

Roberto GAROFOLI

Compendio di

DIRITTO PENALE

Parte Speciale

edizione a cura
di **Fabio BASILE**

XII edizione
2024-2025


Neldiritto
Editore

b) la seconda è quella di **ordine pubblico ideale o normativo**, inteso come insieme di principi e istituzioni fondamentali alla base di un determinato ordinamento giuridico. Tuttavia, tale accezione si espone a rilievi critici da parte di chi rileva l'astrattezza del concetto ed il connesso rischio di manipolazioni interpretative, di utilizzo distorto del concetto per la criminalizzazione del semplice dissenso politico-ideologico (RICCIO);

c) infine, occorre menzionare la posizione della **Corte costituzionale**, la quale ha rintracciato la nozione di **ordine pubblico costituzionale**, come "l'insieme dei principi fondamentali, che riassumono l'ordine legale di una convivenza sociale ispirata ai valori costituzionali" (*Corte cost.*, 8 luglio 1971, n. 168).

Detto ciò, è evidente che il concetto di ordine pubblico, se inteso in senso empirico, risulta di difficile rintracciabilità nei delitti associativi, caratterizzati da una forte istanza di prevenzione e, soprattutto, nell'ambito dei reati di apologia e istigazione a delinquere, da uno scivolamento del diritto penale verso una funzione di controllo sociale e di repressione ideologica. In attesa, dunque, di una auspicabile riforma legislativa, la più condivisibile opzione interpretativa rimane quella di "tendere – peraltro, nel solco delle indicazioni della stessa Corte costituzionale – a **recuperare il più possibile la dimensione concretamente pericolosa dei fatti incriminati**" (FIANDACA-MUSCO).

2. I delitti di istigazione e apologia.

2.1. Istigazione a delinquere (art. 414 c.p.).



Magistratura Ordinaria, d.m. 15 giugno 2018_App.A.7.1.



Magistratura Ordinaria, d.m. 22 novembre 2011_App. A.11.1 cfr. anche *sub par.* 2.1.4

Art. 414 c.p.

Chiunque pubblicamente istiga a commettere uno o più reati è punito, per il solo fatto dell'istigazione:

- 1) con la reclusione da uno a cinque anni, se trattasi di istigazione a commettere delitti;
- 2) con la reclusione fino a un anno, ovvero con la multa fino a euro 206, se trattasi di istigazione a commettere contravvenzioni.

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

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

La pena prevista dal presente comma nonché dal primo e dal secondo comma è aumentata se il fatto è commesso attraverso strumenti informatici o telematici.

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

La pena è aumentata fino a due terzi se il fatto è commesso attraverso strumenti informatici o telematici.

Sotto la rubrica *Istigazione a delinquere*, l'art. 414 c.p. disciplina due distinte fattispecie incriminatrici:

- A)** istigazione a delinquere *stricto sensu* (co. 1 e 2).
- B)** apologia di delitti (co. 3).

A) Istigazione a delinquere.

2.1.1. I soggetti del reato.

Chiunque può essere **soggetto attivo**, trattandosi di un **reato comune**; tuttavia, giova precisare che, allorché l'autore del reato si identifichi con un militare che ne istighi altri a commettere reati militari, si applica la disciplina speciale prevista dall'art. 212 c.p. mil. pace, a mente del quale *“il militare che istiga uno o più militari in servizio alle armi a commettere un reato militare, è punito, se l'istigazione non è accolta, ovvero se l'istigazione è accolta ma il reato non è commesso, con la reclusione militare fino a cinque anni. Tuttavia, l'istigazione è sempre applicata in maniera inferiore alla metà della pena stabilita per il reato al quale si riferisce l'istigazione”*.

2.1.2. La condotta penalmente rilevante.

La condotta incriminata consiste nell'istigare pubblicamente a commettere delitti o contravvenzioni. Tale fattispecie costituisce una chiara deroga all'art. 115 c.p., a tenore del quale non è punibile l'istigazione a commettere un reato non seguita dalla sua effettiva commissione. La *ratio* di tale deroga sta nel fatto che l'istigazione “pubblica” è considerata concretamente idonea a determinare altri a commettere un reato e quindi meritevole di pena.

Per **istigazione** si intende la determinazione o il rafforzamento in altri di un determinato proposito criminoso.

A tal proposito, la condotta di istigazione può essere **primaria o secondaria**, rispettivamente diretta a far insorgere un proposito prima inesistente oppure a rafforzare un proposito già presente; inoltre, può essere supportata da argomentazioni volte a **far insorgere o rafforzare fini o motivi dell'azione criminosa** in modo tale da contrastare le controspinte inibitorie oppure può configurarsi quale incitamento senza argomentazioni, che trae la propria forza nell'esortazione stessa.

La condotta può realizzarsi in **forma commissiva** ma anche, ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p., in **forma omissiva**, mediante un comportamento meramente negativo, quale il silenzio.

Anche la commissione di un reato può sortire l'effetto di istigare a commettere lo stesso tipo di reato o altri della stessa indole, costituendo l'esempio una forma persuasiva di incitamento. Tuttavia, occorre in tal caso dimostrare rigorosamente la volontà del reo di istigare, dal momento che il potere di emulazione è insito in ogni reato commesso pubblicamente.

L'istigazione può riguardare la **commissione immediata** di reati ma anche la loro realizzazione in **un futuro, anche lontano**, potendosi apporre una condizione alla loro attuazione. Peraltro, qualora l'istigazione riguardi il futuro, occorre accertare che si tratti di reale incitamento e non di un mero auspicio, ancorché riprovevole, ovvero della previsione di una semplice eventualità.

In ogni caso, l'istigazione deve apparire **idonea** a conseguire l'effetto voluto dall'istigatore, ricorrendo altrimenti una forma di **libera manifestazione del pensiero**. Il requisito dell'idoneità *ex ante* è stato valorizzato dalla giurisprudenza come elemento indefettibile della **materialità** del fatto: in tal senso, emblematica è *Cass. Pen., Sez. I, 3 novembre 1997, n. 10641*, per la quale *“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".

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Istigazione a delinquere: reato di pericolo concreto o presunto?

L'incidenza del requisito dell'idoneità ha suscitato diversi orientamenti in giurisprudenza in ordine alla qualificazione da attribuire al reato in esame;

a) Tesi che qualifica l'istigazione a delinquere quale reato di pericolo concreto. Secondo una prima e maggioritaria tesi si tratta di reato di pericolo concreto e non presunto (*Cass. Pen., Sez. I, 5 giugno 2001, n. 26907*): di conseguenza occorrerebbe verificare caso per caso, mediante un giudizio *ex ante*, che la condotta sia idonea, per il suo contenuto intrinseco, per la condizione personale dell'autore e per le circostanze di fatto in cui si esplica, a provocare delitti. Diversamente, la mera esaltazione di un fatto costituente reato, non idonea tuttavia a influire concretamente sull'altrui volontà, va considerata esercizio della libertà di manifestazione del pensiero (*Cass. Pen., Sez. I, 5 maggio 1999, n. 8779*). Questo orientamento è stato confermato da *Cass. Pen., Sez. un., 18 ottobre 2012, n. 47604* secondo cui "è *inconfidente*, per il perfezionamento della fattispecie dell'art. 414 c.p., l'esito della azione istigatrice, in virtù della clausola di indifferenza inserita nel comma 1 (che costituisce una deroga al generale principio contenuto nell'art. 115 c.p.), ma è necessaria la potenziale offensività della condotta che è richiesta per tutti i reati anche quando il precetto tenda ad evitare la messa in pericolo del bene oggetto di tutela penale." La tesi è infine stata di recente ribadita dalla giurisprudenza, che ha affermato che il reato di istigazione ha natura di **pericolo concreto** in quanto richiede l'accertamento di un comportamento concretamente idoneo, sulla base di un giudizio *ex ante*, a provocare la commissione di delitti (*Cass. Pen., Sez. V, 12 settembre 2019, n. 48247*).

Occorre, pertanto, una ponderazione circa la **reale efficienza della azione stimolatrice** a spronare le persone con modalità tali da persuaderle a passare alla azione e da porsi come antecedente adeguato a indurle a commettere il fatto illecito.

b) Tesi del reato di pericolo presunto. Secondo un diverso e risalente orientamento, il turbamento dell'ordine pubblico **non va accertato in concreto**, derivando *ex se* dalla condotta incriminata, con la conseguenza che il reato in oggetto va configurato come reato **con evento di pericolo presunto**; non è pertanto necessario che l'istigazione sia stata effettivamente percepita o recepita e abbia determinato il concreto effetto o il concreto pericolo della commissione di ulteriori reati (*Cass. Pen., Sez. I, 18 novembre 1975, n. 10804*).

Tale incitamento non deve in ogni caso giungere ad indicare il fatto istigato con un preciso *nomen juris*, bastando una determinazione dei suoi elementi fattuali e dei suoi presupposti atti ad inquadrarlo in una figura di reato, indipendentemente dalla sua punibilità nel caso specifico.

Di conseguenza, non rileva che **manchi una condizione di punibilità** ovvero sia **sopravvenuta una causa di estinzione del reato**, ovvero l'istigato non sia imputabile o non punibile a causa di una condizione o qualità personale, così come non assume importanza che il reato istigato sia perseguibile a querela, istanza o richiesta.

L'istigazione va attuata **pubblicamente**, ovvero – giusta la definizione di cui all'art. 266 c.p. – col mezzo della stampa o in un luogo e in circostanza non private; l'accertamento di questo presupposto è fondamentale anche al fine di segnare la differenza con l'ipotesi generale dell'art. 115 c.p. che esclude la rilevanza penale, ai fini della configurabilità del concorso di persone nel reato, dell'istigazione a delinquere non accolta.