella consumazione di un reato, quanto nella pericolosità dell' agente. Nel caso di specie questa può essere applicata soltanto all' esito della valutazione, in sede di udienza preliminare o giudizio, sul merito dell' imputazione e sulla pericolosità sociale del prevenuto. In applicazione di tale principio, la Corte ha qualificato come abnorme il provvedimento con cui il gip aveva ritenuto inammissibile la richiesta del p.m. di fissazione di udienza preliminare con riferimento alla contestazione della fattispecie di quasi reato ex art. 115 c.p.¹⁰

Tenendo conto delle distinte varianti oggettive e soggettive dell'oggetto di tutela conviene verificare l'autonoma consistenza offensiva del delitto in esame.

Sulla base di tali precisazioni può affrontarsi quello che è il problema chiave nella interpretazione dell' art.115 c.p., relativo ai rapporti con il delitto tentato, abbandonando il terreno d'analisi del "quasi reato" , per inoltrarci nell'indagine sulla natura della condotta istigatrice.

¹⁰ Cass. sez. V, 21 aprile 2006, n. 19312

2. ISTIGAZIONE: FATTISPECIE AUTONOMA O TENTATIVO?

2.1 - L'istigazione pubblica come fattispecie penale autonoma -

Proseguendo nell'opera di ricostruzione della condotta di istigazione, emerge la necessità di controllare i risultati acquisiti, in relazione alle ipotesi autonome di istigazione.

L'art 115, 3° comma, c.p. dispone la applicabilità delle medesime disposizioni dei commi precedenti, nel caso in cui l'istigazione è stata accolta , ma il reato non è stato commesso. Il medesimo rilievo di fattispecie autonoma emerge dall'osservazione che, non sempre l'istigazione ha per oggetto un fatto costituente reato: l'istigazione all'odio fra le classi sociali (art 415 c.p.), l'istigazione al suicidio (art 580 c.p.), talune ipotesi di istigazione dei militari a disobbedire alle leggi. Tutti esempi questi di induzione a commettere un fatto penalmente irrilevante.

Occorre, quindi, chiarire a quali condizioni sia ascrivibile anche all'istigatore la decisione criminosa del soggetto agente e viceversa a quali condizioni tale decisione sia da porre a carico esclusivo di chi esegue il reato.

Focalizzando il primo dei due aspetti, a emergere appieno è il valore del principio di auto responsabilità , nella sua “ connessione tra rischio e iniziativa differita” al soggetto, nel senso che la libertà accordata all'individuo di scegliere fra l'agire e il non agire, fra il contegno conforme alle regole e il contegno non conforme, vuol anche dire necessità di sopportare lui solo le conseguenze della propria condotta.

Tale principio di “ personalità “ è sancito dall'art 27 Cost. ; una responsabilità penale che è accertabile anche nei confronti, dunque del solo

istigatore, indipendentemente dal risultato della condotta d'istigazione. Nella parte speciale del codice ed in talune leggi speciali, sono contenute, appunto, fattispecie nelle quali il "fatto" di istigazione, avente ad oggetto la commissione di particolari delitti, o meglio di particolari attività illegittime non costituenti illecito penale, è elevato autonomamente a reato.

Individuato, in tal senso, un modello di condotta istigatoria, si tratta di verificarne la validità.

Secondo parte della dottrina, tali fattispecie descriverebbero "una condotta che si riflette nella psiche altrui, sollecitando spinte positive o rimuovendo freni inibitori" e risponderebbero ad una insindacabile scelta di politica criminale; il legislatore può così "stabilire il momento consumativo di un reato in un punto più o meno avanzato dell'esecuzione, secondo che intenda restringere ovvero allargare la sfera di applicazione della norma penale".

Altra parte della dottrina, invece, osserva che esse sembrano rispondere ad un disegno unitario di politica criminale, creando per gli interessi di maggior rilievo, una forma di tutela più avanzata del tentativo e che con esso non possa confondersi. In particolare, Violante, ritiene, che in tal senso si spieghino le clausole che per alcune ipotesi d'istigazione, sopra citate, precludono la possibilità di una coincidenza con la fattispecie di tentativo. Così, ad esempio, le clausole "per ciò solo" e "per il solo fatto", nell'istigazione dei militari a disobbedire le leggi (art. 266 c.p.), nella istigazione pubblica prevista ex art 303 c.p., nell'istigazione a delinquere (art 414 c.p.) garantiscono l'operatività delle singole previsioni per il semplice fatto dell'istigazione.

In particolare, la prima delle tre fattispecie penali, sospettata di illegittimità costituzionale per violazione del principio di libera manifestazione del pensiero, di uguaglianza e di tassatività, ha superato il vaglio della Corte costituzionale, la quale ha affermato che nel mutato quadro politico e

costituzionale, essa svolge la funzione di garantire la difesa della patria¹¹, impedendo offese o minacce a tale bene al quale la nostra costituzione accorda un valore superiore¹².

Si delimita così l'operatività nei confronti del tentativo del delitto istigato, che ricorre quando la stessa condotta sia stata accompagnata da atti idonei e diretti inequivocabilmente alla commissione del delitto. Identica funzione svolge la tipizzazione di modalità interne nell'istigazione all'aborto (art 548 c.p.) e nella subornazione (art. 377 c.p.). Quest'ultima fattispecie è descritta dal codice penale sotto la rubrica di "Intralcio alla giustizia"; il tentativo non è configurabile e la norma sanziona penalmente la sola istigazione alla falsità giudiziale, elevando ad illecito penale il semplice attentato all'amministrazione della giustizia¹³. Assorbe, invece tutte le possibili ipotesi di tentativo di corruzione attiva, l'istigazione alla corruzione, tipizzata comunque, con modalità che consistono in atti idonei con direzione inequivoca. Tale significato della particolare struttura di queste fattispecie è confermato dalla mancanza di qualsiasi clausola o forma di tipizzazione interna, nell'ipotesi di istigazione ad un fatto che non costituisce reato, in ipotesi come l'istigazione all'odio fra le classi sociali, , non vi è problema di delimitazione dell'operatività nei confronti del tentativo. E' a tali logiche che sembra rispondere anche la moltitudine di legge penali successive al codice Rocco: si pensi all'induzione alla prostituzione, ad un fatto cioè che non costituisce reato, tipizzata senza modalità interne e clausole restrittive ; o all'istigazione a commettere fatti di genocidio, che diretta alla realizzazione di un delitto, è tipizzata con la clausola " per il solo fatto dell'istigazione" (art. 8 L . 9 Ottobre 1967, n.962).

Appare però opportuno condurre un controllo della condotta di tali fattispecie e conseguentemente un approfondimento adeguato, che fondi

¹¹ Corte Cost. 5-6-1978, n.71

¹² Corte Cost. 26-2-1981, n.39

¹³ Cass. Sez. Un. 30-10-2002 n. 37503

su queste basi i rapporti tra queste disposizioni incriminanti e quella di cui all'art 115 c.p. .

In particolare, con riferimento all'istigazione al suicidio è ravvisabile una diversità ontologica tra la condotta e quella di rafforzamento. Le altre già citate e descritte fattispecie autonome di istigazione (artt.302-303-266 c.p.) non pongono

particolari problemi, poiché contengono una condotta che, al pari dell'istigazione a delinquere, potremo definire istigatoria per definizione: la clausola di riserva di legge, contenuta nell'art 115 c.p., si riferisce infatti in primo luogo alle ipotesi in cui l'istigazione e l'accordo siano considerati in quanto tali figure autonome di reato¹⁴ .

Stesso discorso non può, invece, svolgersi per la disposizione di cui all'art 580 c.p., nella quale il legislatore adoperava espressioni linguistiche diverse, quali "determinare", "rafforzare", e nel II co. "agevolare" . Occorre dunque verificare se le osservazioni sino a qui esposte si estendano o meno anche alla disposizione de qua. Si deve, dunque, limitare il campo alla osservazione della norma ed allo studio dei contributi della dottrina, seppur manchino quasi completamente pronunce giurisprudenziali, attraverso le quali scoprire l'applicabilità di una teoria piuttosto che di un'altra.

Secondo parte della dottrina, tanto la condotta di determinazione che quella di rafforzamento che quella ancora di agevolazione, vanno ricondotte alla " comune matrice del fenomeno istigatorio, contraddistinto dall' attitudine del mezzo ad influenzare la volontà di un terzo nel suo processo formativo. Una opinione questa che avremo modo di sviluppare ampiamente , riflettendo dell'istigazione come forma di determinazione o partecipazione psichica.

¹⁴ Cass. Sez . II, 28-10-1985, n.616 : " la norma suddetta , sanzionando penalmente la sola istigazione alla falsità giudiziale eleva ad illecito penale il semplice attentato all' amministrazione della giustizia, non è quindi ravvisabile l'ipotesi di tentativo " .

Dalla lettura della disposizione incriminatrice in esame giungono, però, spunti per una coerente riflessione circa la equivalenza della condotta di istigazione a quella di determinazione, mentre tale rapporto non è instaurabile con l'attività di rafforzamento. In particolare, la condotta di rafforzamento, novità introdotta dal legislatore del 1930, consiste in qualsiasi attività diretta a "rendere definitivo un proposito già formato"¹⁵. Proprio tale definizione, impedisce di considerare equivalenti le condotte di istigazione e/o di determinazione e quella di rafforzamento. Come già ampiamente discusso, la condotta di istigazione è una forma di collegamento intellettuale, che si perfeziona con l'accoglimento del proposito, che a sua volta origina la nuova ed autonoma azione dell'istigato. Inoltre, che rafforzare non possa equivalere ad istigare, ovvero a determinare risulta proprio dalla autonomia, perché descrive una condotta volta ad un soggetto già autonomamente e preventivamente orientato. La nuova azione, non potrà definirsi causa della prima interamente, proprio perché estranea alla condotta in questione, quella attività di creazione dell'insorgenza motivazionale tipica dell'istigazione. Proprio per la sua diversità concettuale, dunque, il rafforzamento trova esplicita e distinta menzione.

Nella Relazione Ministeriale, a sostegno dell'introduzione di tale novità, si sostenne, che essa "risponde al sistema generale fissato dal Progetto per il concorso di persone nel reato e potrà trovare un pratico correttivo nella possibilità di spaziare entro gli ampi confini della pena comminata in astratto". Il legislatore ha quindi inteso estendere l'ambito delle condotte punibili, con questa forma di comportamento "limitrofa" rispetto al modello istigatorio.

¹⁵ VIGNALE, *Ai confini della tipicità, l'identificazione della condotta concorsuale*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1983; secondo cui il termine istigazione viene utilizzato, sia nel linguaggio corrente, che in quello legislativo, come espressione comprensiva di ogni forma di partecipazione psichica (...). Istigare può voler dire determinare, ed in tal caso l'istigatore, avrà posto in essere un antecedente causale del fatto tipico; ma può anche voler dire rafforzare, rinsaldare l'altrui proposito criminoso."

Proseguendo l'esame della fattispecie autonome di istigazione, ad emergere è un altro rilevante profilo di discussione: il richiamo alla idoneità della condotta e la sua funzione. L'istigazione e l'accordo, come disciplinati nell'art 115 c.p., devono essere idonei e diretti in modo non equivoco a far commettere ad altri un reato precisamente determinato ¹⁶.

La condotta ivi descritta deve essere idonea, ponendosi, altresì, in evidenza che sulla necessità di tale requisito, come concorrente a tipizzare la fattispecie, non si possa dubitare. Nello stesso senso la prevalente giurisprudenza, con orientamento conforme afferma che per la sussistenza della fattispecie di cui all'art 414 c.p., non è sufficiente l'espressione di un giudizio positivo su un fatto delittuoso, come vedremo, a configurare il reato di apologia di un delitto, ma è necessario che le forme di manifestazione siano poste in essere in modo tale da poter stimolare nel pubblico la commissione di delitti della stessa indole o specie di quello oggetto dell'apologia.

Necessario preliminarmente, risulta, rispondere all'interrogativo circa l'accertamento della idoneità della condotta, con riferimento ai principali orientamenti culturali.

Se l'univocità, cioè l'evidenza intrinseca del finalismo della condotta istigatoria, e anch'essa indispensabile a connotare l'istigazione, deve essere sempre riscontrata, ancor prima della valutazione dell'idoneità della condotta, a provocare la commissione dei reati, concentriamoci ora nello stabilire quale metodo di accertamento si debba impiegare per accertare la idoneità dell'istigazione.

Conducendo una rapida messa a fuoco dei risultati ermeneutici cui si è pervenuti, si possono accertare quattro distinti orientamenti culturali, assai bene ricostruiti, da autorevole dottrina.

¹⁶ Cass. Pen. V, 7-02-1986

La dottrina tradizionale ha valutato l'idoneità con un giudizio unitario, costruendo il reato impossibile come un doppione negativo del tentativo.

Secondo tale impostazione, questo elemento caratterizzante deve essere accertato ex ante attraverso un criterio di prognosi postuma valido, cioè tanto per il tentativo che per il reato impossibile¹⁷.

Tale posizione è stata però contraddetta dalla dottrina che ha, invece, rilevato la non identità tra pericolo ed idoneità, essendo quest'ultima afferente alla diversa misura di probabilità necessaria, affinché tali concetti assurgano ad elementi del reato. L'idoneità si configura, in tal senso, come mera possibilità e per tale ragione, accertabile attraverso un medesimo giudizio ex ante di prognosi postuma, ma che tenga invece conto di tutte le circostanze di fatto, esistenti al momento della realizzazione dell'azione, siano esse sconosciute o meno dall'agente¹⁸.

Diffusa è poi la dottrina, che a cavallo degli anni sessanta, ha elaborato la cosiddetta "concezione realistica dell'illecito"¹⁹. L'art 49 c.p. assurge a rango di norma base, di talché ogni condotta, perché possa divenire penalmente rilevante, deve poter realizzare la effettiva lesione del bene giuridico tutelato. Il reato impossibile è un fatto conforme al modello normativo, ma inoffensivo e l'idoneità ha natura e svolge un ruolo diverso rispetto alla disposizione di cui all'art. 56 c.p. Per tali ragioni, il procedimento logico di accertamento, dovrà avere riguardo ai risultati del comportamento che l'agente ha posto in essere. Il giudice, dovrà, quindi, verificare, innanzitutto, se il fatto storico integri lo schema descritto nella fattispecie di parte speciale ed accertare se l'azione sia idonea a violare l'interesse tutelato dalla norma. In caso dunque di risultato negativo ad esito

¹⁷ ANTOLISEI, op. cit.

¹⁸ DE MAGLIE, *Teoria e prassi dei reati associativi e concorso di persone nei reati*, Riv. It. Proc. E Dir. Pen., 1987

¹⁹ Tale posizione di pensiero, trova un antecedente in PEDRAZZI, *Problemi del delitto di agiotaggio*, Milano, 1958, è stata sviluppata da GALLO, *Voce Dolo*, In *Enc. Dir.*, vol. XIII, MILANO, 1964.

dell'applicazione di questa prima parte di schema logico-metodologico, l'indagine dovrà seguire un'altra direzione, ovvero, quella della verifica della "conformità del fatto al modello legale del delitto tentato, cioè della potenziale attitudine del comportamento a ledere l'interesse tutelato dalla norma incriminante". Verranno dunque applicati due criteri: uno ex ante a base totale per l'idoneità e uno ex post, a base totale per il reato impossibile.

Diverso è il nucleo centrale dell'ultima posizione dottrinale in esame, che negli anni settanta efficacemente criticò la cosiddetta "concezione realistica", appena analizzata. Si osserva, infatti, che se è vero che l'individuazione dell'interesse tutelato deve discendere dall'esame complessivo della struttura della fattispecie, non è però possibile pensare ad un fatto conforme al modello legale e non offensivo²⁰. Di qui, l'obbligo di adattare, in via ermeneutica le norme penali alla Costituzione "rendendole applicabili solo ai fatti concretamente offensivi in misura apprezzabile".

Esiste, cioè, nella previsione della Costituzione, un "limite quantitativo di sufficienza della impresa delittuosa, al di sotto del quale viene a mancare al giustificazione della pena, che impone di negare rilevanza penale a fatti che per la scarsità della lesione si trovano, al di sotto di quel limite. Muovendo, dunque, proprio dall'insoddisfazione di fondo per i risultati cui perveniva la concezione realistica dell'illecito, si è proposto una nuova e soluzione: "tertium datur: concezione realistica del tentativo punibile".

I modelli dell'accertamento dell'idoneità saranno in tal senso differenziati: ex ante a base parziale, come nella concezione realistica del tentativo; ex ante, ma a base totale, per il reato impossibile. Conseguente che, anziché operare un giudizio sulla base delle conoscenze possedute al momento della realizzazione dell'azione da parte del soggetto attivo, ci si dovrà porre nella

²⁰ STELLA, La teoria del bene giuridico e i cosiddetti fatti inoffensivi conformi al tipo, Riv. It. Dir. Proc.Pen., 19731

prospettiva della vittima dando rilievo a tutte le circostanze in concreto esistenti in quel momento.

Si tratta ora di controllare a quali risultati si perviene adottando, ai fini dell'accertamento della idoneità della istigazione, ciascuno dei richiamati orientamenti, nelle fattispecie di istigazione autonoma. La posizione di pensiero facente capo alla dottrina tradizionale postula un criterio di accertamento ex ante a struttura unitaria: l'idoneità, cioè conserva natura e funzione analoga e nel tentativo e nel reato impossibile. La concezione che costruisce il reato impossibile come tentativo inidoneo prevede un procedimento di accertamento ex ante a base totale, valido, tanto per il tentativo, che per il reato impossibile. Diverso il modello, che sussegue la concezione realistica. Venuta, infatti, meno l'equazione reato impossibile uguale doppio negativo del tentativo, l'opera di accertamento subisce un trattamento differenziato, come descritto, condiviso parzialmente dalla concezione realistica del tentativo punibile, il quale però propugna un giudizio ex ante, ma a base totale, per il reato impossibile.

Quale influenza hanno tali modelli nelle fattispecie autonoma di istigazione? Si nota subito che l'adesione ai risultati ermeneutici della dottrina tradizionale e di quella che propugna la concezione realistica dell'illecito produrrebbero le medesime conclusioni. Entrambe le posizioni, infatti, fanno ricorso al criterio della cosiddetta prognosi postuma, passando l'accertamento attraverso tutte le circostanze di fatto conosciute dall'agente. L'idoneità in tal modo accertata sarà relativa esclusivamente alla illiceità della comunicazione del pensiero.

Diverse sono le conclusioni raggiunte, adottando i criteri delle altre due posizioni di pensiero. La cosiddetta concezione realistica del tentativo punibile precede, infatti, che si debba aver riguardo, non solo ai dati conosciuti o conoscibili, ma anche a tutti quegli altri che, comunque, esistono al momento della realizzazione della condotta; sulla scorta di tali precisazioni, sembra che la idoneità dell'istigazione nelle fattispecie autonome non possa accertarsi se non con il criterio della prognosi ex ante

su base totale. Potrà e dovrà negarsi in tal senso la idoneità della condotta istigatoria, solo quando appaia impossibile, in concreto, tenuto conto di tutte le circostanze esistenti, benché non note all'agente o da lui imprevedibili, che l'istigazione possa essere accolta. Risulterà, ad esempio inidonea, la istigazione a delinquere rivolta ad un pacifico cittadino, universalmente ritenuto osservante delle leggi e che, abbia, pertanto, immediatamente rifiutato l'istigazione percepita e, magari, denunciato l'istigatore. E si dovrà, pertanto ritenere inefficace l'istigazione nell'ambito delle fattispecie autonome autosufficienti, solo quando si verifichi la sua inidoneità all'accoglimento, secondo il modello della prognosi ex ante su base totale.

La ricerca appena svolta, ci permette di concludere il discorso in merito all'istigazione come fattispecie autonoma di reato. Si intende ora verificare l'utilità del criterio di tipicità parziale a spiegare il meccanismo d'imputazione all'istigatore del reato commesso o meno dall'istigato.

L'art 115 c.p., come già ampiamente dimostrato, partecipa della funzione estensiva propria dell'art 110 c.p., specificando la possibilità di rispondere ai sensi delle norme incriminanti di parte speciale anche per comportamenti che in queste non sono descritte: in tal senso può costruirsi in relazione all'art 575 c.p. una norma reale, che suoni: "Chiunque concorre in un omicidio istigando un altro a cagionare la morte di un uomo, è punito, se l'istigazione è accolta ed il delitto commesso, con la reclusione non inferiore ad anni ventuno."

Rispetto a tale norma chi istiga risponde non già per aver posto in essere un antecedente causale dell'omicidio, ma per aver tenuto una condotta rispondente ad un modello legale e perciò tipica. Va inoltre precisato che alcuni fatti divengono tipici in quanto provvisti di alcune note, che corrispondono a modalità codificate, altri invece sono tipizzati in maniera funzionale in quanto cioè producono un certo evento. Di tipicità del comportamento istigante, può dunque parlarsi, ma con una necessaria precisazione: il giudizio di conformità avviene rispetto ad una previsione, quella reale, che unifica tutti i dati in una significatività funzionale e quindi

differenziata, mentre i complessi problemi relativi al meccanismo di rilevanza di comportamenti originariamente “atipici” come quelli delle fattispecie autonome di istigazione, possono risolversi solo in un momento, che precede logicamente il giudizio finale sulla idoneità dell’intero fatto a produrre un certo tipo di conseguenza penale. Il giudizio di tipicità parziale ha dunque un senso se condotto alla stregua della norma incriminante, come momento di determinazione dell’esistenza dei presupposti per la rilevanza dell’intero fatto di reato.

Questa analisi dimostra come contrastanti siano le opinioni circa la possibilità di individuare fattispecie autonome di istigazione, e quali siano le ragioni che fondano tale contrasto dottrinale. I restanti commi dell’art. 115 c.p. , da cui ha preso le mosse tale riflessione, prendono in considerazione le ipotesi di accordo o di istigazione, cui non segue la commissione di un reato e che la dottrina tradizionale, definisce quasi reati. Ci si riferisce infatti a condotte penalmente sanzionate in qualità di concorso morale, come avremo modo di vedere. La previsione di non punibilità per tali comportamenti risponde all’esigenza di evitare che la libertà personale possa essere compressa in conseguenza di mere attività psichiche, non estrinsecatesi nella realtà materiale ²¹. Secondo la dottrina tradizionale la norma in esame sancisce il principio di irrilevanza degli atti preparatori, stabilendo il limite minimo della soglia di punibilità del tentativo.

Apprestiamoci dunque, terminata l’analisi del requisito dell’ idoneità, ad analizzare quello che è il rapporto altrettanto ampiamente esaminato dalla dottrina, tra istigazione e tentativo.

²¹ Cass. Pen. Sez. II, 6-12-1972, n. 1083

2.2 -I rapporti tra istigazione e tentativo: dottrina e giurisprudenza-

Analizzando le norme penali disciplinanti la fattispecie istigatoria, affiorano notevoli punti di tangenza fra queste due fattispecie,

consentendo di accertare che gli elementi tipizzanti gli atti di tentativo (idoneità ed univocità) svolgono la stessa funzione anche all'interno del fatto di istigazione. Lo spettro delle opinioni dottrinali formatesi sui rapporti tra istigazione e tentativo nel corso degli anni, pur non essendo particolarmente ampio è, tuttavia, estremamente articolato. Risulta possibile , comunque, riunire le diverse posizioni di pensiero in tre grandi correnti.

Nella prima si collocano le opinioni di quegli autori, tra cui Petrocelli, che hanno interpretato l'istigazione come complementare e integrativa del tentativo, sostenendo che istigazione ed accordo descrivono una categoria di atti tipici, i quali pur essendo manifestazione di un proposito criminoso e diretti a commettere un delitto, non sono punibili in quanto non esecutivi.

Nella seconda, invece, confluisce il pensiero dell'altra parte della dottrina, il cui esponente è Latagliata, che ravvisa nella fattispecie di cui all'art 115 c.p. una funzione precettiva: essa rappresenterebbe una deroga espressa al principio generale della irrilevanza giuridico-penale degli atti tipicamente preparatori ²².

Ultima posizione, sostenuta da Mormando, è quella per cui l'istigazione sarebbe una forma particolare di tentativo di concorso ²³.

²² LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, Napoli, 1964 ; nello stesso senso STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Bologna, 2006, il quale attraverso una puntuale critica del concetto di azione esecutiva osserva che l' art. 115 è " norma che si uniforma alle regole del tentativo e che offre un valido elemento interpretativo per definire il criterio di adeguatezza, che fonda la riferibilità del fatto al soggetto".

²³ PALMIERI, *Osservazioni in tema di istigazione a delinquere*, in RIDPP, 1968. In prospettiva parzialmente differente TONINI, *Istigazione, tentativo e partecipazione al reato*, in *Studi Delitala*,

Partendo dalla lettura dell'art 115 c.p. accingiamoci ad analizzare il primo dei tre orientamenti appena elencati:

“Salvo che la legge disponga altrimenti, qualora due o più persone si accordino allo scopo di commettere un reato, e questo non sia commesso, nessuna di esse è punibile per il solo fatto dell'accordo. Nondimeno nel caso di accordo per commettere un delitto, il giudice può applicare una misura di sicurezza. Le stesse disposizioni si applicano nel caso di istigazione a commettere un reato, se l'istigazione è stata accolta, ma il reato non è stato commesso. Qualora l'istigazione non sia stata accolta, e si sia trattato d'istigazione a un delitto, l'istigatore può essere sottoposto a misura di sicurezza.”

Secondo Petrocelli ²⁴, il disposto di questo articolo rappresenterebbe un principio di carattere generale. La collocazione della norma nella parte generale del codice, insieme alla presenza nella parte speciale di diverse fattispecie che codificano eccezioni al su citato principio, costituiscono alcuni tra gli argomenti a favore di tale tesi dottrinale. Nel delitto tentato, l'autore osserva “ che l'art 115 pone in modo esplicito nel sistema del diritto penale italiano, tra il mero proposito interno di commettere un delitto e la esecuzione dello stesso, una categoria di atti , i quali pur essendo manifestazione esterna di quel proposito e pur essendo destinati, predisposti , diretti al fine di commettere un delitto, non sono punibili”.

Accordo e istigazione descrivono quindi nel sistema, quel complesso di attività, che dalla prima manifestazione esterna del proposito criminoso, giungono fino al momento dell'incontro della volontà, nella prima ipotesi, ovvero all'insorgenza della risoluzione criminosa, nella seconda. Negli atti di

1985, il quale osserva che con l'introduzione dell'art 115 c.p. si è sancita la regola dell'immunità da pena del tentativo idoneo ed univoco, che si esprima nelle forme dell'accordo o della istigazione non seguita da altre attività”.

²⁴ PETROCELLI, *Il delitto tentato*, CEDAM, 1966

comunicazione, di induzione, di accettazione, di organizzazione, di determinazione delle condizioni, delle modalità, dei mezzi del delitto e del procacciamento, allestimento e distribuzione dei mezzi, si individuano gli atti attraverso i quali si può realizzare l'accordo ovvero la istigazione.

Sarebbe, dunque incoerente ritenere non punibili gli atti cui sopra si è fatto cenno, solo perchè commessi in occasione di un accordo o all'interno di una attività istigatoria e giudicarli, invece, illeciti se riferiti ad un individuo isolato. Tali attività continuano a rappresentare, allora, quella mai soppressa categoria che dottrina e giurisprudenza chiamano degli atti preparatori. Per i sostenitori di tale dottrina dunque, la funzione dell'art 115 c.p. è quella di rappresentare un limite espresso alla norma generale sul tentativo e di sancire, attraverso una non punibilità dell'accordo e della istigazione sterile, che con essi il reato non è ancora iniziato.

Una funzione precettiva è invece attribuita alla fattispecie descritta dall'art 115 c.p. da Latagliata²⁵, in deroga al principio della irrilevanza penale degli atti tipicamente preparatori. Secondo questa diversa posizione dottrinale si osserva acutamente che nella realtà, attività che si collocano in un momento ulteriore rispetto all'accordo e alla istigazione, ad ogni modo, non costituiscono condotte punibili al pari di taluni comportamenti di semplice complicità materiale, posti in essere prima della commissione del reato, ma al di fuori di ogni preventivo accordo o di una istigazione accolta. [L'autore propone, in proposito, l'esempio della cameriera che, scorgendo arrivare dei ladri nei pressi della abitazione presso cui presta servizio, ma senza aver stretto con questi alcun preventivo accordo, lascia aperto l'uscio, così facilitandone la penetrazione nella abitazione.] In questi casi si domanda Latagliata: "la non punibilità dipende davvero dall'art 115 c.p. o non piuttosto da un principio generale di cui all'art. 115 c. p. non è altro che una applicazione?"

²⁵ LATAGLIATA, op. cit., in relazione alla tesi di Petrocelli l'autore propone l'esempio di A, che avendo accettato dietro compenso di uccidere B acquista l'arma, ne sperimenta l'efficacia, effettua ricognizioni sul luogo, in cui verrà consumato l'omicidio etc.

Sostenere che l'accordo e l'istigazione non seguiti da realizzazione del reato non sono punibili, in quanto non rappresentano ancora attività esecutive, non equivale a ritenere che tutte quelle attività, che non possono essere ricomprese nelle categorie di cui sopra sono esecutive e, pertanto, punibili a titolo di tentativo. Secondo tale dottrina, quindi l'articolo in questione non ha la funzione di segnare nel sistema il limite di punibilità degli atti di tentativo, ma rappresenta la traduzione normativa del principio di tipicità dell'azione punibile. Tale dottrina sottolinea l'identità di natura dell'accordo e della istigazione con gli altri atti di complicità e con i corrispondenti atti posti in essere nelle ipotesi di delinquenza individuale; ciononostante l'autore non ritiene di dover proporre l'applicabilità anche a tali condotte della misura di sicurezza, prevista dall'articolo in esame, risultando ancor più evidente il suo carattere di eccezionalità.

Le due posizioni di pensiero sembrano, in definitiva, anche se attraverso un differente iter logico argomentativo, fondarsi su un medesimo concetto: la dichiarata differenza tra le attività preparatorie e quelle esecutive. Entrambe, seppur incontestate sul piano della coerenza logica delle loro argomentazioni, non sembrano avere la stessa forza in relazione al dato di partenza.

Ma è sempre determinabile con geometrica precisione la linea che separa gli atti preparatori da quelli esecutivi, così da consentire di collocarvi al di qua l'istigazione e al di là il tentativo?

Tizio realizzerà la fattispecie di cui all'art 115 c.p., se si accorda con Caio, per fare recapitare dolci avvelenati a Sempronio, mentre risponderà di tentativo di omicidio, se l'accordo interviene con un fattorino ignaro. Ancora: se A istiga B a fare fuoco contro C siamo all'interno dei cancelli della disposizione di cui all'art. 115; mentre si dovrà ritenere applicabile la norma

di cui all'art. 56 c.p. ; se l' istigazione è rivolta nei confronti di B, che ritiene essere scarica l'arma.²⁶

I dubbi sorgono, però , allorchè si cerca di risolvere , adducendo tali esemplificazioni, il tema della individuazione della natura e della funzione della fattispecie di istigazione “ sterile”.

Pedrazzi ha autorevolmente ritenuto che “esecutiva è l'attività risolutiva dell'iter, quella che porta con sé l'evento se e quando l'evento si verifica”. Aggiunge l'Autore che “ l'attività esecutiva deve essere idonea a cagionare direttamente il risultato”, non condividendo alcuna delle posizioni di pensiero fino a qui esaminate. Al contrario ritiene che l'art 115 c.p. intenda introdurre un limite espresso alla rilevanza penale del tentativo, resosi necessario per il venir meno della legittimità della distinzione atti preparatori-atti esecutivi.”

Se si condividono tali osservazioni, infatti, la collocazione dell'istigazione nella fase degli atti preparatori crea interrogativi in merito alle tesi di Petrocelli e Latagliata. La negazione del loro possibile inserimento nell'area degli atti esecutivi, infatti, rinvia alla necessaria determinazione di quella degli atti preparatori come tali privi della qualifica di idoneità. Si tratta di accertare meglio se esiste un punto, raggiunto il quale si può ritenere rilevante, a titolo di tentativo, anche il comportamento istigante , benchè ad esso non sia seguita la effettiva commissione del reato; ciò indipendentemente dalla collocazione della istigazione (o dell'accordo) nell'ambito degli atti esecutivi o preparatori valutati con i criteri desumibili dall' art 56 c.p. [“ Chi compie atti idonei, diretti in modo non equivoco a commettere un delitto, risponde di delitto tentato, se l'azione non si compie o l'evento non si verifica.. ... Se il colpevole volontariamente desiste dall'azione, soggiace soltanto alla pena per gli atti compiuti, qualora questi costituiscono per sé un reato diverso. ... “] .

²⁶ Gli esempi sono rispettivamente di VANNINI, *Il problema giuridico del tentativo*, Milano, 1950 e di LATAGLIATA, op. cit.

Sarebbe, infatti, difficile, giustificare perché debba qualificarsi ancora preparatoria una attività che collega due intelligenze – quella dell'istigato con quella dell'istigatore – e che effettivamente è pervenuta con l'accoglimento alla realizzazione del risultato per il quale essa è stata posta in essere. Si pensi, ad esempio, alla lettera contenente una sollecitazione a prestare una falsa testimonianza che da Tizio- istigatore – arriva a Caio – istigato – il quale sta aspettando proprio il recapito di tale messaggio, per rendere la sua deposizione. In questo caso, qualora il delitto non venga realizzato , se cioè si rimane all'interno dell'istigazione sterile, non appare corretto sostenere che tale attività continui ad essere ancora qualificabile come meramente preparatoria.

Tanto nella prima quanto nella seconda delle tesi sopra esposte, se si dovesse fondare, come questi autori sembrano proporre, la collocazione del fatto nei cancelli dell'istigazione ovvero del tentativo, sul dato della azione esecutiva, intendendola tradizionalmente, si opererebbe una discriminazione. Si osserva, infatti, che in tal modo si giungerebbe a dover riconoscere che gli stessi atti, muniti della stessa quantità di idoneità ed in equivocità, se realizzati all'interno di una fattispecie monosoggettiva, diventerebbero punibili a titolo di tentativo in quanto esecutivi; valutati, invece, in una fattispecie plurisoggettiva regredirebbero allo stadio di atti preparatori, rilevando soltanto ai fini della disposizione di cui all'art 115 c.p., per l'irrogazione della misura di sicurezza. Proprio lavorando sul concetto di azione esecutiva è sorta e si è sviluppata in Italia la terza teoria, di cui immediatamente si tratta.

Per progredire e approfondire l'analisi del rapporto tra istigazione e tentativo, occorre dunque prender coscienza della teoria dell'istigazione come forma di tentativo di partecipazione. L'indagine non si rileva particolarmente complessa potendosi ricondurre i contributi scientifici a due grossi filoni: nel primo si collocano gli autori che hanno patrocinato l'inammissibilità del tentativo di partecipazione; nel secondo, coloro i quali

invece hanno guardato all'istigazione come ad un'ipotesi di tentata partecipazione²⁷.

E' il primo dei due filoni che ha annoverato maggiori adesioni: il contributo più significativo si deve a Bettiol²⁸.

L'Autore prende le mosse dalla constatazione preliminare che di tentativo di partecipazione sarebbe possibile parlare da due differenti prospettive: quando il partecipe pone in essere oggettivamente e soggettivamente l'atto di partecipazione; quei casi nei quali il partecipe non pone in essere tutto ciò che occorre per realizzare l'atto di partecipazione. Più rigorose le sequenze logico argomentative, attraverso le quali si snoda il pensiero del secondo modello interpretativo; l'esempio che Bettiol adotta è assai noto e prevede il caso di Tizio che volendo istigare Caio, a compier un omicidio gli invia una missiva, che viene intercettata dalla Polizia, prima ancora che essa giunga al destinatario. Ebbene si osserva che non è legittimo parlare di tentativo di partecipazione, in quanto, nonostante il concorrente abbia posto in essere tutta l'attività necessaria ad integrare la compartecipazione, non è possibile coordinare tale atto con la struttura della fattispecie di tentativo.

Una inversione di tendenza dottrinale si registra con la presa di coscienza delle carenze della teoria della accessoria²⁹: i sostenitori dell'inammissibilità del tentativo di partecipazione hanno così diffusamente fondato la loro opinione sulla mancanza, all'interno della condotta istigatoria, di volta in volta, dell'elemento della idoneità ovvero della univocità, tipici, invece, dello schema del tentativo.

²⁷ FLORA, *Il ravvedimento del concorrente*, Padova, 1984

²⁸ BETTIOL, *Sul tentativo di partecipazione delittuosa*, in *Annali di Dir. Proc. Pen.*, 1932

²⁹ BETTIOL, op. cit., lo riconosce espressamente, allorchè afferma che " se riconosciamo alla partecipazione una natura accessoria, dobbiamo, invero, negare la possibilità di punire un tentativo di istigazione o complicità nel reato ora accennato".

Occorre ora completare il quadro culturale rendendo conto dell'opinione di chi a questa dottrina non ha aderito. I primi accenni ad una qualificazione della fattispecie, oggetto di tale analisi, sono risalenti nel tempo, anche se rinvenuti in un'unica opera del Manzini³⁰.

L'autore giunge a qualificare in siffatti termini l'istigazione, dopo averne enucleato gli elementi essenziali della struttura oggettiva. Acquisito, infatti, che le note di fattispecie dell'idoneità e dell'univocità si sono accertate essenziali anche per la sussistenza della condotta istigatoria, " vorrà dire , allora, che almeno nei suoi termini fondamentali la disciplina del tentativo si potrà estendere all'istigazione".

Consegue che l'istigazione può essere valutata, come una forma particolare di tentativo, che l'ordinamento giuridico ritiene di non dover sanzionare per mere ragioni di politica criminale.

Nel cuore della ricerca, descritte le tre distinte posizioni dottrinale, si collocano le riflessioni di Mormando. Questi ritiene che si debba necessariamente meditare sulla categoria degli atti esecutivi per superare il dilemma relativo alla identificazione della istigazione come tentativo di partecipazione. Si tratta di accertare se e quando possono qualificarsi come idonei e soprattutto come univoci gli atti di esecuzione della istigazione da parte dell'istigato. In particolare egli ritiene che intendendo in generale ogni atto che inizi a realizzare una decisione della volontà, è atto esecutivo della istigazione qualunque atto comincia a realizzare la volontà dell'istigatore. Ciò rende evidente che la valutazione del comportamento dell'istigato dovrà compiersi in contemplazione costante di tale indissolubile collegamento e , cioè, tenendo conto del fatto che esso realizza con l' attività , la volontà dell'istigatore, cui la propria ha aderito.

L'autore propone un caso classico su cui riflettere: chi provoca l'annegamento di una persona, inesperta del nuoto, durante una gita in

³⁰ MANZINI, *Trattato di diritto penale*, Torino, 1984

barca. Il quesito fondamentale resta quello concernente l'oggetto da considerare: se cioè da considerarsi ai fini della valutazione della idoneità si debbano osservare solo gli atti posti in essere dall'istigato o debba invece comprendersi anche la condotta istigatoria. Nel primo caso è evidente che non si determinerebbe alcuna differente soluzione, mentre nell'altro caso tale soglia di punibilità potrebbe essere anticipata: potrebbero così qualificarsi come idonei anche atti che di per sé non potrebbero giudicarsi tali ma che potrebbero esserlo solo se considerati esecutivi di una istigazione accolta.

Un' ulteriore riflessione offerta dal medesimo Autore è quella relativa alla difficile prevedibilità del comportamento dell'istigato, a causa della non facile modificabilità degli atti umani, non equiparabile ai fatti della natura.

Mormando osserva che la incertezza circa la prognosi del futuro comportamento dell'istigato viene meno tutte le volte in cui costui dimostra con comportamento deciso e univoco, di voler tradurre in atto la istigazione. L'ostacolo di natura logica, relativo alla carente copertura statistica della prognosi evolutiva della istigazione, resta superato dalla constatazione che l'inizio di un' attività esecutiva così caratterizzata sta a significare la potenzialità effettuale dell'istigazione stessa, ovvero la sua capacità a realizzarsi in concreto secondo il programma già stabilito. Mentre, dunque, in generale gli atti saranno giudicabili idonei solo quando essi si rivelino ex ante in grado di produrre l'evento, nel delitto tentato conseguente ad istigazione, l'accoglimento segna il limite cui rapportare tale giudizio, in quanto tutto ciò che segue all'accoglimento non può essere per tale dottrina considerato atto preparatorio. La ratio del tentativo, risiede quindi nella individuazione di un limite al di sotto del quale non sorge la tutela penale, con la previsione delle ipotesi di istigazione accolta.

Il legislatore ha inteso così prender coscienza della esistenza, all'interno delle fattispecie plurisoggettive, di un livello e di un grado di evoluzione non unitario delle condotte verso la rilevanza penale. Presupposto ciò, l'accoglimento assolve ad una duplice funzione: quella di segnare il limite

del “ niente affatto penale” e dall’altro individuare il confine tra la penale rilevanza dell’istigazione come ipotesi di quasi reato e quelle invece appartenente all’ambito dogmatico del concorso di persone nel reato.

Secondo tale orientamento quindi la funzione dell’art115 c.p. deve individuarsi proprio nella esigenza di apprestare una tutela giuridica più avanzata rispetto a condotte che non potrebbero altrimenti qualificarsi, né come ipotesi di concorso , né come ipotesi di tentativo.

Eseguito un approfondito esame delle posizioni di pensiero fino a qui enucleate, quest’ultima sembra rilevarsi più proficua ai fini di una moderna riconsiderazione dei rapporti tra istigazione e tentativo, nonché maggiormente condivisa in giurisprudenza.

Sin dagli anni Ottanta, la Cassazione Penale, afferma tale principio di diritto. La fattispecie giudicata è quella di delitto tentato di costruzione non autorizzata di disponibilità valutarie all’estero, a favore proprio o altrui, per legge equiparato al delitto consumato. Si osserva che non è da intendersi integrato il reato dall’attività negoziale, dalla quale derivino obbligazioni da eseguirsi all’estero (attività che costituisce soltanto un presupposto di fatto della condotta punibile) e nemmeno dagli accordi intervenuti in tal senso tra le parti, espressivi di volontà di delinquere, ma non ancora costitutivi di comportamento penalmente rilevante, come si desume dalla norma dell’art. 115 c.p.; l’articolo dichiara impunito il solo fatto dell’accordarsi o dell’istigazione , anche accolta, se il reato non venga poi commesso, anche, ovviamente, in forma di tentativo . Sono, invece, necessari gli atti, anche soltanto preparatori, posti in essere per dare attuazione alla volontà di delinquere (o all’accordo per delinquere) qualora essi, oltre che diretti inequivocabilmente a realizzare il modello di condotta proibita (la formazione incontrollata di ricchezza fuori del territorio dello stato), siano idonei a tale realizzazione³¹.

La medesima Corte con pronuncia più risalente, in tema di astensione e turbata libertà degli incanti afferma quanto segue: non integra gli estremi del reato di turbata libertà degli incanti la condotta di chi, concorrendo a una gara (nella specie, per una vendita fallimentare), proponga ad altro concorrente di riconoscergli il rimborso delle spese sostenute per la partecipazione alla gara in cambio della propria astensione a presentare ulteriori offerte, se la proposta non venga accettata. Tale condotta non integra, invero, alcuno dei comportamenti tipici indicati nella norma e non configura neppure gli estremi del tentativo punibile, ai sensi degli art. 56 e 353 c.p., del reato, sub specie della collusione, mancando, nell'ipotesi considerata, l'accordo fraudolento delle parti.

Nel caso, neanche è configurabile un tentativo del reato previsto dal successivo art. 354 c.p. (astensione dagli incanti): in quest'ultima fattispecie, invero, il reato presuppone l'accordo delle parti sull'astensione (quale antefatto non punibile) cui segue l'astensione (che rappresenta il momento in cui si consuma il reato); trattandosi, peraltro, di reato omissivo proprio, la stessa struttura del delitto non rende configurabile il tentativo. Nel comportamento anzidetto non può, pertanto, che riscontrarsi l'istigazione a commettere un reato, non punibile ex art. 115 c.p. "Certo è che il C. si sia rivolto alla B. offrendole di astenersi dall'incanto dietro compenso da parte sua, resta da esaminare se tale condotta possa aver dato luogo al tentativo punibile del reato.

Il raggiungimento di un accordo con la B. avrebbe certamente potuto dar luogo a un tentativo del reato previsto dall'art. 353, c.p. sub specie della collusione. Il tentativo può infatti configurarsi in tutti i casi in cui si compiano atti idonei diretti univocamente all'impedimento o alla turbativa della gara, sempre che l'evento non si verifichi per fatto non imputabile all'agente. Nella specie però deve escludersi che si sia pervenuti a tale stadio, non

³¹ Cassazione Penale, sez. I, 31 Maggio 1985, n.11603: "... la prova della partecipazione attiva del singolo alla fase della costituzione dell'organizzazione ha in se anche quella della partecipazione alla stessa.sulla base del fatto che secondo l' id quod plerumque accidit, questa condotta iniziale non si esaurisce mai in se stessa ma sfocia in una partecipazione attiva susseguente."

essendovi stata la formazione di un consenso al riguardo, in considerazione del rifiuto della predetta di accedere a una soluzione del tipo offerto dall'odierno ricorrente.

Occorre però anche verificare se il comportamento del C. possa aver dato luogo a un tentativo in relazione al reato previsto dal successivo art. 354 c.p., la cui struttura giuridica presuppone l'intervento di un accordo del tipo sopra ipotizzato (che rappresenta l'antefatto non punibile), cui segua l'astensione (che rappresenta il momento in cui il reato si consuma), tanto da essere annoverata in dottrina, la figura criminosa in esame nella categoria dei reati omissivi. Anche a tale quesito, tuttavia, deve darsi risposta negativa perché, trattandosi di reato omissivo proprio, la stessa struttura del delitto non consente la figura del tentativo, essendo noto che sino a che il comportamento omissivo non sia intervenuto, nessuna attività punibile può essere addebitata all'agente, e che quando, invece, sia intervenuta l'astensione, il reato non può che ritenersi consumato” .

Non resta, pertanto, nel comportamento propositivo dell'imputato, che un'attività prodromica, sfornita della idoneità a dar luogo al tentativo, qualificabile, al più, come istigazione a commettere un reato, non punibile ex art. 115 c.p. [Cassazione Penale, sent.1999]

Nella relazione al codice penale sul progetto definitivo, lo stesso Rocco in risposta ad una iniziativa di modifica dell'art 119 del progetto (115 c. p. vig.) affermava fosse “erroneo ritenere che reato commesso equivale a reato consumato”, in quanto tale ultima forma comprende ogni momento dell'esecuzione del reato e quindi anche il tentativo; lo stesso Rocco illustrando il progetto aveva affermato che l'intento del legislatore era di considerare fuori degli atti del tentativo, anche nella forma più ampia accolta, quindi non passibili di pena , “ tutti quegli atti d'istigazione e di accordo che non siano seguiti da altra attività”. E' in tal senso interpretabile l'altra osservazione dei compilatori secondo la quale si era inteso con la norma in esame porre un limite espresso al tentativo: il limite è nel senso

esclusivo della irrilevanza del semplice accordo e della semplice istigazione.

Proprie quest'ultime riflessioni, unite all'esplicazione delle dottrine sopra descritte, permettono di cogliere la proteiforme e complessa questione del rapporto tra istigazione e tentativo, che coinvolge la relazione tra istigato e istigatore, i loro molteplici risvolti psicologici e le altrettante soluzioni prospettate.

3. ISTIGAZIONE A DELINQUERE E APOLOGIA

Nell'ambito dei delitti contro l'ordine pubblico, il legislatore ha configurato nella parte speciale quattro figure delittuose, tutte accomunate da medesimi problemi di fondo analoghi a quelli esaminati in rapporto alle condotte istigatrici e apologetiche, ricomprese tra i delitti contro la personalità dello stato.

Proseguendo nell'indagine circa la natura della fattispecie istigatoria, iniziamo con la lettura delle singole norme di parte speciale, e con l'analisi di casi giurisprudenziali, invertendo l'iter dottrina- giurisprudenza fino ad ora applicato.

3.1. - Il codice Rocco: l'art 414 c.p. -

L' art 414 c.p. prevede che:

“ 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 lire quattrocentomila 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”

La disposizione incriminante in esame, reprimendo l'istigazione a delinquere in sé considerata, introduce una

deroga all'art 115c.p. ,: tale deroga è secondo il legislatore giustificata dal fatto che l'eccitazione pubblica al delitto basta di per sé a minacciare la sicurezza collettiva.³²

Affermata dottrina però ritiene che l'attribuzione di tale qualifica di “ deroga” abbia determinato alcune carenze d'inquadramento sistematico preliminare della fattispecie ex art. 414 c.p.: la pubblica istigazione a delinquere rientrerebbe così nel novero delle ipotesi, in cui l'istigazione a commettere reati rimasta sterile configura una autonoma fattispecie criminosa. Il difetto di questa impostazione consiste nella mancata considerazione della sensibile diversità strutturale esistente tra le due norme in questione, che esclude la possibilità di instaurare tra di esse un rapporto sia pure di eccezione e regola.

L'art 115, infatti come già ampiamente visto, presuppone la mancata commissione del reato istigato, mentre l'art 414 c.p. è caratterizzato da una clausola di indifferenza rispetto agli esiti della manifestazione istigativa. L'autore viene punito “ per il solo fatto della istigazione”, trovando la fattispecie riscontro anche se il reato o i reati istigati siano commessi ove ricorrano i requisiti della compartecipazione morale con particolare riguardo al nesso di causalità. L'istigatore risponderà , in tal caso, oltreché a titolo di istigazione , anche di concorso nel reato istigato.

Si ripropone dunque la dicotomia in ordine alla natura della fattispecie istigatoria, tra concorso di persone nel reato e fattispecie autonoma, che cercheremo di appianare nel capitolo a seguire.

Proseguendo nell'analisi della fattispecie disciplinata nell'art 414 c.p., la giurisprudenza tradizionalmente sottolinea che la pubblica istigazione a delinquere “ diminuisce per se stessa nella opinione pubblica la fiducia nella

³² DE VERO, voce *Istigazione a delinquere e a disobbedire alle leggi*, in *Digesto Disc. Pen.* , VII, Torino, 1993

sicurezza sociale”³³. Tale fattispecie offenderebbe dunque il sentimento collettivo di sicurezza in capo ai consociati, realizzando un effetto perturbativo, assimilabile a quello della pubblica intimidazione.

Secondo altri però, sarebbe possibile affermare con autorevole certezza che non è stata la previsione del pubblico timore la ragione determinante per il legislatore di incriminazione del fatto in esame. Utile appare condurre un confronto con l’art 421 c.p., che incrimina la minaccia di commettere gravi reati contro la pubblica incolumità in modo da incutere pubblico timore. Indubbia in tal caso è la condotta di minaccia, in quanto prospetta con maggiore immediatezza e soprattutto in stretta dipendenza dalla volontà dell’ agente la commissione del reato evocato, è di per sé portatrice di una potenzialità ben superiore a quella riferibile alla semplice istigazione, che affida per contro all’altrui potere di autodeterminazione le prospettive di attuazione del fatto istigato; una fattispecie di pubblica istigazione a delinquere che fosse rivolta alla tutela del sentimento collettivo di sicurezza dovrebbe essere pertanto caratterizzata da ulteriori, più selettivi elementi, di quelli evidenziati dall’art 421 c.p., in modo da surrogare la minore attitudine offensiva insita nella condotta incriminata.

Succede invece esattamente il contrario: da un lato oggetto dell’istigazione ex art 414 c.p. può essere la più esigua delle contravvenzioni; dall’altro, a fronte dell’evento di danno che secondo la prevalente interpretazione si richiede ai sensi dell’art 421 c.p., il livello di offesa del bene protetto nell’istigazione a delinquere non va oltre il pericolo astratto.

L’ipotesi di una comune oggettività giuridica potrebbe a questo punto essere ancora avanzata solo se il trattamento sanzionatorio dell’istigazione a delinquere, risultasse molto più mite di quello predisposto per la pubblica intimidazione, in coerenza con l’attitudine offensiva estremamente ridotta della prima nei confronti del sentimento collettivo di sicurezza. La previsione di una sanzione edittale di gran lunga più grave fa dedurre che ben altro è

³³ Cass. Pen. Sez. II Sentenza 17 Marzo 1974

l'oggetto di tutela tenuto presente dal legislatore nel processo genetico della fattispecie in questione.³⁴

Proseguendo nella indagine, c'è chi, in forza di tali osservazioni, si è chiesto se oggetto della tutela penale dell'istigazione a delinquere, non siano "le fondamentali concezioni di valore della collettività", "il consenso sui valori da parte della maggioranza dei consociati", potenzialmente turbati dalla ribellione alla legge penale, insita nella pubblica manifestazione istigativa. Tale spiegazione appare compatibile con la configurazione strutturale dell'art.414 c.p.

La condotta incriminata consiste nell'istigare pubblicamente a commettere delitti e contravvenzioni. Il requisito della pubblicità, per la sua fondamentale rilevanza, richiede un approfondimento, che verrà condotto nel paragrafo a seguire.

L' "istigazione" assume, inoltre, rilevanza solo se idonea, secondo un giudizio ex ante e in concreto, a provocare delitti: in mancanza di tale idoneità, non si tratterebbe più di condotta illecitamente istigatrice, bensì di libera manifestazione del pensiero. Ciò che impedisce di ravvisare nell'istigazione a delinquere l'oggetto giuridico sopra indicato è proprio l'esigenza di non contraddire la tutela apportata all'art 21 Cost. ad ogni forma di manifestazione del pensiero.

Proprio il giudice di legittimità con la sentenza del 23-4-1974, n.108, in parziale accoglimento dell'eccezione di illegittimità in rapporto all'art 21 Cost., aveva dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 415 c.p.

Tale norma di parte speciale che disciplina la fattispecie di istigazione all'odio fra le classi sociali è stata giudicata contraria ai principi costituzionali "nella parte in cui non specifica che l'istigazione all'odio fra le

³⁴ BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, 1984

classi sociali, deve essere attuata in modo pericoloso per la pubblica tranquillità”.

Un intero filone di pensiero, ispirato alla concezione dei limiti cosiddetti logici alla libertà di espressione, ha ravvisato nella condotta istigativa, una condotta estranea all’ambito di operatività dell’art 21 Cost., ritenendo che questa integri un principio di azione, essendo caratterizzata dalla netta prevalenza di momenti emotivi e irrazionali. Su tale orientamento è però prevalsa l’opposta tendenza a riconoscere la massima estensione alla nozione espressa nella norma costituzionale sopra indicata. L’istigazione comprende in sé, quindi, oltre ai contenuti di “pensiero”, momenti pratici di “azione”, ponendosi come antecedente di fatti criminosi.

Ipotizzando, invece che il nucleo offensivo dell’istigazione a delinquere consista nell’effetto di provocazione o “scandalo”, nel disturbo cioè del sentimento collettivo di convinta adesione ai valori riconosciuti dall’ordinamento giuridico penale, non si valorizzano le componenti “pratiche” dell’istigazione, ma si fa piuttosto riferimento a quei risultati che la condotta può conseguire in quanto vera e propria manifestazione di pensiero, che si pone in contrasto con la comune sensibilità dei consociati.

Da qui l’interesse dei consociati a non essere turbati nell’esperienza esistenziale dei valori su cui in particolare si fonda l’ordinamento penale, sembra costituire la diretta conseguenza del riconoscimento costituzionale della libertà di espressione. Vi è dunque l’esigenza di ricercare le ragioni dell’incriminazione dell’istigazione a delinquere su un terreno obiettivo, che valorizzi il significato pratico della condotta, per scoprire la ratio sottesa all’art 414 c.p.

Ci si sposta, dunque, necessariamente verso l’accezione oggettiva dell’ordine pubblico, inteso quale assenza di “pericolo di reati”.³⁵ La “

³⁵ Su tale accezione dell’ordine pubblico diffusa nella dottrina italiana, *DE VERO, Tutela penale dell’ordine pubblico. Itinerari ed esiti di una verifica dogmatica e politica criminale, 1988*

pericolosità” dell’istigazione a delinquere si risolverebbe nella sua indubbia attitudine a promuovere un clima di criminalità diffusa, in aperta contraddizione con la funzione di prevenzione generale, che l’intero sistema penale è chiamato ad assolvere. In questa cornice, occorrerà il concorso di un complesso integrato di requisiti tipici, che configurino la manifestazione istigativa alla stregua di una interferenza illegittima nell’altrui sfera comportamentale. Si realizzerà una sorta di corto circuito tra pensiero ed azione, così da evitare che la “pericolosità” della condotta resti affidata alla mera forza argomentativa e persuasiva della comunicazione.

Per verificare tale asserzione di De Vero occorre rivolgere l’attenzione all’esame dei requisiti dell’art 414 c.p. La semplicità della fattispecie in esame sottintende in realtà alcune questioni che si ritiene di dover affrontare.

Preliminarmente va precisato che l’articolo in esame prevede il delitto di istigazione in due distinte ipotesi: istigazione a commettere delitti e istigazione a commettere contravvenzioni. Codeste due ipotesi concretano altrettanti distinti titoli di reato della medesima specie. Questa conclusione è necessaria, perché le dette ipotesi non costituiscono evidentemente circostanze del reato, dato che non si saprebbe dire senza arbitrio, quale di esse sia aggravante o attenuante, e in quale disposizione dell’art.414 sia contenuta la nozione semplice del delitto. Si tratta di distinti titoli di reato, perché ciascuno di essi ha un proprio e diverso elemento costitutivo e una particolare sanzione, indipendentemente da quella dell’altra ipotesi.

L’istigazione a commettere uno o più delitti costituisce il titolo più grave e quella a commettere una o più contravvenzioni concreta il titolo meno grave. Data la struttura della incriminazione e il sistema del codice, l’aver istigato a commettere tanto uno o più delitti, quanto uno o più contravvenzioni, sia pure con il medesimo fatto, avrebbe dovuto importare il concorso dei due distinti titoli criminosi, a norma dell’art 81, prima parte. Ciò al legislatore è sembrato eccessivo, e di conseguenza si è stabilito, nel penultimo capoverso l’assorbimento del titolo meno grave nel più grave” se

si tratta di istigazione a commettere uno o più delitti e una o più contravvenzioni si applica la pena stabilita nel n. 1". Il delitto di istigazione a contravvenzioni è così considerato elemento costitutivo del delitto di istigazione a delitti, essendosi in tal modo creata un' ipotesi particolare di reato complesso.

Da ultimo, va sottolineato che per l'applicabilità del titolo dell'art.414 c.p., che ha carattere generico, è necessario che l' istigazione a reato non sia specificatamente incriminata da altra norma penale. Occorre cioè che il reato istigato non sia preveduto quale oggetto d'una istigazione particolarmente incriminata. Qualora, dunque, una legge speciale, invece di incriminare specificatamente la istigazione ai reati da essa preveduti, richiamasse semplicemente l'incriminazione generica del codice penale, è senza dubbio applicabile la disposizione generale del codice penale sull'istigazione a delinquere.

Ad esempio, l'istigazione pubblica a commettere uno o più fra i delitti di personalità internazionale (ex art 241 e ss.), o interna dello Stato, è punibile non a norma dell'articolo 414, bensì ex art. 303.

In merito alle modalità, proseguendo, dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ritenersi che l'istigazione possa realizzarsi con le modalità e attraverso i mezzi più vari, comprensivi della dissimulazione sotto forma apparentemente lecita³⁶. Questa tesi è frutto della tendenza a ricondurre la problematica dell'istigazione a delinquere alla disciplina di parte generale della compartecipazione morale³⁷. In particolare Manzini qualifica la pubblica istigazione come un tentativo di compartecipazione eccezionalmente punibile, assumendo in tal senso rilievo assorbente una prospettiva diagnostica: l'istigazione viene così assimilata alla causalità psicologica, quale che sia stata la precisa manifestazione fenomenica

³⁶ Cfr. *FORTI, Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990

³⁷ Manzini, op. cit.

dell'intento eccitativo dell'agente. Se si valorizzasse invece l'autonomia della fattispecie, sarebbe necessario orientarsi verso una connotazione in termini ristretti della condotta, vincolata alla manifestazione chiara ed univoca dell'intento del soggetto agente di far commettere ad altri il reato istigato. Si propone nuovamente in tali termini la questione relativo alla natura del reato di istigazione a delinquere, fondamentale per individuare le modalità di realizzazione della fattispecie penale in esame.

La formulazione letterale della norma incriminatrice tace in ordine ai destinatari della manifestazione istigativa. Dovrebbe derivarne l'affermazione circa l'indeterminatezza dei soggetti cui è rivolta l'istigazione. Si tende invece a non escludere la riferibilità all'art. 414 c.p. di un'istigazione indirizzata ad una o più persone determinate, in presenza del requisito di pubblicità della condotta: si attribuisce rilievo decisivo, così, in proposito al passaggio dei lavori preparatori del codice penale, caratterizzato dalla sostituzione dell'originario riferimento al "pubblico", con il più generico avverbio "pubblicamente".

Considerando l'oggetto della manifestazione istigativa, rileva la questione del livello di determinatezza e concretezza che il reato o i reati evocati dal soggetto attivo debbono attingere ai fini dell'integrazione della fattispecie.

Va infatti precisato che una pubblica istigazione che si esaurisca nella conversione in forma imperativa del divieto posto dalle varie norme incriminatrici, può tutt'al più intimidire, provocare o destabilizzare la propensione all'osservanza delle leggi penali, ma non è adatta ad integrare una situazione di pericolo "reale" di perpetrazione dei reati istigati. Si richiede, quindi, l'indicazione da parte dell'agente di modalità concrete che conferiscano consistenza pratica all'intento esternato.

Proseguendo nell'analisi degli elementi tecnici caratterizzanti la fattispecie incriminatrice dell'istigazione a delinquere, si osserva che tale delitto è imputabile soltanto a titolo di dolo, intendendosi con questo la volontà cosciente e libera, nell'intenzione di commettere il fatto in sé (dolo

generico)³⁸, allo scopo di istigare a reato o di fare l'apologia di un delitto (dolo specifico). Se questo fine manca, può aversi colpa, ma non dolo.

Il delitto dunque si consuma non appena viene pubblicamente realizzata la condotta istigatrice, a prescindere dalla effettiva commissione del reato o dei reati istigati. Secondo parte della giurisprudenza, ai fini della consumazione non sarebbe neppure necessaria la effettiva percezione della istigazione da parte dei terzi, ma basterebbe la semplice percepibilità delle espressioni usate dall'agente³⁹. Tale assunto non appare però compatibile con la tesi interpretativa che, sulla scorta della giurisprudenza costituzionale, richiede la concreta idoneità della condotta istigatrice a provocare la commissione di reati da parte di terzi. Ciò dimostra come ogni aspetto della fattispecie in analisi sia oggetto di dibattiti tanto in dottrina che in giurisprudenza. Il reato non si configura inoltre se il delitto istigato è commesso in presenza di una causa di giustificazione, come ad esempio la legittima difesa. La punibilità non è invece inficiata quando successivamente all'istigazione intervenga una causa di estinzione in ordine al delitto che ne costituiva l'oggetto.

Concludendo il capitolo dedicato all'esplorazione della ratio del legislatore sottesa all'art 414 c.p., è opportuno estendere il nostro punto di vista andando brevemente a descrivere le altre fattispecie incriminatrici contenute nel capo dedicato ai Delitti contro l'ordine pubblico.

Partiamo dalla descrizione di un caso pratico, perseguibile penalmente.

Alcuni obiettori fiscali invitano i contribuenti a ridurre l'autoliquidazione dell'imposta sul reddito delle persone fisiche nella misura corrispondente alle spese militari previste nel bilancio statale.

³⁸ Cass. 5 Luglio 1985, cit. : nel senso che sia richiesto un dolo specifico v., invece, MANZINI, Trattato, cit. ; Cass. 16 Marzo 1953, in Riv. Pen. 1953.

³⁹ Cfr. ZAGREBELSKY, I delitti contro l'ordine pubblico, in Giurisprudenza sistematica, cit.

Con l'art 415 c.p. si incrimina tale fattispecie concreta.: “ Chiunque pubblicamente istiga alla disobbedienza delle leggi di ordine pubblico (...) è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni⁴⁰.

La ratio sottesa a tale norma incriminatrice è di impedire forme di istigazione dirette a provocare disordini egualmente capaci di turbare la sicurezza collettiva.

Nel secondo comma invece, la norma in analisi ha ad oggetto un fatto diverso ma egualmente rilevante penalmente. All' art 415 c. p. si legge: “ chiunque pubblicamente istiga (...) all'odio tra le classi sociali, è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni.

E' questa una figura di reato difficilmente compatibile con i principi di libertà politica sanciti dal nuovo ordinamento costituzionale. La Corte Costituzionale con la sentenza di accoglimento parziale n.108/74, già esaminata, nell'intento di salvaguardare la norma, ha finito per riformulare la fattispecie, affermando che l'incriminazione è legittima soltanto se l'istigazione sia attuata “ in modo pericoloso per la pubblica tranquillità”: secondo la Corte, dunque, l'istigazione all'odio fra le classi sociali, non può costituire reato- pena la violazione dell'art 21 Cost. - ove non derivi in concreto un pericolo per l'ordine pubblico. Sentenza questa considerata manipolativa dai più.

La stessa Corte di Cassazione, con sentenza pronunciata il 13 Maggio 1975, ha ritenuto tale statuizione non vincolante per il giudice ordinario, osservando che le declaratorie di parziale incostituzionalità della norma penale con “ portata additiva o manipolativa del precetto o della sanzione, potrebbero essere direttamente applicate senza violare il principio di stretta legalità”.

Tutte queste questioni emerse e trattate confermano il carattere problematico dell'intera disciplina dell'istigazione, sottolineando l'importanza

⁴⁰ VIOLANTE, voce Istigazione a disobbedire alle leggi, in Enc. Dir. XXII, Milano, 1972

dell'effettuata analisi circa le intenzioni del legislatore e la ratio sottesa all'art 414 c.p., in via preliminare rispetto all'indagine sulla sua natura.

3.2 La pubblicità ed il reato di istigazione privata:

art. 302 c.p.

Un approfondimento dettagliato ritengo meriti il requisito principalmente caratterizzante la condotta descritta dall' art.414 c.p.: la pubblicità.

La condotta incriminata consiste nell'istigare pubblicamente a commettere delitti e contravvenzioni. Va comunque precisato che il requisito della pubblicità rappresenta elemento costitutivo del fatto tipico e non già condizione di punibilità; per cui, ai fini della configurabilità del dolo, è necessario che l'agente sia consapevole di realizzare la condotta istigatoria in pubblico, come affermato dalla Cassazione con pronuncia del 15 Marzo del 1974. L' art. 266 ultimo cpv. c.p. stabilisce che “ agli effetti della legge penale, il reato si considera avvenuto pubblicamente, quando il fatto è commesso:

- I. col mezzo della stampa, o con altro mezzo di propaganda;
- II. in un luogo pubblico o aperto al pubblico ed in presenza di più persone;
- III. 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”.

Tale nozione di pubblicità, pur essendo ricavata dall'esperienza, non è una nozione di fatto , ma una nozione “legale”⁴¹.

⁴¹ DI VICO, *op.cit.*

Queste integrano un quadro ambientale più atto a sottolineare la dimensione pratica, ed in particolare criminogena, di una manifestazione istigativa che abbia per oggetto fatti di reato; la compresenza fisica promuove una atmosfera emozionale, ponendo le basi di possibili sviluppi criminosi più o meno immediati. La tipizzazione di tale comma sconta però taluni limiti in tale direzione: troppo scarno è l'accento alla "presenza di più persone" nel riferimento al luogo pubblico o aperto al pubblico; d'altra parte, la nozione di "riunione non privata", di cui al n. 3, suscita dubbi circa il rispetto da parte del legislatore del canone della tassatività, specie in relazione allo scopo od oggetto, da cui dovrebbe dipendere tale qualificazione in discorso.

L'elencazione, però, deve ritenersi assolutamente tassativa e non consente una applicazione analogica bensì solo una interpretazione estensiva. Le tre ipotesi formulate dal legislatore esauriscono, quindi, completamente il concetto di pubblicità ai fini ed agli effetti della "legge penale".

Dallo stesso tenore letterale dell'art.266 c.p., si ricava che la nozione di pubblicità del fatto ivi contenuta è posta agli effetti della legge penale, ed è quindi valida, per ciò che qui interessa, nei confronti di tutte le forme di pubblica istigazione.

La validità della precedente affermazione è stata contestata da Manzini, il quale basandosi su un passo della relazione ministeriale⁴², non ha ritenuto applicabile tale nozione all'ipotesi delittuosa prevista e punita dall'art.303⁴³ c.p. Non pare, però, che sussista alcun giustificato motivo per ritenere che il legislatore, dopo aver dettata la norma di cui all'art. 266 c.p., che ha una portata generale, abbia poi inteso dare allo stesso avverbio un significato diverso. In senso opposto alla sopra citata opinione, infatti, è stato rilevato che, avendo il codice penale adottata la formula "istiga pubblicamente", in sostituzione di quella contenuta nel progetto "istiga il pubblico", il reato di

⁴² *Relazione ministeriale* sul progetto del codice penale

⁴³ Articolo abrogato con la L. 1982 n.304

pubblica istigazione sussiste anche se l'azione sia rivolta ad un solo soggetto, senza che sia necessaria l'istigazione diretta al "pubblico", purchè in presenza delle condizioni di cui all'art 266 c.p.⁴⁴.

Le modalità di pubblicità possono distinguersi a seconda che il connotato di diffusività della condotta si realizzi prescindendo dalla compresenza fisica dell'autore e dei destinatari della manifestazione, oppure postuli un quadro ambientale caratterizzato dalla possibilità di comunicazione immediata tra l'uno e gli altri.

Controverso, invece, è in dottrina e giurisprudenza se la pubblicità del fatto sia da considerarsi elemento costitutivo o condizione obiettiva di punibilità dell'istigazione a delinquere. La polarizzazione sul requisito dell'offesa all'ordine pubblico, impone di aderire alla prima alternativa, alla stregua della prevalente opinione, derivandone sul piano del requisito soggettivo, la necessaria consapevolezza da parte del soggetto attivo di agire in condizioni di pubblicità⁴⁵. Contrario è l'orientamento secondo il quale tale elemento è condizione obiettiva di punibilità, ribadendo l'irrelevanza non soltanto dell'eventuale ignoranza dell'obiettiva illiceità penale del fatto criminoso esaltato, ma anche del preciso fine di esaltare o approvare uno o più delitti affinché altri ne commettano di ulteriori, non essendo richiesta la qualificazione teleologica della condotta dell'agente⁴⁶.

Avvalendosi delle diverse pronunce giurisprudenziali, si afferma, come più volte già sottolineato, che l'azione, sia nell'istigazione diretta che in quella dissimulata, debba presentare una intrinseca attitudine ad incidere, per capacità di persuasione o per forza di suggestione, sull'altrui sfera volitiva, cosicché il reato non può essere integrato dalla pubblicazione, in un periodico, di un elenco di persone facoltose, nel contesto di un servizio riservato alla trattazione del fenomeno dei sequestri di persone (Trib.

⁴⁴ ANTOLISEI, *op.cit.*

⁴⁵ Cass. 15 Marzo 1974, cit.

⁴⁶ Cass. sez. I, 19 Gennaio 1979

Milano, 5 Marzo 1975) ; in applicazione del principio della necessità del requisito dell' idoneità della condotta, si è escluso il reato in esame nel caso di diffusione di volantini contenenti l' espressione " occupiamo le scuole e le facoltà" non costituendo condotta idonea a determinare altri soggetti al reato (Trib. Pisa, 10 Ottobre 1975). La condotta è da considerarsi tipica solo se presenta anche un contenuto immediatamente offensivo per il bene tutelato, in quanto solo il requisito di una concreta offensività per tale interesse riesce a superare e neutralizzare le garanzie poste dal sistema costituzionale a tutela della libertà di manifestazione del pensiero e della critica. Nella specie è stata censurata la mancata considerazione, nella motivazione della sentenza annullata, di significativi elementi di fatto, quale l' esplicito dissenso manifestato dai destinatari del messaggio verso il programma illecito propolato pubblicamente mediante diffusione di volantini incitanti alla diserzione nel quadro di manifestazioni pacifiste indette in occasione del coinvolgimento italiano nella cd. Guerra del Golfo.

Nel senso, invece, che integra gli estremi del reato in esame, è la condotta di chi si rivolga ai presenti in un comizio con le parole " nessuno di voi risponda alla chiamata all' Esercito per difendere i capitalisti e gli imperialisti americani" (Cass. Pen., Sez . I, 20 ottobre, 1955).

Costituisce, invece, una deroga alla regola della non punibilità dell'istigazione privata a delinquere, non accolta o non seguita da effetto, la norma incriminatrice all'art. 302 c.p. . Trattasi di un titolo specifico di reato in relazione a quello generico previsto nell' art.414 c.p. L'articolo in esame stabilisce:

" Chiunque istiga taluno a commettere uno dei delitti non colposi, previsti dai capi primo e secondo di questo titolo, per i quali la legge stabilisce l'ergastolo o la reclusione, è punito , se l'istigazione non è accolta, ovvero se l'istigazione è accolta ma il delitto non è commesso, con la reclusione da uno a otto anni. Tuttavia la pena da applicare è sempre inferiore alla metà della pena stabilita per il delitto al quale si riferisce l' istigazione "

Ripercorrendo l'evoluzione legislativa in materia, appare che il codice penale del 1889 non conteneva una specifica incriminazione dell'istigazione privata a commettere un delitto contro la sicurezza dello Stato, ma prevedeva soltanto il delitto d'istigazione pubblica (art.135).

Il codice penale sardo-italiano puniva l'istigazione a commettere attentato contro il Re o contro persona della Famiglia Regnante, esigendo anch'esso il requisito della pubblicità, e classificando il delitto d'istigazione tra i reati "contro la pubblica tranquillità" (art. 468).

Volendo passare alla disamina degli elementi caratteristici della condotta penale in questione, appare che soggetto attivo del delitto può essere "chiunque". Se il delitto istigato può commetersi soltanto da un soggetto che abbia una determinata qualità personale, è necessario, per aversi un'istigazione individuale, che il soggetto istigato posseda la detta qualità personale.

L'incriminazione in discorso costituisce una eccezione alla regola della non punibilità dell'istigazione pubblica a delinquere non accolta o non seguita da effetto⁴⁷. Come detto, l'ipotesi delittuosa in esame è una specie eccettuata del genere previsto nell'art. 414 c.p., cioè un titolo specifico di quel delitto generico d'istigazione a delinquere, che si riferisce a qualsiasi reato, e non soltanto a determinati delitti. L'art. 302, infatti, stralcia da quella incriminazione generica l'ipotesi specifica dell'istigazione a commettere un delitto contro la personalità internazionale o interna dello Stato, e ne fa un delitto contro la personalità dello Stato, anziché contro l'ordine pubblico. Ed il titolo dell'art. 302 è tanto più specifico, in quanto non pone la condizione della pubblicità della istigazione, che è invece richiesta dal titolo dell'art. 414 c.p..

⁴⁷ Relazione Ministeriale sul progetto del codice penale: "l'istigazione prevista nell'art. 302 s'inquadra nel sistema del progetto, come una eccezione al principio generale sancito nel secondo e nel terzo capoverso dell'art. 115 c.p., in tema di concorso di persone nello stesso reato; non costituisce cioè, reato la semplice istigazione non accolta, o, anche accolta, non effettivamente seguita dal reato. Codesta eccezione è autorizzata dall'inciso iniziale della prima parte dello stesso art.115 c.p., implicitamente richiamato nel secondo capoverso. "

Il delitto previsto nell'art. 302, quindi, ha doppiamente carattere di *delictum exceptum*, perché consiste nell'incriminazione eccezionale d'una istigazione non pubblica e non accolta o non seguita da effetto, e perché è un titolo specifico in relazione a quello generico contemplato nell'art. 414.

L'elemento materiale del delitto consiste poi, nell'istigare taluno a commettere un delitto doloso contro la personalità internazionale o interna dello Stato, punibile non con la sola multa, senza che l'istigazione sia accolta o sia seguita da effetto. Il primo requisito per l'esistenza del nostro reato è che l'istigazione non sia accolta, ovvero, se accolta, che il delitto non sia stato commesso, come espressamente stabilisce l'art. 302.

E' questa appunto la eccezione alla regola generale sancita nell'art. 115, determinata dalla particolare importanza e delicatezza dell'interesse tutelato, per cui si è ritenuto che il fatto non sia da considerarsi soltanto per la possibile applicazione della libertà vigilata, ma debba essere punito come delitto contro la personalità dello stato.

Per il delitto in analisi, inoltre, è necessario che il rapporto d'istigazione consista in una azione suggestiva dell'istigatore verso una o più persone determinate. L'istigato non è soggetto passivo del delitto, perché questo non espone a pericolo né lede interessi suoi, bensì esclusivamente l'interesse relativo alla personalità dello Stato. L'istigato non è, neppure, concorrente nel delitto commesso dall'istigatore, perché questo delitto consiste, appunto, nell'istigare e non nell'esser istigato. Ed invero, se l'istigazione non fu accolta, è manifesto che l'istigato non ha commesso alcun fatto illecito, ma anzi ha adempiuto ad un dovere. Se l'istigazione fu accolta, ma tuttavia l'istigato non si decise a commettere il delitto suggeritogli, egli non può essere assoggettato a sanzione penale, perché non ha violato alcuna norma penale. L'aver accolta l'istigazione prova bensì l'esistenza d'un accordo per delinquere, ma, esclusa l'applicabilità dell'art. 302, non per ciò si rende applicabile l'art. 304. La prima di codeste norme, infatti, punendo siffatta specie di accordo come istigazione accolta

ma non seguita da effetto, di cui fa carico soltanto all'istigatore, ha sottratto alla previsione dell'art.304 il caso d'accordo del quale si tratta.

L'accoglimento dell' istigazione può talora, rivelare la pericolosità sociale del soggetto; ma per cautelarsi contro codesta pericolosità è sufficiente, se il giudice lo ritiene opportuno, applicare la misura di sicurezza della libertà vigilata.

Indagando, poi, sulla natura di tale delitto , l'art. 302 descrive un reato di mero pericolo, formale, eventualmente permanente. La consumazione si verifica nel momento e nel luogo in cui è avvenuta l' istigazione idonea diretta univocamente a far commettere alcuno dei delitti indicati nell'art.302: istigazione che, come abbiamo veduto, non deve essere accolta, o, se accolta, non deve essere seguita da effetto.

Per l'imputabilità del delitto, inoltre, sono necessari il dolo generico e specifico, cioè la volontà cosciente e libera e l'intenzione di istigare altri a commettere alcuno dei delitti indicati nello stesso art. 302. Occorre pertanto accertare che il fine specifico dell'agente, risultante dalla sua attività, fu quello d' indurre altri a commettere alcuno dei detti reati. La semplice colpa, cioè l' eccitamento imprudente, ma non soggettivamente diretto a quel fine, non è punibile, neppure se risulti idoneo a sospingere altri a delinquere. Parimenti irrilevanti sono per la nozione del delitto i motivi del fatto. Di essi terrà conto il giudice, come circostanza aggravante o attenuante, ovvero per l'applicazione discrezionale della pena.

Il concetto d' istigazione, quindi comprende tanto quell'attività psichica che consiste propriamente nella determinazione a delinquere, quanto l' istigazione in senso stretto. Qui, tuttavia, presupponendosi che l'istigazione non sia stata accolta, o che, pur essendo stata accolta, non sia seguita da effetto, può venire in considerazione soltanto l'istigazione in senso stretto, perché la " determinazione" riguarda il caso in cui il reato sia stato

consumato o tentato, non potendosi dire che taluno sia stato determinato a delinquere, se nulla ha fatto ⁴⁸.

L'azione che può dar luogo al delitto preveduto nell'articolo 302 c.p., pertanto, deve consistere in un eccitamento o in una provocazione, cioè nel proporre altri motivi di impulso o nel demolire motivi di inibizione, in relazione all'attività delittuosa che l'istigatore vuol provocare (incitare, animare, aizzare, sospingere, stimolare).

Il che può farsi direttamente, tentando di cagionare immediatamente l'effetto psichico voluto (es.: discorsi o scritti invitanti a delinquere, ordini, minacce, provocazioni, ecc.) sia indirettamente, mirando a produrre mediamente l'effetto medesimo, attraverso uno stato d'animo preparatorio, a causa di spontanea reazione o per naturale progressione scenico-e-motiva (es.: esaltando, commovendo o sdegnando con false notizie; presentandosi come vittima; ecc.)

E' indifferente che l'agente voglia indurre l'istigato a commettere da solo il delitto di cui si tratta, ovvero che proponga all'istigato stesso di

commetterlo insieme con lui. In ogni caso, l'istigazione, per essere punibile a norma dell'art.302, deve apparire idonea, in se stessa, a conseguire l'effetto voluto dall'istigatore; altrimenti non è "istigazione", o, quanto meno, non è istigazione pericolosa. Dal presupposto del delitto, che l'istigazione non sia stata accolta o seguita da effetto, non si può dedurre la conseguenza della punibilità della istigazione inidonea, perché col detto presupposto, la legge prevede soltanto che l'istigazione, pur essendo idonea in se stessa, non sia risultata tale in concreto. Se fosse inidonea anche per se stessa, si tratterebbe di quella ipotesi di reato impossibile, che è costituita dalla "inidoneità" dell'azione, la quale può importare soltanto l'applicazione della misura di sicurezza della libertà vigilata.

⁴⁸ MANZINI, op.cit.

Quando l'istigazione è diretta esclusivamente a una o più persone determinate, è indifferente il luogo pubblico o privato, in cui avviene. La pubblicità del luogo non costituisce neppure circostanza aggravante⁴⁹. Ma se l'agente, pur volendo istigare particolarmente una o più persone determinate, si contenga in modo da istigare anche il pubblico, è applicabile il titolo più grave previsto nell'art.303 c.p.

Terminata l'esauriente disamina degli elementi costitutivi la fattispecie di istigazione privata, va ora precisato che la norma incriminatrice non rileva solo in quanto deroga della tipica condotta pubblica d'istigazione, ma anche per la tendenza ad elevarla a fattispecie autonoma di reato.

Va innanzitutto precisato che, esaminando più da vicino l'art. 115 c.p., può sembrare che il codice identifichi l'istigazione accolta con l'accordo.

Il terzo comma, infatti, equipara le due figure sia al fine di sancirne la non punibilità, quando siano dirette a far commettere un reato, sia al fine di permettere l'applicazione di una misura di sicurezza, quando siano dirette a far commettere un delitto.

Capita, anzi che alcuni Autori definiscano l'istigazione utilizzando gli elementi costitutivi dell'accordo; si è affermato, in particolare, che si avrebbe istigazione nel comunicare ad altri un proposito con l'intento di far tenere determinati comportamenti⁵⁰.

E' questo il punto di partenza per un'ulteriore approfondimento.

Se per il legislatore l'istigazione accolta si fosse identificata con l'accordo, non sarebbe stato necessario inserire nell'art. 115 una norma equivalente

⁴⁹ Relazione ministeriale sul progetto del codice penale: "L'istigazione rivolta a una persona o anche a più persone determinate, ma in luogo pubblico o aperto al pubblico e in presenza di più persone, rientrerà sempre nelle previsioni dell'art. 302, il quale prevede una specie di istigazione che per brevità chiamerò privata. Nulla vietava di fare della pubblicità una circostanza aggravante, ma è parso che non fosse il caso di introdurre questo elemento accidentale in una figura di reato, che è da considerare eccezionale, secondo la nostra legislazione".

⁵⁰ G. MAGGIORE, Diritto Penale, I, Milano, 1996

all' attuale comma 3. Esistono, inoltre, casi nei quali a fianco dell' incriminazione dell' istigazione inefficace, è incriminato autonomamente il mero accordo per compiere gli stessi fatti , che possono essere oggetto della condotta induttrice. Qui il riferimento è proprio agli artt. 302 e 304 c.p., che prevedono appunto rispettivamente l' istigazione e l'accordo per commettere delitti contro la personalità dello Stato. Da ciò può derivarsi una deduzione comune: la legge punisce chi si “ accorda”, mentre lascia impunito chi si limita ad “ accogliere” l' istigazione; quest'ultimo al massimo, sarà infatti passibile di una misura di sicurezza , se il fatto eccitato è un delitto.

Da quanto detto sinora, inoltre, si può trarre la conclusione che nell' ordinamento vigente l' istigazione non seguita da ulteriore attività è parificata alla stessa condotta seguita da ulteriori atti, ma non idonea ai sensi dell' art. 56 c.p.

All'interno dell' istigazione inefficace si può tracciare, poi, una ulteriore distinzione. Tale condotta può essere presa in considerazione dal codice , quale sintomo della pericolosità “ soggettiva” dell' autore. Solo una concezione meramente soggettiva dell' illecito penale, potrebbe spiegare l' applicazione di una pena per la sola induzione a commettere un delitto. Viceversa il rispetto del principio di materialità impone che soltanto la pericolosità “ oggettiva” sia elevata a reato ⁵¹.

La scelta di considerare non punibili , di regola, le condotte di mero accordo e istigazione a commettere delitti, e di creare per le stesse la nuova categoria del “ quasi reato”, quindi, può essere giustificata ove si accetti una concezione essenzialmente realistica dell' illecito penale, secondo la quale è punito soltanto chi ha leso un interesse meritevole di tutela. Può in tal senso, accordarsi con i principi dello Stato liberale, nel quale si vuole applicare, la pena soltanto quando è assolutamente necessario per assicurare l' esistenza della società civile. Tale scelta è stata mantenuta

⁵¹ MANTOVANI, op. cit.

con il codice del 1930. Con l' avvento della Costituzione, le ragioni della scelta entrano in crisi. La prevenzione è un compito dal quale lo Stato non può esimersi, se è vero che fra i " diritti inviolabili dell' uomo", che la Repubblica deve garantire, vi sono " quello della vita e quello della libertà prima che siano offesi"⁵².

A questo punto, ci possiamo chiedere se esistono ancora oggi le ragioni per scriminare, di regola, l' accordo e l' istigazione diretti a commettere delitti. Tali condotte potevano essere considerate non pericolose in una società ottocentesca di tipo prevalentemente agrario; non possono più essere ritenute tali in una società industriale, nella quale sono a disposizione di strati sempre più vasti di persone, notevoli mezzi tecnici e rapidi strumenti di comunicazione e trasporto. In una realtà sociale, così diversa, risulta sempre più facile mettere in pratica un accordo od una istigazione a commettere un delitto. Condotte del genere costituiscono un evento pericoloso per la vita della società civile. Inoltre, permettere ai singoli di accordarsi o di istigare altre persone a commettere delitti costituisce un vero e proprio danno al soggetto , che accoglie l' istigazione o che partecipa all' accordo. Si è così ancora distanti dal garantire lo " svolgimento della personalità" del singolo, come imposto dall' art. 2 Cost.

Una volta che si scelga di richiedere una ulteriore manifestazione di attività, vi è un solo strumento praticabile per colpire l'accordo e l' istigazione privata non seguite da delitto consumato o tentato. Tale strumento consiste nell'elevare tali condotte a reato autonomo di istigazione.

Individuato, quindi, il metodo mediante il quale superare l'assolutezza della regola contenuta nell' art. 115 c.p., occorre approfondire i criteri in base ai quali la scelta va effettuata. Si è sostenuto, in precedenza, che tale scelta è oggetto di una " insindacabile soluzione politica" e che " nulla" potrebbe

⁵² P. NUVOLONE, *Sistema del diritto penale*, Padova, 1975

impedire al legislatore di “ attrarre nella sfera della sanzione penale anche l’ istigazione tipizzata nell’ art. 115 c.p.”⁵³.

La Corte Costituzionale ha riconosciuto in più occasioni , che il principio di eguaglianza, impone il dovere di proporzionare la pena dei reati alla diversa importanza dell’ offesa cagionata dagli stessi, a pena di incorrere in una dichiarazione di illegittimità per manifesta sproporzione di pena. Ma lo stesso principio deve valere, a fortiori, per porre un limite alla scelta se elevare a reato una determinata condotta, come quella d’ istigazione privata. L’ elevazione a reato deve avvenire in modo da non creare una irragionevole disparità di tutela rispetto ad altri fatti lesivi di valori costituzionali di pari grado.

Ciò premesso, possiamo procedere ad una valutazione delle ipotesi nelle quali già oggi l’ istigazione privata è elevata a reato autonomo. Ci si può chiedere se è ragionevole incriminare tali condotte quando sono dirette a commettere delitti contro la sicurezza dello Stato, sanzionabili con la reclusione in qualsiasi misura; ci si può chiedere se è logico incriminare l’ istigazione privata al sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione (art 289 bis c.p. , introdotto dall’ art. 2 d.l. 21 marzo 1978 n. 59) e lasciare, invece, esente da pena la stessa condotta diretta a far compiere un sequestro a scopo di estorsione, quando la commissione dei due fatti è sanzionata in modo identico. Lo stesso ragionamento vale più in generale per tutti i casi nei quali ad un delitto contro la personalità dello Stato, corrisponde un reato comune lesivo della vita, dell’ incolumità personale, della libertà o dell’ onore. In alcuni di questi casi il codice già prevede in un apposito articolo un meccanismo per proporzionare reciprocamente le pene quando il reato è consumato o tentato.

⁵³ DE MARSICO, *Premessa dogmatica all’esame dei reati di istigazione, cospirazione e banda armata*, in *Scritti Giuridici in onore di F. Carnelutti*, Padova, 1950

Gli esempi dimostrano come vi sia un trattamento diseguale di condotte che presentano una eguale capacità aggressiva degli stessi beni di rilievo costituzionale. Il fatto che alcune condotte siano plurioffensive, e cioè ledano o mettano in pericolo anche gli interessi dello Stato- persone, può autorizzare una diversa misura della pena. Non si può invece, in tal modo, giustificare una disuguaglianza di trattamento tale da permettere che la stessa condotta sia sempre e comunque esente da pena.

Nell'intento di ricostruire i criteri logici, che devono ispirare nelle grandi linee la scelta del legislatore, possiamo utilizzare come utile indicazione, la graduazione già ricavabile dalle norme vigenti.

La condotta di istigazione privata è rilevante, in presenza di un concorso di persone nel fatto commesso, quando è diretta a commettere qualunque reato anche contravvenzionale (art. 110 c.p.). Sempre la stessa condotta, non seguita da ulteriore attività dà luogo in via eccezionale ad un reato autonomo quando è diretta a compiere delitti di una qualche gravità o a mettere in pericolo “ beni e valori essenziali per la pacifica convivenza associata”.

La scelta del legislatore del 1930 è fondata essenzialmente su criteri politici; forse, l' incriminazione dell' istigazione privata aveva lo scopo, più che d'impedire singoli delitti , di colpire certe manifestazioni di pensiero ostili al regime politico. Il legislatore attuale deve basarsi principalmente sul criterio della prevenzione. La scelta di elevare l' istigazione privata a reato autonomo può, quindi, fondarsi legittimamente sulla gravità del delitto, verso cui è diretta. Il criterio, però, non riuscirebbe a spiegare la elevazione a reato dell' istigazione alla corruzione o alla falsa testimonianza, poiché i fatti eccitati non sono di elevata gravità. In presenza di tali ipotesi il ragionamento fatto dal legislatore pare essere differente. Una volta che un soggetto abbia accolto l' istigazione , difficilmente sarà in grado di recedere dal proposito. In questo caso la minaccia di applicare la pena soltanto in un momento successivo all' accoglimento avrebbe ben scarsa efficacia. In questi casi, quindi , il legislatore è costretto ad intervenire prima.

L' elevazione a reato dell' istigazione privata comporta, tuttavia, il rischio che si possa in tal modo colpire un' espressione di pensiero piuttosto che una condotta oggettivamente pericolosa. La scelta dei singoli casi da incriminare deve essere accurata e fondarsi su due criteri: la gravità del fatto eccitato e la difficoltà psichica di recedere dal proposito. Parimenti occorre tipizzare la condotta in fattispecie, che mettano in evidenza la necessaria capacità di influire sulla autodeterminazione dell'altrui volontà.

L'esame di queste norme rivela, comunque, che nei reati da esse preveduti è sempre possibile isolare un elemento che determina definitivamente la lesione o l' esposizione a pericolo di quell'interesse: tale elemento si aggiunge ad altri elementi, i quali per sé stessi, o non costituiscono reato, ovvero costituiscono reati che possono risultare, rispetto al delitto contro l' ordine pubblico, concorrenti, assorbiti o assorbenti; per effetto di quell'elemento, un singolo soltanto, o un numero indeterminato di membri della collettività (società, popolo, pubblico) riceve un perturbamento, un ' alterazione del proprio sentimento di sicurezza dell'ordinato svolgimento della vita sociale: e questo solo evento è posto alla base della statuizione della norma.

3.3 - L'istigazione a commettere un delitto: la legge Mancino e i reati di discriminazione razziale

Abbandoniamo per un attimo il terreno d'indagine circa la ratio sottesa all'art 414 c.p., per approfondire una tematica connessa di forte ed attuale risonanza.

La prassi registra numerosi casi di reati di discriminazione razziale, risultato dell'istigazione a commettere un delitto. Ripercorriamo, anzitutto l' evoluzione della legislazione penale in materia.

3.3.1 -I reati di discriminazione razziale: la legislazione-

La legge costituzionale n. 1 del 1967, diede esecuzione alla Convenzione internazionale per la prevenzione e repressione dei crimini di genocidio : nell'ambito di essa, è apparsa dotata di una particolare copertura anche la punizione di tipici reati di opinione, come l'apologia di genocidio, e in seguito della semplice propaganda razzista, vista come forma anticipatissima di istigazione al genocidio.

La Corte costituzionale, prendere atto di tali sviluppi, con sentenza n. 15 del 1973, dove esclude recisamente, in virtù della XII disp. trans. fin. Cost., la configurabilità di un contrasto tra le norme della legge Scelba* e la libertà di manifestazione del pensiero.

Con la legge 13 ottobre 1975 n. 654 di esecuzione della C.E.D.R. (estesa di recente agli appartenenti alle minoranze linguistiche) il nostro ordinamento ha per la prima volta accolto una disciplina dell'istigazione all'ostilità contro gruppi della popolazione non limitata all'odio di classe : ma non si è preoccupato di richiamare il pericolo di turbamento per l'ordine pubblico, che pure è stato "aggiunto" dalla Corte costituzionale alla fattispecie dell'art. 415 c.p.. Il fatto di chi diffonde in qualsiasi modo idee fondate sulla superiorità e sull'odio razziale, e di chi incita a commettere atti di discriminazione o di violenza è infatti incriminato a titolo di pericolo presunto. A questa disciplina si è aggiunta in seguito la legge 25 giugno 1993 n. 205, rivolta ad affrontare soprattutto problemi di ordine pubblico e di teppismo negli stadi.

A partire dagli anni '80 i giudici hanno inquadrato le finalità antirazziste nello spirito della Costituzione, hanno rivalutato la ratio della legge Scelba, e hanno ricondotto anche le leggi n. 654 del 1975 e n. 205 del 1993 sotto l'ombrello della XII disp. trans. fin., ritenendole autorizzate a derogare alla libertà di pensiero . Nonostante le proteste della dottrina , si è ritenuta

perfettamente ammissibile, in materia, la configurazione di reati di pura condotta e di pericolo astratto, e l'omissione di ogni indagine sull'idoneità dell'incitamento a conseguire effetti concreti.

La copertura internazionale risalente alla Dichiarazione dell'Onu e agli atti collegati, ha finito dunque col ripotenziare, anche grazie alla legge costituzionale sul genocidio, la legittimazione della XII disp.trans.fin., trasformandola in un limite di ordine pubblico ideale alla semplice manifestazione del pensiero che per l'innanzi era stato sostanzialmente accantonato, ad opera della giurisprudenza comune e costituzionale.

La disciplina di tale fattispecie penale, è stata dunque novellata con il Decreto – legge 26 Aprile 1993, n.122 (“ Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa”), convertito con modificazioni in legge 25 Giugno 1993 n. 205, comunemente detto Legge Mancino dal nome dell'allora ministro dell'interno, che ne fu preponente (il democristiano Nicola Mancino). E' una legge italiana, introdotta nel 1993, che condanna gesti, azioni e slogan, legati all' ideologia nazifascista, e aventi per scopo l'incitazione alla violenza e alla discriminazione per motivi razziali, etnici religiosi o nazionali. La legge punisce altresì l'utilizzo di simbologie legate a suddetti movimenti politici.

Principale strumento legislativo che l'ordinamento italiano offre per la repressione dei crimini d'odio, la "legge Mancino" si colloca all'interno di un complessivo quadro normativo volto a sanzionare le condotte riconducibili al fascismo e al razzismo. Le principali fonti normative al riguardo sono le seguenti:

1. la XII Disposizione transitoria e finale della Costituzione della Repubblica Italiana, al primo comma, stabilisce che "È vietata la riorganizzazione, sotto qualsiasi forma, del disciolto partito fascista";
2. in attuazione della predetta Disposizione, la legge 20 giugno 1952, n. 645, all'art. 1, precisa che si ha riorganizzazione del disciolto partito fascista

quando una associazione, un movimento o comunque un gruppo di persone non inferiore a cinque persegue finalità antidemocratiche proprie del partito fascista:

- esaltando, minacciando o usando la violenza quale metodo di lotta politica,
- o propugnando la soppressione delle libertà garantite dalla Costituzione,
- o denigrando la democrazia, le sue istituzioni e i valori della Resistenza,
- o svolgendo propaganda razzista,
- ovvero rivolge la sua attività alla esaltazione di esponenti, principi, fatti e metodi propri del predetto partito,
- o compie manifestazioni esteriori di carattere fascista;

3. la Convenzione internazionale sulla eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, aperta alla firma a New York il 7 marzo 1966, è stata recepita dall'ordinamento italiano con legge 13 ottobre 1975, n. 654.

Tale Convenzione dichiara nel suo preambolo, fra l'altro, che "gli stati parti della presente convenzione [sono] convinti che qualsiasi dottrina di superiorità fondata sulla distinzione tra le razze è falsa scientificamente, condannabile moralmente ed ingiusta e pericolosa socialmente, e che nulla potrebbe giustificare la discriminazione razziale, né in teoria né in pratica, [e che gli stati stessi sono] risolti ad adottare tutte le misure necessarie alla rapida eliminazione di ogni forma e di ogni manifestazione di discriminazione razziali nonché a prevenire ed a combattere le dottrine e le pratiche razziali".

In conseguenza la medesima Convenzione, all'art. 4, stabilisce che "gli Stati contraenti condannano ogni propaganda ed ogni organizzazione che s'ispiri a concetti ed a teorie basate sulla superiorità di una razza o di un gruppo di individui di un certo colore o di una certa origine etnica, o che pretendano di

giustificare o di incoraggiare ogni forma di odio e di discriminazione razziale".

Sempre nel medesimo art. 4 della Convenzione, gli Stati contraenti "si impegnano ad adottare immediatamente misure efficaci per eliminare ogni incitamento ad una tale discriminazione od ogni atto discriminatorio, tenendo conto, a tale scopo, dei principi formulati nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo [...] ed in particolare:

1. a dichiarare crimini punibili dalla legge, ogni diffusione di idee basate sulla superiorità o sull'odio razziale, ogni incitamento alla discriminazione razziale, nonché ogni atto di violenza, od incitamento a tali atti diretti contro ogni razza o gruppo di individui di colore diverso o di diversa origine etnica, come ogni aiuto apportato ad attività razzistiche, compreso il loro finanziamento;

2. a dichiarare illegali ed a vietare le organizzazioni e le attività di propaganda organizzate ed ogni altro tipo di attività di propaganda che incitino alla discriminazione razziale e che l'incoraggino, nonché a dichiarare reato punibile dalla legge la partecipazione a tali organizzazioni od a tali attività;

3. a non permettere né alle pubbliche autorità, né alle pubbliche istituzioni, nazionali o locali, l'incitamento o l'incoraggiamento alla discriminazione razziale."

Tale principale fonte legislativa si richiama esplicitamente alle predette normative di riferimento, come specificatamente avremo modo di vedere nel paragrafo successivo.

In rapporto alle legislazioni straniere la nostra appare senza dubbio più moderata, e ancora indenne dall'ansia di sfuggire il contagio del messaggio razzista.

L'incitamento all'odio razziale si rivela un reato difficile da definire, suscettibile di applicazioni arbitrarie, pronto a travolgere le garanzie da lunga pezza elaborate per la tutela della libertà di pensiero.

Come avviene per molti reati di opinione, l'applicazione di garanzie precise, come lo scrutinio di pericolosità o la prova dell'intenzione dell'autore, non fa che renderlo inapplicabile, e l'aggancio a beni ulteriori, come l'onore dei gruppi o la dignità umana, ne rende i confini ancora più incerti.

Il fatto che esso sia accolto in tanti ordinamenti dove il pluralismo ha attecchito e l'ordine pubblico si è materializzato, si giustifica in genere con il suo valore simbolico, con la necessità di sancire quella "morale pubblica" ispirata all'eguaglianza che i documenti internazionali esaltano.

Per l'Europa (e non soltanto per essa) il discorso razzista rappresenta un'aggressione alle fondamenta etico-giuridiche sulle quali è avvenuta la ricostruzione del dopoguerra. Questa valutazione affonda le sue radici nell'esperienza storica del totalitarismo e dell'Olocausto, e nell'angoscia esistenziale che ha accompagnato la totale perdita di fiducia nella razionalità e nella moralità dell'essere umano.

Dai rischi di distruzione della democrazia e di annientamento dello stesso genere umano è scaturita, a Norimberga, la tematizzazione dei crimini contro l'umanità, e la fondazione di un nuovo ordine internazionale basato sui principi di libertà, di eguaglianza di pace. Dall'incapacità dell'uomo di respingere le ideologie bellicistiche, totalitarie, e di annientamento razziale – ideologie che hanno dimostrato di favorire la commissione di quei crimini – è scaturito, nell'ambito del nuovo ordine, un giudizio di pericolosità presunta di tali ideologie, e l'assoluto divieto di diffonderle.

Non diversamente da quanto sostenne negli anni '50 il giudice statunitense Learner Hand a proposito della minaccia rappresentata per gli Stati Uniti dalla diffusione del pensiero comunista, l'eccezionale gravità del male

temuto (scontata della sua improbabilità) giustifica tutte le misure necessarie per prevenirlo.

Si manifesta così a livello mondiale l'aspirazione ad una nuova moralità universale, che non pretende più di fondarsi sulla (declinante) ragione di Stato, bensì sulle necessità di sopravvivenza dell'Umanità. Lo spazio guadagnato nelle moderne democrazie pluralistiche dalla libertà di pensiero viene ora occupato da un ordine ideale internazionale, ovvero da una ragione universale, dalla quale i singoli ordinamenti confessano di trarre, se non vita, "alimento" .

Si potrebbe dire che il diritto internazionale abbia così instaurato *ab externo* una protezione della democrazia anche là dove le Costituzioni nazionali non la prevedono, in osservanza del l'intento espresso nelle clausole convenzionali che proscrivono gli abusi delle libertà.

La giurisprudenza internazionale non fa appello di regola alle clausole residuali sull'abuso, preferendo richiamarsi ai limiti previsti per la libertà di pensiero e di informazione.

Dal canto suo, il concetto di *wehrhafte Demokratie* sembra decisamente in declino. Il Tribunale costituzionale tedesco ha ad esempio vietato di tenere una riunione in onore di David Irving, ritenendo verosimile il pericolo che sarebbe stata ribadita la negazione dell'Olocausto, si comprende come per il potere pubblico si tratti in questo caso di manifestare una presa di posizione contro il razzismo, di allontanare da sé i sospetti di connivenza e insieme di dare l'esempio ai cittadini. Usando però uno strumento, come la legge penale, che nessuna fonte di diritto internazionale può giustificare. Tanto meno se questa legge fosse in futuro usata per scopi opposti a quelli che il diritto internazionale (o almeno quello risalente al 1948) si propone, ossia per mettere definitivamente a tacere il pensiero di certe minoranze, considerate nemiche della civiltà occidentale.

La democrazia, concludendo tali osservazioni, non si protegga sanzionando la semplice manifestazione del pensiero individuale, anziché la propaganda di gruppi o partiti organizzati, come indica d'altronde la stessa XII disp.trans.fin. della nostra Costituzione. La nostra legislazione ha acquisito comunque nel tempo un'efficacia crescente, grazie al mutato atteggiamento della giurisprudenza, che si è schierata a fianco del legislatore.

3.3.2 - La legge Mancino e la prassi -

Il ruolo della legge penale non è mai esclusivamente quello di punire fatti che si ritengono offensivi di interessi giudicati meritevoli di tutela e che quindi si vogliono salvaguardare da attacchi ed offese: a questo scopo primario si aggiunge sempre quello di veicolare messaggi che, in tal modo vendono affidati alla particolare efficacia del prestigioso strumento. A volte accade, però, che la finalità secondaria sorchi quella principale, con la conseguenza dello spostamento della valenza della previsione normativa dal piano precettivo a quello simbolico. Anche riguardo a ciò si possono individuare diversi significati e ragioni profonde: dall'esigenza di una forte affermazione di principio di fronte all'incapacità di contrastare un fenomeno socio-criminale, alla volontà di manifestare una presa di posizione netta su di un problema di particolare contenuto ideologico e di pregnante significazione politica.

Se al primo caso si può ascrivere la legge del 1990 in materia di stupefacenti, nel secondo, appare opportuno collocare proprio il decreto cd. anti-naziskin. La differenza tra i due, come si vedrà, è meno grande di quanto non sembri, essendovi al fondo sempre un'impotenza rispetto ad una soluzione reale della questione.

L'argomento in analisi risulta essere centrale ed estremamente delicato; difficile è infatti affrontare una tale prospettiva rispetto ad una materia

politicamente tanto caratterizzata in senso nettamente negativo, come quella del riattivarsi di manifestazioni naziste e di violenza razziale ⁵⁴.

La trattazione di tale questione fa tornare alla mente tanto il dibattito sulla L. 645/1952, in tema di ricostituzione del partito fascista, quanto le discussioni sull'art. 18 della cd. legge Fanfani Reale (152/1975), leggi entrambe richiamate dalla Legge Mancino. In ambedue i casi, gli interrogativi riguardavano la legittimità di deroghe ai principi fondamentali del diritto penale e/o a limiti costituzionali operate al fine di reprimere comportamenti “ fascisti”. Ci si trovava , infatti in presenza di previsioni normative aventi ad oggetto mere manifestazioni del pensiero, oppure atti diretti ma non idonei, quando addirittura a fattispecie di puro sospetto.

A questi paradigmi, sono da ricondurre, i reati di apologia e propaganda fascista e le “manifestazioni fasciste” di cui agli art. 4-5 della legge 645/195; così come le ipotesi di misure di prevenzione previste dalla L . 1527/1975 per coloro che “ compiono atti preparatori.. diretti alla costituzione del partito fascista (art. 18, 3° comma), o che “ debba ritenersi... che continuino a svolgere un' attività analoga a quella precedente”, dopo aver fatto parte di una associazione fascista (art. 18, 2° comma).

Si provava a far leva sul diretto riferimento della legge a quella già citata “ XII disposizione transitoria e finale della Costituzione”, che veniva richiamata nella stessa legge, autoqualificata come “ norma di attuazione”. La cd. legge Fanfani- Reale vide la luce nel contesto di un dibattito incandescente, in cui la sinistra si schierò unita a denunciare contenuti e natura di un intervento penale chiaramente rivolta a contrastare la contestazione di piazza ed il dissenso politico ⁵⁵.

⁵⁴ STORTONI, *Critica del diritto* 1994, “ Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclamo?”

⁵⁵ BRICOLA, *Politica criminale e politica penale dell' ordine pubblico*, il *La questione criminale*, 1975

Ferma fu la presa di posizione degli intellettuali di sinistra e/o i giuristi, denunciando in cennato carattere strumentale delle norme, di cui all' art 18, 2° comma, ma altresì la inaccettabilità delle violazioni ai principi fondamentale, che esse introducevano nel sistema.

Le stesse questioni vengono riproposte scorrendo il testo della l. 1993, n. 122, convertito con la L. 1993, n. 205), nota appunto come Legge Mancino. Si ritiene dunque utile, aver concluso una valutazione complessiva del contesto storico in cui questa nuova fonte legislativa si colloca. Dalla lettura delle disposizioni principali, condotta nel paragrafo precedente, ci si accorge, che l' intero testo è un continuo richiamo a norme di altre leggi, da cui nasce l'esigenza di una necessaria ricostruzione.

L'art. 1 del decreto si articola in sei punti da 1 a 1 sexies , ma con il numero 1 si riscrive l' art. 3 della L. 654/1975, conservando quei caratteri di indeterminatezza , che vedremo contraddistinguono le attuali incriminazioni:

"Salvo che il fatto costituisca più grave reato, [...] è punito: a) con la reclusione fino a un anno e sei mesi o con la multa fino a 6.000 euro chi propaga idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, ovvero istiga a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi; b) con la reclusione da sei mesi a quattro anni chi, in qualsiasi modo, incita a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. È vietata ogni organizzazione, associazione, movimento o gruppo avente tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. Chi partecipa a tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi, o presta assistenza alla loro attività, è punito, per il solo fatto della partecipazione o dell'assistenza, con la reclusione da sei mesi a quattro anni. Coloro che promuovono o dirigono tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da uno a sei anni."

Le lettere a) e b) del primo comma dell'articolo contengono due previsioni penali disposte secondo una scala ascendente di gravità. La condotta iniziale di diffusione di idee, inoltre, è solo apparentemente precisata dalla locuzione in qualsiasi modo che, in realtà, va nella opposta direzione di ricomprendere nella condotta ogni atto che, pur diverso da quello di usuale esternazione del pensiero, esprima un messaggio che l'autore rivolge verso l'esterno. Lo stesso vale per l'oggetto della comunicazione: idee non solo fondate sull'odio razziale, ma altresì sulla superiorità, concetto capace di ricomprendere qualsiasi discorso o considerazione, in qualsiasi sede svolti ed in qualunque modo articolati, financo di antropologia culturale.

La seconda parte della norma si caratterizza, invece, per due dati estremamente significativi rispetto ai principi di diritto penale: in primis, l'equiparazione della incitazione a commettere alla commissione degli atti. Ciò significa, che la incitazione diviene punibile di per sé solo ed a prescindere dalla commissione degli atti da parte dell'istigato con deroga. Ancor più grave il secondo: gli atti puniti vengono definiti solo apparentemente in modo obiettivo, in realtà la loro determinazione non è fondata neanche sull'elemento subiettivo, propriamente inteso (dolo), ma si pretende di operarla con riferimento ai motivi che hanno animato l'autore. La qualificazione, infatti, data all'atto come di discriminazione è di per sé solo, di ben poca specificazione sul piano obiettivo, posto che ogni scelta può essere oggettivamente discriminatoria.

Lo stesso tipo normativo non c'è o non è del tutto vago ed inafferrabile posto che ai motivi razziali ed etnici si sono aggiunti anche quelli nazionali e religiosi, contenuti di per sé per nulla negativamente valutabili. Anche qui l'equiparazione tra incitamento e commissione del fatto, anche qui il riferimento ai motivi e l'ampio novero dei medesimi. L'ancoramento alla "violenza", da inoltre alla fattispecie concretezza, se non fosse per l'aggiunta, nella previsione normativa, degli atti di provocazione alla violenza. Al riguardo pare doversi intendere che la provocazione sia quell'attività volta a sollecitare l'altrui violenza quella, del soggetto discriminato non del "

connazionale” o del “ con fedele”, posto che la sollecitazione alla violenza di costoro è già ricompresa nell’ incitamento già previsto dalla norma .

La legge contiene poi una parte dedicata alle sanzioni aggiuntive rispetto alla pena. La valutazione dell’ insieme, ha come presupposto, la riflessione sull’ effettività delle previsioni penali che contengono le fattispecie di reato.

L’ art 1 bis prevede che con la sentenza con cui viene pronunciata condanna per uno dei reati sopradetti o per un reato previsto dalla legge in materia di genocidio, l’ 96171967, possano essere comminate le seguenti sanzioni accessorie: a) obbligo di prestare attività gratuita in favore delle collettività, b) limiti all’ uscita ed al rientro in casa, c) sospensione della patente o del passaporto e divieto di detenere armi, d) divieto di partecipare alle propagande elettorali.

Sanzioni ben note la prima e la seconda il cui contenuto, tra affittivo e preventivo, è già stata oggetto di dibattito.

Il novero della fattispecie di reato previste dalla legge si arricchisce poi di alcune figure attinenti alle pubbliche riunioni. L’ art. 2 punisce con la reclusione "Chiunque, in pubbliche riunioni, compia manifestazioni esteriori od ostenti emblemi o simboli propri o usuali delle organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi" di cui al più volte citato art. 3 della L. 654/1973. reato tipicamente di opinione, che si differenzia difficilmente da quello di cui alla lettera a) del citato art. 3 di cui abbiamo detto: le condotte descritte dalle norme, appaiono, ricomprensibili nella “ diffusione” in qualsiasi modo di idee di cui alla previsione già commentata.

Il primo capoverso punisce , questa volta a titolo solo contravvenzionale, chi, con quegli stessi emblemi e simboli, si rechi nei luoghi ove si svolgono competizioni agonistiche.

Il terso comma, infine, estende anche ai semplici denunciate e per analoghe ipotesi 2 la disposizione di cui all’ articolo 6 della legge 13

Dicembre 1989 n. 401”, concernente il divieto di accesso negli stadi e nei luoghi ove si tengano gare sportive.

La parte sostanziale della legge, è completata dalla previsione di un’ aggravante, non comparabile con le attenuanti, per chi commette un reato comune “ per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso ovvero al fine di agevolare l’ attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità” (art. 3), nonché da una norma che amplia la fattispecie di apologia di fascismo della legge del 1952 (art.4).

Con l’ art 5 dedicato alle norme processuali in tema di perquisizione e l’art. 6, che prevede l’arresto in flagranza per le ipotesi di reato di cui ai commi 4° e 5° del dell’ art. 4 della

L . 110/1975 (porto d’arma , anche impropria, in pubbliche riunioni) , il quadro delineato è quello di una legge penale dai contorni così incerti da prestarsi ad un utilizzo altrettanto indeterminato. Se ne dovrebbe dedurre la riprova di quel carattere simbolico , che già caratterizzata le altre leggi “ antifasciste” o “ antirazziste”, cui si è fatto cenno. La peculiarità è oggi nella situazione storica che, a differenza di quella in cui si collocano quegli interventi normativi, registra ora un pericolo manifestarsi del fenomeno razziale. Nel 1952, il fenomeno “ fascista” non era certo allarmante onde la legge aveva il carattere della mera presa di posizione ideologica. Quanto all’ art. 18 della L. 152/1975, si è già evidenziato il suo carattere addirittura mistificatorio. La diversità nella realtà di oggi, si ritiene conduca a porsi un interrogativo della sua incidenza nella valutazione della legge, soprattutto, nella valenza che, prevedibilmente, essa andrà ad assumere. La prognosi all’analisi deve essere intesa nel senso di un’ intervento penale ideologico di scarsa applicazione giurisprudenziale. Di questa logica è espressione l’ amplissimo spazio di intervento delle misure coercitive processuali, strumento tipico degli interventi penali politici. Tale reazione penale finisce con il “ nobilitare il destinatario rendendolo “ vittima “ e conseguentemente, moltiplica il fenomeno anziché arginarlo.

Dopo la trattazione di tale profilo problematico, vediamo ora, in che modo tali disposizioni di legge siano state applicate ai casi concreti. La prassi giurisprudenziale è numerosa e articolata, come intendo dimostrare con l'elenco di diverse pronunce della Suprema Corte e di altri organi giudiziari.

Iniziamo l'exkursus della giurisprudenza in tema di reati di discriminazione razziale, con l'analisi di un interessante caso di cronaca: durante l'incontro di Basket Varese contro Tel Aviv, i tifosi del Varese esposero striscioni e scandirono slogan razzisti di rara ferocia («Mauthausen reggia degli ebrei»; «Saponette, saponette»; «Hitler l'ha insegnato, uccidere gli ebrei non è reato»). Accusati di apologia di genocidio, gli avvocati, che li difesero, negarono che quella fosse vera apologia di genocidio: come ogni altra istigazione a delinquere, un pensiero razzista andrebbe punito solo se tanto «suggestivo e persuasivo» da «inculcare un modello di comportamento», con «rilevante possibilità di ripetizione».

La Cassazione però diede torto agli antisemiti varesini, spiegando che «questa speciale apologia, proprio per la mostruosa forma di crimine cui si riferisce, non può richiedere un concreto pericolo di verificazione del genocidio; altrimenti diventerebbe un reato impossibile». Al contrario, va condannata anche la «semplice manifestazione di plauso incondizionato» per «l'intollerabile disumanità, l'odioso culto dell'intolleranza razziale e l'orrore degli stermini nazisti».

Con sentenza del 29.03.1985, la Suprema Corte affermò che il delitto di apologia di genocidio di cui all'art. 8, 2° comma, l. 9 ottobre 1967, n. 962 è un reato di pura condotta, che viene sanzionato per la sua intollerabile disumanità, per l'odioso culto dell'intolleranza razziale che esprime, per l'orrore che suscita nelle coscienze civili ferite dal ricordo degli stermini perpetrati dai nazisti e dal calvario ancora tragicamente attuale di alcune popolazioni africane ed asiatiche; l'idoneità della condotta ad integrare gli estremi del reato non è quella a generare un improbabile contagio di idee e di propositi genocidari, ma quella più semplice di manifestare chiaramente l'incondizionato plauso per forme ben identificate di fatti di genocidio (nella

specie: è stato ricondotto alla fattispecie incriminatrice de qua il fatto di alcuni tifosi locali che, nel corso di una partita di basket fra l'Emerson Varese e la squadra del Makabi di Tel Aviv, inscenarono una grossolana manifestazione di ostilità razzista inalberando striscioni con scritte antiebraiche e scandendo motti di analogo tenore quali "Mauthausen reggia per gli ebrei" "Hitler l'ha insegnato uccidere l'ebreo non è un reato" "Ebrei, Saponette saponette" ⁵⁶.

Proseguendo nell' approfondimento di alcuni casi giurisprudenziali, diverse sono state le posizioni assunte dalla Corte di Cassazione e dagli altri organi giudiziari.

La Suprema Corte di Cassazione con sentenza del 16 marzo 1994, n. 556 sostiene che, affinché si possa affermare che il reato stesso sia stato "commesso per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico", è necessario che lo scopo perseguito sia non soltanto quello della diffusione di idee o di comportamenti contrari a valori tutelati dalla Costituzione, ma anche quello di ottenere, in pratica, l'effettivo risultato di un rivolgimento politico in conseguenza del quale l'assetto istituzionale dello Stato venga radicalmente mutato.

"La partecipazione ad organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi aventi tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, vietata dall'art. 3 della L. 13 ottobre 1975, n. 654(nel testo sostituito dall'art. I del D.L. 26 aprile 1993 n. 122, conv. Con modif. in legge 25 giugno 1993 n. 205), confligge con principi di valore costituzionale, come il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., ma non necessariamente implica, di per sé, eversione dell'ordine democratico, la quale determinerebbe l'applicazione della circostanza aggravante di cui all'art. 1 L. 6 febbraio 1980, n.15" .

⁵⁶ Cass. Pen. 29.03.1985. Parti in causa Abate e altri; *Riviste Foro It.* , 1986

Guardando invece al contenuto delle espressioni incriminate, la Corte di Appello di Venezia, sentenza 2.6.2000 , ha pronunciato che l'aggressione determinata da finalità razziste, rese esplicite da insulti – “negro di merda, negro onto”- pronunciate nel frangente dagli imputati e consequenziali rispetto all'ideologia e all'area politica di appartenenza degli stessi, fonda l'applicazione dell'aggravante di cui all'art. 3 L. 205/93.

Elementi come l' appartenenza degli imputati ad una formazione politica dichiaratamente intollerante verso gli stranieri extra- UE, la provata partecipazione a manifestazioni razziste ed i precedenti penali, escludono, infatti, l'accidentalità degli insulti rivelando al di là di ogni ragionevole dubbio la matrice discriminatoria dell'azione punitiva.

Conformemente la stessa Corte con sentenza 8 marzo 2007, n. 9793, decide, con riguardo ad una denuncia ad un cittadino per il reato di cui all'art. 5 legge 22.5.1975 n. 152 (uso in luogo pubblico o aperto al pubblico di caschi protettivi e di qualsiasi altro mezzo atto a rendere difficoltoso il riconoscimento della persona) e per quello di cui all'art. 2, comma 2, della legge 25.6.1993 n. 205 (uso di simboli propri delle organizzazioni razziste o nazionaliste), perché aveva assistito ad una partita di calcio, parzialmente travisato ed esponendo una bandiera con l'effigie di Mussolini e col fascio littorio.

Sussiste, così, il reato di cui all'art. 2, comma 2, della legge 25 giugno 1993 n. 205, laddove chi accede a luoghi dove si svolgono manifestazioni agonistiche rechi con se emblemi o simboli di gruppi o di associazioni razziste, nazionaliste e simili, sebbene non iscritto a tali gruppi o associazioni, perché anche in quest'ultimo caso ricorre lesione del bene penalmente tutelato.

Punendo reati di discriminazione razziale, si rischia però di minare , un diritto fondamentale tutelato costituzionalmente, che è quello della libertà di espressione.

Innanzitutto con sentenza 28.02.2001 , la Suprema Corte, afferma che la diffusione di idee fondate sulla superiorità della razza ariana, operata dai componenti di una associazione di stampo nazista, tramite volantini, articoli, libri, interviste e programmi televisivi, non rappresenta libera manifestazione del pensiero tutelata dall'art. 21 Cost. non potendo dilatarsi tale diritto sino a giustificare atti o comportamenti che, pur estrinsecandosi in una esternazione delle proprie convinzioni, ledano altri principi di primaria rilevanza costituzionale e valori tutelati dall'ordinamento giuridico interno ed internazionale. Le condotte incriminate integrano il reato previsto dall'art. 3 della legge 13.10.1975, n. 654 e giustificano la repressione della diffusione di idee e dei comportamenti connessi perché confliggono con il principio costituzionale di uguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione, il quale vieta gli atti di discriminazione razziale, nazionale o religiosa, tanto verso i cittadini quanto verso gli stranieri.

La Corte di Cassazione statuisce poi quanto segue in relazione a tale caso concreto: nella città di Verona alcuni esponenti di un partito politico organizzano un'iniziativa di raccolta di firme per chiedere all'amministrazione del Comune di non autorizzare nuovi campi sosta per i Sinti, presentata in un'apposita conferenza stampa e pubblicizzata con l'affissione di manifesti e invio di dichiarazioni ai mass media nei quali si menziona esplicitamente la finalità di " mandare via gli zingari". Ebbene, la Corte ritiene che nell'ipotesi di reati, di cui all'art. 3, lett. a), della legge n. 654/1975 (legge di ratifica ed esecuzione della convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, firmata a New York il 17 marzo del 1966), consistenti nella diffusione di idee discriminatorie o nella istigazione al compimento di atti di discriminazione, oggetto specifico della tutela penale è la dignità umana. Ne consegue che, quando la discriminazione non si manifesta all'esterno per mezzo di un'esplicita dichiarazione di superiorità razziale o di odio, ma è frutto di pregiudizio consistente nell'attribuire dati comportamenti a soggetti appartenenti a determinate etnie, devono essere valutate tutte le circostanze temporali ed ambientali nelle quali il pregiudizio è stato

espresso, al fine di verificare l'effettiva esistenza di un'idea discriminatoria fondata sulla diversità e non sul comportamento.

Con sentenza 28 marzo 2008, n.13234, annullava quindi con rinvio la decisione della Corte d'Appello, sostenendo che, se la discriminazione è frutto di un pregiudizio consistente nell'attribuire dati comportamenti a soggetti appartenenti a determinate etnie, bisogna contestualizzare l'evento, al fine di verificare l'effettiva esistenza di un atteggiamento discriminatorio.

Sulla base delle argomentazioni riportate nella massima che precede, la Corte d'appello di Venezia, pronunciata quale giudice del rinvio a seguito della decisione della Corte di Cassazione sopraindicata, ha nuovamente giudicato lo stesso fatto e ha confermato la condanna degli stessi imputati per il reato di propaganda di idee fondate sulla superiorità e sull'odio razziale o etnico.

In particolare è stato ritenuto che costituisce propaganda di idee fondate sulla superiorità e sull'odio razziale o etnico, ed integra pertanto il reato di cui all'art. 3, lett. a), della legge n. 654/1975, la condotta di chi, pur nell'ambito di una campagna politica, con diverse modalità di manifestazione del pensiero tra loro collegate (pubblica raccolta di firme rivolta ad amministratori locali, affissione di manifesti in diversi Comuni, dichiarazioni alla stampa e in altri contesti), propaganda giudizi investenti non i comportamenti di una comunità di persone (comunità "zingare") ma il loro modo di essere, le loro caratteristiche etniche e culturali e, in ragione di ciò soltanto, l'idea che esse debbano essere allontanate dal territorio. Propagandare, infatti, idee volte a cacciare gli "zingari", allontanandoli dal territorio- non solo comunale - non per la loro condotta, ma in quanto tali, significa negare, o rendere estremamente difficile l'esercizio del loro diritto alla residenza sul territorio nazionale, il diritto all'istruzione dei propri figli e alla libera circolazione sul territorio dello Stato, idee che pertanto risultano fondate sull'odio etnico e sulla superiorità razziale in quanto esprimono il

desiderio di gravi lesioni a più diritti fondamentali di tali persone e l'affermazione che esse debbano godere di minori diritti rispetto alle altre.

Nel caso in cui si verifichi la distribuzione di volantini e l'affissione di manifesti sulle mura cittadine, recanti un invito a firmare la petizione per allontanare gli "zingari" dalla città, questi appaiono palesemente discriminatori, in quanto diretti nei confronti degli zingari in quanto tali e non in ragione di un determinato comportamento a loro ascrivibile. La Suprema Corte di Cassazione, con sentenza 28.03.2008 n. 13234, decide che tale unica condotta realizza entrambi i reati di cui all'art. 3 L. 654/75, lett. a, diffondendo idee fondate sulla superiorità razziale ed etnica ed allo stesso tempo incitando i pubblici amministratori a commettere atti discriminatori, dovendosi ritenere il primo di questi due reati consumato quando l'idea è portata a conoscenza di altri, senza fine specifico ma con la consapevolezza della condotta determinata da sentimenti di superiorità o odio razziale, ed il secondo quando l'incitamento è non solo animato da motivi razziali ma anche finalizzato specificamente ad incitare a commettere un atto discriminatorio.

In entrambi i casi, oggetto della tutela penale non è l'ordine pubblico ma la dignità umana.

Risulta così viziata da illogicità e contraddittorietà la motivazione con la quale la Corte d'Appello di Venezia (sentenza n°186/07) aveva sostenuto la liceità della petizione e l'illiceità del contenuto dei manifesti i quali, però, erano stati affissi proprio per sostenere la petizione.

Altro possibile veicolo di diffusione di idee fondate sull'odio razziale ed etnico e sulla discriminazione nei confronti degli ebrei è internet. Ci si chiede se anche tale fattispecie concreta sostanzia il reato di propaganda razziale ex art. 3 L. 654/75, il quale vieta non soltanto la propaganda di idee fondate sulla superiorità razziale ma anche sul semplice odio razziale. La Corte di Cassazione, con sentenza 3.10.2008, n. 37581, afferma che la condotta ed i documenti incriminati non trovano giustificazione negli artt. 21

e 33 Cost., perché la libertà di manifestazione del pensiero e quella di ricerca storica sono libertà limitate dall'obbligo costituzionale di rispettare la eguaglianza e la pari dignità delle razze e delle etnie e cessano quando travalicano in istigazione alla discriminazione e alla violenza di tipo razzista.

Il reato di propaganda e istigazione, di cui all'art. 3 lett. a L. 654/75, è un reato di pura condotta, connotato da dolo generico. Diversamente, i reati di commissione di atti di discriminazione per motivi razzisti (lett. a) e di commissione di atti di violenza per motivi razzisti (art. 3, lett. b) si caratterizzano per il dolo specifico dell'autore, dal momento che il motivo razziale eccede la condotta discriminatoria o violenta.

La successione nel tempo delle norme incriminatrici - dal D.L. 26 aprile 1993, n. 122, art. 1, convertito con L. 25 giugno 1993, n. 205, alla L. 24 febbraio 2006, n. 85, art. 13, laddove hanno riformulato la L. 13 ottobre 1975, n. 654, art. 3, comma 1, lett.a), non ha abolito il reato previsto dalla prima norma, ma determinato una semplice modifica del trattamento sanzionatorio, dovendosi riconoscere continuità normativa tra le ipotesi di incitamento e quella di istigazione a commettere atti di discriminazione per motivi razziali, e tra quella di diffusione e propaganda di idee razziali.

Eguale sussiste il reato di propaganda di idee razziali per l'affissione di manifesti sui muri cittadini e la diffusione di volantini nella misura in cui il contenuto letterale dei manifesti non lascia dubbi circa il suo significato discriminatorio, desumibile altresì dal contesto temporale, ambientale e politico, con riferimento alla campagna elettorale in atto, dalle dichiarazioni rilasciate alla stampa, dagli slogan lanciati nei pressi dei banchetti, nonché dalla collocazione dei manifesti anche al di fuori del comune interessato dalla petizione, così palesando l'intenzione di raggiungere persone estranee alla petizione stessa. [Suprema Corte di Cassazione, sez. IV – pen., sentenza 30.10.2009 ,n. 41819]

La Corte di Cassazione ha quindi più volte sottolineato che il reato di propaganda e istigazione, di cui all'art. 3 lett. a L. 654/75, è un reato di pura

condotta, connotato da dolo generico. Diversamente, i reati di commissione di atti di discriminazione per motivi razzisti (lett. a) e di commissione di atti di violenza per motivi razzisti (art. 3, lett. b) si caratterizzano per il dolo specifico dell'autore, dal momento che il motivo razziale eccede la condotta discriminatoria o violenta.

I dubbi di legittimità costituzionale delle norme in tale pronunce osservate, per contrasto con gli art 21 Cost e art 33 Cost, risultano essere qui ampiamente superati; la libertà di manifestazione del pensiero e quella di ricerca storica sono, infatti, limitate dall'obbligo costituzionale di rispettare la eguaglianza e la paridignità delle razze e delle etnie e cessano quando travalicano in istigazione alla discriminazione e alla violenza di tipo razzista.

La successione nel tempo di leggi disciplinanti tale materia, testimonia l'attenzione a tutelare il bene della dignità umana, nel rispetto comunque dell'inviolabile libertà di manifestazione di pensiero.

Si chiude così il cerchio, avente quale centro gli sviluppi sul tema dell'istigazione a delinquere, delle sue molteplici sfaccettature e delle problematiche connesse alla tutela delle libertà fondamentali costituzionalmente garantite.

3.3 -L'apologia di un delitto: sentenza n.65/1970-

L'accertamento dell'oggetto di tutela e della sua utilizzabilità in funzione di limite della garanzia apprestata dall'art 21 Cost. risulta ancor più necessario quando si considera la fattispecie di pubblica apologia di delitto.

Alcuni membri della " Organizzazione Anarchica Lucchese" redigono e diffondono un ciclostilato nel quale, in relazione all'assassinio di un

commissario di polizia, si afferma “ ognuno ha ciò che si merita” [caso tratto da Cass. 5 Luglio, 1979] ⁵⁷

L’art 414, comma 3, afferma : Alla pena stabilita nel numero uno soggiace anche chi pubblicamente fa l’apologia di uno a più delitti.

Volendo creare una base per il confronto con la fattispecie penale dell’istigazione a delinquere, opportuno è descrivere le principali caratteristiche della condotta incriminata.

Questa seconda ipotesi delittuosa principale, ex art.414 c.p., si caratterizza innanzitutto, perché a differenza dell’istigazione, essa è punibile solo se ha per oggetto un “ delitto “ e non una semplice contravvenzione. La pubblica apologia di contravvenzioni potrà punirsi, nei congrui casi, solo a norma dell’art 415 c.p. Sono in ogni caso da escludersi i delitti colposi, non perché non se ne possa fare apologia, ma perché questa deve avere idoneità istigatrice, che non si concilia con la natura dei delitti colposi. Potrà invece aversi istigazione a reato, o alla disobbedienza alla legge, rispetto alla contravvenzione, che eventualmente sia costituita dalla condotta irregolare generatrice dell’evento dannoso non voluto, considerato nella nozione del delitto colposo.

Soggetto attivo può essere chiunque approvi un compiuto fatto delittuoso , in forme tali da costituire un efficace incitamento per il pubblico a commettere reati dello stesso tipo ⁵⁸. E’ questa una condotta, che si configura come giustificazione ed esaltazione di determinati comportamenti, ovvero delle persone che li pongono in essere o le professano. La giurisprudenza meno recente, tenendo conto di tale interpretazione, ravvisava , infatti, gli estremi del delitto nell’approvazione

⁵⁷ OLIVIERO, voce Apologia e Istigazione , in Enc. Dir. , II, Milano, 1958 ; DI VICO, Il delitto di apologia, cit.

⁵⁸ Cass. 23 Gennaio 1979, in Cass. Pen. Mass. Ann. 1981

convinta e nella semplice adesione spirituale manifestata dal dichiarante nei confronti del fatto apologizzato.

Per contro la prevalente dottrina, temendo di fornire una interpretazione che si ponesse meno evidentemente in collisione con le garanzie di libertà individuale, ha affermato la coesistenzialità al comportamento incriminato dell'intento di spronare alla commissione di reati conformi a quello evocato, così da considerare l'apologia come forma di "istigazione indiretta".

E' questo l'orientamento che ha trovato riconoscimento in una sentenza interpretativa della corte costituzionale, la n.65/ 1970 : nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 414, ultimo comma, del codice Penale, promosso con ordinanza emessa il 23 novembre 1968 dal giudice istruttore del tribunale di Rovigo nel procedimento penale a carico di Traniello Leobaldo Giovanni e Milan Paolo, iscritta al n. 261 del registro ordinanze 1968 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 25 del 29 gennaio 1969.

Il giudice istruttore presso il tribunale di Rovigo, richiesto dal p .m. di emettere decreto di archiviazione nei confronti di Leobaldo Giovanni Traniello e di Paolo Milan, imputati di apologia di delitto per aver giustificato il reato di disobbedienza per cui tale Bellettato era stato denunciato alla procura militare di Torino (art. 173 c.p.m.p.), respingeva l'istanza, disponendo l'ulteriore corso del procedimento.

Il giudice precedente osservava che nell'articolo "L'obiettore di coscienza" a firma del Traniello, erano contenute frasi di apprezzamento della condotta degli obiettori di coscienza, (quale "... forse, oggi é prematuro abolire l'obbligo del servizio militare; ma per questo é anche preziosa la presenza di coloro che, a costo di pagare di persona, portano avanti l'idea che un giorno bisognerà farne a meno se ci si vorrà considerare ancora popoli civili") che, secondo una certa interpretazione potevano essere sufficienti ad integrare gli estremi del reato previsto nell'ultimo comma dell'art. 414 del codice penale.

Sollevata dal difensore questione di legittimità costituzionale della norma incriminante, per contrasto con l'art. 21, primo comma, della Costituzione che garantisce il diritto di libera manifestazione del pensiero, il giudice a quo, ritenendo la questione rilevante e non manifestamente infondata, rimetteva gli atti del giudizio alla Corte costituzionale.

Osserva l'Avvocatura che l'art. 21 della Costituzione non pone in essere un diritto illimitato, tanto vero che la Corte costituzionale ha riconosciuto che operano in senso limitativo, oltre la tutela del buon costume, espressamente richiamata, l'esigenza di impedire turbamenti dell'ordine pubblico, il cui mantenimento costituisce una finalità immanente nel sistema (sentenze n. 87 del 1966 e 19 del 1962).

In secondo luogo, osserva l'Avvocatura, anche ad aderire alla più rigorosa interpretazione dell'art. 414, ultimo comma, del codice penale, l'apologia di delitto si riferisce sempre ad un concreto determinato avvenimento del passato, onde non può concernere la libera critica al sistema o alle sue singole norme. Mentre, dunque, la manifestazione del puro pensiero, scientifico, religioso, politico, ecc., tutelata dal principio costituzionale invocato, rimane del tutto estranea alla norma incriminane denunciata, questa punisce soltanto l'elogio del singolo fatto storico vietato penalmente, per la possibilità dell'evento turbativo dell'ordine pubblico che ne deriva immancabilmente.

La questione sottoposta all'esame della Corte é la seguente: se l'art. 414, ultimo comma, del codice penale, colpendo la pubblica apologia di ogni delitto, non possa, in talune ipotesi, costituire ingiusto impedimento alla libertà di manifestare il proprio pensiero; libertà fondamentale garantita a tutti, senza distinzione di modi e di materia, dall'art. 21, primo comma, della Costituzione.

Il denunciato contrasto non sussiste, ove dell'art. 414, ultimo comma, del codice penale si dia corretta interpretazione.

Ogni ordinamento statale prevede e indica i mezzi per mutare le leggi penali quando esse appaiono non più rispondenti al comune sentimento della giustizia. Non solo, quindi, i regimi autoritari, ma altresì quelli liberali, democratici, popolari hanno sempre preveduto e prevedono il reato d'apologia del delitto, già contemplato nell'art. 247 del codice penale italiano del 1889.

L'art. 414, ultimo comma, del codice penale non limita in alcun modo la critica della legislazione o della giurisprudenza, né l'attività propagandistica di singoli, partiti, movimenti, gruppi, diretta a promuovere la *deletio* di qualsiasi norma incriminante, anche nel momento in cui essa viene applicata in concreto. Né costituisce reato d'apologia l'affermare che fatti preveduti dalla legislazione vigente come delitti hanno, o possono avere, soggettivamente od oggettivamente positivo contenuto morale o sociale: che l'autore di un reato possa aver agito per motivi di particolare valore morale o sociale è riconosciuto del resto dall'art. 62 n. 1 del codice penale.

Diversa dalla critica alla legge, dalla propaganda per il suo aggiornamento, dal giudizio favorevole sui moventi dell'autore, che sono tutte lecite manifestazioni di pensiero, è la pubblica apologia diretta, e idonea, a provocare la violazione delle leggi penali.

Plaudire a fatti che l'ordinamento giuridico punisce come delitto e glorificarne gli autori è da molti considerata una ipotesi di istigazione indiretta: certo è attacco contro le basi stesse di ogni immaginabile ordinamento apologizzare il delitto come mezzo lodevole per ottenere l'abrogazione della legge che lo prevede come tale. Non sono concepibili, infatti, libertà e democrazia se non sotto forma di obbedienza alle leggi che un popolo libero si dà liberamente e può liberamente mutare.

L'apologia punibile ai sensi dell'art. 414, ultimo comma, del codice penale non è, dunque, la manifestazione di pensiero pura e semplice, ma quella

che per le sue modalità integri comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti ⁵⁹.

Si vuole ricordare, a chiarimento, che la libertà di manifestazione del pensiero, garantita dall'art. 21, primo comma, della Costituzione, trova i suoi limiti non soltanto nella tutela del buon costume, ma anche nella necessità di proteggere altri beni di rilievo costituzionale e nell'esigenza di prevenire e far cessare turbamenti della sicurezza pubblica, la cui tutela costituisce una finalità immanente del sistema (sentenze n. 19 dell'8 marzo 1962, n. 87 del 6 luglio 1966, n. 84 del 2 aprile 1969).

Per questi motivi, la Corte dichiara non fondata, nei sensi di cui in motivazione, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 414, ultimo comma, del codice penale, sollevata, in riferimento all'art. 21, primo comma, della Costituzione, dal giudice istruttore presso il tribunale di Rovigo, con ordinanza 23 novembre 1968.

Il giudice di legittimità ha ritenuto quindi l'espressione contenuta nel ciclostile a commento dell'assassinio di un commissario, priva della idoneità a eccitare immediatamente al compimento di reati ben determinati. La Corte ha così espressamente accolto, quale prospettiva di tutela sottesa alla norma incriminante in discorso, quel riferimento al pericolo di reati, che già rispetto alla vera e propria istigazione a delinquere è apparso unica ragione residua di compatibilità con la tutela costituzionale della libertà di manifestazione del pensiero. Si è così determinata la trasformazione a livello interpretativo della fattispecie ex art. 414, 3° co. c.p. in reato di pericolo concreto. Lo sviluppo della giurisprudenza ordinaria successiva all'intervento del giudice costituzionale conferma tale valutazione: il

⁵⁹ In linea, Cass. 5 Luglio 1979, Cit. alcune pronunce, pur aderendo formalmente alla tesi che richiede la concreta pericolosità dell'apologia, stemperano però il predetto requisito sul piano dell'accertamento; TRUCCO, Brevi Note, cit.

Per un ritorno all'impostazione tradizionale, orientata a ricostruire il delitto di apologia come reato a pericolo presunto confronta Cass. 22 Novembre 1974, cit.; Cass.

requisito di idoneità a determinare delitti è stato per lo più risolto in termini che ribadiscono la natura di istigazione indiretta riconosciuta all'apologia .

In una successiva pronuncia la Corte Costituzionale, ribadendo l'orientamento già espresso, ha sottolineato che l'apologia di reato punibile non è quella che si estrinseca in una semplice manifestazione di pensiero, diretta alla diffusione di dottrine, ma quella che, per le modalità con cui viene compiuta, riveste carattere di pericolosità per l'esistenza di beni costituzionalmente protetti ⁶⁰. Appare ora interessante condurre una rapida analisi su di una interessante e recente sentenza in tema di istigazione a delinquere che, rappresenta la fattispecie di maggiore diffusione.

Il caso concreto , sottoposto alla attenzione della Suprema Corte , riguardava la configurabilità della fattispecie di istigazione “ indiretta” a delinquere, per avere Tizio, eretto un monumento a Caio, divenuto famoso per avere cagionato la morte di un capo di Stato ⁶¹. Nella citata pronuncia, i giudici di legittimità pervengono ad una pronuncia di annullamento con rinvio, osservando che, “ seppure appaiono sussistere gli elementi costitutivi del delitto di apologia ciò che è carente è l'accertamento della idoneità della condotta”. Vale, in tal senso, la pena riportarne il tratto saliente: “ la valutazione della idoneità della condotta, postulata per ogni reato dall' art. 49 c.p. non può non essere basata che sulla realtà storica del momento in cui la condotta stessa viene posta in essere e , quindi, non può non tenere conto di tutti gli elementi circostanziati, soggettivi ed oggettivi utili a qualificarla”; cosicché, “sotto questo punto di vista deve riscontrarsi che la motivazione della sentenza impugnata circa l' idoneità della condotta a determinare pericolo per l' ordine pubblico appare fideisticamente ancorato a più nobili idee e speranze, che alla concreta attuale permanenza nel paese di frange di aderenti a quei principi, ispiratori di terrorismo”.

⁶⁰ Corte Cost., 5 giugno 1978, n.71

⁶¹ Nel caso di specie Tizio nella notte del 2/5/1990, avrebbe eretto nella periferia di Massa Carrara su di un terreno già sottoposto a sequestro giudiziario, un monumento in onore dell'anarchico Gaetano Cresci, resosi responsabile il 29/7/1990 della morte di Re Umberto I di Savoia.

Il fatto di istigazione è accertato in un nucleo comportamentistico , che acquista fisicità, allorché si stabilisce un rapporto teleologico tra il programma delittuoso dell' istigatore ed un rapporto di direzione ed idoneità rispetto a quei medesimi risultati. Si è in tal modo sostenuto, che il messaggio inviato dal soggetto attivo deve contenere una efficace approvazione dell'episodio delittuoso ed essere idonea “ ad incidere su specifiche situazioni dalle quali derivi un pericolo diretto ed immediato per l'ordine e la sicurezza pubblica”.

L'idoneità della condotta è così da considerarsi come la logica , naturale e ragionevole possibilità che alla condotta susseguano gli eventi delittuosi voluti.

L'elemento soggettivo, inoltre deve essere caratterizzato da una volontà definibile “dolo cd. istigatorio”, tendente cioè a prospettare il fatto delittuoso oggetto di apologia come un modello o esempio da imitare ⁶².

L'apologia di delitto, comunque, quali che siano gli sforzi di “ concretizzazione” del giudice costituzionale o del giudice ordinario, è assimilabile ma non identificabile con la fattispecie istigatoria: resta un fatto provocatorio, che turba e destabilizza il sentimento collettivo di adesione ai valori tutelati dalla legge penale.

Nutriti sono dunque dubbi sull'ipotesi di illegittimità costituzionale della sua incriminazione, che appare a tratti investire e disconoscere le ragioni fondamentali della tutela della libertà di espressione, non sanando, sotto tale profilo l'antitesi con l'art 21 Cost. Con tale riflessione si nega la completa eliminazione della figura dell'apologia auspicata dalla prevalente dottrina, determinando la reinterpretazione sopra descritta, l' inconveniente di creare un inutile “ doppione” della fattispecie di istigazione prevista dal 1° comma dello stesso articolo.

⁶² Cass. 23 Gennaio 1979, cit.

Compiuta tale analisi e affrontate le problematiche ad essa connesse ,
proseguiamo nella descrizione della fattispecie in esame, ex art 414 c.p.

4. ISTIGAZIONE E CONCORSO MORALE

L'istigazione a commettere un fatto penalmente rilevante, può intendersi come contributo del partecipe, manifestato sotto forma di impulso psicologico ad un reato materialmente commesso da altri. Nell'ambito di questa forma di compartecipazione, tradizionalmente definita concorso morale o partecipazione psichica, si è soliti distinguere due figure:

- il determinatore definito come partecipe che fa sorgere in altri un proposito criminoso prima inesistente;
- l'istigatore, cioè colui che si limita a rafforzare o eccitare in altri un proposito criminoso già esistente.

Si tratta di due figure che trovano effettivo riscontro nella realtà e alle quali corrisponde un diverso disvalore. Ed è proprio per questo che, in altri ordinamenti, i due ruoli ricevono una configurazione giuridica autonoma e un differenziato trattamento punitivo. Ad un' altrettanta autonoma e differenziata analisi sono dedicati i due successivi paragrafi.

4.1 -Istigazione e determinazione: l'istigazione al suicidio (art. 580 c.p.) -

Nella parte generale del codice l'istigazione non è prevista espressamente nella norma sul concorso di persone nel reato; è prevista tuttavia, nella forma della determinazione al fine di applicare ai singoli partecipanti un' aggravante o un' attenuante.

Sotto il primo profilo viene in rilievo colui che ha determinato a compiere il reato una persona " non imputabile" ovvero " non punibile a ragione di una condizione o qualità personale" (art 111 c.p.) o ancora una persona a lui

“soggetta” o “ un minore di anni diciotto o una persona in stato d’infermità o deficienza psichica” (art 112 n.3 e 4 c.p.). In questo caso è evidente che il determinato o l’istigato hanno agito come un mezzo materiale posto in opera dalla volontà del determinatore o dell’ istigatore, e che, pertanto, il reato da parte sua non esiste.

La stessa conclusione meritano i casi presi in considerazione sotto il secondo profilo : valutare la posizione di chi è stato determinato al reato mentre si trova in una delle situazioni descritte nell’art 112 n.3 e 4 , appena menzionato.

L’ art. 111 cod.pen. stabilisce, infatti : “ Chi ha determinato a commettere un reato una persona non imputabile, ovvero non punibile a cagione di una condizione o qualità personale, risponde del reato da questa commesso; e la pena è aumentata.

Per interpretare esattamente l’ equivoca frase: “ non punibile a cagione di una condizione o qualità personale” è necessario tenere conto dello spirito della norma ⁶³. Questa vuol fare risalire al solo determinatore o istigatore la responsabilità del fatto, aggravandola, perché non vi è vera e propria partecipazione al reato e perché egli, servendosi del determinato o dell’ istigato come di un mero strumento o altrimenti cercando di profittare delle incapacità di costui, dimostra maggiore criminalità.

Questo trattamento penale non deriva da una mera finzione legale, ma è giustificato dal criterio di causalità efficiente dell’ evento delittuoso, perché il determinante, estrinsecando fisicamente la propria volontà con la parola o con altri mezzi, determina l’azione di una causa materiale produzione del reato.

Nel linguaggio del legislatore, dunque, l’ “ istigazione” sta ad indicare

⁶³ *Relazione Ministeriale sul progetto*: “ Nella formula della non punibilità è compresa anche l’esclusione del reato per difetto della sua obiettività giuridica, ed è evidente che, ove ricorra tale causa di non punibilità, non esistendo il reato, non può neanche ipotizzarsi la partecipazione, agli effetti penali, di chi ha determinato l’autore del fatto a commetterlo”.

ipotesi di induzione a tenere un certo comportamento, mentre il termine “determinazione” è usato anche quando l’agente pone in essere un antecedente causale di un evento naturalistico. E’ il caso ad esempio della determinazione di tumulti nell’art. 330 n. 2 c.p. e delle determinazioni in altri dello stato di ubriachezza (art 690 c.). Quest’ultima accezione è sicuramente estranea all’indagine in corso per lo svolgimento della quale è necessario fare esclusivo riferimento a settori di realtà omogenee. La tipicizzazione della condotta istigatoria ricorre invece con estrema frequenza nella parte speciale dove è diretta a colpire la comunicazione di un certo proposito a terzi con l’intento di far tenere loro dei comportamenti dal sistema, anche se non costituenti necessariamente reato.

La determinazione è elemento costitutivo di circostanze aggravanti del reato concorsualmente commesso o di particolari fattispecie di concorso nelle quali si sancisce la punibilità del determinatore nonostante l’impunità del determinato. Nei primi casi rientra la determinazione di persone soggette e la determinazione di minori di anni diciotto anni o di persone in stato di infermità o deficienza psichica; negli altri la determinazione di persone non imputabili o non punibili; predisponendo u aggravamento di pena per il determinatore , anche in questo caso.

Sulla base di tali presupposti, sui rapporti tra istigazione e determinazione di particolare rilievo è ancora il testo dell’art 115 c.p.- l’unico che si occupa dell’istigazione nella parte generale del codice- dal quale si desume la idoneità della istigazione a comprendere ogni forma di cosiddetta partecipazione morale; infatti la norma, per la sua generale validità, non può che riferirsi ad una forma di condotta comprensiva di tutte le ipotesi di induzione a tenere un comportamento giudicato sfavorevole dall’ordinamento. Sarebbe inoltre anche ingiusto escludere dall’operatività di tale articolo quelle ipotesi nelle quali siano state determinate persone minori di diciotto anni o non imputabili. Da tale articolo inoltre, si arguisce che è l’ istigazione stessa ad essere compresa nel termine “determinazione”.

Autorevoli orientamenti dottrinali hanno, inoltre, esattamente configurato l'applicabilità della fattispecie del quasi reato ad ipotesi di determinazione mediante induzione in errore.

L'applicabilità della disciplina dell'istigazione infruttuosa ad ipotesi di determinazione sembra escludere una differenza di struttura tra le due indicazioni normative; differenza questa, che non traspare dalle norme interessate ed anzi è espressamente contraddetta a livello testuale dall'art 580 c.p. laddove al titolo " istigazione al suicidio" corrisponde la previsione " chiunque determina altri al suicidio".Appaiono privi di fondamento taluni criteri distintivi proposti in dottrina.

Tra essi particolare favore sembra avere quello che si fonda sulla preesistenza del proposito criminoso; in caso positivo l'attività sarebbe di semplice rafforzamento e si parlerebbe di istigazione , nell'altro la condotta sarebbe di induzione e si parlerebbe di determinazione.

L'argomentazione risulta , però, contraddetta, dall'applicabilità ai casi di determinazione non seguita da reato , della disciplina dell'istigazione infruttuosa. Allo stesso tipo di obiezione, secondo Violante, va incontro l'opinione di Frosali per il quale l'istigazione si rivolgerebbe all'aspetto rappresentativo del dolo e la determinazione a quello della volontà ⁶⁴; lo scrittore ha infatti esattamente individuato il punto di riferimento dell'attività istigatoria nell'atteggiamento psicologico della persona istigata.

Un'altra distinzione è quella offerta da Gajotti per il quale la determinazione sarebbe l'istigazione seguita da reato; tale criterio si fonda però su un dato successivo nel tempo alla condotta e solo eventuale rispetto ad esso; inoltre è contraddetto dal testo dell'art.580 c.p. che equiparando istigazione e determinazione, non differenzia le condotte in relazione al verificarsi del suicidio.

⁶⁴ FROSALI, *Sistema penale italiano*, III, Torino, 1958

In definitiva quindi tra istigazione e determinazione non sussistono differenze di struttura , ma l'uso dei due termini risponde probabilmente ad intenti di proprietà linguistica, nonché a ragioni di sedimentazione dei concetti propri del codice Zanardelli.

Solo superando la tradizionale dicotomia tra istigazione e determinazione si potrà definire la prima come comportamento diretto a far svolgere in altri un proposito giudicato sfavorevolmente dall'ordinamento o a rafforzare il proposito criminoso che altri aveva .

Violante rifletta sulla insufficienza dei criteri della causalità e della tipicità parziale ai fini dell'accertamento della punibilità del reo autore dell'istigazione.

Generalmente riconosciuto in dottrina è l'assunto che il partecipe risponde del fatto tipico quando ha posto in essere un antecedente causale dello stesso.

A tal proposito è utile descrivere la fattispecie incriminatrice dell'aiuto o istigazione al suicidio e delle soluzioni giurisprudenziali offerte dalla Cassazione Penale.

L'istigazione o aiuto al suicidio è un reato previsto dal Codice Penale italiano tramite l'articolo 580, che recita:

« Chiunque determina altri al suicidio o rafforza l'altrui proposito di suicidio, ovvero ne agevola in qualsiasi modo l'esecuzione, è punito, se il suicidio avviene, con la reclusione da cinque a dodici anni. Se il suicidio non avviene, è punito con la reclusione da uno a cinque anni, sempre che dal tentativo di suicidio derivi una lesione personale grave o gravissima. Le pene sono aumentate se la persona istigata o eccitata o aiutata si trova in una delle condizioni indicate nei numeri 1) e 2) dell'articolo precedente. Nondimeno, se la persona suddetta è minore degli anni quattordici o comunque è priva della capacità di intendere e di volere, si applicano le disposizioni relative all'omicidio »

La suprema Corte dopo aver ricostruito la vicenda che ha portato alla morte per suicidio di una donna, il cui compagno è stato in primo grado condannato e assolto in grado di appello, ha espresso il suo orientamento circa i requisiti necessari in capo all'agente ai fini dell'attribuzione della penale responsabilità dello stesso. Gianfranco Martinelli, esposte brevemente le problematiche sottese alla figura in esame, affronta l'argomento in chiave critica.

Nelle società occidentali il suicidio è passato attraverso una parabola storica profondamente influenzata dal processo di secolarizzazione del diritto penale contrassegnata, sul punto, dall'abbandono di qualunque riprovazione giuridica nei riguardi del suicida e di qualunque punizione del tentato suicidio, ma che ha lasciato sussistere (non solo in Italia, ma, per esempio, anche in Francia ed in Spagna) la punizione dell'istigazione e dell'aiuto al suicidio.

L'art. 580 c.p. punisce sotto il medesimo titolo di illecito, figure eterogenee: il fatto di chi, dolosamente, abbia fatto insorgere in altri l'intenzione del suicidio, in qualche modo assimilabile al fatto di chi abbia consapevolmente rafforzato un proposito suicida preesistente. Tale condotta tipica può realizzarsi nella forma della determinazione, del rafforzamento dell'altrui proposito, ovvero in quella di agevolazione dell'esecuzione; quando le stesse vengano realizzate contestualmente e nei confronti della stessa persona, si avrà comunque un unico reato.

La «determinazione» nel caso di specie, consiste nel far sorgere in altri un proposito che prima non esisteva, indipendentemente dal fatto che il suicida si sia più o meno facilmente determinato grazie al concorso di cause preesistenti all'azione del colpevole; il «rafforzamento» del proposito si concreta invece nell'eccitamento di chi ha già manifestato il suo intendimento. Quanto all'«agevolazione», essa si delinea non solo qualora vi siano prestazioni di mezzi e/o strumenti da parte del soggetto attivo, ma in presenza di qualsiasi tipo di aiuto, con il limite rappresentato dal fatto che

la condotta non deve, ovviamente, attuarsi in una materiale partecipazione all'esecuzione del suicidio.

La Cassazione penale sez. V con sentenza del 26 ottobre 2006 afferma tale principio di diritto:

“ Ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 580 c.p., sotto il profilo del rafforzamento dell'altrui proposito suicida, pur essendo richiesto, quanto all'elemento psicologico, il solo dolo generico, è però necessario che sussista, nell'agente, la consapevolezza della obiettiva serietà del suddetto proposito.”

Nella specie, in applicazione di tale principio, la Corte ha ritenuto che correttamente fosse stata esclusa, dal giudice di merito, la sussistenza del reato a carico del marito, che l'aveva verbalmente incoraggiata a porre in essere il detto proposito suicida di buttarsi dal balcone, a seguito di una scenata di gelosia nel presumibile convincimento che, come già avvenuto in passato, esso non avrebbe avuto seguito.

Tale impostazione del problema è tutt' altro che immune da critiche.

Una prima osservazione negativa riguarda la mancata individuazione del secondo termine del rapporto causale , nonché la difficoltà di costruire il nesso eziologico in fattispecie prive di evento in senso naturalistico. Un successivo momento di crisi si ha quando ognuno dei concorrenti realizza una frazione dell'intero comportamento tipicizzato in forma vincolata. Se Tizio trattiene la vittima e Caio la deruba è esatto dire che l'azione dell'uno è stata causa dell'azione dell'altro?

Per ipotesi del genere non c'è alcun bisogno di ricorrere allo schema casuale in quanto i problemi sono risolvibili alla luce della struttura della fattispecie di parte speciale. Per ricondurre invece il problema nell'ambito della condotta di istigazione ci si deve chiedere, in quale momento della condotta dell'autore essa ha influito . L'istigato riceve o la rappresentazione dell'intero fatto o, se il proposito era preesistente, la rappresentazione di

sue modalità o anche il cosiddetto rafforzamento della determinazione, il quale trova la sua tradizione codicistica nella misura dell'intensità del dolo e del grado della colpa. Essendo questi i termini della relazione, non è possibile impostare i problemi della imputazione in termini di efficienza causale, mancando un accadimento naturalistico come secondo termine del rapporto.

Sufficiente a risolvere il problema non è neppure il criterio della "tipicità" parziale, che ha un senso solo se condotto alla stregua della norma incriminatrice, come momento di determinazione dell'esistenza dei presupposti per la rilevanza dell'intero fatto di reato; esso è privo di utilità se prodotto in relazione alla norma reale la quale ha, in questa prospettiva, l'unica funzione di evidenziare il limite utilitaristico della distinzione tra i criteri della causalità e della tipicità parziale ed il loro carattere esplicativo della norma dell'art. 110 c.p., l'unica idonea a conferire tipicità a comportamenti "originariamente atipici".

Il comma 3 dell'art 115 c.p. estende la possibilità di comminare la misura di sicurezza all'istigazione "a commettere un reato, se l'istigazione è accolta, ma il reato non commesso"; se il fatto è commesso la fattispecie è inoperante e trova applicazione il principio codificato nello stesso articolo i via tacita, ma esplicita, per il quale l'istigatore risponde del reato commesso dall'istigato quando l'istigazione è accolta. Anche in questi termini può parlarsi di tipicità del comportamento istigatorio ma con scarsi risultati; il giudizio di conformità avviene rispetto ad una previsione, quella reale, che unifica tutti i dati in una significatività funzionale e quindi indifferenziata⁶⁵.

I complessi problemi relativi al meccanismo di rilevanza dei comportamenti "originariamente atipici" possono risolversi solo in un momento, che precede logicamente il giudizio finale sull'idoneità dell'intero fatto a

⁶⁵ GALLO, Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato, 1957, Milano

produrre tipo di conseguenza penale. Tale giudizio, infatti presuppone la risoluzione del problema della rilevanza del comportamento non conforme al modello descritto nella norma incriminatrice.

L'impossibilità sostenuta dall' autore di ricondurre ai criteri della causalità e della tipicità parziale il meccanismo d'imputazione all'istigatore del fatto commesso dall'istigato, induce a dedurre che l'istigatore risponderà non solo se l'istigato ha realizzato gli estremi tipici oggetto dell'induzione, ma in tutti i casi in cui sono stati realizzati gli estremi di una figura legale, che si trovi con quella istigata in un rapporto di possibile dipendenza causale, sempre che l'istigatore abbia "voluto" il reato non verificatosi.

Si ha quindi determinazione al reato quando una persona ha fatto sorgere in un' altra il proposito risoluto di commettere il reato stesso, con o senza fornire anche tutti i motivi di tale risoluzione, ma senza che questa sussistesse già prima. Altrimenti si avrebbe propriamente "istigazione". Per la imputabilità e punibilità del determinante è non solo indispensabile che egli abbia determinato "al reato", ma altresì che il reato da lui voluto sia stato effettivamente commesso dall' esecutore. Se l'azione diretta alla determinazione è stata accolta, ma il reato non è stato commesso, i soggetti di questo rapporto non sono punibili.

Il determinatore o istigatore è tenuto per il reato, di cui è concausa efficiente, e non per il mandato, per l' istigazione, ecc.

Il modo e la forma con cui si determina altri a reato sono indifferenti: ciò che importa è che il determinatore sia realmente il promotore dell' impresa delittuosa; il che deve essere dedotto caso per caso dal complesso delle risultanze processuali. Per giudicare dell' efficienza del mezzo adoperato conviene esaminare la natura dei rapporti tra il soggetto attivo e il soggetto

passivo dell'azione psichica, il grado della forza di volontà di ciascuno di essi, la più o meno facile suggestibilità del detto soggetto passivo, ecc.⁶⁶ .

Una lunga ed insistente opera di persuasione , uno sguardo o un segno espressivo, una parola convenzionale, una grossolana imposizione, una chiara proposizione, un discorso a doppio senso e via dicendo : sono tutti mezzi con i quali si può determinare altri a reato; e assumerne conseguentemente la responsabilità, quando in realtà si sia riusciti a formare nell'animo altrui il proposito di commettere un dato reato e a determinarne l' esecuzione. Non importa, quindi che l'azione determinatrice sia diretta o indiretta, che l' esecutore, cioè, abbia coscienza d'agire per impulso dell'istigatore , o non l'abbia, che il determinatore abbia imposto direttamente la propria volontà, o che l'abbia fatta trionfare mediante un 'abile suggestione, eccitando passioni, suscitando emozioni, rappresentando vantaggi: purchè risulti provato che l' esecutore non avrebbe formato il proposito criminoso senza l'intervento dell'altro. E' parimenti indifferente che il determinatore agisca immediatamente e da solo verso la persona dell'esecutore prescelto, ovvero per tramite d' interposta persona, purchè produca l'effetto preveduto dalla legge. Se peraltro non viene creata la determinazione delittuosa, ma si favorisce l' attuazione di una risoluzione già formata, si ha propriamente, come già dicemmo, non " determinazione", bensì" istigazione", ancorché gli effetti penale siano i medesimi, tranne per ciò che concerne le eventuali aggravanti o attenuanti(art. 112, 114 c.p.).

Il nostro codice, come già quello del 1889, abbandonò le inutili ed insidiose esemplificazioni delle leggi precedenti, le quali, tra le forme della determinazione a reato, menzionavano il mandato, i doni, le promesse, le minacce, l' ordine, l'abuso d'autorità o di potere, gli artifici colpevoli: " tutte queste forme di istigazione indicano uno stesso concetto, agisca

⁶⁶ Cass., 19 settembre 16 aprile 1953, ritenne colpevole di determinazione al furto un maestro, che indusse gli scolari, sotto minaccia di castighi o di riprovazione all' esame, a rubare derrate alle loro famiglie e a portarle a lui.

l'istigatore o non agisca per suo esclusivo interesse. Oltre a ciò, non sono altro che modalità della forma generale del mandato, ad eccezione degli artefici colpevoli (che rendendo non imputabile l'esecutore escono dalla nozione di partecipazione). E per delitto, il mezzo dei doni e delle promesse, adoperati per indurre altri al delitto, non si differenzia dal mandato. Che questi si sia valso, per conseguire l'intento di doni, di promesse, adoperati per indurre altri al delitto, non si differenzia dal mandato. Questo pactum sceleris è una proposizione criminosa, fatta ed accettata per far eseguire il delitto nell'interesse esclusivo del mandante. Che questi sia valso, per conseguire l'intento di doni, di promesse, od anche soltanto delle relazioni d'amicizia, il fatto non muta natura. La minaccia, infine, non è altro che un mandato qualificato per il mezzo della coazione; e l'abuso d'autorità, un mandato qualificato per il mezzo dell'abuso medesimo".

Ne consegue che, l'imputabilità e la responsabilità del determinante rimangono identiche, tanto se si conosca quanto se non si conosca la persona dell'esecutore, purchè sia provato il fatto della determinazione, e dell'esecuzione del reato. La stessa responsabilità incombe sul determinatore, sia quando egli abbia determinato un solo individuo, sia allorchè abbia promosso l'opera di più esecutori, a prescindere dai casi in cui il numero dei concorrenti ha efficacia aggravante.

La determinazione deve essere provata, e non si presume mai, neppure nel caso in cui chi ha materialmente commesso il reato non avesse interesse personale a commetterlo, a differenza di ciò che ritenevasi nel diritto intermedio.

Il determinatore è responsabile qualunque sia il tempo trascorso dal momento in cui esplicò la sua malefica azione, a quello nel quale il reato fu commesso, purchè sussista il nesso necessario tra la detta azione e l'esecuzione del reato. Nulla importa che nel momento in cui il reato viene commesso il determinatore si trovasse in stato d'incapacità d'intendere e di

volere o di agire ⁶⁷, perché egli risponde in ogni caso di ciò che ha già fatto con coscienza e volontà.

La semplice ratifica del reato commesso da altri non è determinazione, né istigazione, e quindi non può esser punita come compartecipazione, bensì come apologia di reato, nei casi espressamente preveduti dalla legge (artt. 303, capov; 414, ult. capov.) . E' indifferente, infine che l'esecutore si sia determinato al reato per motivi propri, persistenti all' azione istigatrice, quando codesti motivi non sarebbero stati sufficienti, per sé soli a determinarlo. Il codice del 1889 ammetteva, in tal caso, sulle tracce d'una parte dei nostri antichi giureconsulti, una attenuante di applicazione obbligatoria, ma il codice vigente ha abolito siffatta diminuzione.

Secondo una autorevole dottrina , infatti, non è esatto che la suddetta attenuante fosse giustificata dal fatto che chi determina a commettere un reato una persona, che già avesse motivi propri per commetterlo, fa meno male di chi sceglie una persona che tali motivi invece non avesse. Quanto più idoneo è il mezzo prescelto, tanto più è facile conseguire lo scopo, e perciò, se pure non vi è ragione di gravare la pena in tal caso, non vi è certo motivo per attenuarla. E' del pari errato affermare che, nel caso considerato, la mancanza della causa fisica non è bilanciata dalla preponderante causa morale. Se il determinatore non è esecutore materiale del reato, ne è peraltro causa fisica e morale ad un tempo, in quanto chi pone in opera un mezzo è causa dell' attività del mezzo stesso, e quindi causa efficiente dell' evento prodotto .

Per la compartecipazione mediante attività psichica, però, non è necessario che il concorso nel reato assuma il grado della “ determinazione”, in quanto basta anche la semplice istigazione , la quale per il codice vigente, è trattata alla stessa stregua della prima , salvo i casi in cui abbia avuto minima importanza.

⁶⁷ Cass. 18 Gennaio, 1945 : “ sussiste la partecipazione per determinazione a carico di chi ha determinato altri a commettere un reato, anche se questo fu commesso mentre il determinatore era detenuto” .

Si determina in tal modo l'autonomia del procedimento fissato nell'art 115 c.p. attraverso i momenti dell'istigazione, dell'accoglimento e dell'esecuzione da parte dell'istigato e la necessità di analizzare il tema della causalità psichica e del concorso morale, in riferimento alla parte speciale del codice.

4.2 -Istigazione e concorso morale: la partecipazione "psichica"-

Particolarmente delicato è il problema della responsabilità penale a titolo di partecipazione criminosa per coloro che hanno cooperato alla realizzazione di un reato commesso ad opera di una o più persone, senza tuttavia intervenire né direttamente né per mezzo di altri soggetti nell'attività di esecuzione materiale dell'illecito. Si parla in questo caso di concorso o partecipazione morale alla commissione di un fatto penalmente rilevante, potendo in tale categoria introdurre anche la condotta di istigazione a commettere un reato.

Il fondamento della rilevanza giuridica di queste condotte di semplice partecipazione sta o nell' avere provocato l'altrui decisione criminosa (istigazione) o nell' averne facilitato la concreta preparazione o attuazione (agevolazione morale o materiale).

Al partecipe si fa carico, in considerazione dei riflessi che la sua azione ha sulla persona del reo, di avere , per così dire " corrotto" l'autore del reato , ma soprattutto di avere consapevolmente cooperato a compiere un fatto penalmente rilevante.

La dottrina ancora influenzata dal dogma ottocentesco della causalità, sostiene il presupposto della qualificazione indiretta delle azioni, formalmente atipiche, di istigazione e di agevolazione, e il nesso eziologico che le unisce nella commissione di un reato, inteso come mero fatto lesivo,

indipendentemente dal rapporto psicologico con l'azione esecutiva: le cosiddette "azioni di partecipazione dell' istigatore e dell' agevolatore di dipendenza rispetto al fatto principale".

Riassumiamo preliminarmente l'evoluzione della legislazione penale in merito alla perseguibilità della condotta di partecipazione morale nel reato.

Fenomeno primordiale è quello dell' associazione delle umane attività (quando tale associazione sia necessaria o utile) per il raggiungimento d'uno scopo qualsiasi, e quindi anche di scopi giuridicamente illeciti. E' pertanto naturale che negli antichi diritti il fatto della partecipazione criminosa sia stato avvertito e valutato, secondo quello che comportavano le condizioni dei tempi e il grado di civiltà.

Dall'esame delle fonti nondimeno si deduce che i concorrenti principali nel delitto erano detti socii o partecipes, tra i quali stavano gli auctores, e i concorrenti secondari erano denominati conscii, auditores, ministri.

La determinazione d'altri a delinquere era punita rispetto ad alcuni reati, ed era considerata, anche nella forma del mandato, più come partecipazione accessoria che principale. La ratifica equivaleva al mandato, allorché interveniva durante la permanenza di un reato consistente in un negozio diretto a fine criminoso. Il concorso mediante consiglio si aveva quando si fornivano istruzioni utili alla perpetrazione del reato. La semplice connivenza, consistente nel non impedire o nel non svelare il reato, non era punita. La disposizione dell' art. 110 c.p., infatti è, come ogni altra norma incriminatrice, tassativa, e non esemplificativa. Da essa perciò rimane esclusa ogni condotta individuale che non costituisca " concorso nel medesimo reato", e quindi non è applicabile alla cosiddetta compartecipazione negativa, o connivenza.

Codesta semplice connivenza, peraltro, non va neppure confusa con la compartecipazione mediante fatti omissivi, la quale è sempre punibile

quando l'omittente abbia violato un dovere giuridico di agire o agevolato altrimenti l'opera dell'esecutore del reato.

La partecipazione doveva essere volontaria, ma non si esigeva il previo accordo. La punibilità di essa era condizionata al fatto che il reato fosse avvenuto.

Le circostanze che non escludevano l'imputabilità ma esimevano dalla pena non si comunicavano ai compartecipi; l'opposto accadeva, in qualche caso, delle circostanze influenti sull'imputabilità. In origine il trattamento penale dei compartecipi secondari non era più mite di quello dei principali: anzi, talora i primi potevano punirsi più gravemente degli altri. Soltanto nell'epoca imperiale e nel periodo dell'extraordinaria cognitio, quando le necessità sociali indussero a un inasprimento progressivo della repressione della delinquenza, si fece largo l'idea d'una differenza di pena tra i compartecipi principali ed accessori, la quale idea venne accolta nelle più recenti costituzioni imperiali. Data la caratteristica della legislazione barbarica, si spiega come in questa, non si possa trovare altro concetto di partecipazione delittuosa, che quello del concorso principale, ancorché qualche storico affermi, sopra dati in verità non molto convincenti, che presso i barbari "la teoria della partecipazione era in via di formazione".

A parte l'impossibilità dipendente dalle condizioni culturali di codesti popoli, la dottrina della partecipazione non poteva rispondere ad un bisogno o ad un interesse sociale, presso genti che, col criterio della responsabilità collettiva, familiare, di villaggio, ecc., decidevano in modo sommario e assoluto ogni questione sul numero dei rei, e sull'obbligo di subire la pena, obbligo che poi si immedesimava con quello di risarcire il danno.

Nell'antico diritto canonico, come nel diritto romano, pur mancando norme generali circa la partecipazione delittuosa, tutti i gradi di questa erano conosciuti. La partecipazione punibile doveva essere sempre volontaria. Il determinare altri al delitto implicava una responsabilità penale circoscritta nei limiti del mandato, del consiglio, ecc., ma l'eccesso prevedibile del

mandatario stava a carico anche del mandante. I partecipi dello stesso delitto erano generalmente puniti con pari pena, fossero essi principali o accessori, e ciò si spiega facilmente pensando alla prevalenza che il diritto canonico assegnava all' elemento morale nella delinquenza.

La teoria generale della partecipazione criminosa comincia a delinearsi col nostro diritto intermedio. Coloro che avevano dato causa direttamente al delitto, dovevano punirsi con la stessa pena, fossero coadiutori o istigatori. Gli interessi prevalenti della società feudale e i costumi medioevali avevano bensì staccato il fatto del mandante da quello del mandatario. Si distinsero i socii criminis, puniti tutti egualmente, dai socii in crimine, puniti con pena minore; e, pur adottandosi la equiparazione della ratifica al mandato, si apportarono a tale regola nuove limitazioni.

Solo con le prime codificazioni italiane, a differenza del codice penale francese del 1810, venne accolta la distinzione tra correatità e complicità non necessaria. Codesti principi rimasero nel codice toscano Zanardelli del 1889, ma furono abbandonati dal codice vigente.

Un codice penale come il nostro potrebbe considerare come interessanti per la funzione punitiva dello Stato le attività di coloro, che hanno spiegato un comportamento casualmente efficiente rispetto ad un evento lesivo ma che non è come tale ipotizzato da alcuna disposizione. Chi istiga altri a commettere un omicidio non è ancora colui che ha cagionato la morte di un uomo ai sensi dell' art. 575 c.p. Per incriminare tale attività, qualora si parta da una nozione restrittiva dell' autore, sono necessarie delle norme particolari le quali estendano la sfera di incriminabilità della norma principale a comportamenti, che di per sé stessi non vi rientrerebbero, ma che pur sempre sono meritevoli di pena.

La partecipazione, inoltre, può aversi rispetto a qualsiasi tipo di reato, si tratti di reato di azione, di omissione, di evento, di reati commissivi mediante omissione. Tale possibilità non riguarda, invece, l' altra questione, concernente i modi con i quali oggettivamente può manifestarsi il

comportamento del partecipe. Per quanto riguarda il comportamento attivo, cioè l'azione, si tratta di una qualsiasi forma normale di manifestazione della partecipazione, poiché il partecipe esplica un'attività diretta a contribuire alla produzione dell'evento lesivo. Chi determina o istiga altri al delitto, chi aiuta positivamente l'autore nella esecuzione di un delitto, compie un'azione positiva.

Non è però sufficiente, perché si abbia partecipazione, che sia stato compiuto un atto efficiente sotto il profilo causale, ma è necessario che alla radice dell'atto stesso ci sia un ulteriore elemento di natura soggettiva o psicologica. Il partecipe, quindi, deve non solo avere oggettivamente cooperato con l'autore alla produzione dell'evento lesivo, ma si richiede che egli abbia avuto coscienza di cooperare a tale produzione. Carrara dice che così come non si può avere concorso senza azione, non si può neppure avere concorso senza volontà.

Una teoria generale soddisfacente della partecipazione delittuosa non è possibile, se prima non si analizza con criteri scientifici il fenomeno che tale partecipazione costituisce.

L'attività umana cosciente e volontaria rivolta a soddisfare un qualsiasi interesse o gruppo d'interessi, rappresenta di necessità un fatto essenzialmente identico, qualunque sia la natura dello scopo che si cerca di conseguire. Sia questo conforme o contrario al diritto, si riconnetta a uno o ad altro ordine d'istinti, di sentimenti, d'idee, l'attività ad esso diretta presenta sempre le stesse caratteristiche e le medesime forme fondamentali. A norma dell'art. 110 c.p., corrono nel reato, anche coloro che, con la loro attività psichica, contribuiscono a dar causa al reato, cioè determinano o istigano all'azione l'esecutore materiale del reato o i comparteci materiali di costui.

Il termine "compartecipazione con attività psichica" non significa già "causa meramente morale, o intellettuale, del reato". L'attività esterna, invero, non manca solo perché il promotore non prende parte agli atti materiali diretti a

commettere reato. Le semplici parole sono estrensicazioni di volontà spesso bastevoli per sé sole a concretare reati (es.: ingiurie, diffamazione, oltraggio, calunnia, falsa testimonianza, corruzione, minaccia, istigazione a delinquere, ecc.).

Per sapere, poi , quando si tratti di compartecipazione con attività psichica è necessario considerare questo concorso nel reato prima in relazione ai soggetti e poi alle forme che esso può assumere.

Diverso è il caso, infatti, rispetto alla responsabilità penale di chi determina o istiga a commettere un fatto preveduto come reato un soggetto capace di diritto penale e imputabile, da chi invece determina o istiga, come abbiamo già visto, un individuo incapace o non imputabile, essendo ,in questo secondo caso, l' esecutore del fatto, uno strumento irresponsabile messo in azione dal determinatore o istigatore.

Soprattutto in tale ambito appare fondamentale distinguere tra tre diverse condotte dell' istigatore, che configurano una forma di concorso morale o partecipazione al delitto: l'istigazione a delinquere, l'eccitamento o rafforzamento della risoluzione delittuosa; la promessa d'assistenza o di aiuto da prestarsi dopo il reato.

Della prima ipotesi abbiamo già ampiamente trattato nel paragrafo precedenti. Va però ancora sottolineato come il determinatore o istigatore in questi casi cominciano a rispondere di compartecipazione nel momento in cui l' esecutore è passato all'azione; se ciò non avviene, la determinazione o l'istigazione può essere soltanto punita per se stessa, qualora la legge lo consenta. E' poi possibile che la determinazione o l'istigazione sia reciproca. Ciò avviene quando più persone deliberino di commettere più reati, riservando a ciascuna di esse l'incarico di eseguire materialmente alcuno dei fatti che quei reati costituiscono. Tutte queste persone risponderanno di compartecipazione materiali per i reati che hanno materialmente commesso, e solo di compartecipazione morale per quelli di cui non furono gli esecutori materiali.

La seconda ipotesi invece si ha quando taluno, senza creare direttamente o indirettamente nell'animo dell'esecutore prescelto la soluzione delittuosa, si limita a provocare passioni, a suscitare emozioni, a prospettare vantaggi, che semplicemente favoriscono l'attuarsi della risoluzione criminosa da parte dell'esecutore stesso⁶⁸. Si presuppone, dunque, che costui avesse già formato il proposito delittuoso nel momento in cui l'impulso datogli dall'istigatore sopravvenne a facilitare il passaggio dalla volizione all'azione. Tizio aveva già divisato di uccidere la moglie adultera, ma attendeva un'occasione che gli desse modo di occultare il delitto o di invocare la scusa della sorpresa in flagranza (587 c.p.).

Un amico di lui, che conosceva tale intenzione, fa precipitare l'azione delittuosa, eccitando nel tradito la collera gelosa o rafforzando la sua risoluzione con il consiglio. Il sobillatore è compartecipe con l'uxoricida, e soggiace alla stessa pena.

Eccitare, nel senso di cui ora si tratta, non significa suscitare, bensì incitare, animare, sospingere, stimolare, cioè combattere i motivi inibitori. Rafforzare, sempre in relazione a determinare, vuol dire apportare più forti motivi alla risoluzione delittuosa.

Entrambi questi concetti necessariamente presuppongono la preesistenza della risoluzione delittuosa nell'animo dell'esecutore, ancorché costui esitasse ad incominciare o a proseguire l'esplicazione della propria volontà criminosa.

L'istigazione in discorso può avere elementi comuni con la compartecipazione per determinazione, attraverso mezzi ai quali abbiamo già accennato, come i consigli, i suggerimenti, ecc., senza che per ciò muti il proprio carattere. E poiché ogni forma di compartecipazione diviene punibile solo quando il reato sia stato effettivamente commesso, così il detto eccitamento o rafforzamento, per sé solo, non basta a costituire

⁶⁸ Cass., 28 Ottobre 1955 (Giust. Pen. 1956)

compartecipazione, ma potrà essere punito come reato a se stante, nei casi in cui la legge incrimina il mero eccitamento a delinquere (art. 266, 302, 303, 322, 327, 414, 645 c.p.).

Allorché il reato sia stato commesso, invece, è necessario poter tenere alcuno responsabile di compartecipazione mediante istigazione e l'evento delittuoso. Se istigazione vi è stata bensì, ma risulta che essa non ha agito come concausa produttrice del reato, perché altre cause sopravvennero ad eliminare l'efficienza della prima, tale istigazione non è punibile come compartecipazione.

E' importante precisare anche la terza ipotesi di compartecipazione, seppur l'argomento in esame ce ne consenta l'utile trattazione solo in maniera generale.

La compartecipazione, che consiste nel promettere assistenza od aiuto da prestarsi dopo il reato, è pur essa una forma di attività idonea ad eccitare o a rafforzare la risoluzione di commettere il reato medesimo. Non viene meno, in questo caso, il presupposto comune ad ogni forma di compartecipazione delittuosa, che cioè gli atti di concorso avvengano prima della consumazione del reato o della cessazione del tentativo, appunto perché si tratta di una promessa avente forza istigatrice necessariamente anteriore al detto momento. Se l'istigatore prestò realmente l'assistenza o l'aiuto promesso, non incorre però per ciò solo anche in un altro reato, né la sua compartecipazione si tramuta in tale reato, neppure quando la legge assegna carattere di reati a sé stanti ai fatti di assistenza o di aiuto prestato dopo, cessato il tentativo o avvenuta la consumazione d'un reato (art. 378 c.p.- favoreggiamento personale) ⁶⁹.

Il problema che nell'ordine delle indicazioni della dottrina richiede di essere risolto in via preliminare è se la nozione tecnico- giuridica di "reato" debba essere ricostruita con riferimento al solo aspetto materiale (causale) del

⁶⁹ MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1979

fatto commesso dal soggetto oppure in relazione anche al contenuto della volontà considerato nella sua funzione di fattore costitutivo della tipicità della singola azione. Secondo un indirizzo che si può dire tradizionale, per commissione del reato si deve intendere la sola “realizzazione dell’elemento oggettivo di un reato da parte di taluno dei concorrenti”, anche se questi agisce senza l’elemento psicologico richiesto per la sua incriminazione (dolo o colpa). Perché vi sia un concorso di persone nel medesimo reato occorre “che almeno uno dei soggetti, e precisamente l’autore stricto sensu, abbia realizzato il fatto materiale che è descritto nella norma incriminatrice”. Si concorre in altri termini “nel reato in quanto lesione o minaccia del bene giuridico”: chiunque coopera a un fatto lesivo è punibile come partecipe, sia colpevole o meno l’agente principale”.

La struttura della partecipazione, dunque, deve essere considerata da questo punto di vista: quando ci si chiede, infatti, perché la legge ha previsto un istituto che estende l’ambito della punibilità al di là dei limiti fissati dalla descrizione normativa dei singoli tipi di illecito, “la risposta può essere basata soltanto su ciò, che la punizione dell’autore non sarebbe sufficiente da sola al compito del diritto penale, da tutelare la proficua convivenza degli uomini”.

La tutela sociale è il punto di vista più confacente alla naturale struttura della partecipazione. Sotto questo punto di vista le disposizioni penali sulla partecipazione possono essere interpretate in modo da abbracciare, tutti i casi meritevoli di pena, vale a dire tutte le azioni che risultano causali per il verificarsi di un determinato evento criminoso. Attraverso questo tipo di interpretazione teleologica, basata sulla considerazione dei beni o interessi degni della protezione giuridico penale, si eviterebbero lacune pericolose e si potrebbe soddisfare la razionale esigenza di tutela giuridica.

Nell’ordine mentale di questo obiettivo viene fissato nel mero rapporto di causalità il fondamento dell’incriminazione delle condotte, formalmente atipiche, di partecipazione al reato da altri commesso. In questa concezione, però, il principio di legalità resta salvo soltanto nella forma: esso risulta

svuotato dal suo più profondo contenuto e quindi della funzione di garanzia per la libertà del singolo di cui costituisce espressione. La stessa dottrina causale lo riconosce quando avverte che, contribuendo casualmente ad un fatto altrui conforme al modello, la condotta atipica assurge, come partecipazione accessoria, allo stesso rilievo giuridico.

Grazie alla sua struttura causale, la partecipazione si presta a raccogliere le attività più dissimili e lontane; si concorre a un fatto senza far nulla che assomigli alla relativa descrizione legale. Il valore dell'azione, viene, dunque, subordinato all'esigenza di una tutela normativa dei beni sociali. Il principio della certezza nel diritto penale, però, si riduce così ad una preventiva determinazione da parte della legge dei beni ed interessi, che non si dovrebbero comunque ledere.

Delineato il quadro generale e premesso che è indubitabile il rilievo penale non solo delle condotte istigatrici qualificate nel modo detto che facciano sorgere l'altrui proposito criminoso prima inesistente, occorre verificare se residui uno spazio per le ipotesi di rafforzamento psichico strettamente inteso. Da esaminare è l'ipotesi di puro incitamento all'azione, che sia diretta ad intensificare la volizione criminosa altrui e per tal via ad aggravare gli effetti lesivi della condotta tipica, o anche a rimuovere l'ultimo dubbio d'azione.

Il rafforzamento psichico può contenere un rischio maggiore quando l'autore si trovi in un intenso stato emotivo che ne diminuisca in modo significativo la capacità razionale di autogoverno. La "presenza attiva" dell'istigatore ha qui un duplice riscontro di probabilità circa un suo significativo valore causale: da un lato in ordine alla ridotta capacità dell'autore di dominare razionalmente i propri istinti, fatto questo che attenua l'aspettativa di autoresponsabilità, dall'altro in ordine alla circostanza che l'istigatore abbia realmente approfittato di tale minore incapacità.

Le considerazioni svolte conducono ad escludere in termini generale la punibilità del generico rafforzamento psichico derivante dalla conversione in

concorso morale del contributo materiale fornito ma non utilizzato dall'autore, ipotesi in cui può ricondursi pure il caso di istruzioni fornite dal complice ma non sfruttate dall'esecutore. L'esclusione della rilevanza di detta ipotesi a titolo di istigazione lascia impregiudicata la loro eventuale riconducibilità all'accordo criminoso. L'accordo deve avere, dunque, un significato pregnante, includendo non soltanto una divisione di ruoli, ma anche una linea di "intraneità" che lasci fuori dal raggio dell'art. 115 c.p. il concorrente che non acceda al "cuore organizzativo" del reato. Colui che si limita a fornire un contributo di agevolazione in seguito non utilizzato, restando però fuori sia dall'esecuzione del reato, sia dal nucleo organizzativo che dia il là all'impresa, non sembra apportare alcun contributo tale da giustificare di per sé l'irrogazione della pena e quindi un'eccezione al principio di autoresponsabilità. Per riferirsi concretamente a tale principio si necessita di un quid ben più significativo di un semplice accordo "adesivo"; un qualcosa che deve appunto consistere nel più stretto sostegno reciproco, nella stretta interazione psicologica che si instaura di regola tra coloro che organizzano l'impresa criminosa.

Vediamo ora, terminata l'analisi degli elementi costitutivi della fattispecie, quale siano le posizioni dottrinali in merito ad una possibile rilevanza penale della condotta d'istigazione, come forma di partecipazione morale al reato.

La spiegazione causale del concorso di persone nel reato è tutt'oggi preminente sia in dottrina e in giurisprudenza⁷⁰. Il nucleo di fondo della spiegazione sta nel fatto che i contributi cd. atipici sono causa del reato principale. Il problema concerne il tipo e la struttura di causa del concorso. Sotto questo profilo, sia per la teoria dell'accessorietà, che per la teoria della fattispecie plurisoggettiva, lo schema è analogo a quello del reato monosoggettivo. Tra il contributo e il fatto principale occorre un legame condizionalistico, accertato con un giudizio controfattuale. Naturalmente pur nell'avvicinamento al fatto monosoggettivo, il modello causale non può non essere adattato allo *specificum* del concorso di persone.

⁷⁰ R. DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Milano 1956

Gli adattamenti riguardano propriamente i termini della relazione causale, che sono, da un lato, la condotta “ atipica”, dall’ altro tutte le modalità rilevanti del fatto concreto, che costituiscono “incarnazione” nel tempo e nello spazio della fattispecie incriminatrice astratta ⁷¹. In modo che tale evento non sia più da intendere come l’ evento in senso stretto del reato, bensì come evento in un certo senso allargato , o meglio come una serie di eventi interinali e collaterali, che influiscano sul fatto di reato nel senso di renderlo più grave, di accelerare o renderne più efficace o più sicura, sul piano materiale o psicologico, la realizzazione⁷². A favore del principio causale depone anche l’ art. 115 c.p. che , regola la non punibilità del tentativo di partecipazione e che sembra implicare l’irrelevanza penale tanto dell’ istigazione che non abbia effettivamente motivato l’ autore, quanto , a fortiori, del contributo materiale che non sia stato utilizzato nella fase esecutiva ⁷³.

Ed invero , riguardo all’ istigazione, accogliere il criterio dell’aumento del rischio significa rinunciare ad accertare se la condotta istigatrice abbia realmente superato la soglie del tentativo di partecipazione: ciò, in evidente contrasto con l’ art. 115 c.p. L’ agevolazione, poi, risulterebbe essere una figura criminosa “ incongruente”, perchè articolata su un’ irragionevole discrasia, ai fini della punibilità, fra elemento oggettivo ed elemento soggettivo della fattispecie. Secondo una recente versione della teoria “ soggettiva”, l’impiego del criterio prognostico in materia concorsuale e deriverebbe la sua legittimità dalla disciplina del delitto tentato fissata dall’ art. 56 c.p. Questa ne è la giustificazione teorica: se si identificasse il primo termine nella singola agevolazione o istigazione , si dovrebbe concludere che la condotta dell’ autore costituirebbe sempre condizione da sola

⁷¹ GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, 3^a ed., Milano, 2005

⁷² FIORELLA, *La disciplina del concorso di persone nello schema di legge delega per il nuovo codice penale*, Siena, 2003

⁷³ G. INSOLERA, *Concorso di persone nel reato*, in Dig. Disc. Pen., II, Torino, 1988,

sufficiente alla produzione dell' evento, con le conseguenze liberatorie per il concorrente previste dall' art. 41 comma 2 c.p. .

Solo l' art. 56 c.p. potrebbe fondare la punibilità delle ipotesi dolose di agevolazione ed istigazione, nei termini dell' aumento del rischio di offesa al bene protetto ⁷⁴. Per la punibilità del contributo "atipico" basterebbe " l'attitudine di un dato comportamento a rendere più probabile l' evento prodotto dalla realizzazione complessiva".

Senonchè, il menzionato articolo, come sappiamo, prevede l' " idoneità e univocità degli atti" nell' unica prospettiva dell' anticipazione di pena rispetto alla fattispecie consumata di parte speciale, sia essa realizzata in maniera mono o plurisoggettiva . E' però condiviso e pacifico che a norma dell' art. 115 c.p. , l'istigazione non costituisce in sé atto idoneo e univocamente diretto alla commissione di un delitto. Proprio l'art. 56 c.p., quindi, ha come oggetto esclusivo la valutazione della somma degli atti posti in essere dai concorrenti.

La compartecipazione, piuttosto non si esaurisce nella causalità. Solo in termini normativi sono comprensibili a pieno i concetti quali la cooperazione immediata o necessaria, l' agevolazione, la determinazione o il rafforzamento del proposito criminoso, ovvero figure di concorrenti come l' autore, il coautore, l' istigatore e il complice. E' dunque necessario stabilire se il " normativismo" riguarda esclusivamente il dosaggio della pena, o se interessa già la tipicità del concorso. Gli orientamenti giurisprudenziali sul concorso di persone rispecchiano le due fondamentali teorie: l' oggettivo-causale e la soggettivo – probabilistica ⁷⁵. Prevalente è l' orientamento che si ispira alla prima teoria. Anche la giurisprudenza fa opera di adattamento del modello condizionalistico alle esigenze proprie del concorso, precisando che ai sensi dell' art. 110 c.p. rileva " non solo l' ausilio necessario, ma

⁷⁴ ALBEGGIANI, *Riserva di legge e determinazione dei soggetti attivi di un reato proprio*, in Foro it., 1991

⁷⁵ *Disciplina normativa della compartecipazione criminosa e principio di tassatività della fattispecie*, in AA. Vv., Napoli, 1991

anche quello che si limita ad agevolare o facilitare il conseguimento dell'obiettivo finale. Il contributo agevolante o facilitante appare non necessario o non indispensabile soltanto in astratto ma non già in concreto, perché con un giudizio ex post è tale da prestarsi ad essere valutato come una condicio sine qua non dell'evento".

Per integrare il concorso- secondo la Cassazione- è sufficiente un apporto causale qualsiasi, anche minimo, che può avere natura agevolatrice oppure rafforzativa del proposito criminoso dell' autore. Il rafforzamento in particolare, può consistere in una qualsiasi influenza, anche modesta, sul determinismo psicologico altrui ⁷⁶. Tale forma di concorso viene anzi a tal punto allargata da ritenersi sussistere anche quando la manifestazione di "consenso" sia obiettivamente idonea a costituire soltanto un ostacolo al formarsi di "una volontà di resipiscenza" nell' autore del reato ⁷⁷. La Cassazione penale, con sentenza n. 195754/1993 afferma che in tema di sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione (art. 283 c.p.), è configurabile il concorso nel reato da parte di chi, a sequestro ancora in atto, dia luogo a pubbliche manifestazioni di adesione alla iniziativa di coloro che hanno privato e seguitano a privare il sequestrato del bene della libertà personale, potendosi il concorso realizzare, in genere, anche sotto forma di incoraggiamento e rafforzamento dell' altrui proposito criminoso ed essendo obiettivamente idonee, le dette manifestazioni, a costituire quanto meno un ostacolo all' eventuale formarsi , nell'animo di costoro, di una volontà di resipiscenza che si traduca nell' unica decisione per essi doverosa, e cioè quella di dar luogo alla immediata e incondizionata liberazione del sequestrato. Alcune volte, poi, il concetto di causa "

⁷⁶ Cass. Sez. pen. I, 4 Dicembre 1989 n.1613

⁷⁷ Nella specie, la Corte ha ritenuto giustificata l' affermazione di responsabilità, a titolo di concorso, di taluni aderenti all' organizzazione terroristica " brigate rosse", in stato di detenzione, nel sequestro, attuato da altri aderenti al medesimo sodalizio, di un magistrato, di cui si minacciava l'uccisione se non fosse stato provveduto, tra l'altro, a disporre l'immediata chiusura di un istituto carcerario prevalentemente destinato a imputati e condannati per reati di terrorismo.

concorso” viene definito come “ causa agevolatrice” o come “ fattore psichicamente condizionante” .

Queste diverse definizioni non mutano però né da un lato, l’ ampliamento estremo della relazione causale, né dall’ altro il criterio suo tipico di accertamento ex post. In alcune pronunce, in tema di concorso dei capi dell’ associazione criminosa nei reati- fine commessi dagli associati, è espressamente affermata la necessità di un effettivo e specifico nesso condizionale- sul piano psichico- fra la condotta del capo e quella dell’ esecutore in relazione al concreto fatto di reato ⁷⁸.

Altre sentenze indicano ancor più precisamente che la punibilità del rafforzamento psichico resta comunque subordinata alla mancanza della “ prova contraria e concreta della inesistenza di un nesso causale per l’ inefficacia del rafforzamento rispetto all’ altrui volontà, se capace comunque di svolgersi autonomamente ed indipendentemente per il compimento del fatto”. Simili precisazioni però, non sembrano sortire l’ effetto di riempire a pieno la grande ampiezza del concetto di rafforzamento, in forza del quale, anche una minima influenza sull’ esecutore può determinare la responsabilità in concorso. L’ altro principale orientamento della giurisprudenza adotta il modello “ probabilistico” nel quale viene puntualmente accentuato il carattere ‘ soggettivo’ della responsabilità.

Una nota sentenza della Cassazione del 1991 teorizza questo indirizzo , nel quale viene sottolineata la ritenuta contraddittorietà del principio condizionale sia con la funzione estensiva generale dell’ art. 110 c.p., sia con la disciplina particolare dell’ art. 114 c.p.

Ai fini del concorso basterebbe un “ comportamento esteriore che arrechi un contributo apprezzabile alla commissione del reato, mediante il rafforzamento del proposito criminoso o l’ agevolazione dell’ opera degli altri concorrenti”, occorrendo soltanto che il partecipe per effetto della sua

⁷⁸ Cass. Pen. 1984, 1626

condotta, idonea a facilitare l' esecuzione del reato, ne abbia fatto aumentare la possibilità di accadimento " perché in forza del rapporto associativo diventano proprie anche le condotte degli altri concorrenti" ⁷⁹.

Analogamente in altre pronunce, l' accentuazione del momento solidaristico del concorso viene volto a discapito della materialità e offensività del contributo morale, finendo, sul piano dell' accertamento della causalità psichica, con il limitare lo stesso al minor livello dell' idoneità causale. Così, con riguardo al rafforzamento psichico si afferma da parte della Cassazione che " non può pretendersi la prova positiva che senza di esso" il proposito criminoso "non sarebbe stato attuato, dovendosi invece considerare sufficiente la prova della obiettiva idoneità, in base alle regole della comune esperienza, della condotta consapevolmente posta in essere dal concorrente a produrre, sia pure in misura modesta "il suddetto rafforzamento". Tale indirizzo, finisce così per rappresentare la semplificazione estrema dell' indirizzo "causale" , in ordine alla tipicità e all' accertamento del concorso.

Evidente ormai è l'irrelevanza penale, invece della presenza passiva sul luogo del reato, nonché della mera ospitalità, trattandosi di forme di rafforzamento psichico tutto da dimostrare e comunque di stampo così generico da risultare difficile da comprendere.

La presenza di orientamenti contraddittori del resto, rende estremamente difficile trarre una regola certa di diritto in ordine al discrimine tra connivenza e concorso. I problemi non diminuiscono poi quando le interazioni solidaristiche ' da legame ' riguardano i più gravi delitti contro la persona .

Un noto caso di cronaca nera avvenuta in Arma di Taggia il 23 marzo 1992 e deciso dalla Corte d' Assise di Imperia, con sentenza del 4 Giugno 1993, può illustrare con efficacia il tipo di utilizzo fatto giudiziariamente del

⁷⁹ Cass. Pen. 1993, 45

modello causale. Il processo aveva ad oggetto il presunto omicidio commesso da una giovane coppia ai danni della madre della ragazza. Non v' erano dubbi peraltro che il ragazzo ne fosse stato l' esecutore, mentre il vero problema era per la corte di accertare se la figlia della vittima fosse o meno concorrente morale nell' omicidio.

Sullo sfondo gli elementi a disposizione per il giudizio sono così sintetizzabili:

- A) I tre conviventi convivevano nell' appartamento della vittima, i rapporti tra la madre e i due giovani erano fortemente conflittuali.
- B) I due giovani avevano acquistato insieme il martello con il quale il giovane avrebbe poi eseguito il delitto, ma da un esame testimoniale si ha la prova che l' acquisto era stato condotto esclusivamente dal giovane.
- C) Riguardo al momento dell' omicidio , non vè prova che la ragazza avesse istigato il suo ragazzo nell' immediatezza del fatto.
- D) Dei giorni precedenti, dei dialoghi intercorsi tra i due giovani, vi è una frase della giovane rivolta al ragazzo: “ O lei o me”, non risultando invece alcuna richiesta espressa di uccidere.
- E) La Corte aveva accertato inoltre, e ne dà conto in sentenza, che il giovane aveva forti motivi, suoi personali, per commettere l' omicidio.

Gli elementi a disposizione della Corte sembrano concentrarsi sul ragazzo: il progetto criminoso matura in un arco di tempo considerevole, ma la risoluzione ultima del dubbio se agire o non agire fa leva su un' autodeterminazione del giovane nascente dai propri motivi di astio verso la vittima. La decisione definitiva sul quando agire e l' esecuzione del fatto avvengono “ in solitudine”, senza cioè il contestuale conforto della ragazza.

Nonostante questo, la Corte di Assise si pronuncia per la configurabilità del concorso della giovane. La decisione applica invero applica con coerenza i principi “ giudiziari correnti” sul “ rafforzamento del proposito criminoso

altrui”, per cui neppure la con- presenza di motivi propri, preponderanti, vale ad escludere la responsabilità dell’ istigatore. In ultima analisi la sanzione penale vulnera, nel caso in esame, il legame sentimentale in forza della presunzione di sostegno all’ agire criminoso che il vincolo dei sentimenti esprime, ponendosi come indizio logico di una più intensa partecipazione al fatto. In tale prospettiva, acquisisce valore decisivo la presenza di un comune interesse al fatto. L’ interesse al risultato criminoso assurge anzi a vero e proprio criterio di attribuzione sostitutivo di una specifica prova “ causale” .

Altro delicato aspetto del problema concerne l’ “ approvazione e il “ consenso” come possibili forme di concorso morale dei capi delle associazioni criminose, come anticipato, nei delitti scopo commessi dagli affiliati ⁸⁰.E’ negli anni del Terrorismo che la giurisprudenza tocca il suo orientamento più estremo giungendo ad affermare che i dirigenti possono rispondere a titolo di concorso nei reati fine per il solo fatto di aver ricoperto un ruolo di comando e di aver impartito generiche direttive d’ indirizzo agli affiliati ⁸¹.

In questo contesto il concorso morale si presta con più evidenza, nella sua “ indeterminatezza empirica”, ad essere usato come “ scatola vuota” e “ a dare corpo a ipotesi sociologiche o teoremi politico- storiografici, elaborati a partire dalla personalità degli imputati o da interpretazioni dietologiche e complottistiche del fenomeno terroristico”. Impostando il problema sul terreno oggettivo e ponendo l’ attenzione sulle fattispecie più problematiche, quelle in cui il dirigente ha semplicemente rafforzato il

⁸⁰ DE FRANCESCO, *Riflessioni sulla struttura della banda armata, sui suoi rapporti con gli altri reati politici di associazione, e sui limiti alla responsabilità dei componenti in banda per la commissione dei delitti-scopo*, in Cass. Pen. 1986, 711

⁸¹ Al riguardo si può parlare a ragion veduta di responsabilità di “ posizione”, o anche di responsabilità “ presunta” od “oggettiva”, contrastante con il principio di personalità di cui all’ art. 27, comma 1 Cost. ; GALLO, *Concorso di persone nel reato e reati associativi*, in Rass. Giust. Mil., 1983

proposito criminoso degli affiliati, la dottrina ha ritenuto di individuare essenzialmente due tipi di “ rafforzamento psichico”.

Il primo è costituito dall’ invito dei capi alla commissione di un determinato delitto- fine; invito che funga da “impulso decisivo, da definitiva determinazione” a commettere un reato finalmente preciso nei suoi contorni⁸². In una simile situazione, in realtà più determinatrice che rafforzatrice, il vero discrimine fra comunicazione lecita e istigazione è tracciato in funzione della genericità o al contrario della sufficiente precisione del messaggio criminoso , nonché della previa individuazione del destinatario.

Il secondo tipo di rafforzamento è individuato nell’ approvazione o consenso da parte del capo o del dirigente. Il genere di “ approvazione” cui ci si riferisce è riscontrabile nelle associazioni criminoso dotate di strutture paramilitari. Gli appartenenti a queste associazioni, “ non sono certo restii al compimento delle azioni delittuose , ma si attivano soltanto in seguito alla decisione dei vertici, dalla cui approvazione essi non possono prescindere per passare all’ azione concreta”.

Nel quadro dell’ emergenza- mafia, con la nota sentenza della Cassazione, relativa alla responsabilità dei membri della cd. Cupola mafiosa per i delitti commessi dagli affiliati, che ha esteso il concetto “ approvazione” fino a comprendervi anche il consenso tacito o passivo. Con tale sentenza, la Corte per un verso ha riaffermato in sostanza una responsabilità di posizione dentro la *societas sceleris*, per cui la scelta dell’ organo di vertice è scelta di ciascuno, anche se non partecipe diretto della decisione; per altro verso ha fatto opera d’ innesto del consenso tacito sul potere di interdizione, che compete ai capi dell’ organizzazione “ Cosa nostra”, sulle iniziative d’ interesse strategico prese dagli affiliati.

L’ approvazione dell’ iniziativa altrui può manifestarsi anche come consenso tacito, quando promani da “ chi, per compito autoassegnatosi, esercita, il

⁸² FIANDACA, *Sulla responsabilità concorsuale*, 1988, in Foro It.

“potere-dovere” di esaminare l’iniziativa criminosa “ e deliberarne il contenuto rispetto agli interessi rappresentati, di interdirne eventualmente l’attuazione, anche con l’ imposizione di sanzioni in caso di disobbedienza”.

Svariate teorie tentano l’inquadramento dogmatico del concorso di persone; gli stessi sostenitori dell’ approccio causale hanno ricercato e individuato superiori principi normativi e in alcuni casi criteri d’ integrazione o di affiancamento della causalità. E’ opportuno però verificare se gli schemi teorici approntati rappresentino realmente qualcosa di più o meglio della causalità e poi, se effettivamente “ funzionino” nella prospettiva dell’ accertamento psichico o se possano essere considerati veicoli di interpretazione adatti a risolvere i problemi d’ imputazione del concorso, in particolare del concorso morale.

Per la teoria dell’ accessorietà la rilevanza penale dei contributi “atipici” dipenderebbe dal loro accedere al fatto principale dell’autore. Il rapporto accessorio seguirebbe poi i canoni usuali della causalità condizionalistica. La condotta dell’autore ha quindi un proprio “ corredo” normativo che discende dal rapporto di immediatezza con il fatto tipico, mentre la condotta del complice non lo ha , ma lo acquisisce di riflesso dal fatto altrui.

Sotto il medesimo profilo, non arriva a risultati radicalmente differenti e migliori la teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale.

Essa spiega il meccanismo di integrazione fra l’ art. 110 c.p. e la fattispecie incriminatrice di parte speciale da un punto di vista logico formale. Nasce, così, una nuova forma tipica di responsabilità in cui rientrano a pieno titolo tanto le ipotesi di esecuzione frazionata del reato, quanto le ipotesi di istigazione e di agevolazione. Trova in tal modo spiegazione, senza forzature, la punibilità del partecipe quando manca un fatto principale interamente realizzato dall’ autore.

Un approccio eclettico è poi proprio della teoria “circostanziale” del concorso di persone⁸³. Il criterio causale per le ipotesi di determinazione psichica e di cooperazione necessaria, il criterio della tipicità parziale per le ipotesi di esecuzione frazionata, e infine il criterio della tipicizzazione circostanziale, sostitutivo del criterio condizionale, per le ipotesi di agevolazione e di “rafforzamento psichico”.

Proprio in base a tale ultimo criterio, la punibilità del contributo deriverebbe dalla riconducibilità a una qualunque circostanza, o disciplina particolare del concorso, quando esse descrivano quella collateralità organizzativa tipica dell’attività del complice.

La più recente teoria dell’ “organizzazione è la sola a proporre un approccio normativo mirato al problema delle condotte concorsuali, rimarcando la specificità e l’ autonomia del reato plurisoggettivo, meritevole per questo di una costruzione dogmatica separata⁸⁴. L’aspetto peculiare è da individuare nel fatto che attraverso la causalità, ribadita nel suo valore di principio, non si imputa al compartecipe un evento naturalistico, ma un fatto umano collettivo, caratterizzato sul piano criminologico dall’ organizzazione delle forze individuali. Nell’impostazione del rapporto causale, quindi, il singolo contributo non andrebbe, in quanto primo termine della relazione, relazionato al fatto tipico, ma all’evento intermedio costituito proprio dall’ organizzazione criminosa (secondo termine della relazione). In questo, il contributo punibile dovrebbe inserirsi in modo funzionale ed organizzato. Tale funzionalità, sarebbe peraltro, tipica di condotte come la minaccia, la comunicazione di informazioni tecniche, la promessa di aiuto, ecc. e non invece di condotte come il semplice consiglio, o la mera esortazione ad agire illecitamente.

⁸³ DONINI, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984

⁸⁴ INSOLERA, *op.cit.*

Qualche riflessione, infine merita il concetto di “ rischio tollerato in rapporto all’istigazione come forma di concorso nel reato.

Nel caso dell’ istigazione manca un utile sociale immediato che giustifichi un rischio permesso, essendo certo che la libertà di chiedere ad altri di commettere un reato mai può costituire per la collettività un fine proficuo. Tuttavia, l’assenza di un utile siffatto non è ancora un fattore decisivo ai fini dell’ esclusione della categoria del rischio dall’ambito del concorso morale, sia perchè la visione che lega il rischio consentito alla chiarezza dell’utile finisce per confondersi con la diversa categoria dell’adeguatezza sociale, sia perchè nei rapporti privati i vantaggi sociali connessi alla libertà di opinione coincidono in effetti con lo stesso interesse del soggetto all’ espressione e al confronto delle opinioni.

Insomma, tale profilo di libertà trova in se stesso valore giustificativo.

Un rispetto autentico della persone , del resto, implica la tolleranza della ‘diversità’ delle opinioni individuali a prescindere dal loro contenuto. L’ istigazione dunque, è un fattore di rischio che un ordinamento ‘ liberale’ quale il nostro mette in conto e che, entro certi limiti, è costretto a tollerare se l’ obiettivo è la libertà di autorealizzazione dell’ individuo. Può però residuare un profilo problematico riguardante l’aggancio dell’ istigazione alla variabile del rischio comporti un indebolimento dell’ imputazione psicologica: ‘il rischio’ infatti evoca in genere una connessione con la colpa o con il dolo eventuale.

Di qui si potrebbe sostenere che l’ istigazione richieda l’ accettazione del rischio e non l’intenzione del condizionamento psichico. In realtà il ‘ rischio’ non può che avere un’ incidenza limitata alla fattispecie oggettiva, impregiudicato resta quindi l’ ulteriore atteggiarsi dell’elemento soggettivo in funzione delle diverse peculiarità delle fattispecie che di volta in volta vengono in considerazione. Questo però non deve implicare una svalutazione dell’elemento soggettivo come rovescio della valorizzazione del ‘ rischio’.

Nell'ottica del rapporto fra componente oggettiva e soggettiva del concorso, l' affermata priorità della prima sulla seconda scongiura il pericolo, spesso concretizzatosi in passato sia in dottrina che in giurisprudenza, di affidare all' elemento soggettivo il compito improprio di sciogliere i nodi problematici lasciati irrisolti sul piano della fattispecie causale. In realtà ,così facendo, tali problemi si riversano puntualmente nel dolo, è dunque nella sede propria dell' imputazione oggettiva che essi vanno risolti.

Il quadro sopra delineato conferma, quindi che l'istigazione non può prescindere da precise modalità commissive, riconducibili a fattispecie criminologiche ben definite e verificabili processualmente. Di riflesso, risulta meglio circoscrivibile anche la fattispecie di agevolazione, almeno nei suoi aspetti di confine con la complicità psichica. Ed infatti, nel momento in cui l' autoreponsabilità taglia fuori dal diritto penale le forme generiche di adesione morale e di rafforzamento psichico, l'agevolazione, per parte sua, non può risolversi in un comportamento materiale puramente "simbolico".

Il rischio di agevolazione, quindi, deve concernere la modifica non di un dato psicologico, bensì di un aspetto strettamente materiale, preparatorio o esecutivo, in modo che il contributo agevolatore si dimostri utile , facilitando o rendendo più sicura o più incisiva la realizzazione del reato.

Vi sono poi situazioni nelle quali, considerato il tipo e il suo contesto, la condotta di sostegno materiale all' autore, ha un significato più simbolico e psicologico che pratico. In tal caso sarà necessario valutare se per avventura il ventaglio di alternative a disposizione dell'autore non denoti la mancanza di una reale utilità nell' apporto datogli, con la conseguenza di dover lasciare impunita l'apparente agevolazione ⁸⁵.

Sono questi dunque i ragionamenti proposti dalle diverse soluzioni dottrinali, da applicare poi per la corretta soluzione dei casi giurisprudenziali, a delineare una linea guida di studio della disciplina.

⁸⁵ Cass. Pen., sez. VI, 7 Aprile 1994, n. 4041

Concludendo, appare opportuno rilevare come la bipartizione , tra determinazione e istigazione a delinquere , sia stata resa superflua dallo stesso legislatore, che nei reati in esame, mostra espressamente di non attribuire alcuna importanza alla diversa efficienza causale dell'attività del reo sulla psiche del soggetto istigato, tanto da stabilire, ad esempio, la stessa pena sia per chi “ determina altri al suicidio” e sia colui che si limiti a rafforzare “ l' altrui proposito di suicidio” (art. 580 c.p.).

E' stato inoltre sostenuto che entrambe le condotte, pur rappresentando momenti giuridici diverse, se riguardate nel loro punto d' arrivo, muovono in realtà da un identico disegno criminoso, concretandosi, in un primo tempo, “ in una fattispecie legale unica, che il codice, giustamente con una locuzione più propria definisce, istigazione.

4.3 -L'agente provocatore e la desistenza volontaria-

Un caso del tutto particolare nel panorama dell' istigazione come forma di partecipazione morale è quello dell'agente provocatore.

La legge non ne parla *expressis verbis* in alcuna disposizione: la figura è però ben nota alla giurisprudenza, e naturalmente alla dottrina. Attingendo, dunque, dalle relative elaborazioni, si può ritenere generalmente condivisa la seguente definizione dell' agente provocatore. E' tale colui che o mediante istigazione, o simulando di accordarsi con altri per commettere un reato, ovvero ancora partecipando materialmente alla sua commissione, opera con l' esclusivo fine di far sì che taluno ponga in essere atti penalmente rilevanti di cui eli può poi fornire la prova, assicurando così il colpevole alla giusta punizione che gli spetta.

Nella maggioranza dei casi, l'agente provocatore, una volta che sia riuscito a ottenere il compimento di atti di tentativo, fa sì che a questo punto l' iter

criminis si interrompa e quindi si attiva per impedire che il reato giunga alla sua consumazione. Può accadere, infatti, che durante l'esecuzione del reato, il reo receda dal suo proposito criminoso, interrompendo l'azione o impedendo il verificarsi dell'evento. Il nostro codice regola questo caso negli ultimi due commi dell'art.56, i quali così dispongono: " Se il colpevole volontariamente desiste dall'azione, soggiace soltanto alla pena per gli atti compiuti, qualora questi costituiscano di per sé un reato diverso.

Se volontariamente impedisce l'evento, soggiace alla pena stabilita per il delitto tentato, diminuita da un terzo alla metà."

Si tratta di due distinte ipotesi: la prima va sotto il nome di desistenza; la seconda , comunemente detta " pentimento operoso", può meglio indicarsi con l'espressione di recesso attivo. La desistenza si ha quando l'agente, dopo aver iniziato l'esecuzione del delitto, muta proposito e interrompe la sua attività criminosa. Es. : un ladro, dopo aver aperto la porta con la chiave falsa, abbandona l' operazione e si allontana. Il recesso attivo, invece, si verifica allorché, il colpevole ha condotto a termine l'attività esecutiva e desiderando, per riflessioni o fatti sopravvenuti, evitare il verificarsi dell'evento, agisce per impedirlo, come nel caso di colui che, dopo aver gettato un individuo nel fiume lo salvi, oppure, avendo propinato del veleno ad una persona, le somministri un antidoto e riesca così ad evitarne la morte.

Le due ipotesi, come evidente, sono in correlazione coi due stadi che possono presentarsi nel tentativo: durante la fase del tentativo " incompiuto" l'abbandono del proposito criminoso si manifesta nella forma di desistenza; nella fase del tentativo " compiuto" , e cioè quando l'attività esecutiva è esaurita, ma l'evento non si è ancora verificato, la semplice inattività non può bastare: occorre che l'agente si renda attivo allo scopo di impedire che le forze della natura da lui messe in moto o utilizzate, determinino il risultato. Da quanto si è detto si desume che la desistenza ha carattere negativo, consistendo nel semplice non condurre a termine l'attività prestabilita; il recesso attivo, invece, ha carattere positivo, in quanto

esige la messa in opera di una nuova attività. Inoltre, come si rileva dal testo dell'art 56 c.p., entrambe debbono verificarsi "volontariamente". La dottrina è però concorde nel ritenere che la volontarietà non equivale a spontaneità, tanto più che, quando la legge esige la spontaneità, espressamente la richiama, come nel caso previsto nel n. 6 dell'art 62 c.p.

Una considerazione a parte merita poi, un' autorevole dottrina, che muove dall' osservazione che manca nel sistema una espressa previsione normativa che disciplini il fenomeno in questione nelle fattispecie plurisoggettive. La desistenza è in questo caso qualificata non già come un' ipotesi di condotta susseguente con rilevanza estintiva, bensì come un limite alla configurabilità dello stesso concetto "finalistico" dell'azione. Per individuare, dunque, il momento di operatività della desistenza, si prende in considerazione non già l'intero fatto concorsuale, bensì la singola attività di partecipazione, cosicché al pari di quanto accade per la desistenza del singolo, nelle fattispecie plurisoggettive essa si configura come mancato completamento della singola condotta di partecipazione⁸⁶.

La desistenza importa di regola l'impunità, la quale non è dovuta, come vorrebbero alcuni autori, all'eliminazione della volontà colpevole, ma a considerazioni di politica criminale, e precisamente all'interesse sociale di creare "un ponte d'oro" per il reo che abbandona il suo proposito criminoso non realizzando o non perfezionando l'offesa al bene giuridico oggetto dell'aggressione, quando questa è richiesta dalla fattispecie. L'impunità, peraltro, non è incondizionata. Dal testo dell'art. 56 c.p., infatti, si desume che, se gli atti compiuti costituiscono un reato diverso, la responsabilità per gli atti medesimi rimane integra, non essendovi ragione di lasciare senza pena chi ha commesso un reato, unicamente perché aveva intenzione di commetterne uno più grave.

Non sempre, però, l'agente provocatore riesce a desistere o recedere attivamente e comunque, non sempre, messi in moto i meccanismi di

⁸⁶ LATAGLIATA, La desistenza volontaria, Napoli, 1963

azione di un progetto criminoso questi riesca ad intervenire per impedirne gli effetti lesivi, prima che questi si producano. Talvolta, l'agente provocatore è un agente di polizia o un altro soggetto cui spetta, per obbligo giuridico, di scoprire e accertare reati, che si infiltra in un'organizzazione criminale, ne conquista la fiducia e, simula di volervi partecipare, al suindicato fine. Più spesso si tratta di un cittadino qualunque che, avendo per esempio ricevuto da altri una proposta illecita, su consiglio e suggerimento della polizia, o talvolta anche di propria iniziativa, simula di volerla accogliere e fa in modo che il proponente si attivi per la sua parte a compiere l'illecito, in modo da farlo sorprendere in flagranza dalle forze dell'ordine e provocarne così l'arresto.

Si potrebbe essere tentati in questi casi, di dire che ci si trova dinnanzi a reati impossibili, perché gli accorgimenti e le precauzioni presi dalla polizia per impedire comunque che l'azione criminosa giunga alla sua completa consumazione e realizzi, così l'evento dannoso, dovrebbero valere a rendere inidonea, l'attività posta in essere dal provocato. Per quante precauzioni si prendano, però, non si può esser certi che l'evento non si potrà verificare. Si può invece dire con assoluta certezza, che il reato è impossibile, solo quando, ad esempio, è stata simulata l'esistenza dell'oggetto materiale del reato, che invece, manca.

Di regola, invece, il fatto commesso dal provocare risulta penalmente rilevante. Il problema appare dunque capire se il provocatore debba o meno ritenersi concorrente morale e in caso affermativo, se debba essere punito anch'egli o per quali ragioni non debba, eventualmente, essere punito. Occorre distinguere tra i vari casi.

Un comune e concorde consenso in dottrina ha la tesi per cui l'agente provocatore è da considerarsi concorrente. Se egli realizza le condotte di istigazione o di accordo, è ovvio che egli pone in essere delle ipotesi di partecipazione del reato. La particolare finalità che lo ispira, così come la riserva mentale che vizia il suo consenso nell'accordo, non possono certo far venire meno il contributo che egli fornisce perché il reato sia

eseguito. Ciò che lo distingue dagli altri concorrenti è solo il fatto che egli non vuole che il reato sia consumato, ma opera affinché esso giunga soltanto allo stadio del tentativo punibile. Se tale stadio non fosse raggiunto, il suo scopo non sarebbe conseguito, ma è evidente che egli non può non volere quanto meno l'esposizione a pericolo del bene giuridico; e non può certo escludersi che egli se ne prospetti, almeno come eventuale, la possibile lesione⁸⁷. Ne consegue che, se e in quanto, in realtà, il reato non sia portato a compimento, l'agente provocatore non potrà rispondere del tentativo posto in essere dagli altri soggetti, perché il suo dolo essendo al massimo eventuale con riguardo all'evento di danno, non è sufficiente per la punibilità del tentativo. Ma se, invece, l'evento si sia prodotto ugualmente egli non potrà non risponderne.

Vi è poi almeno un caso in cui l'agente provocatore dovrebbe rispondere anche del semplice tentativo: quando è stato proprio lui a determinare altri al compimento di un reato cui il soggetto provocato, non aveva, magari, affatto rivolto la sua attenzione.

L'art. 12 quater della l. 7.8.1992 n. 356 descrive espressamente nuove figure di agenti provocatori prevedendo la non punibilità degli ufficiali di polizia giudiziaria della Direzione Investigativa Antimafia o dei servizi centrali e interprovinciali di cui all'art. 12 del d.l. 13.5.1991 n. 152, conv. Con mod. nella legge 12.7.1991 n. 203, i quali al solo fine di acquisire elementi di prova in ordine ai delitti di cui agli artt. 648 bis e 648 ter del c.p., procedano alla sostituzione di denaro, beni o altre utilità provenienti da taluno dei delitti indicati, o altrimenti procedano, in modo da ostacolare l'identificazione della provenienza, ovvero in modo da consentirne ai delitti concernenti armi, munizioni od esplosivi, acquistino o ricevano od occultino o comunque si intromettano nel fare acquisire, ricevere od occultare le armi, le munizioni o gli esplosivi.

⁸⁷ STORTONI, Agevolazione e concorso di persone nel reato, Padova, 1981

Tale figura di agente provocatore, essendo impiegata ad incitare o provocare altre persone, e a spingerle a commettere atti illegali, è fonte delle numerose riflessioni appena svolte, andando così a completare il quadro inerente il rapporto tra istigazione e concorso morale nella commissione di un delitto.

CONCLUSIONE

Guidati dalle differenti e contrastanti posizioni dottrinali in materia e condotta una profonda analisi circa la natura della condotta di istigazione a commettere un reato, si può provare, in conclusione a riflettere sui risvolti problematici emersi dall'indagine svolta.

Il fenomeno istigativo, viene colto normalmente dalla dottrina e dalla giurisprudenza nel suo aspetto essenziale di manifestazione di un certo atteggiamento della volontà diretto a determinare , o quanto meno a influenzare, il processo di formazione della volontà di altro soggetto.

L'istigazione è , quindi, un fenomeno di eccitamento, implicando un'azione sulla psiche di altre persone per spronarle a compiere determinati fatti, facendo sorgere ovvero rafforzando motivi di impulso, ovvero distruggendo o affievolendo motivi inibitori.

Ora , è evidente, che tale influenza sulla volontà altrui possa essere esercitata tanto direttamente quanto indirettamente, come approfondito.

Presupposto fondamentale, che merita però una ulteriore e conclusiva osservazione è il requisito della idoneità: la condotta, come ogni altra che sia diretta ad un certo risultato, sarà unicamente punibile se idonea a determinare tale risultato.

Al di là delle riflessioni circa il concetto di idoneità, in merito al rapporto tra istigazione e tentativo, quand'è che tali condotte possono essere considerate idonee?

Una risposta è possibile se si tiene conto proprio della particolare natura del fenomeno istigativo ed apologetico.

Essendo il momento essenziale di tale fenomeno quello dell'eccitamento, la condotta istigatrice potrà ritenersi idonea quando lo stimolo in essa

contenuto, in sé e in relazione alla realtà in cui opera, avrà potenzialmente un'efficienza tale da poter concretamente incidere sull'altrui volontà. Nel caso in cui, invece, il risultato dell'accertamento, mediante prognosi postuma, porti a constatare la inidoneità della condotta, si ricadrà nell'ipotesi configurata dall'art. 49 c.p., di delitto impossibile.

Fondamentale, appare però, giunti a tale conclusione, giustificare il rilievo che è stato fatto al legislatore circa l'inutilità di distinguere formalmente tra istigazione e apologia.

Se infatti la condotta latu sensu istigatrice (diretta o indiretta) è incriminabile, in quanto idonea, cade ogni motivo di distinguere. Va però aggiunto, che data la distinzione posta dal legislatore, che dimostra, così di aver inteso creare due distinti titoli di reato, la differenziazione stessa non è superabile dall'interprete ed è anzi tale da rendere configurabile l'ipotesi del concorso delle due figure.

Qualunque sia la natura riconosciuta alla condotta di istigazione, tanto le norme di parte speciale, quanto quelle di parte generale, configurano ipotesi di consapevoli e volontarie condotte umane finalizzate ad influenzare la condotta altrui.

In particolare nel nostro ordinamento, è come visto, l'art. 115 c.p. a costituire la chiave di volta per una impostazione logico – sistematica delle fattispecie autonome di apologia e istigazione, in materia di concorso di persone nel reato.

E' questo il punto di partenza per una doverosa analisi circa i risultati dello studio del rapporto fra istigazione e sfera di autodeterminazione, con cui intendo concludere in maniera esauriente la mia indagine.

L'appena conclusa trattazione del tema generale della causalità nel concorso di persone, colta nella prospettiva dei condizionamenti psichici tra concorrenti, unita alla precedente analisi sulla ratio sottesa alle norme del codice penale italiano in merito all'istigazione diretta ed indiretta a

delinquere, ci conducono direttamente al centro della questione: comprendere correttamente il concetto di autoresponsabilità, corollario del principio di personalità della responsabilità penale, ex art. 27 Cost⁸⁸.

Il principio di autoresponsabilità esige, come norma generale, che la responsabilità per ciò che liberamente si è voluto commettere non si può addossare ad altri soggetti. Il presupposto comune al giudizio di colpevolezza, risiede nell'immagine che l'ordinamento ha dell'uomo quale "centro di imputazione strutturale" nella realtà che lo circonda, e, quindi, quale soggetto responsabile delle proprie azioni.

La legislazione di emergenza, se da un lato ha accentuato l'ambiguità di questa controversa figura concorsuale, dall'altro ha aumentato le aspettative di giustizia verso i livelli più alti della criminalità, esigendo un contrappeso di garanzie più adeguate.

In questo senso, l'autoresponsabilità svolge un ruolo nuovo e allo stesso tempo liberale, in grado di correggere le distorsioni della prassi applicativa, soprattutto nel campo della partecipazione morale.

Il ricorso all'istigazione, infatti, si è molto spesso rivelato una "finzione", un espediente per punire contributi privi in realtà di riscontro effettuale o, nei casi addirittura di assenza di una rilevante condotta, un metodo ascrittivo del "mancato attivarsi", in tal caso quasi sovrapponendo il concorso morale al concorso per omissione.

La direttrice della autoresponsabilità, può così, imprimere un vigore nuovo alla stessa categoria causale, non soltanto dal punto di vista 'personalistico' (art. 27 Cost.), ma anche dal punto di vista della conformità

⁸⁸ "La responsabilità penale è personale.

L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva.

Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato.

Non è ammessa la pena di morte."

del diritto penale al fatto (art. 25 Cost.: “ Nessuno può essere punito se non in forza di una legge vche sia entrata in vigore prima del fatto commesso).

Difatti, la concretizzazione del rapporto causale psichico nell’ ottica del soggetto autoresponsabile soddisfa proprio le esigenze di cui all’ art. 25, comma 2 Cost. .

Il binomio libertà- autoresponsabilità scolpisce indirettamente le caratteristiche del fatto istigativo, isolando specifiche situazioni causali penalmente rilevanti. In questa prospettiva, intendendo completare un’ indagine mediante una interpretazione sistematica delle norme penali in analisi, le disposizioni costituzionali che interessano il principio di autoresponsabilità, impongono una riletture delle disposizioni del codice Rocco, concernenti l’ istigazione e insieme impongono un’ estensione del principio ‘liberale’ ad esso relativo, anche oltre la portata dell’ art. 115 c.p. .

In questa prospettiva le disposizioni costituzionali che interessano il principio di autoresponsabilità impongono una rilettura delle disposizioni del Codice Rocco concernenti l’ istigazione ed insieme un’ estensione del principio ‘ liberale’ ad essa relativo anche oltre la portata dell’ art. 115 c.p. Inoltre, non basta il principio ricavabile da tale articolo circa l’irrelevanza penale dell’ istigazione, quando l’ istigazione medesima non sia commessa dall’ istigato, ma occorre affermare , forti del “ sostegno” costituzionale, che in linea di principio l’ istigazione è irrilevante già come modo di causazione del reato; questo equivale a dire che l’ istigazione secondo tale interpretazione non sarebbe da considerare come fatto penalistico ⁸⁹.

D’altra parte, invece, la giusta prospettiva di valutazione del rapporto causale istigativo, in quanto rapporto diretto in primis a un evento psichico, indirizza verso una selezione oggettiva della punibilità, che ha come punto di partenza lo stesso soggetto istigato, in quanto ‘ sede spirituale ‘ dell’

⁸⁹ SERENI, *Istigazione al reato e autoresponsabilità : sugli incerti confini del concorso morale*, Padova , 2000

evento. La dimensione 'psicologica' e 'morale' dell'evento comporta che la decisione criminosa proposta dall'istigatore resti, in linea di principio nella esclusiva responsabilità dell'istigato, da un lato perché è difficilmente accessibile il suo interno percorso di convincimento, dall'altro perché il riconoscimento della libertà di opinione esalta l'aspettativa di una condotta autoresponsabile.

Una oggettivazione dell'accertamento, invece, non è da intendersi come abbandono della dimensione individuale del giudizio, perché ciò contrasterebbe in modo insanabile con il principio 'personalistico', ma proprio nel rispetto di tale principio, la verifica individuale non può non risolversi a favore del reo (istigatore), escludendo in ogni caso il legame causale ove l'istigato pervenga per un qualunque motivo proprio, indipendentemente dall'influenza istigatrice, alla decisione di commettere il reato.

Superando il rapporto tra componente oggettiva e soggettiva del concorso, avendo asserito sin dall'introduzione l'impossibilità a creare un unico ed esauriente modello legale della condotta d'istigazione, concludiamo con una giustificazione alle scelte oggi 'inattuali' del legislatore.

Il legislatore italiano del '30, ha realizzato una inversione di rotta rispetto al codice Zanardelli del 1889. Era infatti dinanzi ad un'alternativa: scegliere tra il modello differenziato e un modello unitario di tipizzazione del fatto.

Nel primo caso il legislatore si sarebbe sforzato di tipizzare in maniera autonoma le diverse forme di istigazione e partecipazione, distinguendole in funzione dei ruoli rispettivamente rivestiti dai vari concorrenti (ad es. autore, istigatore, determinatore, complice). Questa tecnica si preoccupa, infatti, di differenziare la responsabilità di ciascun concorrente sul piano della tipicità del fatto: così ad es. la figura del complice si distingue da quella dell'esecutore principale, in base a peculiari caratteristiche obiettive e da tale differenziazione si fa sempre discendere una diversità di trattamento sanzionatorio.

Optando , invece , per il modello della tipizzazione unitaria di disciplina, il legislatore inclinò per la cd. tipizzazione causale: in questo senso furono riconducibili alla fattispecie concorsuale tutte le condotte dotate di efficacia eziologica nei confronti dell' evento lesivo, e non assume più importanza la demarcazione tra forme primarie e secondarie di partecipazione.

Il modello della tipizzazione autonoma di varie " forme" di partecipazione, corrisponde alla tradizione penalistica delle codificazioni liberali ottocentesche , ed è ancora recepito nella legislazione di alcuni stati Europei (es: Germania). Quale legame intercorra sul piano teorico tra il modello in parola e il pensiero penale di matrice liberale, si può ben intuire: se il legislatore si preoccupa di scolpire con precisione le figure normative di autore, partecipe, determinatore, e complice, si evita il duplice inconveniente, di lasciare indeterminati da un lato, i presupposti della punibilità della condotte secondarie di partecipazione e dall'altro, di appiattare le responsabilità individuali, posto che sulla stessa graduazione della pena non può non incidere il tipo di contributo arrecato a ciascun concorrente. E' questa oggi la ragione dei principali problemi d' interpretazione ed applicazione della disciplina legislativa vigente.

Il retroterra culturale che preparò la riforma del' 30 era in buona parte influenzato dal pensiero positivistico- naturalistico, incline a valorizzare il " dogma della causalità" , anche sul terreno dei presupposti della responsabilità penale. Inoltre, era forte l'influenza del positivismo criminologico di matrice lombrosiana e ferriana: ciò portava per un verso a sminuire l' importanza di una diversificazione delle responsabilità individuali operata sul piano della tipizzazione del fatto; e a privilegiare, invece, per altro verso, il valore sintomatico dei singoli contributi per dedurre elementi di valutazione della " pericolosità sociale" di ciascun partecipante, ai fini della individualizzazione del trattamento punitivo.

Nell'auspicare un ritorno alla tipizzazione legislativa, quale garanzia di legalità, sempre nel rispetto dei principi costituzionali, non si ignorano comunque i limiti che una soluzione simile di fatto inevitabilmente incontra.

Anche negli ordinamenti in atto , caratterizzati dalla previsione espressa delle diverse forme di partecipazione, le formule normative di tipizzazione mantengono, infatti, margini più o meno ampi di genericità, e ciò di fatto consente alla giurisprudenza di manipolarle al fine di reprimere i contributi partecipativi più atipici. Se è inevitabile che le formule legislative risultino in qualche misura elastiche, è tuttavia altrettanto vero che la strada della tipizzazione costituisce pur sempre un margine potenzialmente in grado di circoscrivere gli spazi di manovra.

Punto fermo , nonostante queste interne controversie dottrinali, e punto di arrivo e partenza della nostra indagine è la ratio sottese all' individuazione della fattispecie d' istigazione, indipendentemente dalla natura ad essa riconosciuta: nei reati esaminati, è sempre possibile isolare un elemento che determina definitivamente la lesione o la esposizione a pericolo di quell' interesse; per effetto di questo, non già un singolo soltanto, bensì un numero indeterminato di membri della collettività (società, popolo, pubblico) riceve un perturbamento, un' alterazione del proprio sentimento di sicurezza dell'ordinato svolgimento della vita sociale. Questo solo è l' evento posto a base della statuizione di una norma siffatta, che ha come scopo, la tutela dell' ordine pubblico.

BIBLIOGRAFIA

ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2008

ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale II*, Milano, 2008

ALBEGGIANI, *Riserva di legge e determinazione dei soggetti attivi di un reato proprio*, in *Foro it.*, 1991

AA. VV., *Disciplina normativa della compartecipazione criminosa e principio di tassatività della fattispecie*, Napoli, 1991

BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, 1984

BETTIOL, *Sul tentativo di partecipazione delittuosa*, in *Annali di Dir. Proc. Pen.*, 1932

CADOPPI-CANESTRARI, *Trattato di diritto penale, Parte Speciale*, Vol. I, 2012

CIAPPI, voce *Pubblicità*, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino, 1993

CONTENTO, *Corso di diritto penale*, Bari- Roma, 2008

CONTIERI E., *I delitti contro l'ordine pubblico*, Milano, 1961

CORSO G., voce *Ordine pubblico*, in *Enc. Dir.*, XXX, Milano, 1980

DE FRANCESCO, *Riflessioni sulla struttura della banda armata, sui suoi rapporti con gli altri reati politici di associazione, e sui limiti alla responsabilità dei componenti in banda per la commissione dei delitti-scopo*, in *Cass. Pen.* 1986, 711

- DE MAGLIE, *Teoria e prassi dei reati associativi e concorso di persone nei reati*, Riv. It. Proc. E Dir. Pen., 1987
- DE MARSICO, *Premessa dogmatica all'esame dei reati di istigazione, cospirazione e banda armata*, in *Scritti Giuridici in onore di F. Carnelutti*, Padova, 1950
- DE VERO, voce *Istigazione a delinquere e a disobbedire alle leggi*, in *Digesto Disc. Pen.* , VII, Torino, 1993
- DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico. Itinerari ed esiti di una verifica dogmatica e politica criminale*, 1988
- DI VICO, *Per la interpretazione dell'art. 266 del codice penale*, in *Annali dir. proc. pen.*, 1933
- DI VICO, *Il delitto di apologia*, in *Annali* 1936
- DONINI, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984;
- FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale*, Vol. I, 2009
- FIANDACA, *Sulla responsabilità concorsuale*, 1988, in *Foro It.*
- IORE, *Ordine pubblico (dir.pen.)*, in *ED. XXX*, Milano, 1980
- IORELLA, *La disciplina del concorso di persone nello schema di legge delega per il nuovo codice penale*, Siena, 2003
- FLORA, *Il ravvedimento del concorrente*, Padova, 1984
- FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990
- FROSALI, *Sistema penale italiano*, III, Torino, 1958

- GAJOTTI, *Istigazione e determinazione nella teoria del reato*, Genova, 1948
- GALLO, *Concorso di persone nel reato e reati associativi*, in *Rass. Giust. Mil.*, 1983
- GALLO M. , *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, 1957
- GALLO, *Voce Dolo*, In *Enc. Dir.*, vol. XIII, Milano, 1964
- GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, 3^a ed., Milano, 2005
- LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, Napoli, 1964
- LATAGLIATA, *La desistenza volontaria*, Napoli, 1963
- LATTANZI - LUPO, *Codice Penale, Rassegna di dottrina e giurisprudenza*, Milano 2010
- G. MAGGIORE, *Diritto Penale*, I, Milano, 1996
- MANETTI, Professore ordinario di diritto costituzionale nell'Università di Siena, *L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione dell'eguaglianza e difesa dello Stato*
- MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1979
- MANZINI, *Trattato di diritto penale*, Vol.IV , Torino, 1984
- MARINI, *Delitti contro la persona*, Torino, 1996
- MORMANDO, *I problemi generali della fattispecie e i rapporti con il tentativo*, Padova, 1995

- P. NUVOLONE, *Sistema del diritto penale*, Padova, 1975
- OLIVERO, voce *Apologia e Istigazione* , in *Enc. Dir.* , II, Milano, 1980
- PACE, *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione Italiana*, Padova, 1972
- PALMIERI, *Osservazioni in tema di istigazione a delinquere*, in RIDPP, 1968
- PALOMBI, voce *Istigazione al suicidio*, in *Enc. dir.*, vol. XXII, Milano, 1972
- PEDRAZZI, *Problemi del delitto di agiotaggio*, Milano, 1958
- PETROCELLI, *Il delitto tentato*, Padova, 1966
- ROMANO, *Commentario Sistematico Cod. Penale* [art. 85- 149 c.p.], 2004
- R. DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Milano, 1956
- SCLAFANI-GIRAUD-BALBI, *Istigazione o aiuto al suicidio*, Napoli, 1997
- SERENI, *Istigazione al reato e autoresponsabilità : sugli incerti confini del concorso morale*, Padova , 2000
- STELLA, *La teoria del bene giuridico e i cosiddetti fatti inoffensivi conformi al tipo*, Riv. It. Dir. Proc.Pen., 1973
- STORTONI, *Agevolazione e concorso di persone nel reato*, Padova, 1981
- STORTONI, *Critica del diritto - Riv. Dir. Pen.* , 1994

STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Bologna, 2006

TONINI, *Istigazione, tentativo e partecipazione al reato*, in *Studi Delitala*, Milano, 1985

VANNINI, *Il problema giuridico del tentativo*, Milano, 1950

VIGNALE, *Ai confini della tipicità, l'identificazione della condotta concorsuale*, in *Riv. It. dir. e proc. pen.*, 1983

VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, vol. I, Padova, 1999

VINCIGUERRA, voce *Codificazione penale*, in *Diz. dir. pubbl.*, vol. II, Milano, 2006

VIOLANTE, voce *Istigazione a disobbedire alle leggi*, in *Enc. Dir. XXII*, Milano, 1972

ZAGREBELSKY, *I delitti contro l'ordine pubblico*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, Torino, 1996

ZERBOGLIO, *Istigazione a disobbedire alle leggi*, in *Scritti teorico-pratici sulla nuova legislazione penale*, II, Milano, 1933