



# diritto & religioni

Semestrale  
Anno XIII - n. 2-2018  
luglio-dicembre

ISSN 1970-5301

26



LUIGI  
PELLEGRINI  
EDITORE

**Diritto e Religioni**  
Semestrale  
Anno XIII – n. 2-2018  
**Gruppo Periodici Pellegrini**

*Direttore responsabile*  
Walter Pellegrini

*Direttori*  
Mario Tedeschi – Maria d'Arienzo

*Comitato scientifico*

F. Aznar Gil, A. Albisetti, A. Autiero, R. Balbi, G. Barberini, A. Bettetini, F. Bolognini, P. Colella, O. Condorelli, P. Consorti, R. Coppola, G. Dammacco, P. Di Marzio, F. Falchi, A. Fuccillo, M. Jasonni, G. Leziroli, S. Lariccia, G. Lo Castro, M. F. Maternini, C. Mirabelli, M. Minicuci, R. Navarro Valls, P. Pellegrino, F. Petroncelli Hübler, S. Prisco, A. M. Punzi Nicolò, M. Ricca, A. Talamanca, P. Valdrini, G.B. Varnier, M. Ventura, A. Zanotti, F. Zanchini di Castiglionchio

*Struttura della rivista:*

**Parte I**

SEZIONI

*Antropologia culturale*  
*Diritto canonico*  
*Diritti confessionali*

*Diritto ecclesiastico*  
*Sociologia delle religioni e teologia*  
*Storia delle istituzioni religiose*

DIRETTORI SCIENTIFICI

M. Minicuci  
A. Bettetini, G. Lo Castro  
M. d'Arienzo, V. Fronzoni,  
A. Vincenzo  
M. Jasonni,  
M. Pascali  
R. Balbi, O. Condorelli

**Parte II**

SETTORI

*Giurisprudenza e legislazione amministrativa*  
*Giurisprudenza e legislazione canonica*  
*Giurisprudenza e legislazione civile*

*Giurisprudenza e legislazione costituzionale  
e comunitaria*

*Giurisprudenza e legislazione internazionale*  
*Giurisprudenza e legislazione penale*  
*Giurisprudenza e legislazione tributaria*

RESPONSABILI

G. Bianco, R. Rolli  
M. Ferrante, P. Stefani  
L. Barbieri, Raffaele Santoro,  
Roberta Santoro  
  
G. Chiara, R. Pascali, C.M. Pettinato  
S. Testa Bappenheim  
V. Maiello  
A. Guarino, F. Vecchi

**Parte III**

SETTORI

*Lecture, recensioni, schede,  
segnalazioni bibliografiche*

RESPONSABILI

M. Tedeschi

## Comitato dei referees

Prof. Angelo Abignente – Prof. Andrea Bettetini – Prof.ssa Geraldina Boni – Prof. Salvatore Bordonali – Prof. Mario Caterini – Prof. Antonio Giuseppe Maria Chizzoniti – Prof. Orazio Condorelli – Prof. Pierluigi Consorti – Prof. Raffaele Coppola – Prof. Giuseppe D’Angelo – Prof. Pasquale De Sena – Prof. Saverio Di Bella – Prof. Francesco Di Donato – Prof. Olivier Echappè – Prof. Nicola Fiorita – Prof. Antonio Fuccillo – Prof.ssa Chiara Ghedini – Prof. Federico Aznar Gil – Prof. Ivàn Ibàn – Prof. Pietro Lo Iacono – Prof. Carlo Longobardo – Prof. Dario Luongo – Prof. Ferdinando Menga – Prof.ssa Chiara Minelli – Prof. Agustin Motilla – Prof. Vincenzo Pacillo – Prof. Salvatore Prisco – Prof. Federico Maria Putaturo Donati – Prof. Francesco Rossi – Prof.ssa Annamaria Salomone – Prof. Pier Francesco Savona – Prof. Lorenzo Sinisi – Prof. Patrick Valdrini – Prof. Gian Battista Varnier – Prof.ssa Carmela Ventrella – Prof. Marco Ventura – Prof. Ilaria Zuanazzi.

*caso di specie, viene ritenuta logica la motivazione secondo cui la persona offesa ha giustificato le omissioni in querela per la vergogna a parlare con un uomo e tale spiegazione è stata ritenuta sufficiente anche per avere poi riferito, anche se sinteticamente, il fatto ad una sua amica. Sicchè, il pudore manifestato con l'uomo trova una sua conferma nel racconto parziale ad una donna. A tale assunto – conclude la Suprema Corte – non va data una giustificazione etnica, essendo tale pudore collegato al sentimento religioso.*

## **Corte di Cassazione. Sezione Quinta Penale. Sentenza 12 dicembre 2017, n. 55418**

### **Condivisione di un video di propaganda Isis su Facebook – Apologia di delitto – Sussistenza**

*La condivisione di video di propaganda dell'Isis sui social network, rafforzata dall'approvazione dei relativi contenuti attraverso l'opzione mi piace, è idonea alla configurazione del reato di apologia di terrorismo di cui all'art. 414, comma 4, c.p. Il reato è invece stato escluso relativamente a comunicazioni telematiche meramente private.*

*Apologia della jihad islamica sul web: tra diritto penale costituzionalmente orientato e diritto penale del “nemico”*  
*A proposito di Corte di Cassazione, Sezione V penale, 25 settembre 2017, n. 55418, Pres. Vessichelli, Est. Fidanzia*

PAOLO CIRILLO

1. *Premessa*

Nella società attuale i valori sui quali, dopo la seconda guerra mondiale, fu costruita una nuova Europa come continente di pace, sembrano sempre più in pericolo. Dopo il terrorismo di matrice politica che ha agitato l'Italia degli Anni di Piombo, oggi – dall'attacco alle Torri Gemelle nel 2001 – il mondo occidentale si sta sempre più abituando a convivere con una nuova emergenza terroristica, quella di matrice religiosa – fondamentalista<sup>1</sup>.

Questo terrorismo, e ciò appare particolarmente preoccupante, sta cambiando il diritto penale dei paesi democratici occidentali; ed in parte le regole che fino ad ora lo ispiravano. Se è fuori discussione che in questa c.d. “guerra al terrorismo”<sup>2</sup> sia inevitabile lo strumento penale, la più potente delle armi di cui le società dispongono per contrastare le minacce che le coinvolgono, dubbi sorgono per le metamorfosi che ne derivano per il sistema penale moderno: il “diritto penale costituzionalmente orientato” sembra, infatti, cedere il passo ad un “diritto penale del nemico”<sup>3</sup>.

Non curante delle distorsioni si muove lungo questa direzione il legislatore<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> In verità già prima dell'attentato alle Torri Gemelle di New York, si erano verificati numerosi attentati terroristici in aree però lontane, spesso già luogo di guerre e scontri etnici, che non avevano perciò preoccupato particolarmente i Paesi occidentali circa il fenomeno *jihadista* e quelli che sarebbero stati i suoi sviluppi. Sul punto FABIO FASANI, *Terrorismo islamico e diritto penale*, Cedam, Padova, 2016, pp. 1 ss.

<sup>2</sup> In argomento v. GIOVANNI FIANDACA, ENZO MUSCO, *Diritto Penale parte speciale. Delitti contro la personalità dello Stato*, Zanichelli Editore, sesta edizione 2009, pp. 5 ss.

<sup>3</sup> La tesi di una differenziazione del diritto penale, attraverso l'istituzione di un “diritto penale del nemico”, accanto al “diritto penale del cittadino”, è stata avanzata da GUNTHER JAKOBS, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, in *ZStW* 97, 1985, pp. 751 ss.

<sup>4</sup> Le figure di reato, figlie della c.d. legislazione “d'emergenza”, lungi dall'essere espressione di una politica criminale moderna e razionale, ispirata ai valori costituzionali, assolvono, il più delle volte, anticipando notevolmente la soglia della tutela penale, ad una funzione “simbolico-espressiva”: lo Stato, più che accertare la responsabilità del reo per l'offesa arrecata agli interessi protetti, intende innanzitutto rassicurare la collettività circa la volontà politica di combattere efficacemente il terrorismo.

E non è il solo. Come si dimostrerà con l'analisi della sentenza in commento, il paradigma del "diritto penale del nemico" sembra suggestionare anche chi delle leggi e dei principi dovrebbe essere "custode": il giudice, come nel caso in esame, può contribuire, in nome della sicurezza collettiva, a flessibilizzare i valori su sui si è faticosamente fondato il diritto penale "dei moderni" oltre che il significato più profondo della democrazia politica, quale la libertà di manifestazione del pensiero<sup>5</sup>.

## 2. I fatti

"Voglio incontrare Dio, madre nascondi le lacrime, Adhan chiama alla Jibad". Questa è solo una delle diverse frasi di tale calibro, accompagnate da fotografie, lunghi brani di discorsi di autorità religiose e videoregistrazioni afferenti il conflitto bellico in corso di svolgimento sul territorio sirio-iracheno, postate sul *social network Facebook*, che hanno costato una misura di custodia cautelare in carcere. L'ordinanza era stata disposta perché il soggetto era ritenuto gravemente indiziato del reato di cui all'art. 414 comma 4 c.p. per aver pubblicamente, attraverso la diffusione sulla rete *Internet*, fatto apologia dello Stato Islamico, associazione con finalità di terrorismo internazionale (delitto previsto dall'art. 270 *bis* c.p.).

Tuttavia, a seguito di gravame *ex art.* 309 c.p.p. il Tribunale del Riesame annullava l'ordinanza custodiale, ritenendo le videoregistrazioni postate su *Facebook*, spesso mediante la sola opzione "like", a valenza attinente esclusivamente la confessione religiosa professata dall'indagato.

Interviene la I Sezione della Corte di Cassazione con sentenza 24103/2017 che annullava l'ordinanza del Tribunale della Libertà rinviando al medesimo per un nuovo esame degli elementi probatori. Si accoglieva il ricorso presentato dal P.M., capovolgendo il giudizio operato dal Riesame sulle videoregistrazioni postate sul *social*. Queste ultime, diffuse su un sito *Internet* privo di vincoli di accesso, avevano una "chiara portata apologetica" giacché il richiamo al conflitto bellico in corso di svolgimento sul territorio sirio-iracheno in esse contenute era un "idoneo riferimento" all'*Isis*, protagonista non certo secondario di tale guerra e presupponeva il richiamo alla *jihad* islamica, "fonte di ispirazione delle azioni militari dello Stato islamico e collante del terrorismo islamico su scala internazionale".

Senonché, il Riesame, in sede di rinvio, nonostante il *dictum* della Cassazione, annullava nuovamente l'ordinanza disposta dal G.I.P. E' stato in particolare osservato che il mero richiamo alla *jihad*, data la pluralità di gruppi religiosi che la evocano, non può essere ricondotto automaticamente all'*Isis* e dunque non è rilevante ai

---

Più precisamente la "legislazione d'emergenza" anti-terrorismo, con interventi progressivi, cerca di colpire, nell'ottica di un pan-penalismo repressivo ad ampio spettro, ogni atto anche solo prodromico all'attività di terrorismo. In questa direzione: il delitto di associazione con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine pubblico (art. 270 *bis* c.p.), che, se pur introdotto con la l. 6.2.1980, n. 15 dal legislatore repubblicano per fronteggiare il fenomeno terroristico che imperversava durante la fine degli anni '70, è stato integralmente riscritto dal d.l. 18.10.2001, n. 374, conv. in l. 15.12.2001, n. 438 (disposizioni urgenti per contrastare il terrorismo internazionale), sulla spinta della diffusa sensazione di insicurezza collettiva generata dalla strage dell'11 settembre 2001.

<sup>5</sup> Sul rapporto tra diritto penale e democrazia all'interno della cultura giuridica occidentale contemporanea caratterizzata da radicali cambiamenti cfr. ANTONELLA MERLI, *Democrazia e diritto penale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, pp. 8 ss.

fini apologetici; inoltre, per escludere la configurabilità dell'art. 414, 4 comma c.p., l'ordinanza ridimensionava la portata offensiva dei video incriminati sul rilievo della breve durata – undici giorni – della loro condivisione sul profilo *Facebook* oltre che della circostanza per cui, come già detto, uno dei video sarebbe stato diffuso con la sola opzione “mi piace”.

La Corte di Cassazione penale, con la sentenza n. 55418 del 25 settembre 2017, qui in commento, s'innestava nell'ambito del procedimento cautelare in questione in risposta al ricorso presentato, ancora una volta, dal Procuratore della Repubblica di Brescia. Ricorso che il Supremo Collegio ritiene fondato. Gli elementi invocati dal Riesame non sono, a giudizio della Corte, “assolutamente idonei a ridurre la portata apologetica della condotta, attesa la comunque immodificata funzione propalatrice di condizionamento delle coscienze svolta in tale delicata materia dal *social network Facebook*”. Il Riesame, inoltre, secondo gli Ermellini, non aveva tenuto conto dei contatti dell'indagato con altri soggetti già indagati per terrorismo islamico; e per di più, negando la connotazione terroristica della guerra santa citata dai video diffusi in rete e ritenendo vago e non idoneo a configurare apologia dell'*Isis* il richiamo alla *jihad* ivi contenuto, aveva disatteso il principio di diritto enunciato dalla sentenza 24103/2017. Annullata nuovamente, dunque, l'ordinanza impugnata con rinvio, per nuovo esame, al Tribunale della Libertà.

### 3. Le questioni giuridicamente rilevanti

Nonostante la sommarietà di giudizio imposta dalla funzione cautelare, diverse e interessanti sono le questioni giuridicamente rilevanti afferenti il diritto penale sostanziale che la sentenza in commento solleva e su cui ci si soffermerà.

Innanzitutto, il reato contestato è un delitto d'apologia; ciò pone il problema, affrontato dalla Corte anche in questa sentenza, dell'“eterno conflitto” tra incriminazione dell'“opinione” e principi penalistici di materialità e offensività, essendo il bilanciamento in questo settore assai delicato dato che è in gioco una libertà fondamentale come quella di manifestazione del pensiero.

In secondo luogo viene in rilievo la questione della corretta configurazione nel caso di specie del delitto apologizzato: “associazione con finalità di terrorismo”. Da qui, la questione della problematicità dell'innesto in sede giudiziale di due fattispecie delittuose a tutela anticipata: apologia e reato associativo. In che misura ciò è compatibile con il diritto penale del fatto offensivo delineato dalla nostra Costituzione?

Altro aspetto su cui si concentra la sentenza in commento è quello relativo al carattere pubblico della condotta, necessario affinché sia integrata l'apologia punibile *ex art. 414* comma 3 e 4, c.p. Anche questo tema, estremamente attuale dato il ruolo catalizzatore svolto dal *web*, divenuto il canale principale usato dai terroristi, merita ulteriori approfondimenti.

### 4. Apologia lecita o illecita? Banco di prova per offensività e libera manifestazione del pensiero

Il delitto per il quale l'imputato è stato ritenuto gravemente indiziato, al punto da legittimare una misura coercitiva limitativa della sua libertà personale, è quello

di apologia. Si tratta di reato che, scaturendo da un atto di manifestazione del pensiero, è *species* del più ampio *genus* dei c.d. “delitti di opinione”<sup>6</sup>, dei quali – prova ne è la sentenza in commento – condivide l’anima intrinsecamente problematica.

Questa categoria di reati, definita da autorevole dottrina “ad alto tasso di problematicità teorica”<sup>7</sup>, non ha mai visto sopire su di sé le “luci dei riflettori”, tanto è vero che le recenti vicende legislative<sup>8</sup> e giurisprudenziali – la sentenza che si annota è solo una fra le tante pronunciate in questa materia<sup>9</sup> – ne hanno riportato alla ribalta, seppure in chiave moderna, il tema.

Se la radice storica, della quale gli odierni “reati di opinione” sarebbero versione moderna e aggiornata, è riconoscibile nel temibile *crimen laesae maiestatis*<sup>10</sup>, istituto proteiforme che, dal diritto romano per lungo tempo, è stato assunto a fondamento di tutte le feroci persecuzioni che, in nome della ragion di stato, hanno immolato i più sacri diritti dell’individualità umana, vi è da dire che il ricorso a figure incriminatrici d’opinione non è mai stato abbandonato nel nostro ordinamento<sup>11</sup>: un secolo e più di legislazione penale documenta, invero, la sostanziale continuità della nostra tradizione legislativa in incriminazioni di tal genere, strettamente connesse, a partire dai codici del 1800, con la configurazione che assumono i delitti contro lo Stato<sup>12</sup>.

---

<sup>6</sup> V. ALESSANDRO SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pp. 689 ss, che sottolinea che la denominazione sarebbe impropria, in quanto anche per queste particolari figure criminose non potrebbe negarsi l’esistenza di una condotta esterna. Non s’incrimina, infatti, un mero atto di pensiero, come suggerirebbe la lettera della locuzione; ma occorre la manifestazione/espressione di un certo contenuto di pensiero. Perciò si propone di sostituire la denominazione, per una maggiore aderenza alle modalità esecutive del comportamento, con quella di “reati di espressione”. In questi termini, cfr.: ALFONSO DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero. Linee di riflessione teorica e profili di un diritto comparato come premesse a uno studio sui reati di opinione*, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 17 ss.; GIULIANO MARINI *Lineamenti del sistema penale*, Utet, Torino, 1993, p. 240.

<sup>7</sup> V. CARLO FIORE, *I reati di opinione*, Cedam, Padova, 1972, pp. 54 ss. Per contro ALFONSO DI GIOVINE, *op. cit.*, 6 ss, riconosce al tema una modesta incidenza sulla dinamica reale dell’organizzazione del consenso e del dissenso in una società di massa.

<sup>8</sup> Oltre alla già citata legislazione anti-terrorismo che ha – da ultimo – introdotto due aggravanti in materia di terrorismo nell’art. 414, 4 comma c.p., significativa è la legge n. 115 del 16 giugno 2016 che inserisce un nuovo comma 3 *bis* nella legge n. 654 del 1975 avente ad oggetto il c.d. “negazionismo”, punito con la pena della reclusione da due a sei anni. Sul punto v. ANGELO SALVATORE SCOTTO ROSATO, *Osservazioni critiche sul nuovo reato di negazionismo*, in *Dir. pen. contemp.*, 10 gennaio 2017; EMANUELA FRONZA, *Criminalizzazione del dissenso o tutela del consenso. Profili critici del negazionismo come reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, pp. 653 ss.

<sup>9</sup> A titolo meramente esemplificativo si vedano: Cass. pen. sez. I, sent. 6.10.2015 n. 47489 (che si approfondirà nei paragrafi finali) e Cass. pen. sez. I, sent. 28.6.2016 n. 31249.

<sup>10</sup> Sulla storia e l’evoluzione di tale istituto cfr. ENRICO PESSINA, *Elementi di diritto penale*, vol. III, Napoli, 1885, pp. 10 ss, dove si leggono parole severe nei confronti di quella che l’Autore definisce una “terribile costruzione”. Cfr. pure, MARIO SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 342.

<sup>11</sup> Tant’è che si legge in CARLO FIORE, *op. cit.*, p. 17: “la dottrina finisce ben presto per prendere atto che l’abolizione dei reati di lesa maestà, ufficialmente salutata come ripudio definitivo di un passato ormai sepolto, era stata, poco più che una lustra”.

<sup>12</sup> V. GIUSEPPE BETTIOL, *Sui limiti penalistici alla libertà di manifestazione del pensiero*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1965, p. 13 ss, che sottolinea il timore, con il primo stabilizzarsi degli ordinamenti liberali,



Chiaramente, questa tendenza si accentua durante il regime fascista: così, il nostro attuale codice penale del 1930, in coerenza con la sua impostazione potestativa e autoritaria<sup>13</sup>, ci ha consegnato – in particolare nella Parte speciale al Titolo I (artt. 266 e 302) e al Titolo V (artt. 414 e 415 c.p.) riguardanti beni giuridici politicamente sensibili come la personalità dello Stato (*alias* sicurezza pubblica) o l'ordine pubblico – diverse fattispecie d'opinione, espressione della volontà dei compilatori di contrastare anche penalmente il dissenso politico-ideologico<sup>14</sup>.

È l'entrata in vigore della Costituzione nel 1948 a mettere in crisi la permanenza dei reati di opinione nel sistema. Essi, da un lato, segnano una vistosa "aporìa" interna all'ordinamento giuridico moderno<sup>15</sup> fondato sul riconoscimento dell'autonomia politica individuale che poggia proprio sul diritto di ogni persona di manifestare liberamente il proprio pensiero, sancito, come noto, dall'art. 21 Cost<sup>16</sup>. D'altro lato, si scontrano con i capisaldi propriamente penalistici su cui la Costituzione ha costruito il sistema criminale moderno come *magna Charta libertatum* del reo. A vacillare cioè sono materialità e offensività che, spostando il disvalore penale dall'autore al fatto materiale offensivo<sup>17</sup>, conseguentemente rifiutano qualsiasi modello di diritto penale a base soggettivistica della pericolosità e della sufficienza della esplicitazione della volontà colpevole, di cui i reati di opinione sono senza dubbio figli.

La questione fondamentale diventa questa: la legittimità costituzionale del bilanciamento, sotteso ad ogni reato d'opinione, tra libertà compresse – non solo quella personale di cui all'art. 13 Cost., sacrificata da qualsiasi disposizione incriminatrice, ma anche quella fondamentale di manifestazione del pensiero – e ragioni per le quali le si comprime<sup>18</sup>. Per questi motivi, riserve critiche sono sollevate quando, come nel caso dell'apologia, tale operazione si innesta su beni vaghi e indeterminati, di consistenza decisamente impalpabile, come l'ordine pubblico o la "personalità dello Stato"<sup>19</sup>.

Ciò nonostante, come è noto, a partire dagli anni sessanta la Corte Costituzio-

---

che uno spregiudicato esercizio della libertà d'espressione possa travolgere anche le basi attuali del potere politico, appena attestato sui difficili equilibri dell'ordinamento parlamentare.

<sup>13</sup> Visione ben compendiata da Hobbes nel noto brocardo *auctoritas non veritas facit legem*.

<sup>14</sup> Questi possono essere divisi in ragione della particolare modalità di descrizione della condotta in: vilipendio (artt. 290-292 c.p.), istigazione e apologia (artt. 266, 302, 303, 414, 415 c.p.), propaganda (272 c.p.), diffusione di voci o notizie (265, 269, 659 c.p.).

<sup>15</sup> La contraddizione era già segnalata più di centocinquanta anni fa in riferimento al sistema britannico da JOHN STUART MILL, *Saggio sulla libertà*, trad. it. della quarta edizione a cura di GIOVANNI MOLLIKA, Giuffrè, Milano, 2000, 105 ss.

<sup>16</sup> Ma la libertà di manifestare il proprio pensiero è riconosciuta anche dall'art. 10 CEDU e dall'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

<sup>17</sup> Per riflessioni su la connotazione del nostro diritto penale costituzionale come un diritto penale del fatto offensivo, tra gli altri, GIOVANNI FIANDACA, ENZO MUSCO, *Diritto Penale. Parte generale*, cit., p. 376.

<sup>18</sup> In questo senso ALESSANDRO SPENA, *op. cit.*, pp. 712 ss.

<sup>19</sup> Cfr. FRANCESCO ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 144 secondo cui si tratta di "pseudo beni giuridici" la cui lesione, posta su un piano meramente ideale o, comunque, d'inquietante vaghezza, non è empiricamente verificabile e quindi risulta giudizialmente manipolabile. In questa prospettiva anche SERGIO MOCCIA, *Ordine pubblico (disposizioni a tutela del)*, in *Enc. Dir.*, XXII, Roma, 1990, pp. 1 ss. che riprende la definizione di ordine pubblico come "ripostiglio di concetti" data da Karl Binding.

nale, con diverse sentenze “interpretative di rigetto”<sup>20</sup>, ha sempre salvato i reati di opinione dal conflitto con l’art. 21 della Costituzione, pur minacciato da autorevole dottrina<sup>21</sup>.

La strada suggerita, che trova la sua “pietra miliare” nell’arresto della Corte Costituzionale n. 65 del 1970<sup>22</sup>, proprio in riferimento all’apologia, è quella di interpretare le principali fattispecie in esame in chiave costituzionale facendo leva sul principio di offensività nella sua accezione in concreto<sup>23</sup>. Ne deriva una manipolazione della tipicità di tali ipotesi delittuose che, corroborate dal requisito oggettivo dell’idoneità, previsto dall’art. 56 c.p. per la forma ordinaria di anticipazione della tutela penale, sono trasformate da reati legislativamente configurati a pericolo presunto in reati a pericolo concreto da accertare dal giudice caso per caso.

È chiaro che la selezione del tipo di condotta rilevante spetterà, con conseguenze, come si vedrà, evidentemente problematiche, all’interprete (ovvero al giudice di merito). Per non collidere con la norma costituzionale l’apologia punibile – il discorso vale per qualsiasi altra fattispecie “di opinione” a consumazione anticipata – va letta, con una sorta di *abolitio criminis* della originaria fattispecie, alla stregua di un’“istigazione indiretta”: non sarà la mera esaltazione di un reato ma quella che sia “concretamente idonea a provocare la commissione di delitti”<sup>24</sup>.

A conclusioni analoghe è giunta, altresì, la Corte Europea dei diritti dell’uomo, chiamata in diverse occasioni a valutare la compatibilità delle fattispecie di apologia, ancora oggi presenti in larga parte degli Stati Europei, con la libertà di espressione riconosciuta dall’art. 10 CEDU<sup>25</sup>.

Nella scia di questa (ri)lettura costituzionalmente/convenzionalmente orientata dei reati di opinione sembra(va) essersi mosso anche il nostro legislatore con la novella n. 85 del 2006<sup>26</sup>. Sennonchè, nonostante i buoni propositi, gli esiti dell’intervento sono stati per più versi contraddittori e insoddisfacenti, giacchè, ignorandosi del tutto fattispecie come l’apologia di delitto, non si è riusciti a mettere alle spalle la repressione penale del dissenso politico, religioso, culturale, sociale.

A ciò si aggiunga che, quasi contestualmente, nel 2005, è stata, addirittura, ampliata l’operatività dell’art. 414 c.p. prevedendosi inasprimenti di pena rispetto alla istigazione e all’apologia a commettere reati con finalità di terrorismo. Le pene sono

---

<sup>20</sup> V. Corte Cost., sentenze nn. 87/1966, 84/1969, 16/1973, 65/1970, 108/1974.

<sup>21</sup> Per l’incostituzionalità dei reati di opinione v. CARLO FIORE, *op. cit.*

<sup>22</sup> V. Corte Cost., sentenza n. 65 del 1970. Il provvedimento in esame si può apprezzare in nota di G. BOGNETTI, *Apologia di delitto punibile*, cit., 1971, 18.

<sup>23</sup> Il duplice ruolo, in astratto e in concreto, del principio di offensività che troverebbe appoggio normativo all’art. 49, 2 comma c.p., è da qualche tempo riconosciuto e ribadito, sulle spinte della dottrina, anche dalla Corte Costituzionale. Cfr. in questi termini, *ex multis*, Corte cost. n. 265/2005.

<sup>24</sup> Corte di Cassazione, Sez. I, n. 11578, 17 novembre 1997, Gizzo; Corte di Cassazione, Sez. I, n. 8779, 5 maggio 1999, Oste. Questa impostazione sembra essere condivisa anche dalla pronunce della giurisprudenza di legittimità più recenti: Corte di Cassazione, Sez. I, n. 47489, 6 ottobre 2015.

<sup>25</sup> In questo senso cfr. EMANUELE NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 209 ss. A giudizio delle Corte le condotte devono presentare un carattere di pericolosità per interessi pubblici significativi tali da essere direttamente o indirettamente prodromiche o favorevoli alla realizzazione di attività criminali.

<sup>26</sup> Per un autorevole commento cfr. TULLIO PADOVANI, *Un intervento normativo sCOORDINATO che investe anche i delitti contro lo Stato*, in *Guida al diritto* n. 14/2006, pp. 23 ss.

state ulteriormente ritoccate al rialzo nel 2015 nel caso in cui i fatti siano commessi con strumenti telematici in ragione della particolare diffusività e conseguente insidiosità di tali mezzi<sup>27</sup>.

Ecco che – e ciò è particolarmente interessante ai fini della nostra indagine – i reati di opinione prendono “nuova vita”, diventando l’arma privilegiata per combattere – non importa se solo in chiave simbolica – il nemico/terrorista.

#### 4.1. Tra pericolo presunto e pericolo concreto (implicito) nella lotta al terrorista

Questa breve – ma necessaria – ricostruzione cerca di dar conto della cifra problematica complessivamente riconoscibile alla tematica, non nuova alla dottrina e alla giurisprudenza e su cui si inserisce la sentenza in commento<sup>28</sup>. Seppure nei limiti del giudizio cautelare, infatti, la Corte di Cassazione, nel caso in esame, cerca, di illustrare i criteri per distinguere la condotta di mera manifestazione del pensiero, che poteva ritenersi lecita, da quella di pubblica apologia, diretta e idonea alla violazione delle leggi penali, aderendo, almeno in linea di astratta dichiarazione di principio, alla posizione della Corte Costituzionale.

Si sostiene, infatti, che per integrare il delitto di cui all’art 414, comma 3, c.p. non basta “l’esternazione di un giudizio positivo su un episodio criminoso, per quanto odioso e riprovevole possa apparire alla generalità delle persone dotate di sensibilità umana” ma occorre che il comportamento dell’agente sia “per il suo contenuto intrinseco, per la condizione personale dell’autore e per le circostanze di fatto in cui si esplica”, tale da determinare il “rischio, non teorico ma effettivo, della consumazione di altri reati” e, specificamente, di reati lesivi di interessi omologhi a quelli offesi dal crimine esaltato.

Partendo da queste premesse di principio, la Corte ha concluso per la contraddittorietà e manifesta illogicità della motivazione del giudizio del Riesame<sup>29</sup>. Quest’ul-

---

<sup>27</sup> Il riferimento è al d.l. 27 luglio 2005, n. 144, convertito nella l. 31 luglio 2005, n. 155 ed al d.l. 18 febbraio 2015, n. 7 convertito nella l. 17 aprile 2015, n. 43. È evidente che entrambe le aggravanti, frutto delle indicazioni di anticipazione della soglie della tutela e di innalzamento del rigore sanzionatorio provenienti dalle istituzioni europee, incidono su fatti già penalmente rilevanti ai sensi dell’art. 414, comma 1 e 3, c.p. e, con specifico riguardo ai soli delitti contro la personalità dello Stato, dell’art. 302 c.p. che punisce anche l’istigazione privata, cioè diretta a una o più persone determinate: l’aumento sanzionatorio ha perciò valore pressoché simbolico, data la possibilità di essere vanificato dal giudizio di bilanciamento ex art. 69 c.p. Cfr. MARCO PELLISSERO, *Reati contro la personalità dello Stato e contro l’ordine pubblico*, in AA.VV., *Trattato teorico pratico di diritto penale*, FRANCESCO PALAZZO, CARLO ENRICO PALIERO (a cura di), IV, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 185 ss.

<sup>28</sup> Per una ricostruzione degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali sul tema dei rapporti tra libertà di espressione e apologia di delitto, *ex plurimius*, FRANCESCO SCHIAFFO, *Istigazione e apologia nei delitti contro l’ordine pubblico*, in AA.VV., *Delitti contro l’ordine pubblico*, SERGIO MOCCIA (a cura di), ESI, Napoli, 2007, pp. 152 ss.; DOMENICO PULITANÒ, *Libertà di manifestazione del pensiero, delitti contro la personalità dello Stato e contro l’ordine pubblico (art. 21 Cost.)*, in AA.VV., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, GIULIANO VASSALLI (a cura di), Jovene, Napoli, 2006, pp. 239 ss.

<sup>29</sup> È accolta la censura lamentata dal Procuratore ricorrente e conseguentemente è annullata l’ordinanza impugnata – che ha violato il principio di diritto enunciato dalla Corte con sentenza n. 24103/2017 – con rinvio, per nuovo esame, al Tribunale di Brescia in diversa composizione. Deve infatti ricordarsi che l’accertamento del pericolo concreto dell’apologia è riservato al giudice di merito ed è incensurabile

timo aveva ritenuto le videoregistrazioni postate dall'imputato, che si limitavano a diffondere informazioni sull'interpretazione coranica del ruolo di combattenti svolto dagli adepti di fede musulmana, a valenza meramente ideologica, non essendo sufficiente a giustificare l'apologia di delitto un giudizio complessivo sulle posizioni religiose di un soggetto. La V Sezione della Corte di Cassazione, richiamando il *dictum* della sentenza n. 24103 del 2017, disatteso dal Riesame, opta, invece, per la natura intrinsecamente apologetica dei *post*.

Sennonché, analizzando l'approccio della Cassazione, tale conclusione non appare del tutto coerente con l'affermazione di principio da cui la Corte era pur sembrata – correttamente – partire. Invero, il Supremo Collegio si accontenta di presunzioni per l'accertamento – devoluto a un nuovo giudizio del tribunale – del pericolo concreto.

Dal punto di vista “contenutistico” si ritiene sufficiente il richiamo al conflitto bellico in corso di svolgimento sul territorio sirio-iracheno presente nei video. Esso sarebbe un “idoneo riferimento” all'*Isis*, “protagonista non certo secondario di tale guerra” e presupporrebbe il richiamo alla *jihad* islamica, “fonte di ispirazione delle azioni militari dello Stato islamico e collante del terrorismo islamico su scala internazionale”<sup>30</sup>. Completamente *bypassate* le valutazioni espresse sul punto dal Riesame che aveva, al contrario, rilevato come il mero riferirsi alla guerra santa non fosse in grado di ricondurre allo Stato islamico, essendo questo solo una delle parti belligeranti.

Sotto il profilo della “modalità comunicativa” si afferma apoditticamente che la breve durata della condivisione dei video e la circostanza che uno di questi sarebbe stato diffuso con la sola opzione “*like*” non sarebbero idonei a ridurre la portata offensiva della condotta, attesa la “funzione propalatrice” svolta in tale contesto dal *social network Facebook*. Assorbente nella valutazione sul pericolo, che la Corte rinvia al nuovo giudizio del Riesame, risulta il ruolo catalizzatore del *web*, canale principale usato dai terroristi per diffondere propaganda.

Altro aspetto a cui la Corte attribuisce valore preminente nell'accertamento del reato è la “condizione personale dell'autore”, segnata, nel caso di specie, da contatti con altri soggetti già indagati per terrorismo islamico. E ciò, confermando la sua natura di fattispecie soggettivamente pregnante<sup>31</sup>, sarebbe sufficiente a integrare gli estremi del delitto di cui all'art. 414, 3 e 4 comma c.p., erroneamente – a giudizio degli Ermellini – ritenuto insussistente dal Giudice della Libertà.

L'impressione è che quello che è chiamato formalmente pericolo concreto assomigli molto nella sostanza al pericolo presunto. Il principale limite della lettura costituzionalmente orientata che di questi reati ha offerto la Corte Costituziona-

---

in sede di legittimità se correttamente motivato. In tal senso Corte di Cassazione, sez. I, n. 25833, 23 aprile 2012, Testi, Rv. 253101.

<sup>30</sup> Più precisamente la Cassazione evidenzia, coerentemente con quanto già affermato in Corte di cassazione, sez. I, n. 31389, 11 giugno 2008, Rv. 241174, che “l'ideologia della *Jihad* secondo la logica della contrapposizione fedele/infedele, verità/menzogna, giustizia/ingiustizia, legittimi l'impiego dei cc.dd. *kamikaze*, persone disposte a sacrificare la propria vita e quella degli altri per “la causa”, ponendo in atto condotte che, ad un tempo, sono atti di violenza *in incertam personam* e forme di comunicazione e di “ammonimento verso i superstiti”

<sup>31</sup> Cfr. GIANCARLO DE VERO, voce *Istigazione a delinquere e a disobbedire alle leggi*, Dig. disc. Pen., Torino, 1993, p. 299.

le (ri)emerge con la rivitalizzazione di tali delitti dovuta al drastico incremento di magnificazione pubblica della causa terroristica, facendo scivolare verso logiche di diritto penale “del tipo d’autore”<sup>32</sup>.

Invero, l’impostazione del pericolo concreto (implicito), dissimulando una pila-tesca deresponsabilizzazione del legislatore, fa gravare la tenuta del sistema penale costituzionalmente orientato sulla discrezionalità dell’interprete (giudice di merito) che, pur in assenza di un pericolo normativamente previsto, dovrà selezionare il tipo di condotta rilevante, considerando punibile solo quella da cui consegue un certo tipo di pericolo.

Ora, quando si tratta di reati di apologia, le difficoltà attengono non solo all’accertamento di tale requisito, date le divergenze, dovute anche alla mancanza di plausibili canoni di verificabilità, che si registrano sul suo significato. Questo già renderebbe ampio il potere decisionale giudiziale. Tuttavia, il quadro si complica ulteriormente, poiché l’oggetto dell’analisi non è un singolo fenomeno naturalistico, ma l’intera realtà socio-politica: si abbandona perciò il terreno della casualità materiale e si approda su quello della causalità psicologica, sicché per accertare il pericolo le migliori scienze ed esperienze non sono più quelle esatte, ma le discipline sociali, quali la storia, la psicologia, la sociologia, la scienza dell’organizzazione, inevitabilmente esposte al soggettivismo<sup>33</sup>.

Tra l’altro un rigoroso accertamento del pericolo concreto condannerebbe nella sostanza queste figure ad una totale inutilità: è estremamente inverosimile che un’isolata condotta di apologia, in condizioni di normalità della vita civile dello Stato, possa addirittura comportare pericolo per la sicurezza dello Stato, o per la sua tenuta democratica.

Insomma, nulla assicura che il pericolo concreto, voluto dalla Corte costituzionale e dalla Corte Edu per scongiurare l’incostituzionalità di tali fattispecie, sia davvero oggetto di indagine da parte dei giudici e non solo di un’apodittica adesione nominalistica. Non sempre, infatti, è agevole la distinzione<sup>34</sup>: nonostante le affermazioni di principio, la giurisprudenza, con esegesi politico-pratiche grandemente eterogenee e poco compatibili con il principio di tassatività della fattispecie<sup>35</sup>, sembra spesso disattendere le impostazioni garantiste e cedere a logiche di pericolo presunto, specie se, come nel caso in esame e come sempre più spesso accade, in gioco vi è la protezione della sicurezza collettiva minacciata dall’allarme terroristico.

---

<sup>32</sup> Dubitano della selettività del requisito del pericolo concreto nei reati di apologia e più in generale nei reati di opinione, *ex multis*, MARCO PELLISSERO, *La parola pericolosa. Il confine incerto del controllo penale del dissenso*, in *Quest. Giust.*, 2015, 4, 39; FRANCESCO VIGANÒ, *Il contrasto al terrorismo di matrice islamico-fondamentalista: il diritto penale sostanziale*, in *Terrorismo internazionale e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 155.

<sup>33</sup> V. FEDERICO STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 1222 ss dove viene affrontata la problematica causale con riguardo a tutti gli accadimenti e viene fatto un particolare riferimento alle scienze sociali.

<sup>34</sup> In dottrina sul punto cfr. COSTANTINO VISCONTI, *Istigazione a delinquere*, in ALBERTO CADOPPI, ADELMO MANNA, STEFANO CANESTRARI, MICHELE PAPA (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, Utet, Torino, 2008, III, pp. 1042 ss.

<sup>35</sup> Cfr. GABRIO FORTI, SERGIO SEMINARA, GIUSEPPE ZUCCALÀ, *Commentario breve al codice penale*, Cedam, Padova, 2017, pp. 1555 ss.

## 5. Apologia e delitti associativi: doppia anticipazione della tutela penale

Appurato, nonostante le criticità evidenziate, che per la Cassazione la condotta incriminata non è “mera manifestazione del pensiero”, occorre spostare l’attenzione sul delitto apologizzato. Sul punto va detto che per quanto riguarda la specifica configurabilità della condotta criminosa d’apologia è necessario, quale elemento essenziale richiesto dalla norma, che essa sia riferita a uno o più delitti normativamente previsti dovendosi escludere la rilevanza penale di una generica illiceità del fatto apologizzato<sup>36</sup>.

Nel caso in esame oggetto di apologia è il delitto di “associazione con finalità di terrorismo (anche internazionale)” previsto dall’art. 270 *bis* c.p. Con esso, nell’ottica di arginare gli attacchi terroristici mediante uno strumento operativo più adeguato di quello delle associazioni sovversive di cui all’art. 270 c.p., si punisce chi promuove, costituisce, organizza, dirige o partecipa ad associazioni che si propongono di realizzare con atti di violenza la finalità di terrorismo, dal 2005 descritta, in termini oggettivizzati, nel nuovo art. 270 *sexies* c.p.<sup>37</sup>.

Più precisamente, la Corte di Cassazione, coerentemente con il principio di diritto espresso in precedenti sentenze e confermando l’anticipazione della tutela congenita all’art. 270 *bis* c.p., considera che le consorterie di ispirazione *jihadista* operanti su scala internazionale abbiano natura di organizzazioni terroristiche<sup>38</sup>. Ne deriva che le singole videoregistrazioni diffuse dall’imputato su *Facebook* hanno carattere apologetico e propagandistico dello Stato Islamico.

La possibilità che il reato di apologia si saldi a un’ipotesi delittuosa associativa e, quindi, anche al delitto di associazione con finalità di terrorismo è, per i Giudici di legittimità, “dato ermeneutico incontrovertito”, riprendendosi l’argomentazione secondo cui nell’apologia “il pericolo concreto può concernere non solo la commissione di specifici atti di terrorismo, ma anche, la partecipazione di taluno ad un’associazione di questo tipo”<sup>39</sup>.

In realtà, l’innesto giudiziale tra le due fattispecie criminose, premessa logico-giuridica dell’applicabilità dell’art. 414 c.p. al caso di specie, sarebbe bisognoso di

---

<sup>36</sup> V. GIOVANNI FIANDACA-ENZO MUSCO, *Diritto Penale parte speciale. Delitti contro la personalità dello Stato*, cit., pp. 345 ss. Non è necessario che il fatto apologizzato abbia assunto una precisa qualificazione attraverso la specificazione del “*nomen juris*”, ma è sufficiente che esso contenga i presupposti che consentano il suo inquadramento in uno o più tipi di delitti previsti dall’ordinamento penale. Sul punto cfr. anche Corte di Cassazione, Sez. II, n. 822 del 1961.

<sup>37</sup> Per una ricostruzione dei profili sistematici del reato previsto dall’art. 270 *bis* c.p. cfr. FABIO FASANI, *op. cit.*, pp. 164 ss.

<sup>38</sup> Si tratta del principio di diritto affermato dalla Cassazione non solo nella già menzionata sentenza n. 24103/2017, in riferimento alla medesima vicenda di cui si sta trattando, ma anche in altre pronunce precedenti. Cfr. sul punto, Corte di Cassazione, sez. V, n. 2651, 8 ottobre 2015, *Nasar Osama*, Rv. 265925; Corte di Cassazione, sez. V, n. 48001, 4 luglio 2016, *Hosini*, Rv. 268164. Si sostiene che “l’ideologia della *Jihad* secondo la logica della contrapposizione fedele/infedele, verità/menzogna, giustizia/ingiustizia, legittimi l’impiego dei cc.dd. *kamikaze*, persone disposte a sacrificare la propria vita e quella degli altri per “la causa”, ponendo in atto condotte che, ad un tempo, sono atti di violenza in *incertam personam* e forme di comunicazione e di “ammonimento verso i superstiti”.

<sup>39</sup> Corte di Cassazione, sez. I, n. 265264, 6 ottobre 2015, *Halili*, Rv. 265264.

maggiore approfondimento<sup>40</sup>. Già è stata messa in luce l'incompatibilità del reato di apologia con il fondamentale principio di offensività, scongiurata – almeno in parte – dalla lettura costituzionalmente orientata proposta dal Giudice delle leggi. Problemi analoghi si pongono anche in riferimento ai delitti associativi – almeno quelli cc.dd. “puri” a dolo specifico d’offesa<sup>41</sup> – con i quali si registra un sensibile arretramento della tutela penale ed una conseguente erosione dell’effettiva offesa del bene protetto.

In particolare, l’associazione con finalità di terrorismo, in rilievo nel caso in esame, è costantemente qualificata dalla giurisprudenza come reato di pericolo presunto, integrato dalla presenza di una struttura organizzativa anche rudimentale, con grado di effettività tale da rendere possibile l’attuazione del programma criminoso, senza che sia richiesto l’inizio dell’esecuzione dell’attività programmata<sup>42</sup>. Tanto è vero che si parla dell’art. 270 *bis* c.p. come “reato grimaldello” capace, infrangendo il paradigma garantista, di assicurare l’opinione pubblica circa la tenuta del sistema di fronte a forme di estremismo e di criminalità che spaventano per la loro “aberrante impostazione ideologica”<sup>43</sup>.

Se così è, applicare una fattispecie di pericolo – apologia di reato – ad un reato-fine già di per sé a tutela anticipata – partecipazione ad associazione con finalità di terrorismo – non è operazione dalla legittimità scontata, come sembra sostenere la Corte. Ragionando in questo modo, infatti, si determina una duplice anticipazione della tutela penale – triplice se si tiene conto della sede cautelare per cui il pericolo da accertare è il requisito necessario per l’applicazione della misura – di dubbia compatibilità con il principio costituzionale di offensività. Ciò, anche volendo tener conto delle peculiarità del terrorismo islamista, inevitabilmente, fa svanire la funzione politico-criminale selettiva del diritto penale moderno, incentivando, anzi, fenomeni di criminalizzazione ad ampio spettro<sup>44</sup>.

## 6. *Il web e la sua “potenzialità diffusiva” per l’ideologia jihadista*

Altra questione affrontata dalla sentenza in commento è relativa ai requisiti necessari per poter integrare la natura “pubblica” richiesta dalla fattispecie tipica di apologia di delitto<sup>45</sup>.

---

<sup>40</sup> Cfr. EDUARDO MAZZANTI, *L’adesione ideologica al terrorismo islamista tra giustizia penale e diritto dell’immigrazione*, in *Dir. pen. contemp.*, 2017 (1), 34 ss.

<sup>41</sup> In questo senso, *ex multis*, cfr. SALVATORE ALEO, *Sistema penale e criminalità organizzata. Le figure delittuose associative*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 98 ss.

<sup>42</sup> Corte di Cassazione, sez. VI, n. 25863, 8 maggio 2009; Corte di Cassazione, sez. II, n. 24994 del 25 maggio 2006.

<sup>43</sup> Così FABIO FASANI, *Terrorismo islamico*, cit., pp. 237ss. L’Autore parla di una giurisprudenza “plasmante” che, pur di giungere a giudizi di responsabilità, ha modellato il reato associativo sulla “sagoma dei nuovi gruppi estremisti”: infrangendo il paradigma ermeneutico garantista tradizionalmente elaborato in materia di reati associativi, gli elementi cardine dell’esistenza del reato in esame (associazione, partecipazione e dolo) sono stati adattati “alle forme del nemico”.

<sup>44</sup> Cfr. MARCO PELLISSERO, *La parola pericolosa*, cit., pp. 4, 39ss.

<sup>45</sup> In passato si è discusso sulla natura giuridica del requisito della natura pubblica della condotta: condizione obiettiva di punibilità o evento del reato? Oggi, posto che per essere punibile l’apologia

La Corte, riprendendo un orientamento consolidato<sup>46</sup>, espresso anche nella precedente sentenza 24103 del 2017 – avente sempre ad oggetto il caso in esame – presuppone, per la configurazione del reato di cui all’art. 414, 3 comma c.p., “la potenzialità diffusiva indefinita” della comunicazione. Ciò che rileva sono dunque le modalità con cui l’attività comunicativa è esternata che assumono connotazioni di “potenzialità diffusiva” quando sono destinate ad un numero indeterminato di soggetti e comunque non sono riconducibili ad un ambito strettamente interpersonale.

Da questa considerazione la Cassazione arriva a escludere che le comunicazioni telematiche, intercettate nel corso delle indagini preliminari e poste a base dell’ordinanza custodiale, abbiano valenza apologetica: si tratta, invero, di conversazioni e *chat* private di un *social network*, circoscritte all’ambito conoscitivo del solo ricorrente o all’interlocuzione individuale con altro soggetto e che, per queste ragioni, difettano di quella necessaria pubblicità intesa come “potenzialità diffusiva indefinita equiparabile alla stampa”.

Diverso discorso è fatto per le videoregistrazioni postate sul profilo personale *Facebook* dell’imputato. In questo caso il carattere pubblico è integrato giacché la diffusione di un messaggio o di un documento apologetico attraverso il suo inserimento sul *social network*, considerabile alla stregua di un sito *Internet* privo di vincoli di accesso, ha una “potenzialità diffusiva indefinita”. Infatti, l’art. 266, comma 4 c.p. definisce il reato avvenuto pubblicamente quando il fatto è commesso “col mezzo della stampa o con altro mezzo di propaganda” ed è evidente che un sito *Internet* a libero accesso ha una potenzialità diffusiva indefinita tale da poter essere equiparato alla stampa<sup>47</sup>.

In questo modo la Corte mostra di non sottovalutare il ruolo fondamentale svolto dai moderni strumenti di comunicazione di massa nel diffondere il radicalismo islamico, e dunque il terrorismo. *Internet* e *social media* sono difatti divenuti il principale supporto per gli affiliati/semplici sostenitori dell’*Is* al fine di reclutare nuovi seguaci, trovare finanziamenti, portare avanti azioni di propaganda e sensibilizzazione e soprattutto raccogliere e diffondere informazioni<sup>48</sup>: sfruttando la vastità del *web* e l’impossibilità di un suo controllo capillare si ottiene un’ indefinita potenzialità diffusiva del messaggio istigatorio/apologetico.

Del conseguente pericolo per la sicurezza collettiva sembra farsi carico la giurisprudenza che, come nel caso in esame, da un lato attribuisce, nell’accertamen-

---

deve concretamente porre in pericolo l’ordine pubblico pare che il “pubblicamente” debba essere reputato elemento costitutivo della fattispecie incriminatrice. In tal senso già FRANCESCO ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, P.s., II, Giuffrè, Milano, 1986, pp. 716-717.

<sup>46</sup> Cfr. Corte di Cassazione, sez. I, n. 25833, 23 aprile 2012, Testi; sez. I, n. 26907 del 5 giugno 2001, Vencato.

<sup>47</sup> Cfr. la già citata Corte di Cassazione, sez. I, n. 47489, 6 ottobre 2015, *Halili*; sez. V, n. 33179, 24 marzo 2013, Scarpino. In quest’ultima sentenza si legge che “l’attività di proselitismo ben può essere effettuata mediante i canali telematici – tra i quali occorre certamente comprendere il *social network* denominato *Facebook* – attraverso cui si mantengono i contatti tra gli aderenti o i simpatizzanti, mediante la diffusione di documenti e testi apologetici, la programmazione di azioni dimostrative, la raccolta di elargizioni economiche, la segnalazione di persone responsabili di avere operato a favore della causa propagandata”.

<sup>48</sup> In questo senso depone anche lo studio realizzato dallo UNODC, *The use of the Internet for terrorist purposes*, in [www.unodc.com](http://www.unodc.com), 2012.



to dell'apologia contestata, valore assorbente proprio alla "funzione propalatrice" svolta in tale contesto dal *social network Facebook*, dall'altro ritiene sussistente la circostanza aggravante dell'uso degli strumenti telematici ed informatici, introdotta nel 2015 e con la quale lo stesso legislatore, aderendo agli obblighi internazionali, ha dimostrato di tenere conto dell'importanza assunta da *Internet* nelle strategie dello Stato Islamico<sup>49</sup>.

### 7. La lotta della giurisprudenza al terrorismo: tra principi costituzionali e diritto penale del nemico

Gli snodi argomentativi in cui si articola la motivazione della pronuncia in commento mettono in luce la tendenza della giurisprudenza – anche quella di legittimità – a cedere sulle garanzie costituzionali su cui è stato faticosamente costruito il sistema criminale moderno, per accordare una tutela, quanto più effettiva possibile, alla "sicurezza collettiva" minacciata dal sempre più imperante allarme terroristico. Diverse le forme di distorsione ermeneutica di cui si è resa protagonista la Cassazione: dall'invocato pericolo concreto che, nella sostanza, poggiando essenzialmente sulla "condizione personale dell'agente", diventa presunto, confermando la natura di fattispecie soggettivamente pregnante dell'apologia; all'innesto, di dubbia compatibilità con il diritto penale del fatto offensivo, dell'apologia con un reato, quale quello previsto dall'art. 270 *bis* c.p., già di per sé a tutela sensibilmente anticipata; fino al ruolo assorbente ricoperto, nell'accertamento della sussistenza del delitto contestato, dal *web*, canale principale usato dai terroristi.

Letta in questa prospettiva la sentenza diventa "cartina di tornasole" delle metamorfosi che sta vivendo il diritto penale dei nostri giorni, nella sua funzione di lotta al terrorismo. Si tratta di trasformazioni profonde che investono non solo – come è noto – il profilo legislativo ma anche – e ciò è particolarmente preoccupante – quello della prassi giudiziaria<sup>50</sup>.

La giurisprudenza gioca, infatti, un ruolo fondamentale in questa partita, trovandosi impegnata nei diversi casi pratici nella delicata individuazione di quante e quali limitazioni ai diritti fondamentali della persona si possono accettare pur di conservare l'ordine pubblico e la sicurezza collettiva minacciati dal terrorismo fondamentalista. Il tutto è ulteriormente complicato dalla circostanza per cui, nel fissare l'equilibrio tra effettività e legittimità, le magistrature devono applicare le vecchie e tradizionali categorie normative, difficilmente conciliabili con un fenomeno criminale nuovo e sconosciuto nelle sue linee strutturali.

Così, accade che, come nel caso in esame, la giurisprudenza, suggestionata dalle

---

<sup>49</sup> Così CARMELO DOMENICO LEOTTA, *La repressione penale del terrorismo ad un anno dalla riforma del D.L. 18 febbraio 2015, n. 7*, in *Arch. Pen. (Web)*, 2016, 1, 6 ss.

<sup>50</sup> Ai fini della presente indagine ci si concentra sulla lotta al terrorismo che stanno compiendo le magistrature. Ampiamente sviscerata da parte della letteratura risulta l'operato del legislatore. Egli per "tenere a bada" la comunità sociale ha elevato la percezione di costante insicurezza a canone costituzionale di "necessità e di urgenza", riempiendo il codice penale e la legislazione speciale di interventi populistico-simbolici che segnano il trionfo del diritto penale della pericolosità: attraverso le più avanzate categorie dei reati di pericolo si colpiscono condotte astrattamente neutre anticipando la soglia di punibilità di fatti che divengono penalmente significativi solo per la loro correlazione a volte solo tutta psicologica e finalistica con attività di terrorismo.

drammatiche vicende succedutesi negli ultimi anni in connessione con il terrorismo *jihadista*, finisce per affievolire le garanzie costituzionali accettando la punizione di condotte contigue benché lontane – spesso di migliaia di chilometri – dal terrore e dalle attività violente.

Il rischio è tradire, anche a livello giudiziale, il diritto penale costituzionalmente orientato – *magna Charta libertatum* del reo – per accostarsi all’illiberale diritto penale del “nemico”<sup>51</sup>, in virtù del quale il terrorista non è un criminale ma un vero e proprio nemico da combattere con ogni mezzo necessario e utile, anche a costo di comprimerne i diritti fondamentali.

Questa prospettiva, propria del modello bellicistico statunitense di lotta al terrorismo, e che sembra aver ispirato le misure legislative del c.d. “anti-terrorismo” anche nei paesi occidentali, caratterizzate dal ruolo centrale attribuito alla fattispecie associativa, dalla sensibile anticipazione della tutela e dall’elevato livello sanzionatorio, collide con tutti i capisaldi del diritto penale democratico. Nel momento in cui si qualifica il reo come un nemico, è inevitabile che la pena finisca per perdere i connotati funzionali della risocializzazione e della rieducazione per assumere quelli della neutralizzazione e della segregazione, del tutto incompatibili con il disposto costituzionale dell’art. 27, 1 e 3 comma c.p.<sup>52</sup>.

D’altra parte, la ragione giuridica dello Stato di diritto non conosce nemici ed amici, ma solo colpevoli e innocenti. Dunque, una contraddizione in termini, che rappresenta, di fatto, la negazione del diritto penale, la “dissoluzione del suo ruolo e della sua intima essenza”<sup>53</sup>.

Si comprende, perciò, quanto il difficile compito del giudice diventi cruciale in questi settori dove è forte l’allarme sociale e quanto sia pericoloso scivolare verso logiche di diritto penale “d’autore”: in gioco vi è la tenuta del sistema democratico.

In proposito vi è da dire che, nonostante la tendenza generale della giurisprudenza – confermata dalla sentenza che si commenta – sia quella di accettare flessibilizzazioni dei succitati principi, in nome della tutela della sicurezza collettiva, spesso arretrando oltre i già affievoliti limiti delle disposizioni incriminatrici, non mancano pronunce che si distinguono per l’anima garantista. Degna di menzione in tal senso è la decisione – di poco precedente la sentenza in esame e sempre relativa ad un’ipotesi di “apologia dell’*Is* via *Internet*” – in cui la I Sezione della Cassazione riesce a valorizzare la capacità del sistema penale vigente di offrire efficaci risposte alla minaccia del terrorismo di matrice islamica senza rinunciare ai principi garantistici che informano il sistema penale tanto sul versante sostanziale, quanto su quello

---

<sup>51</sup> La categoria è stata elaborata da GUNTHER JAKOBS, *op. cit.* Il modello delineato dall’Autore mira a neutralizzare, con tutti i mezzi necessari, la pericolosità individuale di quei soggetti dai quali non ci si può attendere l’osservanza delle regole fondamentali della convivenza civile e si caratterizza per l’arretramento accentuato della tutela penale ad atti preparatori, per gli altissimi livelli sanzionatori e per la riduzione delle garanzie difensive. Sul punto nella dottrina italiana cfr., *ex multis*, MASSIMO DONINI, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in ROBERTO KOSTORIS – RENZO ORLANDI (a cura di), *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 19 ss; FERNANDO MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell’amico, il nemico nel diritto penale e l’amico nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pp. 646 ss.

<sup>52</sup> Cfr. FRANCESCO PALAZZO, *Contrasto al terrorismo internazionale, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Quest. Giust.*, 2006, pp. 676 ss.

<sup>53</sup> In questo senso v. LUIGI FERRAJOLI., *Il “diritto penale del nemico” e la dissoluzione del diritto penale*, in *Questione Giustizia*, 4/2006.

processuale<sup>54</sup>. Si lancia in questo modo un messaggio importante sul “metodo” da seguire per evitare che la necessità di proteggere beni giuridici di primaria rilevanza, come la vita e l’integrità fisica, possa portare “ad affievolire la nostra identità di Stato liberale di diritto”.

## 8. Rilievi conclusivi

Stando così le cose, due sono le puntualizzazioni che appaiono opportune in prospettiva futura.

Il primo auspicio è affidarsi al “metodo” suggerito dalla Corte in pronunce come quella appena citata, percorrendo, dunque, la via che valorizza in ogni disposizione incriminatrice una lettura fedele ai principi costituzionali.

È vero che – come ci pare – nella “lotta al terrorismo” è ineludibile il ricorso allo strumento penale<sup>55</sup>, anche anticipandone la soglia d’intervento per la profonda connessione tra pensiero islamico radicale e fenomeno terroristico *tout court*.

Tuttavia, deve rimanere saldo un nucleo essenziale di diritti sui quali non si arretra: né in via di astratta previsione legislativa, né tantomeno sul piano dell’ermeneutica giudiziale. I diritti fondamentali devono costituire la frontiera ultima ricordando che il diritto penale sta e cade insieme alle garanzie.

In questo quadro, banco di prova della tenuta del sistema democratico – che da ultimo è fatta gravare sull’interprete, impegnato, nella complessità dei casi che offre la prassi, a bilanciare interessi opposti – sono proprio i reati di opinione – apologia e istigazione – rivitalizzati dalla insidiosità delle nuove forme di propaganda e incitamento adoperate dai moderni terroristi.

L’esatta individuazione della soglia d’intervento penale risulta qui oltremodo complicata: è in discussione la libertà di manifestazione di pensiero, quintessenza di uno stato non solo liberale, ma personalistico, democratico, laico, pluralista e fondato sull’eguaglianza. Essa, tutelata nel nostro ordinamento costituzionale in quanto tale, e non soltanto in quanto “utile alla collettività”, ha la sua essenza proprio nel carattere eversivo, conflittuale, pluralista: sarebbe inutile una libertà dei pensieri innocui e conformi a Costituzione<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> Corte di Cassazione, sez. I, n. 47489, 6 ottobre 2015, *Halili*. La decisione interveniva sul reato di apologia di cui all’art. 414, comma 4 c.p., aggravato dalla finalità di terrorismo ai sensi dell’art. 1 del d.l. 15 dicembre 1979 n. 625, convertito dalla l. 6 febbraio 1980 n. 15. Nella specie era contestato all’indagato di avere fatto apologia dello Stato Islamico, associazione con finalità di terrorismo, pubblicamente e in particolare, mediante la diffusione sulla rete *Internet* di documenti che avevano il fine di convincere il lettore che l’adesione allo Stato Islamico doveva ritenersi la sola scelta corretta anche sotto il profilo religioso. Merita di essere messo in evidenza come la norma incriminatrice, vagliata nel contraddittorio delle parti e dinanzi a tre diversi organi giurisdizionali, sia stata interpretata in senso conforme al principio di offensività e alla luce di un attento esame della condotta e del suo contesto. Sul punto, STEFANO ZIRULIA, *Apologia dell’Is via Internet e arresti domiciliari. Prime prove di tenuta del sistema penale rispetto alla nuova minaccia terroristica*, in *Dir. pen. contemp.*, 2015.

<sup>55</sup> Sul punto FRANCESCO VIGANÒ, *Incriminatione di atti preparatori e principi costituzionali di garanzia nella vigente legislazione antiterrorismo*, in *ius17@unibo.it*, 2009, 1, pp. 176 ss.

<sup>56</sup> Cfr. ANTONIO CAVALIERE, *La discussione intorno alla punibilità del negazionismo, i principi di offensività e libera manifestazione del pensiero e la funzione della pena*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 2016, pp. 563 ss..

Ebbene, oltre al limite del buon costume, l'unico normativamente previsto, altri limiti a tale "pietra angolare del sistema democratico" devono essere valutati con molta cautela. In altri termini, dinanzi alla "nuova vita" dei reati di opinione in materia di terrorismo i veri referenti di protezione devono essere individuati nei beni individuali direttamente colpiti da atti di violenza, quali la vita, la libertà personale e l'incolumità fisica, relegando a un piano secondario la sicurezza collettiva.

Il secondo auspicio è che non sia solo il diritto penale lo strumento utilizzato per contrastare il terrorismo. Considerarlo capace di risolvere il problema, come se fosse possibile, attraverso la previsione di un reato, eliminarlo alla radice, è illusorio e pericoloso<sup>57</sup>. Molto più e molto prima della condanna penale occorre un impegno profondo che, ricorrendo agli "spazi aperti della sfera pubblica" e non solo a quelli "chiusi delle aule dei tribunali"<sup>58</sup>, il piano politico, culturale e sociale dovrebbero garantire. È in questa direzione che dovrebbe ergersi la difesa della nostra civiltà, adottando tutti gli strumenti disponibili per dar vita ad una battaglia culturale "inclusiva" che è insieme espressione di democrazia e unica possibilità di vittoria.

---

<sup>57</sup> Cfr. MARCO PELLISERO, *La parola pericolosa*, cit., in cui si sottolinea che "visto da questa prospettiva il diritto penale può diventare più pericoloso delle parole i cui rischi crede di neutralizzare".

<sup>58</sup> Sono riflessioni di EMANUELA FRONZA, *Il negazionismo come reato*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 125 ss., che, nonostante la diversità di fenomeno in questione, sono condivisibili – se pur con i dovuti accorgimenti – anche nell'ottica della "lotta al terrorismo".