

Alessandro Spena

**ISTIGAZIONE PUNIBILE E LIBERTÀ
DI PAROLA. RIFLESSIONI IN
MARGINE ALLA SENTENZA DE
LUCA**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

GIURISPRUDENZA

d) Giurisprudenza di merito

TRIBUNALE DI TORINO

sent. 19 ottobre 2015 (dep. 18 gennaio 2016)

Giudice Iadeluca — Imp. Erri De Luca

Istigazione a delinquere e apologia di delitto - Ordine pubblico - Pericolo concreto - Rilevanza del contesto - Libertà di espressione - Bilanciamento

(Cost., art. 21; C.p., art. 414, co. 1, 2 e 3)

L'istigazione a delinquere penalmente rilevante, punita dagli artt. 414 co. 1 e 2 c.p., è costituita da un'azione esplicata sulla psiche di altre persone per spronarle a compiere fatti determinati di reato, nella duplice direzione di far sorgere o rafforzare motivi d'impulso oppure di eliminazione o affievolimento di freni inibitori (1).

La fattispecie di istigazione a delinquere di cui all'art. 414 co. 1 e 2 c.p. (al pari di quella dell'apologia di cui al co. 3, da intendere come una "istigazione indiretta") va ricondotta nell'alveo dei reati di pericolo concreto, poiché in tal modo la si rende compatibile con il principio dell'art. 21. Così, in un equilibrato bilanciamento di interessi rispetto alla tutela dell'ordine pubblico (2).

Nessun rilievo riveste la circostanza che l'istigazione non venga accolta e non si traduca nella commissione di reati (ipotesi nella quale ci si troverebbe a varcare i limiti del concorso morale nel reato commesso dai soggetti che hanno recepito l'istigazione), posto che è penalmente rilevante l'istigazione che, sulla base di un giudizio ex ante e in concreto, si riveli idonea a indurre, in un intervallo temporale ristretto, certuno a commettere un reato. Sul piano dell'accertamento dell'idoneità, un ruolo centrale è svolto dall'elemento della contiguità temporale tra istigazione e possibile commissione del reato istigato, in quanto è di immediata comprensione che quanto più la prospettiva della realizzazione del fatto si allontani nel tempo, tanto meno la condotta risulterà concretamente pericolosa (3).

Per l'integrazione del reato di istigazione (sia nella forma diretta che indiretta), assume rilevanza il contesto spazio-temporale ed economico-sociale nel quale le frasi sono state pronunciate. Occorre, in particolare, che le frasi vengano pronunciate in un contesto, ove, per ragioni contingenti, è immediato ed attuale il rischio che il messaggio istigatorio eserciti la propria forza suggestiva e persuasiva verso lo stimolo nell'animo dei destinatari alla commissione dei fatti criminosi propalati. Ed invero, quanto più la prospettiva della realizzazione del fatto si allontana nel tempo, tanto meno la condotta risulterà concretamente pericolosa (4).

Il contesto nel quale si calano le parole dal contenuto istigatorio va valutato in senso alquanto stringente: il reato di istigazione (diretta o indiretta) può ritenersi integrato solo nei casi in cui le parole si calino in un contesto che sia particolarmente predisposto al recepimento di un messaggio istigatorio specifico (5).

MOTIVI DELLA DECISIONE. — In data 9 giugno 2014, all’esito dell’udienza preliminare, veniva emesso decreto che dispone il giudizio nei confronti di Enrico D.L., in relazione al reato in epigrafe indicato.

(Omissis)

In base agli atti utilizzabili ai fini della decisione, all’esito dell’istruzione dibattimentale, i fatti per cui è processo possono essere ricostruiti nei termini che seguono.

Il 10 settembre 2013, M.R., legale rappresentante e direttore generale di L.T.F. S.a.s. presentava denuncia contro l’attuale imputato E.D.L. per le affermazioni da questi rese in un’intervista rilasciata alla giornalista L.E., il 1° settembre 2013, sull’Huffington Post testata giornalistica online in collaborazione con il “Gruppo Espresso”, nonché per le ulteriori dichiarazioni rilasciate, sempre dal D.L., all’ANSA, il 5 settembre 2013. Sosteneva, in particolare, il R. in denuncia (acquisita su accordo delle parti), che tali dichiarazioni sarebbero state “un invito, e cioè un’istigazione a compiere atti illeciti, il sabotaggio della Tav” e, dunque, chiedeva di valutare l’integrazione di eventuali fattispecie di reato, quale quella di istigazione a delinquere di cui all’art. 414 c.p.; da qui, l’inizio dell’attuale procedimento penale.

Quanto alle dichiarazioni rese nell’intervista del 1° settembre 2013 (cfr. in copia in atti), lo stesso articolo pubblicato sulla testata on-line precisava che “Lo scrittore E.D.L., raggiunto al telefono dall’HuffPost, commenta con scarse parole l’accusa che il procuratore G.C. lancia nei confronti degli intellettuali che a sinistra “sottovalutano pericolosamente l’allarme terrorismo” in Val di Susa”.

In particolare, l’episodio che aveva dato causa alle dichiarazioni dell’allora Procuratore Capo di Torino G. C., alle quali rispondeva il D.L. nell’intervista oggetto della denuncia, era da rinvenire in quello verificatosi il 30 agosto 2013 e consistente nell’arresto di due giovani, D.F**** e P.R****, che trasportavano in auto — come emerge dall’imputazione per illegale detenzione di esplosivi formulata nel processo a loro carico (cfr. sentenze emesse in I e II grado nei confronti di F**** e R****) — artifici e razzi pirotecnici, petardi, tubi in PVC con un’estremità chiusa da nastro isolante, “diavolina”, chiodi, corde, bottiglie di benzina, cesoie da ferro (in numero di quattro), fionde e maschere antigas (cfr. fascicolo fotografico in atti degli oggetti sequestrati). Così delineava il teste P., il contesto nel quale si inseriva l’arresto di F**** e R****: “...il 30 agosto e quindi siamo più o meno verso la fine dell’estate, un’estate che come dicevo prima era stata caratterizzata dall’arrivo della macchina, della cosiddetta talpa che non era stata digerita bene da una parte del Movimento, venne indetta un’iniziativa sempre presso il cantiere. Questa iniziativa, come avveniva in altre occasioni prevedeva il raduno dei partecipanti nella cittadina di Giaglione, dalla quale si può raggiungere attraverso un percorso di un paio di chilometri circa l’area del cantiere, un lato dell’area del cantiere ... (omissis)... Notammo dei movimenti particolari, attraverso un servizio combinato con l’Arma dei Carabinieri, provocammo il controllo di un’autovettura a bordo della quale c’erano due attivisti del

Movimento di matrice Askatasuna credo, che si chiamavano F**** e R****. Il controllo ebbe esito positivo, nel senso che all'interno dell'autovettura venne trovato molto di quel materiale più tipico utilizzato in occasione degli attacchi, quindi in ragione delle circostanze di tempo, di luogo e di fatto la manifestazione che stava lì per arrivare ed indiscutibili tutti quelli da Venaus stavano andando ad incontrarsi a Giaglione per confluire poi alla manifestazione, vennero trovate ricordo senza ombra di dubbio delle cesoie, cinque bottiglie da un litro e mezzo ciascuna di benzina, grossi petardi, fuochi d'artificio, tubi che sono stati utilizzati negli attacchi precedenti, compreso quello del 14 maggio, impiegati a mo' di mortaio ed altro materiale che non ricordo e che comunque posso fare riferimento agli atti. A quel punto, dopo questo arresto, l'iniziativa che avrebbe dovuto avere luogo subì una sorta di modifica ...”.

Era lo stesso articolo dell'E. ad indicare, quale premessa e presentazione dell'oggetto dell'intervista al D.L., proprio l'appena descritto episodio relativo all'arresto di F**** e R****: “ieri altri due ragazzi appartenenti ai No Tav sono stati arrestati mentre trasportavano in macchina molotov, maschere antigas, fionde, cesoie, chiodi a quattro punte e altro materiale destinato, secondo gli investigatori, a danneggiare i cantieri dell'Alta Velocità. È proprio questo ultimo episodio a spingere C. contro i cosiddetti cattivi maestri. D.L. ha letto le dichiarazioni del magistrato ma non si scompone. Non è un uomo loquace, risponde con fermezza e senza appello”.

A tale premessa, seguiva l'intervista (dalla quale nel capo di imputazione sono estrapolate alcune frasi, ma che appare opportuno riportare nel suo complesso) rilasciata telefonicamente, il 1° settembre 2013, alla giornalista E., dall'attuale imputato e pubblicata sull'Huffington Post, testata on-line; intervista dal seguente contenuto:

“E.D.L., ha ragione il procuratore capo di Torino quando paventa il terrorismo No Tav?

C. esagera.

Forse esagera, ma in macchina i due ragazzi arrestati avevano caricato molotov...

(sorridente ironicamente) ...Sì, pericoloso materiale da ferramenta. Proprio quello che normalmente viene dato in dotazione ai terroristi. Mi spiego meglio: la Tav va sabotata.

Ecco perché le cesoie servivano: sono utili a tagliare le reti. Nessun terrorismo.

Dunque sabotaggi e vandalismi sono leciti?

Sono necessari per far comprendere che la Tav è un'opera nociva e inutile.

Sono leciti anche quando colpiscono aziende che lavorano per l'Alta Velocità come quella di Bussoleno, chiusa per i continui danneggiamenti? Non si rischia un conflitto tra lavoratori e valligiani?

La Tav non si farà. È molto semplice.

La posizione è chiara. Ma è antitetica a quella presa dal governo.

Non è una decisione politica, bensì una decisione presa dalle banche e da coloro che devono lucrare a danno della vita e della salute di una intera valle. La politica ha semplicemente e servilmente dato il via libera.

Di questo passo, afferma C., arriveremo al terrorismo. Lei invece quale soluzione propone?

Non so cosa potrà succedere. Mi arrogo però una profezia: la Tav non verrà mai costruita.

Ora l'intera valle è militarizzata, l'esercito presidia i cantieri mentre i residenti devono esibire i documenti se vogliono andare a lavorare la vigna. Hanno fallito i tavoli del governo, hanno fallito le mediazioni: il sabotaggio è l'unica alternativa.

Politicamente come si risolve?

Arriverà un governo che prenderà atto dell'evidenza: la valle non vuole i cantieri. E finalmente darà l'ordine alle truppe di tornare a casa”.

In una successiva dichiarazione, resa all'ANSA il 5 settembre 2013, il D.L. rendeva le seguenti dichiarazioni: “Resto convinto che il Tav sia un'opera inutile e continuo a pensare che sia giusto sabotare quest'opera”; dichiarazioni, come spiegato nella stessa nota ANSA, pronunciate da “...E.D.L., commentando la decisione di Ltf di denunciarlo per le affermazioni dei giorni scorsi. “Hanno detto che mi denunceranno? Mi sembra che siamo ancora alla fase delle chiacchiere — sottolinea — come impresa devono aver mandato avanti l'ufficio stampa prima ancora che quello legale... ””.

Quelle sopra riportate sono le frasi che hanno portato all'attuale imputazione formulata nei confronti del D.L.

Così ricostruiti i fatti come sopra esposti, ritiene questo Tribunale che sia necessaria una breve premessa in diritto onde rispondere alle questioni poste dalla difesa dell'imputato in punto di elementi di frizione che i reati di cui all'art. 414 c.p. (istigazione a delinquere ed apologia di reato) incontrerebbero rispetto al principio costituzionale di libera manifestazione del pensiero di cui all'art. 21 Cost.

L'istigazione a delinquere penalmente rilevante, punita dagli artt. 414 co. 1 e 2 c.p. (oggetto di imputazione nel caso in esame), è costituita da un'azione esplicita sulla psiche di altre persone per spronarle a compiere fatti determinati di reato, nella duplice direzione di far sorgere o rafforzare motivi d'impulso oppure di eliminazione o affievolimento di freni inibitori (cfr. nozione in Cass. Pen. Sez. I, sent. n. 347 del 6.04.1971 ud., dep. 30.09.1971), rv. 119131, Ozzo). Il co. 3 dell'art. 414 c.p. disciplina, invece, un'altra fattispecie di reato, costituita dall'apologia di reato, ossia quella condotta di esaltazione di un fatto illecito o del suo autore con l'intento di propaganda, con lo scopo di spronare o eccitare altri all'imitazione o, quantomeno di eliminare la ripugnanza verso il fatto medesimo od il suo autore; dunque, trattasi di una forma di “istigazione indiretta”.

Per il reato di istigazione a delinquere (ma anche per quello di apologia), il profilo di maggior rilievo attiene al rapporto che la condotta del soggetto agente deve avere con l'oggetto dell'istigazione, ossia il requisito dell'idoneità della condotta a turbare l'ordine pubblico; elemento che costituisce il vero e proprio punto di confine fra la libertà di manifestazione del pensiero e l'esigenza di tutela dell'ordine pubblico.

Infatti, nelle pronunce più risalenti nel tempo, il delitto di istigazione a delinquere è stato ricostruito in chiave di pericolo presunto e, solo a seguito delle pronunce della Corte Costituzionale n. 65/1970 e 108/1974, è divenuto maggioritario l'orientamento giurisprudenziale che individua nei delitti di cui all'art. 414 c.p. (istigazione a delinquere e apologia) dei reati di pericolo concreto. Sul punto, del tutto netta è la motivazione di Cass. Pen. Sez. I, sent. 10641 del 3.11.1997 ud., dep. 22.11.1997, imp. Galeotto (est. Canzio), nella quale si

afferma chiaramente che: “Non può seriamente dubitarsi che, da un lato, la libertà di manifestazione del pensiero non possa ritenersi assoluta, ma debba trovare limiti nella necessità di proteggere altri beni di rilievo costituzionale e nella esigenza di prevenire o far cessare turbamenti della sicurezza pubblica, la cui tutela costituisce anch’essa una finalità immanente dell’ordinamento statale, e che, dall’altro, le fattispecie punibili di apologia di reato e di istigazione a delinquere non siano quelle che si estrinsecano in una semplice manifestazione di pensiero diretta alla propalazione di dottrine promuoventi l’abbandono di norme incriminatrici, attraverso la dimostrazione del loro disvalore sociale o morale, bensì solo quelle che, per le modalità in cui vengono compiute, presentano una forza di suggestione e di persuasione tali da poter stimolare nel pubblico la commissione di altri delitti del genere di quello oggetto della apologia e dell’istigazione: la linea di demarcazione fra la libertà di manifestazione del pensiero e i delitti di istigazione e di apologia è segnata dunque dall’elemento della concretezza del pericolo, che la condotta dell’agente abbia provocato all’interesse protetto dalla norma incriminatrice (Corte costituzionale, sentt. n. 65 del 1970 e n. 108 del 1974). Va ribadito quindi il principio reiteratamente affermato che, perché possa ravvisarsi la stessa materialità del delitto in questione, occorre che sia posta in essere pubblicamente la propalazione di propositi aventi ad oggetto comportamenti rientranti in specifiche previsioni delittuose, effettuata in maniera tale da potere indurre altri alla commissione di fatti analoghi: di talché è indefettibile l’idoneità dell’azione a suscitare consensi e a provocare “attualmente e concretamente” — in relazione al contesto spazio-temporale ed economico sociale ed alla qualità dei destinatari del messaggio — il pericolo di adesione al programma illecito [omissis] ...Orbene, se è necessario che la condotta vietata presenti 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, appare impropria l’affermazione del giudice di merito, ancorata ad un meno recente ed ormai superato indirizzo giurisprudenziale (Cass., 18.0.1983, Bonanno; 11 dicembre 1981, Scuderi; 10 marzo 1981, Menghini; 15 dicembre 1980, Papini), secondo cui il reato di istigazione “è un reato formale o di mera condotta con evento di pericolo presunto, in quanto per esso non è richiesto il verificarsi né del danno temuto, né di una concreta situazione di pericolo”.”

Dunque, la riconducibilità della fattispecie di istigazione a delinquere di cui all’art. 414 co. 1 e 2 c.p. (al pari di quella dell’apologia di cui al co. 3, ricostruita come una “istigazione indiretta”) nell’alveo dei reati di pericolo concreto è oramai affermazione prevalente nella giurisprudenza di legittimità più recente, in quanto unica lettura che consente di ravvisarne la compatibilità con il principio dell’art. 21 Così, in un equilibrato bilanciamento di interessi rispetto alla [tutela] dell’ordine pubblico (cfr. Cass. Pen. Sez. 1, sent. n. 26907 del 5.06.2001 Ud., dep. 3.07.2001, rv. 219888, Vencato: “Il delitto di istigazione a delinquere, previsto dall’art. 414 cod. pen., è reato di pericolo concreto e non presunto; pertanto l’esaltazione di un fatto di reato o del suo autore finalizzata a spronare altri all’imitazione o almeno ad eliminare la ripugnanza verso il suo autore non è, di per sé, punibile, a meno che, per le sue modalità, non integri un comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti, il cui accer-

tamento, riservato al giudice di merito, è incensurabile in sede di legittimità se correttamente motivato”; cfr. Cass. Pen. Sez. 1, sent. n. 25833 del 23.04.2012 ud., dep. 4.07.2012, rv. 253101, Testi: “L’esaltazione di un fatto di reato, finalizzata a spronare altri all’imitazione integra il delitto di istigazione a delinquere quando, per le sue mobilità, sia concretamente idonea a provocare la commissione di delitti, il cui accertamento, riservato al giudice di merito, è incensurabile in sede di legittimità se correttamente motivato”; Cass. Pen. Sez. I sent. 7842 del 20.01.2015, dep. 20.02.2015: “... è indefettibile l’accertamento in ordine alla idoneità dell’azione posta in essere dall’imputato a suscitare consensi ed a provocare “attualmente e concretamente” — in relazione al contesto spazio-temporale ed economico-sociale ed alla qualità dei destinatari del messaggio — il pericolo di adesione al programma illecito”).

Posto questo primo dato, la valutazione della sussistenza o meno del requisito della “concretezza” del pericolo in relazione alla condotta ascritta all’imputato “non può prescindere dalle stesse modalità del comportamento tenuto dal soggetto attivo, sì che il giudice di merito deve individuare il perché la condotta incriminata — assistita da c.d. dolo istigatorio, consistente nella coscienza e volontà di turbare l’ordine pubblico o la personalità dello Stato — sia da ritenersi dotata di forza suggestiva e persuasiva tale da poter stimolare nell’animo dei destinatari la commissione dei fatti criminosi propalati o esaltati (Cass., Sez. I, 25 settembre 1992, De Maria, Giur. it., 1993, II, 586; 27 settembre 1991, Mazzucchelli, Cass. pen., 1993, 1715, rv. 188454; 23 giugno 1988, Struwe; 14 giugno 1988, Pierattini, Foro it., 1989, II, 147; 6 aprile 1988, Gallo, Cass. pen., 1990, 850; 12 maggio 1986, Pizzarelli)” — cfr. Cass. Pen. 10641/1997, Galeotto, sopra citata.

Ovviamente nessun rilievo riveste la circostanza che l’istigazione non venga accolta e non si traduca nella commissione di reati (ipotesi nella quale ci si troverebbe a varcare i limiti del concorso morale nel reato commesso dai soggetti che hanno recepito l’istigazione), posto che è penalmente rilevante l’istigazione che, sulla base di un giudizio ex ante e in concreto, si riveli idonea a indurre, in un intervallo temporale ristretto, certuno a commettere un reato. Sul piano dell’accertamento dell’idoneità, un ruolo centrale è svolto dall’elemento della contiguità temporale tra istigazione e possibile commissione del reato istigato, in quanto è di immediata comprensione che quanto più la prospettiva della realizzazione del fatto si allontani nel tempo, tanto meno la condotta risulterà concretamente pericolosa.

Occorre dunque valutare, sulla base degli esiti dell’istruttoria dibattimentale, l’idoneità della condotta ascritta al D.L. (pronuncia delle frasi sopra ricordate nell’intervista all’Huffington Post ed all’ANSA) a suscitare consensi ed a provocare “attualmente e concretamente” — come indicato dalla Suprema Corte, in relazione al contenuto del messaggio, al contesto spazio-temporale ed economico-sociale ed alla qualità dei destinatari del messaggio — il pericolo di adesione a quanto dichiarato.

Il primo elemento che deve essere valutato è il contenuto del messaggio veicolato dalle parole del D.L., nell’ambito di una lettura integrale (necessaria come indicato dalla giurisprudenza; vedi Cass. Pen. Sez. I, sent. 40552 del 7.10.2009, dep. 20.10.2009, Golisano) dell’intervista rilasciata il 1° settembre 2013 all’Huffington Post e poi delle frasi riportate nell’ANSA del 5 settembre

2013 che sono sostanzialmente una ripetizione del concetto già espresso il precedente 1° settembre.

Come sopra spiegato, le frasi dell'attuale imputato riportate nell'imputazione, vengono pronunciate, nell'intervista rilasciata all'E., per commentare l'arresto di F**** e R****, per possesso di materiale esplosivo e di altri oggetti, quali quattro cesoie. Il D.L., nella prima parte delle sue affermazioni, durante l'intervista, compie una svalutazione complessiva del gesto degli arrestati, definendo ironicamente il materiale sequestrato ai due, quale "...pericoloso materiale da ferramenta. Proprio quello che normalmente viene dato in dotazione ai terroristi". Nel continuare la frase, il D.L. afferma: "Mi spiego meglio: la Tav va sabotata. Ecco perché le cesoie servivano: sono utili a tagliare le reti. Nessun terrorismo". Dunque, le parole "le cesoie servivano" e "sono utili tagliare le reti", inserite nel contesto in cui sono pronunciate, appaiono più un commento al fatto che le cesoie sarebbero state utili (da qui l'uso dell'imperfetto "servivano") ai due arrestati in quanto idonee a "tagliare le reti" (*omissis*) e non per compiere atti, a suo parere, riconducibili all'ambito del terrorismo, tanto che lo stesso conclude la frase proprio con "Nessun terrorismo". Il D.L., in sede di esame, dà proprio questa spiegazione delle parole da lui pronunciate: "'avevo ragione di pensare e di ribadire che non c'entrava nessun terrorismo in quella comunità". Adv. Difensore, Vitale: "Quindi era questo il pensiero che lei ritenne di veicolare con quell'intervista?" Imputato, D.L.E.: "Sì, certo." (*omissis*)

A fronte di tale dato, va però evidenziato che l'accostamento, nell'ambito della stessa frase, del concetto che "la Tav va sabotata", rispetto all'indicazione che le cesoie sequestrate a F**** e R**** il 30 agosto 2013 erano "utili a tagliare le reti", specie se lette assieme alla frase pronunciata sulla domanda successiva "Dunque sabotaggi e vandalismi sono leciti?", "Sono necessari per far comprendere che la Tav è un'opera nociva e inutile", possono anche condurre ad interpretare il senso del discorso come volto a giustificare il "sabotaggio" dell'opera TAV, tramite danneggiamenti con le cesoie (non con altri mezzi che sicuramente non vengono citati nelle parole del D.L.) e non mediante le altre modalità lecite alle quali il termine "sabotare" può riferirsi, come ricordato dall'imputato: "Ho usato il termine: "La TAV va sabotata", comunque il verbo sabotare secondo il dizionario della lingua italiana ha numerosi significati. Il primo che risulta è quello di danneggiamento materiale. Gli altri, invece, estesi ad altro significato, coinvolgono il verbo intralciare, ostacolare, impedire. Quindi ritengo di aver detto che la TAV, questa linea di presunta alta velocità si tratta di modesta accelerazione tra Lione e Torino da costruire, vada impedita, ostacolata e intralciata e perciò di fatto sabotata" (*omissis*).

L'interpretazione delle frasi del D.L. come una giustificazione del "sabotaggio" dell'opera TAV, effettuata tramite danneggiamenti con le cesoie da compiersi in area di interesse strategico, è una di quelle possibili, emergenti dal senso delle parole usate, anche se è espressamente smentita, durante l'esame, dallo stesso imputato che, alla precisa domanda del Pubblico Ministero se l'opera di ostacolo, di intralcio, di sabotaggio andasse "...fatt[a] con le cesoie e le molotov?", risposto: "Evidentemente no. Opera di ostruzione, impedimento e ritardo, intralcio di quest'opera dura da più di 20 anni da parte di una comunità della Valle di Susa unanime che conquista una unanimità e [con] ostruzione, impedimento e ostacoli [è] riuscita

a sabotare finora quest'opera. Se si fosse trattato di sabotare quest'opera con cesoie, quest'opera sarebbe già stata fatta da un pezzo" (*omissis*).

Dunque, l'analisi del messaggio veicolato dalle frasi del D.L. oggetto di imputazione è di per sé non univoca, posto che, nell'interpretazione datane dallo stesso imputato in udienza, il termine "sabotare" non è indicativo del ricorso a mezzi penalmente illeciti, come dallo stesso sostenuto: "...lo sciopero è esattamente questo: il sabotaggio della produzione. Si incrociano le braccia, si rifiuta di fare il lavoro assegnato e si danneggia, si sabota la produzione. Dunque ho del verbo sabotare e dell'azione di sabotaggio molti significati ai quali ho partecipato personalmente che considero nobili, giusti e necessari" (*omissis*).

D'altronde, si è già osservato che il tenore letterale delle parole può portare a ricollegare il termine "sabotare" al danneggiamento delle reti del cantiere TAV mediante l'uso di cesoie; dunque, come richiamo ad un fatto di rilievo penale.

Occorre, quindi, analizzare il contesto spazio-temporale ed economico-sociale nel quale le frasi sono state pronunciate, nell'intervista e nella dichiarazione all'ANSA.

Come si è sopra spiegato, la giurisprudenza richiede, per l'integrazione del reato di istigazione (sia nella forma diretta che indiretta) che le frasi vengano pronunciate in un contesto, ove per ragioni contingenti, è immediato ed attuale il rischio che il messaggio istigatorio eserciti la propria forza suggestiva e persuasiva verso lo stimolo nell'animo dei destinatari alla commissione dei fatti criminosi propalati. Ciò, in quanto, è di immediata comprensione che, quanto più la prospettiva della realizzazione del fatto si allontani nel tempo, tanto meno la condotta risulterà concretamente pericolosa. Ed è sempre dalla giurisprudenza di legittimità che ricava il significato dei requisiti dell'"attualità e concretezza". Infatti, è stata riconosciuta l'istigazione a delinquere:

— nell'esposizione, in occasione di un incontro di calcio fra squadre con accese tifoserie, che più volte erano trascese in atti di violenza con coltelli, di uno striscione con la scritta "sotto l'ombra del cappello non ti fa capire se tira fuori il suo coltello o ti chiede come stai" con in calce la sigla B.I.S.L., dal significato "basta infami solo lame" (Cass. Pen. Sez. 1, sentenza n. 25833 del 23.04.2012 Ud., dep. 4.07.2012, rv. 253101, Testi);

— nel caso in cui "...nel corso di un consiglio comunale nel quale il ... consigliere di opposizione..., durante una pausa di sospensione della seduta, era intervenuto al microfono, parlando alla folla, più di cento persone, che aveva invaso l'aula, ed aveva invitato i manifestanti ad occupare la tendopoli realizzata dal comune per ospitare un campo nomadi ed a spostare la protesta in quel luogo. Successivamente era intervenuto dalla finestra del palazzo comunale, per calmare gli animi della folla che cercava di entrare, ed aveva ribadito la necessità di spostare la protesta al campo allestito dal comune. La protesta, spostatasi nel campo nomadi, era degenerata, tanto che i manifestanti avevano bruciato le tende e devastato il campo allestito dal Comune" (Cass. Pen. Sez. I, sent. n. 40684 del 16.10.2008, dep. 31.10.2008);

— nel caso di un soggetto che "commentando un articolo apparso su un sito specializzato nella pubblicazione di "crimini degli immigrati" nel quale si parlava di un tentativo di stupro in danno di donna italiana da parte di un africano", aveva "pubblicato sul proprio profilo del social network Facebook la frase "mai nessuno che se la stupri, così tanto per capire cosa può provare la vittima di

questo efferato reato, vergognai” accompagnata dalla fotografia di C.K., ministro dell’integrazione, in tal modo istigando a commettere violenza per motivi razziali”; fatto nel quale la Suprema Corte aveva precisato che, si era tenuto in conto il “...contesto nel quale ciò è avvenuto, caratterizzato da un acceso dibattito relativo ad un episodio di violenza sessuale in danno di donna italiana da parte di un africano” (cfr. Cass. Pen. Sez. I, sent. 42727 del 22.05.2015 ud. dep. 23.10.2015, Valandro);

— è stato riconosciuto il reato di apologia nel caso di “pubblicazione, in un periodico di ispirazione anarchica, di tre articoli dedicati alla descrizione di altrettanti attentati a impianti di pubblica utilità, nonché a stabilimenti industriali, e connotati da una forte esaltazione dei fatti, capace di far sorgere il pericolo di ulteriori reati e di turbare l’ordine pubblico”; (cfr. Cass. Pen. Sez. I, sent. n. 11578 del 17.11.1997 ud., dep. 15.12.1997, rv. 209140).

Dunque, dalla pur breve analisi giurisprudenziale sopra riportata, emerge che il contesto nel quale si calano le parole dal contenuto istigatorio viene valutato dalla giurisprudenza in senso alquanto stringente: il reato di istigazione (diretta o indiretta), nella citate pronunce più condivisibili, viene ritenuto integrato nei casi in cui le parole si calano in un contesto che è particolarmente predisposto al recepimento di un messaggio istigatorio specifico: quali l’invito ad occupare il campo nomadi fornita da un consigliere comunale, rispetto ad una folla in tumulto che sta protestando in Comune proprio contro Y allestimento del campo; quale uno striscione provocatorio sull’uso di coltelli, rispetto ad uno stadio di calcio ove sono presenti tifoserie in acceso conflitto e che già hanno fatto uso di coltelli; quale una frase incitante allo stupro di un ministro, effigiato nella foto allegata, per ragioni razziali, postata in rete a seguito di un dibattito, su sito specialistico, sui crimini degli immigrati; quale la descrizione ed esaltazione di attentati a impianti di pubblica utilità ed a stabilimenti industriali, in un periodico di ispirazione anarchica.

Ben diverso è il contesto nel quale si calano le parole del D.L., ossia un’intervista resa ad una testata on-line che collabora con il gruppo Espresso e che si occupa dei più svariati temi di attualità ed all’ANSA, entrambi mezzi diretti ad un pubblico nazionale, del tutto variegato e che non ha un particolare interesse verso il tema dell’opera TAV (sia in senso favorevole che in senso contrario), più sentito principalmente nella zona della Val di Susa. Dunque, non trattasi di dichiarazioni rese su testate locali dell’area valsusina o di ispirazione anarchica e, di conseguenza, dirette a destinatari più propensi al recepimento anche di un eventuale messaggio istigatorio. Ed, infatti, il contenuto delle dichiarazioni del D.L., per quanto emerso dall’istruttoria dibattimentale, non è stato né pubblicato, ma neppure recepito o anche solo commentato (pur essendo irrilevante ai fini della configurabilità del reato che l’istigazione venga raccolta dai destinatari), nelle riviste legate all’area di protesta contro l’opera TAV, come quelle prodotte in atti “LAVANDA Note di viaggio contro il TAV” ovvero nelle riviste di ispirazione anarchica quale la rivista “INVECE Mensile anarchico”, ovvero nei siti internet notav.info e finimondo.org, parimenti legati alle stesse aree.

Deve tenersi conto, poi, anche del momento storico nel quale le parole del D.L. giungono, come ben descritto dal teste P., ossia nel periodo di agosto/inizio settembre 2013, nel quale non vi è un particolare e più accentuato fermento —

rispetto a quello che è in corso dal 2011 — attorno alle reti del cantiere TAV. Come raccontato dal teste P., a partire al 27 giugno 2011 (data della ripresa dei lavori per la costruzione del TAV), era avvenuta una serie svariata di episodi di violenza, dal gennaio 2012, più violenti (P.: “in ragione della robustezza, della resistenza delle difese, gli attacchi sono stati sempre più violenti. Voglio dire, meno iniziative di carattere collettivo, popolare, ovvero passeggiate come venivano definite, quindi si assisteva o a delle passeggiate pacifiche, quindi ordinaria attività da parte degli attivisti del Movimento, molte di queste attività, soprattutto quelle in orario serale che andava verso il notturno poi terminavano con degli attacchi veri e proprio al cantiere, ovvero attacchi all’improvviso, intendo dire attacchi non all’esito di attività di manifestazioni” (*omissis*)); tra questi, i fatti del 21 luglio 2012 con lancio di bombe carta verso le Forze dell’Ordine, i gravissimi episodi avvenuti nella notte fra il 13 ed il 14 maggio 2013 con lancio di molotov nel cantiere ed incendio di un mezzo e gli attacchi al cantiere, respinti dalle Forze dell’Ordine, del 10 e del 19 luglio 2013. Da tale data, secondo il racconto del teste P., non vi erano stati più episodi particolarmente rilevanti di attacco al cantiere, grazie anche all’attività di controllo operato dalle Forze dell’Ordine. Lo stesso P. precisava di non avere notato un particolare incremento numerico nei reati commessi a partire dal 1° settembre 2013 rispetto a quelli compiuti nel periodo precedente, iniziato nel 2011 (“dal punto di vista strettamente numerico non credo che ci siano delle grosse differenze” (*omissis*)). Vi erano stati, nell’agosto-settembre 2013, fatti ulteriori — rispetto a quelli già avvenuti con continuità sia nel 2012 che nei primi sette mesi del 2013 (e descritti anche a pag. 5 della rivista INVECE) — di natura incendiaria (un incendio di mezzi presso la Geomont di Bussoleno, avveniva nella notte tra il 30 ed il 31 agosto 2013), commessi presso società che operavano nel cantiere (*omissis*).

Dunque, le dichiarazioni del D.L. non si collocano in un momento temporale particolare, rispetto a quanto già avvenuto dal giugno 2011 in poi, in relazione alla situazione dell’ordine pubblico legata al danneggiamento delle reti del cantiere TAV.

Da ultimo, il D.L. emerge dalle dichiarazioni del teste P. (11) come soggetto che non viene mai identificato tra coloro che partecipano agli episodi violenti e neppure tra coloro che vi prendono parte non attivamente; è altresì scrittore che non pubblica articoli o scritti % rilascia interviste su riviste o fogli di settore, quale L. ed I., teorizzanti l’opposizione violenta alla TAV. Ne consegue che lo stesso non risulta — dall’istruttoria svolta — neppure come un personaggio che gode di un particolare seguito tra gli oppositori violenti dell’opera TAV.

In definitiva, anche a voler individuare una connotazione istigatoria (non univoca) nelle parole del D.L. indicate in imputazione, non si ritiene che [*le*] stesse, per il contesto ed il momento (come sopra decritti) nel quale vengono pronunciate, possano ritenersi idonee ad istigare “attualmente e concretamente” qualcuno al compimento di reati di danneggiamento mediante l’uso di cesoie o di ingresso nell’area del cantiere di interesse strategico nazionale.

Ne consegue, la pronuncia assolutoria, ai sensi dell’art. 530 co. 1 c.p.p., perché il fatto non sussiste.

La complessa ricostruzione giuridica effettuata induce ad indicare in giorni novanta il termine per il deposito dei motivi della sentenza.

P.Q.M.

Visto l'art. 530 c.p.p.;

Assolve D.L.E. dal reato a lui ascritto perché il fatto non sussiste.

(1-5) Istigazione punibile e libertà di parola. Riflessioni in margine alla sentenza De Luca.

Abstract

La nota prende spunto dalla decisione del Tribunale di Torino, che ha riguardato il noto scrittore Erri De Luca, per chiarire e mettere a punto alcuni profili della teoria dell'istigazione a delinquere e i rapporti di questa con la libertà d'espressione.

(1-5) General Incitement to Crime and Freedom of Speech. Some Reflections on the De Luca Judgment.

Abstract

By commenting on the ruling of the Court of Turin in the case involving the renowned writer Erri De Luca, this paper clarifies some controversial aspects of the theory of entrapment and its relationships with the freedom of speech.

SOMMARIO: 1. Introduzione: *parole contrarie*. — 2. Pensiero vs. azione? — 3. La teoria dell'istigazione al crocevia tra oggettività, offensività e libertà di parola. — 4. La molteplice rilevanza del contesto. — 5. La decisione del caso.

1. *Introduzione: parole contrarie*. — Con la sentenza in epigrafe si chiude un processo balzato agli onori delle cronache per la notorietà dell'imputato, lo scrittore Erri De Luca. A questi veniva contestato di aver dapprima rilasciato, l'1 settembre 2013, al quotidiano on-line *Huffington Post*, una intervista contenente dichiarazioni di carattere istigatorio rilevanti ai sensi dell'art. 414.1, nn. 1 e 2, c.p., e di avere poi, alcuni giorni dopo (il 5 settembre 2013), ribadito gli stessi concetti in una dichiarazione rilasciata all'A.N.S.A.: dunque, continuazione di reati, per aver commesso più istigazioni in esecuzione del medesimo disegno criminoso di contribuire in tal modo al "sabotaggio" dell'opera di interesse strategico (tale, almeno, qualificata dall'art. 19.1, l. 21 novembre 2011, n. 183) che va sotto il nome di Tav (acronimo della espressione "Treno ad alta velocità").

Non è qui il caso, naturalmente, di scendere nei dettagli della vicenda che fa da sfondo ai fatti oggetto di imputazione. Tuttavia, per intendere adeguatamente il significato di questi ultimi, occorre se non altro ricordare che il Tav è opera altamente contestata dagli abitanti della Val di Susa, area sulla quale la sua realizzazione produrrebbe, secondo i contestatori, effetti ambientali disastrosi e irrimediabili. Nella narrazione pubblica che se ne è fatta nel corso degli anni, tale contestazione è stata presentata ora come una forma di egoistica rivendicazione dei propri interessi piccini da parte di una comunità incapace di comprendere il valore

generale (addirittura strategico) dell'opera (ennesima replica della logica NIMBY: *not in my back yard*), ora, all'opposto, come una vera e propria lotta di resistenza contro decisioni dannose e arbitrarie assunte centralmente dallo stato. Tra i più autorevoli fautori di questa seconda interpretazione si contano intellettuali di calibro, quali il filosofo ed europarlamentare Gianni Vattimo, nonché, appunto, Erri De Luca.

La contestazione, però, che ha assunto i tratti di un vero e proprio movimento (NoTav) assai variegato e molteplice, ha anche attratto le simpatie di gruppuscoli di giovani, più o meno organizzati, donchisciottesamente pronti a far propria la causa della piccola comunità valligiana, anche ricorrendo ad azioni dimostrative caratterizzate da un certo grado di violenza — alle cose, se non alle persone — oltre che di resistenza all'autorità.

Nella notte fra il 30 e il 31 agosto 2013, era appunto successo che due ragazzi venissero arrestati nei pressi del cantiere Tav della zona di Chiomonte a bordo di un'automobile contenente — stando almeno alle prime ricostruzioni giornalistiche — « un vero e proprio arsenale da guerriglia: cinque molotov; sei maschere antigas; sei tubi in plastica, normalmente utilizzati dagli antagonisti come mortai; sei pneumatici, che nelle operazioni di guerriglia vengono utilizzati per fare barricate; cinque fionde; quattro cesoie per tagliare le reti di protezione; 31 chiodi a quattro punte e 18 tute scure » (1). Nel commentare l'operazione, l'allora Procuratore della Repubblica di Torino, Gian Carlo Caselli, leggeva la condotta dei due giovani come prodromica a realizzare « l'ennesimo assalto violento » ad un cantiere Tav, cogliendo inoltre l'occasione per esprimere « un fondo di preoccupazione per il silenzio, la sottovalutazione, se non peggio, di uomini della cultura, della politica, dell'amministrazione ma anche dell'informazione » rispetto ad episodi di questo genere (2). La notazione chiamava chiaramente in causa, pur non nominandoli, quegli stessi intellettuali che, a detta del Procuratore, si erano fatti difensori delle ragioni dei NoTav senza tuttavia stigmatizzarne quelle condotte che lo stesso Caselli definiva, se non esplicitamente terroristiche o paraterroristiche a3), come forme di « pura violenza » (4).

Invitato a replicare a queste osservazioni, Erri De Luca rilasciava l'intervista telefonica che sarebbe poi stata all'origine del processo a suo carico. È utile riportarla qui nei suoi passaggi più significativi:

De Luca ha letto le dichiarazioni del magistrato [*ossia, di Caselli*] ma non si scompone. Non è un uomo loquace, risponde con fermezza e senza appello.

Erri De Luca, ha ragione il procuratore capo di Torino quando paventa il terrorismo No Tav?

Caselli esagera.

Forse esagera, ma in macchina i due ragazzi arrestati avevano caricato molotov... (sorridente ironicamente) ... Sì, pericoloso materiale da ferramenta. Proprio quello che normalmente viene dato in dotazione ai terroristi. Mi spiego meglio: la Tav va

(1) *Tav, auto-arsenale fermata in Val di Susa. Due arresti, uno è di Askatasuna. Caselli: certa politica sottovaluta*, in *Huffington Post*, 31.8.2013 (disponibile all'indirizzo http://www.huffingtonpost.it/2013/08/31/tav-arsenale_n_3848019.html).

(2) *Ibidem*.

(3) In effetti, Caselli, che il "terrorismo" lo ha conosciuto e combattuto durante gli "anni di piombo", per riferirsi alle azioni dei NoTav non usa mai apertamente quella espressione, che è piuttosto da imputare alle ricostruzioni (e semplificazioni) giornalistiche delle sue parole.

(4) A. Cuomo, *Caselli denuncia la sinistra filo NoTav*, in *il Giornale*, 1.9.2013 (disponibile all'indirizzo <http://www.ilgiornale.it/news/interni/caselli-denuncia-sinistra-filo-no-tav-946862.html>); *Caselli: sulla violenza NoTav silenzio e sottovalutazione*, in *la Repubblica — Torino*, 1.9.2013 (disponibile all'indirizzo http://torino.repubblica.it/cronaca/2013/08/31/news/caselli_no_tav_sul_fenomeno_senzio_e_sottovalutazione-65608186/).

sabotata. Ecco perché le cesoie servivano: sono utili a tagliare le reti. Nessun terrorismo.

Dunque sabotaggi e vandalismi sono leciti?

Sono necessari per far comprendere che la Tav è un'opera nociva e inutile.

Sono leciti anche quando colpiscono aziende che lavorano per l'Alta Velocità come quella di Bussoleno, chiusa per i continui danneggiamenti? Non si rischia un conflitto tra lavoratori e valligiani?

La Tav non si farà. È molto semplice.

[...]

Di questo passo, afferma Caselli, arriveremo al terrorismo. Lei invece quale soluzione propone?

Non so cosa potrà succedere. Mi arrogo però una profezia: la Tav non verrà mai costruita. Ora l'intera valle è militarizzata, l'esercito presidia i cantieri mentre i residenti devono esibire i documenti se vogliono andare a lavorare la vigna. Hanno fallito i tavoli del governo, hanno fallito le mediazioni: il sabotaggio è l'unica alternativa. [...]

De Luca, come detto, ribadirà la sostanza di questi stessi concetti qualche giorno dopo, il 5 settembre 2013, a margine della notizia che la società LTF sas, titolare del cantiere Tav di Chiomonte, aveva presentato denuncia nei suoi confronti alla Procura della Repubblica di Torino: « resto convinto che il Tav sia un'opera inutile, e continuo a pensare che sia giusto sabotare quest'opera ».

2. *Pensiero vs. azione?* — Il fatto, così ricostruito, chiama in causa il confine — per sua natura, assai mobile e controverso — tra uso criminale della parola e libertà di espressione delle proprie idee. Per un verso, è chiaro che l'espressione del pensiero deve annoverarsi tra le libertà fondamentali, poiché privarla di ciò significherebbe privare la persona di uno degli aspetti che più intimamente la caratterizzano — in quanto produttrice di “cultura” — rispetto al resto degli esseri viventi (5); per altro verso, è però altrettanto chiaro che l'espressione del pensiero può essere offensiva e pericolosa al pari di ogni altra azione (6), e che pertanto non basta appellarsi alla libertà di parola per mettersi al riparo da ogni legittimo esercizio del potere di punire.

Tutto questo è scontato. Assai meno scontato è invece stabilire dove l'una cosa (il legittimo esercizio di una libertà) trasbordi nell'altra (l'offesa, il pericolo), nonché a quali condizioni la seconda debba ritenersi estranea alla prima: in quali casi, cioè, la parola offensiva o pericolosa, per ciò stesso, debba ritenersi non coperta dalla garanzia della libera manifestazione del pensiero — crimine, dunque, e non libertà.

Si tratta di temi sui quali giuristi e filosofi hanno molto ragionato negli ultimi due secoli, e non è certo questa nota la sede per aggiungere qualcosa di più o meno inutile ad un dibattito così impegnativo. Mi limiterò dunque a ricordare come sia principio generalmente ammesso che l'uso della parola per istigare altri alla

(5) « La persona umana non può essere nel collettivo o nel plurale. Essa è e vive nel *singolare* mentre si unisce attraverso un vincolo morale ad un altro singolare e con questo *comunica*. Da questa comunione nasce la *comunità* degli uomini che liberi sono e liberi si sentono in quanto possiedono il senso del valore morale della parola e quindi del discorso. Il valore sacro della parola sta proprio nel fatto che attraverso di essa l'uomo si fa, si manifesta agli altri, si comunica ai terzi, crea le basi ideologiche e morali della vita sociale ». Così G. Bettiol, *Sui limiti penalistici alla libertà di manifestazione del pensiero*, in Aa.Vv., *Legge penale e libertà del pensiero. Terzo convegno di diritto penale — Bressanone 1965*, Padova: CEDAM, 1966, 5.

(6) R. Delgado, *Words That Wound*, in *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 1982, 135-149.

commissione di reati fuoriesca dall'ambito di garanzia della libertà di espressione per assurgere invece a condotta suscettibile di legittima criminalizzazione (7). Non è un caso che, se guardiamo in particolare al diritto italiano, la compatibilità del reato di istigazione a delinquere di cui all'art. 414.1 c.p. con l'art. 21 Cost., che, come noto, proclama la libertà di manifestazione del pensiero, non è mai stata seriamente in discussione. Anzi, è significativo che allorché la questione di costituzionalità si è posta con riferimento invece al reato di apologia di delitto (art. 414.3), la Corte costituzionale abbia ritenuto di poter salvare quest'ultimo facendo propria l'idea, già corrente in dottrina (8), che quella norma debba in realtà considerarsi limitata a punire i soli casi in cui l'apologia abbia il valore di una istigazione indiretta (9).

L'estraneità dell'istigazione al nodo tematico della libertà d'espressione viene generalmente fatta discendere da una distinzione tra pensiero e azione: l'idea è che, mentre l'art. 21 Cost. garantisce il pensiero e il diritto di esprimerlo liberamente, istigare qualcuno a fare qualcosa significhi già agire. In effetti, si può ben dire che chi istiga non si limita a dire quel che pensa, ma prova, piuttosto, a manipolare la realtà esterna in modo che questa si conformi ai suoi desideri; sta dunque agendo. Questo varrebbe a collocare l'istigazione su un piano diverso da quello al quale fa propriamente riferimento l'art. 21 Cost.: la parola cioè, in tal caso, cesserebbe di essere semplicemente espressione del pensiero, per divenire invece una forma di azione (10).

Il ragionamento sottende però un equivoco, dal quale bisogna uscire, se non si vuole giungere a conclusioni controintuitive. L'assunto per cui l'art. 21 Cost., e la libertà in esso sancita, si riferiscono alla manifestazione del pensiero ma non

(7) Tra gli altri, C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano: Giuffrè, 1958, 51, nota 117; P. Barile, voce *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Milano: Giuffrè, 1974, 471 ss. In posizione tendenzialmente critica, invece, rispetto alla legittimità di punire i *general encouragements to crime*, K. Greenawalt, *Speech, Crime, and the Uses of Language*, New York: Oxford University Press, 1989, 121 ss.

(8) Qualche indizio in questa direzione c'è già nei *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, e nella scelta, ivi esplicitata, di ricondurre l'apologia sotto il più comprensivo cappello della istigazione, quale forma specifica di essa (il 414 è infatti rubricato: *istigazione a delinquere*, analogamente a quanto accade per il 266 e a quanto accadeva per il 303, prima che venisse abrogato). Si tratta di un indice testuale del fatto che le due condotte sono, per così dire, considerate *della stessa pasta* (cfr., ad es., C. cost. 1/1957); come sembra appunto confermato nei *Lavori preparatori*, allorché vi si afferma che « [q]uesta seconda ipotesi è destinata a integrare la prima, costituendo l'apologia una *forma indiretta di istigazione* » (vol. IV, parte prima, Roma: Tipografia delle Mantellate, 1929, 224). Lo spunto trova ampio spazio anche in dottrina. Nel *Trattato* di Vincenzo Manzini si può leggere, ad es., che « [n]on basta [...] per la nozione dell'“apologia”, una semplice *difesa*, e tanto meno un *commento*, sia pure triviale o veemente, né una mera *dichiarazione di solidarietà morale*, una *richiesta di amnistia*, una *colletta di soccorso* (e non di premio), o una *approvazione semplice*, quando non contenga implicitamente *[una]* lode suggestiva », quando, cioè, difesa e lode di un fatto delittuoso o del suo autore non siano effettuate « con intento di propaganda, cioè per eccitare all'imitazione o quanto meno per eliminare l'altrui ripugnanza ». E ciò perché « [l]a nostra legge, che, di regola, non punisce la connivenza, tanto meno può reprimere le mere opinioni, siano pure moralmente riprovevoli ». Di conseguenza, è « sempre necessaria, per la punibilità dell'apologia, la potenzialità della istigazione indiretta » (V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. IV, 2^a ed., Torino: UTET, 1949, § 939.II. In senso analogo, tra gli altri, G. Maggiore, *Diritto penale*, vol. II, *Parte speciale*, tomo 1, Bologna: Zanichelli, 1950, 354, 356; B. Cavalieri, *La posizione logico-sistemica dell'istigazione nel codice penale*, in *Arch. pen.* 1953, I, 332).

(9) C. cost. 65/1970, su cui v. A.C. Jemolo, *Lo Stato può difendersi*, in *Giur. cost.* 1970, 957 ss.; G. Bognetti, *Apologia di delitto punibile ai sensi della Costituzione e interpretazione della norma dell'art. 414 c.p., ultimo comma*, in *questa Rivista* 1971, 18 ss.; C. Fiore, *Libera manifestazione del pensiero e apologia di reato*, in *Arch. pen.* 1971, II, 15 ss.; nonché, da ultimo, D. Pulitanò, *Libertà di manifestazione del pensiero*, in G. Vassalli (cur.), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli: ESI, 2006, 243.

(10) Cfr., ad es., C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano: Giuffrè, 1958, 51, nota 117 (nella istigazione il pensiero è « espresso per influire sulla volontà altrui », e la sua manifestazione si configura dunque « come espressione di intendimento pratico e non di pensiero, di intenzione o di volontà e non di interiore convinzione »).

all'azione, è, preso in sé stesso, alquanto precario: ogni *manifestazione* del pensiero è già, in quanto tale, azione; non limitarsi ad avere, a covare nell'intimo, un pensiero, ma invece esternarlo, significa già agire, fare qualcosa: non solo perché, per usare la nota espressione di J.L. Austin (11), *con le parole si fanno cose* (contrarre matrimoni, stipulare contratti, battezzare persone o navi, lanciare sfide, fare testamento, e poi anche ingiuriare o diffamare, minacciare, sedurre, promettere, testimoniare, denunciare), ma anche perché già il fatto stesso di parlare (e in generale di *esprimere* quel che si pensa) è una azione. D'altra parte, e viceversa, ogni azione è (sempre), non certo puro movimento fisico, ma l'espressione di un corrispondente stato intenzionale, ossia la manifestazione di un (contenuto di) pensiero. Che dunque l'istigazione stia fuori dalla garanzia costituzionale perché è già azione e non semplice manifestazione del pensiero, è tesi che, per quanto diffusa, rischia di apparire inconsistente e paradossale: a seguirla fedelmente, (non solo l'istigazione ma) qualunque manifestazione del pensiero dovrebbe stare fuori da quella garanzia!

Il discrimine tra pensiero e azione è bensì rilevante; ma non perché indichi una caratteristica ontologica che l'oggetto della libertà deve avere, quanto piuttosto perché indica un profilo che nessuna norma giuridica (né dunque penale) può assumere quale ragione per minacciare di sanzione il compimento di una *qualsiasi* condotta (12). Stante l'art. 21 Cost., *nessuna* condotta può essere sanzionata in ragione del solo fatto che in essa trovi manifestazione un certo contenuto di pensiero, si palesi, cioè, quel che un soggetto pensa in relazione ad un certo oggetto: una norma, che minacci di sanzione un certo comportamento, sarà dunque in conflitto col principio in questione se la sua ratio è quella di impedire che una certa idea, od opinione, venga in tal modo manifestata, veicolata, trasmessa, divulgata (ad es., perché considerata offensiva di certi valori ideali); ossia, se l'oggetto intenzionale del divieto legislativo — quale emerge dalla struttura della relativa fattispecie, ma soprattutto dall'interpretazione che se ne fa — è direttamente il contenuto di pensiero espresso dalla condotta, e non piuttosto la sua forma o le sue possibili conseguenze. Viceversa, non è inibito al legislatore, almeno ai sensi dell'art. 21, punire una manifestazione del pensiero in considerazione delle caratteristiche, o della forma, dell'azione con cui quel pensiero si manifesta o delle sue possibili conseguenze — diverse, naturalmente, dal fatto stesso della divulgazione dell'idea manifestata, e purché naturalmente forma e conseguenze dell'azione siano di per sé stesse offensive di beni meritevoli di essere protetti (13).

3. *La teoria dell'istigazione al crocevia tra oggettività, offensività e libertà di parola.* — Da un punto di vista specificamente penalistico, questi ragionamenti trovano corrispondenza in due principi penalistici fondamentali. Innanzitutto, e in via diretta, nel principio di materialità (meglio: oggettività) del reato, e più in particolare in quel suo corollario per il quale *cogitationis poenam nemo patitur*. Rendere punibile una condotta in ragione del contenuto di pensiero che essa manifesta sarebbe in contrasto tanto con la libertà d'espressione quanto con il principio di oggettività del reato.

(11) *How to Do Things With Words*, Oxford: Clarendon Press, 1962.

(12) Salva, naturalmente, la necessità di proteggere altri diritti che, nel bilanciamento, debbano considerarsi prevalenti (es.: l'onore o reputazione delle persone, la loro privacy, ecc.). Ma questo è problema che attiene al *peso* della libertà d'espressione, posta in relazione con altri principi, e non alla sua *portata*, ossia alla definizione dell'ambito al quale quella libertà, per principio, si riferisce.

(13) Ho già sviluppato questa impostazione in altro lavoro di qualche anno addietro, cui rinvio per eventuali approfondimenti: A. Spena, *Libertà di espressione e reati di opinione*, in *questa Rivista* 2007, 701 ss.

Ciò significa che, per stabilire se una certa norma incriminatrice sia o meno in conflitto con la libertà di espressione, è decisivo non tanto il dato formale della condotta sulla quale è costruita la relativa fattispecie, quanto invece il dato sostanziale della ratio della norma stessa, e dunque della ragione in considerazione della quale la condotta può considerarsi incriminata. In tal modo, però, si chiama in causa, sia pure in maniera più complessa e indiretta, un altro principio penalistico, quale quello di offensività: la ricostruzione della ratio della norma incriminatrice è ricostruzione della proiezione offensiva del sottostante reato; il che comporta una stretta interrelazione tra struttura dell'offesa (da ritenersi) incriminata ad opera di una certa norma penale e rapporto tra questa incriminazione e libertà di parola.

Proprio il caso dell'istigazione è in tal senso illuminante. Poiché "istigare" vuol dire indurre altri all'azione, una fattispecie costruita attorno a questa condotta sembrerebbe muoversi in uno spazio estraneo alla libertà d'espressione, focalizzandosi, più che direttamente sul contenuto di pensiero espresso, sui possibili effetti della condotta che lo esprime, e in particolare, sulla sua capacità di provocare la commissione di reati da parte di terzi.

In realtà, la storia interpretativa dei reati di istigazione (14) dimostra che, a seconda del modo in cui si ricostruisce la ratio dell'incriminazione, cambia anche il profilo della condotta istigatoria (pensiero espresso o effetto perseguito) al quale si attribuisce effettiva rilevanza, e di conseguenza può anche cambiare il modo in cui l'incriminazione stessa incide sulla libertà d'espressione. In particolare, quanto più si formalizza l'offesa di tali delitti, sganciandola da un rapporto con la effettiva possibilità che i reati oggetto della istigazione vengano commessi, tanto più la ragione dell'incriminazione tende a ricadere, anzi che sulle conseguenze della condotta, sul contenuto di pensiero che questa esprime (15). Così accadeva, ad es., nella risalente interpretazione che, partendo da un concetto formale di ordine pubblico come « *buon assetto e [...] regolare andamento della vita sociale nello Stato* » (16), vedeva in quello di cui all'art. 414.1 un reato di danno astratto, nel quale l'offesa rilevante (intesa come la diminuzione, « nella popolazione », della « *opinione e [del] senso collettivi di disciplina, di tranquillità e di sicurezza* » (17)) fosse da presumersi nel fatto stesso di una pubblica istigazione, senza che al giudice fosse richiesta, né consentita, una qualche ulteriore indagine circa l'impatto — anche solo potenziale — della condotta, né in termini di effettivo turbamento della pubblica opinione della sicurezza sociale (18), né tantomeno in termini di effettiva possibilità che l'istigazione inducesse chicchessia alla commissione di reati. In quest'ottica, era come se, paradossalmente, il disvalore dell'istigazione tendesse in qualche modo ad appiattirsi su quello dell'apologia (e non viceversa, come è invece nelle interpretazioni più diffuse di quest'ultimo reato), trovando il proprio centro di gravità nel turbamento ideale del valore del rispetto della legge e del buon assetto della vita sociale (e del senso — anche questo ideale, astratto — di tranquillità

(14) Su cui v., in generale, V. Mormando, *L'istigazione. I problemi generali della fattispecie e i rapporti con il tentativo*, Padova: CEDAM, 1995; F. Schiaffo, *Istigazione e ordine pubblico. Tecnicismo giuridico ed elaborazione teleologica nell'interpretazione delle fattispecie*, Napoli: ESI, 2004; L. Alesiani, *I reati di opinione. Una rilettura in chiave costituzionale*, Milano: Giuffrè, 2006, 194 ss.

(15) Questo nesso è assai ben colto, ad es., da G. De Vero, voce *Istigazione a delinquere e a disobbedire alle leggi*, in DDP, vol. VII, Torino: UTET, 1995, 294 s.

(16) V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. VI, 2^a ed., Torino: UTET, 1950, § 1912.

(17) V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. VI, 2^a ed., Torino: UTET, 1950, §§ 1912 e 1915. Analogamente, G. Maggiore, *Diritto penale*, vol. II, *Parte speciale*, tomo 1, Bologna: Zanichelli, 1950, 354.

(18) V. ancora Manzini, *ivi*, § 1917: « Non occorre, per la consumazione del delitto, l'accertamento d'un turbamento dell'ordine pubblico, perché questo danno, presunto dalla legge, è inerente al fatto ».

pubblica che di quel valore non costituisce se non la versione psicologizzata), piuttosto che nei possibili effetti della condotta istigatoria (19).

Si capisce, allora, come il processo interpretativo che, a partire dagli anni '50 del secolo scorso, ha riguardato i reati di istigazione — trasformandoli da reati di danno astratto in reati di pericolo (via via sempre più) concreto (20) — mentre ha reso le incriminazioni meglio rispondenti alle esigenze di una più sostanziosa e afferrabile offensività, ha anche comportato, indirettamente, una più completa realizzazione, a livello penalistico, della garanzia della libertà di espressione.

È interessante notare, peraltro, come, per giungere a quel medesimo risultato di escludere la punibilità a titolo di istigazione di fatti rilevanti solo quali manifestazioni del pensiero, ci si sia dapprima mossi sul piano della teoria generale del reato, senza chiamare direttamente in causa l'art. 21 Cost. e la libertà di parola: verso la metà del secolo scorso, con i primi germi della concezione realistica del reato, comincia infatti ad affermarsi il pensiero della idoneità offensiva della condotta quale aspetto qualificante di ogni illecito penale, che tra l'altro troverebbe sanzione giuridica, nel codice Rocco, all'art. 49.2 (21). Anche le condotte di istigazione (come pure quelle di apologia, sulle quali tornerò, cursoriamente, nell'ultimo paragrafo) vengono rilette di conseguenza, in modo che siano considerate punibili solo quelle *idonee* a produrre il risultato lesivo loro proprio; e poiché la sostanza di ogni istigazione sta nel suo essere manifestazione di volontà volta ad influenzare la volontà altrui, se ne ricava che non la si possa punire se non « quando lo stimolo in essa contenuto, in sé, ed in relazione alla realtà in cui opera, avrà potenzialmente un'efficienza tale da poter concretamente incidere sull'altrui volontà », e che dunque la sua punibilità richieda « l'accertamento del *pericolo*[, *che*] dovrà essere effettuato, secondo le regole comuni, per mezzo della cosiddetta *prognosi postuma* » (22).

(19) Una problematica analoga è segnalata da De Vero con riferimento a quella interpretazione che vede il contenuto di offesa del reato nel turbamento delle « fondamentali concezioni di valore della collettività » e del « consenso sui valori da parte della maggioranza dei consociati ». Sostiene infatti l'autore — in maniera, secondo me, perfettamente condivisibile — che « [q]uando si ipotizza 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. Restando quindi la condotta istigativa, sotto tale profilo, all'interno della previsione dell'art. 21 Cost., non può che porsi la questione se l'interesse offeso dalla manifestazione del pensiero concreti un limite "esterno" della libertà costituzionale, in base alle valutazioni di bilanciamento che sono consuete in materia ». G. De Vero, voce *Istigazione a delinquere e a disobbedire alle leggi*, in DDP, vol. VII, Torino: UTET, 1993, 294.

(20) V., per tutti, (oltre alle opere citate *supra*, in nota 14) C. Fiore, *I reati di opinione*, Padova: CEDAM, 1972; G. De Vero, voce *Istigazione a delinquere e a disobbedire alle leggi*, in DDP, vol. VII, Torino: UTET, 1993; V. Zagrebelsky, *I delitti contro l'ordine pubblico*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale. Codice penale*, PS, diretta da F. Bricola e V. Zagrebelsky, vol. IV, 2^a ed., Torino: UTET, 1996; A. Gargani, *Sub art. 414*, in T. Padovani (cur.), *Codice penale*, Tomo II, 5^a ed., Milano: Giuffrè, 2011, 3051; M. Pelissero, *Delitti di istigazione e apologia*, in Id. (cur.), *Reati contro la personalità dello stato e contro l'ordine pubblico*, Torino: Giappichelli, 2010, 233 ss.; V. Mormando, *Sub art. 414*, in M. Ronco, B. Romano (cur.), *Codice penale commentato*, 4^a ed., Torino: UTET, 2012, 2023.

(21) Negli anni '50, il pensiero della idoneità/adeguatezza conosce una fioritura teorico-generale senza precedenti, ora sotto forma di un affinamento del pensiero della "adeguatezza causale", ora sotto la forma della elusiva categoria della "adeguatezza sociale", ora sotto forma del principio del "mezzo adeguato per uno scopo giusto" quale fondamento delle cause di giustificazione, ora infine sotto la forma della concezione realistica del reato. Nessuna di queste "forme" nasce propriamente negli anni '50: tutte, però, godranno in quegli anni di una fortuna che, nel loro insieme, non avevano mai avuto e più non avranno (se non, forse, in parte degli anni '60).

(22) B. Olivero, voce *Apologia e istigazione (reati di)*, in *Enc. Dir.*, II, Milano: Giuffrè, 1958, 621. Peculiare, a riguardo, la posizione di Bruno Cavalieri (*La posizione logico-sistematica dell'istigazione nel codice penale*, in *Arch. pen.*, I, 1953, 331 s.), il quale chiama bensì in causa l'art. 49 c.p., ma per farne

È solo a partire dagli anni '60 — quando il rilievo della Costituzione nei ragionamenti penalistici si fa più consapevole e sostanziale, e quando dunque dei reati di istigazione si intravede finalmente il potenziale conflitto con la libertà di parola e con l'art. 21 — che l'idea che la sostanza di questi reati debba identificarsi in un pericolo concreto comincia a trarsi, piuttosto, per via di una « interpretazione evolutiva » (23) e costituzionalmente orientata delle norme che li riguardano. In quest'ottica, è proprio il rispetto dovuto alla libertà di espressione a richiedere che l'ambito di punibilità dell'istigazione sia congruamente limitato, in modo tale da « proibire solo quelle manifestazioni di pensiero che, in rapporto agli ambienti sui quali operano e sui quali possono incidere e lasciar una traccia, presentino in concreto la seria possibilità di provocare, ora o in futuro, per effetto della loro forza persuasiva, atti o fatti materiali che lo Stato ha il diritto di impedire. Il giudice potrebbe applicare la sanzione solo dopo aver valutato e accertato, caso per caso, l'esistenza di codesta potenzialità pericolosa del discorso » (24). È allora proprio la necessità di garantire pienamente la libertà di parola a rendere particolarmente pressante il bisogno di una definizione più pregnante dell'offesa dell'istigazione, che si identifica appunto con il pericolo concreto di adesione al programma criminoso in essa enunciato (25).

4. *La molteplice rilevanza del contesto.* — È, questo, un paradigma interpretativo che diverrà infine dominante, in giurisprudenza, a partire dalla fine degli anni '70 (sia pur con qualche recrudescenza in senso presuntivo che ancora riemerge in decisioni relativamente recenti) (26). All'interno di questo paradigma, un ruolo chiave è venuta assumendo, nel corso del tempo, l'analisi del contesto, dal quale dipende, in maniera decisiva, che l'istigazione possieda o meno le potenzialità per spingere qualcuno dei propri destinatari a raccoglierne lo stimolo.

In realtà, la rilevanza del contesto della condotta è sempre stata pacifica; non però in tutti i sensi in cui lo è oggi divenuta. Considerati i delitti di istigazione come

discendere la necessità che la condotta istigatrice sia *astrattamente idonea* a provocare l'altrui reato, non anche che essa abbia in effetti prodotto un pericolo *concreto* che tale reato venisse commesso.

(23) G. Bognetti, *Apologia di delitto e principi costituzionali di libertà d'espressione*, in *questa Rivista* 1960, 205.

(24) Così G. Bognetti, *Apologia di delitto e principi costituzionali di libertà d'espressione*, in *questa Rivista* 1960, 195-196, 200-202, il quale, peraltro, nota correttamente come tale interpretazione solleciti, per sua natura, anche una ridefinizione dell'oggetto giuridico del reato in un senso più sostanziale: il criterio della concreta pericolosità, infatti, « comporterebbe [...] la necessità di interpretare in modo più stretto che di solito da noi non si usi il concetto di "ordine pubblico", la cui messa in pericolo costituirebbe elemento essenziale dell'apologia criminosa. Non la possibilità di un semplice disturbo di certi sentimenti di attaccamento al diritto o di fiducia generica di un quieto vivere sarebbe la misura costituzionalmente rilevante della delittuosità. Questi sentimenti sono solo lontane "premesse" [...] dell'effettivo vivere nel rispetto della legge. Proprio e direttamente quest'ultimo vivere entro i limiti del diritto dovrebbe invece costituire quel bene dell'ordine in rapporto al quale occorrerebbe commisurare la pericolosità della apologia » (196). V. anche G. Zuccalà, *Personalità dello stato, ordine pubblico e tutela della libertà di pensiero*, in *Aa.Vv., Legge penale e libertà del pensiero. Terzo convegno di diritto penale — Bressanone 1965*, Padova: CEDAM, 1966, 93 ss. Sempre dalla metà degli anni '60, anche la giurisprudenza (almeno quella di merito) comincerà a recepire, sparsamente, queste indicazioni. Per riferimenti, v. M. Pelissero, *Delitti di istigazione e apologia*, in *Id. (cur.), Reati contro la personalità dello stato e contro l'ordine pubblico*, Torino: Giappichelli, 2010, 234.

(25) Così, ancora di recente (e quasi in termini), Cass. pen., Sez. I, 20.1.2015 (20.2.2015), n. 7842.

(26) Per i necessari riferimenti, v. ad es.: A. Gargani, *Sub art. 414*, in T. Padovani (cur.), *Codice penale*, Tomo II, 5^a ed., Milano: Giuffrè, 2011, 3050-3052; A. Barazzetta, *Sub art. 414*, in E. Dolcini, G.L. Gatta (cur.), *Codice penale commentato*, Tomo II, IV ed., Milano: Wolters Kluwer, 2015, 1557-1560; M. Pelissero, *Delitti di istigazione e apologia*, in *Id. (cur.), Reati contro la personalità dello stato e contro l'ordine pubblico*, Torino: Giappichelli, 2010, 234-237.

di pericolo concreto, il contesto finisce per svolgere, nella loro struttura, un ruolo triplice.

Esso, come è sempre stato ovvio, contribuisce innanzitutto a dar sostanza alla condotta, nel suo valore soggettivo e oggettivo di istigazione. Questo vale, senza dubbio, per i casi di istigazione velata, obliqua, indiretta (apologia inclusa), dove la condotta, presa in sé — dunque, avulsa dal contesto — non ha proprio la forma di una istigazione; forma che però assume grazie, appunto, all'interazione con « [l]e circostanze e il contesto del discorso e la qualità di chi parla e degli ascoltatori » (27). Qui il contesto funziona come il fuoco di una candela che, messo dietro a un foglio bianco, fa apparire, in controluce, la scrittura appostavi con inchiostro simpatico: fa trasparire ciò che altrimenti, in condizioni diverse, non si vedrebbe. Per fare un esempio, il discorso di Marco Antonio nella Scena II dell'Atto III del *Giulio Cesare* shakespeariano non avrebbe nulla di istigatorio, sedizioso o arringante se non fosse pronunciato davanti al corpo straziato e ancora fumante di Cesare ucciso e al cospetto di una folla inquieta e ancora confusa dal gesto dei congiurati.

Ma lo stesso — a pensarci — vale anche per l'istigazione aperta, diretta: anche questa, infatti, tolta da un contesto consono, perde valore d'istigazione, per ridursi a mera apparenza. Un'aperta istigazione a delinquere pronunciata come parte di una recita teatrale non è una istigazione a delinquere. Dato il contesto, l'enunciazione di un messaggio istigatorio non avrà qui (normalmente, almeno) il significato soggettivo e oggettivo di una istigazione.

Un secondo piano di rilevanza del contesto nella struttura dei delitti di istigazione è poi dato dall'uso, nella fattispecie incriminatrice, dell'avverbio “pubblicamente”, che è, appunto, avverbio *di contesto*, che serve, però, non più a definire il contenuto istigatorio della condotta, ma piuttosto a delimitarne la rilevanza penale: che una condotta abbia il senso di una istigazione non dipende dal suo essere commessa in (o comunque dal suo essere rivolta ad un) pubblico; ne dipende, semmai, che essa possa prendersi in considerazione come penalmente tipica.

Questo elemento di contesto, non più attinente al significato della condotta, non è ancora, tuttavia, necessariamente collegato alla sua pericolosità: un'istigazione può essere commessa in pubblico e non generare alcun pericolo di una effettiva commissione dei reati che ne furono l'oggetto. E nondimeno, è altresì chiaro che tale elemento è direttamente collegato all'offesa del reato (28): la ragione per cui, *per il solo fatto della istigazione*, si è punibili solo se la si è commessa pubblicamente dipende, invero, dalla peculiare offensività che la condotta è ritenuta in tal caso possedere, e di cui invece l'istigazione *in camera caritatis*

(27) G. Bognetti, *Apologia di delitto e principi costituzionali di libertà d'espressione*, in *questa Rivista* 1960, 188.

(28) È oggi del tutto superata la tesi che ne faceva una condizione obiettiva di punibilità meramente estrinseca (ad es., B. Cavalieri, *La posizione logico-sistemica dell'istigazione nel codice penale*, in AP 1953, 330): è pacifico che si tratti invece di un elemento che contribuisce a definire lo specifico disvalore penale del fatto (tra gli altri: E. Contieri, *I delitti contro l'ordine pubblico*, Milano: Giuffrè, 1961, 17; V. Zagrebelsky, *I delitti contro l'ordine pubblico*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale. Codice penale*, PS, diretta da F. Bricola e V. Zagrebelsky, vol. IV, 2^a ed., Torino: UTET, 1996, 546; G. De Vero, voce *Istigazione a delinquere e a disobbedire alle leggi*, in DDP, vol. VII, Torino: UTET, 1993, 297; F. Schiaffo, *Istigazione e ordine pubblico. Tecnicismo giuridico ed interpretazione teleologica nell'interpretazione delle fattispecie*, Napoli: ESI, 2004, 243). Ambigua la posizione di Manzini (*Trattato di diritto penale italiano*, vol. VI, 2^a ed., Torino: UTET, 1950, § 1916), il quale, pur qualificando l'elemento della “pubblicità” come condizione obiettiva di punibilità, riconosce che essa « è posta perché soltanto l'istigazione pubblica lede l'ordine pubblico, suscitando quel turbamento o allarme che è conseguente all'eccitamento delittuoso ed inerente alla previsione che i reati istigati possano effettivamente perpetrarsi ».

è considerata priva (29). È logico, dunque, che si riempi il concetto di questo elemento di contesto di contenuti diversi, a seconda del modo in cui è intesa l'offesa tipica del reato. Finché questa veniva identificata con lo scotimento, nella collettività dei consociati, del senso di tranquillità, fiducia e sicurezza che dovrebbe discendere dalla obbligatorietà della legge penale, l'elemento della pubblicità poteva intendersi nel senso più ampio possibile: già il mero fatto che l'istigazione fosse commessa in presenza di un certo numero di persone la connotava quale atto di arroganza pubblica e di sfida all'ideale dell'obbedienza alla legge penale, capace come tale di incrinare, di mettere in discussione, quegli stessi valori posti a fondamento dell'incriminazione (30).

Nel momento in cui si passa a ricostruire l'offesa dell'istigazione nei termini di un concreto pericolo di commissione dei reati istigati, l'elemento della pubblicità non può più, invece, venire inteso in maniera letterale, senza filtri o limitazioni di carattere teleologico. Va specificato: la pluralità di "spettatori" non è più contesto sufficiente a rendere penalmente rilevante una condotta di istigazione, poiché essa di per sé non prelude necessariamente ad una sua peculiare pericolosità. Occorre che questo stesso "contesto pubblico" venga a sua volta contestualizzato, qualificato, in modo da selezionare, tra le condotte di istigazione *pubblica*, solo quelle che, in virtù del particolare atteggiarsi della situazione di pubblicità in cui le si realizza, risultino concretamente capaci di indurre i destinatari del messaggio a tradurlo in pratica, lasciando così emergere quel peculiare tratto di pericolosità (*diffusa*, è stato detto (31)) che ne giustifica l'incriminazione come reato autonomo (indipendente, cioè, dalla commissione dei reati che ne costituiscono l'oggetto).

Emerge qui il terzo piano di rilevanza del contesto, che però ci appare adesso come nient'altro che una specificazione del più generale elemento di contesto della pubblicità. Un piano di rilevanza — questo sì — specificamente collegato con l'interpretazione delle istigazioni quali delitti di pericolo concreto, poiché è appunto l'analisi del « contesto spazio-temporale ed economico-sociale » della condotta che contribuisce, in maniera decisiva, a determinarne l'impatto istigatorio, e lascia dunque intendere se questa abbia effettivamente creato un *pericolo concreto* di adesione, da parte di terzi, al programma criminoso enunciato dall'istigante.

5. *La decisione del caso.* — Il Tribunale di Torino era dunque chiamato a stabilire se le dichiarazioni di De Luca costituissero una lecita manifestazione del suo pensiero, estrinsecazione del diritto riconosciuto all'art. 21 Cost., o non avessero, piuttosto, un contenuto tale da farle fuoriuscire da quell'ambito per renderle rilevanti quale esempio di uso criminale della parola. Più in particolare, occorre decidere se quelle dichiarazioni avessero il significato (oggettivo e soggettivo) di una istigazione; e inoltre se, avendolo, potessero dirsi, anche in considerazione del loro contesto, portatrici di una carica offensiva (ossia, di una pericolosità) sufficiente a renderle rilevanti ai sensi dell'art. 414 c.p.

Il primo interrogativo richiedeva che la Corte innanzitutto ricostruisse la volontà dell'imputato per come manifestatasi nelle frasi profferite. Il reato di istigazione a delinquere è, infatti, uno di quei (tanti) reati che si possono definire a condotta illecita soggettivamente pregnante: reati la cui condotta illecita non può

(29) Da cui l'inapplicabilità, *ex art.* 115 c.p., di una pena in questa seconda ipotesi, *per il solo fatto della istigazione* (se questa, cioè, non è accolta o comunque non è seguita dalla commissione del reato).

(30) V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. VI, 2^a ed., Torino: UTET, 1950, § 1916; G. Maggiore, *Diritto penale*, vol. II, *Parte speciale*, tomo 1, Bologna: Zanichelli, 1950, 354 s.

(31) G. De Vero, voce *Istigazione a delinquere e a disobbedire alle leggi*, in DDP, vol. VII, Torino: UTET, 1995, 295.

ritenersi commessa se non si assume che in essa l'autore abbia anche infuso un particolare significato soggettivo; reati, dunque, la cui condotta illecita non può concepirsi se non come esteriorizzazione di un particolare significato soggettivo. Il che vuol dire, nel nostro caso, che, per capire se l'enunciazione di certe frasi abbia proprio il significato di una istigazione, occorre innanzitutto chiedersi se appunto questo fosse il senso che l'autore vi ha voluto infondere: se questi abbia, cioè, inteso la propria condotta come induzione d'altri alla commissione di reati.

Su questo punto, la Corte esprime una posizione, per così dire, agnostica, alla quale perviene dopo essersi diffusa in una minuta analisi testuale delle dichiarazioni incriminate. Essa vi distingue, approssimativamente, due parti, in ciascuna delle quali alloca un significato, almeno potenzialmente, assai diverso. In una prima parte del discorso (grosso modo identificabile con le prime due risposte date da De Luca all'intervistatrice), essa riconosce il significato di « una svalutazione complessiva del gesto degli arrestati, definendo ironicamente il materiale sequestrato ai due, quale “... pericoloso materiale da ferramenta. Proprio quello che normalmente viene dato in dotazione ai terroristi” ».

In una seconda parte (che per vero si interseca con la prima, cominciando con quel « la Tav va sabotata », buttato da De Luca nel mezzo della seconda risposta), la Corte nota invece come la dimensione sminuente del ragionamento ceda il passo a commenti più impegnativi, i quali, letti nel contesto, « possono anche condurre ad interpretare il senso del discorso come volto a giustificare il “sabotaggio” dell'opera TAV, tramite danneggiamenti con le cesoie (non con altri mezzi che sicuramente non vengono citati nelle parole del DE LUCA) e non mediante le altre modalità lecite alle quali il termine “sabotare” può riferirsi ».

Nondimeno, la Corte dà anche atto di una qualche plausibilità della tesi sostenuta dall'imputato — peraltro, non solo in sede processuale (32) — di aver voluto usare il termine “sabotare” proprio nell'accezione lata di ostacolare, frapporre impedimenti, anziché riferita al compimento di atti contravvenzionali o delittuosi come quelli implicati nell'introdursi abusivamente nei cantieri Tav per perpetrarvi danneggiamenti. Ed è proprio perché riconosce questa tesi come astrattamente plausibile che la Corte giunge alla conclusione che « l'analisi del messaggio veicolato dalle frasi del DE LUCA oggetto di imputazione è di per sé non univoca ». Il che vale quanto dire che, dall'analisi testuale delle dichiarazioni, non è chiaro se l'imputato abbia effettivamente voluto istigare alla commissione di reati; né dunque è chiaro, di conseguenza, se la sua condotta avesse effettivamente un significato istigatorio.

Da ciò discende, a giudizio della Corte, il bisogno di « analizzare il contesto spazio-temporale ed economico-sociale nel quale le frasi sono state pronunciate, nell'intervista e nella dichiarazione all'ANSA ». Dal che sembrerebbe che, in maniera del tutto ragionevole, si voglia passare all'analisi del contesto nel primo dei tre livelli di rilevanza visti nel paragrafo precedente: al fine, cioè, di chiarire il senso delle dichiarazioni rilasciate da De Luca, e dunque di capire se, viste in un orizzonte più comprensivo, esse possano assumere un valore d'istigazione che, prese in sé, non hanno (almeno, non in maniera univoca).

Sennonché, se si guarda ai contenuti che la Corte dà alla propria indagine sul contesto, come anche al tipo di precedenti giurisprudenziali che essa chiama in causa, emerge evidente che, in realtà, è qui il contesto nel suo terzo piano di rilevanza ad esser preso piuttosto in considerazione, quello, cioè, da cui dipende, non già il senso istigatorio della condotta, ma la sua concreta pericolosità: il

(32) La si può leggere, ad es., nel volumetto *La parola contraria*, Milano: Feltrinelli, 2015.

contesto, dunque, nel senso di ambiente « particolarmente predisposto al recepimento di un messaggio istigatorio specifico » (33).

La conclusione cui giunge la Corte è che, nel caso di specie, « il contesto in cui si calano le parole » sia tale che nessun pericolo concreto ne scaturisce: ciò, sia per la collocazione editoriale — e dunque per i destinatari specifici — dell'intervista (« non trattasi di dichiarazioni rese su testate locali dell'area valsusina o di ispirazione anarchica e, di conseguenza, dirette a destinatari più propensi al recepimento anche di un eventuale messaggio istigatorio »), sia per il « momento storico nel quale le parole del DE LUCA giungono » (« ossia nel periodo di agosto/inizio settembre 2013, nel quale non vi è un particolare e più accentuato fermento — rispetto a quello che è in corso nel 2011 — attorno alle reti del cantiere TAV »), sia, infine, per il ruolo dello stesso dichiarante (« che [...] non risulta — dall'istruttoria svolta — come un personaggio che gode di un particolare seguito tra gli oppositori violenti dell'opera TAV »).

Si tratta, dico subito, di conclusioni senz'altro condivisibili: è chiaro a tutti (con la sola eccezione dei pubblici ministeri che hanno sostenuto l'accusa in giudizio) che le dichiarazioni rilasciate da Erri De Luca non hanno mai creato alcun pericolo anche lontanamente concreto che qualcuno le assumesse a programma criminoso. Ed è altrettanto chiaro — mi pare — che De Luca andasse assolto dal reato ascrittogli.

Dubbio è piuttosto il tipo di ragionamento che fa la Corte per giungere all'assoluzione. Essa sembra infatti ritenere che il giudizio sulla concreta pericolosità della condotta (da ricavarsi dall'analisi del contesto) potesse eventualmente (se tale analisi avesse dato un esito diverso) colmare l'equivocità (e dunque, la mancata prova) del significato istigatorio di quella. Il che, naturalmente, non può essere: una eventuale — ma qui insussistente (su questo, la Corte ha ragione) — capacità delle dichiarazioni di De Luca di indurre terzi a commettere delitti non avrebbe in alcun modo potuto sopperire, in via per così dire puramente oggettiva ed *ex post*, ad una originaria loro carenza sul piano del significato (oggettivo-soggettivo) necessario a renderle una istigazione. L'eventuale pur concreta pericolosità della condotta, dal punto di vista dei suoi effetti, non può retroagire a qualificare come istigatorie delle dichiarazioni che non lo siano già secondo il significato in esse infuso dall'agente. Al contrario, l'analisi del contesto come fattore capace di attribuire concreta pericolosità al fatto presuppone logicamente la già accertata esistenza di una condotta di istigazione, e non le si può invece sostituire, né può dunque porre rimedio ad una sua eventuale mancanza.

Aggiungo, peraltro, che — a differenza di quel che afferma la Corte — le dichiarazioni oggetto di contestazione non mi sembrano affatto equivoche: mi sembra, anzi, piuttosto univoco che esse *non* abbiano significato (oggettivo-soggettivo) di istigazione. Hanno semmai — questo sì — il senso di una apologia, se è vero — come a me sembra palese — che esse sono tese a giustificare l'azione dei due giovani, come parte, forse un po' maldestra, di una più ampia strategia di resistenza (a giudizio di Del Luca) legittima nei confronti dello stato. Frasi come « la Tav va sabotata. Ecco perché le cesoie servivano: sono utili a tagliare le reti » suonano

(33) Quale può aversi — sostiene la Corte, facendo leva sui precedenti giurisprudenziali richiamati — in caso di « invito ad occupare il campo nomadi fornita da un consigliere comunale, rispetto ad una folla in tumulto che sta protestando in Comune proprio contro l'allestimento del campo; [o nel caso di] uno striscione provocatorio sull'uso di coltelli, rispetto ad uno stadio di calcio ove sono presenti tifoserie in acceso conflitto e che già hanno fatto uso di coltelli; [o, ancora, nel caso di] una frase incitante allo stupro di un ministro, effigiato nella foto allegata, per ragioni razziali, postata in rete a seguito di un dibattito, su sito specialistico, sui crimini degli immigrati; [oppure, nel caso del] la descrizione ed esaltazione di attentati a impianti di pubblica utilità ed a stabilimenti industriali, in un periodico di ispirazione anarchica ».

chiaramente apologetiche, specie se collegate alle successive, per le quali vandalismi e sabotaggi « sono necessari per far comprendere che la Tav è un'opera nociva e inutile ». De Luca farà benissimo, più tardi, a « [r]ivendic[are] il diritto di adoperare il verbo sabotare come pare e piace alla lingua italiana » e a ricordare che il « suo impiego non è ristretto al significato di danneggiamento materiale, come pretendono i pubblici ministeri in questo caso » (34); nondimeno, a me pare indiscutibile che nel passaggio citato, di tutte le possibili accezioni del verbo, è usata proprio quella che lo fa consistere in un danneggiamento materiale, ed è altrettanto chiaro che tale danneggiamento materiale è fatto oggetto di una valutazione positiva, per il proprio rapporto di (pretesa) funzionalità rispetto al conseguimento di un fine generale indicato come lodevole, quale, appunto, l'intralcio di « un'opera nociva e inutile » come il Tav. “Sabotare” vorrà pur dire “intralciare”, ma è evidente che qui significa “intralciare mediante danneggiamenti”.

Il senso generale dell'intervista, tuttavia, non è certo quello di una chiamata alle armi o di una incitazione alla lotta (o, più modestamente, alla perpetrazione di danneggiamenti), quanto, piuttosto, quello di una riflessione venata di vicinanza morale, di solidarietà, rivolta peraltro, più che direttamente ai due giovani arrestati, ai protagonisti ultimi della resistenza contro il Tav, ossia gli abitanti della Val di Susa. Quando alla domanda « Dunque sabotaggi e vandalismi sono leciti? » De Luca risponde « Sono necessari per far comprendere che la Tav è un'opera inutile », quel « sono necessari » non è proclamazione spronante di un programma illecito da attuare, ma semmai spiegazione delle ragioni che inducono a compiere quegli atti: come a dire che sono atti *per loro* necessari in vista del *loro* obiettivo, che è quello di far comprendere l'inutilità e la dannosità del Tav, così da intralciarne — “sabotarne” — la realizzazione. Più che rivolto a quel che deve avvenire (a suggerire future linee d'azione), il discorso di De Luca ha il tono di una riflessione su quel che, dal suo punto di vista, già stava avvenendo: egli non parla da spronatore, ma da osservatore, pur compassionevole, solidale cioè con i sentimenti delle persone alle quali si riferisce (non tanto, ripeto, i giovani arrestati, quanto la gente della Val di Susa). Non è un invito a tenere certe condotte, è piuttosto l'illustrazione di una dinamica che è (presentata come) nelle cose, persino inevitabile (« La Tav non si farà. È molto semplice », « Mi arrogo [...] una profezia: la Tav non verrà mai costruita »).

Questa non è istigazione, allo stesso modo in cui non lo sono, ad es., le dichiarazioni con cui certi nostri politici giustificano, in base al principio di necessità, l'evasione fiscale di imprenditori in difficoltà che si considerano gravati da una pressione fiscale giudicata eccessiva. Questa è apologia: una apologia non sussumibile però nell'art. 414.3 c.p., perché, secondo l'orientamento ormai consolidato sia in dottrina che in giurisprudenza (35), le condotte apologetiche sono da intendersi punibili solo quando: *a*) abbiano il significato di istigazioni indirette, oblique, mascherate, e *b*) come l'istigazione penalmente rilevante, creino il pericolo concreto di una effettiva commissione del delitto apologizzato. Cose che qui mancano entrambe: manca — come giustamente nota il Tribunale — il pericolo concreto di una adesione, da parte di chicchessia, al programma criminoso; ma ancor prima (punto sul quale invece la sentenza è, senza ragione sufficiente, agnostica), manca un programma criminoso, un significato oggettivo-soggettivo di tipo istigatorio, e dunque manca in radice una condotta rispetto alla quale abbia senso porsi il problema di una sua concreta pericolosità.

(34) *La parola contraria*, Milano: Feltrinelli, 2015, 36.

(35) *V. supra*, note 8 e 9.

Ciò lascia l'impressione che quello a De Luca fosse processo che ci si sarebbe tranquillamente potuti risparmiare: che l'infondatezza dell'ipotesi accusatoria si potesse riconoscere sin dall'inizio e già *ictu oculi* (36), con grande guadagno per la libertà di parola, la quale, sebbene riaffermata dalla sentenza di assoluzione in commento, rimane comunque scossa dal fatto che, per trovare riconoscimento pur in un caso di così palmare evidenza, ha dovuto passare attraverso le tribolazioni di un intero grado di giudizio.

ALESSANDRO SPENA
Ordinario di Diritto penale
Università degli Studi di Palermo

(36) Analogamente — mi pare — già prima che il Tribunale depositasse le motivazioni della sua sentenza, M. Pelissero, *La parola pericolosa. Il confine incerto del controllo penale del dissenso*, in *Quest. giust.* 4/2015, 42.