

**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II**  
**DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA**



Dottorato di ricerca in Sistema Penale Integrato e Processo

XXVI ciclo

Tesi di Dottorato

**Il controllo penale del terrorismo: limiti e prospettive**

Relatore  
Ch.mo Prof. Sergio Moccia

Dottorando  
Raffaella Montefusco

anno accademico 2013-2014



## INDICE

### *Introduzione*

#### LA FUNZIONE DELLA PENA E I RAPPORTI TRA DIRITTO PENALE E POLITICA CRIMINALE.....5

1.	La funzione della pena.....	5
1.1	Retribuzione .....	5
1.2	La funzione generalpreventiva.....	7
1.3	La funzione specialpreventiva.....	9
1.4	La teoria dell'emenda di Krause.....	10
1.5	Funzione della pena e Costituzione.....	11
2	Il diritto penale e la funzione sistematica della politica criminale.....	15

### *Capitolo primo*

#### I PRINCIPI DEL DIRITTO PENALE.....25

1.	Il problema della legalità.....	25
1.1	Tassatività e determinatezza della fattispecie.....	30
1.2	Il divieto di analogia.....	34
1.3	<i>Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali</i> . L'irretroattività della legge penale.....	38
2.	Teoria generale del reato.....	42
3.	Tipicità .....	44
4.	Antigiuridicità .....	46
5.	Colpevolezza.....	48
5.1	Al di là della colpevolezza .....	48
5.2	Costituzione e colpevolezza.....	50

### *Capitolo secondo*

#### IL FENOMENO DEL «TERRORISMO», DALLA NASCITA AI GIORNI NOSTRI.....55

1.	L'inizio del terrore: dall'omicidio Calabresi alla «legge Reale».....	55
2.	La risposta alla strage della Valletta: rigore sanzionatorio e anticipazione della tutela.....	62
3.	Oltre il confine: terrorismo islamico.....	67
4.	La legislazione dell'emergenza: presupposti e limiti.....	69
5.	I delitti contro l'ordine pubblico .....	74

6. Il diritto penale del nemico.....	82
7. I terroristi non hanno diritti?.....	87
<i>Capitolo terzo</i>	
LA NORMATIVA ITALIANA DI CONTRASTO AL TERRORISMO.....	95
1. La nascita del termine: «terrorismo» .....	95
2. Terrorismo ed eversione.....	97
3. Terrorismo, primi approdi definitivi .....	99
3.1 Art. 270 <i>sexies</i> c.p. Elementi di novità della definizione.....	106
3.2 I requisiti delle condotte.....	109
3.2.1 <i>Il danno possibile.</i> .....	109
3.2.2 <i>I connotati finalistici.</i> .....	111
3.2.3 <i>Le lacune della previsione: soggetti attivi, soggetti passivi istituzionali e modalità della condotta.</i> .....	112
3.2.4 <i>Problemi di coordinamento legati all'adozione di un sistema a « doppia tipizzazione».</i> .....	114
3.2.5 <i>Altre condotte definite terroristiche dal diritto internazionale: la c.d. clausola di adeguamento automatico.</i> .....	116
4. L'associazione con finalità di terrorismo internazionale.....	117
4.1 Il carattere associativo e l'incompatibilità dommatica con il sistema .....	117
4.2 Il legislatore arretra la soglia della punibilità .....	122
4.2.1 La punizione del mero accordo.....	122
4.2.2 La punizione delle attività meramente preparatorie.....	124
4.3 La dissoluzione dell'elemento soggettivo.....	127
<i>Conclusioni.</i> .....	131
<i>Bibliografia</i> .....	134

## *Introduzione*

# **LA FUNZIONE DELLA PENA E I RAPPORTI TRA DIRITTO PENALE E POLITICA CRIMINALE**

## **1. La funzione della pena**

Le scelte di politica criminale, che delineano la fisionomia del sistema, sono fortemente condizionate dalla funzione della pena: è dalla individuazione di quest'ultima che è possibile ricostruire il «volto» del singolo sistema preso in considerazione<sup>1</sup>.

La pena rappresenta la reazione dell'ordinamento a qualcosa che è accaduto<sup>2</sup>, e, se la si considera come uno schema logico, diventa funzionale al perseguimento di qualsiasi finalità a seconda delle scelte di politica criminale compiute dal sistema<sup>3</sup>.

### **1.1. Retribuzione**

La sanzione penale è lo strumento per assicurare l'autorità alla legge, autorità che verrebbe meno se fosse possibile violare le norme ordinamentali senza che ciò comportasse alcuna conseguenza negativa<sup>4</sup>.

In questa corrispondenza geometrica, la possibilità empirica di influenzare i comportamenti non viene in alcun modo presa in considerazione. È necessaria la reazione sanzionatoria dell'ordinamento che colpisce il comportamento criminoso, sanzione che deve essere finalizzata

---

<sup>1</sup> S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli 1992, p. 37.

<sup>2</sup> G.W.F.HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, trad. it. A.MESSINEO, Bari 1971, p. 91 e ss.

<sup>3</sup> S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 40.

<sup>4</sup> F.PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, II ed., Torino 2006, p. 13; A.ALESSANDRI, *Commentario della Costituzione*, fondato da G. BRANCA e continuato da A.PIZZORUSSO, vol. 5, Bologna 1975, p. 4.

esclusivamente all'espiazione, senza lasciar spazio a prospettive di rieducazione né di risocializzazione<sup>5</sup>.

La funzione retributiva della pena consiste nel colpire il soggetto che viola la norma penale con una pena che corrisponda al danno sociale procurato.

Corollario del principio retributivo è la proporzione della sanzione: deve esistere una necessaria proporzione tra la gravità dell'illecito commesso e la pena comminata. Il problema non si pone a fronte di crimini che colpiscono beni ed interessi fisico-individuali, in quel caso si potrà attuare un meccanismo comparativo che sia il più vicino possibile alla legge del taglione. Il problema si complica in occasione di violazioni di diversa natura, che investono interessi di tipo ultraindividuale e di natura ideale. In quel caso non si può far altro che comparare due grandezze qualitativamente eterogenee: l'afflittività della pena e il danno sociale del reato; il che comporta non pochi problemi di comparazione.

La proporzione si pone dunque come strumento garantistico, posto a tutela del reo, contro l'ingerenza punitiva dello Stato<sup>6</sup>.

Il male inflitto deve essere equiparabile al male procurato, non si corre il rischio che con la minaccia e l'inflizione di pene esemplari vi sia la strumentalizzazione del reo<sup>7</sup>.

Pene non commisurate alla violazione, rischierebbero inoltre di contraddire un altro principio di altissimo valore, che è quello di uguaglianza: deve essere garantito che soggetti che pongano in essere un reato, arrecando lo stesso male, siano colpiti dalla stessa pena.

A sostegno della teoria retributiva si pone Immanuel Kant, che se ne occupa nella *Metafisica dei costumi*<sup>8</sup>. Le fondamenta del pensiero sono poste in modo corretto e lineare, partendo dalla distinzione tra diritto e morale, ma l'illustre Autore in un secondo momento appare contraddittorio.

La legge penale, infatti, è posta come imperativo categorico, espressione della legge morale<sup>9</sup>; come si potrà capire se il rispetto delle norme sarà derivato dal timore della sanzione o da quella spinta interna all'ubbidienza che provoca l'imperativo categorico?

---

<sup>5</sup> C.FIORE-S.FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, II ed., Torino 2000, p. 13.

<sup>6</sup> F.PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 21.

<sup>7</sup> La misura della sanzione dipenderebbe in questo caso dal "pericolo di fatto illecito altrui", S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 110.

<sup>8</sup> Cfr. I.KANT, *La metafisica dei costumi*, trad. it. G.VIDARI, Bari 1970, p. 154 e ss.; S.MOCCIA, *Diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 41.

<sup>9</sup> S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 42.

E poi c'è la questione della “malignità interna”<sup>10</sup> che Kant pone come parametro di commisurazione della pena, dimentico della impossibilità di conoscere l'intima moralità delle azioni e dimentico della necessità di ricollegare la reazione penale esclusivamente agli aspetti esteriori della condotta. Sono questi i motivi che rendono inapplicabile un sistema imperniato esclusivamente sulla funzione retributiva della pena in uno Stato di diritto, soprattutto a causa della forte connotazione etica e vendicativa della retribuzione; la continua comparazione tra grandezze tra loro incomparabili<sup>11</sup>, il completo disinteresse sia per i meccanismi che scongiurano la criminalità, sia per quelli di rieducazione e di risocializzazione.

## 1.2. La funzione generalpreventiva

La concezione generalpreventiva affida alla pena il compito “di trattenere, attraverso la minaccia<sup>12</sup> prima della commissione del reato, e l'inflessibile inflizione dopo, la generalità dei consociati a commettere reati”<sup>13</sup>.

A sostenere questa concezione della pena, troviamo Feuerbach, che riprendendo il discorso kantiano, parte dalla necessità di depurare la scienza penale da ogni tipo di valutazione etica<sup>14</sup>.

L'etica e la morale esulano dall'ingerenza statale<sup>15</sup>, che deve avere come punto di riferimento esclusivamente i comportamenti esterni dell'individuo e la conformità di questi alla legge statale, soprattutto in forza della impossibilità dello Stato e delle sue appendici di valutare l'intensità e il grado delle passioni interne<sup>16</sup>.

Da questo presupposto, non di minimo rilievo, parte l'analisi e la descrizione della funzione generalpreventiva della pena.

L'impedimento si realizza, per Feuerbach, attraverso la predisposizione di ostacoli di ordine psicologico: la minaccia di un castigo, e l'inflizione sanzionatoria conseguente alla violazione.

---

<sup>10</sup> Cfr. I.KANT, *La metafisica dei costumi*, cit., p. 167; S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 43.

<sup>11</sup> S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 46; F.Palazzo, *Corso di diritto penale*, cit., p. 8.

<sup>12</sup> G.MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, cit., p. 482.

<sup>13</sup> S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 47.

<sup>14</sup> A differenza di Kant, mantiene coerente con questa impostazione l'intera sua speculazione in materia.

<sup>15</sup> S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 49; cfr. F.LISZT *Teoria dello scopo nel diritto penale*, cit., p. 17 e ss.

<sup>16</sup> Feuerbach parla a proposito di “insolubile enigma” cfr. P.J.A. FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, 2 voll. Erfurt-Chemnitz 1799/1800, r.a. Aalen 1973, p.34. in S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 50.

L'individuo allora farà un calcolo probabilistico avente ad oggetto il rapporto tra il beneficio derivante dall'attività delittuosa e la sofferenza minacciata dalla pena<sup>17</sup>; il sistema sarà tanto più funzionante, quanto più sicura sarà inflizione della pena in caso di violazione<sup>18</sup>.

L'inflizione della pena nei confronti del singolo ha, in questo ordine di idee, funzione intimidativa nei confronti dell'intera categoria dei consociati<sup>19</sup>.

Tale teoria trova il suo limite funzionale nel rischio che la pena minacciata e inflitta sia sproporzionata al danno sociale arrecato, che, vi sia, quindi, una degenerazione del sistema in un eccesso repressivo<sup>20</sup> e la conseguente strumentalizzazione del reo che deve fungere da "esempio" per tutti i consociati, affinché questi si astengano dal delinquere<sup>21</sup>.

Il sistema appena esaminato espone inoltre l'ordinamento alle oscillazioni dovute a vicende contingenti: l'intensificarsi di determinate categorie di reati comporterà in quest'ottica l'inasprirsi delle pene, in spregio dei principi di offensività e proporzionalità.

Accanto alla prevenzione generale negativa, si colloca la prevenzione generale positiva: il rispetto delle regole non è in questo caso indotto dal timore della sanzione, ma deriva dall'adesione spontanea dell'individuo<sup>22</sup>, che ha compreso le norme e i valori che esse esprimono, li condivide e li rispetta<sup>23</sup>.

Le norme formulate sulla base di questi principi saranno poste a presidio di beni giuridici ragguardevoli, rispettose del principio di ragionevolezza, proporzionali all'offesa realizzata e con un'attenzione particolare al rispetto dei principi fondamentali dell'individuo<sup>24</sup>.

---

<sup>17</sup> F.PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 8; G.INSOLERA ET AL., *Introduzione al sistema penale*, cit., p. 356.

<sup>18</sup> Si parla in questo caso di "effettività della minaccia", cfr. S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 51.

<sup>19</sup> Ad esempio nel pensiero di Wolff, nella commisurazione e inflizione della pena si deve guardare agli altri potenziali delinquenti, più che al criminale che si trova davanti al tribunale. In materia, V.WOLFF, *Deutsche Politik*, 1736, p. 347.

<sup>20</sup> F.PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 9.

<sup>21</sup> F.PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 12.

<sup>22</sup> S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 61; G.INSOLERA ET AL., *Introduzione al sistema penale*, cit., p. 357.

<sup>23</sup> In proposito vi sono opinioni secondo cui utilizzare in questo modo il diritto penale comporterebbe una sorta di eterodirezione che indirizzerebbe le modalità di interiorizzazione dei valori, che in assenza della "direzione" statale avrebbero potuto affermarsi anche con modalità e intensità diverse cfr. F.PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 10.

<sup>24</sup> S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 62.

### 1.3. La funzione specialpreventiva

Si è occupato della teoria specialpreventiva Karl Grolman<sup>25</sup>, che in netto contrasto con la teoria retributiva di Kant afferma che l'attenzione dello Stato non deve essere rivolta alla generalità dei consociati, ma è indirizzata verso il singolo cittadino<sup>26</sup>.

La prevenzione generale evidentemente non ha funzionato nei confronti del soggetto che compie un reato. Se così fosse, questi si sarebbe limitato ad agire nell'area del "non vietato".

Successivamente al compimento di un delitto, ci si rende conto che la prevenzione generale non ha funzionato relativamente al soggetto che ha posto in essere il delitto.

Si riscontra caso un'anomalia: il soggetto che ha delinquito si è dimostrato non ragionevole, ha infatti preferito soddisfare un suo interesse personale e vietato dall'ordinamento, nonostante configgesse con il rispetto dei diritti dei consociati<sup>27</sup>. A fronte di questa irragionevolezza si prospetta l'inflizione penale dello Stato, avente lo scopo preventivo, ovvero di evitare che il soggetto ponga in essere delitti.

Affinché la pena raggiunga il suo scopo è necessaria la proporzione tra il danno arrecato e la pena inflitta, naturalmente facendo attenzione al rispetto dei diritti e della dignità, che in quanto legati indissolubilmente all'essere umano rimangono intatti e degni di tutela anche dopo che questi ha delinquito.

La pena deve essere soggettivamente imputabile al reo per essere davvero efficace, deve risultare l'ultimo mezzo rimasto all'ordinamento per recuperare il colpevole, quando tutti quelli meno afflittivi sono risultati vani<sup>28</sup>.

Grolman presta molta attenzione alla psicologia dell'autore, lasciando però sempre intatta la distinzione tra diritto ed etica, cosciente dell'impossibilità da parte di forze statuali di conoscere gli intimi pensieri dell'agente<sup>29</sup>. Questa concezione della pena si fonda infatti nell'esclusiva considerazione della colpevolezza, senza contemperamento con la proporzione rispetto all'offesa; in

---

<sup>25</sup> S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 53.

<sup>26</sup> C.FIORE-S.FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 13.

<sup>27</sup> S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 54.

<sup>28</sup> K.L.GROLMAN, *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft*, I ed. Giessen 1978, p. 44 in S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 55.

<sup>29</sup> S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 55

questo modo si punisce con le stesse modalità sia chi si macchi di delitto tentato, sia chi consumi il delitto stesso<sup>30</sup>, e senza che la pena per Grolman rivesta alcuna funzione di risocializzazione<sup>31</sup>.

Mentre l'aspetto negativo della prevenzione speciale consiste nella intimidazione del reo così com'è stato appena osservato, l'aspetto positivo è rappresentato dal "recupero sociale, da attuarsi attraverso una terapia emancipante [...] o, per autori socialmente integrati da un'altrettanto significativa esecuzione non-desocializzante"<sup>32</sup>.

## 1.4. La teoria dell'emenda di Krause

La teoria secondo cui la finalità della pena si basa sull'emenda morale, risale a Krause<sup>33</sup>, che parte dal postulato secondo cui nel soggetto che delinque è riscontrabile un'incapacità di espressione della personalità.

Nel tentativo di esprimersi, il soggetto sbaglia le modalità di manifestazione del proprio essere, incorrendo nel reato. Ed è su quest'aspetto che lo Stato deve intervenire, concentrandosi non tanto su una sterile inflizione penale di carattere retributivo, ma incidendo quanto più possibile sui motivi interni che spingono la persona a delinquere<sup>34</sup>.

Ci sono degli aspetti davvero positivi in questa teoria, che ritroviamo nelle proposte di Krause per il recupero: educare il soggetto, istruirlo, indirizzare il suo lavoro, in modo che sia più creativo possibile, l'umanizzare il trattamento<sup>35</sup>.

La pena è vista come qualcosa di buono, al servizio non solo del soggetto che ne è destinatario, ma della collettività nel suo insieme, che potrà contare, in caso di successo del trattamento su tutti i suoi membri.

Non mancano però lati oscuri in questo che sembrerebbe un idillio rieducativo: si va a forzare la volontà, cercando di conformarla alle esigenze etico-giuridiche.

---

<sup>30</sup> L'attitudine interna è, infatti, la medesima nell'ipotesi del delitto tentato e del delitto consumato, in materia S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 55.

<sup>31</sup> S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 56.

<sup>32</sup> S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 97.

<sup>33</sup> S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 57.

<sup>34</sup> S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 58.

<sup>35</sup> S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 59 e ss.; F.PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 26.

Nonostante i buoni propositi di Krause, la teoria dell'emenda non può trovare applicazione nello Stato di diritto, che non ammette l'infiltrazione di elementi etici. Questo ha il compito di punire esclusivamente i comportamenti esteriori lesivi di beni socialmente rilevanti.

Il punto di maggiore contrasto risiede nell'indeterminatezza della pena<sup>36</sup>: non è possibile, secondo Krause stabilire *a priori* la durata della sanzione, che sarà diversa da caso a caso, da soggetto a soggetto, a seconda della risposta ai trattamenti rieducativi, in violazione delle garanzie dell'individuo, che pretendono la certezza della pena come ultimo baluardo avverso la discrezionalità del giudice.

## 1.5. Funzione della pena e Costituzione

La funzione della pena nell'ordinamento italiano è descritta nell'art. 27, co. 3, Cost: "Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato", che trova conferma nella legge sull'ordinamento penitenziario (L. 26 luglio 1975, n. 354), che all'art. 1, co. 4, recita "nei confronti dei condannati e degli internati deve essere attuato un trattamento rieducativo che tenda, anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno, al reinserimento sociale degli stessi". Inoltre è obbligato il riferimento all'art. 1 del Regolamento penitenziario (D.p.r. 29 aprile 19746, n. 431), che identifica la pena come diretta a "promuovere un processo di modificazione degli atteggiamenti che sono di ostacolo ad una costruttiva partecipazione sociale"<sup>37</sup>; non bisogna fermarsi alla lettera della norma, è necessaria, infatti, un'analisi sistematica, che permetterà al giurista attento, la piena e completa comprensione della portata della finalità della pena e gli consentirà di discernere quale combinazione tra le teorie trattate in precedenza si conformi ai principi della carta costituzionale italiana<sup>38</sup>.

La funzione retributiva, è assolutamente da scartare nel vaglio delle funzioni della pena, a causa delle difficoltà riscontrabili nella comparazione di grandezze eterogenee, quali il danno sociale, risultante dall'azione delittuosa, e il male inflitto dall'ordinamento, sottoforma di sanzione penale.

---

<sup>36</sup> S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 60.

<sup>37</sup> Prevedendo la necessità di modificare le inclinazioni soggettive del colpevole che siano eventualmente di ostacolo alla sua reintegrazione sociale, cfr. G.FIANDACA, *Commentario della Costituzione*, fondato da G. BRANCA e continuato da A.PIZZORUSSO, vol. 5, Bologna 1975.

<sup>38</sup> Il cosiddetto «metodo teleologico» viene riscoperto nei primissimi anni Settanta, tradottosi nella ricerca di un legame tra l'analisi delle componenti strutturali del reato e la finalità della pena stessa. Cfr. G.FIANDACA, *Commentario della Costituzione*, cit., p. 245.

Si pone, poi, il problema della forte connotazione etica<sup>39</sup> insita nella funzione retributiva della pena, incompatibile con i principi dello stato di diritto<sup>40</sup>, che si propone di vigilare sui comportamenti esteriori<sup>41</sup> degli individui, non avendo né l'interesse, né le possibilità di indagare il foro interno. Tale sistema si dimostra inoltre "sterile sotto il profilo dell'orientamento individuale e criminogeno sotto il profilo dell'efficacia, per la presenza di forti quote di recidivismo"<sup>42</sup>.

Il problema di compatibilità con la funzione costituzionale della pena si pone poi con la teoria generalpreventiva, sia nella sua variante negativa sia in quella positiva.

La rieducazione si pone come strumento idoneo ad incidere sulla individuazione dei connotati della sanzione penale.

Reagisce, prima di tutto, sul processo di selezione dei beni da tutelare<sup>43</sup>, in modo tale che il bene presenti caratteristiche tali da poter essere percepito dall'eventuale trasgressore come entità ben definita, intellettualmente percepita senza alcuno sforzo<sup>44</sup>.

Nel momento in cui una norma viene redatta e immessa nel tessuto ordinamentale, l'effetto intimidativo che ne consegue è un elemento imprescindibile e fisiologico del sistema. Non si può in alcun modo accentuare tale aspetto, magari con un inasprimento delle pene, senza incorrere nella violazione dei principi costituzionali: si presentano in questo caso trattamenti contrari al senso di umanità (in violazione dell'art. 27, co. 3, Cost.), non proporzionali al reato (in violazione all'art. 3, co. 2, Cost.), tutela della dignità umana, sussidiarietà della sanzione penale, ma soprattutto personalità della responsabilità penale (in violazione all'art. 27, co. 1, Cost.).

La pena conseguirà gli effetti benefici che si propone, solamente se il destinatario sarà punito in conseguenza di un fatto che avverte come «proprio», altrimenti sarà inevitabile riscontrare in lui la sensazione di aver subito una violenza<sup>45</sup> da parte dello Stato, rendendo irrealizzabile la rieducazione e il recupero sociale. All'autore del reato si deve comunque muovere un rimprovero e naturalmente non avrebbe alcun senso essere rimproverati, ove si fosse in presenza della causazione di eventi inevitabili o fuori dal controllo del soggetto<sup>46</sup>.

---

<sup>39</sup> S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 86.

<sup>40</sup> G.FIANDACA, *Commentario della Costituzione*, cit., p. 257.

<sup>41</sup> G.FIANDACA, *Commentario della Costituzione*, cit., p. 278.

<sup>42</sup> S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 88.

<sup>43</sup> F.BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nss. D.I.*, XIX, 1974, p. 15.

<sup>44</sup> G.FIANDACA, *Commentario della Costituzione*, cit., p. 246.

<sup>45</sup> G.FIANDACA, *Commentario della Costituzione*, cit., p. 265.

<sup>46</sup> G.FIANDACA, *Commentario della Costituzione*, cit., p. 254.

In quest'ultimo caso il reo diventa uno strumento<sup>47</sup> nelle mani del potere dello Stato, che lo sfrutta per porre in atto il suo disegno intimidativo<sup>48</sup>.

Egli finirebbe infatti per scontare una pena, la cui misura sarebbe determinata dall'esigenza di impedire la reiterazione di reati analoghi da parte dei consociati<sup>49</sup>. Nei suoi confronti la rieducazione sarà irrealizzabile, il destinatario la avvertirà come un sopruso<sup>50</sup> e non si sottoporrà volente al trattamento rieducativo.

Una pena sproporzionata in eccesso è, quindi, in contrasto con i principi costituzionali, ma si dimostra anche inefficace: pene eccessive disorientano i destinatari, incalliscono i criminali, che per evitare una pena si macchiano di ulteriori delitti<sup>51</sup>; suscita inoltre sentimenti di ribellione nei delinquenti potenziali e altera nei consociati la percezione di quella corretta scala di valori che dovrebbe riflettersi nel rapporto tra i vari reati e le sanzioni corrispondenti<sup>52</sup>. La possibilità che il reo avverta come giusta e proporzionata la sanzione costituisce presupposto per l'accettazione di un processo rieducativo diretto a sviluppare in lui la capacità di apprezzare i valori difesi dall'ordinamento<sup>53</sup>.

Una pena conforme allo Stato di diritto, sotto il profilo generalpreventivo, non è necessariamente una sanzione severa, ma deve essere commisurata all'intensità del danno provocato dal reo<sup>54</sup>: così otterrà un'aggregazione di consensi e sarà interiorizzata dai consociati, così da distoglierli dal progetto criminoso. In una fase successiva al fatto delittuoso è necessario che la sanzione sia prossima all'evento stesso, tale da essere utile e giusta<sup>55</sup>. Solo in così i precetti del diritto penale saranno interiorizzati con la maggiore intensità possibile.

---

<sup>47</sup> Si pone in contrasto con il principio kantiano secondo cui l'umanità deve essere trattata "sempre [...] come fine e mai semplicemente come mezzo", I.KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, trad. it. P.CHIODI, in *Scritti morali*, Torino 1970, p. 88.

<sup>48</sup> S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 100.

<sup>49</sup> G.FIANDACA, *Commentario della Costituzione*, cit., p. 268.

<sup>50</sup> S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 99.

<sup>51</sup> S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 98.

<sup>52</sup> G.FIANDACA, *Commentario della Costituzione*, cit., p. 265.

<sup>53</sup> *Ibidem*.

<sup>54</sup> G.MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, cit., p. 481.

<sup>55</sup> Sarà utile, perché solleciterà il collegamento mentale da parte del reo tra delitto e pena, e giusta, perché gli risparmierà il tormento dell'incertezza; S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 99; G.FIANDACA, *Commentario della Costituzione*, cit., p. 267.

Dal punto di vista della prevenzione speciale, bisogna evitare di tralasciare, sia nella fase intimidativa che in quella esecutiva, il rispetto dei diritti dell'individuo<sup>56</sup>. Sarà, anzi, il rispetto di quei diritti ad ammorbidire l'animo di chi ha violato la legge e a facilitare il percorso rieducativo. Mentre per la prevenzione generale il meccanismo va studiato in relazione all'intera categoria dei consociati, nella teoria della prevenzione speciale troviamo lo scollamento dell'individuo dalla massa: l'aver compiuto un delitto lo differenzia dagli altri e lo rende destinatario della funzione «rieducativa» della pena. Risalente giurisprudenza costituzionale considerava la terminologia utilizzata dal costituente all'art. 27 Cost. come indirizzata a regolare il trattamento penitenziario. Tale indirizzo è stato poi sostituito da un nuovo orientamento: «la necessità costituzionale che la pena debba 'tendere' a rieducare, lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, indica invece proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e la accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue»<sup>57</sup>. Quello che il verbo tendere sta a significare è la coscienza della possibilità che la rieducazione non sia conseguenza necessaria della comminazione della pena, essendo possibile il fallimento degli strumenti ordinamentali.

Il soggetto ha posto in essere un crimine, dimostrando così di non aver compreso appieno le regole del vivere civile, oppure di averle comprese e ciò nonostante di non essere capace di rispettarle.

È necessario, a favore del soggetto, un trattamento di recupero<sup>58</sup>, volto a integrare completamente il reo nel tessuto sociale, da cui ha dimostrato con il comportamento criminoso di essere estraneo. Il soggetto deve comprendere di aver sbagliato, recepire le ragioni del suo errore e l'intensità del danno provocato. È per questo importante un atteggiamento positivo del reo, che collabori volontariamente<sup>59</sup> con l'ordinamento all'operazione di risocializzazione. Lo Stato si deve adoperare per fornire una terapia sociale emancipante, strutturando la pena in modo gratificante e produttivo, evitando l'effetto di desocializzazione connesso alle ordinarie forme di esecuzione della pena, che conducono, a causa della piattezza delle attività svolte verso una «prematura sclerosi in un piatto

---

<sup>56</sup> S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 101.

<sup>57</sup> S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 102-103.

<sup>58</sup> Per questo motivo, le «pene detentive brevi», non solo non sono utili, in quanto non permettono di espletare nel migliore dei modi un percorso rieducativo, ma sono addirittura dannose, in quanto comportano ulteriore desocializzazione. In materia cfr. G.FIANDACA, *Commentario della Costituzione*, cit., p. 244.

<sup>59</sup> Nell'ipotesi in cui il reo si rifiuti di collaborare, l'operazione di risocializzazione non potrà mai raggiungere esiti positivi, in quel caso l'inflizione della sanzione sarà giustificata dalle esigenze generalpreventive, attraverso la non ulteriore desocializzazione. Cfr. S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 105.

vegetare”<sup>60</sup>. È necessario il compimento di attività costruttive, di valenza sociale, volte magari a fornire ai condannati professionalità da poter sfruttare una volta scontata la pena, in un ambiente penitenziario vivibile<sup>61</sup>, nell’ottica secondo cui la popolazione carceraria sia costituita prevalentemente da emarginati bisognosi di essere aiutati nel processo di reinserimento nella società.

Tirando le somme, i punti fondamentali della rieducazione che si ancora nell’art. 27 Cost., ma che si infila in tutto il tessuto ordinamentale, risiedono nel rinvigorismento della consapevolezza sociale attorno ai principi e ai valori che costituiscono le fondamenta del nostro sistema giuridico (prevenzione generale positiva), nell’ottica del recupero sociale del soggetto che ha violato le norme penali (prevenzione speciale positiva).

## **2. Il diritto penale e la funzione sistematica della politica criminale**

Il diritto penale è lo “strumento di intervento statale che maggiormente incide sulla libertà individuale”<sup>62</sup>.

È importante, dunque, che le scelte poste in essere dall’ordinamento siano strutturate, con una cura particolare, in modo che vengano lasciati intatti i diritti fondamentali dell’individuo.

Man mano che la tutela dei diritti dell’uomo si impone come processo storico, i limiti a questa apponibili, in uno Stato sociale di diritto, vanno delineati con estremo rigore.

Il moderno Stato democratico deve, però, limitarsi ad assicurare le condizioni ottimali per lo sviluppo della personalità dei singoli e per la pacifica convivenza in libertà.

Ne deriva che la finalità del diritto penale deve essere quella di tutelare il singolo e la pacifica convivenza tra i consociati<sup>63</sup>, ma non attraverso qualsiasi mezzo ritenuto idoneo al suo perseguimento, altrimenti verrebbe in discussione uno dei due compiti fondamentali: la sicurezza del singolo.

---

<sup>60</sup> E.DOLCINI, *La «rieducazione del condannato» tra mito e realtà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, p. 488

<sup>61</sup> G.FIANDACA, *Commentario della Costituzione*, cit., p. 244.

<sup>62</sup> S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 17.

<sup>63</sup> S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 21.

Lo Stato sociale di diritto consente intervento attraverso il diritto penale – sempre nel rispetto assoluto delle garanzie costituzionalmente predeterminate – solo per gravi offese ai fondamentali beni giuridici del singolo o della collettività.

Fu intorno alla metà degli anni Sessanta, prima nell'ambito della scienza penalistica tedesca, e poi in quella italiana, che riprese vigore l'aspirazione alla consapevole costruzione di un sistema assiologicamente orientato ai principi di politica criminale<sup>64</sup>.

Il clima culturale di quegli anni era infatti caratterizzato anche dalla “riabilitazione della filosofia pratica”, che aveva fatto riacquistare alla politica, innanzitutto in Germania, la dimensione di oggetto di interesse e, quindi, di ricerca scientifica<sup>65</sup>.

In questo contesto, la visione del diritto, nella sua stretta correlazione con la politica, dava alla sistematica del diritto penale, sulla base di nuove acquisizioni teoretiche, la possibilità di un armonico inserimento in un più ampio circuito culturale, ma anche la possibilità di controlli di legittimità, sia delle opzioni normative che delle prassi giurisprudenziali, ben oltre i limitati orizzonti del mero tecnicismo<sup>66</sup>.

L'influenza della politica e la sua riconducibilità nei singoli settori del diritto è parecchio diversificata. Essa appare chiarissima nell'ambito del diritto costituzionale e fortissima deve essere anche nell'ambito del diritto penale<sup>67</sup>.

Dall'impostazione socio-politica generale sono immediatamente influenzate le scelte fondamentali di politica criminale: per quel che riguarda la selezione dei tipi di reato, va sottolineato il fatto che questi sono posti, tendenzialmente a tutela di quei valori fondamentali che, attraverso l'azione di

---

<sup>64</sup> Autorevole dottrina attribuisce a Liszt la nascita di un certo modo di concepire i rapporti tra la dottrina giuridico penale e la politica criminale, che ha poi influenzato fino ai tempi più recenti l'evoluzione della dottrina criminalistica. Cfr. G.DE FRANCESCO, *In tema di rapporti tra politica criminale e dottrina: sviluppi e prospettive nella dottrina del reato*, in *Arch. pen.*, 1975, p. 27.

<sup>65</sup> S.MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie del sistema penale*, Napoli 2000, p. 9.

<sup>66</sup> Di opposto parere cfr. A.ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1910, p. 506. “accentuare sempre più la distinzione [...] della scienza giuridica penale dalla antropologia, dalla psicologia, dalla sociologia, ed anche dalla filosofia del diritto e dalla politica criminale, arte o scienza che sia, riducendo quella principalmente se non esclusivamente, come già per il diritto privato si è fatto da tempo, ad un sistema di principi di diritto e ad una teoria giuridica, ad una conoscenza scientifica della disciplina giuridica dei delitti e delle pene, ad uno studio, insomma, generale, del delitto e della pena sotto l'aspetto giuridico, come tutti i fenomeni regolati dall'ordinamento giuridico positivo”.

<sup>67</sup> S.MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 10; ID, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 24.

integrazione del sistema valutativo del diritto, sono divenuti beni giuridici e possono, quindi, dallo stesso essere difesi attraverso la predisposizione di fattispecie penali<sup>68</sup>.

Sono solo questi, infatti ad essere meritevoli e bisognosi di tutela penale<sup>69</sup>.

In uno Stato di diritto, il diritto penale può essere costruito solo come strumento di tutela dei beni giuridici e solo di beni già protetti dalla Costituzione<sup>70</sup>.

Il catalogo dei beni tutelati dalla legge in un dato Paese, in un certo momento storico, è lo specchio fedele dei valori che di fatto riescono ad affermarsi politicamente come valori dominanti<sup>71</sup>.

La comprensione sia del sistema nel suo complesso, che di singoli istituti, passa anche attraverso l'attenta ricostruzione della matrice ideologica<sup>72</sup>.

La cerchia dei beni costituzionalmente suscettibili di protezione penale può essere compiuta solo alla luce della funzione risocializzante della pena: funzione preminente per il suo rango costituzionale (art. 27, co. 3, Cost.), che obbliga il legislatore a considerare meritevoli di tutela solo quei valori che, incarnando in un dato momento storico le condizioni minime di esistenza della convivenza civile, ci si può attendere fondatamente che vengano considerati dalla stragrande maggioranza dei cittadini valori essenziali da coltivare e da rispettare e la cui indispensabile integrità può quindi legittimare il ricorso all'estremo rimedio dell'azione penale<sup>73</sup>. Nella prospettiva della funzione della pena, il carattere sussidiario del diritto penale acquista così un preciso significato costituzionale e politico criminale: come espressione dell'esigenza che l'impiego della pena è legittimo solo se necessario, solo come ultima *ratio*, solo quando tutti gli altri strumenti di politica sociale e giuridica appaiono inadeguati a promuovere il rispetto dei beni costituzionali essenziali per la vita associata<sup>74</sup>. La necessità della pena deriva quindi dallo scopo che con essa la società si prefigge, vale a dire la tutela dei beni giuridici<sup>75</sup>.

Sotto altro profilo, per quel che concerne il significato e le finalità delle sanzioni criminali il collegamento con l'opzione politica di fondo appare immediato.

---

<sup>68</sup> S.MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 10.

<sup>69</sup> G.MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus* 1974, p. 482.

<sup>70</sup> F.BRICOLA, *Teoria generale del reato*. Cit., p. 10 e ss.

<sup>71</sup> G.MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, cit., p. 485.

<sup>72</sup> M.PORZIO, *Sistemi punitivi e ideologie*, Napoli 1965, p. 84 e ss.

<sup>73</sup> S.MOCCIA, *Diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 79.

<sup>74</sup> G.MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, cit., p. 482.

<sup>75</sup> F.LISZT, *Teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano, 1962, p. 37 e ss.

Infatti, nei rapporti di diritto penale il soggetto viene ad essere normalmente implicato negli aspetti fondamentali del suo essere: libertà e quindi personalità. Si tratta, evidentemente di interventi nella sfera dei diritti fondamentali dell'individuo parecchio differenziabili l'uno dall'altro, così come viene testimoniato dall'ampio ventaglio delle teorie penali elaborate nel corso della storia<sup>76</sup>.

Nei primi anni Settanta, grazie al decisivo contributo di Claus Roxin<sup>77</sup>, maturò l'esigenza della costruzione di un sistema penale che assumesse come principi di riferimento, di ordine costituzionale<sup>78</sup>, quei valori normativizzati, di tipo politico-sociale, di derivazione liberal-solidaristica: dunque il sistema, raccogliendo le istanze politico-criminali di tutela degli interessi di ordine sostanziale, non rinunciava alla sua funzione di garanzia formale secondo esigenze coordinate di Stato sociale e Stato di diritto. Erano anni percorsi da fremiti e da interrogativi cruciali e da polemiche assai vivaci sul contenuto, sulle finalità e sulle sorti della dommatica, anche in rapporto alla politica criminale e alle scienze criminologiche, elementi della scienza penale integrata<sup>79</sup>.

Non era infatti più possibile trascurare il dato essenziale secondo cui, per una concezione socio-statuale libera da ipoteche di estradizione metafisica o comunque trascendenti la realtà dei singoli consociati (fondate su assunti irrazionali di tipo fideistico), era possibile consentire una pacifica coesistenza tra i consociati, intesi anche come titolari di diritti fondamentali. Pertanto alla politica criminale non poteva essere più negato un ruolo centrale nella costruzione del sistema e nell'interpretazione della norma, senza i rischi dell'inadeguatezza, dell'incompletezza e dell'inefficienza.

La prospettiva della compenetrazione tra politica criminale e diritto penale deve realizzarsi attraverso la costruzione della teoria del reato<sup>80</sup>. Le tre categorie del reato (tipicità, antigiuridicità e colpevolezza) “vanno fin dal principio considerate, sviluppate e sistematizzate dall'angolo visuale della loro funzione politico-criminale”<sup>81</sup>.

---

<sup>76</sup> Cfr. S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 39 e ss.

<sup>77</sup> Cfr. C.ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, 1970, trad. it. S.MOCCIA, Napoli 1986; F.BRICOLA, *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 15.

<sup>78</sup> G.MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, cit., p. 480.

<sup>79</sup> F.BRICOLA, *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, cit., p. 3.

<sup>80</sup> C.ROXIN, *Politica criminale*, cit., p. 47; cfr. anche F.BRICOLA, *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, cit., p. 10.

<sup>81</sup> C.ROXIN, *Politica criminale*, cit., p. 40.

In particolare, nell'elaborazione sistematica di Roxin il fatto serve a soddisfare esigenze di tutela della libertà individuale rispetto all'esercizio del potere punitivo; l'antigiuridicità è il luogo di risoluzione dei conflitti sociali che sorgono dalla collisioni di interessi individuati e/o superindividuali; la colpevolezza integra il presupposto ed il limite garantistico per l'esercizio della pretesa punitiva, intesa in termini di prevenzione<sup>82</sup>.

Non tutte le scelte di politica criminale, possono essere oggetto della selezione del legislatore, è necessario, infatti che, questi sia vincolato in qualche modo, e tale vincolo risiede nella Costituzione<sup>83</sup>.

A ben vedere la ricerca di un affidabile, anche perché comprensibile, complesso di regole ed il privilegio di prospettive soggettive nella definizione dei titoli di responsabilità. In una parola l'impianto garantistico, formale e sostanziale, che contrassegna, o dovrebbe contrassegnare il sistema penale rappresentano una diretta conseguenza del fatto che quel sistema, in via di principio, è orientato ad incidere, anche in misura notevole, sui diritti di libertà e personalità individuale che, per definizione, sono posti all'apice dei valori sui quali si basa il patto sociale in democrazia<sup>84</sup>.

Ecco perché in democrazia si pretende un sistema penale che, in rapporto alla definizione dei presupposti per la sua applicazione, sia in fase generale ed astratta (le singole prescrizioni legislative), sia in fase individuale e concreta (il singolo giudizio e, eventualmente, la singola esecuzione della sanzione) dedichi una particolare attenzione al rispetto dei principi fondamentali: ogni deviazione da questi rappresenta, in termini politici, un ritirarsi della stessa democrazia<sup>85</sup>.

A risultati analogamente insoddisfacenti porta l'exasperato tecnicismo, legato ciecamente all'analisi più strettamente scientifica svincolata da ogni altro tipo di considerazione, avvinghiato a categorie squisitamente dommatico-tecnicistiche<sup>86</sup>, dimentico dell'assunto essenziale del moderno sistema penale, in base al quale, come già si è accennato, quest'ultimo nasce proprio da esigenze di politica criminale: garantire una pacifica convivenza tra i consociati, rispettosa dei diritti dell'individuo.

---

<sup>82</sup> Cfr. C.ROXIN, *Politica criminale*, e, cit., p. 51 e ss.; S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 26 e ss.; ID., *Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 1017; F.BRICOLA, *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, cit., p. 11 e ss.

<sup>83</sup> G.MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, cit., p. 470.

<sup>84</sup> S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 24.

<sup>85</sup> S.MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 15.

<sup>86</sup> A.ROCCO, *Il problema del metodo*, cit., p. 263 e ss.

È questo l'errore: lasciare da parte ogni valutazione di ordine politico criminale. Sulla base di tali considerazioni per un'opzione di chiara matrice tecnicista la norma che incrimina tutti coloro che indossano un cappello rosso potrebbe essere perfettamente legittima<sup>87</sup>. Sono le scelte di politica criminale, che in questo caso possono fungere da argine all'arbitrario e capriccioso intervento del legislatore<sup>88</sup>, tutelando il cittadino e dandogli la possibilità, se ne ha voglia, di indossare un cappello rosso.

In realtà, l'opzione dommatico-tecnicistica esprime la sua anima illiberale nella misura in cui non implica la possibilità per l'interprete di indagare al fine della elaborazione di argomenti di tipo assiologico, tendenti a porre in discussione la validità e la legittimità di singoli aspetti del sistema. Ciò ha consentito il consolidarsi di quel carattere quasi esoterico<sup>89</sup> che ha contrassegnato fino a non molti anni orsono parte non trascurabile della dommatica giuspenalistica; essa, infatti, del tutto incurante dei principi fondamentali e senza la minima considerazione dei reali rapporti esistenziali, concepiva il suo compito unicamente nel dominio tecnicistico e nell'elaborazione della materia del diritto di tipo concettualistico.

Il sistema del diritto penale, assiologicamente orientato ai principi della politica criminale, tende, dunque, a pervenire ad una costruzione normativa vicina alla realtà, caratterizzata da ordine concettuale e chiarezza. Uno stretto collegamento tra norme giuridiche e realtà sociale è, infatti, la premessa per la costruzione di un sistema che aspiri ad esprimere una logica afferrabile dai destinatari, che in tale maniera possono comprendere, condividere e quindi rispettare i precetti normativi. Pertanto, compito del sistema diviene la ricerca di valutazioni "adeguate alla materia" (sia sotto il profilo della garanzia, che dell'efficienza), la loro descrizione, per renderle comprensibili ed ordinarle nelle loro connessioni strutturali e prescrittive<sup>90</sup>.

Per far ciò è necessario un legame imprescindibile con quelli che sono stati descritti da autorevole dottrina come "presupposti primordiali", in grado e in dovere di condizionare ogni politica criminale seria e legittima: la conoscenza delle cause del reato e gli effetti della pena<sup>91</sup>.

---

<sup>87</sup> "Un'esatta elaborazione sistematica può garantire risultati certamente univoci e uniformi, non però giusti da un punto di vista sostanziale", cfr. C.ROXIN, *Politica criminale*, cit., p. 40.

<sup>88</sup> F.BRICOLA, *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, cit., p. 11.

<sup>89</sup> S.MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 12.

<sup>90</sup> S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 27.

<sup>91</sup> G.MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, cit., p. 470.

Ne consegue che la comprensione sia del sistema nel suo complesso, che dei singoli istituti, passa innanzitutto attraverso l'attenta considerazione del complesso dei principi di fondo. Ciò significa, in altri termini, che ai fini della coerenza sistematica (che poi altro non è che la spia di legittimità e funzionalità del sistema) la correzione o la rimozione di soluzioni normative passa necessariamente attraverso intransigenti operazioni di verifica delle stesse in rapporto alle linee di fondo predeterminate<sup>92</sup>. Partendo dalla considerazione dell'esistenza della possibilità che vi siano contrasti delle singole scelte del legislatore con le opzioni fondamentali, sarà compito dell'interprete (dottrina e giurisprudenza) individuare e segnalare l'errore e, quindi, la mancata coerenza sul piano della logica interna nella singola soluzione<sup>93</sup>.

“Tutto questo implica che nella formulazione dei concetti e nella prassi ermeneutica si dovrà guardare all'unità dell'ordinamento, preoccupandosi, allora, non solo di dominare la materia dal punto di vista tecnicistico e interno alla singola norma, ma di cogliere con consapevolezza le relazioni normative di valore intrasistematiche e la praticabilità di interazioni con altri sistemi di controllo sociale. Specificamente, deve trattarsi di opzioni che siano espressione dei principi dello Stato sociale di diritto, e in ciò, in via di estrema sintesi sta, in concreto, l'impegno a assicurare, rendendole effettive, le garanzie di tipo sostanziale e formale in combinazione tra loro”<sup>94</sup>.

In quest'ambito la politica criminale assume la funzione garantistica di delimitazione dell'intervento punitivo statale.

E si viene così, in un certo senso, a ribaltare la concezione lisztiana del diritto penale come insuperabile barriera garantistica della politica criminale, considerati l'uno e l'altra come elementi completamente indipendenti ed opposti, mai in grado di compenetrarsi.

Tutto ciò dà vita a una scambievole limitazione che finisce con l'ampliare l'ambito delle garanzie, sia formali che sostanziali: il diritto penale con il suo impianto sistematico resta il “limite invalicabile della politica criminale”<sup>95</sup>, ma la politica criminale, in base a quanto atteso per esigenze

---

<sup>92</sup> S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 25.

<sup>93</sup> *Ibidem*.

<sup>94</sup> S.MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 13.

<sup>95</sup> G.V.DE FRANCESCO, *In tema di rapporti tra politica criminale e dommatica*, cit., p. 30; F.LISZT, *Teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano 1962, p. 80. Secondo Liszt il diritto penale ha il compito di tutelare non la comunità, ma il singolo che si rivolta contro di essa; alla politica criminale è demandata, invece la prevenzione dei crimini, cioè il compito sociale di elaborare metodi e misure conformi allo scopo e stabilire i punti di riferimento in base ai quali vanno commisurate le sanzioni.

di efficienza del sistema nel suo complesso, diviene il limite del diritto penale, che risulta condizionato nella sua azione rispetto a quel tipo di esigenze<sup>96</sup>.

L'antinomia lisztiana, se viene, da una parte, superata nell'atto in cui le valutazioni di politica criminale trovano riconoscimento nella parte generale del diritto penale, raffiora, dall'altra, in quanto le due sfere valutative restano tra loro indipendenti<sup>97</sup>. Si perviene cioè a un doppio criterio di valutazione, secondo il quale ciò che è dommaticamente esatto può essere errato dal punto di vista della politica criminale<sup>98</sup>.

Nella visione lisztiana, la contrapposizione si gioca in termini netti: al mondo terso e puro della dogmatica si contrappone l'efficientismo, l'empiria e la pura idea di scopo della politica criminale<sup>99</sup>.

Il raggiungimento dell'unità sistematica tra politica criminale e diritto penale secondo Roxin va visto come uno dei compiti fondamentali dell'ordinamento. "La vincolatività del diritto ed il finalismo della politica criminale non possono essere in contraddizione, ma devono ricondursi a sintesi, così come Stato di diritto e Stato sociale non costituiscono in realtà inconciliabili opposti, bensì una unità dialettica"<sup>100</sup>.

La certezza del diritto e la conformità agli scopi della politica criminale non possono corrispondere a due aspetti differenti dell'organizzazione statale, l'aspetto sociale e l'aspetto garantistico, ma devono essere portati a sintesi nello stesso modo in cui lo Stato di diritto.

Sotto il profilo assiologico-sostanziale vanno, infine, considerate anche le esigenze di coerenza del sistema che, al di là di pur significative prospettive di ordine epistemologico-formale, esprime un notevole momento di garanzia e di aggregazione di consensi<sup>101</sup>.

È in rapporto ai principi costituzionali che vanno valutato i tratti dell'involutione che ha coinvolto prassi e legislazione. Tra l'altro, non si tratta semplicemente di momenti riconducibili al carattere emergenziale della "lotta" contro fenomeni criminali di eccezionale gravità; vengono infatti in considerazione disfunzionalità di carattere funzionale legate all'ipertrofia del diritto penale, che non mancano di ripercuotersi negativamente anche sul corretto funzionamento del processo. Secondo

---

<sup>96</sup> S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 30.

<sup>97</sup> F.BRICOLA, *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, cit., p. 10.

<sup>98</sup> C.ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, cit., p. 45.

<sup>99</sup> F.BRICOLA, *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, cit., p. 10.

<sup>100</sup> C.ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, cit., p. 46.

<sup>101</sup> S.MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 16.

una perversa spirale, le difficoltà processuali, di ordine prevalentemente probatorio ma non solo<sup>102</sup>, finiscono poi con l'ispirare scelte legislative, quanto meno discutibili relativamente ad alcuni principi elementari di garanzia, come quelli di materialità, offensività e determinatezza, e la stessa personalità della responsabilità penale<sup>103</sup>.

La piena consapevolezza della dimensione funzionale che va riconosciuta ai principi sinteticamente riportati, non solo nell'ambito di indagini e ricostruzioni di tipo dottrinale, ma anche, e soprattutto, in riferimento all'attività di formazione e al momento dell'applicazione giurisprudenziale, porta in primo piano il ruolo strumentale del diritto penale; quale delicatissimo *instrumentum regni*, esso rivela, infatti, chiaramente la sua dimensione politica, perseguendo finalità che riflettono immediatamente i veri obiettivi che lo Stato realizza ed intende realizzare<sup>104</sup>.

Non tutto ciò che può apparire opportuno dal punto di vista criminologico; è necessariamente legittimo alla luce dei principi costituzionali<sup>105</sup>.

Ciò che catalizza l'attenzione del giurista nell'analisi della norma non è esclusivamente la convenienza dello scopo, che è già stata valutata nell'ambito dell'analisi politico criminale, ma la conformità dei mezzi adoperati<sup>106</sup> rispetto all'assetto fondamentale dell'ordinamento giuridico. In questa prospettiva, l'intervento penale si giustifica nella misura in cui si riesce ad armonizzare la sua necessità per il bene della società con il diritto, anch'esso da garantire, del soggetto al rispetto dell'autonomia e della dignità della sua persona<sup>107</sup>.

La lungimiranza del costituente italiano consente che si abbia una identità di risultati: i principali postulati della politica criminale moderna non solo armonizzano con il nostro quadro costituzionale, ma hanno la virtù di trasformare l'istanza politica di adeguamento del diritto penale alla Costituzione in un'esigenza di razionalità ed efficacia politico-criminale<sup>108</sup>.

---

<sup>102</sup> Basti pensare alla durata snervante dei processi al giorno d'oggi in Italia.

<sup>103</sup> S.MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 16.

<sup>104</sup> S.MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 17.

<sup>105</sup> Per lungo tempo questa possibile divaricazione è rimasta occultata da una quantità di dogmi, soprattutto dalle varie teorie sulla pena, concepite come altrettante risposte definitive a un problema immutabile, sottratto a ogni verifica, empirica o costituzionale. Oggi, invece, almeno nelle prese di posizione più consapevoli del dibattito internazionale, tutte le concezioni del diritto penale e della pena vengono metodicamente sottoposte al banco di prova delle più mature indagini criminologiche e al successivo controllo dei limiti di legittimità dell'intervento della pena statale come strumento di politica criminale. Cfr. G.MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, cit., p. 471.

<sup>106</sup> S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 81.

<sup>107</sup> S.MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 18.

<sup>108</sup> G.MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, cit., p. 471.

Giudicato per fatti offensivi di beni giuridici, secondo la misura della sua persona, e non in quanto strumento per la realizzazione di scopi altrui, il soggetto adempie gli obblighi di responsabilità che sorgono dalla commissione del fatto di reato, nell'interesse della società di cui fa parte, senza per questo degradare da persona a cosa<sup>109</sup>.

Ad ostacolare questo compito si oppone fortemente il freno delle valutazioni irrazionali ed emotive. Il compito dello Stato è di reinserire il reo nella società dopo il reato, nel tentativo di recuperare ciò che la politica sociale ha trascurato di fare per lui prima della commissione del reato<sup>110</sup>.

Darsi una linea meditata e razionale di politica criminale non è quindi un'esigenza intellettualistica avulsa dalla realtà: come tutto sembra dimostrare, è, invece, un compito impellente e prioritario di ingegneria sociale e politica<sup>111</sup>.

Qualora ciò non accadesse, sarebbe lo stesso diritto penale a violare la legalità e, quindi, sul piano sostanziale, i diritti del singolo o della collettività che, in premessa, intendeva tutelare.

---

<sup>109</sup> C.BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, in *Opere scelte*, Milano 1839, p. 55.

<sup>110</sup> G.MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, cit., p. 478.

<sup>111</sup> G.MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, cit., p. 469.

## **I PRINCIPI DEL DIRITTO PENALE**

### **1. Il problema della legalità**

Il principio di legalità<sup>112</sup> è uno dei migliori strumenti per la realizzazione delle finalità della pena ed è uno dei massimi strumenti posti a tutela dell'individuo<sup>113</sup>.

È per questo motivo che l'ordinamento non si limita a posizionarlo in una legge ordinaria, che potrebbe facilmente essere modificata, con la sola maggioranza al governo.

Il principio di legalità apre il codice penale, l'art. 1 recita "Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite".

L'art. 2, co. 1, c.p.: "Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato".

Lo troviamo nelle preleggi all'art 14: "Le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e tempi in esse considerati"<sup>114</sup>.

Ma il massimo grado di protezione risiede nella Costituzione, che può essere modificata esclusivamente con un largo consenso e con un procedimento rinforzato, che non si limiti all'assenso della semplice maggioranza parlamentare, ma che vada oltre.

Ed è lì che all'art. 25, co.2, Cost. si prevede "Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso".

Questo quadro normativo si arricchisce mediante la ratifica, attraverso la legge costituzionale n. 848/1955, della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950, che all'art. 7 testualmente stabilisce: "Nessuno può essere condannato per

---

<sup>112</sup> Cfr. S.FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Milano 1973, p. 659 e ss.

<sup>113</sup> "Finché noi ci sforzeremo di tutelare la libertà del singolo cittadino dall'arbitrio senza limiti del potere statale, fino a quando ci atterremo saldamente al principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, fino ad allora la difficile arte di un'interpretazione della legge che operi secondo regole scientifiche conserverà il suo più alto significato politico". Così F.LISZT, *La teoria dello scopo*, cit., p. 434.

<sup>114</sup> F.PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 101 e ss.

un'azione o una omissione che al momento in cui fu commessa non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale”.

Naturalmente è con un'interpretazione sistematica che il principio di legalità prende corpo, nella sua pienezza<sup>115</sup>.

La pena è la più dura e distruttiva forma di intervento dello Stato sull'individuo<sup>116</sup>, intervento che il legislatore dovrebbe utilizzare solo e soltanto quando tutte le altre strade si sono dimostrate inefficaci, quando tutti i tentativi sono risultati vani. Dev'essere il popolo a scegliere, a decidere attraverso la rappresentanza parlamentare<sup>117</sup> a quali limitazioni sottostare, quali sono i beni che ritiene più importanti e che intende difendere con quest'arma così affilata<sup>118</sup>.

Volontà che viene comunicata e concretizzata attraverso i rappresentanti dei cittadini seduti in parlamento<sup>119</sup>, che nella incessante dialettica tra maggioranza e opposizione dovrebbero cercare l'espressione legislativa (formale e sostanziale) che più si avvicina alle aspettative e alle necessità degli elettori<sup>120</sup>.

La formulazione deve essere “chiara, precisa ed esauriente”<sup>121</sup>. Non può essere onnicomprensiva e generica, perché in quel caso sarà molto più difficile evitare il ricorso a criteri valutativi ampi, che potrebbero rendere evanescente il confine tra interpretazione della norma e creazione di essa, in ciò avvicinandosi notevolmente all'interpretazione analogica (vietata espressamente dall'art.14 delle preleggi)<sup>122</sup>. È la norma stessa, quando è indeterminata che spinge l'interprete a passare dall'interpretazione alla vera e propria creazione. È proprio da questo tipo di attività che provengono i rischi maggiori per la legalità del sistema e, dunque, per la certezza del diritto e la libertà dell'individuo.<sup>123</sup>

---

<sup>115</sup> S.MOCCIA, *La promessa non mantenuta. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli 2001, p. 27.

<sup>116</sup> F.BRICOLA, *Commentario della Costituzione*, fondato da G. BRANCA e continuato da A.PIZZORUSSO, vol. 4, Bologna 1975, p. 232.

<sup>117</sup> F.PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale: la fattispecie*, Padova 1979, p. 40.

<sup>118</sup> S.MOCCIA, *La promessa non mantenuta*, cit., p. 18.

<sup>119</sup> Cfr. G.MARINUCCI-E.DOLCINI, *Corso di diritto penale*, III ed. Milano 2001, p.24.

<sup>120</sup> I quali si aspettano che tale esercizio di potere avvenga “non già arbitrariamente, ma per il suo bene e nel suo interesse”, G.BRANCA, *Commentario della Costituzione*, cit., p. 232.

<sup>121</sup> A.FEUERBACH, *Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs in einem peinlichen Gesetzbuche*, 1804, vol. II, p.33.

<sup>122</sup> S.MOCCIA, *La promessa non mantenuta*, cit., p. 29.

<sup>123</sup> S.MOCCIA, *La promessa non mantenuta*, cit., p. 30.

Non sono solo questi gli obiettivi che si riescono a raggiungere quando il principio di legalità spiega tutta la sua potenza sull'ordinamento; esiste un ulteriore livello di efficacia, che si realizza nella finalità della pena.

È Anselm Feuerbach che, tra la fine del XVIII e l'inizio del XIX secolo, nel quadro di una vigorosa valorizzazione dei diritti dell'uomo, operata dalla tradizione giusnaturalistico-illuministica delinea con precisione il principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* e lo considera come estremo baluardo a difesa della libertà dell'individuo dall'ingerenza statale e come strumento della funzione della pena.<sup>124</sup>

A fondamento della finalità generalpreventiva è necessario il momento di aggregazione di consensi, che si ottiene solo quando la norma è chiara: l'agente comprende facilmente l'imposizione legislativa e decide se condividerla e rispettarla: intorno a norme imprecise e oscure non sarebbe possibile ottenere tale aggregazione<sup>125</sup>.

Il principio di legalità si caratterizza quindi per l'accessibilità della norma penale alla conoscenza dei suoi destinatari.<sup>126</sup>

Il cittadino deve essere in grado di sapere quando il suo comportamento lo priva della libertà.

“Se infatti il fine della comminatoria della pena risiede nell'intimidazione di potenziali delinquenti, l'effetto motivante così perseguito può essere raggiunto solo se il comportamento vietato viene fissato nella legge prima del fatto e nel modo più preciso possibile. Se manca una legge preesistente al fatto ovvero se la legge è imprecisa, non può prodursi nessun effetto di intimidazione, perché nessuno sa se il suo comportamento porterà con sé o no una pena”<sup>127</sup>.

Selezionare nella gamma delle fonti di produzione del diritto escludendone alcune, imporre particolari requisiti di formulazione delle norme penali, limitarne le possibili tecniche applicative, significa ritenere alcune fonti più idonee e adatte di altre a esprimere norme del diritto penale.<sup>128</sup>

L'art. 25 Cost. opera sul piano delle fonti, selezionando quelle che sono costituzionalmente autorizzate a produrre diritto penale.

---

<sup>124</sup> S.MOCCIA, *La promessa non mantenuta*, cit., p. 14.

<sup>125</sup> S.MOCCIA, *La promessa non mantenuta*, cit., p. 86; F.MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova 2007, p. 48.

<sup>126</sup> Cfr. F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 93.

<sup>127</sup> C.ROXIN, *Strafrecht*, A.T., Bd 1 III ed., 1997, p. 103.

<sup>128</sup> Cfr. F.PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 92.

La riserva di legge formale, concentrando nella fonte legislativa la produzione normativa penale<sup>129</sup>, dovrebbe garantire il primato dell'organo parlamentare nel processo di formazione del diritto, riducendo al contempo il ruolo del potere esecutivo e di quello giudiziario.<sup>130</sup>

Tale sistema si fonda sul postulato della divisione dei poteri<sup>131</sup>, elaborato da Montesquieu.<sup>132</sup>

La funzione garantista è altresì individuata nel controllo di costituzionalità ad opera della Corte costituzionale e nel controllo di merito mediante il referendum abrogativo<sup>133</sup>.

L'incidenza del principio di legalità varia notevolmente a seconda del valore relativo o assoluto<sup>134</sup> della riserva e a seconda del peso del contributo integratore da parte delle fonti sublegislative<sup>135</sup>.

La dottrina appare unanime nel considerare tale riserva nel suo carattere assoluto<sup>136</sup>, anche se i dissensi riprendono sulla definizione dei limiti dell'assoluto ovvero sull'ambito dell'estensione della riserva.

La prassi parlamentare ammette il decreto legge e il decreto legislativo<sup>137</sup> quali fonti di norme penali<sup>138</sup>.

Per quanto riguarda i decreti legislativi, parte della dottrina subordina la legittimità del ricorso a tale strumento alla condizione che la delega legislativa sia improntata a "rigore, analiticità e chiarezza".<sup>139</sup> In presenza di tali requisiti, il suo utilizzo risulta conforme al principio di cui all'art. 25 Cost.

---

<sup>129</sup> Nel concetto di legge formale va senz'altro ricompresa la legge costituzionale che è anch'essa espressione del volere del parlamento, anzi il suo valore di composizione di interessi aumenta se si pensa che il procedimento di formazione della legge costituzionale è sottoposto a vincoli formali e *quorum* molto più alti della legge ordinaria. Cfr. G.MARINUCCI-E.DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 64.

<sup>130</sup> Cfr. F.PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 102; F.BRICOLA, *Commentario della Costituzione*, cit., p. 232; Nonostante la portata garantistica del principio, questa è oscurata da due limiti va a "costituire un ostacolo alla difesa sociale contro il crimine e legittimare una frattura tra criminalità legale e reale, oltre a non offrire garanzie contro l'arbitrio dello Stato - legislatore". Così F.MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 9.

<sup>131</sup> F.PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 94.

<sup>132</sup> C.MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, trad. it. Boffito Serra, Beatrice, Torino 1965, p. 276 e ss.; F.PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit. p. 138.

<sup>133</sup> Cfr. F.MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 42.

<sup>134</sup> Per "riserva di legge assoluta" s'intende esclusione totale del contributo di fonti diverse dalla legge (o degli atti aventi forza di legge) nella produzione della norma penale, tanto nella sua parte precettiva che in quella sanzionatoria.

<sup>135</sup> Cfr. F.MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 46; G.FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, V ed., Bologna 2007, p. 51 e ss.

<sup>136</sup> F.BRICOLA, *Commentario della Costituzione*, cit., p. 239.

<sup>137</sup> Si parla di relativizzazione della riserva di legge in materia penale. Cfr. F.PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 114.

<sup>138</sup> G.MARINUCCI-E.DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 41; G.FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 54; G.INSOLERA ET AL., *Introduzione al sistema penale*, III ed., Torino 2006, p. 132 e ss.

<sup>139</sup> M.ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol I, sub art 1, Milano 2004, p. 34.

A questo argomento si può opporre un duplice ordine di ragioni: in primo luogo, la prassi delle deleghe legislative è lontana dagli *standard* di “rigore, analiticità e chiarezza” auspicati dalla dottrina; in secondo luogo, non si può in alcun modo evitare che all’esecutivo sia conferito un potere, anche se limitato, di scelte politiche in materia penale, e soprattutto di scelte politico-criminali, che necessiterebbero sempre, anche nei dettagli, di un consenso e discussioni maggiori di quelli che offre il potere esecutivo.<sup>140</sup>

La Corte costituzionale, si è spesso pronunciata in materia, giungendo però a una conclusione che è volta a “respingere l’equivoco che la determinazione dei “principi e criteri direttivi”, richiesta dall’art.76 della Costituzione per una valida delegazione legislativa, elimini ogni discrezionalità nell’esercizio della delega, essendo vero, al contrario, che tale discrezionalità sussiste in quell’ambito che principi e criteri, proprio perché tali, circoscrivono ma non eliminano”<sup>141</sup>, i principi ed i criteri stabiliti nella legge delega lasciano, dunque “salvo il potere (dell’esecutivo) di valutare le specifiche e complesse situazioni da disciplinare”<sup>142</sup>. Ci troviamo quindi di fronte a una scelta di compromesso.

Perché è evidente che le motivazioni alla base del principio di legalità non si possono aggirare con il decreto delegato, ogni singola parola del testo di legge dovrebbe essere discussa in parlamento, nel conflitto-confronto tra maggioranza e opposizione, essendo pochi (forse) gli argomenti che richiedono più attenzione e riflessione delle scelte di politica criminale; sarebbe quindi giusto dare loro lo spazio e il tempo di cui necessitano.

Infine, la garanzia della legalità deve intendersi estesa alla fase dell’esecuzione della pena: più flessibile nelle fasi dell’esecuzione prettamente ispirate alla finalità rieducativa, il controllo di legalità deve invece farsi più rigoroso allorchè stanno in primo piano le esigenze della disciplina e della sicurezza<sup>143</sup>.

---

<sup>140</sup> G.MARINUCCI-E.DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 44.

<sup>141</sup> Corte Cost., 22 marzo 1971, n. 56 in G.MARINUCCI-E.DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 44.

<sup>142</sup> Corte Cost., 13 maggio 1987, n.156 in G.MARINUCCI-E.DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 44.

<sup>143</sup> F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza in diritto penale*, Padova 1979, p. 232 e ss.

## 1.1 Tassatività e determinatezza della fattispecie

Affinché il principio di legalità adempia ad una reale funzione di garanzia, la redazione delle norme deve conformarsi a principi di tassatività e determinatezza, che permettano di ricondurre il fatto concreto al modello legale.<sup>144</sup> Tassatività e determinatezza vengono spesso usati come sinonimi: in realtà è possibile una distinzione concettuale.

La determinatezza si riferisce alla formulazione della fattispecie, è funzionale, quindi, a indirizzare l'attività produttiva del legislatore; la tassatività (che presuppone a sua volta la preesistenza di norme determinate) riguarda il momento dinamico dell'applicazione della norma e ha la funzione di impedire l'estensione della norma a casi non previsti: quanto più precisa sarà la norma, tanto più netti risulteranno i limiti del suo ambito applicativo<sup>145</sup>.

È giustificato il riferimento contestuale dei due termini, perché è forte la correlazione logica tra i due concetti. Tanto più determinata sarà la descrizione legislativa del reato, tanto più il giudice sarà vincolato dal contenuto del precetto<sup>146</sup>.

Il primo problema che si prospetta all'interprete è individuare la posizione del precetto nella gerarchia delle fonti, perché la tutela più intensa necessita l'inserimento della norma nella Carta costituzionale, che a differenza della legge ordinaria (consistente in una autolimitazione che il legislatore stesso si pone e a cui potrebbe facilmente derogare), è configurabile come una limitazione imposta dal sistema al legislatore, che non può violarla senza incorrere nella disapprovazione della Corte costituzionale, che agirà con gli strumenti giuridici che le sono proprio per porvi rimedio.

Tale analisi pone un problema: la Costituzione non prevede espressamente l'obbligo di determinatezza/tassatività.

È possibile risalire al principio di determinatezza/tassatività con un'interpretazione sistematica<sup>147</sup>, muovendo dall'art. 13 Cost.: “non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione, o di

---

<sup>144</sup> C.FIORE-S.FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 72.

<sup>145</sup> S.MOCCIA, *La promessa non mantenuta*, cit., p. 13; G.INSOLERA ET AL., *Introduzione al sistema penale*, cit., p. 154; F.MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 59; F.PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., p. 10.

<sup>146</sup> C.FIORE-S.FIORE, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 73; Cfr. F.PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 130 “non si tratta, quindi [...] di scongiurare arbitrii che potrebbero essere consumati dai giudici [...] si tratta, più esattamente di confermare anche nel momento applicativo della legge quel principio democratico che nel momento della sua produzione è assicurato dalla riserva di legge”.

perquisizione personale, se non per atto motivato dall'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi descritti dalla legge"; la norma è diretta a disciplinare un aspetto processuale, in riferimento alle misure cautelari. Se si impongono determinatezza e tassatività per le norme che prevedono misure strumentali al processo, a maggior ragione (argomento *a fortiori*) devono essere richieste per le norme che contemplano una pena definitiva.

Una seconda tappa ci porta all'art. 112 Cost.: "il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale". Ciò comporta che un tessuto normativo con maglie larghe, non improntate al principio di tassatività e determinatezza non permetterebbe di identificare i casi di violazione dell'obbligo costituzionale, lasciando l'azione penale alla piena discrezionalità del p.m.<sup>148</sup>, e non permetterebbe al contempo l'esercizio completo del diritto di difesa, non potendo il pubblico ministero formulare un'imputazione precisa a conseguenza della generalità del paradigma normativo, che permetta all'imputato e al suo difensore di costruire la difesa il cui diritto è costituzionalmente garantito all'art. 24, co. 2, Cost.<sup>149</sup> Arriva addirittura a incidere sul principio di correlazione tra imputazione contestata e sentenza *ex art.* 521 c.p.p., necessitando che l'accusa sia fin dal principio chiara e precisa nell'oggetto<sup>150</sup>.

Oggi non si dubita affatto del fondamento costituzionale del principio.<sup>151</sup>

È necessario che l'ordinamento garantisca l'effettività di tutti questi principi, perché non avrebbe senso postulare un monopolio del potere legislativo, se poi al giudice fosse consentito di applicare la norma anche a casi da questa non previsti espressamente.

Autorevole dottrina utilizza una terminologia diversa, che aggiunge al principio di tassatività e determinatezza, utilizzati con accezioni diverse, il principio di precisione<sup>152</sup>.

Il principio di determinatezza, viene considerato, secondo questa classificazione come posto a fondamento dell'esigenza che le norme penali descrivano fatti suscettibili di essere accertati e provati nel processo attraverso i criteri messi a disposizione dalla scienza e dall'esperienza

---

<sup>147</sup> F.BRICOLA, *Commentario della Costituzione*, cit., p. 257 e ss.

<sup>148</sup> C.FIORE-S.FIORE, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 72; S.MOCCIA, *La promessa non mantenuta*, cit., p. 98 e ss.

<sup>149</sup> L'art. 24, co. 2, Cost. recita: "La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento".

<sup>150</sup> S.MOCCIA, *La promessa non mantenuta*, cit., p. 100.

<sup>151</sup> G.INSOLERA ET AL., *Introduzione al sistema penale*, cit., p. 156 e ss.

<sup>152</sup> G.MARINUCCI-E.DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 17- 18 e p. 119 e ss. Secondo gli Autori, è il principio di precisione che prevede l'obbligo del legislatore di disciplinare il reato e la sanzione con precisione.

attuale<sup>153</sup>. Il principio di tassatività viene, in quest'ottica, pensato come il divieto di estendere la disciplina contenuta nelle norme incriminatrici oltre i casi espressamente previsti, nonostante si possa riscontrare in tali fattispecie l'*eadem ratio* alla base della norma incriminatrice.<sup>154</sup>

La determinatezza della norma è funzionale alla realizzazione di esigenze di certezza e di uguaglianza.

La certezza è un principio fondamentale del nostro sistema giuridico, ma particolarmente nell'ambito penale si colloca alla base di un processo logico che sfocia nella prevenzione generale: permette, infatti, la conoscibilità della norma da parte del destinatario, che a sua volta dà possibilità al soggetto di determinare pienamente e liberamente le proprie azioni, in modo da giustificare l'applicazione della pena, in caso di infrazione del divieto (o dell'obbligo) penale, nel pieno rispetto del principio di personalità della responsabilità penale (art. 27, co. 1, Cost.).

Se il soggetto non fosse in condizione di poter calcolare preventivamente le conseguenze della propria condotta, non sarebbe in grado di esercitare la facoltà di autodeterminazione e quindi sarebbe vulnerato l'esercizio della sua libertà.<sup>155</sup>

È evidente che può essere chiamato a responsabilità penale per un fatto unicamente il reo, che, prima della realizzazione del fatto, sapeva, o almeno poteva sapere che la sua condotta era vietata. E tutto ciò presuppone, ovviamente, che l'illiceità del fatto fosse chiaramente determinata nella norma di riferimento<sup>156</sup>: la conoscibilità dei precetti è una condizione assolutamente necessaria per la corretta funzionalità del sistema<sup>157</sup>.

---

<sup>153</sup> G.MARINUCCI-E.DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 163; Il legislatore "non può punire...nessun fatto che non è riconoscibile all'esterno e che non può essere compiutamente provato in concreto". A.FEUERBACH, *Revision des positiven peinlichen Rechts*, II, 1800, rist. 1966, p. 12. Tale principio è stato posto dalla Corte costituzionale a fondamento della dichiarazione di illegittimità dell'art 603 c.p. che incriminava il delitto di plagio, statuendo che l'articolo descriveva un'ipotesi "non verificabile nella sua effettuazione e nel suo risultato", a cui conseguiva "l'assoluta arbitrarietà della sua concreta applicazione" Corte costituzionale 8 giugno 1981 n. 96, cfr. G.MARINUCCI-E.DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 164.

<sup>154</sup> G.MARINUCCI-E.DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 167 e ss.

<sup>155</sup> F.PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 93; F.PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., p. 163.

<sup>156</sup> S.MOCCIA, *La promessa non mantenuta*, cit., p. 83; G.MARINUCCI-E.DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 121; G.FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 68.

<sup>157</sup> G.INSOLERA ET AL., *Introduzione al sistema penale*, cit., p. 158.

La sanzione irrogata senza che l'individuo fosse in grado di conoscere la norma determina una forte violazione dei principi costituzionali posti a tutela della personalità, operando una violenta strumentalizzazione del soggetto per finalità generalpreventive di mera intimidazione altrui.<sup>158</sup>

La parità di trattamento si colloca, anch'essa, sulla scia della determinatezza normativa: quanto più dettagliata sarà la formulazione della fattispecie incriminante, tanto più semplice sarà l'applicazione giudiziale, tanto più basso sarà il rischio di disegualianza di trattamento di fatti eguali<sup>159</sup>.

La determinatezza viene affidata in prima battuta al linguaggio: affinché il principio sia rispettato il linguaggio legislativo deve essere "semplice, ma preciso, chiaro, ma anche intellegibile"<sup>160</sup> così che lo possa comprendere il giudice ma soprattutto il cittadino<sup>161</sup>.

Secondo il risalente pensiero illuminista, "è un male l'oscurità e lo sarà grandissimo se le leggi sieno scritte in una lingua straniera al popolo, che lo ponga nella dipendenza di alcuni pochi, non potendo giudicare da se stesso quale sarebbe l'esito della sua libertà, o de' suoi membri; in una lingua che forma un libro solenne e pubblico, quasi privato e domestico"<sup>162</sup>.

Qual è la ricetta normativa che permetta una espressione linguistica e contenutistica che sia il più possibile rispettosa del principio di determinatezza? È necessario il "rispetto integrale e combinato di tutti i principi che presiedono alla formulazione di norme penali: in particolare del principio di offensività, materialità, sussidiarietà e frammentarietà, personalità della responsabilità penale".<sup>163</sup>

È determinata solo la norma che descriva dettagliatamente l'offesa, in termini di danno o di concreto pericolo<sup>164</sup>, di un bene giuridico, dotato di un verificabile substrato empirico<sup>165</sup>; essa, inoltre deve descrivere in via diretta, evitando estenuanti rinvii ad altre fonti, una condotta esteriormente riconoscibile e dimostrabile in un processo, che risulti anche idonea, in proporzione ad aggredire il bene giuridico; deve indicare, infine, la fattispecie soggettiva e consentire ai consociati di riconoscere, evitando un linguaggio esoterico, l'oggetto del divieto<sup>166</sup>.

---

<sup>158</sup> S.MOCCIA, *La promessa non mantenuta*, cit., p. 84.

<sup>159</sup> Cfr. F.PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 130 e ss.; S.MOCCIA, *La promessa non mantenuta*, cit., p. 19.

<sup>160</sup> A.FEUERBACH, *Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs*, cit., p.20.

<sup>161</sup> G.MARINUCCI-E.DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 20.

<sup>162</sup> C.BECCARIA, *De' delitti e delle pene*, in *Opere scelte*, Milano 1839, p. 13.

<sup>163</sup> S.MOCCIA, *La promessa non mantenuta*, cit., p. 31.

<sup>164</sup> La norma che descrive, anche in modo determinato, una fattispecie di pericolo che non supera il rischio consentito sfocia nell'imputazione oggettiva, perché l'evento non è attribuibile all'agente. Cfr. S.MOCCIA, *La promessa non mantenuta*, cit., p. 74.

<sup>165</sup> S.MOCCIA, *La promessa non mantenuta*, cit., p. 58 e ss., 112 e ss.

<sup>166</sup> S.MOCCIA, *La promessa non mantenuta*, cit., p. 31-32.

La tassatività, come accennato, investe il momento applicativo: vincola il giudice ad un'interpretazione che rifletta il tipo descrittivo così come legalmente configurato.

È l'altra faccia della garanzia offerta al cittadino, che in questo caso viene preservato dall'“arbitrio”<sup>167</sup> del giudice. È necessario, però che il principio di tassatività trovi il suo completamento in quello di determinatezza<sup>168</sup>; una norma vaga e imprecisa non ci permette di distinguere quando l'attività del giudice si qualifica come pienamente discrezionale, e capricciosa, da quando opera nel pieno rispetto delle regole.

È necessaria quindi, da un lato la formulazione chiara e precisa della fattispecie, realizzata dal legislatore al momento della creazione normativa, dall'altro l'impegno a porre le condizioni perché siano scongiurate eccessive oscillazioni interpretative da parte del giudice, con la conseguenza di regolare in maniera più rigida l'attività ermeneutica, fino al divieto di analogia<sup>169</sup>.

## 1.2 Il divieto di analogia

Punto cruciale della legalità, l'analogia è il “procedimento attraverso cui vengono risolti i casi non previsti dalla legge estendendo ad essi la disciplina prevista per i casi simili (*analogia legis*) o altrimenti desunta dai principi generali del diritto (*analogia juris*)”.<sup>170</sup>

All'esclusione dell'interpretazione analogica si sarebbe senza dubbio pervenuti attraverso l'applicazione del principio di legalità anche senza una norma *ad hoc*. Il divieto è reso esplicito dall'art. 14, delle disp. sulla legge in gen., nella parte in cui dispone che “le leggi penali e quelle che fanno eccezione alle regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati”. Il divieto è inoltre desumibile dall'art. 1, c.p.<sup>171</sup> e più precisamente dall'avverbio «espressamente», che qualifica la previsione legislativa del fatto di reato, escludendo così la punibilità dei fatti che non siano «espressamente» previsti come reati<sup>172</sup>.

---

<sup>167</sup> S.MOCCIA, *La promessa non mantenuta*, cit., p. 16; F.BRICOLA, *Commentario della Costituzione*, cit., p. 232.

<sup>168</sup> S.MOCCIA, *La promessa non mantenuta*, cit., p. 30.

<sup>169</sup> S.MOCCIA, *La promessa non mantenuta*, cit., pag. 17; autorevole dottrina, ha sostenuto, che il principio di tassatività si pone come limite anche per la dottrina stessa, precludendo l'elaborazione di categorie dogmatiche dai contorni imprecisi e impalpabili, cfr. F.BRICOLA, *Commentario della Costituzione*, cit., p. 258.

<sup>170</sup> Cfr. F.MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 69; G.FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 94; G.INSOLERA ET AL., *Introduzione al sistema penale*, cit., p. 163; C.FIORE-S.FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 78.

<sup>171</sup> M.BOSCARRELLI, *Analogia e interpretazione estensiva nel diritto penale*, Palermo, 1955, p. 88 e ss.

<sup>172</sup> F.PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 138.

Lo stesso principio vale per le misure di sicurezza e per i presupposti della loro applicazione, come previsto dall'art. 199 c.p.

L'ordinamento non riesce mai a coprire tutte le fattispecie che necessitano di una disciplina normativa: produrrà inevitabilmente delle lacune.

Il ricorso all'analogia presuppone quindi l'esistenza delle lacune.

Le modalità attraverso cui si può far fronte alle lacune sono due: *l'argumentum a contrariis*, che si fonda sul principio dell'*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit* e il ragionamento *per similitudine*, completamente opposto al primo, che si fonda sul principio dell'*ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio*<sup>173</sup>.

Sul piano della logica giuridica i due criteri sono equivalenti, l'interprete potrebbe utilizzare indifferentemente uno dei due, la scelta del legislatore a favore dell'uno o dell'altro è metagiuridica, ovvero politica.

Per il diritto penale tale scelta non è più indifferente, anzi l'applicazione analogica, quella *per similitudine*, è vietata.

È necessario comprendere quali sono i casi in cui si ricade nell'interpretazione analogica, incorrendo nella violazione del divieto di cui all'art. 14 disp. sulla legge in gen., e i casi in cui non si corre tale rischio, rientrando l'attività nell'ambito della mera interpretazione<sup>174</sup>.

Il problema si pone, perché sussiste una difficoltà di distinzione originaria a causa dell'identità strutturale tra i due procedimenti interpretativi; ma ad una più attenta analisi si può notare come l'interpretazione in senso stretto si caratterizza per il fatto che l'interprete si muove all'interno dell'uso linguistico del termine, sia pure nella sua massima estensione; l'interpretazione analogica, invece, supera quel limite<sup>175</sup>.

Il divieto di analogia si configura come duplice limite: vincolo per il giudice e vincolo per il legislatore.

Il giudice deve evitare di andare al di là dei confini imposti dalla legge a ciascuna fattispecie criminosa, sostituendosi in tal caso al legislatore e creando norme incriminatrici applicabili a casi

---

<sup>173</sup> Cfr. F.MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 69; G.INSOLERA ET AL., *Introduzione al sistema penale*, cit., p. 164.

<sup>174</sup> G.ZACCARIA, *L'analogia come ragionamento giuridico*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen*, 1989, p. 1535.

<sup>175</sup> G.MARINUCCI-E.DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 170.; F.MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 71; C.FIORE-S.FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 80; autorevole dottrina sostiene che l'interpretazione estensiva, può essere invocata per mascherare abusi consistenti in autentiche violazioni del divieto di analogia, in materia cfr. G.INSOLERA ET AL., *Introduzione al sistema penale*, cit., p. 164.

simili, che risultino molto più ampie di quelle normativamente o testualmente previste<sup>176</sup>. La lettera della legge deve costituire per il giudice penale un limite invalicabile. “Alla radice di ogni procedimento analogico sta un’operazione valutativa degli interessi e dei contro interessi messi in gioco dalla fattispecie non prevista, molto simile a quella che è alla base delle scelte di tipizzazione”<sup>177</sup>. Alla base del divieto di analogia, c’è l’esigenza di evitare che tale ponderazione e componimento di interessi sia fatta dal giudice, operazione altamente valutativa degli interessi in gioco. Il giudice manca della legittimazione democratica, che invece sorregge il legislatore che risulta il soggetto per antonomasia delegato a queste scelte<sup>178</sup>.

Ma è nella *ratio* di garanzia che il divieto di interpretazione analogica esercita tutto il suo vigore<sup>179</sup>. Si configura, infatti, come strumento di tutela della libertà e dignità personale. Il procedimento analogico è naturalmente caratterizzato dall’incertezza, che minerebbe fortemente il principio di colpevolezza e metterebbe in pericolo la realizzazione della finalità generalpreventiva della pena.

E poi si correrebbe il rischio che, una volta superato l’argine, identificato nella lettera della legge, non si porrebbero più limiti all’analogia e il processo di “assimilazione”<sup>180</sup> si estendere a macchia d’olio, senza incontrare alcun freno, implicando un elevato pericolo per i diritti dell’individuo.

Il divieto di analogia non rileva esclusivamente nel momento applicativo, ma svolge una funzione di indirizzo, anche dell’attività legislativa: la formulazione della norma non deve essere tale da creare fattispecie ad analogia esplicita<sup>181</sup>, che si sostanziano nell’utilizzo di formule esemplificative e clausole di chiusura (come quando si fa riferimento a “altri casi simili”). È fatto divieto al legislatore di introdurre disposizioni che permettono il ricorso all’analogia in materia penale<sup>182</sup>.

Un tradizionale problema del divieto di analogia è quello della sua portata<sup>183</sup>. È pacifico che sia diretto a disciplinare le norme incriminatrici (e quelle che prevedono aggravanti), ma ci si chiede se si estenda a tutte le norme penali, anche quelle favorevoli (attenuanti, cause di giustificazione, cause di estinzione del reato e della pena).

---

<sup>176</sup> G.MARINUCCI-E.DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 168.

<sup>177</sup> C.MORSELLI, *Le fonti del diritto penale*, in *Indice pen.* 1990, p. 505.

<sup>178</sup> È in sostanza il principio del “monopolio legislativo” che sta alla base del divieto di analogia cfr. F.PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 140.

<sup>179</sup> F.MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 73.

<sup>180</sup> F.PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 140.

<sup>181</sup> F.BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano 1965, p. 299.

<sup>182</sup> G.MARINUCCI-E.DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 181; G.FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 96.

<sup>183</sup> C.FIORE-S.FIORE, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 81.

Se si prede in considerazione la *ratio* posta base del divieto di analogia l'esigenza di certezza, allora bisogna dedurne che l'incertezza la si riscontra sia nell'ipotesi in cui l'analogia investe le norme sfavorevoli che quelle favorevoli. Il divieto di analogia si atteggia in questo caso come divieto assoluto. Se invece si parte dall'esigenza di garanzia alla base del divieto, che dalla lettura dell'art. 25, co. 2, Cost.<sup>184</sup> si desume essere prevalente, si può dedurne che l'applicazione analogica della norma favorevole al reo non implica alcuna lesione della sua libertà<sup>185</sup> e che quindi il nostro ordinamento permette, secondo un orientamento consolidato, l'analogia in *bonam partem*<sup>186</sup>.

Per comprendere a pieno il vigore garantistico del divieto di analogia, basti pensare che in Germania nel 1935 le forze nazionalsocialiste modificarono la portata dell'art. 2 *RStGB*, introducendo la possibilità di interpretazione analogica delle fattispecie di reato. Fu così che l'ingerenza statale non avrebbe più trovato ostacoli, né limiti<sup>187</sup>.

Il coevo Codice Rocco subisce scelte formalmente diverse, per raggiungere risultati molto simili.

Il principio di legalità all'art. 1 c.p. resta immutato, per dare un'apparenza garantistica, che sarà poi neutralizzata dalle scelte di parte speciale e da un sistema sanzionatorio durissimo<sup>188</sup>. “La legalità cessa di costituire un vincolo di subordinazione a norme superiori ed astratte e viene ridotta ad una parvenza formale per coonestare l'oppressione degli avversari”<sup>189</sup>

---

<sup>184</sup> G.FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 97.

<sup>185</sup> F.PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 142; G.FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 96.

<sup>186</sup> G.FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 97; G.INSOLERA ET AL., *Introduzione al sistema penale*, cit., p. 166; C.FIORE-S.FIORE, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 81; l'analogia in *bonam partem* è permessa solo nel caso in cui la norma applicabile non abbia carattere eccezionale, e in rapporto a quelle norme che pur essendo favorevoli e non eccezionali, siano però formulate in modo da non essere logicamente suscettibili di interpretazione analogica; in materia cfr. F.PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 143.

<sup>187</sup> S.MOCCIA, *La promessa non mantenuta*, cit., p. 33 e ss.; G.INSOLERA ET AL., *Introduzione al sistema penale*, cit., p. 177; F.MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 60.

<sup>188</sup> S.MOCCIA, *La promessa non mantenuta*, cit., p. 34.

<sup>189</sup> S.MOCCIA, *La promessa non mantenuta*, cit., op. loc. cit.

### **1.3 *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali.***

#### **L'irretroattività della legge penale**

Il principio di irretroattività (*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali*) si configura come corollario del principio di legalità<sup>190</sup>, secondo cui nessuno può essere punito in assenza di una legge scritta.

Il principio di irretroattività fa però, un passo in avanti: presuppone che la legge a fondamento della sanzione penale debba essere preesistente al fatto di reato; nessuno può essere punito in virtù di una legge entrata in vigore successivamente al fatto commesso<sup>191</sup>. È inoltre espressione del *favor libertatis*<sup>192</sup>, che secondo la genesi storica illuministica e la tradizione liberale ha sempre sorretto il principio di legalità nella sua triplice espressione della riserva di legge, della tassatività e dell'irretroattività<sup>193</sup>.

Il fondamento normativo di tale principio risiede innanzitutto nella Carta costituzionale, che all'art. 25, co.2, Cost. dice "Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso".

Tale principio svolge una funzione rilevante innanzitutto nell'ambito della prevenzione generale: non si può pretendere che la norma penale funga da orientamento<sup>194</sup> all'azione del cittadino se questi non è messo in condizione di conoscerla<sup>195</sup>. E d'altronde, non potrebbe essere altrimenti, visto che, al momento del suo comportamento, la norma non solo non era entrata in vigore, ma probabilmente non era stata neanche "pensata" dal legislatore. In uno Stato liberale di diritto, il cittadino deve poter sapere, prima di agire, le conseguenze penali in cui potrebbe incorrere<sup>196</sup>.

Vi sarebbe un conflitto anche con il principio di prevenzione speciale<sup>197</sup>, non essendo possibile rieducare chi, al momento della commissione del fatto, non poteva sapere di agire contro la legge, il

---

<sup>190</sup> C.FIORE-S.FIORE, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 85; F.PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 144; G.FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 75.

<sup>191</sup> G.INSOLERA ET AL., *Introduzione al sistema penale*, cit., p. 178; F.MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 78.

<sup>192</sup> F.PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., p. 34.

<sup>193</sup> F.MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 78; M.SINISCALCO, *Irretroattività delle leggi in materia penale*, Milano 1969, p. 95 e ss.

<sup>194</sup> G.MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, cit., p. 483.

<sup>195</sup> C.FIORE-S.FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 85; G.INSOLERA ET AL., *Introduzione al sistema penale*, cit., p. 184.

<sup>196</sup> G.MARINUCCI-E.DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 253.

<sup>197</sup> G.INSOLERA ET AL., *Introduzione al sistema penale*, cit., p. 184.

recupero del reo sarebbe ulteriormente ostacolato dal risentimento che questi coverebbe nei confronti dell'ordinamento, da cui crederebbe, a ragione, di aver subito un sopruso.

Le interpretazioni possibili dell'art. 25 Cost. contemplan, da un lato, un'esigenza di certezza<sup>198</sup>, dall'altro, un'esigenza di garanzia<sup>199</sup>. Proprio in relazione a queste chiavi di lettura si è polarizzato il dibattito sul principio dell'irretroattività, nella più recente dottrina italiana.

La *ratio* di certezza<sup>200</sup> si fonda sulla necessità che il cittadino sia cosciente, nel momento in cui agisce, di quali siano i confini che separano il lecito dall'illecito. In quest'ottica si riterrebbe incostituzionale *ex art. 25, co.2, Cost.* anche la retroattività della norma penale favorevole al reo, perché anche in quel caso si avrebbe incertezza. Le regole contenute nel co.2 e nel co. 3 dell'art. 2 c.p. sarebbero così incostituzionali.

Su un piano diverso si colloca chi propende per la valorizzazione di un'esigenza garantistica. Al cittadino deve essere assicurato il trattamento più mite tra quello stabilito dalla legge al momento della commissione del reato e quello stabilito dalle leggi successive. La retroattività della legge penale più favorevole non solo è da considerarsi consentita, ma addirittura costituzionalizzata *ex art. 25, co. 2, Cost.*<sup>201</sup>. Addirittura c'è chi ha prospettato la possibilità di una cieca vendetta politica avverso crimini già commessi<sup>202</sup>.

La soluzione preferita in dottrina è quella intermedia, nella quale il baricentro è leggermente spostato verso le esigenze di garanzia<sup>203</sup>, che prevalgono anche sulle ragioni di giustizia sostanziale e di difesa sociale<sup>204</sup>.

Da un lato, sarebbe inconcepibile inquadrare la dimensione della certezza in modo così rigido da ritenere incostituzionale la legge retroattiva più favorevole al reo. In questa prospettiva, ciò che importa è che "il cittadino, ha diritto a non essere trattato peggio rispetto a come viene trattato dalla legge in vigore nel momento in cui egli commette il fatto"<sup>205</sup>. Dall'altro, l'art. 25 Cost. intende

---

<sup>198</sup> F.MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 81.

<sup>199</sup> F.PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p.145 e ss.

<sup>200</sup> F.PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., p. 35.

<sup>201</sup> G.INSOLERA ET AL., *Introduzione al sistema penale*, cit., p. 185; F.BRICOLA, *Commentario della Costituzione*, cit., p. 285.

<sup>202</sup> F.PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., p. 34.

<sup>203</sup> G.FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 75.

<sup>204</sup> F.BRICOLA, *Commentario della Costituzione*, cit., p. 284.

<sup>205</sup> G.INSOLERA ET AL., *Introduzione al sistema penale*, cit., p. 186.

garantire il cittadino contro gli abusi del potere legislativo<sup>206</sup>, garanzia necessaria solo qualora la legge penale successiva alla commissione del fatto preveda un trattamento più sfavorevole per il cittadino. Se infatti “il giudice e il legislatore potessero disporre *ex post* della sua libertà personale, il cittadino sarebbe alla *mercé* dello Stato, che, come il mostro biblico sarebbe solo un oppressivo Leviatano”<sup>207</sup>.

Il secondo comma dell’articolo in esame ha inteso limitare il principio di irretroattività solo alla legge penale sfavorevole, lasciando alla competenza del legislatore ordinario il problema della retroattività della legge favorevole<sup>208</sup>, come si può facilmente comprendere dai lavori preparatori della Costituzione<sup>209</sup>.

Il dettato costituzionale, lascia però vivi alcuni dubbi, che sono demandati a una soluzione legislativa.

Scende in campo il codice penale, che all’art. 2 c.p. espone una disciplina più dettagliata.

Al co. 1 troviamo: “Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso non costituiva reato”, descrivendo l’ipotesi in cui una legge crea una figura di reato prima inesistente<sup>210</sup>; il co. 2 prosegue così “Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore non costituisce reato; e, se vi è stata condanna, ne cessano l’esecuzione e gli effetti penali” esprimendo l’ipotesi opposta: la legge penale sarà retroattiva, per un fatto prima previsto come reato e successivamente reso penalmente irrilevante. È il caso dell’*abolitio criminis*. In questo caso la nuova legge, evidentemente più mite, si applica, non solo ai procedimenti in corso, ma anche ai procedimenti già conclusi con sentenza passata in giudicato<sup>211</sup>.

L’ultima parte del comma si dimostra conforme al principio di uguaglianza (art. 3, co. 1, Cost), non sarebbe infatti ragionevole punire (o continuare a punire) un soggetto per un fatto che chiunque altro può impunemente commettere<sup>212</sup>.

---

<sup>206</sup> E del potere giudiziario, cfr. C.FIORE-S.FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 85; G.LICCI, *Ragionevolezza e significatività come parametri di determinatezza della norma penale*, Milano 1989, p. 78.

<sup>207</sup> G.MARINUCCI-E.DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 253.

<sup>208</sup> F.BRICOLA, *Commentario della Costituzione*, cit., p. 286.

<sup>209</sup> F.MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 81.

<sup>210</sup> P.SIRACUSANO, *Successioni di leggi penali*, Messina, 1988, p. 111, G.FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 76; G.MARINUCCI-E.DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 255.

<sup>211</sup> F.PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 151; G.FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 77; G.MARINUCCI-E.DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 268.

<sup>212</sup> G.INSOLERA ET AL., *Introduzione al sistema penale*, cit., p. 191; F.PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 149; G.FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 76; G.MARINUCCI-E.DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 268.

Sarebbe inoltre assurdo punire lo stesso soggetto per un fatto ormai tollerato dall'ordinamento giuridico<sup>213</sup>.

Solo impropriamente, in questo caso, si parla di *favor rei*<sup>214</sup>.

Il *favor rei*, prende corpo, invece, in relazione alla successione modificativa di leggi. Il co. 4 dell'art. 2 c.p., recita: "Se la legge del tempo in cui fu commesso reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna"<sup>215</sup>. L'individuazione della legge più favorevole non deve avvenire paragonando le astratte previsioni normative delle leggi, ma in concreto, ovvero confrontando gli esiti dell'applicazione dell'una e dell'altra<sup>216</sup>.

Il co. 4 contempla, infine, l'ipotesi della successione tra più leggi penali, quando queste abbiano carattere eccezionale o temporaneo<sup>217</sup>, caso in cui non si applica la più favorevole al reo<sup>218</sup>. Tali leggi, presentano un periodo di vigenza determinato o determinabile, destinate a perdere vigore alla scadenza o al venir meno dell'evento eccezionale; appare dunque, ragionevole che queste si applichino incondizionatamente ai fatti commessi durante la loro vigenza<sup>219</sup>.

In questo caso il principio di retroattività della legge più favorevole subisce una deroga in virtù del carattere meramente legislativo; per l'irretroattività della legge più sfavorevole una deroga non è neanche pensabile per il rango costituzionale che riveste in principio in questione<sup>220</sup>.

---

<sup>213</sup> C.FIORE-S.FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 87; G.FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 78

<sup>214</sup> Esistono dissensi in dottrina, relativamente alla configurabilità del principio della retroattività della legge più favorevole, nel sistema delle fonti. La diatriba sussiste tra coloro che danno a tale principio un rango costituzionale, in relazione all'art. 3 Cost., in cfr. G.MARINUCCI-E.DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 268; e coloro che pur posizionandolo a livello costituzionale, lo considerano dotato di "minore dirompenza", motivo per cui sono possibili deroghe cfr. G.INSOLERA ET AL., *Introduzione al sistema penale*, cit., p. 193.

<sup>215</sup> C.ESPOSITO, *Irretroattività e legalità delle pene nella nuova Costituzione*, ne *La Costituzione italiana*, Padova 1954, p. 90 e ss.; G.MARINUCCI-E.DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 267.

<sup>216</sup> C.FIORE-S.FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 94; F.PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 152; G.FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 80.

<sup>217</sup> Sono leggi eccezionali, quelle dettate con specifico riferimento a situazioni del tutto particolari (stato di guerra, epidemie, calamità naturali ecc.); sono leggi temporanee, quelle in cui il legislatore ha fissato un termine di durata. Cfr. C.FIORE-S.FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 95-96; G.FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 85.

<sup>218</sup> G.INSOLERA ET AL., *Introduzione al sistema penale*, cit., p. 193 e ss.; F.MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 88.

<sup>219</sup> F.PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 150.

<sup>220</sup> G.INSOLERA ET AL., *Introduzione al sistema penale*, cit., p. 193.

## 2. Teoria generale del reato

La teoria generale del reato ha compiti di analisi del sistema delle incriminazioni, “muove dalle singole fattispecie di reato (omicidio, furto corruzione), ne esamina i tratti analoghi e differenziali e risale a concetti comuni a tutti i reati o a gruppi di essi; elabora il materiale di parte speciale per ricavare principi generali in grado di creare un sistema penale e di governarlo, garantendo al suo interno per quanto possibile ordine, chiarezza, razionalità”<sup>221</sup>.

Una tale opera ha portato e porta ancora oggi la dottrina dominante a «sistemare» il reato fondamentalmente alla stregua di due diverse concezioni<sup>222</sup>.

La «teoria tripartitica» (tripartizione), elaborata sin dagli inizi del secolo scorso in Germania e ampiamente condivisa in Italia<sup>223</sup>, provvede a individuare tre elementi (strutturali) del reato: il fatto tipico (tipicità), l’antigiuridicità e la colpevolezza.

Con il primo elemento si indica<sup>224</sup> la conformità di un determinato comportamento (astratto o effettivamente posto in essere) alla norma incriminatrice. La conformità al tipo è il contrassegno caratteristico e di elementare del fatto penalmente rilevante; essa però non esaurisce la struttura dell’illecito penale, poiché da sola non implica necessariamente anche la contrarietà del fatto con l’ordinamento giuridico<sup>225</sup>. L’antigiuridicità<sup>226</sup> comporta un giudizio di contrarietà del fatto ai principi dell’ordinamento; la colpevolezza<sup>227</sup> dà conto, infine, della relazione soggettiva tra l’autore ed il fatto realizzato, verificando la sussistenza dei presupposti necessari per affermare l’esistenza della «suità»<sup>228</sup> del comportamento.

---

<sup>221</sup> M.ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 307.

<sup>222</sup> F.PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 192.

<sup>223</sup> G.DELITALA, *Il “fatto” nella teoria generale del reato*, Padova 1930, p. 13 e ss.; B.PETROCELLI, *Principi di diritto penale*, Padova 1943, p. 286 e ss.; B.PETROCELLI, *Riesame degli elementi del reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1963, p. 337 e ss.; G.VASSALLI, *Cause di non punibilità*, in *Enc. dir.*, 1960, p.613 e ss.; G.VASSALLI, *Il fatto negli elementi del reato*, in *Studi Delitala*, III Milano 1965, p. 529.

<sup>224</sup> G.FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 154 e ss.

<sup>225</sup> C.FIORE-S.FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 118.

<sup>226</sup> G.FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale*, cit., p.181; F.PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 197.

<sup>227</sup> G.FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 188.

<sup>228</sup> Sent. n.190 del 1972 in G.INSOLERA ET AL., *Introduzione al sistema penale*, cit., p. 224.

“Tipicità, antigiuridicità e colpevolezza, sono [...] i predicati dell’azione o dell’omissione penalmente rilevante, in cui si articola la struttura dell’illecito penale, nella classica configurazione moderna del reato”<sup>229</sup>.

La «teoria bipartita»<sup>230</sup> (bipartizione) parte da un approccio «naturalistico»<sup>231</sup>, che distingue tra l’elemento fisico (naturalistico, oggettivo) ed elemento psichico (morale, soggettivo): nell’ambito di questa distinzione viene inserito nel «fatto» tutto ciò che viene precisato nella descrizione (oggettiva) del comportamento incriminato e tutto ciò che riguarda il giudizio di illiceità del medesimo fatto (presenza o meno di cause di giustificazione); appartiene, invece alla «colpevolezza» tutto ciò che riguarda l’atteggiamento psicologico (dolo, colpa) dell’autore del reato, come momento soggettivo di collegamento, appunto, tra l’autore ed il fatto realizzato.

La reale differenza tra le due teorie<sup>232</sup> è rappresentata dalla collocazione dell’antigiuridicità nella struttura del reato. Per la teoria bipartita le cause di giustificazione (ad esempio, la legittima difesa, lo stato di necessità) opererebbero come «elementi negativi del fatto»: il fatto tipico sarebbe, così, costituito da elementi positivi (quelli appunto positivamente descritti dal legislatore nella norma incriminatrice); mentre l’eventuale presenza scriminante di una causa di giustificazione negherebbe, alla stregua di elemento negativo, il fatto tipico, da ritenersi non più sussistente e, quindi penalmente irrilevante.

Diversamente secondo la teoria tripartita le cause di giustificazione, ove ricorrenti nell’ipotesi concreta da valutare, opererebbero non già sul fatto, bensì sull’antigiuridicità, considerata come autonomo elemento del reato che, non ricorrendo per la presenza appunto di una situazione scriminante, farebbe venir meno la possibilità di considerare quel fatto come illecito penale, proprio per l’assenza di un elemento costitutivo del reato stesso<sup>233</sup>.

Di recente, si è riproposta anche una quadripartizione del reato, considerando come elemento del reato anche la sua punibilità<sup>234</sup>.

---

<sup>229</sup> C.Fiore-S.Fiore, *Diritto penale*, cit., p. 119.

<sup>230</sup> F.ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XV ed., a cura di L.CONTI, Milano 2000, p. 207 e ss.; F.MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 102.

<sup>231</sup> F.PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 193.

<sup>232</sup> F.PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 197.

<sup>233</sup> C.FIORE-S.FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 125.

<sup>234</sup> G.MARINUCCI-E.DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 625 e ss.

### 3. Tipicità

La tipicità sta ad indicare il rapporto tra la formulazione legislativa del reato e il suo contenuto di disvalore. La fattispecie criminosa è la descrizione, sintetica, di un accadimento di vita portatore di un suo intrinseco disvalore. Disvalore che spesso non emerge direttamente dall'espressione verbale del legislatore, nonostante costituisca la ragione sostanziale dell'incriminazione; è, invece, lo sfondo o il nucleo valutativo che il legislatore porta alla luce indirettamente attraverso la fattispecie criminosa<sup>235</sup>.

La fattispecie è costituita dal complesso degli elementi che delineano il volto di uno specifico reato<sup>236</sup>. Ogni elemento, concorre alla formazione del contenuto di tipicità per quel reato e per nessun altro. Nonostante la sussunzione del fatto concreto alla fattispecie astratta necessiti della coincidenza di tutti gli elementi costitutivi, ciascuno di essi ha un ruolo essenziale nella formazione dello specifico disvalore del reato. Basta la non coincidenza anche di uno solo degli elementi essenziali della tipicità a determinare il cambiamento della fattispecie applicabile<sup>237</sup>.

Per far sì che adempia alla sua funzione di orientamento e di garanzia, è necessario che la fattispecie sia il più possibile rispettosa delle esigenze di materialità<sup>238</sup>.

La tipicità della norma è posta a garanzia della persona, che potrà incorrere in una punizione solo nelle ipotesi tipizzate dal legislatore; a sostegno della prevenzione generale positiva, ovvero per l'orientamento del comportamento, che può avvenire solo se la norma contenga tutti gli elementi dell'azione che configurano il fatto tipico, e della prevenzione generale negativa, fruttifera solo se l'effetto intimidativo è determinato da una fattispecie riconoscibile<sup>239</sup>.

L'esposizione della fattispecie deve contenere non solo la descrizione del comportamento esteriore, ma anche dell'attitudine mentale dell'autore: questi due elementi prendono il nome di *Tatbestand* oggettivo e *Tatbestand* soggettivo<sup>240</sup>.

La fattispecie oggettiva è caratterizzata da una pluralità di elementi, come la descrizione dell'autore del reato, che ci permette di distinguere tra reati comuni o reati propri; il soggetto passivo, ovvero il

<sup>235</sup> F.PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 76.

<sup>236</sup> G.FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 159.

<sup>237</sup> F.PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 77.

<sup>238</sup> Esigenza che il reato si manifesti in un contegno esteriore accertabile nella realtà fenomenica. Cfr. G.FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 160.

<sup>239</sup> S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 122.

<sup>240</sup> S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 137.

portatore degli interessi penalmente tutelati che differisce dal danneggiato; la condotta, che può essere un comportamento attivo o omissivo; le caratteristiche dell'oggetto materiale, su cui incide la condotta tipica; il bene giuridico; l'evento; le tipologie di offesa (reati di pericolo astratto, concreto, presunto, reati istantanei, permanenti)<sup>241</sup>.

Il dolo e la colpa sono parte integrante della fattispecie, essenziali in quanto in loro assenza non potrebbe realizzarsi la formulazione legislativa nella forma tassativa richiesta dallo Stato di diritto<sup>242</sup>.

Solo la partecipazione psicologica riesce a “separare ogni accadimento che non è azione”<sup>243</sup>. Solo in quel caso si può connotare un'azione, che potrebbe avere molteplici qualificazioni<sup>244</sup>, come reato.

In materia si è pronunciato Hans Welzel, affermando che l'azione umana consiste nell'esercizio di un'attività orientata verso uno scopo: “La finalità o la conformità allo scopo dell'azione poggia su ciò, che l'uomo in base al suo sapere causale è in grado di prevedere entro determinati limiti le possibili conseguenze del suo operare, di porsi molteplici obiettivi e di orientare la sua attività verso il loro raggiungimento [...] l'attività finalistica è l'agire consapevolmente diretto verso un obiettivo, mentre l'accadere meramente causale non è governato da uno scopo, ma rappresenta il risultato causale delle condizioni causali di volta in volta presenti”<sup>245</sup>.

Applicando queste premesse, che si presentano ontologiche, alla dottrina del reato, la teoria finalistica considera il dolo come elemento costitutivo dell'azione e quindi del fatto tipico, negando al contempo che esso rappresenti una forma di colpevolezza<sup>246</sup>.

Il solo fatto della verificazione dell'evento non è sufficiente per verificare se chi l'ha posta in essere ha tenuto un comportamento difforme ai dettami normativi. Al disvalore di evento si aggiunge

---

<sup>241</sup> C.FIORE-S.FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 163 e ss.

<sup>242</sup> S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 125.

<sup>243</sup> E. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tubingen 1906 p. 147, 178 e ss. in S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 131.

<sup>244</sup> Chiarificatore è l'esempio del soggetto che spara a un terzo senza colpirlo: sarà in quel caso lo stato d'animo di chi ha sparato a indicare se ci troviamo di fronte a una fattispecie criminosa o meno. Cfr. S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 126.

<sup>245</sup> H.WEZEL, *Lehrbuch*, cit. p. 32.

<sup>246</sup> M.GALLO, *La teoria dell'azione finalistica nella più recente dottrina tedesca*, Milano, 1950, p. 56 e ss.; H.WELZEL, *Il nuovo volto del sistema penale*, in *Jus*, 1952, p. 31 e ss.; H.WELZEL, *La posizione dommatica nella teoria finalistica dell'azione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1950, p. 1 e ss.

anche il disvalore di azione, che include le caratteristiche soggettive del fatto tipico<sup>247</sup>. In questo modo si assicura all'individuo la certezza della pena e si tutela la sua libertà<sup>248</sup>.

#### 4. Antigiuridicità

Il termine “antigiuridicità” esprime una qualificazione del fatto tipico nel senso della sua contrarietà al diritto<sup>249</sup>.

L'antigiuridicità come elemento del reato, costituisce di regola una conseguenza della realizzazione del fatto tipico, carico, appunto del suo disvalore penale.

Ma può accadere talvolta che il comportamento posto in essere sia reso lecito (perché facoltizzato o imposto) da una norma dell'ordinamento giuridico<sup>250</sup> che elimina proprio l'antigiuridicità del fatto: “si definiscono cause di esclusione dell'antigiuridicità o cause di giustificazione (ma anche scriminanti, giustificanti, esimenti), quelle situazioni normativamente previste, in presenza delle quali viene meno il contrasto tra un fatto conforme ad una fattispecie incriminatrice e l'intero ordinamento giuridico”<sup>251</sup>.

Ci si è interrogati in dottrina in ordine al fondamento sostanziale delle cause di giustificazione, elidenti l'antigiuridicità, e quindi il reato per il venir meno di uno dei suoi elementi fondamentali, sfociando in una teoria monistica e una pluralistica.

Sulla scorta del primo criterio tutte le scriminanti dovrebbero essere catalogate sotto il medesimo principio. Si parla così del criterio del mezzo adeguato per il raggiungimento di uno scopo approvato dall'ordinamento giuridico; della prevalenza del vantaggio sul danno, del bilanciamento dei beni in conflitto<sup>252</sup>.

---

<sup>247</sup> S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 127.

<sup>248</sup> S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 128.

<sup>249</sup> C.SANTAMARIA, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, Napoli, 1960, p. 132 e ss. F.PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 341.

<sup>250</sup> P. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Padova 1972, p. 55.

<sup>251</sup> G.FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 227; in materia cfr. L.CONCAS, voce *Scriminanti*, in *Noviss. dig. it.*, XVI, Torino 1969, p. 793 e ss.; P.NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, p. 812 e ss.; M.ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti e cause di non punibilità in senso stretto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1990, p. 55 e ss.; M.ROMANO, *Giustificazione e scusa nella liberazione da particolari situazioni di necessità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1991, p. 40 e ss.

<sup>252</sup> G.FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 251.

Prevale il criterio pluralistico, per il motivo che le peculiarità tipiche delle singole scriminanti portano a ricondurre le stesse a diversi principi<sup>253</sup>. Nell'ambito dei canoni di valutazione più frequenti si annoverano "i due principi dell'interesse prevalente e dell'interesse mancante: il primo spiega le scriminanti dell'esercizio del diritto, dell'adempimento del dovere, della difesa legittima e dell'uso legittimo delle armi; il secondo spiega, invece, le altre due scriminanti generali del consenso dell'avente diritto e dello stato di necessità"<sup>254</sup>.

Il nostro codice penale provvede, poi, ad una regolamentazione generale (art 59 c.p.) dell'operatività delle cause di giustificazione. Prevede che le scriminanti abbiano efficacia meramente «obiettiva»<sup>255</sup> nel senso che "sono valutate a favore dell'agente, anche se da lui non conosciute o da lui per errore ritenute inesistenti" (art. 59, co. 1, c.p.): di modo che, ad esempio, sarà scriminato per la presenza oggettiva di una situazione di legittima difesa, senza essere consapevole che in quel momento la vittima stava per sparare con intento omicida su di lui<sup>256</sup>.

La realizzazione della funzione di reintegrazione sociale implica che solo il fatto avvertito come «proprio» di un soggetto tale da poter essere avvertito come integrale espressione della persona, può legittimamente e, eventualmente, con proficuità essere intrapresa un'azione di risocializzazione o confidarsi in una non ulteriore desocializzazione<sup>257</sup>.

Autorevole dottrina contesta invece tale situazione codicistica: è indispensabile che tutti gli elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie siano collegati all'agente è necessario quindi sempre un titolo di imputazione soggettiva (dolo o colpa); tale lettura delle norme costituzionali soddisfa in pieno le esigenze di garanzia formale e sostanziale che caratterizzano un ordinamento ispirato ai principi dello Stato sociale di diritto<sup>258</sup>.

---

<sup>253</sup> G.FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 252.

<sup>254</sup> G.FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 230.

<sup>255</sup> C.FIORE-S.FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 356; F.PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 351; G.MARINUCCI-E.DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 639; F.ANTOLISEI, *Manuale*, cit., p. 245 e ss.; C.F.GROSSO, *Difesa legittima e stato di necessità*, Milano, 1964, p. 237 e ss.; C.F.GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, Milano, 1961, p. 115 e ss.

<sup>256</sup> La giurisprudenza ha più volte sostenuto, con specifico riguardo alla legittima difesa, che l'operatività dell'art. 52 c.p., è subordinata alla presenza di un particolare *animus*, identificato con la volontà di difendersi, ad es. Cass. 24 novembre 1980, in *Riv. pen.* 1981; Cass. 16 novembre 1979 in *Riv. pen.* 1980; in senso diverso, tuttavia Cass. 6 maggio 1980 in *Giust. pen.* 1980.

<sup>257</sup> S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 147.

<sup>258</sup> S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 142.

## 5. Colpevolezza

Perché sia legittimo il ricorso alla sanzione penale non basta che sia commesso un “fatto”, né basta che la realizzazione del fatto sia “antigiuridica”: occorre, altresì, che la commissione del fatto antigiuridico possa essere personalmente rimproverata all’autore<sup>259</sup>.

La norma penale ha lo scopo di influire sul comportamento degli individui, indirizzandoli verso comportamenti socialmente utili e distogliendoli da quelli dannosi. Il diritto penale si pone dunque come fattore motivante del comportamento umano. L’ordinamento penale non si interessa del processo motivazionale concreto che ha determinato l’azione dell’individuo, ma si limita a verificare l’esistenza delle condizioni in presenza delle quali è possibile formulare l’ipotesi della motivabilità secondo diritto<sup>260</sup>.

### 5.1 Al di là della colpevolezza

Claus Roxin recupera il principio di colpevolezza, depurandolo, per quanto possibile, da ogni tipo di infiltrazione retributiva e ponendolo a servizio dello Stato di diritto, per utilizzarlo come baluardo contro le interferenze punitive del potere statale<sup>261</sup>.

Il principio secondo cui la colpevolezza è il fondamento della punizione statale si propone non solo come limite garantistico all’ingerenza statale<sup>262</sup> verso l’individuo, ma anche come strumento di prevenzione generale e speciale<sup>263</sup>.

Norme formulate nel rispetto di tale principio saranno interiorizzate dalla generalità dei consociati che le considererà giuste, proprio perché fondate sulla riferibilità del fatto all’autore. Potranno funzionare in quel caso da “orientamento culturale” e indirizzare a comportamenti conformi a diritto<sup>264</sup>.

---

<sup>259</sup> G.MARINUCCI-E.DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 179.

<sup>260</sup> F.PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 432 e ss.

<sup>261</sup> S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 89; C.ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, p. 40 e ss.

<sup>262</sup> G.FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 316; G.FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 170.

<sup>263</sup> G.MARINUCCI-E.DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 180; G.FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 169.

<sup>264</sup> Solo così l’ordinamento può avere la ragionevole pretesa di far sì che il soggetto si lasci motivare dal diritto, cfr. F.PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 435.

Il reo, d'altra parte, non avvertirà la pena come un'ingiustizia e sarà maggiormente disposto a intraprendere attivamente una terapia rieducativa<sup>265</sup>.

L'originaria funzione della colpevolezza per Roxin risiedeva nel limite all'interferenza dello Stato<sup>266</sup>.

Esiste una forte interrelazione tra il principio di colpevolezza e la concezione retributiva della pena, e tale interrelazione le attribuisce una considerevole connotazione etica, incompatibile con il principio di uno Stato di diritto. Ulteriore problema suscita il postulato della libertà del volere a fondamento della teoria retributiva<sup>267</sup>: è possibile muovere rimprovero al soggetto, e pertanto comminargli la pena quando i suoi comportamenti siano liberi ovvero nell'ipotesi in cui egli sia stato libero di scegliere se violare la legge o meno e abbia scelto di violarla<sup>268</sup>. La colpevolezza in questo modo viene intesa come giustificazione della meritevolezza di pena del soggetto, mentre il fatto considerato era già meritevole di biasimo in quanto antiggiuridico e si configura come fondamento della pena per il cattivo uso della libertà.

Il libero arbitrio continua ad essere un postulato, che fino ad oggi non è stato possibile dimostrare e sul quale ci sono ancora molte discussioni e polemiche; ciò rappresenta un'ulteriore difficoltà all'applicazione del principio di colpevolezza.

Roxin è cosciente delle questioni di fondo qui prospettate ed è per questo motivo che, per recuperare il congegno garantistico della colpevolezza, la depura dei profili che sicuramente si pongono in conflitto con lo Stato di diritto, quali quello etico e quello relativo alla libertà del volere. A questo punto della speculazione la colpevolezza, per Roxin, resta spogliata dei suoi effetti collaterali, per svolgere l'unica funzione di limite garantistico della libertà del soggetto dall'ingerenza statale.

Su posizioni discordanti si pone Moccia<sup>269</sup>, che ritiene più utile costruire argini garantistici seguendo una strada differente e più semplice.

Non è necessario, in questo ordine di idee, "scomodare" il principio di colpevolezza. A demarcare la linea di confine bisogna invocare i principi fondamentali dell'ordinamento<sup>270</sup>, quali "il titolo di

---

<sup>265</sup> S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 90; C.FIORE-S.FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 372 e ss.

<sup>266</sup> Concorda con la visione della colpevolezza come limite all'ingerenza statale C.FIORE-S.FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 373.

<sup>267</sup> S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 95; C.FIORE-S.FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 143.

<sup>268</sup> C.FIORE-S.FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 365; G.INSOLERA ET AL., *Introduzione al sistema penale*, cit., p. 260.

<sup>269</sup> Cfr. S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 92.

imputazione soggettiva, la gravità del fatto sotto il profilo della dannosità sociale [...] che, nella considerazione delle circostanze concomitanti, unitamente alla soddisfazione di istanze di prevenzione, agirebbe all'interno di una deeticizzata categoria della responsabilità personale”<sup>271</sup>.

Per la funzione preventiva della pena lo Stato è pienamente legittimato a intervenire con lo strumento sanzionatorio per proteggere quei beni giuridici a fronte dei quali il cittadino giustifica la limitazione di uno tra i diritti fondamentali, quale la libertà. In questo caso appare superfluo interrogarsi sulla libertà di agire e sulla subiettiva riprovevolezza, ma occorrerà piuttosto interessarsi delle modalità attraverso le quali sarà possibile ricollegare il fatto dannoso alla sfera soggettiva dell'agente, e delle modalità attraverso cui questi “nonostante il reato” vedrà tutelati i propri diritti fondamentali<sup>272</sup>.

## 5.2 Costituzione e colpevolezza

La Costituzione italiana è una delle poche che affronta il problema della responsabilità penale<sup>273</sup>: “La responsabilità penale è personale” (art. 27, co.1, Cost).

La norma è breve e concisa, i problemi sorgeranno successivamente, in sede interpretativa, quando l'interprete dovrà individuare la portata del termine “personale”.

Interessanti sono state le posizioni della Corte Costituzionale nelle sue pronunce in materia, in veste di organo che per eccellenza è deputato all'interpretazione della lettera della norma costituzionale.

La pronunce sono state molteplici e hanno dato vita a un giurisprudenza altalenante. È possibile però ravvisare le linee di una riconoscibile evoluzione interpretativa che subisce una forte virata con le sentenze nn. 364 e 1085 del 1988<sup>274</sup>. Si tratta di sentenze importanti perché segnano il riconoscimento, da parte di un organo posto al livello più alto tra le istituzioni dello Stato, con funzione giurisdizionale interpretativa e nomofilattica, del rango costituzionale di tutta una serie di principi sino ad allora affermati solo a livello dottrinale<sup>275</sup>.

---

<sup>270</sup> Cfr. S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 93.

<sup>271</sup> Cfr. S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 92.

<sup>272</sup> Cfr. S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 95.

<sup>273</sup> A.ALESSANDRI, *Commentario della Costituzione*, cit., p.4.

<sup>274</sup> A.ALESSANDRI, *Commentario della Costituzione*, cit., p. 15; G.MARINUCCI-E.DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 180; G.FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 170.

<sup>275</sup> G.INSOLERA ET AL., *Introduzione al sistema penale*, cit., p. 229.

Un primitivo orientamento<sup>276</sup> era improntato all'interpretazione della responsabilità "personale", come esclusiva affermazione della responsabilità per fatto proprio, considerato la trasposizione del divieto di responsabilità per fatto altrui<sup>277</sup>.

La prima delimitazione di significato del comma primo consiste, quindi, nell'esclusione della possibilità di responsabilità penale<sup>278</sup> per fatto altrui.

Tale accezione era stata il prodotto di un periodo storico difficile, in cui quell'Italia che usciva da un regime totalitario aveva ancora vivo il ricordo delle ritorsioni avverso familiari e congiunti di oppositori politici e delle punizioni collettive<sup>279</sup>.

Se i costituenti avessero voluto indicare un divieto di responsabilità per fatto altrui sarebbero stati più chiari. Negli anni Ottanta si pensò che forse il significato del primo comma non fosse quello<sup>280</sup>.

L'inversione di tendenza giunge nel 1988 con due sentenze storiche: la n. 364 e la n. 1085.

Il principio di personalità della responsabilità penale individua non tanto il divieto di responsabilità per fatto altrui, bensì un concetto molto più raffinato, che si pone in linea con i principi dello Stato di diritto e in linea con le garanzie che questo offre all'individuo.

Il fatto deve essere attribuibile non solo fisicamente, ma anche psicologicamente al suo autore. Così come già nei lavori della costituente aveva accennato Aldo Moro, secondo il quale il principio di personalità della responsabilità penale è "un'affermazione di libertà e civiltà. Si risponde per fatto proprio e si risponde attraverso ogni partecipazione personale al fatto proprio. Questo è il principio del diritto moderno che trova la sua espressione nel principio della consapevolezza che deve accompagnare quello che si chiama il fatto materiale"<sup>281</sup>.

La sentenza disegna inoltre un *fil rouge* che mette in collegamento il co. 1 dell'art. 27 Cost. con il terzo<sup>282</sup>. La rieducazione del condannato potrà riuscire ed essere fruttuosa solo ed esclusivamente

---

<sup>276</sup> Sent. n. 54 del 1965; n. 62 del 1967; n. 20 del 1971; n. 167 del 1971; n. 190 del 1972; n. 88 del 1974; n. 102 del 1985 A.ALESSANDRI, *Commentario della Costituzione*, cit., p. 15; sent. n. 107 del 1957 in S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 148.

<sup>277</sup> A.ALESSANDRI, *Commentario della Costituzione*, cit., p. 54 e ss.; G.INSOLERA ET AL., *Introduzione al sistema penale*, cit., p. 222.

<sup>278</sup> L'aggettivo "penale" fu proposto da Aldo Moro, come "aggiunta chiarificatrice" cfr. A.ALESSANDRI, *Commentario della Costituzione*, cit., p.7.

<sup>279</sup> A.ALESSANDRI, *Commentario della Costituzione*, cit., p. 8.

<sup>280</sup> C.FIORE-S.FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 375.

<sup>281</sup> A.ALESSANDRI, *Commentario della Costituzione*, cit., p. 7.

<sup>282</sup> A.ALESSANDRI, *Commentario della Costituzione*, cit., p. 74.

nel caso in cui la punizione sia inflitta a un soggetto che “sente il reato come proprio”<sup>283</sup>, che ha scelto di porlo in essere e potrà decidere di non ripetere l’azione delittuosa. Non avrebbe senso la rieducazione di chi non avendo potuto dirigere in modo diverso la sua azione non potrebbe in alcun modo essere rieducato<sup>284</sup>.

E in questa sentenza è per la prima volta esplicitata la funzione preventiva della pena e il nesso di questa con la categoria della colpevolezza. In relazione a quest’ultimo aspetto, la sentenza n. 364 del 1988 dichiara l’incostituzionalità dell’art. 5 c.p. “nella parte in cui non esclude dall’inescusabilità dell’ignoranza della legge penale l’ignoranza inevitabile”<sup>285</sup>

L’orientamento precedente al 1988 non esclude, anzi include le ipotesi di responsabilità oggettiva e la Corte costituzionale, nonostante parli di “un necessario carattere di suità”<sup>286</sup>, non ha esitato a permettere che rientrassero nel novero della responsabilità personale quei fatti che, nonostante non comportassero un pieno coinvolgimento psicologico, sarebbero collegati all’autore esclusivamente attraverso il nesso di causalità<sup>287</sup> materiale.

Il principio di personalità della responsabilità penale dovrebbe escludere ogni tipo di responsabilità oggettiva, vale a dire di ogni ipotesi in cui si punisce la mera causazione dell’evento senza che questo sia psicologicamente riferibile all’autore. Il problema era sorto anni prima del 1988, nel progetto di riforma immediatamente successivo al secondo dopoguerra (1949), così come nel progetto Gonnella del 1960, e poi in quello del 1971; la questione è stata trattata anche nei successivi progetti di riforma senza mai trovare una soluzione compiuta: il risultato è che oggi, nel nostro ordinamento, la responsabilità oggettiva è presente<sup>288</sup> e i tentativi fatti in precedenza di risolvere la questione si sono limitati a timide modifiche, fortemente improntate a scelte di compromesso<sup>289</sup>.

Nel 1988, troviamo una posizione chiarificatrice della Corte costituzionale<sup>290</sup>, probabilmente dettata dalla necessità di una posizione chiara e stabile sull’argomento.

---

<sup>283</sup> S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 147.

<sup>284</sup> C.FIORE-S.FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 377; G.FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 308 e ss.

<sup>285</sup> C.FIORE-S.FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 378.

<sup>286</sup> Sent. n.190 del 1972 in G.INSOLERA ET AL., *Introduzione al sistema penale*, cit., p. 224.

<sup>287</sup> Considerazione opposta si deve fare per le ipotesi in cui nonostante non esista un apporto materiale, il contributo psicologico del soggetto è tale da far sì che l’ordinamento lo consideri sanzionabile, cfr C.FIORE-S.FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 376; S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p.142.

<sup>288</sup> A.ALESSANDRI, *Commentario della Costituzione*, cit., p. 79.

<sup>289</sup> A.ALESSANDRI, *Commentario della Costituzione*, cit., p. p. 10 e ss.

<sup>290</sup> G.MARINUCCI-E.DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 212.

Da una prima analisi ordinamentale si evince che la responsabilità oggettiva è consentita dall'art. 42 c.p. :“La legge determina i casi nei quali l'evento è posto altrimenti a carico dell'agente, come conseguenza della sua azione od omissione”, ove la responsabilità oggettiva è inserita addirittura nella rubrica. La lettera dell'articolo è lasciata intatta, l'attività della Corte è volta a trovare una legittimazione costituzionale alla norma. Viene fatta una distinzione tra i casi in cui “il risultato ultimo vietato dal legislatore non è sorretto da alcun coefficiente psichico”<sup>291</sup> e quelli in cui “un solo, magari accidentale, elemento del fatto, a differenza di altri elementi, non è coperto dal dolo o dalla colpa dell'agente”<sup>292</sup>. Secondo quest'impostazione, l'art. 27 Cost. non escluderebbe *a priori* la responsabilità oggettiva, ma distinguerebbe le ipotesi di applicazione a seconda della prevalenza o irrilevanza dell'elemento oggettivo<sup>293</sup>, probabilmente non completamente in linea con la lettera della legge, che evidentemente non fa alcun tipo di distinzione manifesta. Questo ragionamento, pur comportando tutte le garanzie al cittadino, ha dei punti che appaiono dubbi. Ancorare la responsabilità penale alla colpevolezza, significherebbe negare che l'attribuibilità fisica e psichica del reato possa essere rilevante anche nei confronti del non imputabile<sup>294</sup>.

L'art. 27, co. 1 Cost. include il principio di colpevolezza, ma la sua estensione è maggiore, in modo da includere anche il fatto del non imputabile<sup>295</sup>. La responsabilità oggettiva viola sicuramente il principio di colpevolezza, ma prima ancora il principio di tipicità, che si estende al di là della portata del principio di colpevolezza, investendo anche il fatto del non imputabile<sup>296</sup> e dalla sentenza n. 364/1988 sembra che il concetto sia stato colto e che l'elemento soggettivo concorra con quello oggettivo a determinare il contenuto tipico del reato e che, in quanto tale, sia distinguibile dalla rimproverabilità del fatto stesso<sup>297</sup>, ma poi ricade inevitabilmente nella individuazione della colpevolezza a fondamento della responsabilità.

---

<sup>291</sup> Sent. 364/1988, C.FIORE-S.FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 378.

<sup>292</sup> Sent. 364/1988, C.FIORE-S.FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 378.

<sup>293</sup> Si pone qui il problema di identificare quali soggetti e con quali parametri saranno deputati a sancire la prevalenza dell'elemento oggettivo.

<sup>294</sup> S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 142 e ss.

<sup>295</sup> Relativamente all'attività del non imputabile, l'ordinamento deve fare ugualmente una valutazione relativa alla proprietà soggettiva del fatto, e al coefficiente psicologico che lo caratterizza, in conformità al dettato normativo del codice Rocco, soprattutto in riferimento all'applicabilità delle misure di sicurezza, (art. 202, 203, 219, 222, 224 c.p.), cfr. S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 143; G.INSOLERA ET AL., *Introduzione al sistema penale*, cit., p. 233.

<sup>296</sup> S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 143.

<sup>297</sup> *Ibidem*, p. 145.

La Corte ha modo di tornare sul punto, nello stesso anno, con la pronuncia n. 1085, con ulteriori specificazioni del proprio punto di vista<sup>298</sup>, ove risulta evidente “il riferimento alla doppia funzione del dolo e della colpa”, caratterizzanti in un primo momento il tipo di fatto e successivamente quali oggetto del giudizio di colpevolezza<sup>299</sup>.

---

<sup>298</sup> C.FIORE-S.FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 380 e ss.

<sup>299</sup> S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 381.

## **IL FENOMENO DEL «TERRORISMO», DALLA NASCITA AI GIORNI NOSTRI**

### **1. L'inizio del terrore: dall'omicidio Calabresi alla «legge Reale»**

Era la mattina del 17 maggio del 1972 e davanti alla sua abitazione di largo Cherubini, a Milano, veniva ucciso un giovane funzionario della Questura di Milano<sup>300</sup>, Luigi Calabresi, da un commando di due uomini, che gli spararono alle spalle un colpo alla testa e uno alla schiena, mentre stava raggiungendo la sua auto, una Fiat 500 blu.

Dopo Luigi Calabresi, tra il 1972 e il 1973, si vedono consumare ben quattro sequestri di persona di chiara matrice ideologica<sup>301</sup> e, nella primavera del 1974, si assiste all'omicidio a Padova di due simpatizzanti della destra politica istituzionale<sup>302</sup>.

Fu l'inizio di una serie di delitti che segnarono profondamente la storia d'Italia, al punto che gli anni Settanta furono chiamati “anni di piombo”<sup>303</sup>. La violenza politica attraversa la vicenda repubblicana fino a diventare un connotato essenziale degli anni Settanta<sup>304</sup>.

Secondo un'indagine quantitativa tra il 1969 e il 1982 si sono avuti in Italia 6153 attentati non rivendicati e 2712 rivendicati da organizzazioni clandestine: con la conseguenza di 351 morti e 768 feriti<sup>305</sup>.

L'intreccio tra stragi e proliferazione del terrorismo, fin dalle origini, indica un nesso politico che continuerà a manifestarsi lungo tutto il decennio. D'altra parte, il mito della guerriglia o della guerra

---

<sup>300</sup> A.BALDONI-S.PROVVISIONATO, *La notte più lunga della Repubblica. Sinistra, destra, ideologia, estremismi e lotta armata*, Milano 1989, p. 54.

<sup>301</sup> Il riferimento è al rapimento di Idalgo Macchiarini, dirigente Sit Siemens, Bruno Labateg, sindacalista Cisnal, Michele Mincuzzi, dirigente Alfa Romeo e Ettore Amerio, dirigente FIAT ; G.GALLI, *Storia del partito armato*, 1968-1982, Milano 1986, p. 38 e ss.

<sup>302</sup> A.BALDONI-S.PROVVISIONATO, *La notte più lunga della repubblica*, cit. p. 147.

<sup>303</sup> I.MONTANELLI-M.CERVI, *L'Italia degli anni di piombo*, Milano 1992, p. 23.

<sup>304</sup> E.SANTARELLI, *Storia critica della Repubblica d'Italia, dal 1945 al 1994*, Milano 1995, p. 235.

<sup>305</sup> D. DELLA PORTA-M.ROSSI, *Cifre crudeli: bilancio dei terrorismi italiani*, Milano 1984, p. 45; ID., *I terrorismi in Italia tra il 1969 e il 1982*, in *Il sistema politico italiano*, a cura di G.PASQUINO, Bari 1985, p. 418-456.

di popolo (in Italia si stamparono diversi manuali di guerriglia a cura di vari gruppi<sup>306</sup>) sfocia in piattaforme e reti terroristiche selezionate. Il sostrato è precedente, risale alle frustrazioni postresistenziali a cui se ne aggiungono molte altre, quelle vissute e accumulate al margine di una sinistra bloccata<sup>307</sup>.

Ma la scintilla che determina il corto circuito segna la data del 12 dicembre: è dopo di allora che si attiva l'estrema forma di protesta del terrorismo<sup>308</sup>.

I nascenti gruppi terroristici, fin dai primi passi, si sforzano di porre le condizioni soggettive per un processo rivoluzionario che ritengono obiettivamente in atto, ma in questo sono apparentemente giustificati dalla radicalizzazione della lotta politica e sociale (dal triangolo industriale a Reggio Calabria); falliranno clamorosamente.

L'arma delle stragi colpisce a Gioia Tauro (Reggio Calabria, luglio 1970), Milano (via Fatebenefratelli, maggio 1973), a Brescia (maggio 1974, nel corso di una manifestazione antifascista), a San Benedetto val di Sambro (Bologna, agosto 1974)<sup>309</sup>.

Tutti questo si intreccia col progetto golpista della "Rosa dei venti" (estate 1973) con lo stato di allarme delle caserme della Capitale (fine dicembre) e, infine, col disegno di "golpe bianco" di Edgardo Sogno per l'agosto 1974, mentre l'Italia era in vacanza.

La strage di Brescia segna un momento culminante della presa di coscienza democratica e di massa. Dopo una pausa di alcuni anni, questa scalata eversiva torna a colpire, fra la fine dei Settanta e gli inizi degli Ottanta. La strage di Bologna del 2 agosto 1980 (85 morti e 200 feriti) ne rappresenta il picco più alto e grave<sup>310</sup>.

Sull'altra sponda, fin dai primi anni Settanta, si viene delineando e autonomizzando un'ala sinistra del terrorismo che tende a intervenire nella lotta politica e di classe per spostare l'asse del PCI, radicalizzare il nuovo movimento operaio, intralciare la ricerca di un nuovo equilibrio democratico e riformatore.

---

<sup>306</sup> C.MARIGHELLA, *Piccolo manuale del guerrigliero urbano*, (edizione clandestina), Milano 1970; V.SERGE, *Vigilanza rivoluzionaria. Quello che ogni rivoluzionario deve sapere della repressione*, Milano 1982

<sup>307</sup> E.SANTARELLI, *Storia critica della Repubblica*, cit., p. 236.

<sup>308</sup> R.CATANZARO-L.MANCONI, *Storie di lotta armata*, Bologna 1995, p. 15.

<sup>309</sup> M.GALLEN, *Rapporto sul terrorismo*, Milano 1982, p. 52. Inquadra per il 1969-1980 ben undici episodi di "strage".

<sup>310</sup> AA.VV., *La strategia del terrore. Contributi per un'analisi*, Bologna 1982, p. 88.

Il processo di incubazione è lungo ed esteso e risale al 1969, quando Feltrinelli prende posizione e si incammina sulla strada del GAP (vecchia sigla che indicava i gruppi di guerriglia urbana durante la resistenza); è una linea prevalentemente spontaneista, in cui si avverte un certo peso della lezione guevariana, la memoria resistenziale, la tendenza a far leva, italianamente sulla “propaganda del fatto”<sup>311</sup>.

Il primo vero e proprio scossone istituzionale si ha nel 1974 con il rapimento di un magistrato inquirente genovese, il sostituto Procuratore della Repubblica Mario Sossi<sup>312</sup>.

Sono gli anni in cui si cerca e si raggiunge una non adeguata prima risposta normativa alle insidie del fenomeno terroristico, che arriva con gli art. 5 e 6 della l. 14.10.1974, n. 947, che, si limita ad aumentare la cornice edittale sanzionatoria del delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione<sup>313</sup>.

Così, come secondo la legge di azione e reazione, nel mondo naturale, a ogni azione corrisponde una reazione uguale e contraria, l’ordinamento, a fronte del trauma dei sequestri, degli attentati e delle stragi, ha reagito con la risposta più istintiva e primitiva possibile: l’aumento delle pene e l’anticipazione dell’intervento penale.

In quegli anni, la violenza cosiddetta politica ha mostrato lo svolgersi di un percorso di crescita e consolidamento certamente spaventevole per dimensioni e per paritetica inadeguatezza di ogni risposta giuridico-sanzionatoria<sup>314</sup>. A partire dal 1975 prende avvio la produzione legislativa dell’emergenza.

---

<sup>311</sup> S.TUTINO, *Da Kennedy a Moro. La vera storia degli ultimi venti anni*, Udine 1998, p. 35 e ss; F.FERRAROTTI, *Riflessioni e dati su dodici anni di terrorismo*, Milano 1982, p. 401 e ss.

<sup>312</sup> Il dottor Sossi fu sequestrato a Genova il 16 aprile 1974 e il 24 aprile successivo venne formulata la richiesta, quale “prezzo” della sua liberazione, della scarcerazione dell’ergastolano Mario Rossi e di altri sette militanti del gruppo XXIII ottobre. I sequestratori, lanciato il successivo 18 maggio un ultimatum di quarantotto ore, ottennero n termini, il 20 maggio successivo, la concessione della libertà provvisoria, per iniziativa *ex officio* della Corte d’assise d’Appello di Genova subordinata alla “condizione che sia assicurata l’incolumità personale e la liberazione del dottor Mario Sossi”. L’impugnazione del provvedimento davanti alla Corte di Cassazione per iniziativa del Procuratore Generale di Genova Francesco Coco (che verrà poi assassinato, assieme a due carabinieri della scorta l’8 giugno 1976), avendo effetto sospensivo dell’efficacia dell’ordinanza impugnata, impedì la scarcerazione dei beneficiari della stessa. Politicamente il successo dell’operazione poteva dirsi ampiamente raggiunto: il 23 maggio successivo Mario Sossi fu liberato dai suoi rapitori. Cfr. S.ZAVOLI, *La notte della Repubblica*, Milano 1992, p. 154 e ss; G.GALLI, *Storia del partito armato*, cit., p. 68 e ss.

<sup>313</sup> M.RONCO, voce *Sequestro di persona a scopo di estorsione, terrorismo o di eversione*, in *Nov. Dig. It. App.* VII, Torino 1987, p. 135.

<sup>314</sup> A.BERARDI, *Il diritto e il terrore. Alle radici teoriche della “finalità di terrorismo”*, Padova 2008, p. 2.

Di fronte al dilagare della criminalità politica e comune, e al conseguente allarme sociale che va diffondendosi nella popolazione, lo Stato cerca di porre un argine, mettendo in atto la tradizionale risposta in chiave repressiva.

Lungi dal progettare un serio e moderno programma di politica criminale, basato sull'analisi delle profonde motivazioni dei gravi fenomeni da combattere e rivolto anche a rimuoverne le cause sociali e politiche, ci si limita a privilegiare una terapia d'urgenza affidata all'inasprimento della reazione punitiva: la «filosofia» spicciola, che la ispira, è tutta all'insegna di una prevenzione generale mediante intimidazione.

Arretrata e discutibilissima nelle premesse, questa scelta strategica offre nondimeno alle forze governative vantaggi politici che nell'immediato appaiono tutt'altro che trascurabili: il rafforzamento dello strumentario penale, realizzato attraverso la creazione di nuove fattispecie incriminatrici, l'incremento delle fattispecie di attentato e di associazione, l'aumento delle cornici edittali di pena, l'introduzione di nuove misure di prevenzione, ne esalta le valenze simbolico-espressive, nel senso che la minaccia di pene più rigorose si fa veicolo di messaggi rivolti innanzitutto all'opinione pubblica, al duplice scopo di accreditare l'impegno dello Stato nella lotta alla criminalità e di appagare i bisogni emotivi di punizione di una società in forte allarme<sup>315</sup>.

L'intervento legislativo si fa poi più incisivo. L'anno successivo, infatti, si decide di agire in maniera preventiva: l'intervento legislativo si sostanzia nella prevenzione *ante delictum*.

Con la legge 22 maggio 1975, n. 152, la cosiddetta "legge Reale", in particolare con l'art. 18, fu estesa l'applicabilità di misure di prevenzione antimafia<sup>316</sup> a determinate categorie di soggetti, sospettabili di pericolosità sul versante della delinquenza sovversiva<sup>317</sup>.

Si incriminarono gli atti preparatori diretti a sovvertire l'ordinamento dello Stato<sup>318</sup>.

---

<sup>315</sup> Cfr. G.MARINUCCI, *Problemi della riforma*, p. 351 e ss.; ID, *L'abbandono del codice Rocco: tra rassegnazione e utopia*, in AA.VV., *Diritto penale in trasformazione*, a cura di E.DOLCINI-G.MARINUCCI, p. 343 e ss.; G.RICCIO, *Politica penale dell'emergenza e Costituzione*, cit., p. 33 e ss.; L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello scopo nella teoria della pena*, Napoli 1984, p. 82 e ss.;

<sup>316</sup> Son le misure di prevenzione proprie della legge 31.05.1965, n. 575 .

<sup>317</sup> F.PALAZZO, *La recente legislazione penale*, cit., p. 151.

<sup>318</sup> Gli atti preparatori devono essere realizzati con una duplice relazione finalistica, diretti cioè sia a sovvertire l'ordinamento dello Stato, sia alla commissione di uno dei reati espressamente indicati. In dottrina si è discusso se tale direzione finalistica debba essere intesa in senso oggettivo, quale caratteristica obiettiva della condotta, o in senso solamente soggettivo. L'idea che la condotta debba essere considerata in senso oggettivo porrebbe il problema della difficile tracciabilità della linea di confine tra le figure preventive e talune ipotesi incriminatrici contro la personalità dello Stato. In senso obiettivo, infatti, l'effettiva direzione dell'azione potrebbe essere accertata soltanto rispetto ad atti

La passata partecipazione alle associazioni politiche disciolte ai sensi della legge<sup>319</sup> attuativa del disposto costituzionale che vieta la riorganizzazione del disciolto partito fascista (XII disp. Trans. Cost.) poteva essere motivo di incriminazione qualora si ritenesse presente la continuazione di un'attività analoga a quella precedente; sempre presente, inoltre, un riferimento alla tensione sovversiva, a reati concernenti l'utilizzo di armi pericolose, quando vi fosse il *fumus* che soggetti precedentemente condannati per tali reati fossero proclivi a commettere un reato della stessa specie<sup>320</sup>.

Evidente è anche in questo caso l'indeterminatezza della fattispecie criminosa e dell'ampio potere discrezionale, da questa conseguente, lasciato al giudice. Sarà lui a decidere se i soggetti in questione sono realmente "pericolosi", al punto tale di limitare la loro libertà in assenza di un effettivo attacco al bene giuridico e in assenza addirittura delle condizioni necessarie per configurare la fattispecie del delitto tentato.

La giurisprudenza ha individuato i criteri interpretativi utilizzabili per identificare la pericolosità del soggetto, l'immanenza e l'attualità della pericolosità stessa, come la scelta ideologica manifestata, la attiva partecipazione all'organizzazione eversiva secondo canoni di clandestinità, omertà e violenza e, per quanto attiene all'attualità della pericolosità, la mancanza di fatti successivi, capaci di rivelare inequivocabilmente la scomparsa dei fattori precedenti<sup>321</sup>.

La punibilità si estende poi agli istigatori, ai mandanti e ai finanziatori<sup>322</sup>.

L'articolo 18 della legge 22.05.1975, n. 152 è stato successivamente considerato scevro di profili di incostituzionalità, afferenti all'utilizzo, da parte del legislatore, a fondamento della disciplina complessiva, di una nozione, quale quella di atti preparatori, eccessivamente generica e evanescente<sup>323</sup>. Il Giudice delle leggi ha ritenuto che la nozione di atti preparatori, se correttamente intesa nei termini degli atti che ancora non sono esecutivi di una fattispecie criminosa, ma che, a partire dalla prima manifestazione esterna del proposito delittuoso, predispongono i mezzi, o creano le condizioni del delitto, che abbiano quindi carattere strumentale rispetto alla realizzazione, non

---

prossimi alla fase esecutiva tipica, con conseguente subentro della fattispecie penal-incriminatrice. Cfr. G.FIANDACA, voce *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino 1994, p. 125.

<sup>319</sup> Legge del 20.06.1952 n. 645. Per le associazioni vietate dalla presente legge si presume che continuino a svolgere un'attività analoga a quella precedente.

<sup>320</sup> O.DRIGANI, voce *Prevenzione (misure di)*, in *Noviss. Dig .It.* Torino 1984, p. 1193.

<sup>321</sup> Cass. pen., sez. I, 24.06.1980 in *Cass. Pen.*, 1981, p. 1885.

<sup>322</sup> A.BERARDI, *Il diritto e il terrore*, cit., p. 7.

<sup>323</sup> A.BERARDI, *Il diritto e il terrore*, cit., p. 8.

ancora iniziata, di una figura di reato, risulti sufficientemente determinata; inoltre, gli atti preparatori rilevanti sono riferiti e circoscritti dalla legge ad una pluralità di figure di reato tassativamente indicate, in relazione alle quali, basti leggere correttamente il significato dell'inciso "obiettivamente rilevanti", gli stessi debbono assumere un carattere chiaramente strumentale, volto al sovvertimento dell'ordine dello Stato<sup>324</sup>. La Corte costituzionale, dimentica, o finge di dimenticare, nella prospettiva della verifica di costituzionalità, l'evidente genericità dell'art. 18, che offre su un piatto d'argento al giudice del caso concreto la possibilità di scegliere in assenza di vincoli descrittivi se applicare o meno la fattispecie in esame. E allora il contrasto con la Carta costituzionale appare evidente e si manifesta in più punti.

Colpisce la violazione del principio di legalità, di determinatezza e tassatività; ma anche dei principi di offensività, di personalità della responsabilità penale, di proporzionalità.

L'incriminazione di soggetti considerati pericolosi, in assenza di un'effettiva lesione del bene giuridico, appare molto poco democratica e molto poco adatta ad uno Stato di diritto, naturalmente segnata dal contesto storico e politico di cui la normativa è figlia.

Il problema è questo: non bisogna lasciare che il clima in cui le leggi vengono prodotte influenzi la creazione delle stesse, facendo sì che la paura e il terrore mettano da parte i principi fondamentali dell'ordinamento in prospettiva di una ingannevole sicurezza.

Il 16 marzo 1978 in via Fani a Roma veniva rapito l'onorevole Aldo Moro dagli uomini delle Brigate Rosse, che massacrarono i cinque poliziotti della scorta<sup>325</sup>.

Il sequestro di Aldo Moro rappresenta una pagina particolarmente "dura, violenta, sanguinosa e sanguinante della storia italiana"<sup>326</sup>. Con essa i tratti più aggressivi del fenomeno terroristico apparvero esplicitati, in tutto e per tutto, in modo eloquente. Seguirono i giorni del ricatto politico, che furono superati in crudeltà dalla macabra conclusione della vicenda.

Il cadavere del presidente della Democrazia Cristiana sarebbe stato trovato il 9 maggio 1978 a cinquantaquattro giorni dal rapimento, in un'auto parcheggiata in via Caetani (a Roma), significativamente a metà strada tra le sedi delle direzioni del PCI e della DC<sup>327</sup>.

---

<sup>324</sup> Corte Cost. 22.12.1980, n.177, in *Giur. Cost.*, 1980, fasc. 12.

<sup>325</sup> G.GALLI, *Piombo rosso*, Milano 2005, p. 106 e ss.

<sup>326</sup> A.BALDONI-S.PROVVISIONATO, *A che punto è la notte?*, Firenze 2003, p. 279 e ss.

<sup>327</sup> G.BIANCONI, *Eseguendo la sentenza. Roma 1978. Dietro le quinte del sequestro Moro*, Torino 2008, p. 54 e ss; F.M.BISCIONE, *Il delitto Moro. Strategie di un assassinio politico*, Roma 1998, p. 73 e ss; A.C.MORO, *Storia di un delitto annunciato. Le ombre del caso Moro*, Roma 1998, p. 98 e ss.

Il rapimento e l'assassinio di Aldo Moro furono episodi di estrema gravità, destinati ad avere pesanti ripercussioni sul clima politico generale.

Le Brigate Rosse avevano colpito il cuore dello Stato.

Lo Stato aveva risposto con la stessa violenza che aveva subito.

Nelle more del rapimento del segretario della DC il legislatore reagì con il decreto legge n. 59, del 21.03.1978.

In esso, in relazione alla figura di reato del sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico, fu inserita per la prima volta, nella legislazione penale, la nozione di terrorismo<sup>328</sup>.

Con l'art. 2, d.l. 21.03.1978, n. 59, viene introdotto, in ossequio alla centralità della vicenda Moro, vera causa prima del decreto in esame<sup>329</sup>, il delitto di sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico<sup>330</sup>, proprio per reagire regressivamente in termini adeguati al sequestro in corso<sup>331</sup>.

L'art. 3 del decreto n. 59 del 1978, introduce all'art. 648 *bis* c.p. il delitto di riciclaggio, oggetto di una pregressa iniziativa legislativa governativa, risalente al maggio 1977, in funzione della repressione del pericoloso consolidarsi di quelle forme di criminalità finalizzata a far fruttare finanziariamente i ricavi dei delitti di rapina aggravata, estorsione aggravata e sequestro di persona a scopo di estorsione<sup>332</sup>.

---

<sup>328</sup> M. RONCO, voce *Terrorismo*, in *Noviss. Dig. It.*, App., VII, Torino 1987, p. 753.

<sup>329</sup> A.A. DALIA, *L'attentato agli impianti e il delitto di riciclaggio*, Milano 1979, p. 61.

<sup>330</sup> Il delitto di sequestro di persona a scopo di terrorismo od eversione dell'ordine democratico, contemplato innanzitutto con il d.l. 21.03.1978, n. 59 nel nuovo art. 630 c.p. e successivamente, in sede di conversione, con la l. 18.05.1978 n. 191, scorporato dall'art. 289 *bis* c.p.; Cfr. A. BERARDI, *Il diritto e il terrore*, cit., p. 13.

<sup>331</sup> A.A. DALIA, *I sequestri di persona a scopo di estorsione terrorismo od eversione*, Milano 1982, p. 8; il decreto in esame oltre a contenere una sequenza di norme processuali afferenti all'abrogato c.p.p. del 1930 in materia (art. 4) di richiesta di atti ed informazioni da parte dell'Autorità giudiziaria e da parte del Ministero dell'interno, a fini preventivi, (art. 6) di sommarie informazioni assunte in assenza del difensore (artt. 6-9), di intercettazioni telefoniche (art. 10), di giudizio direttissimo, ed oltre ad essere introduttivo (art. 11) della disciplina del cosiddetto "fermo di pubblica sicurezza", che attribuisce al personale di polizia il potere di accompagnare e trattenere coattivamente chiunque presso i propri uffici, allorché il fermato rifiuti di declinare le proprie generalità, ovvero ricorrano sufficienti indizi afferenti alla falsità dell'identità personale dichiarata, o dei documenti esibiti, incide sul c.p. in maniera chiaramente disorganica. Prevede all'art. 420 c.p. il delitto di attentato ad impianti di pubblica utilità, in luogo del precedente delitto di pubblica intimidazione col mezzo di materie esplodenti già abrogato nel 1967.

<sup>332</sup> A.A. DALIA, *L'attentato agli impianti e il delitto di riciclaggio*, cit., p. 65; G. CASELLI, *Le recenti misure per l'ordine pubblico*, in *Dem. Dir.*, 1978, p. 127.

In definitiva con il d.l. 21.03.1978, n. 59, attraverso l'introduzione dell'art. 289 *bis* c.p., la nozione di terrorismo e quella di eversione dell'ordine democratico fecero ingresso nella legislazione penale italiana<sup>333</sup>, e ciò avvenne tuttavia in una condizione di emergenza istituzionale determinata dal sequestro e dal protrarsi della prigionia dell'On. Moro e non preceduta da una coerente e approfondita elaborazione concettuale del nuovo fenomeno delittuoso incriminato, che consentisse una tranquilla comprensione applicativa del perimetro giuridico della nuova finalità di terrorismo<sup>334</sup>.

## **2. La risposta alla strage della Valletta: rigore sanzionatorio e anticipazione della tutela**

La soluzione scelta dal legislatore del 1978 non ebbe l'efficacia deterrente che si auspicava.

Si dovette ricorrere a un nuovo decreto legge, quando l'anno successivo un nuovo crimine terroristico tornò a scuotere gli animi.

Il d.l. 15.12.1979, n. 625 fu emanato sull'onda del disagio emotivo conseguente al sequestro, per opera degli uomini del gruppo terroristico "Prima linea", di oltre duecento persone all'interno del dell'Istituto di amministrazione aziendale della FIAT alla Valletta, conclusosi con la pubblica "gambizzazione" di dieci tra le vittime<sup>335</sup>.

Nel primo comma dell'art. 1<sup>336</sup>, il d.l. 15.12.1979, chiamato decreto Cossiga, descrive una circostanza aggravante, nell'ambito di un'opzione normativa, che, nel suo complesso, aveva assunto la finalità terroristicamente-eversiva come *ratio* complessiva, in quanto tale rilevante su di una pluralità di piani, da quello dell'elemento costitutivo di talune fattispecie delittuose, alla disciplina processuale. In questo contesto la norma si configura come di chiusura, residuale, corrispondente alle esigenze di sanzionare adeguatamente tutte le ipotesi di terrorismo<sup>337</sup>.

---

<sup>333</sup> M. RONCO, voce *Sequestro di persona a scopo di estorsione, terrorismo o di eversione*, cit., p. 142.

<sup>334</sup> A. BERARDI, *Il diritto e il terrore*, cit., p. 14.

<sup>335</sup> A. BERNARDI, *Dissociazione e collaborazione nei delitti con finalità di terrorismo*, in *Quest. Giust.* 1982 p. 2.; D. PULITANÒ, *Le misure del governo per l'ordine pubblico*, in *Dem. Dir.*, 1980, p. 20.

<sup>336</sup> Il primo comma dell'art. 1, d.l. 15.12.1979, n. 625, recita: "Per i reati commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico, punibili con pena diversa dallo ergastolo, la pena è sempre aumentata della metà, salvo che la circostanza sia elemento costitutivo del reato."

<sup>337</sup> P.L. VIGNA, *La finalità di terrorismo ed eversione*, cit., p. 49.

Si tratta di un'aggravante comune<sup>338</sup>, capace di accedere a tutti i reati punibili con pena diversa rispetto a quella dell'ergastolo, ad effetto speciale<sup>339</sup> e rigida in relazione al *quantum* di aumento sanzionatorio prescritto, stabilito nella misura fissa della metà<sup>340</sup>.

Dottrina e giurisprudenza<sup>341</sup> sono concordi nel considerare rilevante, oltre alla dimensione psichica del soggetto agente, che risiede nella direzione finalistica dell'azione criminosa, anche l'idoneità strumentale della condotta, rispetto allo scopo che l'agente vuole perseguire.

Si può in questo caso parlare quindi di dolo specifico<sup>342</sup> «tra virgolette»<sup>343</sup>, apparendo più consona la definizione di aggravante «teleologica»<sup>344</sup>, che sussiste non solo quando l'agente soggettivamente si rappresenti e voglia porre in essere una condotta che persegua il fine del terrore o dell'eversione, ma altresì quando la stessa risulti sussistente alla stregua di un riscontro obiettivo dell'intenzione del soggetto in un comportamento materialmente offensivo<sup>345</sup>.

Coerentemente con il principio generale<sup>346</sup>, l'aggravante dell'art. 1 del d.l. 15.12.1978 n. 625, può essere applicata solo quando essa non sia considerata elemento costitutivo<sup>347</sup> di una particolare figura criminosa<sup>348</sup>.

---

<sup>338</sup> P.CENCI, *Aggravante della finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico*, in *Giur. mer.*, 1983, p. 488; E.RUBIOLA, *Sull'aggravante della finalità di terrorismo o di eversione*, in *Giur. it.* 1981, p. 240.

<sup>339</sup> P.L.VIGNA-G.CHELAZZI, voce *Terrorismo*, in G.VASSALLI (a cura di), *Dizionario di diritto e procedura penale*, Milano 1986, p. 1065.

<sup>340</sup> MAGISTRATURA DEMOCRATICA, *Osservazioni sul decreto legge 15 dicembre 1979 n. 625 concernente misure urgenti per la tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica*, in *Foro it.*, 1981, p. 100.

<sup>341</sup> Cass. pen. Sez. I, 05.11.1987, in *Cass. Pen.* 1988, p. 581; il fine animante il dolo specifico è quello di porre in essere atti idonei a destare panico nella popolazione, anche quando essi, nella loro struttura fisiologica, non sono in grado di esprimere il pericolo dell'eversione o dell'ordine democratico, né un'ontologica e naturale propensione a suscitare terrore tra le persone. Cfr. Cass. pen. SS. UU., 23.11.1995, n. 2110, in *Cass. Pen.*, 1996, p. 2131.

<sup>342</sup> Fa riferimento al dolo specifico nell'analisi della legge di conversione del decreto in questione M.MAZZANTI, *La legge 6 febbraio 1980 n.15 contro il terrorismo*, in *Giust. Pen.*, 1980, p. 216.

<sup>343</sup> A.BERARDI, *Il diritto e il terrore*, cit., p. 34.

<sup>344</sup> *Ibidem*.

<sup>345</sup> D.FALCINELLI, voce *Terrorismo (profili sostanziali)*, in *Dig. disc. pen.*, Torino 2005, p. 1609.

<sup>346</sup> Dettato in esordio all'art. 61 c.p.

<sup>347</sup> Se tale clausola di riserva non pone problemi applicativi in relazione a quei reati per i quali la finalità terroristicoversiva è espressamente posta come elemento costitutivo della fattispecie, come per gli articoli 270 *bis* c.p., 270 *ter* c.p., 270 *quater* c.p., 270 *quinquies* c.p., problemi di meno immediata soluzione si pongono in relazione ad altre disposizioni penali, ove la finalità terroristicoversiva potrebbe assurgere a elemento costitutivo della fattispecie pur non espressamente richiamata nel disposto normativo. P.L.VIGNA, *La finalità di terrorismo ed eversione*, cit., p. 52

<sup>348</sup> Ciò in ossequio al divieto del c.d. ne bis in idem sostanziale (G.DE FRANCESCO, *Commento all'art. 1 della legge 6/2/1980 n. 15*, in *Leg. Pen.* 1981, p. 36), che vieta che possa essere valutata più volte in capo al medesimo soggetto, la carica sanzionatoria conseguente al medesimo fatto.

Il secondo comma dell'art. 1, d.l. 15.12.1979, n. 625<sup>349</sup> prevede, nell'ipotesi del concorso di circostanze aggravanti, l'obbligatorietà dell'aumento fisso di metà della pena conseguente alla sussistenza della finalità terroristicamente eversiva in via pregiudiziale rispetto a tutte le altre aggravanti<sup>350</sup>.

L'indicazione è del tutto inutile, visto che in presenza di più aumenti di pena conseguenti a diverse circostanze, il risultato numerico finale è sempre identico, a prescindere dall'operazione di incremento sanzionatorio effettuata per prima<sup>351</sup>; tuttavia, oltre che superflua, se interpretata letteralmente, la previsione diviene altresì fonte di difficoltà applicative, posto che il diktat in esame, che fissa la priorità assoluta, sugli altri, dell'aumento conseguente alla finalità terroristicamente eversiva potrebbe essere considerato derogatorio, per ragioni di specialità, anche del principio generale stabilito dall'art. 63, co. 3, c.p., che sancisce, tra l'altro, in presenza di una pluralità di circostanze, tra le quali, talune contemplanti una pena di specie diversa da quella ordinaria, ovvero una circostanza che ridetermini la pena in modo indipendente<sup>352</sup>, l'obbligo dell'aumento o della diminuzione, per le altre circostanze, non sulla pena ordinaria del reato, bensì sulla pena stabilita per la circostanza anzidetta<sup>353</sup>.

Se così fosse, peraltro, l'effetto sanzionatorio aggravatore in conseguenza della finalità terroristicamente eversiva, risulterebbe sostanzialmente annullato: infatti, l'aumento della metà, sulla pena stabilita per il reato base, non produrrebbe alcun incremento quantitativo finale della sanzione, laddove sia seguito dall'applicazione della circostanza che stabilisce una pena di specie diversa, la quale travolgerebbe, all'evidenza, gli effetti dell'incremento precedente<sup>354</sup>.

Appare peraltro opportuno prediligere un'interpretazione sistematica delle previsioni normative esaminate, che escluda l'applicabilità del co. 2 dell'art. 1, d.l. 15.12.1979, n. 625<sup>355</sup>, ogni qualvolta la previsione del co. 1 concorra con altra circostanza aggravante, che preveda una pena di specie diversa o ne determini la misura in modo indipendente; in tali ipotesi, queste ultime dovranno

---

<sup>349</sup> Art. 1, co. 2, del d.l. 15.12.1978 n. 625 "Quando concorrono altre circostanze aggravanti, si applica per primo l'aumento di pena previsto per la circostanza aggravante di cui al comma precedente".

<sup>350</sup> Cfr. A.BERARDI, *Diritto e terrore*, cit., p. 37.

<sup>351</sup> G.DE FRANCESCO, *Commento all'art. 1 della legge 6/2/1980 n. 15*, cit., p. 38.

<sup>352</sup> Sulla scorta dell'assunto dottrinale che tali circostanze sono ancora implicitamente comprese nella disciplina del co. 3 dell'art. 63 c.p., nonostante la novella normativa dell'art. 5 della l. 31.07.1984, n. 300, cfr. G.FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 422.

<sup>353</sup> A.BERARDI, *Diritto e terrore*, cit., p. 37.

<sup>354</sup> G.DE FRANCESCO, *Commento all'art. 1 della legge 6/2/1980 n. 15*, cit., p. 39.

<sup>355</sup> Facendolo divenire del tutto inutile; P.L.VIGNA, *La finalità di terrorismo ed eversione*, cit., p. 58.

essere applicate per prime, e una volta determinata la nuova pena potrà farsi luogo all'aumento della metà, previsto in conseguenza delle ragioni del terrorismo o dell'eversione<sup>356</sup>.

Il co. 3, art. 1, d.l. 15.12.1979, n. 625, seguendo la linea di tendenza già tracciata con l'introduzione dell'art. 289 *bis* c.p.<sup>357</sup>, stabiliva per il giudice il divieto di valorizzazione di eventuali circostanze attenuanti, concorrenti con l'aggravante terroristico-eversiva o con altre circostanze aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa o ne determina la misura in modo indipendente da quella ordinaria del reato, come equivalenti o prevalenti, in deroga al principio generale sancito dall'art. 69 c.p.<sup>358</sup>.

Con la legge di conversione si optò per una predeterminazione normativa del giudizio medesimo<sup>359</sup>. La giurisprudenza della Corte costituzionale giunse a dichiarare infondata la questione di legittimità dell'art. 1, co. 3, d.l. 15.12.1979 n. 625, affermando che la previsione normativa non doveva essere considerata come assolutamente esclusiva dell'applicabilità delle circostanze attenuanti, poiché una corretta interpretazione della stessa, in realtà, consentiva, per il caso che il giudice non ritenesse prevalente l'aggravante prevista dal co. 1, di apportare le diminuzioni di pena per le circostanze attenuanti, da operarsi dopo l'applicazione di aumenti per le circostanze aggravanti<sup>360</sup>.

Per effetto dell'art. 4 della l. 14.02.2003, n. 34 di ratifica ed esecuzione della Convenzione internazionale per la repressione degli attentati terroristici mediante esplosivo, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite a New York il 15. 12.1997, e di adeguamento dell'ordinamento interno, è stata modificata la disciplina in esame<sup>361</sup>.

La nuova formulazione del co. 3 dell'art. 1, d.l. 15.12.1979, n. 625 prende chiaramente parte a favore dell'interpretazione proposta dalla dottrina maggioritaria<sup>362</sup> e dalla giurisprudenza

---

<sup>356</sup> C.ALBANELLO, *Misure urgenti per la tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica*, in *Giur. Mer.* 1981, p. 283; N.F.PALMA, *L'applicazione della circostanza ad effetto speciale al fine di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale*, in *Giust. pen.*, 1985, p. 766.

<sup>357</sup> C.ALBANELLO, *Misure urgenti per la tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica*, cit., p. 283.

<sup>358</sup> L'originaria previsione del d.l. aveva stabilito un più generico divieto del giudizio di bilanciamento ex art. 69 c.p., con diminuzione della pena da operarsi su quella determinata in conseguenza dell'applicazione delle circostanze aggravanti; cfr. A.BERARDI, *Diritto e terrore*, cit., p. 38.

<sup>359</sup> E.LOI, *Le circostanze del reato*, in *Giur. Sist. Dir. pen. Bricola-Zagrebelsky*, Torino 1984, p. 734.

<sup>360</sup> Corte Cost., 13.02.1985, n. 38, in *Foro It.* 1985, p. 1284; id. in *Giur. It.*, 1985, p. 1446.

<sup>361</sup> Cfr. A.BERARDI, *Diritto e terrore*, cit., p. 40.

<sup>362</sup> P.L.VIGNA, *Finalità di terrorismo ed eversione*, cit., p. 59; P.L.VIGNA-G.CHELAZZI, voce *Terrorismo*, cit., p. 1068; E.GALLO-E.MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, cit., p. 269; M.ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 716; C.FIORE, voce *Ordine pubblico (diritto penale)*, cit., p. 1103.

interpretativa della Consulta<sup>363</sup>, e risolve il dissidio ermeneutico stabilendo espressamente che le diminuzioni di pena per le circostanze attenuanti concorrenti operano sulla pena risultante dall'aumento conseguente alle aggravanti previamente richiamate, eccezion fatta, tuttavia, per le circostanze attenuanti previste dagli artt. 98 c.p.<sup>364</sup> e 114 c.p.<sup>365</sup>, per le quali continua ad operare la disciplina ordinaria del bilanciamento dell'art. 69 c.p.<sup>366</sup>

Il d.l. 15.12.1979 n. 625, il cosiddetto "decreto Cossiga", era caratterizzato, oltre che dalla presenza, della circostanza aggravante dell'art. 1, dalla previsione di due nuove ipotesi criminose (artt. 2, 3) inserite agli artt. 280 c.p. e 270 *bis* c.p.; di una circostanza attenuante ad effetto speciale (art. 4)<sup>367</sup> e di una causa di non punibilità (art. 5), norme che inaugurano la feconda stagione della legislazione premiale sulla dissociazione e sulla collaborazione processuale; di un nuovo fermo *praeter delictum* di pubblica sicurezza, fino alle quarantotto ore; di una sequenza di disposti normativi di natura processuale, in materia di fermo di polizia giudiziaria, di cattura obbligatoria e di libertà provvisoria, di perquisizioni per blocchi di edifici, di prolungamento dei termini di custodia cautelare, di ampliamento dei poteri di polizia giudiziaria in ordine a sequestri, alle perquisizioni ed

---

<sup>363</sup> G.AMATO, *Nozione di reato politico fuori gioco ai fini della concessione dell'extradizione*, in *Guida dir.*, 2003, p. 13 e ss.

<sup>364</sup> Art. 98 c.p.: "È imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto aveva compiuto i quattordici anni, ma non ancora i diciotto, se aveva capacità d'intendere e di volere; ma la pena è diminuita".

<sup>365</sup> Art. 114 c.p.: "Il giudice, qualora ritenga che l'opera prestata da taluna delle persone che sono concorse nel reato a norma degli articoli 110 e 113 abbia avuto minima importanza nella preparazione o nell'esecuzione del reato, può diminuire la pena.

Tale disposizione non si applica nei casi indicati nell'articolo 112.

La pena può altresì essere diminuita per chi è stato determinato a commettere il reato o a cooperare nel reato, quando concorrono le condizioni stabilite nei numeri 3 e 4 del primo comma e nel terzo comma dell'articolo 112".

<sup>366</sup> Art. 69 c.p.: "Quando concorrono insieme circostanze aggravanti e circostanze attenuanti, e le prime sono dal giudice ritenute prevalenti, non si tien conto delle diminuzioni di pena stabilite per le circostanze attenuanti, e si fa luogo soltanto agli aumenti di pena stabiliti per le circostanze aggravanti.

Se le circostanze attenuanti sono ritenute prevalenti sulle circostanze aggravanti, non si tien conto degli aumenti di pena stabiliti per queste ultime, e si fa luogo soltanto alle diminuzioni di pena stabilite per le circostanze attenuanti.

Se fra le circostanze aggravanti e quelle attenuanti il giudice ritiene che vi sia equivalenza si applica la pena che sarebbe inflitta se non concorresse alcuna di dette circostanze.

Le disposizioni precedenti si applicano anche alle circostanze inerenti alla persona del colpevole ed a qualsiasi altra circostanza per la quale la legge stabilisca una pena di specie diversa o determini la misura della pena in modo indipendente da quella ordinaria del reato.

<sup>367</sup> L'art. 4 introdusse una nuova circostanza attenuante ad effetto speciale, escludente, tra l'altro l'applicazione dell'art. 1, per il concorrente che, in relazione ad un delitto assistito dal dolo specifico della finalità di terrorismo, dissociandosi dagli altri, si adopera per evitare che l'attività delittuosa venga portata a conseguenze ulteriori, ovvero aiuti concretamente l'autorità di polizia e quella giudiziaria nella raccolta di prove decisive per l'individuazione o la cattura dei concorrenti. Cfr. A.BERARDI, *Il diritto e il terrore*, cit., p. 16.

all'esame di atti documenti e corrispondenza presso le banche (artt. 7-11, art. 14), della previsione dell'esecuzione della carcerazione, anche cautelare, per il personale di pubblica sicurezza<sup>368</sup>.

Non è casuale, dunque, il giudizio unanime a proposito della centralità del decreto Cossiga, nel panorama della legislazione antiterrorismo, presto riconosciuta anche dalla giurisprudenza, che non esitò a definirlo “cardine dell’intera legislazione di emergenza”<sup>369</sup>.

### 3. Oltre il confine: terrorismo islamico

Sorta anch'essa all'inizio degli anni '70 del secolo scorso, la tendenza *jihadista* appare come l'esito deviato di una scuola di pensiero fondamentalista, animata da una nuova generazione di islamisti radicali, che costruiscono teoricamente la loro battaglia per la restaurazione del califfato e la riunificazione della comunità musulmana universale, attorno al principio secondo il quale la sola modalità d'azione possibile, per la realizzazione di tale obiettivo, sia quella della violenza indiscriminata, da diffondersi su di un piano transnazionale. La manifestazione più rilevante della citata tendenza *jihadista* è certamente quella *mujaheddin* di origine sunnita, accanto alla quale, seppur con una collocazione ed un'ispirazione territoriale certamente più marcata, possono rammentarsi la variante *hezbollah* iraniana e quella *hamas* in ambito essenzialmente palestinese<sup>370</sup>.

La tendenza *mujaheddin*, assunta (convenzionalmente) a manifestazione prototipica del terrorismo *jihadista*, in particolare nella sua rinnovata dimensione incarnata dalla rete di Al Qaeda<sup>371</sup>, presenta dei tratti di similitudine molto marcati, rispetto al terrorismo italiano. La violenza che appare in grado di esprimere, infatti, seppur da collocarsi nell'empireo del terrorismo politico (e ancora di più ammantata di sacralità, in quanto ispirata dalle ragioni dell'adesione religiosa al mondo islamico), finisce per essere priva di qualsivoglia progettualità politica circostante, limitando la propria azione al perseguimento di un obiettivo di

---

<sup>368</sup> M. CHIAVARIO, *Commento alla legge 6.02.1980, n. 15, Premessa*, in *Leg. pen.* 1981, p. 26

<sup>369</sup> Ass. Genova, 8.10.1982, in *Foro It.*, 1983, p. 425.

<sup>370</sup> P. MIGAUX, *Le radici dell'islamismo radicale*, in G. CHALIAND-A. BLIN, (a cura di), *Storia del terrorismo. Dall'antichità ad Al Qaeda*, Torino 2007, p. 265.

<sup>371</sup> P. MIGAUX, *Al Qaeda*, in G. CHALIAND - A. BLIN (a cura di), *Storia del terrorismo*, cit., p. 348-349, che evidenzia come il progetto di Bin Laden mutui delle importanti assonanze strategiche dal modello terroristico russo del XIX sec.

radicalizzazione del conflitto con il mondo occidentale, che non abbia a lasciare spazio di sorta alla possibilità della mediazione e del negoziato<sup>372</sup>.

In questa prospettiva, diviene affatto comprensibile la recente osservazione di Walter Laqueur, che evidenzia la sostanziale estraneità del “nuovo” terrorismo, rispetto al piano della rivendicazione politica soggettivistica violenta, a favore di una collocazione più squisitamente distruttivista e totalizzante del fenomeno, posto che l'obiettivo trascendente della “liquidazione di tutte le forze sataniche”, viene pensato come la “condizione essenziale per la crescita di un altro ceppo umano migliore ed in ogni caso diverso”<sup>373</sup>.

Alla luce di tale considerazione, appare opportuno prendere atto, pertanto, del fatto che il nuovo fenomeno del terrorismo internazionale di matrice islamica, ha in realtà sin qui esibito delle manifestazioni concrete che appaiono normalmente coerenti con le caratteristiche proprie del terrorismo globale: “una delle prime caratteristiche del terrorismo globale è la mancanza di limiti, che era già propria del combattente rivoluzionario”<sup>374</sup>, in special modo di quella particolare figura di rivoluzionario, che diviene tale di professione, che debutta sulla scena politica con l'aggiornamento leninista del socialismo marxista rivoluzionario, e che determina, nell'analisi di Carl Schmitt, la metamorfosi dell'ostilità e della conflittualità reale, quale categoria assunta *a priori* dalla politica, in quella forma di ostilità totalizzante ed assoluta, che della politica è la negazione e che ha per unico scopo la cancellazione fisica e morale del nemico.

Siccome per chi incarna la funzione della rivoluzione di professione, anche per il terrorista globale, la violenza aggressiva ed annientatrice “si pone come illimitata [e] a priori nulla può eliminarla”<sup>375</sup>, la battaglia del terrorista globale, animata da un'esigenza di purificazione totale, dalle contaminazioni mondane, dell'integrità religiosa, è tale da impegnare comunque in una lotta mortale. Se l'ispirazione ideologica di tale pregiudizio d'ostilità assoluta diviene trascendente e non è più terrena, la modificazione della fonte della premessa non fa mutare la conseguente degenerazione totalitaria della relazione conflittuale, nella quale non c'è, e non può esserci, spazio

---

<sup>372</sup> P. MIGAUX, *Le radici dell'islamismo radicale*, cit., p. 266 e ss.

<sup>373</sup> W. LAQUEUR, *Il nuovo terrorismo. Fanatismi e armi di distruzione di massa*, Milano 2002, p. 103.

<sup>374</sup> A. DE BENDISI, *Terrorismo e “guerre giuste”*, cit., p. 65, allorquando evidenzia, peraltro, l'identica costruzione teorica, assolutizzante della figura del nemico, retrostante la politica statunitense di contrasto al terrorismo internazionale di matrice islamica; nello stesso senso, W. LAQUEUR, *Il nuovo terrorismo*, cit., p. 159, per il quale “l'Occidente aveva bisogno di immaginarsi un nemico dopo la fine della guerra fredda e per una serie di motivi l'Islam ha assunto questo ruolo”.

<sup>375</sup> A. DE BENOIST, *Terrorismo e “guerre giuste”*, cit., p. 65.

per la composizione del conflitto; eventualità, quest'ultima, che, anche in tale ambito d'ispirazione religiosa, appare vissuta come una pericolosa contaminazione dell'assolutezza delle ragioni della contrapposizione assoluta<sup>376</sup>.

La mattina dell'11 settembre 2001 i voli American Airlines 11 e United Airlines 175 partiti dall'aeroporto Logan di Boston e diretti a Los Angeles, vengono dirottati e, a poca distanza l'uno dall'altro, indirizzati contro le due torri gemelle del World Trade Center. L'impatto è disastroso: nell'arco di poche decine di minuti, entrambi i grattacieli crollano.

I due edifici erano tra i più alti del mondo erano un simbolo di New York e costituivano uno dei più importanti centri d'affari del Paese<sup>377</sup>.

Pressoché contemporaneo, il volo American Airlines 77 in servizio da Washington Dulles a Los Angeles è anch'esso dirottato e fatto schiantare sul Pentagono, distruggendo l'ala destra del ministero della difesa americano<sup>378</sup>.

Da quel momento nulla sarà più uguale. L'attacco alle torri è sentito come un attacco a tutto il mondo occidentale, correlato da un diffuso sentimento di instabilità e insicurezza. E su questa insicurezza che ha trovato terreno fertile la lotta al "nemico islamico".

#### **4. La legislazione dell'emergenza: presupposti e limiti**

Il problema dell'emergenza costituisce una delle questioni di maggiore dibattito nel nostro Paese. Le differenti opinioni e i contrasti giurisprudenziali animano le aule giudiziarie e universitarie, per non parlare di quelle parlamentari, senza riuscire a trovare soluzioni legislative o almeno accordi interpretativi che siano in grado di affrontare adeguatamente i problemi dell'emergenza, quando se ne sente la necessità.

Siamo di fronte ad una crisi di adattamento del sistema della giustizia criminale alla trasformazione della struttura politica<sup>379</sup>.

La risposta alla crisi<sup>380</sup>, fortemente disapprovata da autorevole dottrina<sup>381</sup>, si può facilmente riassumere in tre punti: uso inflazionistico e simbolico della legislazione penale, sacrificio delle

---

<sup>376</sup> A.BERARDI, *Diritto e terrore*, cit., p. 198.

<sup>377</sup> A.DE GRUTTY- F.PAGANI, *Sfida all'ordine mondiali: l'11 settembre e la risposta della comunità*, Milano 2008, p. 13.

<sup>378</sup> *Ibidem*.

<sup>379</sup> A. BARATTA prefazione a S.MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit. p. XIII.

garanzie costituzionali a vantaggio di una tanto decantata efficienza, che non è poi tanto efficiente, e tendenze autoritarie<sup>382</sup>, “che disegnano tratti di continuità con un passato poco rassicurante, purtroppo anche recente”<sup>383</sup>.

Le garanzie rappresentano l'espressione più significativa di quel lungo e tormentato processo evolutivo che ha caratterizzato lo sviluppo della civiltà giuridica contemporanea, che non possono essere mortificate, correndo il rischio di un'inquietante involuzione nell'ambito dei diritti della persona<sup>384</sup>.

Il problema nasce quando al ciclo stagionale si sostituisce la cronicizzazione della fase acuta, la capacità espansiva del modello, l'emergenza perenne<sup>385</sup>. Quando l'emergenza occupa la vetrina del legislatore contemporaneo<sup>386</sup>.

Lo Stato, nella lotta all'emergenza, è obbligato a scegliere le modalità di intervento che più si adattano alle esigenze contingenti.

I mezzi devono essere adeguati al livello dell'emergenza: visto che l'emergenza è sentita come «grave», i mezzi di risposta devono essere altrettanto virulenti<sup>387</sup>.

Perché è necessario scegliere modalità di azione diverse da quelle ordinarie? La risposta a tale interrogativo risiede nell'emergenza stessa: le misure ordinarie non sono state in grado di evitare la crisi, hanno permesso il proliferare di crimini, a tal punto che la situazione normale si è trasformata in emergenza.

Una volta partiti da questo postulato, si va alla ricerca di quei mezzi che saranno capaci di porre fine alla crisi, quindi di stabilizzare la situazione. I mezzi scelti sono eccezionali, per le loro caratteristiche contenutistiche e formali e per la loro applicazione spesso limitata nel tempo.

---

<sup>380</sup> In ogni contesto storico, del resto, il processo di razionalizzazione del diritto penale ha incontrato nuove difficoltà. Le presenti difficoltà sono in particolare caratterizzate quasi dappertutto, ma in modo accentuato in Italia, da un divario tra la visione «scientifica» e la percezione sociale della criminalità e del diritto penale come strumento per combatterla. Cfr. G.MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974, p. 470.

<sup>381</sup> S.MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 5 e ss.

<sup>382</sup> S.MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. XIV.

<sup>383</sup> S.MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. XI.

<sup>384</sup> S.MOCCIA, *Ordine pubblico (disposizioni a tutela dell')*, in *Enc. giur. Treccani XXII*, Roma 1990, p. 2.

<sup>385</sup> S.MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 2 e ss.

<sup>386</sup> G.INSOLERA, *Ordine pubblico e ordine democratico*, in *Crit. dir.* 2003, p. 21.

<sup>387</sup> G.INSOLERA, *Ordine pubblico e ordine democratico*, cit., p. 22; G.RICCIO, *Politica penale dell'emergenza e Costituzione*, cit., p. 41.

Partendo dall'analisi delle caratteristiche della legislazione emergenziale, è possibile riscontrare la presenza di requisiti comuni, che ritornano, indipendentemente dalla causa del pericolo.

È frequente la tendenza ad anticipare l'intervento penale, anche correndo il rischio di criminalizzare il mero dissenso e la manifestazione di pensiero; si assiste all'ampliamento di fattispecie già esistenti ed alla creazione di nuove figure di reato.

Difficile è poi il rapporto tra le norme dell'emergenza e il principio di legalità<sup>388</sup>.

Troviamo, infatti, leggi particolarmente generiche o casistiche, contro tutte le regole di formulazione delle leggi stesse.

Sono norme "oscuri, perché pletoriche, farraginose, contraddittorie"<sup>389</sup>.

Non dovremmo mai trovare, neanche in tempo di crisi, norme generiche, che violano il principio di determinatezza e tassatività<sup>390</sup> e demoliscono tutti i corollari di certezza<sup>391</sup> e garanzia di cui abbiamo ampiamente trattato in precedenza, con l'impressione di trovarci di fronte al ripetersi di esperienze passate<sup>392</sup>.

Ma neanche il contrario casistico è fruttuoso. La norma costituita dall'elencazione di casi<sup>393</sup> disorienta i destinatari e denota la mancanza di un bene giuridico individuato e di una modalità di attacco al bene stesso; con l'elencazione legislativa si evince il comportamento che risulta sgradito al legislatore, ma rimane oscuro il bene offeso dalla condotta.

Il legislatore non è in grado di formulare un testo legislativo chiaro, che, oltre alla descrizione del comportamento illegale, si occupi anche della individuazione del bene giuridico che lo strumento penale va a tutelare, in modo da essere facilmente comprensibile anche dal comune cittadino, ottenendo maggiori risultati nel momento successivo della rieducazione.

---

<sup>388</sup> S.MOCCIA, *Ordine pubblico*, cit., p. 6.

<sup>389</sup> S.MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 5.

<sup>390</sup> S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 248; G.RICCIO, *Politica penale dell'emergenza e Costituzione*, cit., p. 43.

<sup>391</sup> G.RICCIO, *Politica penale dell'emergenza e Costituzione*, cit., p. 42.

<sup>392</sup> C. KOESTLER, *Riflessioni sull'impiccagione*, in CAMUS KOESTLER, *La pena di morte*, Roma 1972, p.33 si fa riferimento alla legislazione d'urgenza promulgata nel XVIII sec. che fu necessitata da «uno stato d'animo che rassomigliava al panico».

<sup>393</sup> F.PALAZZO, *La recente legislazione penale*, III ed., Padova 1985, p. 343 e ss.

Gli effetti negativi si riscontrano nelle difficoltà interpretative, nella possibilità di lacune, con notevoli implicazioni in termini di certezza, uguaglianza, efficienza e, conseguentemente, funzionalità della risposta sanzionatoria sul piano dell'integrazione sociale<sup>394</sup>.

Perplessità desta, infine, sotto il profilo del principio di determinatezza, anche la fattispecie generale degli atti preparatori, come presupposto di applicazione delle misure di prevenzione<sup>395</sup>.

Esiste inoltre la possibilità opposta: il bene offeso non è facilmente individuabile, perché non è chiaro neanche nel progetto del legislatore, il quale va a punire determinati comportamenti nell'intuizione secondo cui la popolazione gradirebbe una stretta repressiva in tal senso.

Il problema o la soluzione, a seconda del punto di vista, risiede nelle norme costituzionali, che, oltre a essere le fonti legislative al vertice della gerarchia, non comportano alcun limite di applicazione. I principi costituzionali nel caso specifico, i principi di legalità, tassatività e determinatezza (art. 25, co. 2 Cost. e art. 13 Cost.) devono essere la stella polare del legislatore, in prima battuta, e di tutte le componenti dello Stato, poi, e non devono trovare alcun ostacolo all'applicazione, neanche in caso di emergenza, anzi a maggior ragione in periodi di crisi è necessario porvi maggiore attenzione.

Più si fa acuta la conflittualità politica e sociale, tanto più costituisce un'esigenza fondamentale salvaguardare la sicurezza dei cittadini in un quadro d'insieme, che sia rigorosamente rispettoso delle garanzie costituzionali<sup>396</sup>.

Le norme frutto dell'emergenza si concretizzano attraverso lo strumento del decreto legge<sup>397</sup>. Il decreto legge è redatto dal governo e non dal parlamento, difetta, quindi, della dialettica maggioranza opposizione che è tanto cara alla forma di governo parlamentare<sup>398</sup>, perché è la sola che permette l'espressione anche dei gruppi di minoranza e consente di ascoltare le motivazioni di tutti i rappresentanti dei cittadini. Soprattutto nel nostro caso, essendoci lo sbarramento al cinque per cento, ogni partito rappresenta almeno il 5% dei votanti, e quindi sarebbe necessario e

---

<sup>394</sup> S.MOCCIA, *Ordine pubblico*, cit., p. 7.

<sup>395</sup> Il testo di legge n. 152 del 1975 all'art. 18 fa riferimento ad "atti preparatori obiettivamente rilevanti", cfr. S.MOCCIA, *Ordine pubblico*, cit., p. 7.

<sup>396</sup> C.FIORE, *Ordine pubblico (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano 1980, p. 1098; R.BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico, jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino 2008, p. 5.

<sup>397</sup> Cfr. G.CARBONI, *L'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità*, Milano 1970, p. 263; VINCIGUERRA, *Profili sistematici dell'adempimento del dovere imposto da una norma giuridica*, Milano 1971, p. 29; G.RICCIO, *Politica penale dell'emergenza e Costituzione*, cit., p. 52.

<sup>398</sup> S.MOCCIA, *Ordine pubblico*, cit., p. 2; GROTTANELLI DE' SANTI, *Uso e abuso del decreto legge*, in *Diritto e società*, 1978, p. 241 e ss.

interessante ascoltare le motivazioni e le proposte di tutti. Fondamentale è poi la durata limitata nel tempo del decreto legge, che poco si addice a una disciplina emergenziale.

Si oppone a questa esigenza garantistica la critica secondo cui l'*iter* di formazione della legge è lungo e spesso occorrono mesi per arrivare alla redazione del testo definitivo, mesi che in periodi difficili come le emergenze costituiscono un periodo di tempo eccessivo, che comporterebbe esclusivamente l'aggravarsi del problema. Ma non è necessariamente così. L'*iter* legislativo non è lungo, la *navette* si rende necessaria perché con il passaggio dal Senato alla Camera sono frequenti le modifiche ed è naturale che non sarebbe possibile in alcun modo promulgare una legge che non sia stata approvata con la stessa formulazione linguistica, quindi identica sia per la Camera che per il Senato.

Se l'emergenza è davvero tale, allora non sussiste la necessità di prolungare così tanto i tempi di promulgazione, sono necessari due giorni di assemblea, uno per l'approvazione della Camera e uno per l'approvazione del Senato. Due giorni sarebbero più che sufficienti, se lo stato delle cose è così complesso e difficile come sembra. Non sarebbero necessarie tante riunioni e tante discussioni, perché salterebbe agli occhi la proposta più funzionale e maggiormente adatta alle circostanze. Se invece il percorso di formazione della legge comporta così tante modifiche significa che il progetto iniziale non era soddisfacente, anche perché, a fronte dell'emergenza, i due schieramenti dovrebbero lasciare da parte le proprie discordanze di opinione e indirizzare i propri sforzi verso il ritorno a uno stato normale delle cose. Se diversamente ci sono difficoltà di approvazione significa che la proposta non è approvata da tutti i rappresentanti e che quindi è fatta male. A maggior ragione non può essere inserita nell'ordinamento in una condizione di emergenza<sup>399</sup>.

Posto che ciò conferma il giudizio di superficialità ed irrazionalità che connota le modalità con le quali si suole procedere all'esame del fenomeno che s'intende combattere ed i conseguenti interventi predisposti, pare che queste normative eccezionali, perdendo la propria connotazione di specialità e tramutandosi nell'unica o, comunque, nella prevalente produzione legislativa del settore, si facciano scudo della decantata eccezionalità della situazione al solo scopo di sottrarsi al rispetto dei canoni cui è, invece, sottoposta l'ordinaria legislazione, aprendo il varco a macroscopici arretramenti dei livelli di legalità e ad evidenti soppressioni delle garanzie costituzionali<sup>400</sup>.

---

<sup>399</sup> S.MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 62.

<sup>400</sup> Cfr. S.REITANO, *Riflessioni in margine alle nuove fattispecie antiterrorismo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, p. 219.

Inoltre, l'estrema elasticità nella valutazione delle condizioni che autorizzano il Governo a colegiferare in materia penale e, dunque, la disinvoltura nella qualificazione della situazione in cui oggi ci si ritrova ad operare, in termini eccezionalità, determinano non solo il rischio di una strumentalizzazione degli interventi normativi in funzione del conseguimento di un più ampio consenso politico<sup>401</sup>, ma anche il risultato di una minore coerenza complessiva del sistema.

Autorevole dottrina<sup>402</sup> auspica in materia una modifica volta ad aumentare le maggioranze per l'approvazione di leggi penali o addirittura a una riserva di codice<sup>403</sup>.

## 5. I delitti contro l'ordine pubblico

L'elemento costante, che segna la politica emergenziale, è quello della difesa dell'ordine pubblico, il quale viene solitamente raffigurato come immerso nel pericolo più nero, quasi sempre per giustificare scelte che in situazioni normali non sarebbero accettate<sup>404</sup>.

Si generalizza l'allarme sociale e si sottolinea «l'universalità» del diritto oggetto di violenza, creando una categoria di «diritto uguale» attraverso l'identità dello scopo perseguito dall'agente; in esso cioè si fa confluire l'interesse di tutti, anche quando il bene concerna un numero ristretto di persone. Questa generalizzazione, però, fa perdere di vista eventuali diversità di motivazioni dei singoli reati e le differenze del tipo di reazione<sup>405</sup>. Particolarmente utile, in quest'ottica, torna il fatto che la definizione di ordine pubblico non è stata fornita da alcun testo legislativo<sup>406</sup>, permettendo così, mediante l'incertezza normativa circa i suoi confini, di utilizzare l'ordine pubblico come *jolly*, pronto a giustificare ogni tipo di scelta emergenziale, sulla scia degli stati d'animo del momento, segnati dal timore per un probabile e grave pregiudizio<sup>407</sup>.

I delitti contro l'ordine pubblico sono raggruppati nel Titolo V del libro II del codice penale e in alcune leggi complementari<sup>408</sup>.

---

<sup>401</sup> A.BARATTA, *Prefazione* a S.MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. XV.

<sup>402</sup> S.MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 6.

<sup>403</sup> FERRAJOLI, *La giustizia penale nella crisi del sistema politico*, in AA. VV., *Governo dei giudici*, a cura di E. BRUTI LIBERATI, A. CERETTI, A. GIANANTI, Milano 1996, p. 81 e ss.

<sup>404</sup> S.MOCCIA, *Ordine pubblico*, cit., p. 2.

<sup>405</sup> G.RICCIO, *Politica penale dell'emergenza e Costituzione*, cit., p. 41.

<sup>406</sup> C.FIORE, *Ordine pubblico*, cit., p. 1084.

<sup>407</sup> S.MOCCIA, *Ordine pubblico*, in cit., p. 2.; G.INSOLERA, *Ordine pubblico e ordine democratico*, cit., p. 20.

<sup>408</sup> C.FIORE, *Ordine pubblico*, cit., p. 1084.

La relazione ministeriale considera realizzato contro l'ordine pubblico, ogni fatto che "per la varietà delle offese o per la diffusione per cui è suscettivo, attacca il buon assetto o perturba il regolare andamento del vivere civile, ancorchè non sia stata recata una lesione immediata a verun diritto privato o pubblico"<sup>409</sup>.

La definizione differenzia in modo netto la lesione dell'ordine pubblico e la lesione di un diritto pubblico o privato.

La definizione iniziale del concetto si incardinava sulla "pubblica tranquillità", la cui lesione consiste per la dottrina illuministica<sup>410</sup> in "ogni atto che introduce nella città gli inconvenienti dello stato extrasociale, e gli animi dei tranquilli cittadini commuove, turba e atterrisce"<sup>411</sup>. L'ordine pubblico comporta la sicurezza del cittadino, che deve svilupparsi su due piani: il piano dell'effettività della sicurezza e quello della coscienza di essa, che è essenziale in quanto "indispensabile al libero e completo svolgimento delle umane attività"<sup>412</sup>.

Naturalmente ogni crimine provoca nei consociati preoccupazione e fa calare l'avvertimento del senso di sicurezza, generando "un senso di dolore per l'accaduto e un senso di timore svegliato dalla previsione di una probabile ripetizione di quel fatto"<sup>413</sup>; invece, per costruire una categoria di reato a se stante, "bisogna che la commozione indefinita degli animi e il consecutivo agitarsi delle moltitudini proceda dalle condizioni intrinseche al fatto medesimo, in quanto ne segua il sentimento di proprio pericolo nelle possibili conseguenze del fatto stesso, indipendentemente da ogni previsione del suo futuro rinnovamento"<sup>414</sup>, solo in questo modo si avrà un danno immediato, derivante dal reato.

Nel 1889, al titolo dei delitti contro la pubblica tranquillità veniva sostituito quello dei "delitti contro l'ordine pubblico".

Il significato ha subito poi delle evoluzioni fino alle definizioni che vengono fornite dalla dottrina contemporanea.

---

<sup>409</sup> Relazione ministeriale sui Libri II e III del Progetto del codice penale, tit. V, CXIII, p. 157.

<sup>410</sup> "Sviluppando ciò che debba intendersi per tranquillità, noi troveremo che questa è inseparabile dalla sicurezza, e che questa sicurezza non può essere altro che la coscienza o l'opinione che un cittadino deve avere di non poter essere turbato, operando secondo il dettame della legge" così G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, Milano 1855, p. 36.

<sup>411</sup> G.CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale*, Malta 1847, p. 80.

<sup>412</sup> F.CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Lucca 1870, p. 152.

<sup>413</sup> F.CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, cit., p. 153.

<sup>414</sup> F.CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, cit., p. 153.

Il concetto di ordine pubblico riveste connotazioni diverse a secondo del settore del diritto in cui è utilizzato, anche se è ravvisabile un *humus* comune che comporta la preposizione di limiti alla libertà. Non ci deve spaventare la presenza di suddetti limiti, perché essi sono presenti anche a fondamento della pacifica convivenza, limiti che permettono che le attività di ogni soggetto sia libera a tal punto da non andare ad interferire con la libertà dei consociati. E non si tratta di una contraddizione, in quanto “lo sviluppo di tali libertà nel loro reciproco interferire richiede che vengano poste delle regole del gioco. Solo così è possibile garantire l’esistenza ed il buon funzionamento della struttura socio-statuale nel cui ambito le libertà possano esplicarsi”<sup>415</sup>.

Per il campo del penale è possibile individuare due piani su cui l’ordine pubblico si dispiega: materiale e ideale<sup>416</sup>.

Per l’ordine pubblico materiale, le definizioni fornite dalla dottrina sono numerose. Si parla di “quiete e sicurezza collettiva”<sup>417</sup>, “buon ordine esteriore e sensibile”<sup>418</sup>, “salvaguardia dell’incolumità pubblica e della quiete collettiva”<sup>419</sup>; ci sono poi casi in cui la formulazione del concetto è caratterizzata dall’accezione negativa dell’assenza di violenza: “assenza di fatti umani e naturali che abbiano la capacità di turbare la sicurezza”<sup>420</sup>, “condizione pacifica di una convivenza immune da violenza”<sup>421</sup>; in cui è presente un rischio della pubblica tranquillità, comprensiva della “sicurezza delle persone e della proprietà, del rispetto del domicilio e della libertà individuale”<sup>422</sup>.

L’ordine pubblico ideale<sup>423</sup> riveste una connotazione diversa, imperniata sul sistema dei diritti fondamentali. Anche in questo caso è possibile fare riferimento a una corposa dottrina, che parla di “sistema coerente ed unitario di valori e di principi”<sup>424</sup>, che integra “una realtà ideale cui si connette l’esigenza del rispetto di determinati principi che l’ordinamento ritiene indispensabili per l’ordinamento”<sup>425</sup>, il quale “coincide ora con il bene comune o con l’interesse generale, ora con i

---

<sup>415</sup> S.MOCCIA, *Ordine pubblico*, cit., p. 2.

<sup>416</sup> DE VERO, *Tutela penale dell’ordine pubblico. Itinerari ed esiti di una verifica dogmatica e politico criminale*, Milano 1988, p. 8 e ss.

<sup>417</sup> C.FIORE, *Ordine pubblico*, cit., p. 1084.

<sup>418</sup> C.FIORE, *Ordine pubblico*, cit., p. 1093.

<sup>419</sup> L.PALADIN, *Ordine pubblico*, in *Nss. D.I.*, XII, Torino, 1965, p. 131.

<sup>420</sup> A.PACE, *La libertà di riunione nella Costituzione italiana*, Milano 1967, p. 156.

<sup>421</sup> G.CORSO, *Ordine pubblico (diritto pubblico)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano 1980, p. 1063.

<sup>422</sup> G.RICCIO, *Ordine pubblico*, in *Dizionario di diritto e procedura penale*, diretto da G.VASSALLI, Milano 1986, p. 729.

<sup>423</sup> G. DE VERO, *Tutela penale dell’ordine pubblico*, cit., p. 9.

<sup>424</sup> L.PALADIN, *Ordine pubblico*, cit., p. 130.

<sup>425</sup> C.FIORE, *Ordine pubblico*, cit., p. 1085.

principi fondamentali su cui poggia l'organizzazione dello Stato o le leggi che ne assicurano la conservazione, ora con i postulati essenziali relativi ai fondamentali principi politici e con le essenziali strutture politiche"<sup>426</sup>. È possibile riscontrare anche delle accezioni negative, quali "complesso di principi inderogabili sottratti al dibattito e alla possibilità di modifica o con possibilità di modifica realizzabile solo a mezzo di rottura della Costituzione"<sup>427</sup> ovvero come "complesso di valori e principi fondamentali, contro i quali non può dirigersi neanche la parola"<sup>428</sup>. Dalla lettura dei significati riportati è possibile dedurre che per ordine pubblico materiale s'intende "pubblica tranquillità", mentre per ordine pubblico ideale "complesso di principi sui quali viene a fondarsi la convivenza civile"<sup>429</sup>.

Rispetto alla normativa precedente alla riforma del 1889, il nuovo assetto normativo dell'ordine pubblico è caratterizzato da un oggetto più rarefatto, considerato da una parte della dottrina addirittura inafferrabile<sup>430</sup>. Cosa sia l'ordine pubblico, in modo chiaro e preciso, non è dato di sapere.

Il diritto lesa è oggi, secondo autorevole dottrina, "il diritto sociale che la legge sia da tutti egualmente rispettata"<sup>431</sup>, in modo tale da ledere diritti, sia privati che pubblici.

In quest'ottica l'ordine pubblico ideale si pone come *ratio* di tutela, mentre l'ordine pubblico materiale è da considerarsi come oggetto di tutela. In questo modo è possibile rinvenire una coerenza sistematica, che si caratterizza come rispettosa dei diritti fondamentali dell'individuo e dei principi cardine del diritto penale. Qualora si decidesse di estendere l'oggetto di tutela anche all'ordine pubblico ideale si avrebbero numerose difficoltà di inserimento di tale oggetto di tutela all'interno del tessuto normativo italiano e dei principi che lo caratterizzano.

Il primo problema risiede nell'impossibilità di "connotare di materialità la situazione di fatto nella quale l'ordine pubblico opera"<sup>432</sup>; quindi, sarà difficile inquadrare il tipo di offesa attraverso la

---

<sup>426</sup> G.RICCIO, *Ordine pubblico*, cit., 729.

<sup>427</sup> G.CORSO, *Ordine pubblico*, cit., p. 1061.

<sup>428</sup> C.FIORE, *Ordine pubblico*, cit., p. 1091.

<sup>429</sup> S.MOCCIA, *Ordine pubblico*, cit., p. 3.

<sup>430</sup> A.CAVALIERE, *Concorso eventuale nel reato associativo. Le ipotesi di associazione per delinquere e di tipo mafioso*, Napoli 2003, p. 57; F.M. IACOVIELLO, *Ordine pubblico e associazione per delinquere*, in *Giust. Pen.*, 1990, p. 42.

<sup>431</sup> C.FIORE, *Ordine pubblico*, cit., p. 1089.

<sup>432</sup> G.RICCIO, *Ordine pubblico*, cit., p. 730.

tipicità richiesta dal sistema<sup>433</sup>. Il gigantismo che lo caratterizza fa sì che esso possa essere strumentalizzato al fine di legittimare interventi punitivi sproporzionatamente lesivi delle libertà fondamentali<sup>434</sup>.

Vi è poi la difficoltà di inquadramento costituzionale. La Carta fondamentale, infatti, racchiude la concezione materiale di ordine pubblico.

Dal punto di vista della politica criminale, l'unico modo per accettare l'ordine pubblico ideale come oggetto di tutela è quello di sposare la teoria metodica del bene giuridico, che concentra l'attenzione sulla ricerca dello scopo dei singoli precetti ovvero sulla *ratio legis* delle singole fattispecie<sup>435</sup>.

Questo ordine di idee è però incompatibile con il sistema di garanzie approntato dal diritto penale, poiché lascia in secondo piano il bene giuridico e le modalità della sua aggressione<sup>436</sup>, che invece necessitano di essere analizzati con grande attenzione<sup>437</sup>, fungendo da limite al potere punitivo statale<sup>438</sup>, in modo tale da evitare che il legislatore ampli a dismisura la sfera di intervento penale<sup>439</sup>.

Il bene giuridico è anche elemento che suscita aggregazione di consensi attorno alla norma, perché la generalità dei consociati considererà la sanzione penale giusta in quanto protettrice di un bene giuridico di valore; ciò permetterà al legislatore di formulare una norma penale chiara, che consentirà al cittadino di conoscere pienamente quale comportamento tenere per non violare le regole del diritto, e di conoscere altresì le azioni lesive del bene giuridico stesso.

Con la concezione metodica del bene giuridico vi sarà, invece la vanificazione del concetto di bene giuridico stesso, con gli svantaggi in termini di garanzie formali e sostanziali appena esposti.

---

<sup>433</sup> “Annullare la distanza prospettica tra l'oggetto e la *ratio* dell'incriminazione [...] significa, invero, in prospettiva dogmatica, rinunciare ad ogni strumento di orientamento interpretativo e classificatorio, e in prospettiva critica, aprire la strada alla legittimazione di qualsiasi scelta di criminalizzazione operata dal legislatore: sotto lo schermo della «pace sociale» le cui condizioni di permanenza vengono apoditticamente lasciate in causa, senza la necessaria mediazione di interessi, funzioni, o assetti di autodisciplina precisi e circoscritti, diventa realmente adombrabile l'ipotesi limite di una tutela penale apprestata al «puro inconsistente»; così G.DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, cit., p. 11; cfr. anche M.ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Milano 1987, art. 39, n. 13.

<sup>434</sup> A.CAVALIERE, *Concorso eventuale nel reato associativo*, cit., p. 58

<sup>435</sup> S.MOCCIA, *Ordine pubblico*, cit., p. 3.

<sup>436</sup> S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 92.

<sup>437</sup> S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 61.

<sup>438</sup> S.MOCCIA, *Ordine pubblico*, cit., p. 4.

<sup>439</sup> Il legislatore potrà in questo modo criminalizzare condotte che pur essendo lesive dell'ordine pubblico come *ratio*, non colpiscono il bene giuridico in sé, con conseguente limitazione della libertà personale. Cfr. S.MOCCIA, *Ordine pubblico*, cit., p. 4.

Capovolgendo il ragionamento e ponendosi, dunque, nel verso corretto, l'ordine pubblico ideale, pur non fungendo da oggetto di tutela, riveste un ruolo fondamentale all'interno del tessuto ordinamentale<sup>440</sup>.

L'ordine pubblico può essere utilizzato legittimamente come oggetto di tutela solo nella sua accezione materiale<sup>441</sup>. È anche la Costituzione ad avallare questa soluzione, perché l'ordine pubblico viene considerato nel testo fondamentale con le accezioni di "sicurezza pubblica ed incolumità"<sup>442</sup>.

I riferimenti normativi sono l'art. 13, co. 3, Cost., in tema di libertà personale, l'art. 14, co. 3, Cost., in tema di libertà di domicilio, l'art. 15 Cost., in tema di libertà di comunicazione, l'art. 16 Cost., in tema di libertà di circolazione, l'art. 17 Cost., in tema di libertà di riunione, l'art. 41 co. 2 Cost. in tema di iniziativa privata<sup>443</sup>. Ma il momento di maggiore significatività in cui la Costituzione analizza l'ordine pubblico è l'art. 54, il quale dà forma riassuntiva agli obblighi derivanti dall'ordinamento nel suo complesso. Postula la fedeltà alle norme e a un assetto istituzionale espressivo dei principi di democrazia, libertà, uguaglianza, responsabilità, partecipazione, solidarietà<sup>444</sup>. Ne deriva la diretta conseguenza, secondo cui il dovere di fedeltà vincola tanto il cittadino, quanto il legislatore, in modo tale da incorporare un implicito diritto di resistenza<sup>445</sup>.

È necessario evidenziare che, nel trattare questi argomenti così delicati bisogna evitare che l'attività repressiva si spinga fino a minare la libertà di espressione e di opinione<sup>446</sup>; che si possono annoverare tra i diritti fondamentali dell'individuo<sup>447</sup> e, in quanto tali, garantiti dagli artt. 2 e 21 Cost.

---

<sup>440</sup> S.MOCCIA, *Ordine pubblico*, cit., p. 3.

<sup>441</sup> Autorevole dottrina sostiene che la definizione della dimensione materiale dell'ordine pubblico che emerge dalla convergenza delle (recenti) prese di posizione della dottrina e delle (risalenti) indicazioni dello stesso legislatore, appare ancora largamente insufficiente. In materia cfr. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, cit., p. 7

<sup>442</sup> S.MOCCIA, *Ordine pubblico*, cit., p. 4.

<sup>443</sup> S.MOCCIA, *Ordine pubblico*, cit., p. 3.

<sup>444</sup> S.MOCCIA, *Ordine pubblico*, cit., p. 5.

<sup>445</sup> S.MOCCIA, *Ordine pubblico*, cit., p. 5; a sostegno del diritto di difesa si pone anche A.FEUERBACH, *Anti-Hobbes*, trad. it. M.A CATTANEO, Milano 1972, p. 13; in senso contrario, invece I.KANT, *La metafisica dei costumi*, trad. it. G. VIDARI, Bari 1970, p. 164.

<sup>446</sup> S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 231.; A.BOLOGNETTI, *Il pericolo nell'istigazione all'odio di classe nei reati contro l'ordine pubblico*, in *Giur. cost.*, 1974, p. 1433 e ss.; C.FIORE, *I reati di opinione*, Padova 1972, p. 103 e ss. e 107 e ss.; C.ESPOSITO, *Libertà di manifestazione del pensiero e ordine pubblico*, in *Giur. Cass.*, p. 650.

<sup>447</sup> In quanto diritti fondamentali, la libertà di opinione e di espressione sono considerati particolarmente importanti dalla collettività la quale avverte la limitazione di essi da parte dell'ordinamento come una prepotenza del potere

Nonostante questo, la normativa italiana non è avulsa da fattispecie di delitti di opinione, lasciateci in eredità dal legislatore fascista e conservate da un legislatore pigro. Esse, lungi dal risolvere i problemi, si dimostrano inutili, se non dannose. È irragionevole pensare di poter combattere fenomeni di barbarie con reati di opinione, quando, invece, bisognerebbe operare con la rimozione delle cause sociali e individuali<sup>448</sup>.

Attraverso l'ottica delle legislazioni di emergenza, l'ordine pubblico da interesse meritevole di tutela diventa lo scopo dell'intero ordinamento giuridico. Si può dedurlo dal fatto che mentre prima erano poche le norme in materia, con il passare del tempo sono proliferate investendo molteplici settori normativi. Anche il significato di ordine pubblico diventa sempre più esteso e complesso e di uso comune, a testimoniare la crescente importanza che riveste all'interno del sistema e dei programmi elettorali<sup>449</sup>.

La categoria dei delitti contro l'ordine pubblico deve essere liberata da connotazioni ideali, che inquinano la fattispecie penale, rendendo difficile riscontrarne i requisiti fondanti, quali la materialità dell'offesa, l'assenza di una valutazione etica e morale della condotta, l'offensività<sup>450</sup>.

Una volta ultimata questa scrematura, sarà possibile ricostruire il *genus* dei delitti contro l'ordine pubblico<sup>451</sup>.

E ritorna l'annoso problema del bilanciamento di interessi, rivolto alla delimitazione della linea di confine dell'ordine pubblico, in mancanza della quale questo potrebbe essere un'arma impropria tra le mani dell'ordinamento per mettere in atto eventuali progetti repressivi e autoritari.

Le voci discordi che sottolineano il pericolo, l'inefficacia e l'infruttuosità di questa tendenza, sentita sempre più dalla politica criminale, sono inascoltate e impotenti<sup>452</sup>.

È anche in questo caso che il diritto penale si atteggia come *Magna Charta* del reo<sup>453</sup>, che ne va a delimitare il campo di azione, permettendo di individuarlo chiaramente e facilmente.

---

statuale, rendendo difficile la fondamentale aggregazione di consensi su cui si fonda la prevenzione generale positiva. Cfr. S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 232.

<sup>448</sup> S.MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 101.

<sup>449</sup> C.FIORE, *Ordine pubblico*, cit., p. 1102.

<sup>450</sup> S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 245.

<sup>451</sup> F.LISZT, *Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe* (1983), in *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, I, Berlino 1905, p. 60, in S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 51.

<sup>452</sup> G.AMBROSINI SPAGNOLI, *Rapporto sulla repressione*, Roma 1970, p. 99; G.CONSO, *Diritti civili e ordine pubblico*, in *Attualità e attuazione della Costituzione*, Roma 1979, p. 223; G.CONSO, *Una strategia alternativa per la difesa dell'ordine pubblico*, in *Pol. dir.*, 1976, p. 637 e ss.

<sup>453</sup> S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 51.

Il contenuto del reato consiste nella tutela della pacifica convivenza. È necessario operare una distinzione tra l'oggetto della tutela e la *ratio* della tutela. A fronte di questa distinzione sarà possibile poi concentrare l'azione penale esclusivamente sull'oggetto della tutela, per punire la condotta che crea un danno, apporta un'offesa, destando quindi allarme sociale. In questo modo il principio di offensività rimane illeso e l'individuo rimane tutelato nell'esercizio dei propri diritti fondamentali<sup>454</sup>.

La legislazione d'emergenza, con la sua impostazione repressivo deterrente, è spesso in contrasto con i principi fondamentali in materia penale<sup>455</sup>.

Le scelte del legislatore degli anni Settanta<sup>456</sup> e dei primi anni Ottanta sono state dirette a finalità di deterrenza, marcando alcuni aspetti, il cui invigorimento si trova in netto contrasto con profili di costituzionalità<sup>457</sup>.

Autorevole dottrina afferma che si ha in questo modo l'effetto contrario: l'ordine pubblico non viene salvaguardato con la limitazione dell'espressione; tale limitazione mina l'ordine pubblico stesso<sup>458</sup>.

Alla luce delle considerazioni che precedono, c'è bisogno di riprendere le tradizioni liberali, facendo ricorso prima di tutto alle categorie del reato più affidabili, come il danno o il pericolo concreto<sup>459</sup>, valutando l'entità dell'aggressione e la reale misura dell'allarme sociale che provocano. È necessario, inoltre, che l'operato del legislatore sgorgi da un ponderato equilibrio di interessi socio-individuali eventualmente in contrasto. Si dovrà, dunque, disegnare una sfera di protezione minima, fondata su solide basi di frammentarietà e di *extrema ratio*<sup>460</sup>.

Sarà quindi necessario, se si vuole raggiungere un risultato sensibile, ritornare alla radice della funzione della pena e selezionare le attività che per la loro giustizia, per le condanne proporzionali al fatto, comportano un'aggregazione di consensi e non un disorientamento dei consociati. In questo

---

<sup>454</sup> S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 247.

<sup>455</sup> S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 248; S.MOCCIA, *Ordine pubblico*, cit., p. 1

<sup>456</sup> Fino alla prima metà degli anni Settanta, il legislatore ha cercato di ispirarsi a riforme che rispettassero i principi costituzionali e fossero coerenti con il quadro normativo del codice Rocco. Tale percorso è stato abbandonato per intraprenderne uno imperniato sui provvedimenti tampone, repressivi e severi, quando la civile convivenza è stata avvertita in grave pericolo. Cfr. S.MOCCIA, *Ordine pubblico*, cit., p. 1.

<sup>457</sup> S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 246.

<sup>458</sup> S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 233.

<sup>459</sup> G.DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, cit., p. 156 e ss.

<sup>460</sup> S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 244.

modo si evita una risposta punitiva eccessiva e violenta, determinata da contingenze emotive e addirittura accompagnata spesso da una inefficienza funzionale e strutturale delle istituzioni<sup>461</sup>.

## 6. Il diritto penale del nemico

Il diritto penale del nemico parte dalla considerazione che esistono due tipologie di persone: il criminale comune e il nemico.

Il primo di questi è colui che, nonostante la commissione di un fatto che costituisce reato, appartiene alla comunità, sia prima che dopo la sua commissione; il nemico, invece, sia prima che dopo la realizzazione del fatto non appartiene alla comunità, ponendosi decisamente al di fuori di essa<sup>462</sup>.

Il cittadino, infatti, infrange una regola della civile convivenza, senza però metterla in discussione; al contrario, il criminale-nemico colpisce per negare gli stessi presupposti su cui si basa la comunità e cioè quei principi e quei valori che fondano le regole minime della convivenza civile<sup>463</sup> e ciò perché “il nemico manifesta un atteggiamento che va ben al di là del mero rifiuto dei valori condivisi per spingersi all’affermazione di valori diversi e alternativi che dalla prospettiva della comunità aggredita non possono essere accolti perché espressione di un patto sociale alternativo”<sup>464</sup>.

Le fattispecie delittuose, espressione di tale disparità di trattamento, hanno la tendenza a selezionare tipologie di autori piuttosto che condotte criminali, descrivendo i criteri per riconoscere il nemico<sup>465</sup>, in modo tale che il processo appaia volto all’esclusione degli irriducibili e alla riduzione del fenomeno criminoso, più che a risolvere il dilemma della responsabilità individuale<sup>466</sup>.

La difesa dell’“ordinamento costituzionale” destinato a sostituire il valore ormai storicamente superato della “personalità dello Stato” costituisce così il luogo nel quale si manifestano tensioni volte ad alterare l’assetto delle ordinarie categorie penalistiche.

---

<sup>461</sup> S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 253.

<sup>462</sup> R.BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale*, cit., p. 20; G.JAKOBS, *I terroristi non hanno diritti*, cit., p. 15.

<sup>463</sup> R.BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale*, cit., p. 20.

<sup>464</sup> *Ibidem*.

<sup>465</sup> Cfr. F.PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Quest. giust.*, 2006, p. 669 e ss.; M.DONINI, *Il diritto penale di fronte al nemico*, in *Cass. pen.* 2006, p. 274 e ss.; K.AMBOS, *Il diritto penale del nemico*, in AA.VV., *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, a cura di M.DONINI M.PAPA, Milano 2007, p. 45 e ss.

<sup>466</sup> A.GAMBERINI, R.ORLANDI, *Delitto politico e diritto penale del nemico. Considerazioni introduttive*, in AA. VV. *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di A.GAMBERINI, R.ORLANDI, Bologna 2007, p. 11.

Se è in questione la stessa sopravvivenza dell'ordinamento, così come esso è stato costruito nel patto fondativo e consolidato attraverso la libera espressione democratica dei cittadini, è evidente come possa manifestarsi la tendenza a dare ai protagonisti la veste di nemici più che quella di devianti<sup>467</sup>.

C'è una dimensione punitiva che risulta segnata radicalmente dall'idea della sospensione di alcuni diritti fondamentali, anche di quelli inderogabili<sup>468</sup>, e quindi dalla stessa violazione dei diritti dell'imputato e dell'uomo, il quale appare come una pura cosa nelle mani di chi detiene il potere secondo qualche "legge"<sup>469</sup>.

Nell'esigere omogeneità di comportamenti sociali ispirati al valore metafisico della "democrazia", essenziale per la fluidificazione dei rapporti economici, il nuovo ordine mondiale finisce addirittura col criminalizzare anche vaste aree del pianeta, repute devianti perché tetragone alla cultura occidentale.

Si assiste così alla messa in stato di accusa non solo delle condotte di individui o di gruppi, ma addirittura di *elites* politiche e di classi dirigenti ad opera di altri stati (gli Stati Uniti) o di organismi internazionali (la NATO o l'ONU), che si sentono titolari del potere di intervento volto a far cessare e reprimere situazioni dove si lamentano gravi lesioni dei diritti fondamentali della persona.

Anche in questi casi l'attività che viene svolta è vicinissima se non proprio identica alla guerra, nonostante venga celata dietro eufemismi quali "intervento umanitario", *enduring freedom* etc., presentata come "operazione di polizia", solitamente preceduta da una vera e propria indagine tesa a giustificare l'uso della forza<sup>470</sup>.

Autorevole dottrina considera questa vicenda addirittura quale continuazione del modello di Norimberga, proliferata dopo la fine della guerra fredda e dopo il collasso del blocco sovietico<sup>471</sup>.

Il giudizio svela qui il suo carattere essenzialmente politico. Prima ancora che l'accusa sia formulata, la condanna è già scritta e il processo serve unicamente a darne una giustificazione

---

<sup>467</sup> A.GAMBERINI, R.ORLANDI, *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., p. 12.

<sup>468</sup> L. FERRAJOLI, *Il "diritto penale del nemico" e la dissoluzione del diritto penale*, in *Quest. giust.*, 2006, p. 800 e ss.

<sup>469</sup> M.DONINI, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, a cura di R.KOSTORIS, R.ORLANDI, Torino 2006, p. 48.

<sup>470</sup> Ciò è accaduto con il conflitto afgano, preceduto da alcune settimane di "accertamenti" volti a stabilire se e in che misura il governo talebano fosse corresponsabile delle stragi avvenute negli USA l'11 settembre 2001 e da una misura paraprocedurale, come l'ordine di consegnare il "latitante" Osama Bin Laden; analogamente, il conflitto iracheno fu preceduto da un'indagine volta a scoprire il possesso di armi onnidistruttive da parte del regime di Saddam Hussein: l'indagine in questione avvenne con una vera e propria attività ispettiva *in loco*, condotta dai funzionari dell'ONU.

<sup>471</sup> A.GAMBERINI R.ORLANDI, *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., p. 12.

all'opinione pubblica: essa può essere elusa o attenuata solo da un pentimento o da una collaborazione, nei quali si premia e si celebra la capitolazione dell'imputato a fronte all'avversario<sup>472</sup>.

Questa realtà ai giorni nostri, come in alcune forme emblematiche del Novecento, segue anch'essa percorsi giuridici, si autoqualifica normativamente<sup>473</sup>.

Lo spazio nel quale essa si colloca, è quello naturalmente dello «stato di eccezione»<sup>474</sup>.

Da situazioni eccezionali si originano, in quest'ottica, regole giuridiche eccezionali ispirate a una logica di guerra. La specificità di questa forma di combattimento è appunto quella della sospensione di alcuni diritti fondamentali, che fa sì che i soggetti sottoposti agli interventi perdano almeno alcune prerogative proprie dei diritti di cittadinanza e di diritti dell'uomo<sup>475</sup>.

È opportuno porre l'attenzione su questi argomenti per evitare che un giorno si possano ripetere spiacevoli eventi, di cui conserviamo ancora l'amara memoria.

L'ingresso nei *lager*, introdotto sistematicamente dal 1933 per i comunisti e gli avversari politici e poi esteso agli ebrei e ad altri soggetti dopo una capillare e massiccia opera di "etichettamento" e marginalizzazione degli individui pericolosi, avveniva mediante un provvedimento amministrativo di «*Schutzhaft*», vale a dire un arresto di protezione, per la *tutela della società*<sup>476</sup>, attuato in via amministrativa, poliziesca, senza controllo giurisdizionale e senza termine di durata, dovendo esso durare finché lo richiedesse lo scopo per il quale era stato emesso il provvedimento, che era quello di proteggere gli stessi arrestati o, in alternativa, di proteggere la sicurezza e l'ordine pubblico nel caso in cui gli arrestati li avessero posti immediatamente in pericolo comportandosi da «nemici dello Stato» («*staatsfeindliche Betätigung*»)<sup>477</sup>.

Il fondamento normativo del potere di emettere i relativi ordini di arresto discendeva dalla proclamazione di quello stato di eccezione («*Ausnahmezustand*»)<sup>478</sup>.

---

<sup>472</sup> A.GAMBERINI R.ORLANDI, *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., p. 13.

<sup>473</sup> Per un'analisi normativa del campo (di sterminio) come paradigma giuridico della modernità vedi G.AGAMBEN, *Homo sacer*, Roma 2008, p. 185.

<sup>474</sup> Vedi ancora G.AGAMBEN, *Stato di eccezione, Homo sacer*, II, Torino, 2003, p. 9; M.DONINI, *Il diritto penale di fronte al "nemico"*, p. 760 e ss, 769 e ss.

<sup>475</sup> M.DONINI, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, cit., p. 49.

<sup>476</sup> Corsivo nostro.

<sup>477</sup> K. DROBISCH G.WIELAND, *System der NS-Konzentrationslager 1933-1939*, Berlin 1933, p.36.

<sup>478</sup> M.DONINI, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, cit., p. 49.

Non bisogna lasciarsi deviare dal fatto che le norme in materia di terrorismo spesso si occupano di “terrorismo” e non direttamente di terroristi, come se si potesse debellare il “fenomeno” indipendentemente dai soggetti che lo compongono. La punizione dei terroristi diventa in tal modo obiettivo intermedio per il legislatore: attraverso la punizione dei terroristi si vuole combattere il terrorismo nel suo complesso. La pena diventa quindi “un mezzo per uno scopo di polizia, un passo per la lotta alla sicurezza”<sup>479</sup>.

Il diritto dei consociati alla effettiva protezione dei diritti ha il nome di “diritto alla sicurezza”<sup>480</sup>, un’esigenza presentata come così fondamentale, da far arretrare in secondo piano i problemi di garanzia liberale<sup>481</sup>.

Nel momento in cui si adotta un concetto forte di nemico, appare evidente come la forma punitiva che si sviluppa attorno a tale figura finisca per perdere i connotati funzionali della prevenzione generale e speciale<sup>482</sup>, per assumere quelli della neutralizzazione<sup>483</sup>.

La carente giustificazione di questo sistema si basa sul presupposto che, mentre il cittadino può essere reintrodotta nella società e nei suoi confronti la pena deve tendere a tale reintroduzione, il nemico, che invece ha messo in discussione l’esistenza stessa dell’ordinamento, continua a esprimere un’ostilità assoluta, con la conseguenza che il diritto penale non potrà svolgere alcuna funzione di reintegrazione e recupero, perché il soggetto non si lascerà recuperare, rifiutando *a priori* qualsiasi percorso di dialogo<sup>484</sup>.

Addirittura la mentalità neutralizzante si manifesta anche nelle misure preventive<sup>485</sup>, basate su fattispecie di sospetto, vale a dire su comportamenti abituali assunti a sintomo di una ipotetica pericolosità criminale (si pensi al caso di chi è abitualmente dedito a traffici delittuosi, come previsto dalla legge n. 1423 del 1956), oppure misure basate su atti preparatori che si esauriscono in un fatto singolo ed episodico<sup>486</sup>.

---

<sup>479</sup> G.JAKOBS, *I terroristi non hanno diritti*, cit., p. 4.

<sup>480</sup> G.JAKOBS, *I terroristi non hanno diritti*, cit., p. 5.

<sup>481</sup> D.PULITANÒ, *Il problema del diritto penale del nemico, fra descrizione e ideologia*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., p. 233; A.CAVALIÈRE, *Diritto penale “del nemico” e “di lotta”*, cit., p. 265.

<sup>482</sup> Cfr. capitolo I, §1.2 e § 1.3.

<sup>483</sup> R.BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale*, cit., p. 20.

<sup>484</sup> *Ibidem*.

<sup>485</sup> Cfr. G.FIANDACA, voce *Misure di prevenzione*, cit., p.110 e ss.; F.PALAZZO, *La recente legislazione penale*, cit., p. 267 e ss.

<sup>486</sup> R.BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale*, cit., p. 21.

Il diritto penale del nemico non è assolutamente compatibile con il nostro ordinamento alla luce dei principi di garanzia consacrati nella nostra Costituzione, non si può fare alcun tipo di distinzione tra stato ordinario delle cose e stato emergenziale, come invece è stato postulato<sup>487</sup>.

I diritti dell'uomo sono assoluti e inderogabili, non suscettibili di alcun tipo di compressione sia soggettiva (verso il nemico) che temporale (durante lo stato di eccezione), nessuno, infatti, di coloro che proponevano tale compressione è stato in grado di trovarvi fondamento costituzionale<sup>488</sup>.

Anche i nemici devono essere trattati come persone, parimenti ai cittadini, titolari dei diritti che le concezioni universalistiche riconoscono legati alla dignità dell'uomo indipendentemente dalla cittadinanza e dal grado di fedeltà all'ordinamento<sup>489</sup>. Guardando alle novelle della XIV legislatura, in cui si è concretizzata la politica penale della destra al governo, emerge un quadro che non è quello di un diritto penale classicamente e compattamente autoritario, da destra tradizionale, ma un quadro composito. Nell'insieme ha preso corpo un diritto penale della disuguaglianza: un sistema che differenzia fra noi e loro, tra i salvati e i sommersi, fra i normali cittadini, destinatari della protezione legale dal crimine, e i criminali da neutralizzare con qualsiasi mezzo<sup>490</sup>.

Quello che sorprende, e quasi spaventa, è la prassi per cui, in nome della lotta al terrorismo, sono stati violati in quasi in ogni angolo del globo i diritti umani. Sgomenta che la più raffinata dottrina<sup>491</sup> abbellisca le pulsioni antigarantistiche, figlie di una concezione fondamentalista e perversa della democrazia<sup>492</sup>; ma i diritti umani non sono un *optional* della democrazia. Democrazia e diritti umani stanno e cadono insieme<sup>493</sup>.

---

<sup>487</sup> Cfr. R.BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale*, cit., p. 24.

<sup>488</sup> Cfr. R.BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale*, cit., p. 24; G.JAKOBS, *Diritto penale del nemico? Una analisi sulle condizioni di giuridicità*, p. 118 e ss.; ID., *I terroristi non hanno diritti*, cit., p. 7 e ss..

<sup>489</sup> D.PULITANÒ, *Il problema del diritto penale del nemico*, cit., p. 238.

<sup>490</sup> D.PULITANÒ, *Il problema del diritto penale del nemico*, cit., p. 238.

<sup>491</sup> P.A. ALBRECHT, *El derecho penal en la intervencìon de la política populista*, in *La insostenible situación del Derecho penal*, Granada 2000, p. 552;.

<sup>492</sup> G.LOSAPPIO, *Diritto penale del nemico, diritto penale dell'amico, nemici del diritto penale*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., p. 253.

<sup>493</sup> G.LOSAPPIO, *Diritto penale del nemico*, cit., 254.

## 7. I terroristi non hanno diritti?

Il diritto penale del nemico è stato oggetto di studi e teorizzazioni del famoso studioso di fama internazionale, Günther Jakobs, il quale ha dedicato all'argomento numerosi scritti<sup>494</sup>. La sua analisi parte dalla verifica della veridicità di un assunto: «giuridicamente ogni uomo ha diritto di essere trattato come persona»<sup>495</sup>.

I ragionamenti di Jakobs sono volti a confutare tale assioma, o meglio a caratterizzarlo con dei limiti.

Bisogna, a suo parere, stabilire chi e in quali condizioni deve adoperarsi per la realizzazione della personalità dell'individuo e quale livello di fedeltà lo Stato richiede al cittadino<sup>496</sup>.

L'attribuzione indiscriminata di diritti ad ogni membro del genere umano gli appare troppo astratta, è necessario valutare il comportamento degli individui per controllare se *meritano*<sup>497</sup> i diritti in questione.

Ognuno deve essere trattato come persona provvista di diritti *se*<sup>498</sup> adempie ai suoi doveri, ovvero *se*<sup>499</sup> lo si ha in pugno, in modo tale da impedirgli di diventare pericoloso<sup>500</sup>.

La titolarità dei diritti non è incondizionata, si configura come qualcosa di reciproco, subordinata alla cooperazione ovvero alla soggezione del cittadino.

La tesi di Jakobs non sembra poi così nuova, l'Autore stesso cita Fichte e Kant secondo i quali il delinquente perde il suo *status* di cittadino, la personalità di diritto (anche se secondo Kant la personalità innata resta incancellabile) in maniera poco dissimile alla teoria di Jakobs. Un altro punto di contatto tra il pensiero del penalista-filosofo tedesco e a quello di Fichte risiede nella considerazione che quest'ultimo ha del delinquente: egli è come una bestia che, in quanto tale, non può essere punito, dalla bestia però bisogna difendersi e lo Stato se ne deve occupare. Allo stesso modo Jakobs non appare interessato all'incidenza della pena sulla personalità del condannato o alla sua rieducazione, è la società che necessita dell'azione statale che deve essere indirizzata a incidere

---

<sup>494</sup> G.JAKOBS, *Diritto penale del nemico?* cit.; ID., *I terroristi non hanno diritti*, cit.; ID., *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Paderborn 2004; ID., *Terroristen als Personen in Recht?*, in *ZStW*, 2005, p. 839 e ss.

<sup>495</sup> G.JAKOBS, *I terroristi non hanno diritti*, cit., p. 8.

<sup>496</sup> G.JAKOBS, *I terroristi non hanno diritti*, cit., p. 8.

<sup>497</sup> Corsivo nostro.

<sup>498</sup> Corsivo nostro.

<sup>499</sup> Corsivo nostro.

<sup>500</sup> G.JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., p. 111.

sulla vita e sulla libertà del reo, con un intervento caratterizzato da un'incisività tale da neutralizzarne la pericolosità, impedendo la futura commissione dei reati.

Niente di più contrastante con il principio di rieducazione e reintegrazione previsto dalla Costituzione (art. 27, co.1 Cost.), secondo cui risultano praticabili solamente quegli interventi che, privilegiando la prospettiva dei diritti fondamentali primo tra tutti quello della libertà dell'uomo, anche di chi abbia delinquito, si sforzino di offrire reali possibilità di reinserimento sociale o, comunque, di garantire la non ulteriore desocializzazione del soggetto<sup>501</sup>.

Anche la funzione della pena appare diversa a seconda del tipo di criminale e quindi del diritto penale che si va ad applicare (diritto penale del nemico o diritto penale del cittadino).

La pena irrogata al cittadino infligge una sofferenza all'individuo con lo scopo di riaffermare la vigenza della norma, è vista come un risarcimento e neutralizza il potenziale criminale dell'individuo per tutta la durata della sanzione<sup>502</sup>.

Fichte e Kant non sono gli unici ad essere citati. Non poteva mancare Thomas Hobbes, il teorico del contratto, visto però non come centro di speculazione, ma come una metafora funzionale a che i cittadini non disturbino l'autorganizzazione del potere centrale.

Hobbes distingue due tipi di delinquenti: il criminale ordinario, che è il cittadino che delinque e il reo di alto tradimento. Il primo viene condannato attraverso le normali leggi, con metodi ordinari, il secondo, invece, viene combattuto come nemico<sup>503</sup>, con mezzi straordinari, più duri e più efficienti. La ragione di questa differenza risiede nel fatto che il reo che viola le leggi, cerca un vantaggio, un vantaggio per se, e naturalmente questo comportamento non può essere tollerato, ma non è grave e distruttivo a tal punto da mettere in discussione la globalità, mentre il secondo, combatte il principio e il principio per Hobbes è incarnato nel potere concreto.

Naturalmente, pur senza aderire completamente al pensiero hobbesiano, Jakobs riconosce che il fatto che l'avversario venga trattato "per principio in modo diverso, in quanto nemico, da un cittadino con manchevolezze più probabilmente passeggere, è corretto oggi come ieri"<sup>504</sup>.

Il comportamento delittuoso infrange la presunzione di conformità al diritto<sup>505</sup>, così da far venir meno automaticamente una condizione dello *status* di persona di diritto.

---

<sup>501</sup> S.MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 18.

<sup>502</sup> G.JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., p. 8.

<sup>503</sup> Jakobs parla di "soggetti antagonisti (*Gegner*) per scelta o per principio"; cfr. G.JAKOBS, *I terroristi non hanno diritti*, cit., p. 9.

<sup>504</sup> G.JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., p. 117.

Tale teoria dovrebbe poi essere temperata dal fatto che il nemico non deve necessariamente essere un nemico totale, può anche essere un nemico parziale. Corrispondentemente vale per i delinquenti che si sono allontanati in maniera presumibilmente duratura dal diritto, come dal proprio controllo di sé, più precisamente in mancanza di autocontrollo (come accade per i delitti a sfondo sessuale)<sup>506</sup>.

Il problema che Jakobs va ad affrontare, una volta costruito questo modello, è di verificare la liceità. Ritorna il concetto di presunzione di liceità del comportamento, inquadrato come in debito *portable* dei cittadini<sup>507</sup>. Solo nella misura in cui questo obbligo sia ottemperato è possibile instaurare tra i cittadini e lo Stato un rapporto basato tanto sulla libertà quanto sull'assenza di paura.

La proprietà dei diritti è vista dall'Autore come un "astratto postulato", non utile per il sistema. È necessario che la persona "collabori", che offra la sua parte di prestazione, che consiste nell'assicurare fedeltà al diritto.

Se riesce ragionevolmente a garantire il futuro rispetto delle regole dell'ordinamento, l'individuo è titolare di una legittima pretesa ad essere trattato come persona di diritto. Chi non offre simile garanzia in modo credibile tendenzialmente viene trattato da non cittadino: gli vengono sottratti i diritti, mentre i suoi doveri rimangono impregiudicati<sup>508</sup>.

Dal momento in cui gli vengono sottratti i diritti, egli non viene trattato come persona.

Il nemico per eccellenza è il terrorista.

Una volta posto in essere un delitto sorge un sospetto, chi ha posto in essere un delitto potrebbe farlo ancora: diventa pericoloso<sup>509</sup>.

L'esclusione è un'esclusione volontaria e non definitiva<sup>510</sup>. È volontaria perché il soggetto sceglie consapevolmente di porre in essere il comportamento che lo condurrà fuori dal novero della società, egli è cosciente di non adempiere al suo debito *portable*: è divenuto terrorista e pertanto necessita di eterodirezione nella misura necessaria a renderlo innocuo. Naturalmente è la società a decidere chi è incluso in essa e chi no, e quali sono i comportamenti che si richiedono per la civile convivenza.

---

<sup>505</sup> G.JAKOBS, *I terroristi non hanno diritti*, cit., p. 7.

<sup>506</sup> G.JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., p. 117.

<sup>507</sup> G.JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., p. 118.

<sup>508</sup> G.JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., p. 118; ID., *I terroristi non hanno diritti*, cit., p. 7.

<sup>509</sup> G.JAKOBS, *I terroristi non hanno diritti*, cit., p. 7.

<sup>510</sup> G.JAKOBS, *I terroristi non hanno diritti*, cit., p. 15.

L'esclusione è non definitiva, perché attraverso un cambiamento di comportamento il nemico potrebbe nuovamente convertirsi in cittadino.

Nel momento in cui viene commesso il crimine, si spezza il legame tra il singolo che delinque e la società civile: viene meno tra loro la relazione giuridica<sup>511</sup>. Il soggetto, che con il crimine cessa di essere cittadino e diventa nemico, viene escluso dal novero dei consociati.

La differenza con il diritto penale "normale" è che questo commina una pena successiva al fatto delittuoso e proporzionata alla colpevolezza<sup>512</sup>; per il diritto penale del nemico è necessario invece agire *prima*<sup>513</sup> del fatto delittuoso o *in aggiunta*<sup>514</sup> rispetto alla pena, improntando un apparato di sicurezza<sup>515</sup>.

Nel momento in cui il terrorista viene sottoposto a misure di coercizione<sup>516</sup>, per modificare la sua condotta di vita, va da sé che l'uso della coercizione è incompatibile con il suo riconoscimento come persona<sup>517</sup>.

Il soggetto diventa una fonte di pericolo, un problema per la sicurezza<sup>518</sup>.

Ed è la sicurezza della società ad essere messa in primo piano, anche a discapito del reo, perseguita attraverso la custodia preventiva o attraverso una pena privativa della libertà che sia tale da garantire la sicurezza (sempre della società), che sia quindi corrispondentemente lunga. Accanto all'effetto intimidativo<sup>519</sup> si scorge anche una nuova "funzione" della pena: allontanare per il maggiore tempo possibile il nemico dalla società, per garantire la sicurezza.

---

<sup>511</sup> Jakobs parla di degiuricizzazione (*Entrechtlichung*).

<sup>512</sup> G.JAKOBS, *I terroristi non hanno diritti*, cit., p. 9.

<sup>513</sup> Corsivo nostro.

<sup>514</sup> Corsivo nostro.

<sup>515</sup> Il motivo per cui l'espressione utilizzata è "diritto penale del nemico" invece di "diritto penale di sicurezza" risiede nelle scelte del legislatore, il quale predispone formalmente la sicurezza come fondamento del diritto penale: i provvedimenti di correzione e sicurezza vengono regolamentati come annessi del diritto penale nel codice penale.

<sup>516</sup> Il problema del terrorismo non può, secondo Jakobs, essere risolto con il metodo del libero confronto, o con i vari metodi rieducativi: è necessaria una coartazione del terrorista, un intervento costringitivo sulle sue condizioni di vita che sia, al contempo, adeguato allo scopo di neutralizzarne la pericolosità. Cfr. G.JAKOBS, *I terroristi non hanno diritti*, cit., p. 9.

<sup>517</sup> G.JAKOBS, *I terroristi non hanno diritti*, cit., p. 10.

<sup>518</sup> G.JAKOBS, *I terroristi non hanno diritti*, cit., p. 7.

<sup>519</sup> Assume primo piano la prevenzione generale negativa: il terrorista non viene punito per il reato in sé, per il danno provocato e per l'allarme sociale, l'entità della sua pena viene calcolata sulla base dell'inclinazione a delinquere dei consociati. Egli non è più persona, diventa parte del gruppo dei nemici. Cfr. G.JAKOBS, *I terroristi non hanno diritti*, cit., p. 16.

In questo modo viene meno il collegamento tra il fatto e la pena, perché le elevate sanzioni comminate per l'attività di formazione di un'associazione terroristica non si possono spiegare con la considerazione di ciò che è accaduto<sup>520</sup>: un'associazione fino a che non inizia a compiere attività criminose non pone in essere alcuna lesione) la commisurazione avviene invece sulla base di altri criteri, sulla presenza di un pericolo<sup>521</sup>.

L'Autore riprende Kant, per affermare che il soggetto pone in essere una lesione, già nel momento in cui si pone "fuori" dal diritto, anche senza attivarsi di fatto<sup>522</sup>.

L'incriminazione degli atti preparatori, lungi dall'apparire deprecabile, viene da Jakobs vista, in buona luce, come l'unico metodo in grado di rendere i criminali inoffensivi, a colpi di custodia preventiva e pena detentiva<sup>523</sup>.

Il modello di Jakobs si mostra anche qui lontano dal principio di proporzione e dal principio di offensività<sup>524</sup>.

Il diritto penale del nemico, in particolare, il diritto penale scagliato contro i terroristi ha più il compito di garantire la sicurezza<sup>525</sup> che quello di mantenere la vigenza del diritto, il che è rilevabile a livello di scopo della pena e delle fattispecie criminose pertinenti. Il diritto penale del cittadino, garanzia della vigenza del diritto, si trasforma in sistema di difesa da pericoli<sup>526</sup>.

Jakobs sostiene che le valutazioni di liceità e conformità del diritto penale del nemico non vanno fatte sulla base di un concetto astratto di Stato di diritto<sup>527</sup>. Dal suo punto di vista, uno Stato che si definisce Stato di diritto e in quanto tale si astiene dal porre in essere provvedimenti lesivi della personalità del soggetto, della sua *privacy*, della sua libertà, non sarebbe capace di tutelare il cittadino e la sua sicurezza, laddove il diritto alla sicurezza è un altro modo per indicare il diritto alla condizione della effettiva vigenza del diritto<sup>528</sup>.

---

<sup>520</sup> G.JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., p. 123.

<sup>521</sup> G.JAKOBS, *I terroristi non hanno diritti*, cit., p. 10; ID., *Diritto penale del nemico?*, cit., p. 121.

<sup>522</sup> G.JAKOBS, *Staatliche Strafe*, cit., p. 43 e ss.

<sup>523</sup> G.JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., p. 121.

<sup>524</sup> A.CAVALIERE, *Diritto penale "del nemico" e "di lotta"*, cit., p. 278.

<sup>525</sup> Finché il terrorista è visto come fonte di pericolo, il diritto penale varato per contrastarlo non è vero diritto atto ad includerlo; resta tuttavia diritto in quanto vincola tutti gli altri come persone. Cfr. G.JAKOBS, *I terroristi non hanno diritti*, cit., p. 10.

<sup>526</sup> G.JAKOBS, *I terroristi non hanno diritti*, cit., p. 10; ID., *Diritto penale del nemico?*, cit., p. 124.

<sup>527</sup> G.JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., p. 125.

<sup>528</sup> G.JAKOBS, *I terroristi non hanno diritti*, cit., p. 11.

Non importa, in quest'ordine di idee, se i comportamenti arrivano a creare un danno, l'aver progettato una strage ha già messo in pericolo la vigenza del diritto; la punizione da infliggere, quindi, deve essere misurata con un altro parametro di valutazione: l'attacco alla vigenza del diritto. "La teoria penale di Jakobs è una riedizione del diritto penale della disobbedienza di triste memoria: ciò che conta non è la lesione dei beni, ma la riaffermazione dell'autorità"<sup>529</sup>.

Il discorso si incardina sulla differenza di approccio tra un mondo ideale e un mondo reale. Quello che vale per l'uno non sarebbe né efficace né utile per l'altro.

Addirittura Jakobs sostiene che lo Stato di diritto astrattamente configurato si pone come *humus* ideale per il terrorista, offrendogli ampi vantaggi che lo porterebbero a rimanere nello Stato in questione e addirittura ad operarvi attivamente<sup>530</sup>.

Il diritto penale del nemico viene inoltre inteso come ultima *ratio* e deve essere limitato alla stretto necessario<sup>531</sup>, indipendentemente dalla doverosa prudenza che va comunque esercitata nel mantenere basso il livello di violenza fisica per gli effetti di corruzione del sistema che da essa inevitabilmente scaturiscono<sup>532</sup>.

Lo stretto necessario consiste nel privare il terrorista proprio di quel diritto di cui egli abusa: il diritto di comportarsi liberamente. La custodia cautelare preventiva viene considerata adatta alle circostanze<sup>533</sup>, anche se questa reazione dello Stato ha un leggero sapore di ripicca.

Numerose sono state le critiche al modello di Jakobs.

Autorevole dottrina critica lo scarto profondo tra il concetto e gli esempi. Il concetto di diritto penale del nemico sembra ritagliato sul terrorismo islamico: su chi segue una fede, una religione o un'ideologica "antisistemica", incoercibile al dialogo, insuscettibile di accettare lo Stato di diritto e i diritti fondamentali quale base di riconoscimento reciproco dell'ordinamento e della società civile; solo a proposito di un soggetto così connotato si può dire che egli non presenti una "garanzia cognitiva" adeguata per risultare destinatario di una pena, che intenda svolgere una funzione "pedagogica" o di restaurazione e stabilizzazione dei valori<sup>534</sup>.

---

<sup>529</sup> A.CAVALIÈRE, *Diritto penale "del nemico" e "di lotta"*, cit., p. 275.

<sup>530</sup> G.JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., p. 126

<sup>531</sup> *Ibidem*.

<sup>532</sup> G.JAKOBS, *I terroristi non hanno diritti*, cit., p. 12.

<sup>533</sup> G.JAKOBS, *I terroristi non hanno diritti*, cit., p. 13.

<sup>534</sup> M.DONINI, *Diritto penale di lotta vs diritto penale del nemico*, cit. p. 143.

Altra critica proviene da chi contesta la descrizione vaga ed ambigua del nemico, che risulterebbe inoltre, caratterizzata dalla totale assenza di riferimenti ai principi valutativi di garanzia posti nella gerarchia delle fonti al di sopra della legge<sup>535</sup>.

Autorevole dottrina ha affermato che “un diritto penale speciale per determinati gruppi di persone (si tratti finanche di terroristi e di pericolosi delinquenti abituali), che ne negasse lo *status* di persone, cozzerebbe contro numerosi e centrali principi costituzionali: la dignità dell’uomo, il principio di colpevolezza, il principio dello Stato di diritto (che comprende l’uguaglianza di trattamento davanti alla legge), il principio del fatto (perché il diritto penale del nemico sarebbe un diritto penale d’autore) e la presunzione di non colpevolezza. A ciò si aggiungerebbe l’enorme pericolo di abusi, perché chi sia nemico lo stabilirebbero i detentori del potere, così che le libertà civili sarebbero nella loro disponibilità e dunque il diritto penale perderebbe la sua funzione di *Magna Charta* del reo.”<sup>536</sup>

La neutralizzazione del delinquente sembra la separazione dal cesto delle mele marce, ricorda vagamente la leggenda spartana secondo cui i bambini malformati venivano buttati giù dal monte Taigete; nel nostro caso non si tratta di bambini malformati, ma il soggetto si è macchiato di un delitto, non è più affidabile, la macchia è ormai indelebile. Il principio sembra uguale.

In questo modo verrebbero a cadere tutti quei limiti all’ingerenza statale frutto di secoli di lotte e rivendicazioni. Limiti che oggi troviamo nella Costituzione e nelle scelte di politica criminale<sup>537</sup>.

“La «depersonalizzazione» comporta la legittimazione dello Stato a tutto ciò che ritenga utile e necessario, senza che i beni e i diritti fondamentali della persona (che ormai non c’è) possano entrare in bilanciamento con gli interessi della collettività”<sup>538</sup>.

La categoria dei nemici subirebbe pericolose mutazioni, arrivando a contenere gli avversari politici o comunque tutti quei soggetti che, pur non avendo commesso crimini dannosi, possono risultare “scomodi” al gruppo al potere, o peggio, possono essere utilizzati come strumento politico per rimanere al potere, sfruttando le paure della popolazione, che fa fronte comune contro il “nemico”.

---

<sup>535</sup> R.BARTOLI, *Lotta penale al terrorismo internazionale*, cit., p. 16.

<sup>536</sup> C.ROXIN, *Strafrecht*, AT, Bd. I, *Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre*, IV ed., München 2006, p. 56.

<sup>537</sup> S.MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 9.

<sup>538</sup> A.CAVALIERE, *Diritto penale “del nemico” e “di lotta”*, cit., p. 278.

Naturalmente un individuo chiuso in carcere, in via cautelare o definitiva, non crea danni, dal carcere non può compiere crimini, o quasi. Cedere alla tentazione di utilizzare tali vili mezzi non è per niente lecito, nonostante possa apparire appetibile.

In quanto giuristi dobbiamo ancorarci ai principi del sistema.

La nostra stella polare deve essere la Costituzione e i principi che essa testimonia.

E la teoria del nemico fa incetta di violazioni.

Aggredisce i principi di legalità, determinatezza e tassatività (art. 25, co. 2, Cost. e 13 Cost.), perché le leggi diventano insolitamente flessibili e generiche quando si tratta del nemico.

I principi di proporzione e ragionevolezza (art. 3 Cost.) sono completamente dimenticati, così come i principi di offensività (art. 13 Cost., art. 25, co. 2 e co. 3, Cost., art. 27, co. 3, Cost.), di uguaglianza<sup>539</sup> (art. 3 Cost.), di materialità (art. 19 Cost. e art. 25, co. 2, Cost.), per non parlare della personalità della responsabilità penale (art. 27, co.1, Cost.) e della dignità umana (art. 2 Cost., art. 3, co. 1, Cost., art. 27, co. 1, Cost. e art. 3 Cost., art. 32, co. 2, Cost. , art. 41, co. 2, Cost.)<sup>540</sup>.

Non importa se vi è un pericoloso criminale in agguato e i cittadini sono spaventati. La convivenza civile, in quanto effetto dell'applicazione dei principi fondamentali, non può essere raggiunta, mantenuta o difesa con il sacrificio dei principi di riferimento emersi dalla realtà storico-istituzionale normativizzati. Ciò implica che l'azione dello Stato, anche se indirizzata a eliminare gravi forme di criminalità dovrà avvenire con strumenti coerenti con i principi da difendere<sup>541</sup>.

Non una parola si trova in Jakobs relativa al rapporto del diritto penale del nemico, come da lui configurato, con le garanzie poste dalla Costituzione tedesca e dai trattati internazionali a tutela dei diritti umani (CEDU e Patto internazionale dei diritti civili e politici), rivelando così come dietro la sua concezione funzionalista si nasconda, in verità, un diritto penale interamente orientato al mero scopo<sup>542</sup>, destinato a non trovare alcun limite se tale limite può costituire un ostacolo al perseguimento di determinate finalità; si tratta quindi di un diritto suscettibile di strumentalizzare o addirittura annientare l'uomo.

---

<sup>539</sup> La misura e il tipo di pena applicabili sono differenti a seconda se il destinatario sia un nemico o un cittadino. Cfr. G.JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit. p. 117.

<sup>540</sup> S.MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 15.

<sup>541</sup> S.MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 237.

<sup>542</sup> R.BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale*, cit., p. 18.

# LA NORMATIVA ITALIANA DI CONTRASTO AL TERRORISMO

Il fenomeno del terrorismo, uno dei più discussi dell'attuale quadro dell'illegalità, coinvolge in sé, in egual misura, politica criminale e scienza giuridica ed attinge parimenti dalle varie branche del diritto, sostanziale e processuale<sup>543</sup>.

## 1. La nascita del termine: «terrorismo»

Alla ricerca della nascita del lemma “terrorismo”, scopriamo la sua acquisizione all'universo del linguaggio nel secolo XVIII; troviamo il termine in un dizionario francese dato alle stampe nel 1796, che vi fa riferimento con connotazione di valore francamente lusinghiera, in relazione alla condotta dei Giacobini, mentre il supplemento del 1798 del dizionario della *Académie Française* annoverava tra i primi la parola *terrorisme*, come facente riferimento al *systeme, régime de la terreur*<sup>544</sup>.

Tutte le lingue europee, successivamente, acquisiscono al loro lessico la dizione di terrorismo dall'etimo francese<sup>545</sup>, indifferentemente rispetto al significato originario dell'ascendenza linguistica, che faccia riferimento alla lettera della paura, del terrore, del nostro *terror* latino; la circostanza è sostanzialmente indifferente alle lingue di origine latina, di talché il *terrorisme* francese ed il *terrorismo* italiano e spagnolo appaiono immediatamente riconducibili anche all'etimo latino *terror*, mentre la novità linguistica del lemma, nella sua origine francese di fine XVIII sec., è scoperta in relazione alle altre principali lingue europee. Infatti il tedesco *terrorismus* non ha alcuna

---

<sup>543</sup> Cfr. D.FALCINELLI, voce *Terrorismo (profili sostanziali)*, in *Noviss. dig. it.*, Torino 2005, p. 1605; M.DONINI, *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto tra diritto penale e politica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, p. 27; S.MOCCIA, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, Napoli 1986, p. 21.

<sup>544</sup> *Dictionnaire Supplément*, Paris, an VII-1798, p. 775, in W. LAQUEUR, *Storia del terrorismo*, cit, p. 15. *Dictionnaire Supplément*, Paris, an VII-1798, p. 775, in W. LAQUEUR, *Storia del terrorismo*, cit, p. 15.

<sup>545</sup> A ben vedere, questo manifesta l'insufficienza dei termini violenza e politica, risalenti all'esperienza storica, a cogliere la specificità del termine terrorismo, che nasce invece solo in questa esperienza dell'età moderna.

ascendenza rispetto alle radici di *furcht* (paura) *schrecken* (terrore)<sup>546</sup>; parimenti l'inglese *terrorism*, nonostante l'utilizzo anche anglofono del termine *terror*, di origine latina, appare linguisticamente affrancato dalle origini di *fear* (paura) e *scare* (terrore).

Il riferimento storico al sistema ed al regime del terrore richiama alla mente il regno del terrore, vale a dire la stagione francese, pur già presente ideologicamente sin dagli inizi dell'estate del 1789<sup>547</sup>, consumatasi tra il maggio del 1793 e il luglio del 1794<sup>548</sup>; stagione che, com'è altrettanto noto, affonda le proprie radici storiche negli anni immediatamente precedenti, vale a dire in quelli d'esordio della Rivoluzione francese.

Il regime istituzionale di repressione attraverso il terrore, nonostante talune fattive anticipazioni sin dall'agosto del 1792<sup>549</sup>, può considerarsi avviato nel 1793<sup>550</sup>. Tuttavia fu il cinque settembre successivo che il Terrore venne messo anche formalmente "all'ordine del giorno" della politica ed il terrorismo divenne il sistema dell'esercizio del pubblico potere.

L'invito di Robespierre affinché "tutte le persone sospette siano considerate come ostaggi e siamo messe in stato di arresto" ben venne tradotto dalla cosiddetta legge dei sospetti, del 17 settembre, che riorganizzava in chiave di efficienza operativa ed esecutiva il funzionamento del tribunale rivoluzionario, sul presupposto di una definizione dei sospetti ancor più dilatata, che consistesse, in sostanza, nell'annoverare, tra i medesimi, chiunque.

La rapidità dell'istruzione probatoria fu sempre più accelerata e, con un decreto dell'ottobre successivo, finalizzato ad annientare lo spazio per la difesa, limitata a non più di tre giorni; contro

---

<sup>546</sup> L.BONANTE, *Terrorismo politico*, in N.BOBBI, -N.MATTEUCCI, (a cura di), *Dizionario di politica*, Torino 1976, p. 1035.

<sup>547</sup> F. FURET, voce *Terrore*, in F.FURET - M.OZOUF (a cura di), *Dizionario Critico della Rivoluzione Francese*, Milano, 1988, p. 141; anche storicamente, seppur in guisa non ancora strutturata, le violenze popolari parigine che accompagnarono la giornata del 14 luglio sono già interamente ascrivibili alla logica del terrore, mentre già nel settembre successivo, con la fondazione del giornale *L'Ami du Peuple*, l'idea terrorista trova il suo referente a mezzo stampa.

<sup>548</sup> L.BONANTE, *Terrorismo politico*, cit., p. 1035.

<sup>549</sup> Allorquando un decreto autorizza le municipalità ad effettuare investigazioni di polizia e i dipartimenti ad emettere mandati di cattura; cfr. F.FURET-D.RICHET, *La rivoluzione francese*, Roma-Bari 1998, p. 200.

<sup>550</sup> "Appare più rispondente alla realtà storica considerare il Terrore un blocco unitario, come esito coerente di un movimento che, per accelerazioni progressive, volle fare terra bruciata del passato religioso, culturale e civile della Francia"; cfr. M.RONCO, voce *Terrore (1792-1794)*, in *Istituto per la Dottrina e l'informazione sociale, Voci per un Dizionario del Pensiero Forte*, Milano 1990, p. 45.

ogni tipo di criterio di commisurazione della pena, le sentenze di condanna contemplavano, di fatto, soltanto quella di morte<sup>551</sup>.

## 2. Terrorismo ed everzione

Sin dall'introduzione dell' art. 270 *bis* c.p. per effetto della l. 15/1980 si è sviluppato un serrato dibattito sul significato da attribuire alle nozioni di everzione e terrorismo.

Che il nostro ordinamento abbia da sempre considerato autonomamente terrorismo ed everzione è d'altra parte confermato sia dall'art. 280 c.p., che sanziona l'attentato alla vita o all'incolumità della persona perpetrato con finalità terroristiche o di everzione dell'ordine democratico, sia dell'art. 289 *bis* c.p., che sanziona il sequestro di persona a scopo di terrorismo o di everzione dell'ordinamento democratico<sup>552</sup>.

La mancanza di una definizione normativa non aveva creato particolari problemi agli interpreti negli anni Ottanta, dal momento che i gruppi terroristici interni allora operanti si proponevano, altresì, una finalità eversiva dell'ordinamento costituzionale italiano, sicché l'apparato normativo di contrasto al terrorismo o all'everzione risultava pacificamente applicabile alle loro attività<sup>553</sup>.

Le prime difficoltà sorsero invece negli anni Novanta, in relazione all'attività di cellule islamiche affiliate a movimenti eversivi di carattere nazionale, le quali svolgevano in Italia supporto logistico rispetto ad attività da svolgersi esclusivamente all'estero e miranti al rovesciamento di governi stranieri<sup>554</sup>. La Corte di Cassazione italiana affermò che sulla base delle norme allora vigenti, tali

---

<sup>551</sup> F.FURET, voce *Terrore*, cit., p. 132 e ss.

<sup>552</sup> Per l'interpretazione di questa norma cfr. Cass. 27.10.1987 e Cass. 10.05.1988, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1991, p. 641 e ss.

<sup>553</sup> Ben si spiega, quindi, come la giurisprudenza di quel periodo potesse accontentarsi di definizioni di terrorismo sostanzialmente tautologiche e imprecise, come quella adottata da Cass. Pen. Sez. I, 11.07.1987, Benacchio, in *Cass. pen.* 1989, p. 41 e ss. Secondo cui terroristica è "la finalità di incutere timore nella collettività con azioni criminose indiscriminate", definizione che ben si adatta allo stragismo di destra, ma risulta per nulla calzante rispetto al terrorismo di sinistra le cui vittime sono perfettamente «mirate».

<sup>554</sup> Cfr. A.SPATARO, *Le nuove forme di manifestazione di terrorismo internazionale: in particolare il terrorismo islamico*, rel. all'incontro di studio organizzato dal CSM il 29-31 marzo 2004, p. 7 e ss; G.SALVINI, *L'associazione finalizzata al terrorismo internazionale: problemi di definizione e prova della finalità terroristica*, in *Cass. pen.* 2006, p. 3366.

condotte dovevano essere penalmente irrilevanti nel nostro Paese in quanto volte all'eversione di ordinamenti stranieri<sup>555</sup>.

Il terzo comma dell'art. 270 *bis*, introdotto dalla legge 438/2001 estendeva la punibilità alle condotte realizzate con la finalità di terrorismo (e non di eversione) contro Stati esteri. Tale situazione di irrilevanza penale (rimanendo comunque sempre punibili reati comuni o strumentali commessi anche in parte in territorio italiano) trova la sua condivisibile ragione nella impossibilità o meglio inopportunità per il giudice italiano di ergersi appunto a giudice della democraticità di Stati stranieri<sup>556</sup>.

Il problema non risolto della definizione di terrorismo si faceva sentire sempre più man mano che i delitti di matrice terroristica diventavano frequenti.

In assenza di una esplicita definizione legislativa di terrorismo, l'unico dato rilevabile era dato dalla distinzione tra terrorismo ed eversione, la definizione accolta più o meno unanimemente è stata quella che vedeva il terrorismo come un "atto violento e intenzionale, rivolto contro un soggetto che ricopra una carica istituzionale o contro soggetti indeterminati, finalizzato a diffondere il terrore nella collettività e determinato da ragioni politiche, purché non destinato all'eversione dell'ordinamento democratico"<sup>557</sup>, dove per eversione si intende in forza della norma di interpretazione autentica di cui all'art.11, l. n. 304 del 1982, eversione dell'ordine costituzionale.

Altro problema interpretativo suscitava l'art. 270 bis c.p., per la mancanza, nella formulazione originaria della norma, a dispetto della rubrica ogni riferimento alla finalità di terrorismo.

Prendendo spunto dalla considerazione che la finalità di terrorismo menzionata dalla rubrica non compariva poi nel testo della previsione, parte della dottrina<sup>558</sup> aveva sostenuto che lo scopo terroristico avrebbe dovuto considerarsi sotteso al programma di compiere atti di violenza per finalità di eversione, posto che la realizzazione di condotte violente, da parte di chi persegua fini di eversione, implica nella maggior parte dei casi un'attività di tipo terroristico.

---

<sup>555</sup> Così ad es. *Cass. Pen.*, Sez. VI, 30.01.1996, n.561, in *Cass. pen.* 1997, p. 1332. Sulla vicenda S.ZEULLI, *Terrorismo internazionale*, Milano 2002, p. 38.

<sup>556</sup> G.SALVINI, *L'associazione finalizzata al terrorismo internazionale*, cit., p. 3369; D.FALCINELLI, voce *Terrorismo (profili sostanziali)*, in *Noviss. dig. it.*, Torino 2005, p. 1624.

<sup>557</sup> Cfr. C.CUPELLI, *Il nuovo art. 270 bis c.p.: emergenze di tutela e deficit di determinatezza?*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 898 e ss.; M.LAUDI, voce *Terrorismo a) Diritto interno*, in *Enc. dir.*, 1992, p. 356 e ss.; F.PALAZZO, *La recente legislazione penale*, III ed., Padova 1985, p. 171 e ss.; M.RONCO, voce *Terrorismo*, in *Nss. dig. App.*, 1987, p. 754 e ss.

<sup>558</sup> DALIA, *Sequestro di persona a scopo di terrorismo o eversione*, in *Enc. Dir.*, XLII, p. 224.

In altri termini, si stimava che il terrorismo rappresentasse un requisito essenziale implicito della fattispecie, per la circostanza di ritenere che il fine terroristico, consistente nello spargere il panico all'interno della collettività o presso gruppi determinati, dovesse risultare strumentale rispetto allo scopo finale di eversione dell'ordine democratico (da intendere quest'ultimo come abbattimento dell'ordine costituito e delle istituzioni che ne rappresentano le espressioni o, dopo la l. 304/1982, come aggressione alla struttura dello Stato democratico prefigurato dalla Costituzione)<sup>559</sup>.

Se una simile posizione non presentava eccessive difficoltà sul piano applicativo, un'accorta interpretazione aveva negato la possibilità di intendere i due termini come sinonimi. Si faceva notare, in specie, al fine di respingere l'ipotesi che il terrorismo e l'eversione integrassero gli estremi di una semplice endiadi, che potrebbe anche accadere che allo scopo di spargere terrore nella collettività non si accompagni un fine ultimo di eversione e che, per contro, chi agisce per finalità di eversione possa anche considerare non essenziale lo spargimento del terrore<sup>560</sup>.

Partendo dall'autonomia concettuale esistente tra i due termini e valorizzando il canone interpretativo di non considerare vincolanti gli intitolati ma solo il testo degli articoli, si è cercato di dare, poi una giustificazione sostanziale alla discrasia tra la rubrica e il corpo dell'art. 270 *bis* c.p. attraverso una valorizzazione dei dati dell'esperienza. E si è affermato che, se per seminare il terrore non c'è bisogno di dar vita a un'associazione e ad un programma articolato e complesso, "il programma di eversione dell'ordine costituzionale appare, per le sue stesse 'dimensioni', difficilmente realizzabile da parte di un singolo". La menzione del solo fine di eversione dell'ordine democratico avrebbe dovuto spiegarsi, perciò, con la circostanza di voler colpire con un titolo d'incriminazione specifico il perseguimento della finalità eversiva, attraverso uno strumento (l'associazione) particolarmente adeguato allo scopo<sup>561</sup>.

Per queste ragioni, il delitto non avrebbe potuto configurarsi quando gli atti terroristici costituissero lo scopo in sé dell'associazione, dovendo le organizzazioni con finalità soltanto terroristica restare assoggettate alla disciplina ordinariamente disposta per le ipotesi di associazione illecita, comune o politica, con l'aggravamento di pena previsto per i reati commessi per il fine di terrorismo.

---

<sup>559</sup> G.DE FRANCESCO, *Commento all'art. 3, l. 6 febbraio 1980, n. 15*, in *Legisl. Pen.*, 1981, p. 49 e ss.; E.GALLO E.MUSCO, *I delitti contro l'ordine costituzionale*, cit. p. 40.

<sup>560</sup> F. PALAZZO, *La recente legislazione penale*, Padova, 1985, p. 99 e ss, V. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale*, cit., p. 211.

<sup>561</sup> G.DE FRANCESCO, *Commento all'art. 3, l. 6.2.80 n. 15*, in *Legisl. Pen.*, 1981, p. 49 e ss.

### 3. Terrorismo, primi approdi definitivi

Mentre il concetto di eversione era univocamente riferibile, in forza della norma di interpretazione autentica di cui all'art.11, l. n. 304 del 1982, all'eversione dell'ordine costituzionale, il concetto di terrorismo non era ancora espressamente definito nel diritto penale<sup>562</sup>.

La necessità di individuare una definizione di terrorismo vincolante per il giudice penale aveva un'immediata rilevanza pratica<sup>563</sup>, come dimostravano le vicende giurisprudenziali, che vedevano due organi giudicanti adottare, rispetto ad uno stesso fatto, provvedimenti di segno opposto, in conseguenza diverse soluzioni del problema definitorio in esame<sup>564</sup>.

Nessuna norma in Italia prima del d.l. n. 144 del 2005 forniva una definizione di terrorismo.

La situazione mutò parzialmente allorché, all'indomani dell'11 settembre 2001, la legge 438/2001 modificò l'art. 270 bis c.p.<sup>565</sup>, inserendo anche nel testo della norma l'espressa menzione della finalità di terrorismo e chiarendo, nel nuovo terzo comma, che la finalità di terrorismo sussiste anche allorché le attività progettate dall'associazione siano rivolte contro uno Stato estero o un'istituzione o un organismo internazionale<sup>566</sup>. Ancora una volta, però, il legislatore italiano mancò l'occasione per introdurre una esplicita definizione di terrorismo, ingenerando una grave incertezza nella prassi applicativa.

---

<sup>562</sup> F.VIGANÒ, *Terrorismo di matrice islamico-fondamentalista e art. 270 bis c.p. nella recente esperienza giurisprudenziale*, cit., p. 3954.

<sup>563</sup> F.VIGANÒ, *Terrorismo di matrice islamico-fondamentalista e art. 270 bis c.p. nella recente esperienza giurisprudenziale*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 3953.

<sup>564</sup> Il riferimento è alle ordinanze del G.U.P. di Milano, del 24 gennaio 2005, e del G.I.P. di Brescia del 31 gennaio 2005. Con la prima ordinanza, emessa congiuntamente alla sentenza con cui il G.U.P. ha riconosciuto la propria incompetenza e trasmesso gli atti all'Autorità giudiziaria di Brescia, è stata revocata la misura cautelare applicata a due soggetti imputati per il reato di cui all'art. 270 bis c.p.; il giudice milanese, infatti, non ha ritenuto qualificabile, alla luce degli elementi probatori a disposizione, come "terroristica" l'attività dell'organizzazione che i due contribuivano a finanziare, ma come legittima attività di "guerriglia", in quanto rivolta non contro civili, ma contro militari. Al contrario il giudice bresciano, dopo aver ricevuto gli atti del procedimento ha disposto nuovamente l'applicazione della misura cautelare per i due imputati, rilevando che la convenzione citata dal G.U.P. (Convenzione globale contro il terrorismo) era (ed è) ferma allo stadio di mero progetto, ritenendo che "alla luce del comune sentire della comunità politica [...] che ha prodotto l'art. 270 bis c.p. azioni violente condotte anche con il ricorso a «kamikaze» da portatori di ideologie estremistiche islamiche nei confronti di unità militari attualmente impiegate in Asia non possono qualificarsi come atti di legittima e giustificata «guerriglia», ma vanno senz'altro definiti come atti di «terrorismo»". In A.VALSECCHI, *Il problema della definizione di terrorismo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, p.1127; M.MANTOVANI, *Brevi note in materia di terrorismo internazionale*, in *Giur. merito* 2005, p. 1370.

<sup>565</sup> Vedi *supra*, § 2.

<sup>566</sup> F.VIGANÒ, *Terrorismo di matrice islamico-fondamentalista*, cit., p. 3954.

Nel perdurante silenzio del legislatore italiano, la dottrina e la stessa giurisprudenza cominciarono a rivolgere le loro attenzioni alle fonti internazionali in tema di rati terroristici vincolanti per il nostro Paese<sup>567</sup>.

La definizione accolta più o meno unanimemente in quegli anni è stata quella – già citata – che vedeva il terrorismo come un “atto violento e intenzionale, rivolto contro un soggetto che ricopra una carica istituzionale o contro soggetti indeterminati, finalizzato a diffondere il terrore nella collettività e determinato da ragioni politiche, purché non destinato all’eversione dell’ordinamento democratico”<sup>568</sup>.

Nel confronto con i principi costituzionali, tra cui sveltava il principio di legalità di cui all’art. 25 Cost. e il principio di precisione della norma penale, il principio di determinatezza e tassatività<sup>569</sup>, quali declinazioni dello stesso principio di legalità, il giudice penale italiano faticava ad accontentarsi di una nozione che si richiamasse ad un inesistente “senso comune”.

E a tale fine, stante l’assoluta mancanza nella legislazione italiana di una definizione, fino al 2005 il legislatore italiano si è servito delle numerose fonti di diritto internazionale, che affrontano il fenomeno del terrorismo internazionale<sup>570</sup>.

Il ricorso alle fonti del diritto internazionale, in ogni caso, non permetteva di ottenere una definizione diretta e onnicomprensiva del fenomeno terroristico, consacrata in una convenzione vincolante l’intera comunità internazionale. Anzi, lo stesso progetto di tale convenzione<sup>571</sup> non è ancora stato approvato per il mancato accordo fra i Paesi occidentali e Paesi aderenti all’Organizzazione della Conferenza islamica sulla portata applicativa da riservare alla convenzione stessa.

---

<sup>567</sup> A.VALSECCHI, *Il problema della definizione di terrorismo*, cit., p. 1127 e ss.

<sup>568</sup> Cfr. C.CUPELLI, *Il nuovo art. 270 bis c.p.: emergenze di tutela e deficit di determinatezza?*, cit. p. 898 e ss.; M.LAUDI, voce *Terrorismo a) Diritto interno*, in *Enc. dir.*, 1992, p. 356 e ss.; F.PALAZZO, *La recente legislazione penale*, III ed., Padova 1985, p. 171 e ss.; M.RONCO, voce *Terrorismo*, in *Nss. dig. App.*, 1987, p. 754 e ss.

<sup>569</sup> Cfr. G.GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Milano 1983, p. 201 e ss.

<sup>570</sup> G.FRIGO, *Per uscire dall’impasse del codice penale il soccorso della decisione quadro europea*, in *Guida al diritto*, 2005, p. 88 e ss.

<sup>571</sup> Progetto di Convenzione globale in materia di terrorismo internazionale elaborato in seno al comitato *ad hoc* istituito con la risoluzione 51/210 del 17.12.1996 dell’Assemblea generale delle Nazioni unite, e attualmente ancora all’esame degli Stati membri.

Fallito l'iniziale tentativo di dar vita ad una convenzione contro il terrorismo nella sua globalità, l'approccio della comunità internazionale, in seguito è stato sempre settoriale<sup>572</sup>: gli Stati si sono vincolati reciprocamente alla repressione di specifiche condotte criminose, attorno alla cui gravità si veniva di volta in volta a creare un generale consenso<sup>573</sup>.

Il fatto che ormai queste convenzioni, tutte regolarmente ratificate dal nostro Paese, che ha provveduto a dar loro puntuale esecuzione, fossero lette, anche dalla stessa dottrina<sup>574</sup> nel quadro più ampio di una generalizzata lotta al terrorismo, consentiva però, all'interprete e allo stesso giudice nazionale di delimitare sebbene in via approssimativa e non del tutto completa una prima area di illeciti certamente riconducibili alla nozione di terrorismo.

Un approccio settoriale di questo tipo, però se da un lato consentiva di individuare singole fattispecie criminali da contrastare, dall'altro forniva un aiuto solo limitato al fine di definire il fenomeno terroristico nel suo insieme. Non è facile, infatti, individuare sufficienti elementi di collegamento tra le diverse convenzioni, dai quali muovere per ricavare una nozione generale<sup>575</sup>.

Una svolta si ebbe con la Convenzione di New York del 1999 sul finanziamento degli atti terroristici, ratificata nel nostro Paese nel 2003 (l. 14.01.2003 n. 7) sulla base di una norma contenente la rituale clausola di "piena e intera esecuzione"<sup>576</sup>.

Si formò per la prima volta in ambito internazionale un norma (art. 2) dalla quale l'interprete poté agevolmente muovere nell'elaborazione di una definizione generale di terrorismo. Oggetto della convenzione era l'incriminazione del fatto di chi direttamente o indirettamente, in modo illecito e deliberato, "procura o destina fondi" con l'intenzione che vengano utilizzati o con la consapevolezza che saranno utilizzati in tutto o in parte per commettere determinati atti illeciti. Tali illeciti sono individuati mediante un rinvio ai reati indicati in una serie di convenzioni

---

<sup>572</sup> Cfr. D.FALCINELLI, voce *Terrorismo (profili sostanziali)*, cit., p. 1613.

<sup>573</sup> Spesso, anzi, nei singoli trattati manca una un espresso richiamo alla natura terroristica degli illeciti che si intendono contrastare (o se il richiamo c'è, questo è confinato al titolo o al preambolo della convenzione, come accade nella convenzione del 1997 per la repressione degli atti terroristici dinamitardi)

<sup>574</sup> Cfr. M.C.BASSIUNI, *International criminal law*, II ed., New York 1999, p. 767 e ss.; R.KOLB, *The exercise of criminal jurisdiction over international terrorists*, in *Enforcing International law norms against terrorism*, a cura di A.BIANCHI, Oxford 2004, p. 230 e ss.

<sup>575</sup> A.VALSECCHI, *Il problema della definizione di terrorismo*, cit. p. 1133.

<sup>576</sup> M.MANTOVANI, *Brevi note in materia di terrorismo internazionale*, cit., p. 1376; F.VIGANÒ, *Terrorismo di matrice islamico-fondamentalista*, cit., p. 3955.

internazionali<sup>577</sup> e per mezzo di una clausola di chiusura: “qualsiasi altro atto destinato a cagionare la morte o lesioni personali gravi a un civile o a qualsiasi altra persona che non partecipi attivamente alle ostilità nel corso di un conflitto armato, quando lo scopo di tale atto, per sua natura o per contesto, sia di intimidire la popolazione o costringere un governo o un’organizzazione internazionale a compiere od omettere un atto”.<sup>578</sup> Questa clausola esprime indirettamente la definizione generale di terrorismo accolta dalla convenzione<sup>579</sup>; una definizione che si caratterizza sotto due aspetti: innanzitutto per la natura violenta dell’atto diretto a cagionare la morte o lesioni gravi, che deve essere posto in essere al fine di diffondere terrore tra la popolazione o di obbligare un governo o un’organizzazione internazionale a compiere od omettere un certo atto; in secondo luogo per la qualità della vittima dell’illecito, che deve essere un civile o una qualsiasi altra persona che non partecipi attivamente alle ostilità, laddove sia in corso un conflitto armato<sup>580</sup>.

È vero che gli illeciti in tal modo individuati non vengono mai definiti espressamente “atti terroristici”, ma che questa sia la loro natura è facilmente ricavabile dall’oggetto stesso della Convenzione, che è la repressione del finanziamento del terrorismo nella sua multiforme globalità.

L’interprete trova, quindi, nella convenzione del 1999 una prima definizione globale, ancorché indiretta, del terrorismo, contenuta in un testo normativo che, a seguito della ratifica della Convenzione, è divenuto ormai parte del nostro ordinamento, con il rango di legge ordinaria<sup>581</sup>.

---

<sup>577</sup> Convenzione dell’Aja del 1970 contro la cattura di aeromobili, Convenzione di Montreal del 1971 contro gli atti illeciti contro la sicurezza dell’aviazione civile; Convenzione dell’Assemblea generale delle Nazioni Unite del 1973 per la prevenzione e repressione dei crimini contro le persone protette dal diritto internazionale, inclusi gli agenti diplomatici; Convenzione internazionale dell’Assemblea generale delle Nazioni Unite del 1979 contro la cattura di ostaggi; Convenzione di Vienna del 1980 sulla protezione fisica del materiale nucleare; Protocollo di Montreal del 1988 per la repressione degli atti illeciti di violenza contro gli aeroporti internazionali dell’aviazione civile ad integrazione della Convenzione per la repressione degli atti illeciti contro la sicurezza dell’aviazione civile, Convenzione di Roma del 1988 per la repressione degli atti illeciti contro la sicurezza marittima; Protocollo di Roma del 1988 per la repressione di atti illeciti contro la sicurezza delle piattaforme fisse stabilite sulla placca continentale; Convenzione dell’Assemblea generale delle Nazioni Unite del 1997 contro gli attacchi terroristici dinamitardi. Cfr. A.VALSECCHI, *Il problema della definizione di terrorismo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, p. 1160.

<sup>578</sup> Art. 2, primo paragrafo lett. B: “qualsiasi altro atto destinato a cagionare la morte o lesioni personali gravi a un civile o a qualsiasi altra persona che non partecipi attivamente alle ostilità nel corso di un conflitto armato, quando lo scopo di tale atto, per sua natura o per contesto, sia di intimidire la popolazione o costringere un governo o un’organizzazione internazionale a compiere od omettere un atto”.

<sup>579</sup> A.GIOIA, *Terrorismo internazionale, crimini di guerra e crimini contro l’umanità*, in *Riv. it. dir. int.*, 2004, p. 32.

<sup>580</sup> F.VIGANÒ, *Terrorismo di matrice islamico-fondamentalista*, cit., p. 3955.

<sup>581</sup> Alla stessa conclusione giunge la Suprema Corte del Canada, la quale ha ritenuto la Convenzione del 1999 come in grado di fornire all’interprete un referente sufficientemente preciso, in modo tale da sottrarre le norme interne che richiamino la nozione di terrorismo alla prospettata censura di incostituzionalità. Sent. 11.01.2002.

In epoca più recente, il Consiglio dell'Unione europea, nel quadro delle attività di cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale (il terzo pilastro dell'UE), ha emanato una decisione quadro<sup>582</sup> (la 475 del 13.06.2002) che “impone espressamente agli stati membri di incriminare” come reati terroristici una serie di fattispecie<sup>583</sup>. Queste fattispecie sono individuate mediante un elenco tassativo di fatti (art. 1), i quali assumono natura di reati terroristici quando siano commessi “al fine di intimidire gravemente la popolazione, costringere indebitamente i poteri pubblici o un'organizzazione internazionale a compiere od astenersi dal compiere qualsiasi atto, destabilizzare gravemente o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche o sociali di un paese o di un'organizzazione internazionale”<sup>584</sup>. L'undicesimo considerando introduttivo esclude peraltro espressamente dall'applicabilità della decisione quadro l'attività delle forze armate in tempo di conflitto armato e l'attività delle forze armate di uno Stato nell'esercizio delle funzioni ufficiali.

Quella prevista dalla decisione quadro è indubbiamente una definizione diretta di atto terroristico, funzionale all'incriminazione, da parte di tutti gli Stati membri dell'Unione Europea, di un'autonoma fattispecie di terrorismo<sup>585</sup>. Essa appariva dunque di particolare significato per il giudice italiano: pur trattandosi di atto del terzo pilastro, provvisto come tale di effetto vincolante soltanto nei confronti degli Stati, ad essa poteva attribuirsi valore, quanto meno di strumento interpretativo nella definizione del concetto di terrorismo ai fini dell'applicazione della normativa penale interna che a tale concetto si richiama.

Dall'analisi delle due definizioni, forniteci dalla Convenzione di New York del 1999 e dalla decisione quadro dell'Unione Europea del 13.06.2002 n. 475, emergono due differenze.

La prima riguarda la mancanza nella decisione quadro di ogni riferimento alle vittime degli atti terroristici, laddove, al contrario, nella convenzione si precisa che tali atti devono essere rivolti contro “civili o contro soggetti che non partecipano alle ostilità in corso”.

---

<sup>582</sup> Cfr. D.FALCINELLI, voce *Terrorismo (profili sostanziali)*, cit., p. 1613.

<sup>583</sup> Non sembra, tuttavia, che lo sforzo di precisione descrittiva profuso dalla normativa comunitaria sia realmente in grado di illuminare univocamente l'interprete, scontando il gigantismo dei dati empirici da sottoporre a verifica processuale. Cfr. G.FIANDACA e G.TESAURO, *Le disposizioni sostanziali: linee*, in *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, a cura di G.DI CHIARA, Torino 2003 p.121.

<sup>584</sup> M.MANTOVANI, *Brevi note in materia di terrorismo internazionale*, cit., p. 1376.

<sup>585</sup> L'importanza della decisione quadro è messa in evidenza da G.FRIGO, *Per uscire dall'impasse del codice penale il soccorso della decisione quadro europea*, cit., p. 88.

La seconda differenza rimanda al contenuto della prima parte dell'undicesimo considerando della decisione quadro, che esclude dal suo ambito di applicazione le attività delle forze armate durante un conflitto armato. Se a tale clausola di esclusione dovesse essere attribuito valore definitorio rispetto alla stessa nozione di terrorismo, se ne dovrebbe dedurre l'impossibilità di qualificare come terroristici tutti gli atti compiuti da appartenenti alle forze armate ufficiali commessi nel corso di un conflitto armato (inteso anche come occupazione di un territorio da parte di una forza straniera)<sup>586</sup>.

Poteva essere avanzato qualche dubbio circa la reale natura definitoria della clausola contenuta nell'undicesimo considerando. Se veramente la decisione quadro avesse inteso innovare in maniera così significativa rispetto al diritto internazionale consolidato, assai più consono rispetto allo scopo sarebbe stato l'inserimento della clausola di esclusione nella stessa norma definitoria di cui all'art. 1, piuttosto che nel mero preambolo<sup>587</sup>.

Una diversa lettura, attribuisce alla norma una funzione meramente delimitativa dell'ambito operativo della decisione quadro. Questa interpretazione, oltre ad assicurare la compatibilità con la definizione contenuta nella Convenzione del 1999 e col disposto delle varie convenzioni di diritto internazionale umanitario, sarebbe stata conforme alla lettera della norma, che appunto parla di "applicabilità" della decisione quadro; la *ratio* sottesa a tale clausola sarebbe quella di sottrarre alla disciplina della decisione quadro quei fatti terroristici che trovano già adeguata sanzione in altre fonti del diritto internazionale.

Al contrario la definizione della Convenzione del 1999 abbraccia inequivocabilmente condotte compiute tanto in tempo di pace quanto in tempo di guerra.

Anche alla luce di questa analisi, la nozione ricostruita non risolveva naturalmente tutti i possibili problemi: non a caso si parlava di un nocciolo duro cu cui si era catalizzato ormai un universale consenso, più che una definizione dai contorni netti<sup>588</sup>.

Sembrava comunque sufficiente per l'interprete una nozione desunta dalla Convenzione di New York del 1999, ormai incorporata nel diritto interno e nella sostanza corrispondente all'attuale stato di diritto internazionale consuetudinario, richiamato nel nostro ordinamento dalla clausola di cui all'art. 10 Cost<sup>589</sup>.

---

<sup>586</sup> A.VALSECCHI, *Il problema della definizione di terrorismo*, cit. p. 1138.

<sup>587</sup> *Ibidem*.

<sup>588</sup> Cfr. A.GIOIA, *Terrorismo internazionale, crimini di guerra e crimini contro l'umanità*, cit. p. 67.

<sup>589</sup> A.VALSECCHI, *Il problema della definizione di terrorismo*, cit. p. 1146 e ss.

### 3.1 L'art. 270 *sexies* c.p. Elementi di novità della definizione

Nel luglio 2005, sulla scia dell'emozione provocata dagli attentati londinesi del 7 e 21 di quello stesso mese, il legislatore italiano dettò finalmente, nel nuovo art. 270 *sexies* c.p., la propria definizione di terrorismo, recependo in gran parte la definizione fornita dalla già citata decisione quadro dell'UE 2002/475/GAI<sup>590</sup>.

Tale definizione si impernia attorno ai seguenti elementi: dal punto di vista oggettivo, sono considerate terroristiche le condotte «che, per loro natura o contesto, possono arrecare grave danno ad un Paese o ad un'organizzazione internazionale»; dal punto di vista soggettivo, tali condotte devono essere compiute allo scopo alternativo: di «intimidire la popolazione», di «costringere i poteri pubblici o un'organizzazione internazionale a compiere o astenersi dal compiere un qualsiasi atto», ovvero di «destabilizzare o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche e sociali di un Paese o di un'organizzazione internazionale». La definizione si completa con una clausola di chiusura<sup>591</sup>, secondo cui sono altresì considerate terroristiche tutte le altre condotte definite tali da convenzioni o altre norme di diritto internazionali vincolanti per l'Italia<sup>592</sup>.

La norma definitoria di cui all'art. 270 *sexies* c.p. si pone, dunque, come norma attuativa della decisione quadro del 2002. A differenza però della definizione di cui all'art. 1 della decisione quadro, la norma italiana evita di enumerare specificamente i reati suscettibili di essere qualificati come terroristici, in presenza del necessario dolo specifico. È verosimile, in proposito, che il legislatore italiano abbia ritenuto superflua una tale enumerazione, posto che buona parte delle condotte comprese nell'elenco di cui all'art. 1 sono già autonomamente previste come reati *ad hoc*, se sorretti dalla finalità terroristica (ad es. agli artt. 280, 280-bis, 289-bis c.p.), mentre le restanti condotte costituiscono reati comuni ai quali è applicabile la già citata circostanza aggravante di cui all'art. 1 l. n. 15 del 1980, se in concreto sorretti da una finalità di terrorismo<sup>593</sup>.

---

<sup>590</sup> G.SALVINI, *L'associazione finalizzata al terrorismo internazionale*, cit., p. 3370.

<sup>591</sup> M.MANTOVANI, *Le condotte con finalità di terrorismo*, in R.E. KOSTORIS, R.ORLANDI (a cura di), *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, p. 81.

<sup>592</sup> F.VIGANÒ, *Terrorismo di matrice islamico-fondamentalista*, cit., p. 3956; G.SALVINI, *L'associazione finalizzata al terrorismo internazionale*, cit., p. 3370.

<sup>593</sup> Così A.VALSECCHI, *Misure urgenti di contrasto al terrorismo internazionale. Brevi osservazioni di diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. proc.* 2005, p. 1224.

Più interessante è sottolineare gli elementi di novità della definizione di cui all'art. 270-*sexies* c.p. rispetto alla definizione della Convenzione di New York del 1999. Dal punto di vista oggettivo, manca qui ogni menzione al criterio della qualità della vittima, sembrando ora irrilevante che la vittima sia un civile od eventualmente anche un militare attivamente impegnato in un conflitto armato. Dal punto di vista soggettivo, poi, alle due finalità già menzionate dalla Convenzione del 1999 (quella terroristica in senso stretto e quella coercitiva della pubblica autorità) si aggiunge qui una *terza* possibile finalità, rappresentata in pratica dall'*eversione* di qualsiasi Paese straniero od organizzazione internazionale<sup>594</sup>. La finalità eversiva diviene, così, una *sottoipotesi* della finalità terroristica e non più una finalità distinta, come era stato fino a quel momento nell'ordinamento italiano<sup>595</sup>.

Entrambe queste novità necessitano di qualche riflessione.

Quanto al problema della vittima dell'atto terroristico, va subito osservato che il diritto internazionale appare compatto nel ritenere che un atto terroristico possa essere commesso anche in situazioni di conflitto armato, purché però la vittima sia un civile o, comunque una persona che non prenda parte attiva alle ostilità, trattandosi altrimenti di un atto di guerra che andrà valutato secondo i principi e le regole dello *ius in bello*<sup>596</sup>. Di ciò era, del resto, ben consapevole anche l'Unione europea quando approvò la decisione quadro 2002/475/GAI, il cui undicesimo *considerando*, significativamente, precisa che la decisione quadro stessa e, dunque, anche la sua definizione *non* si applicano ai fatti commessi dalle forze armate in tempo di conflitto armato. Ora, poiché l'art. 270 *sexies* c.p., in quanto norma attuativa della decisione quadro, dovrà interpretarsi da parte del giudice italiano in conformità alla lettera e allo scopo della decisione quadro medesima<sup>597</sup>, appare ragionevole ritenere che la definizione di terrorismo in essa contenuta sarà applicabile ai soli fatti commessi in tempo di pace; mentre, per i fatti commessi in contesti di conflitto armato, tornerà ad essere applicabile la definizione di cui all'art. 2 della Convenzione di New York (che continua ad essere parte integrante dell'ordinamento giuridico italiano in forza dell'avvenuta ratifica), con

---

<sup>594</sup> A.VALSECCHI, *Misure urgenti di contrasto al terrorismo internazionale*, cit., p. 1225.

<sup>595</sup> V.MASARONE, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale*, cit, p. 2010

<sup>596</sup> A.VALSECCHI, *La definizione di terrorismo dopo l'introduzione del nuovo art. 270 sexies c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 1108 e ss.

<sup>597</sup> L'obbligo di interpretare le norme interne attuative di decisioni quadro in conformità alla lettera e alla *ratio* delle relative decisioni quadro è stato perentoriamente affermato dalla Corte di giustizia delle Comunità europee nel caso Pupino (16.06.2005), su cui cfr. F.VIGANÒ, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1437.

conseguente *esclusione* dalla nozione di terrorismo dei fatti commessi contro militari attivamente impegnati nel conflitto<sup>598</sup>. Conclusione, questa, che di fatto *conferma* l'inevitabilità di una decisione assolutoria, ogniquale volta non vi sia una prova convincente circa l'obiettivo finale (civili, o quanto meno militari non direttamente impegnati nel conflitto) delle azioni dei "combattenti" reclutati in territorio italiano.

Quanto, invece, alla riconduzione della finalità eversiva a quella terroristica, la scelta del legislatore italiano, imposta dalla decisione quadro, si espone a non poche perplessità. In forza della nuova definizione, infatti, il legislatore italiano dovrà ergersi a difensore dell'ordine costituito in qualsiasi Stato estero, anche quelli retti da regimi tirannici e dittatoriali, irrispettosi dei più elementari diritti umani, senza che possa essere invocata, da parte di chi compia od organizzzi attività volte al rovesciamento di tali regimi, alcuna causa di giustificazione<sup>599</sup>. Non pare dunque vi possa essere alcuno spazio per un giudizio di legittimità relativo alle attività di movimenti di liberazione o di resistenza armata contro simili regimi, almeno nella misura in cui nel loro *modus operandi* rientrino anche azioni dirette contro vittime civili; né appare in alcun modo possibile qualificare simili attività nei termini di «guerriglia legittima», come ritenuto in taluni provvedimenti giudiziari anteriori alla novella del 2005. La conclusione potrà magari lasciare insoddisfatti; ma pare che l'interprete non possa far altro che rassegnarsi, nell'impossibilità di correggere in via interpretativa l'inequivoca volontà del legislatore<sup>600</sup>.

Vi è poi chi segnala come la definizione contenuta nel nuovo articolo 270 *sexies* c.p. non riesca a colmare con sufficiente chiarezza e coerenza sistematica quel *deficit* di determinatezza relativo alla nozione di terrorismo che ne ha motivato l'introduzione, essendo, peraltro, particolarmente avvertito nella prassi dopo le riforme del 2001<sup>601</sup>.

---

<sup>598</sup> Così A.VALSECCHI, *La definizione di terrorismo*, cit., p. 1116; nello stesso senso cfr. ora, autorevolmente anche la Sez I della S.C. in un'approfondita pronuncia (Sez. I, 11.10.2206, n. 1072, Bouyahia Maher).

<sup>599</sup> F.VIGANÒ, *Terrorismo di matrice islamico-fondamentalista*, cit., p. 3957.

<sup>600</sup> *Ibidem*.

<sup>601</sup> L.BAUCCIO, *L'accertamento del fatto di reato di terrorismo internazionale. Aspetti teorici e pratici*, Milano 2005, p. 39.

## 3.2 I requisiti delle condotte.

### 3.2.1 Il danno possibile.

La nuova definizione, destinata a valere per l'intero sistema penale, considera caratterizzate da finalità di terrorismo le condotte che, per la loro natura o contesto, possono arrecare grave danno ad un Paese o ad un'organizzazione internazionale e sono compiute al triplice scopo alternativo sopra indicato.

Partendo dal connotato di natura oggettiva, ossia dalla possibilità di arrecare «grave danno» ad un Paese o ad un'organizzazione internazionale, è da rilevare che i comportamenti insuscettibili di esprimere una siffatta potenzialità offensiva, ancorché commessi per spargere terrore tra la popolazione o per realizzare qualcuna delle altre finalità previste dall'art. 270 *sexies* c.p., non potrebbero essere considerati terroristici. Il legislatore comunitario e quello nazionale hanno fissato, infatti, una soglia di rilevanza oggettiva delle condotte con finalità di terrorismo, allo scopo di evitare l'applicazione della definizione a condotte scarsamente significative sul piano dell'offesa e di escludere che una condotta possa essere considerata terroristica esclusivamente in forza dello scopo soggettivamente perseguito<sup>602</sup>. Si delimita, in tal modo, il concetto di terrorismo a fatti anche oggettivamente dotati di capacità offensiva, dovendo tendenzialmente coincidere la nozione di grave danno con la realizzazione degli eventi, cui risultano finalizzate le singole condotte terroristiche<sup>603</sup>.

Questo primo contributo offerto nella definizione del terrorismo si rivela, comunque, non del tutto appagante, in rapporto alle incertezze interpretative suscettibili di scaturire dall'ampiezza e dall'indeterminatezza del requisito del «grave danno» con la conseguenza che l'art. 270 *sexies* c.p. venga a rappresentare una norma insufficiente sotto il profilo della determinatezza<sup>604</sup>.

Si è correttamente rilevato, in specie, che la norma lascia aperta la porta a valutazioni ampiamente discrezionali, laddove dispone che la possibilità di danno debba essere desunta dalla natura o dal contesto della condotta. Rinviando la «natura della condotta» a quei fattori di valutazione che il sistema prevede per regolare il potere discrezionale del giudice in sede di commisurazione della

---

<sup>602</sup> LECCESE, *Il codice penale si allinea a Bruxelles. Ora chi predica l'odio rischia grosso*, D&G, 2005, p. 91 e ss.; A.VALSECCHI, *Brevi osservazioni di diritto penale sostanziale*, in *Riv. It. Dir. proc. pen.* 2005, p. 1224.

<sup>603</sup> LECCESE, *Il codice penale si allinea a Bruxelles*, cit., p. 92.

<sup>604</sup> M.DONINI, *Il diritto penale di fronte al «nemico»*, in *Cass. Pen* 2006, p. 746, FLORA *Profili penali del terrorismo internazionale: tra delirio di onnipotenza e sindrome di auto castrazione*, *Riv. it. dir. proc. pen.* 2008, p. 73.

pena, si avrà che il riferimento, pur presentando il vantaggio di fornire uno schema di valutazione già noto al giudice italiano, sarà pur sempre inidoneo a garantire l'affermarsi di indirizzi interpretativi sufficientemente univoci<sup>605</sup>.

Il riferimento al «contesto», poi, esprimendo un rinvio a condizioni esterne alla condotta, passibili di definire l'ambito territoriale, cronologico e politico nella quale essa viene a collocarsi, rende evidente come un comportamento possa essere o meno giudicato terroristico in funzione di valutazioni desumibili non dal suo effettivo atteggiarsi, ma da fattori di giudizio anche indipendenti dal concreto agire dell'autore di reato<sup>606</sup>.

La norma non definisce, neppure i criteri ai quali è necessario attenersi per attribuire o negare rilevanza a tali elementi, rimettendo al giudice sia l'individuazione del dato significativo, sia l'individuazione dei parametri alla cui stregua effettuare la valutazione<sup>607</sup>. È possibile rilevare, infine, una certa imprecisione legata alla stessa nozione di «grave danno». Dovrebbe considerarsi grave danno, ad esempio, la distruzione di un singolo edificio pubblico, o la morte di singoli cittadini?<sup>608</sup>

Il concetto di danno, sia pur grave, risulta altresì opinabile sotto un diverso profilo. Potrebbe accadere, infatti, che condotte potenzialmente destabilizzanti per le istituzioni di un Governo e, dunque, dannose per le strutture costituite, si rivelino altrettanto potenzialmente salvifiche nei confronti della sottostante collettività popolare, avvilita da un regime dittatoriale o non rispettoso dei più elementari diritti umani (ipotesi tanto più dotata di plausibilità, quanto più la comprensione della finalità eversiva all'interno di quella di terroristica porta a difendere qualsiasi ordinamento straniero o ordine internazionale consolidatosi, a prescindere da una selezione legislativa in ordine al modo d'essere del soggetto politico da tutelare<sup>609</sup>).

Ora, le incertezze del primo tipo possono essere forse circoscritte, mantenendo il riferimento alla normativa internazionale e sovranazionale; la quale, nel conferire rilievo ad atti di violenza individuati tramite il rinvio a particolari accordi o tramite un elenco di reati contenuti in una lista chiusa di fattispecie singolarmente individuate, sembrerebbe implicare che non ogni atto offensivo

---

<sup>605</sup> MARTINI, *La nuova definizione di terrorismo: il DL n. 144 del 2005 come convertito con modificazioni in l. 3 luglio 2005, n. 55*, *Stud. Juris* 2006, p. 1223

<sup>606</sup> MARTINI, *La nuova definizione di terrorismo*, cit., p. 1223.

<sup>607</sup> *Contra* F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale, I, Nozione e aspetti costituzionali*, Milano 1965, p. 93 e ss.

<sup>608</sup> A. VALSECCHI, *Brevi osservazioni di diritto penale sostanziale*, cit., p. 1225.

<sup>609</sup> MARTINI, *La nuova definizione di terrorismo*, cit. p. 1222.

per il bene della vita, dell'integrità fisica o del patrimonio *sub specie* di integrità pubblica costituisca un reato terroristico, dovendo trattarsi, altresì, di fatti dotati di una specifica potenzialità macro-offensiva<sup>610</sup>. Più impervio risulta, invece, il tentativo di circoscrivere in via interpretativa il parametro della gravità del danno, in riferimento al secondo ordine di difficoltà sopra delineato. Una volta ancorata, infatti, la gravità del danno a giudizi di valore politico, avuto riguardo vuoi alla natura delle istituzioni, vuoi agli aspetti della società civile esposta, potrebbe determinarsi una «sovraesposizione» della giurisdizione analoga a quella innescata dalla necessità di distinguere tra atti di terrorismo e di guerriglia; con il rischio, da un lato, di un'ulteriore delegittimazione della stessa e, dall'altro lato, di una riesplorazione di logiche e prassi di contrasto al terrorismo sul piano del semplice conflitto politico-sociale.

### 3.2.2 *I connotati finalistici.*

Per essere qualificate come terroristiche le condotte devono risultare finalizzate alla realizzazione di uno degli scopi previsti dall'art. 270 *sexies* c.p. e, cioè, volte ad intimidire la popolazione, a costringere i pubblici poteri o un'organizzazione internazionale a compiere o ad astenersi dal compiere un qualsiasi atto, a destabilizzare o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche e sociali di un Paese o di un'organizzazione internazionale. Il triplice ed alternativo dolo specifico, che riprende puntualmente la definizione contenuta nel par. 1 della decisione quadro 2002/475/GAI, risulta a sua volta fonte di rilevanti perplessità. Se, infatti, il fine di intimidire la popolazione non risulta eccessivamente problematico, rinviando agli effetti che la condotta produce sul sentimento di sicurezza collettivo, maggiori difficoltà comportano le finalità di costrizione e di distruzione o destabilizzazione.

Sotto il primo profilo, è da rilevare che, essendo connaturato alla democrazia il riconoscimento nei confronti dei singoli della possibilità di provare a condizionare le scelte politiche dei poteri costituiti, sarebbe stato necessario segnare un *discrimen* tra modelli di interazione con il potere politico, da ritenere leciti, ed atti di terrorismo, attraverso una valorizzazione delle enormi diversità insite nel metodo da essi rispettivamente utilizzato.

Quanto, poi, allo scopo di destabilizzare o distruggere le strutture politiche fondamentali — con il quale viene meno la tradizionale distinzione della finalità di terrorismo da quella di eversione —

---

<sup>610</sup> M.PELISSERO, *Terrorismo internazionale e diritto penale*, in *Stud. Juris*, 2005, p. 1286.

per un verso, si è evidenziato che la definizione dell'art. 270 *sexies* c.p. appare sovradimensionata rispetto alla reale portata del fenomeno da regolare: il terrorismo, infatti, se può comportare un senso di generalizzata insicurezza e indubbi appesantimenti nella complessa organizzazione della vita quotidiana, risulta — per così dire — fuori scala rispetto alla solidità dei moderni ordinamenti democratici, nella maggior parte dei Paesi occidentali<sup>611</sup>; per altro verso, la finalità di destabilizzazione finisce per adattarsi ad una gamma troppo vasta di progetti politici, risultando disagiata individuare una soglia, al di sotto della quale il comportamento tenuto non sia terroristico e al di sopra della quale, invece, lo stesso risulti tale<sup>612</sup>.

Senza considerare, infine, che la comprensione nel progetto di destabilizzazione di una qualsiasi delle molteplici componenti della struttura economico-sociale dello Stato, e dunque anche di quelle che costituiscono il tessuto minimo della sua organizzazione (famiglia, mercato, lavoro, associazionismo, ecc.), potrebbe indurre a considerare terroristica qualsiasi condotta orientata in senso vagamente antisociale, secondo il noto paradigma dei sistemi di diritto penale a legalità sostanziale<sup>613</sup>.

### ***3.2.3 Le lacune della previsione: soggetti attivi, soggetti passivi istituzionali e modalità della condotta.***

La definizione, per la sua imprecisione, è destinata a lasciar sopravvivere vecchie questioni. Il primo interrogativo riguarda, innanzitutto, la sua eventuale applicabilità ad atti posti in essere da appartenenti alle forze armate — regolari o irregolari — di uno Stato, in caso di conflitto<sup>614</sup>. In senso negativo parrebbe orientare, almeno in prima battuta, la considerazione che la disposizione in esame recepisce puntualmente il contenuto della decisione quadro 2002/475/GAI, la quale, come ricordato, statuisce, nell'undicesimo considerando introduttivo, un'esclusione della propria efficacia per i fatti commessi da appartenenti alle forze armate in caso di conflitto armato. Una diversa soluzione risulterebbe imposta, invece, dal rilievo, secondo cui tale ultima previsione non solo non assume natura vincolante nei confronti dello Stato italiano, non essendo inserita nel testo della de-

---

<sup>611</sup> F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Quest. Giur.* 2006, p. 671.

<sup>612</sup> MARTINI, *La nuova definizione di terrorismo*, cit. p. 1225.

<sup>613</sup> MARTINI, *La nuova definizione di terrorismo*, cit. p. 1227.

<sup>614</sup> PEPINO, *La giustizia, i giudici e il «paradigma del nemico»*, in *Quest. Giur.*, 2006, p. 854.

cisione quadro, ma non è neppure spontaneamente recepita da parte del legislatore, onde delimitare la sfera di applicabilità dell'art. 270 *sexies* c.p.

Con la conseguenza che la regola applicabile si rivelerebbe tuttora quella dettata dall'art. 2 della c.d. Convenzione *Financing*, la quale estende la rilevanza terroristica a condotte tenute anche dalle forze militari in campo, siano esse regolari o irregolari, ove dirette in danno di civili o di militari non impegnati attivamente nelle ostilità. Nella medesima direzione sembra orientata la giurisprudenza più recente, per la quale «la definizione dell'art. 270 *sexies* deve essere coordinata con quella della Convenzione del 1999, resa esecutiva con la l. 7 del 2003»; cosicché « gli elementi costitutivi delle condotte con finalità di terrorismo — indicati dalla norma nazionale sulla scia della Decisione quadro dell'Unione Europea — devono essere integrati facendo riferimento anche alle previsioni della predetta convenzione ». La finalità di terrorismo risulterà configurabile, dunque, persino «quando le condotte siano compiute nel contesto di conflitti armati — qualificati come tali dal diritto internazionale anche se consistenti in guerre civili interne — e siano rivolte, oltre che contro civili, contro persone non attivamente impegnate nelle ostilità, con l'esclusione [...] delle sole azioni dirette contro i combattenti, che restano soggette alla disciplina del diritto internazionale umanitario»<sup>615</sup>.

Un secondo profilo lacunoso è dato dalla circostanza che la norma non si fa carico di determinare se la tutela apprestata sia destinata a garantire una difesa della democrazia dal terrorismo o, piuttosto, la difesa dell'ordine costituito, qualunque siano le caratteristiche politiche dell'istituzione da salvaguardare<sup>616</sup>.

Come è noto, l'assetto normativo delineato nel nostro sistema penale sin dalla stagione dell'emergenza aveva tenuto distinta la nozione di terrorismo da quella di eversione, quest'ultima identificata « nel fine più diretto di sovvertire l'ordinamento costituzionale e di travolgere in definitiva l'assetto democratico e pluralistico dello Stato »<sup>617</sup>. Ebbene, proprio perché indissolubilmente legata all'ordinamento democratico-costituzionale, la finalità eversiva era rimasta

---

<sup>615</sup> *Contra* R.BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale*, cit. p. 138, per il quale non sarebbe la Convenzione del 1999 a disciplinare la materia del terrorismo in tempo di guerra, ma le quattro Convenzioni di Ginevra con i relativi protocolli aggiuntivi. La Convenzione del 1999, infatti, pur essendo una Convenzione generale e pur contenendo una definizione generale di terrorismo, non sembrerebbe tuttavia destinata a disciplinare tale situazione, perché la relativa definizione si riferisce soltanto alle attività di finanziamento, e cioè ad un comportamento specifico e che oltretutto non interferisce con quanto già previsto dalle Convenzioni di Ginevra del 1949.

<sup>616</sup> C.M.MARTINI, *La nuova definizione di terrorismo*, cit., p. 1222.

<sup>617</sup> PICCIONI, *Cass. 30.10.86*, in *Cass. Pen.* 1988, p. 624.

estranea alla fattispecie di associazione per finalità di terrorismo internazionale introdotta dalla l. 438/2001, trovando questa scelta « una solida ragione in motivi di opportunità politica e di diritto, interno e internazionale »<sup>618</sup>. Ma, se considerazioni di opportunità e di cautela internazionale avevano consigliato al legislatore di sottrarre al giudice italiano ogni valutazione sulla democraticità di uno Stato estero, limitando la nuova fattispecie dell'art. 270 *bis*, comma 3 c.p. all'associazione con finalità di terrorismo, la messa in discussione dell'assetto fondato sulla distinzione tra terrorismo od eversione, da parte dell'art. 270 *sexies* c.p., rende possibile configurare, oggi, anche associazioni con finalità eversive di un ordinamento straniero<sup>619</sup>. Con la conseguente necessità di tracciare un solco tra la nozione di eversione destinata ad operare a livello interno e quella destinata ad acquisire rilevanza in caso di proiezione internazionale dell'attività terroristica. Mentre la prima continua ad operare, invero, scelte qualitative in ordine al modo d'essere dell'ordinamento che preserva, la seconda è chiamata a tutelare, viceversa, un ordinamento straniero o internazionale a prescindere da qualunque giudizio di valore, potendo assumere, per ciò stesso, il significato di uno strumento di carattere reazionario<sup>620</sup>.

Terzo e ultimo profilo di incertezza legato alla previsione in commento risulta, infine, quello relativo alla mancata menzione della violenza come requisito delle condotte con finalità di terrorismo<sup>621</sup>. Tale requisito, infatti, dovrebbe connotare indefettibilmente lo scopo di terrorismo e giustificare la stessa anticipazione della tutela nell'ambito dei reati associativi politici, se è vero — come è vero — che ad essere incriminato in tali reati non è il fine politico in se stesso, ma il particolare metodo violento oggetto del programma dell'organizzazione.

#### **3.2.4 Problemi di coordinamento legati all'adozione di un sistema a « doppia tipizzazione »**

L'assenza di un riferimento al requisito della violenza non dovrebbe determinare ricadute eccessivamente negative, rispetto a quelle fattispecie in materia di terrorismo già caratterizzate da una significativa condotta di carattere violento, espressa nella commissione di atti idonei a cagionare la morte o a distruggere, ovvero in atti di privazione dell'altrui libertà personale (artt. 280,

---

<sup>618</sup> NEROZZI, *Cass. VI 1.7.03*, in *Foro It.* 2004 II, p. 223.

<sup>619</sup> A.CAPUTO, *Verso un diritto penale del nemico?*, in *Quest. Giur.* 2006, p. 642.

<sup>620</sup> C.M.MARTINI, *La nuova definizione di terrorismo*, cit. p. 1222.

<sup>621</sup> F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo*, cit. p. 671.

280 *bis* e 289 *bis* c.p.)<sup>622</sup>. Ad analoghe conclusioni sembrerebbe consentito pervenire in rapporto a fattispecie, nelle quali la violenza rappresenti quantomeno un obiettivo strumentale rispetto alla realizzazione del fine ultimo di natura politica (artt. 270 *bis*, 270 *quater* e 270 *quinqües* c.p.)<sup>623</sup>.

Il problema rimane aperto, invece, in rapporto all'aggravante della finalità di terrorismo, di cui all'art. 1 d.l. 15 dicembre 1979 n. 625 (convertito con modificazioni in l. 6 febbraio 1980 n. 15), destinata ad operare per quei reati in cui la finalità di terrorismo non rappresenti un elemento costitutivo. La finalità terroristica potrebbe assumere, infatti, rilievo persino rispetto a condotte, dalle quali risulti alieno qualsiasi riferimento ad una violenza in atto o anche soltanto programmata. Con il rischio di amplificare i guasti connessi a certe pronunce della c.d. stagione dell'emergenza sui delitti di calunnia aggravati da finalità di terrorismo, o comunque di interessare condotte, in ordine alle quali il compimento di atti di violenza per finalità di terrorismo non risulti prefigurato nel comportamento dell'agente, se non nei termini di una mera eventualità. Da questo punto di vista, ad evitare la possibilità che l'aggravamento di pena venga a risolversi nella repressione di tendenze meramente soggettive, prive di un riscontro nella materialità dei fatti<sup>624</sup>, si è osservato che la decisione quadro indica espressamente i reati da considerare di natura terroristica, il cui dato unificante « al di fuori del richiamo alle perdite economiche considerevoli, [...] è infatti costituito dalla violenza che mette in pericolo l'incolumità pubblica o personale <sup>625</sup>.

Si è rilevato che, anche a prescindere da tale assunto, la sussistenza dell'aggravante dovrebbe essere riconosciuta in riferimento alle sole condotte che presentino una connotazione adeguata, sotto il profilo della possibilità di arrecare quel grave danno ad un Paese o ad un'organizzazione internazionale richiesto dall'art. 270-*sexies* c.p.<sup>626</sup>

---

<sup>622</sup> C.M. MARTINI, *La nuova definizione di terrorismo*, cit., p. 1223.

<sup>623</sup> A.VALSECCHI, *Brevi osservazioni*, cit., p. 1967

<sup>624</sup> Pericolo da tempo messo in rilievo da F.DE FRANCESCO, *Commento all'art. 1*, cit., p. 37 e ss.

<sup>625</sup> M.PELISSERO, *Reati contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, Torino 2010, p. 175.

<sup>626</sup> LECCESE, *Il codice penale si allinea a Bruelles*, cit. p. 93, contra M.MANTOVANI, *Le condotte con finalità di terrorismo*, cit., p. 77 per il quale non prevedendo l'art. 270 *sexies* che la definizione in esso contenuta valga “agli effetti della legge penale”, la rilevanza della stessa andrebbe limitata all'interpretazione degli artt. 270 *bis*, 270 *quater* e 270 *quinqües* c.p.

### 3.2.5 *Altre condotte definite terroristiche dal diritto internazionale: la c.d. clausola di adeguamento automatico.*

La seconda parte della norma fa riferimento ad «altre condotte definite terroristiche o commesse con finalità di terrorismo da convenzioni o altre norme di diritto internazionale vincolanti per l'Italia». L'atteggiamento di estrema prudenza del legislatore ha portato all'introduzione di una clausola forse pleonastica, risultando la definizione offerta dalla prima parte della norma già così ampia, da poter ricomprendere qualsiasi condotta diretta a finalità di terrorismo. Il significato pratico della previsione sembra ridursi, così, all'espressione della volontà che si considerino pur sempre vigenti le ulteriori definizioni di terrorismo, adottate nell'ambito di specifiche convenzioni internazionali ratificate dallo Stato italiano, in modo da eliminare in anticipo i dubbi su una loro implicita abrogazione, da parte dell'art. 270 *sexies*, c.p. (v., ad esempio, la Convenzione di New York del 1999 sulla repressione del finanziamento del terrorismo). Quanto alle definizioni risultanti da «altre norme di diritto internazionale vincolanti per l'Italia», come quelle emergenti dalle decisioni quadro del Consiglio UE, si ritiene che la previsione abbia la funzione di garantire una ricezione eli tali norme nell'ambito del diritto interno, anche a prescindere dalla circostanza che il legislatore abbia adottato i provvedimenti necessari per darvi attuazione<sup>627</sup>.

Sembrerebbe, peraltro, che una definizione « aperta » di terrorismo, attraverso una clausola di adeguamento automatico della normativa interna a quella internazionale, sia destinata a sollevare non irrilevanti perplessità sotto il profilo del rispetto del principio di riserva di legge, la cui osservanza non risulta certo garantita dal riferimento a norme pur vincolanti per l'Italia sul piano del diritto internazionale<sup>628</sup>.

---

<sup>627</sup> A. VALSECCHI, *Brevi osservazioni*, cit., p. 1226.

<sup>628</sup> In tal senso M. PELISSERO, *Reati contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, cit., p. 1288. Di definizione parzialmente in bianco oltre che insoddisfacente sotto il profilo della determinatezza parla anche DONINI, *Il diritto penale di fronte al "nemico"*, cit., p. 746.

## 4 L'associazione con finalità di terrorismo internazionale

Un reato associativo di impostazione tradizionale può intercettare, nel pieno rispetto del principio di tassatività l'incerta dimensione delle reti transnazionali del terrore? I soggetti che il linguaggio comune definisce "jihadisti" o "qaedisti" possono essere considerati responsabili del delitto di cui all'art. 270 bis c.p.?

Anticipandone le conclusioni, chiariamo subito che alle domande così formulate si può offrire esclusivamente una risposta negativa: le categorie dogmatiche del reato associativo sono tendenzialmente incompatibili con le attuali strutture cellulari "occidentali" del terrorismo transnazionale di matrice islamica.

### 4.1 Il carattere associativo e l'incompatibilità dogmatica con il sistema

Per verificare la compatibilità del fenomeno terroristico di matrice islamica con le categorie dogmatiche del reato associativo è necessario fornire un quadro concettuale di riferimento, che aiuti nell'interpretazione della nozione penalistica di associazione.

Il codice penale non fornisce una definizione normativa di "associazione", compito eluso dal legislatore italiano e nonostante e vanamente caldeggiato dalla dottrina<sup>629</sup>.

Dinanzi a tale lacuna definitoria, le elaborazioni ermeneutiche degli Autori e degli operatori pratici del diritto si concentrano lungo due linee fondamentali.

Prima di tutto, decisiva è la dimensione statica della struttura che si sostanzia nelle caratteristiche oggettive che devono connotare le organizzazioni, affinché possano assumere rilevanza penale. A tal proposito entrano in gioco caratteri strutturali e disponibilità materiali, nel cui ambito possono distinguersi vari elementi tra cui il patrimonio di uomini e di mezzi, le strutture a disposizione del

---

<sup>629</sup> G.DE VERO, *I reati associativi nell'odierno sistema penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1998., p. 385; G.DE FRANCESCO, *Organizzazioni criminali: problematiche de lege ferenda*, in *Studium Iuris* 2001, p. 1433; V.PATALANO, *L'associazione per delinquere*, Napoli 1971, p. 94; G.SPAGNOLO, *Criminalità organizzata e reati associativi: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1998, p. 1161 e ss.

gruppo, le gerarchie interne, le disponibilità economiche, la dislocazione e la capillarità sul territorio. Autorevole dottrina parla in questo caso di “consistenza” dell’associazione<sup>630</sup>.

In secondo luogo, acquisisce peso determinante il profilo dinamico dell’organizzazione, ossia l’insieme dei caratteri che derivano dalla funzionalizzazione della struttura agli scopi che si propone. Bisogna verificare, dunque, se l’associazione, oltre che fornita di struttura, sia anche idonea a realizzare il programma criminoso che si propone.

In riferimento all’elemento statico dell’associazione, superando l’utilizzo di alcune formule stereotipate – tra cui spicca quella giurisprudenziale dell’ “organizzazione di persone e di mezzi”<sup>631</sup> – la dottrina riparte dalla valorizzazione dei principi costituzionali di offensività e materialità. Ciò garantisce il rispetto di importanti premesse.

Le condotte di associazione devono rivelarsi realmente pericolose in relazione al bene giuridico tutelato dalle singole fattispecie associative, tale pericolo deve derivare da un comportamento materialmente apprezzabile e empiricamente verificabile e infine, il fatto associativo dovrebbe possedere un disvalore penale autonomo, un *quid pluris* di lesività o di pericolosità, tale da giustificare una reazione penale dell’ordinamento giuridico e una punizione separata<sup>632</sup>

Pur nell’impossibilità di sostituirsi al legislatore nel fornire delle indicazioni tassative che giungano a precisare le caratteristiche tipologiche della struttura organizzativa, la dottrina ha così indicato la necessità ineludibile che l’associazione sia qualcosa in più<sup>633</sup> rispetto al semplice accordo, che al mero incontro delle volontà debba seguire la realizzazione di un “complesso convergente di fatti organizzativi”. Da ciò, a livello pratico, sono derivate alcune preziose indicazioni operative, in base alle quali un’associazione, per essere ritenuta penalmente rilevante, dovrebbe quantomeno connotarsi per una struttura organizzativa<sup>634</sup> efficiente, stabile e definita<sup>635</sup>; consistere in un vero e proprio strumento<sup>636</sup>, ripetitivamente utilizzabile per la commissione di un programma criminoso<sup>637</sup>,

---

<sup>630</sup> S.ALEO, *Sistema penale e criminalità organizzata. Le figure associative*, Milano 2005, p. 166 e ss.

<sup>631</sup> A.MARI, *Associazione terroristica: è reato aderire a un gruppo organizzato. Terrorismo: reato in cerca di definizione*, in *Dir.Giust.* 2006, p. 74 e ss.

<sup>632</sup> F.De FRANCESCO, *Organizzazioni criminali, problematiche de lege ferenda*, cit. p. 1433. G.DE FRANCESCO, *I reati di associazione politica. Storia, costituzione e sistema nelle analisi strutturale delle fattispecie*, Milano, 1985, p. 1 e ss.

<sup>633</sup> A.CAVALIÈRE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit. p. 111 e ss.

<sup>634</sup> G.INSOLERA, *Associazione per delinquere*, Padova, 1983, p. 87 e ss.

<sup>635</sup> F. De FRANCESCO, *Organizzazioni criminali, problematiche de lege ferenda*, cit. p. 1435; G.DE VERO, *I reati associativi nell’odierno sistema penale*, cit., p. 21.

<sup>636</sup> G.DE VERO, *Tutela penale dell’ordine pubblico*, cit., p. 261.

che il più delle volte sarà indefinito ma che talora potrà pure essere definito<sup>638</sup>; rappresentare un *corpus* autonomo e ben enucleabile rispetto alle persone che la compongono ed agli obiettivi individuali che queste si propongono<sup>639</sup>; essere tendenzialmente permanente ed essere comunque destinata a sopravvivere alla commissione del programma criminoso e connotarsi per la presenza di soggetti dotati di ruoli e competenze tendenzialmente definiti, che acquisiscano una propria stabilità operativa nell'ambito dell'associazione e che non siano concepiti in vista della mera funzionalizzazione alla preparazione od alla realizzazione dei singoli delitti-scopo<sup>640</sup>.

Anche per ciò che concerne il profilo dinamico della struttura, la dottrina più attenta ha basato le proprie convinzioni su di una serie di argomentazioni che prendono le mosse dal principio di necessaria offensività della condotta.

Il punto di partenza è che negli intendimenti del legislatore del 1930 i reati associativi erano strutturati secondo il rigoroso paradigma dei reati di pericolo presunto<sup>641</sup>: nessuna verifica di idoneità era richiesta; era il legislatore a presumere la pericolosità delle associazioni finalizzate alla commissione di delitti e tanto bastava per rendere giusta la sanzione penale.<sup>642</sup> Questo discorso valeva, in generale, per tutti i reati a dolo specifico e si basava sul fatto che alla condotta tipica era sufficiente si aggiungesse l'intenzione degli agenti di raggiungere lo scopo indicato dalla norma. Tale tensione poteva anche rimanere a livello interiore, quale connotato meramente psicologico dell'azione. Tuttavia, in Italia, la ritenuta costituzionalizzazione del principio di necessaria offensività

---

<sup>637</sup> G. DE VERO, *I reati associativi nell'odierno sistema penale*, cit., p. 22

<sup>638</sup> V. PLANTAMURA, *Reati associativi e rispetto dei principi fondamentali in materia penale*, in *Ind. pen.*, 2007, p. 406 chiarisce come quello tradizionale del "programma indefinito" sia, in realtà, un falso requisito dei reati associativi. A suffragio di questa tesi l'Autore porta il dato letterale dell'art. 305 c.p., ove esplicitamente l'associazione è vista come funzionale anche alla commissione di un solo delitto scopo. Sul problema della "definizione" del programma criminoso e sulle conseguenti problematiche di costituzionalità della norma incriminatrice, cfr. F. C. PALAZZO, *Associazioni illecite ed illeciti delle associazioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, p. 426 ss.

<sup>639</sup> V. DE BELLA, *Il reato di associazione a delinquere*, Torino, 1933, p. 33 s.:

<sup>640</sup> G. DE FRANCESCO, *Societas sceleris, Tecniche repressive delle associazioni criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 108 e ss. Ciò, precisa l'Autore, non significa peraltro che debba esistere una rigida ripartizione dei ruoli ed una regolamentazione "statutaria" delle funzioni dei singoli associati e dell'operatività dell'organizzazione

<sup>641</sup> Sui reati di pericolo, in generale, e sulla tripartizione fra pericolo astratto, presunto e concreto, in particolare, cfr. M. PARODI GIUSINO, *La condotta nei reati a tutela anticipata*, in *Ind. pen.*, 1999, p. 687 ss.; C. PEDRAZZI, *Problemi del delitto di agguataggio*, Milano, 1983, p. 46 e ss.; F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, cit., p. 54 ss.; M. GALLO, *I reati di pericolo*, cit., p. 1 ss.

<sup>642</sup> Cfr. C. F. GROSSO, *Le fattispecie associative: problemi dottrinali e di politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1996, p. 413.

ha portato la dottrina maggioritaria ad un rilettura sistematica dei reati (apparentemente) non lesivi né pericolosi rispetto ai beni giuridici di riferimento.

L'approccio costituzionalmente orientato a queste fattispecie ha imposto, laddove possibile, di leggere i reati di pericolo presunto quali reati di pericolo concreto e di propendere, nei restanti casi, per l'incostituzionalità della norma incriminatrice. Per ciò che concerne i reati a dolo specifico, questo approccio ha condotto ad un'interpretazione in chiave oggettivistica dell'elemento strutturale del dolo specifico stesso. L'esigenza di oggettività ed offensività del fatto tipico comporta che la condotta materiale debba costituire, di per sé stessa, una forma di aggressione ai beni tutelati e tale aggressione non può sussistere a meno che la stessa condotta non sia causalmente e teleologicamente orientata al perseguimento degli scopi previsti dalla norma, in senso oggettivo e non meramente soggettivo. Il comportamento dell'agente, in altri termini, deve incidere esteriormente sul bene giuridico di riferimento (mettendolo quantomeno in pericolo) e ciò avviene solo quando esso è idoneo al raggiungimento dell'obiettivo prefissato<sup>643</sup>. Tale impostazione porta a concepire i reati a dolo specifico come reati di pericolo concreto con dolo di danno<sup>644</sup> ed impone di ritenere che un reato a dolo specifico non può essere integrato se non attraverso atti idonei a conseguire lo scopo verso il quale si rivolge l'attenzione dell'agente .

Questa conclusione, applicata ai delitti associativi, implica la necessità che le associazioni siano concretamente idonee a realizzare il programma criminoso che si sono prefissate, pena l'impossibilità di ritenere il delitto integrato, per carenza di offensività della condotta<sup>645</sup>.

Questa lettura, in chiave oggettivante, del profilo finalistico del dolo specifico e la conseguente concretizzazione del pericolo tipizzato dalla norma incriminatrice devono mantenersi rigorosamente salde, nel caso dei delitti associativi, anche in questa convulsa stagione di trasformazione e parziale "smantellamento" del concetto di bene giuridico.

Ciò pare vero per almeno due ragioni, che impediscono di concepire l'estromissione del principio di necessaria e concreta offensività dalla riflessione sui reati associativi. La prima è che la loro condotta-base, l'associazione in sé, è pienamente lecita ed anzi costituzionalmente protetta<sup>646</sup>.

---

<sup>643</sup> L. PICOTTI, *Il dolo specifico*, cit., p. 547 ss.

<sup>644</sup> G. DELITALA, *La distinzione dei reati in formali e materiali e altre distinzioni in tema di tentativo*, 1926, in *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, vol. I, 1976, p. 246 ss.

<sup>645</sup> L. PICOTTI, *Il dolo specifico*, cit., p. 561 ss. Per la medesima conclusione, si veda V. PATALANO, *L'associazione per delinquere*, cit., p. 92 e G. MONTANARA, *Aspetti problematici dei reati associativi*, Latina, 1985, p. 45 ss

Tutto il disvalore della condotta si colloca nell'elemento teleologico<sup>647</sup>; e che non può essere lasciato al puro “pensiero” dell'agente il discrimine tra un comportamento incoraggiato dalla costituzione ed un comportamento punito.

La seconda è che nel caso dei reati associativi, mancando l'indicazione precisa di una condotta almeno presuntivamente indicata come pericolosa dal legislatore, il profilo dell'offensività deve essere preso in considerazione direttamente nell'ambito dell'attività ermeneutica riferita al concetto di associazione<sup>648</sup>. Questa attenzione dell'interprete non può assolutamente mancare, posto che detta nozione, privata del vincolo fornito dal pericolo concreto di un dolo specifico “oggettivato”, perderebbe qualsivoglia funzione tipizzante, confondendo il proprio portato nell'universo indefinito degli accordi interpersonali.

In definitiva, va considerata penalmente rilevante solo quell'associazione che, oltre ad avere un certo spessore organizzativo dal punto di vista statico, sia anche dinamicamente adeguata al perseguimento degli scopi sociali, grazie alle proprie dotazioni di uomini e mezzi<sup>649</sup>.

La prima conferma della tesi qui sostenuta, circa l'incompatibilità del reato associativo nella sua attuale conformazione con il fenomeno del terrorismo islamico, si ottiene tramite la disamina delle pronunce assolutorie, emesse, negli ultimi anni, fra le più aspre contestazioni dell'opinione pubblica e del potere politico.

Fra queste sentenze di proscioglimento, quelle che si fondano sulla valutazione dell'impossibilità di sussumere le strutture terroristiche entro il concetto di associazione si connotano per un percorso argomentativo lineare e condivisibile, che passa attraverso un'interpretazione garantista della fattispecie associativa di riferimento, in linea con i traguardi ermeneutici conseguiti da dottrina e giurisprudenza in tempi e contesti criminologici “non sospetti”.

---

<sup>646</sup> S.MOCCIA, *Diritto penale politico e giurisprudenza costituzionale in materia di libertà di riunione e di associazione (art. 17 e 18 Cost.)*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli 2006, p. 212.

<sup>647</sup> S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, cit., p. 370 e ss.

<sup>648</sup> G.SPAGNOLO, *Dai reati meramente associativi ai reati a struttura mista*, in AA. VV., *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del codice*, Milano 1987, p. 159.

<sup>649</sup> Cfr. G. MARINUCCI, *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale. Uno schizzo dogmatico e politico-criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, pp. 16 s. e 22 s., che applica questi principi al caso specifico della normativa di contrasto al terrorismo islamico, riferendosi anche al reato associativo di cui all'art. 270 bis c.p.

## 4.2 Il legislatore arretra la soglia di rilevanza penale

### 4.2.1 La punizione del mero accordo

Il primo, più radicale, è quello dell'anticipazione della repressione penale a mere forme di accordo o di reciproca e collettiva manifestazione della volontà di compiere atti terroristici.

Il delitto in esame è definito come una fattispecie associativa “pura”<sup>650</sup>, in grado, cioè di configurarsi con la sola costituzione dell'associazione a prescindere da qualsiasi attività esecutiva esterna, diretta alla realizzazione dei reati-fine.

Sminuendo od addirittura annichilendo il requisito organizzatorio, infatti, si ottiene un importante alleggerimento dell'onere della prova, posto che le problematiche strutturali sono quelle che sollevano maggiori criticità.

Esemplificativa in questo senso è la nota sentenza Bouhrama emessa dalla Suprema Corte di Cassazione nel 2006. In essa i giudici di legittimità ritengono sufficienti, ai fini della configurabilità del reato associativo, meri propositi astratti, purché seri e rivelatori di una disponibilità all'azione.

La Cassazione, in particolare, viene chiamata a valutare la riconducibilità al paradigma associativo di un gruppo di algerini, accusati di associazione terroristica, in quanto appartenenti ad una cellula di stanza sul territorio italiano e deputata esclusivamente a compiti di carattere “logistico”. Nonostante il capo di imputazione faccia astratto riferimento all'ipotesi che tale cellula costituisca l'“articolazione” di una struttura terroristica più ampia e sovranazionale, infatti, è solo alla struttura locale che la motivazione si riferisce, considerandola come una “struttura organizzata, pur se in modo rudimentale”<sup>651</sup>.

Tuttavia, lo sforzo probatorio riguardante la dimensione organizzatoria di questo sodalizio “locale” non viene affatto portato a compimento dalla sentenza. È facile, per contro, accorgersi di come la motivazione non parli mai dell'esistenza di un corpo strutturale ben definito e distinto rispetto ai singoli imputati ed alle loro condotte. Non si rinviene alcuna descrizione del sodalizio, che dovrebbe concretizzarsi in un *quid pluris* rispetto ai singoli, in un corpo operativo consistente ed adeguato rispetto alla realizzazione di fatti terroristici.

---

<sup>650</sup> G.SPAGNOLO, *Dai reati meramente associativi ai reati a struttura mista*, cit., p. 156 e ss.

<sup>651</sup> Cass. Pen., Sez. II, N. 24994 del 25 maggio 2006, in *C.E.D. Cassazione*, 2007.

La lettura del provvedimento chiarisce, infatti, che l'associazione equivale, nell'impostazione della Suprema Corte, alla somma dei “comportamenti [...] tenuti dall'indagato e da altri soggetti”<sup>652</sup>, alla cui ricapitolazione è infatti dedicata buona parte della motivazione.

L'approccio “algebrico” adottato dalla Corte potrebbe, essere recuperato *in extremis* qualora le condotte riportate fossero condotte operative e/o organizzative tali da lasciar intravedere l'esistenza della struttura attraverso l'agire dei suoi membri. Ma nemmeno così è, posto che tutti i “comportamenti” attribuiti agli indagati corrispondono esclusivamente a manifestazioni di volontà, di speranza e di convinzione ideologica, apprese dagli inquirenti tramite intercettazioni telefoniche ed ambientali<sup>653</sup>.

Se la struttura non viene indagata, ma ricavata induttivamente dalla somma delle condotte degli indagati, e se tali condotte non vanno mai oltre l'espressione del pensiero, L'associazione si tramuta allora in un cumulo di fatti meramente psicologici che non hanno alcuna attitudine alla modificazione della realtà esterna, né in termini di danno né in termini di pericolo. Ciò significa, in ultima istanza punire il semplice accordo relativo alla commissione di ipotetici fatti di terrorismo, estrinsecatosi in reciproche e talora condivise manifestazioni di volontà.

Dunque il legislatore arretra la soglia della punibilità sulla base di una “presunzione di pericolosità della finalità perseguita, con il rischio di reprimere condotte che dovrebbero rimanere indifferenti per l'ordinamento”<sup>654</sup>.

---

<sup>652</sup> *Ibidem*, p. 10

<sup>653</sup> Volendo passare brevemente in rassegna questo compendio indiziario, basta indicare, in via esemplificativa, la tipologia di elementi che la Corte prende in considerazione: *i*) la circostanza che gli indagati erano dediti alla falsificazione di documenti utili per l'immigrazione clandestina “senza scopo di lucro” e che, dunque, un fine plausibile potesse essere quello terroristico, viste le convinzioni ideologiche degli indagati stessi; *ii*) “l'estrema cautela e riservatezza nell'uso di termini che possono avere riferimento alla c.d. Guerra Santa o Jihad”; *iii*) “la conoscenza della vicende giudiziarie dei connazionali indagati per terrorismo”; *iv*) “la condivisione delle finalità terroristiche”, ricavabile dalla circostanza che gli indagati, nel corso di conversazioni telefoniche, esaltavano e condividevano “la condotta dei musulmani dediti ad azioni suicide”, menzionando espressamente astratti progetti terroristici e rappresentandoli come giustificabili in un'ottica di “guerra santa”; *v*) la condivisione, sempre all'interno delle conversazioni telefoniche, dei progetti relativi a viaggi in Siria e Iraq (interpretati come indicativi della volontà di andare in quelle terre a combattere il  *Jihad*); *vi*) la volontà, manifestata verbalmente, di compiere attentati anche suicidi ancora più gravi di quelli realizzati in Spagna e Gran Bretagna, fra cui il progetto meramente astratto “*di una strage da compiere [in Tunisia] con una nave di grosse dimensioni che avrebbe causato la morte di 10.000 persone*”; *vii*) le discussioni inerenti la possibilità di recuperare esplosivi di varia natura, peraltro mai trovati nel corso delle operazioni di perquisizione e sequestro. In *C.E.D. Cassazione*, cit. p. 13 e ss.

<sup>654</sup> V.MASARONE, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale*, cit. p. 235.

Così la Corte, per “salvare” la propria nozione “ampia” di associazione, è costretta ad arretrare il limite del penalmente rilevante, statuendo che “è sufficiente per configurare il delitto in esame che l'adesione ideologica si sostanzi in seri propositi criminali volti a realizzare una delle indicate finalità, pur senza la loro materiale esecuzione, che supererebbe il limite tipico del pericolo presunto”<sup>655</sup>.

#### **4.2.2. La punizione delle attività meramente preparatorie**

Il secondo strumento, analogo al precedente seppur meno radicale, consiste nel circoscrivere il requisito del concreto ed attuale programma di violenza<sup>656</sup> alla realizzazione, da parte del gruppo, di condotte latamente e/o lontanamente preparatorie, che difettano dei più basilari requisiti di pericolosità reale e che non si innestano sul precedente accertamento dell'idoneità operativa del sodalizio. Il tema, lungi dall'essere secondario, assume importanza dirimente nel caso del terrorismo di matrice islamica, poiché, come conferma la storia giudiziaria italiana, si tratta forse dell'unico fenomeno criminale in cui la contestazione dei reati-fine, il più delle volte, non si accompagna a quella del reato associativo<sup>657</sup>, con la conseguenza che l'intero disvalore penale della condotta si situa nell'allestimento di strutture, presuntivamente caratterizzate dall'intento di realizzare future azioni di terrorismo internazionale.

Ora, pur nella comune convinzione che il concreto passaggio all'azione (nel senso della realizzazione effettiva di fatti di terrorismo) non sia da ritenersi imprescindibile, atteso che viceversa si convertirebbe inopinatamente il reato di pericolo in reato di danno, l'incertezza interpretativa circa la soglia minima di rilevanza penale delle attività "preparatorie" del sodalizio è stata sfruttata dalla giurisprudenza con le finalità più volte evidenziate. Anche le pronunce

---

<sup>655</sup> Cass. Pen. Sez. II, N. 24994 del 25 maggio 2006, in *C.E.D. Cassazione* 2007, p. 9 e ss.

<sup>656</sup> Il requisito del "concreto ed attuale programma di violenza", già testualmente presente in Cass. pen., Sez. I, seni. 8 ottobre 1984, ALVISINI, in *C.E.D. Cassazione*, è stato successivamente riproposto dalle più recenti sentenze in materia di terrorismo internazionale. Chiarissima, sul punto, Cass. pen., Sez. I, sent. n. 3486 dell'I 1 maggio 2000, in *C.E.D. Cassazione*: “il reato di cui all'art. 270 bis è un reato di pericolo presunto, per la cui configurabilità occorre, tuttavia, l'esistenza di una struttura organizzata, con un programma comune fra i partecipanti, finalizzato a sovvertire violentemente l'ordinamento dello Stato e accompagnato da progetti concreti e attuali di consumazione di atti di violenza. Ne consegue che la semplice idea eversiva, non accompagnata da propositi concreti e attuali di violenza, non vale a realizzare il reato, ricevendo tutela proprio dall'assetto costituzionale dello Stato che essa, contraddittoriamente, mira a travolgere”.

<sup>657</sup> G. FLORA, *Profili penali del terrorismo internazionale*, cit., p. 64

maggiormente rigorose, come la sentenza Tartag<sup>658</sup>, poste in dichiarato contrasto con l'ulteriore arretramento della menzionata sentenza Bouhrama<sup>659</sup>, sembrano infatti aver percorso solo una tappa del tracciato loro imposto da una corretta esegesi del reato associativo di riferimento.

Da un lato, in effetti, la giurisprudenza precisa che un progetto di violenza deve sussistere, deve essere concreto e deve essere già stato predisposto e pronto ad essere messo in pratica. Dall'altro lato, però, le stesse pronunce cadono nell'equivoco di sovrapporre il piano del singolo agente a quello del gruppo nel suo complesso, considerando sufficienti anche condotte lontanamente preparatorie, che non denotano idoneità alcuna in capo al sodalizio e che non esprimono una reale pericolosità rispetto al bene giuridico tutelato.

La conseguenza è quella confusione fra struttura collettiva ed azioni dei singoli che sembra affliggere anche una parte della dottrina, portandola a ritenere che, poiché il concreto passaggio all'azione del singolo non deve ritenersi necessario, non sarebbe allora richiesto nemmeno il passaggio all'azione del gruppo nel suo complesso, cui si richiederebbe anche il semplice svolgimento di attività (lontanamente) prodromiche alla realizzazione di atti terroristici (raccolta fondi, apprestamento di documenti falsi, etc.)<sup>660</sup>. Questo equivoco pare superabile, tramite un'indispensabile scissione dei piani: per parlare, in modo proficuo, di programma di violenza e di passaggio all'azione, occorre infatti preliminarmente chiarire se ci si intende riferire al singolo terrorista ovvero all'organizzazione nel suo complesso. Altro, infatti, è ciò che il singolo presunto terrorista pensa, vuole e fa; altro è ciò che pensa, vuole e fa il gruppo nel suo complesso.

Per ciò che concerne il singolo, anzitutto, è ben vero che lo stesso non debba necessariamente passare all'azione e nemmeno giungere mai "ad un passo" dalla realizzazione di un concreto programma di violenza. Le sue condotte possono tranquillamente arrestarsi ad un livello meramente strumentale, senza che mai egli diventi materialmente corresponsabile dei reati-fine ed addirittura dei reati-mezzo.

---

<sup>658</sup> Cass. pen., Sez. I, sent. n. 30824 del 15 giugno 2006, in *C.E.D. Cassazione*. Nel passaggio motivazionale che qui interessa (p. 6) la Suprema Corte osserva che "non è sufficiente l'adesione a una astratta ideologia (per quanto odiosa e brutalmente manifestata), ma occorre la predisposizione di un concreto progetto di azioni eversive, ancorché non realizzate".

<sup>659</sup> O. VILLONI, *La Corte di Cassazione si divide su struttura ed elementi del reato*, cit., p. 70 ss

<sup>660</sup> F. VIGANÒ, *Terrorismo di matrice islamico-fondamentalistica*, cit., p. 3975.

Queste problematiche, tuttavia, attengono al diverso comparto dommatico della partecipazione del singolo alla struttura associativa e non rilevano allorché si vogliono evidenziare le caratteristiche dell'associazione penalmente rilevante nel suo complesso.

Per ciò che concerne l'oggetto della nostra attuale attenzione, infatti, il problema riguarda sin dove il gruppo nella sua interezza si deve spingere perché possa dirsi esistente un'associazione finalizzata al terrorismo internazionale penalmente sanzionabile. Ebbene, da questo secondo punto di vista, è evidente, in ossequio a quanto già osservato, che la necessaria concretizzazione del dolo specifico e del pericolo, che deve considerarsi “solo apparentemente astratto” impongono che, almeno a livello globale, il gruppo risulti concretamente ed attualmente pericoloso<sup>661</sup>. E ciò avverrà soltanto nel momento in cui, superata la fase puramente intellettuale dell'ideazione del piano criminoso e predisposte le strutture adeguate alla realizzazione del medesimo, l'organizzazione risulti pronta e concretamente in grado di intraprendere proficuamente un programma indefinito di fatti di terrorismo<sup>662</sup>.

Non si può quindi convenire con l'opinione citata che ritiene in generale sufficiente, al livello collettivo del gruppo, la realizzazione di attività puramente prodromiche, quali la raccolta di fondi o la creazione di documenti falsi. È certo vero che alcuni singoli partecipi possono in concreto dedicarsi a tali attività, ma è altrettanto vero che un gruppo che sia esclusivamente dedito ad esse non potrà considerarsi perciò solo punibile *ex art. 270 bis c.p.*, quand'anche ideologicamente convinto di “mettere a ferro e fuoco” il mondo intero. Ciò perché fra il mero possesso di denaro o documenti falsi e la realizzazione degli astratti “programmi” immaginati si colloca uno spazio troppo ampio, tale da escludere la sussistenza di un reale pericolo.

Non può essere sottovalutata la considerazione che l'attività preparatoria, propriamente colpita dal legislatore tramite l'istituzione dei reati associativi, è la stessa associazione e non già le attività impropriamente preparatorie che la stessa pone in essere, potendo solo queste ultime concorrere nel

---

<sup>661</sup> Sul complesso tema della "crisi di legittimazione" e del "prevedibile fallimento" del diritto penale del pericolo astratto si vedano, soprattutto, F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, III ed., Milano, 2003, p. 534 ss. e F. D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti soglia*, cit., p. 161 ss., 215 ss., 255 e ss.

<sup>662</sup> Cfr. Cass. pen. Sez. I, sent. n. 1072 dell' 1 ottobre 2006, in *C.E.D. Cassazione*, secondo cui “la struttura organizzativa deve presentare un grado di effettività tale da rendere almeno possibile l'attuazione del progetto criminoso e da giustificare, perciò, la valutazione legale di pericolosità, correlata alla idoneità della struttura al compimento della serie di reati per la cui realizzazione l'associazione è stata costituita”.

connotare il profilo criminale del sodalizio e la sua potenzialità criminosa<sup>663</sup>. Ciò comporta che l'accertamento di mere attività prodromiche non “qualificate” nel modo predetto impedisce di trarre un giudizio di penale responsabilità per il reato associativo non solo e non tanto perché le stesse ben potrebbero nascondere finalità differenti<sup>664</sup>, quanto, ancor prima ed in maniera ancor più radicale, perché le stesse non sono di per sé idonee a rendere l'associazione che le pratica rispondente, dal punto di vista oggettivo, al canone ermeneutico dell'adeguatezza allo scopo.

### 4.3 La dissoluzione dell'elemento soggettivo

Il declino della nozione forte di “associazione penalmente rilevante”, trapela con forza dalla “dissoluzione” dell'elemento soggettivo.

Da questo punto di vista va premesso come, superato uno sterile contrasto dottrinale<sup>665</sup>, la corretta esegesi del combinato disposto degli artt. 270 *bis* e 270 *sexies* c.p. imponga di ritenere bifronte il requisito soggettivo doloso richiesto dalla fattispecie in esame. Generico, con riferimento alla coscienza e volontà dei singoli di partecipare (o costituire, promuovere, finanziare, ecc.) ad associazioni, caratterizzate da una specifica finalità terroristica che le connota in senso oggettivo e soggettivo. Specifico con riferimento al particolare proposito terroristico (non necessariamente destinato a realizzarsi), che deve sempre e comunque animare il singolo agente, nel momento in cui aderisce al sodalizio e vi partecipa attivamente<sup>666</sup>.

Dal punto di vista soggettivo, in capo al singolo partecipe dovrebbero essere accertate: la consapevolezza e la volontà di partecipare con altri ad una determinata associazione criminosa<sup>667</sup>, la consapevolezza che tale associazione si propone il compimento degli atti di cui agli artt. 270 *bis* e 270 *sexies* c.p., con gli scopi ivi menzionati, la consapevolezza e la volontà di realizzare (o concorrere a realizzare) in prima persona i medesimi fatti coi medesimi fini.

---

<sup>663</sup> V. PATALANO, *L'associazione per delinquere*, cit., p. 39 ss

<sup>664</sup> F. VIGANÒ, *Terrorismo di matrice islamico-fondamentalistica*, cit., p. 3977.

<sup>665</sup> C. PAVARANI, *sub art. 270-bis*, cit., p. 364 e ss.

<sup>666</sup> V. PATALANO, *L'associazione per delinquere*, cit., p. 213: “il fine delittuoso rappresenta nello stesso tempo un elemento di struttura dell'ente associativo già formato ed una caratteristica del dolo che qualifica le singole condotte che si uniscono in un'unica istituzione sociale. L'attuazione del piano di delinquenza rappresenta non soltanto l'obiettivo a cui è diretta l'attività del sodalizio una volta costituito, ma anche, e soprattutto, l'elemento finale, lo scopo nei confronti del quale l'associarsi, cioè la condotta del soggetto attivo, si presenta come mezzo di realizzazione”.

<sup>667</sup> V. PATALANO, *L'associazione per delinquere*, cit., p. 215.

Tuttavia, con riferimento ai presunti terroristi di matrice islamica di stanza nei Paesi Occidentali, la ricerca di tutte queste componenti soggettive risulta particolarmente ostica, in ragione della profonda destrutturazione della rete e della distanza spazio-temporale fra gruppi e persone. Risulta particolarmente affannosa in tutti quei casi (la sostanziale totalità sinora in Italia) in cui le cellule hanno funzione esclusivamente logistica e non risultano direttamente dedite alla realizzazione di fatti di terrorismo.

Se è vero, infatti, che “i componenti delle strutture logistiche non sono, di regola, nemmeno in condizioni di sapere quali specifiche azioni armate saranno commesse in futuro, e dove, e contro chi, se è vero, altresì, che gli stessi componenti, offrendo un generico contributo alla guerra santa, non possono sapere, salvo casi eccezionali, a quali future azioni questo sarà destinato<sup>668</sup>, è allora anche vero che essi non perseguono uno scopo “direttamente” terroristico.

A livello cellulare, i partecipanti avranno sicuramente la consapevolezza di partecipare ad un piccolo gruppo che delinque (ad es. falsificando soldi e documenti), ma non avranno la piena e diretta volontà terroristica che da corpo al dolo specifico richiesto.

Per aggirare questo ostacolo, la dottrina e la giurisprudenza hanno adottato un particolare strumento ed hanno coniato quella che potremmo definire la “teoria degli scopi mediati”<sup>669</sup>.

Secondo alcuni Autori, nell'ambito dell'art. 270 *bis* c.p., conviene leggere il requisito del “proporsi” il compimento di atti di violenza come riferito ad uno scopo di violenza immediato o anche solo mediato: nel senso, cioè, della non necessità che l'associazione si proponga di compiere direttamente, attraverso i propri membri, il programma di violenza, e della sufficienza invece dello scopo di rendere possibile ad altri, grazie ad es. alla propria attività di supporto 'logistico', il compimento di tali atti<sup>670</sup>.

L'approccio interpretativo in parola, recepito in ambito giudiziario, si è tradotto in uno degli strumenti di distorsione del concetto complesso di associazione.

Questa impostazione, infatti, che ha il fine di ricondurre nell'alveo del penalmente rilevante condotte connotate da un elevato grado di pericolosità, appare — così come posta — non condivisibile, perché, tramite l'infingimento di una "*fictio voluntatis*", aggira l'impossibilità di

---

<sup>668</sup> M. LAUDI, *Reato associativo e terrorismo*, cit., p. 532.

<sup>669</sup> C. FLORA, *Profili penali del terrorismo internazionale*, cit., p. 67.

<sup>670</sup> F. VIGANÒ, *Terrorismo di matrice islamico-fondamentalista*, cit., p. 3980.

provare la partecipazione dei singoli membri dei gruppi logistici locali anche a livelli operativi superiori del network o, comunque, a strutture locali diverse ed autonome.

È possibile che nell'ambito del reato associativo, taluni partecipi possano svolgere ruoli meramente logistici, disinteressandosi completamente dell'esecuzione del programma criminoso. Ciò che non pare possibile, però, è ricavare l'elemento oggettivo organizzatorio dal gruppo cellulare, dedito ad attività logistiche, e quello psicologico da un ipotetico ed indimostrato *network* globale dedito al *jiha*d. Questo perché è principio basilare del diritto penale quello che l'elemento soggettivo aderisce a quello oggettivo ed il primo esiste in quanto esiste il secondo, non essendo ammissibili forme di sovrapposizione fra elementi oggettivo e soggettivo di fattispecie criminose differenti.

L'analisi sin qui svolta dimostra la provvisoria validità epistemica della tesi sostenuta in apertura, secondo cui le categorie dommatiche del reato associativo sono tendenzialmente incompatibili con le attuali strutture cellulari occidentali del terrorismo transnazionale di matrice islamica.

I giudici italiani si sono finora confrontati “con uno dei temi più attuali e complessi: la repressione del fenomeno terroristico internazionale attraverso l'applicazione degli schemi del diritto penale, sostanziale e processuale, italiano”<sup>671</sup>.

Nel quadro delineato, merita la preoccupata attenzione del penalista quell'orientamento distorsivo, che nella generalità dei casi connota le pronunce di condanna. Queste ultime, infatti, nonostante la frequente petizione di principi di diritto formalmente condivisibili, si sono accontentate, nella prova dell'elemento strutturale ed organizzativo, di fatti notori, affermazioni generalizzanti e compendi probatori deboli, che non provano abbastanza o che provano altro. Spesso, soprattutto, tale giurisprudenza ha sfruttato gli evidenziati strumenti distorsivi del tipo, così da aggirare le impasse interpretative che nascono dalla corretta esegesi dell'art. 270 *bis* c.p. al cospetto del fluido fenomeno neoterroristico di matrice islamica.

Il preoccupante effetto è stato quello di annichilire il nucleo duro del reato associativo, considerando l'“associazione” alla stregua di un contenitore deformabile, entro cui comprimere una congerie multiforme di condotte “riprovevoli”. Condotte che si rivelavano spesso effettivamente delittuose, ma che sono, comunque, ben lontane dall'essere contributi reali e determinati,

---

<sup>671</sup> G. A. ELLI, *Attività con finalità di terrorismo internazionale e misure cautelari: elementi costitutivi del delitto e criteri probatori in tema di finalità terroristica del sodalizio affrontati dal G.i.p. e dal Tribunale del Riesame di Milano*, nota a Trib. Milano, Ufficio G.i.p. - ord. 11 agosto 2006 - *Giud. Pistorelli* ed a Trib. Milano, Sez. XI (Giudice del riesame) - ord. 26 ottobre 2006 - *Pres. Mannocci - Rei. Epidendio*, in *Foro Ambrosiano*, 2006, p. 413

eziologicamente e soggettivamente diretti al rafforzamento di ben definite associazioni terroristiche. Gli esempi di questo approccio sono molti e sono concentrati soprattutto (ma non solo) nei primi anni dopo il 2001.

Il tentativo di coprire il fenomeno transnazionale del terrorismo islamico con le categorie classiche del reato associativo paga sovente un prezzo alto: quello di creare nuove ed abnormi macro-nozioni di associazione, pronte ad accogliere forme inedite, precarie ed instabili di “comunanza”: comunanza di intenti, di fede religiosa, di background socio-culturale, di avversione verso l’Occidente miscredente, di desiderio di dare tutto per la causa.

Man mano che, dal livello della singola cellula, a causa dell'impossibilità di ravvisare in quest’ultima la necessaria consistenza e la necessaria idoneità, l'attenzione dell’interprete muove verso il network globale, la pervicacia dell’interprete stesso nel voler ravvisare forzosamente gli estremi del reato associativo nel fenomeno neoterroristico transnazionale si trasfonde nella sostituzione del concetto forte di associazione con il concetto debole di “comunanza”.

## Conclusioni

Affrontare il tema del terrorismo significa aprire un tavolo di riflessione soggetto, da un lato al rischio di tradursi in filosofia e, dall'altro, in una mera teorizzazione di rischi adottabili per far fronte al problema, sulla base di risoluzioni, documenti e legislazioni costrette a tradurre in gergo giuridico un concetto che è il risultato di un coacervo di fattori politici, economici, religiosi e legislativi al tempo stesso.

Se ciò non bastasse, a rendere più difficoltoso il percorso è l'articolarsi delle modalità attraverso le quali un fenomeno come il terrorismo si è diversificato, allargandosi a dismisura e trovando finanziamento mediante le tradizionali vie della criminalità organizzata piuttosto che facendo leva su movimenti religiosi fanatici estremi.

La categoria del terrorismo appare finalmente nella sua dimensione più autentica, come il prodotto di una classificazione di tipo antropologico, che percorre la sequenza di un'antropologia negativa, alimentata da un istinto di morte<sup>672</sup>.

Proprio il desiderio del nulla, della «nientificazione» insensata dell'esistere, appare il fomite della riduzione della politica alle gesta del mero terrore; quel nulla del quale, al cospetto delle incertezze inesplorate ed immense del vivere, può fin'anche giungersi ad invidiare (e a voler perseguire) l'algido immobilismo della stasi e dell'insensibilità<sup>673</sup>. Il terrorismo, quale opzione per la morte, è privo di qualsiasi capacità comunicativa, in quanto geneticamente impossibilitato a produrre il senso del vivo<sup>674</sup>; il terrorismo, che rende originariamente testimonianza a se stesso di non avere nulla da dire all'uomo vivente, della morte diviene pura celebrazione retorica<sup>675</sup>.

Le parole di Antonio Chiocchi, dure e autobiografiche appaiono in proposito adatte a rendere nel migliore dei modi tali concetti "Quell'azione costituisce uno dei punti di massimo sprofondamento

---

<sup>672</sup> A.BERARDI, *Il diritto e il terrore*, cit., p. 193.

<sup>673</sup> Pascal aveva un baratro che con lui si muoveva. / Tutto è baratro, ahimè, azione, sogno, amore, / parola! E sui capelli che dritti mi si levano / spesso sento passare il vento del Terrore. [...] / Il sonno m'impaura come un crepaccio, denso / di confusi spaventi inesplorato e immenso: / da tutte le finestre l'infinito mi appare. / In preda alla vertigine, il mio cuore non sa / che invidiare del Nulla l'insensibilità."; C.P. BAUDELAIRE, *Il baratro*, in C.P. BAUDELAIRE, *I fiori del male*, Milano 1983, p. 309.

<sup>674</sup> A.CHIOCCHI, *Catastrofi del "politico". Teatro di senso, razionalità e categorie della lotta armata*, in *Quaderni di Società e conflitto. Rivista semestrale di storia, cultura e politica*, 2005, in [www.cooperweb.it/quaderni8.html](http://www.cooperweb.it/quaderni8.html), p. 6.

<sup>675</sup> A.BERARDI, *Il diritto e il terrore*, cit., p. 194.

nell'abisso, [...] per il carico di delirio mortuario da cui è zavorrata: nessuna spiegazione logica e/o esclusivamente politica può sperare d'interpretarne il precipizio d'insensatezza [...]. E tuttavia l'azione ha avuto il pregio di restituire in superficie i fondali di devastazione e crudeltà scavati nel corso del tempo, al di là delle pure questioni di natura ideologica e di schieramento politico [...]. È stato un passo nel vuoto totale, schizzato fuori dal vuoto totale. Il suo carattere ripugnante ha celebrato il funerale di ciò che c'è di più prezioso: la vita l'integrità e la compassione, polverizzate da una furia ottenebrata e ottenebrante. Nessun orizzonte poteva profilarsi oltre”<sup>676</sup>.

Come nei sistemi penali del XIX secolo la ipertrofia della tutela penale della proprietà privata arrivava ad offendere la dignità dell'uomo, anche oggi possiamo temere che l'ossessione difensivista che ci invade può significare la fine delle nostre idee su cosa siano le libertà pubbliche, per cui non è infondato il timore che dietro la lotta al terrorismo possa nascondersi la paradossale convinzione che la vera ed efficace difesa dello Stato di diritto sia incompatibile proprio con lo Stato di diritto<sup>677</sup>.

Affidare al solo diritto penale il problema del terrorismo significa non voler riconoscere la complessità del fenomeno, riducendolo ad una questione di solo ordine pubblico<sup>678</sup>. Si tratta, invece di una realtà in rapida evoluzione e mutazione, con i suoi inquietanti intrecci con altre forme di criminalità.

La funzione simbolica del diritto penale è, infatti, quella di mostrare il carattere imprescindibile dell'intervento punitivo. Accreditando una situazione di insicurezza<sup>679</sup>, essa scoraggia una soluzione extrapenale, che, invece, per la maggior parte dei casi è la più idonea a risolvere *in radice* il problema. Viene, invece, generata e coltivata l'illusione della sicurezza, che può attirare consensi dei cittadini verso lo Stato. In questo caso, l'approccio simbolico tende a privilegiare l'indagine sulle strutture associative a detrimento della più affidabile prospettiva della persecuzione di singoli reati di scopo e il rischio che si corre è quello di scambiare tipi di autore per eventi.

In realtà, un diritto penale del fatto, quale emerge dal nostro assetto normativo fondamentale, impone di risalire dagli eventi ai soggetti e non, viceversa, dalla individuazione di possibili soggetti ipotizzare degli eventi. D'altronde, se il fatto associativo diviene l'evento, se la punizione statale si

---

<sup>676</sup> A.CHIOCCHI, *Catastrofi del "politico"*, cit., p. 1.

<sup>677</sup> G.QUINTERO-OLIVARES, *La nuova immagine del reato politico e il terrorismo "islamista"*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di A.GAMBERINI-R.ORLANDI, Milano p. 94.

<sup>678</sup> Cfr. *supra*, Capitolo II, § 7.

<sup>679</sup> Cfr. *supra*, Capitolo II, § 6.

anticipa in modo sempre più preoccupante, se il dettato legislativo è distante dal suo obiettivo primario di difesa dei beni giuridici, il rischio è quello di un'estensione senza limiti dell'intervento penale e quindi di un'assoluta inutilizzabilità, dal punto di vista del diritto penale del fatto per assoluta indeterminatezza ed inafferrabilità<sup>680</sup>.

Il fenomeno di cui ci siamo occupiamo ha, senza dubbio alcuno, dimensione ampia e radici profonde, che esigono per il suo efficace controllo soluzioni di ampio respiro.

Se il controllo di fatti connotati da dannosità sociale ha come *extrema ratio* il diritto penale, ciò non si verifica soltanto per soddisfare esigenze di garanzia, più che legittime in uno Stato sociale di diritto, ma avviene anche, e forse soprattutto, per esigenze di efficienza nel controllo, in quanto il diritto penale interviene solo nella fase acuta del conflitto e non può certo influire, se non marginalmente sulle cause che danno vita al conflitto<sup>681</sup>.

La crudeltà e l'ignavia delle modalità criminose non devono mai farci perdere di vista le linee direttive del nostro operare da giuristi.

Per quanto i criminali possano essere feroci, continuano ad essere uomini, e in quanto tali destinatari di diritti fondamentali. Questi costituiscono un nocciolo duro impenetrabile da ogni tipo di pressione sanzionatoria.

Per quanto i crimini possano essere efferati le regole ordinamentali e le garanzie a queste connesse devono rimanere immutate.

Il diritto deve, anche nella più buia crisi, continuare a fondarsi sul principio di offensività, ragionevolezza, sussidiarietà, *extrema ratio*, legalità, personalità della responsabilità penale, colpevolezza, umanità, e soprattutto rieducazione.

---

<sup>680</sup> S.MOCCIA, *La perenne emergenza*, p. 54 e ss.

<sup>681</sup> S.MOCCIA, *La perenne emergenza*, p. 55 e ss.

## BIBLIOGRAFIA

- Aa.Vv. *La strategia del terrore. Contributi per un'analisi*, Bologna 1982
- AGAMBEN Giorgio, *Homo sacer*, Roma 2008
- ALBANELLO Cesare, *Misure urgenti per la tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica*, in *Giur. Mer.* 1981
- ALBRECHT Peter Alexis, *El derecho penal en la intervencìon de la politica populista*, in *La insostenible situacìon del Derecho penal*, Granada 2000
- ALEO Salvatore, *Sistema penale e criminalità organizzata. Le figure associative*, Milano 2005
- ALESSANDRI Alberto, *Commentario della Costituzione, fondato da Giuseppe Branca e continuato da Alessandro Pizzorusso*, vol. 5, Bologna 1975
- ALTAVILLA Enrico, voce *Eccesso colposo* in *Noviss. dig. it.* IV, Torino 1960
- AMATO Giuliano, *Nozione di reato politico fuori gioco ai fini della concessione dell'estradizione*, in *Guida Dir.*, 2003
- AMBOS Kai, *Il diritto penale del nemico*, in AA.VV., *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, a cura di DONINI Massimo-PAPA Michele, Milano 2007
- AMBROSINI Giangiulio SPAGNOLI Ugo, *Rapporto sulla repressione*, Roma 1970
- AMENDOLA Giorgio- PORZIO Domenico, *Coraggio e viltà degli intellettuali*, Milano 1977
- ANDREOTTI Giulio, *Diari 1976-1979. Gli anni della solidarietà*, Milano 1981
- ANGIONI Francesco, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano 1983
- *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, II ed., Milano 1994
- ANTOLISEI Francesco, *Diritto penale, parte speciale*, Milano 2008
- *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XV ed., Milano 2000
- BALDONI Adalberto- PROVVISORATO Sandro, *A che punto è la notte?*, Firenze 2003
- *La notte più lunga della repubblica. Sinistra, destra, ideologia, estremismi e lotta armata*, Milano 1989
- BARATTA Alessandro, *Sistema penale ed emarginazione sociale*, in *Quest. crim.* 1976
- *Criminologia e dommatica criminale. Passato e futuro del modello integrato di scienza penalistica*, in *Quest. crim.* 1979
- BARTOLI Roberto, *Lotta penale al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico, jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino 2008
- BASSIOUNI Cherif, *International criminal law*, II ed., New York 1999

BAUDELAIRE Claude Pichois, *Il baratro*, in BAUDELAIRE Claude Pichois, *I fiori del male*, Milano 1983

BAZZOCCHI Vincenzo, *Il caso Pupino e il principio di interpretazione conforme alle decisioni quadro*, in *Quaderni Costituzionali*, 2005

BECCARIA Cesare, *De' delitti e delle pene*, in *Opere scelte*, Milano 1839

BELLANCA Nicolò, *Elementi di un'analisi del terrorismo contemporaneo*, in *Il Ponte*, 2005

BELING Ernst, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tubingen 1906

BETTINI Romano, *Il terrorismo internazionale oggi: brevi spunti di riflessione*, in *Iustitia* 2002

BERARDI Alberto, *Il diritto e il terrore. Alle radici teoriche della "finalità di terrorismo"*, Padova 2008

BERNARDI Alessandro *Dissociazione e collaborazione nei delitti con finalità di terrorismo*, in *Quest. Giust.* 1982

BETTIOL Rodolfo *Associazioni politiche illecite: contributo interpretativo*, in *Rass. Giust. Mil.* 1984,

BEVERE Antonio, *Terrorismo e stato della crisi*, in *Questione meridionale e questione criminale: non solo emergenze*, Napoli 2007

BIANCONI Giovanni, *Eseguendo la sentenza. Roma 1978. Dietro le quinte del sequestro Moro*, Torino 2008

BIN Roberto, *Democrazia e terrorismo*, in C. De Maglie – S. SEMINARA, (a cura di), *Terrorismo internazionale e diritto penale*, Padova 2007

BISCIONE Francesco Maria, *Il delitto Moro. Strategie di un assassinio politico*, Roma 1998

BOLOGNETTI Alberto, *Il pericolo nell'istigazione all'odio di classe nei reati contro l'ordine pubblico*, in *Giur. cost.*, 1974

BONANTE Luigi, *Terrorismo politico*, in N.BOBBIO,-N.MATTEUCCI, (a cura di), *Dizionario di politica*, Torino 1976

BOSCARELLI Marco, *Analogia e interpretazione estensiva nel diritto penale*, Palermo, 1955

BRICOLA Franco, *Commentario della Costituzione, a cura di Branca*, vol. 4, Bologna 1975

- *Cospirazione politica mediante accordo o associazione in Enc. dir.*, Milano 1962

- *La discrezionalità nel diritto penale, Nozione e aspetti costitutivi*, Milano 1965

- *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Bologna 1997

- *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988

- *Teoria generale del reato*, in *Nss. D.I XIX* 1974

CAPUTO Angelo, *Verso un diritto penale del nemico?*, in *Quest. Giur.* 2006,

CARBONI Giuseppe, *L'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità*, Milano 1970

CARMIGNANI Giovanni, *Elementi di diritto criminale*, Milano, 1863

CARRARA Francesco, *Programma del corso di diritto criminale*, Lucca 1870

CASELLI Giancarlo, *Le recenti misure per l'ordine pubblico*, in *Dem.Dir.*, 1978

CASSOLA Carlo –CARDELLA Antonio, *Conversazione su una cultura compromessa: intellettuali italiani e politica*, Milano 1997

CATANZARO Raimondo- MANCONI Luigi, *Storie di lotta armata*, Bologna 1995

CAVALIERE Antonio, *Concorso eventuale nel reato associativo. Le ipotesi di associazione per delinquere e di tipo mafioso*, Napoli 2003

-*Diritto penale “del nemico” e “di lotta”*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di GAMBERINI Alessandro e ORLANDI Renzo, Bologna 2007

CENCI Franco, *La «fuga» di notizie processuali tra norma e prassi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994

CENCI Piero, *Aggravante della finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico*, in *Giur. Mer.*, 1983

CERQUA Luigi, *Un delitto emerso dall'oblio: gli arruolamenti o armamenti non autorizzati a servizio di uno Stato estero*, in *Cass. pen.*, 2006

CHIAVARIO Mario, *Commento alla legge 6.02.1980, n. 15, Premessa*, in *Leg. Pen.* 1981

CHIOCCHI Antonio, *Catastrofi del “politico”. Teatro di senso, razionalità e categorie della lotta armata*, in *Quaderni di Società e conflitto. Rivista semestrale di storia, cultura e politica*, 2005, in [www.cooperweb.it/quaderni8.html](http://www.cooperweb.it/quaderni8.html)

CONCAS Luigi, voce *Scriminanti*, in *Noviss. dig. it.*, XVI, Torino 1969

CONSO Giovanni, *Diritti civili e ordine pubblico*, in *Attualità e attuazione della Costituzione*, Roma 1979

-*Una strategia alternativa per la difesa dell'ordine pubblico*, in *Pol. dir.* 1976

CORSO Guido, *Ordine pubblico (diritto pubblico)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano 1980

CUPELLI Cristiano, *Il nuovo art. 270 bis c.p.: emergenze di tutela e deficit di determinatezza?*, in *Cass. pen.*, 2002

CURATOLA Pasquale, voce *Attentato (delitto di)*, in *Enc.Dir.*, III, 1958

DALIA Andrea Antonio, *I sequestri di persona a scopo di estorsione terrorismo od eversione*, Milano 1982

- *Sequestro di persona a scopo di terrorismo o eversione*, ED, XLII

-*L'attentato agli impianti e il delitto di riciclaggio*, Milano 1979

-*I terrorismi in Italia tra il 1969 e il 1982*, in *Il sistema politico italiano*, a cura di PASQUINO Gianfranco, Bari 1985

- DE BELLA Vincenzo, *Il reato di associazione a delinquere*, Torino, 1933
- DE FRANCESCO Francesco, *Il modello analitico tra dottrina e giurisprudenza : dommatica e garantismo nella collocazione sistematica dell'elemento psicologico del reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1991
- DE FRANCESCO Gennaro, *Commento all'art. 1 della legge 6/2/1980 n. 15*, in *Leg. Pen.*, 1981
- *Commento all'art. 3, l. 6.2.80 n. 15*, LP 1981
  - *I reati di associazione politica. Storia, costituzione e sistema nelle analisi strutturali delle fattispecie*, Milano, 1985
  - *In tema di rapporti tra politica criminale e dommatica: sviluppi e prospettive nella dottrina del reato*, in *Arch. pen.*, 1975
  - *Organizzazioni criminali: problematiche de lege ferenda*, in *Studium Iuris* 2001
- DEL BUONO Oreste, *Sciascia, «profeta» dell'affaire Moro*, in *La Stampa* 11 marzo 1995.
- DELLA PORTA Donatella-ROSSI Mario, *Cifre crudeli: bilancio dei terrorismi italiani*, Milano 1984
- DELITALA Giovanni, *Il "fatto" nella teoria generale del reato*, Padova 1930;
- La distinzione dei reati in formali e materiali e altre distinzioni in tema di tentativo*, 1926, in *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, vol. I, 1976,
- DE MATTEIS Luca, *Commento all'art. 635 c.p.*, in AA.VV., *Codice penale. Rassegna di dottrina e giurisprudenza*, a cura di LATTANZI Giorgio- E.LUPO, XI, Milano 2000
- *Ratio di garanzia ed esigenze di tutela nella disciplina costituzionale dei limiti alla libertà di associazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1982
- DE VERO Giancarlo, *I reati associativi nell'odierno sistema penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1998
- Tutela penale dell'ordine pubblico. Itinerari ed esiti di una verifica dogmatica e politico criminale*, Milano 1988
- DOLCINI Emilio, *La «rieducazione del condannato» tra mito e realtà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1979
- Leggi penali ad personam, riserva di legge e principio di uguaglianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004
- DONINI Massimo, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, a cura di KOSTORIS Roberto-ORLANDI Renzo
- *Il diritto penale di fronte al nemico*, in *Cass. pen.*, 2006
  - *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto tra diritto penale e politica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001

DRIGANI Oliviero, voce *Prevenzione (misure di)*, in *Noviss. Dig. App.*, Torino 1984

DROBISCH Karl- WIELAND Georg, *System der NS-Konzentrationslager 1933-1939*, Berlin, 1993

ESPOSITO Carlo, *Irretroattività e legalità delle pene nella nuova Costituzione*, ne *La Costituzione italiana*, Padova 1954,

*Libertà di manifestazione del pensiero e ordine pubblico*, in *Giur. Cast.* 1969

FABBRICATORE Antonio, *Caso Pupino: sul riconoscimento dell'efficacia diretta delle decisioni quadro*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006

FALCINELLI Daniela, voce *Terrorismo (profili sostanziali)*, in *Noviss. dig. it.*, Torino 2005

FASSONE Elvio, *La valutazione della prova nei processi di criminalità organizzata*, in AA. VV., *Processo penale e criminalità organizzata*, Milano 1999

FERRAJOLI Luigi, *La giustizia penale nella crisi del sistema politico*, in AA. VV., *Governo dei giudici*, a cura di BRUTI LIBERATI Edmondo, CERETTI Adolfo,

FERRAROTTI Franco, *Riflessioni e dati su dodici anni di terrorismo*, Milano 1982

FEUERBACH Paul Johann Anselmvon, *Anti-Hobbes*, trad. it. Mario A CATTANEO, Milano 1972

-*Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs in einem peinlichen Gesetzbuche*, 1804, vol. II

-*Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, 2 voll. Erfurt-Chemnitz 1799/1800, r.a. Aalen 1973

-*Revision des positiven peinlichen Rechts*, II, 1800, rist. 1966

FIANDACA Giovanni, *Commentario della Costituzione, fondato da Giuseppe Branca e continuato da Alessandro Pizzorusso*, vol. 5, Bologna 1975

- *Le associazioni a delinquere "qualificate"*, in AA VV, *I reati associativi. Atti del Convegno di studio svoltosi a Courmayeur, 10-12 ottobre 1997*, Milano, 1998

- voce *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VIII, Torino 1994

FIANDACA Giovanni MUSCO Enzo, *Diritto penale, parte generale*, V ed., Bologna 2007

- *Diritto penale. Parte speciale*, V ed., Bologna 2007

FIANDACA Giovanni e TESAURO Giuseppe, *Le disposizioni sostanziali: linee*, in *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, a cura di DI CHIARA Giuseppe, Torino 2003

FILANGIERI Gaetano, *La scienza della legislazione*, Milano 1855

IORE Carlo, *Ordine pubblico (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano 1980

-*I reati di opinione*, Padova 1972

- *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività*, in Aa. Vv. *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli 2006

- *Il principio di offensività*, in *Ind. Pen.* 1994

- FIORE Carlo, FIORE Stefano, *Diritto penale, parte generale*, II ed. Torino 2000
- FLORA Giovanni, *Profili penali del terrorismo internazionale: tra delirio di onnipotenza e sindrome di auto castrazione*, Riv. it. dir. proc. pen. 2008
- FLORIAN Eugenio, *Dei reati e delle pene in generale*, in *Trattato di diritto penale*, Milano 1910,
- FOIS Sergio, *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Milano 1973
- FRIGO Giuseppe, *Per uscire dall'impasse del codice penale il soccorso della decisione quadro europea*, in *Guida al diritto* 2005
- FURET François, voce *Terrore*, in FURET François - OZOUF Mona (a cura di), *Dizionario Critico della Rivoluzione Francese*, Milano, Bompiani, 1988
- FURET François- RICHEL Denis, *La rivoluzione francese*, Roma-Bari 1998,
- GALLENI Mauro, *Rapporto sul terrorismo*, Milano 1982
- GALLI Giorgio, *Piombo rosso*, Milano 2005
- *Storia del partito armato, 1968-1982*, Milano 1986
- GALLO Ettore, *Delitto di attentato nella teoria generale del reato*, Milano 1966
- *Nozione, struttura e sistematica del reato (a proposito del Corso di diritto penale di Marinucci e Dolcini)*, in *Ind. Pen.*, 1995
- voce *Attentato (delitti di)*, in *Noviss. Dig. It. app. I*, 1980
- voce *Attentato (delitti di)*, in *Dig. Disc. pen.*, I, 1990
- GALLO Ettore MUSCO Enzo, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, Bologna 1984
- GALLO Marcello, *Istituzioni di diritto e procedura penale*, Milano 1964
- *I reati di pericolo*, in *Foro pen.* 1969
- GALLO Paolo, *Eccesso colposo e previsione dell'evento*, in *Giur. it.* 1959
- GAMBERINI Alessandro e ORLANDI Renzo, *Delitto politico e diritto penale del nemico. Considerazioni introduttive*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Bologna 2007
- GIANSAANTI Alberto, Milano 1996
- *Il "diritto penale del nemico e la dissoluzione del diritto penale"*, in *Quest. giust.*, 2006, p. 800 e ss.
- GIOSTRA Glauco, *Il segreto investigativo tra inosservanze e strumentalizzazioni*, in *Dir. pen. e processo* 1995
- *Giornalismo giudiziario: un ambiguo protagonista della giustizia penale*, in *Crit. dir.* 1994
- GRASSO Giovanni, *Il reato omissivo improprio*, Milano 1983
- *Nota introduttiva al Titolo I, Libro II, c.p.*, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di CRESPI Alberto, Padova 2007

- Pre-art. 110 c.p.*, in *Commentario sistematico al codice penale*, a cura di ROMANO Mario - GRASSO Giovanni, Milano 2005
- *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e di attentato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1986
- GRITTI Roberto, *La vita in cambio dell'identità: il caso del terrorismo suicida*, in *La critica sociologica*, 2005,
- GROLMAN Karl Ludwig von, *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft*, I ed., Giessen 1978
- GROTTANELLI DE' SANTI Stanislao, *Uso e abuso del decreto legge in Diritto e società*, 1978
- GROSSO Carlo Federico, *Difesa legittima e stato di necessità*, Milano, 1964
- *Le fattispecie associative: problemi dommatici e di politica criminale*, in, *Riv. It. Dir. Proc. Pen* 1996
- L'errore sulle scriminanti*, Milano, 1961
- HEGEL Georg Wilhelm Friedrich, *Lineamenti di filosofia del diritto*, trad. it. MESSINEO Agostino, Bari 1971
- IACOVIELLO Francesco Mario *Ordine pubblico e associazione per delinquere*, in *Giust. Pen.*, 1990,
- INSOLERA Gaetano, *Associazione per delinquere*, Padova, 1983
- Ordine pubblico e ordine democratico*, in *Crit. dir.*, 2003
- JAKOBS Günther, *Diritto penale del nemico? Una analisi sulle condizioni di giuridicità*", in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di GAMBERINI Alessandro e ORLANDI Renzo, Bologna 2007
- I terroristi non hanno diritti*, in *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, a cura di KOSTORIS Roberto e ORLANDI Renzo, Torino 2006
- *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Paderborn, 2004
- Terroristen als Personen in Recht?*, in *ZStW* 2005
- KANT Immanuel, *Fondazione della metafisica dei costumi*, trad. it. P.CHIODI, in *Scritti morali*, Torino 1970
- *La metafisica dei costumi*, trad. it. G. VIDARI, Bari 1970
- KOESTLER Arthur, *Riflessioni sull'impiccagione*, in CAMUS Albert-KOESTLER Arthur, *La pena di morte*, Roma 1972
- KOLB Robert, *The exercise of criminal jurisdiction over international terrorists*, in *Enforcing International law norms against terrorism*, a cura di BIANCHI Andrea, Oxford 2004
- KOSTORIS Roberto e ORLANDI Renzo, *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, Torino 2006
- LAQUEUR Walter, *Il nuovo terrorismo. Fanatismi e armi di distruzione di massa*, Milano 2002

-*Storia del terrorismo*, Milano 1978

LOI, *Le circostanze del reato*, in *Giur. Sist. Dir. pen. Bricola-Zagrebelsky*, Torino 1984

LAUDI Maurizio, voce *Terrorismo a) Diritto interno*, in *Enc. dir.*, 1992

- *Reato associativo e terrorismo: un ruolo importante per il nuovo art. 270 bis c.p.*, in *Studi in onore di Marcello Galli. Scritti degli allievi*, Torino 2004

LECCESE Massimo, *Il codice penale si allinea a Bruxelles. Ora chi predica l'odio rischia grosso*, DG 2005

LEINERI Giorgio, nota a Cass. 1.07.2003, in *Foro. it.*, 2004, p. 217 e ss

LICCI Giorgio, *Ragionevolezza e significatività come parametri di determinatezza della norma penale*, Milano 1989

LISZT Franz von, *Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe* (1983), in *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, I, Berlino 1905

- *Teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano 1962

LOSAPPIO Giuseppe, *Diritto penale del nemico, diritto penale dell'amico, nemici del diritto penale*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di GAMBERINI Alessandro

ORLANDI Renzo, Bologna 2007

MAGISTRATURA DEMOCRATICA, *Osservazioni sul decreto legge 15 dicembre 1979 n. 625 concernente misure urgenti per la tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica*, in *Foro It.*, 1981

MAIHOFER Werner, *Die Deutsche Strafrechtsreform*, 1967

MALIZIA Nicola, *Eccesso colposo*, in *Enc. dir. XIV*, Milano 1965

MANNA Adelmo ET AL., *Delitti contro la personalità dello Stato*, Milano 2008

MANTOVANI Ferrando, *Brevi note in materia di terrorismo internazionale*, in *Giur. merito* 2005

- *Diritto penale, parte generale*, Padova 2007

- *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in *Scritti in onore di Mortati*, 1977

MANZINI Vincenzo, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino 1981

MARCONI Guglielmo, *I delitti contro la personalità dello Stato*, Milano 1984

A.Mari, *Associazione terroristica: è reato aderire a un gruppo organizzato. Terrorismo: reato in cerca di definizione*, in *Dir.Giust.* 2006

MARIGHELLA Carlos, *Piccolo manuale del guerrigliero urbano*, (edizione clandestina) 1970;

MARINELLI Alberto, *Il delitto politico*, in *Arch. Pen.*, 1976;

MARINUCCI Giorgio, *L'abbandono del codice Rocco: tra rassegnazione e utopia*, in AA.VV., *Diritto penale in trasformazione*, a cura di DOLCINI E MARINUCCI

- *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974

- *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale. Uno schizzo dogmatico e politico-criminale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2011
- MARINUCCI Giorgio DOLCINI Emilio, *Corso di diritto penale*, III ed., Milano 2001
- MARTINI Carlo Maria, *La nuova definizione di terrorismo: il DL n. 144 del 2005 come convertito con modificazioni in l. 3 luglio 2005, n. 55*, SJ 2006
- MASARONE Valentina, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale. Tra normativa interna, europea e internazionale*, Napoli 2013
- MAZZACUVA Nicola, *Il disvalore di evento nell'illecito penale: illecito commissivo doloso e colposo*, Milano 1983
- MAZZANTI Manlio, *La legge 6 febbraio 1980 n.15 contro il terrorismo*, in *Giust. Pen.*, 1980
- MELILLO Giovanni SPATARO Armando, *Senza la creazione di una Procura nazionale a rischio il coordinamento tra gli uffici*, in *Guida dir.*, 2005
- MELOSSI Dario, *Andamento economico, incarcerazione, omicidi, e allarme sociale in Italia: 1863-1994*, in *Storia d'Italia, Annali 12, La criminalità*, Torino 1997
- MIGAUX Philippe, *Le radici dell'islamismo radicale*, in CHALIAND Gerard - BLIN Arnaud, (a cura di), *Storia del terrorismo. Dall'antichità ad Al Qaeda*, Torino 2007,
- MILONE Pietro, *L'enciclopedia di Leonardo Sciascia. Caos, ordine e caso. Atti del primo ciclo*, Milano 2007
- MOCCIA Sergio, *Diritto penale tra essere e valore, funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli 1992
- *La perenne emergenza: tendenze autoritarie del sistema penale*, Napoli 2000
- *La promessa non mantenuta, ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli 2001
- *Ordine pubblico (disposizioni a tutela dell')*, in *Enc. giur. Treccani XXII*, Roma 1990
- MOLARI Alfredo, *La tutela penale della condanna civile*, Padova 1960
- MONACO Lucio, *Prospettive dell'idea dello scopo nella teoria della pena*, Napoli 1984
- MONTANARA Giuseppe *Aspetti problematici dei reati associativi*, Latina, 1985
- MONTANELLI Indro- CERVI Mario, *L'Italia degli anni di piombo*, Milano 1992
- MONTESQUIEU Charles Louis, *Lo spirito delle leggi*, trad. it., Torino 1965
- MORAVIA Alberto, *Intervista a uno scrittore scomodo*, a cura di AJELLO Nello, Roma-Bari 1978
- MORETTI Mario, *Brigate Rosse. Una storia italiana*, intervista di C.MOSCA- R.ROSSANDA, Milano 1994
- MORSELLI Carlo, *Le fonti del diritto penale*, in *Indice pen.* 1990

MORO Alfredo Carlo, *Storia di un delitto annunciato. Le ombre del caso Moro*, Roma 1998

NARDUCCI Giovanni, *Nella differenza tra atti terroristici ed eversivi i confini del «nuovo» reato*, in *Dir. giust.* 2002

NUVOLONE Pietro, *I limiti taciti della norma penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974

- *Le due forme dell'eccesso colposo*, in *Giust. pen.* 1949
- *Problemi di politica criminale*

PACE Alessandro, *La libertà di riunione nella Costituzione italiana*, Milano 1967

PADOVANI Tullio, *Codici e leggi per l'udienza penale: costituzione della Repubblica e fonti internazionali, codice penale, codice di procedura penale, leggi complementari*, Torino 1982

PALADIN Livio, *Ordine pubblico*, in *Nss. D.I.*, XII, Torino, 1965

PALAZZO Francesco, *Associazioni illecite ed illeciti delle associazioni*, in questa *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1976

- *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Quest. giust.*, 1980
- *Corso di diritto penale, parte generale* II ed., Torino 2006
- *Il principio di determinatezza nel diritto penale: la fattispecie*, Padova 1979
- *La recente legislazione penale*, III ed., Padova 1985

PALIERO Carlo Enrico, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1990

**N.F.PALMA, *L'applicazione della circostanza ad effetto speciale al fine di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale*, in *Giust. Pen.*, 1985**

PANNAIN Bruno, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, IV ed., Torino 1967

- *Natura giuridica del reato commesso per eccesso colposo*, in *Arch. pen.* 1949
- *Personalità internazionale dello Stato (delitti contro la)* in *Noviss. Dig.*, Torino 1996 p.1115.

PATALANO, Vincenzo, *L'associazione per delinquere*, Napoli 1971,

PARODI GIUSINO Manfredi, *La condotta nei reati a tutela anticipata*, in *Ind. pen.*, 1999,

PECCIOLI Annamaria, *Lotta agli attentati terroristici mediante ordigni esplosivi: le modifiche al codice penale*, in *Legisl. Pen.* 2003

PECORARO ALBANI Antonio, *I docenti di diritto penale e la riforma del libro primo del codice penale*, in *Giur. pen.* 1975

PEDRAZZI Cesare, *Problemi del delitto di aggravinggio*, Milano, 1983

PELISSERO Mario, *Reati contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, Torino 2010

*Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, Napoli 2001

*Terrorismo internazionale e diritto penale*, SJ, 2005,

PELLICANI Luciano, *Il terrorismo islamico*, in *Mondo operaio*, gennaio-febbraio 2004

PEPINO Livio, *La giustizia, i giudici e il «paradigma del nemico»*, in *Quest. Giur.*, 2006

PERASSI Tommaso, *Costituzione italiana e ordinamento internazionale*, in *Scritti giuridici*, I, 1952

PETROCELLI Biagio, *Principi di diritto penale*, Padova 1943

- *Riesame degli elementi del reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1963

PICOTTI Lorenzo, *Il dolo specifico, un'indagine sugli elementi finalistici delle fattispecie penali*, Milano 1993

PLANTAMURA Vito, *Reati associativi e rispetto dei principi fondamentali in materia penale*, in *Ind. pen.*, 2007,

PORZIO Mario, *Sistemi punitivi e ideologie*, Napoli 1965

PULITANÒ Domenico, *Il problema del diritto penale del nemico, fra descrizione e ideologia*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di GAMBERINI Alessandro ORLANDI Renzo, Bologna 2007

- *Le misure del governo per l'ordine pubblico*, in *Dem. Dir.*, 1980

QUADRI Rolando, *Atti ostili verso uno Stato estero*, in *Enc. dir.*, 2005

REITANO Simona, *Riflessioni in margine alle nuove fattispecie antiterrorismo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007

RICCIO Giuseppe, *Ordine pubblico*, in *Dizionario di diritto e procedura penale*, diretto da VASSALLI Giuliano, Milano 1986

*Politica penale dell'emergenza e Costituzione*, Napoli 1982

ROMANO Mario, *Cause di giustificazione, cause scusanti e cause di non punibilità in senso stretto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990

- *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Milano 2004

- *Giustificazione e scusa nella liberazione da particolari situazioni di necessità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991

- *Il Codice Rocco e i lineamenti di una riforma del diritto penale politico*, in *Questione Criminale* 1981

- *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1910,

RONCO Mauro, voce *Terrorismo*, in *Nss. dig. App.*, 1987

ROSI Elisabetta, *Terrorismo internazionale: le nuove norme interne di prevenzione e repressione*, in *Dir. pen. e proc.*, 2002

- *Disposizioni urgenti per contrastare il terrorismo internazionale*, in *Dir. pen. e proc.* 2002

ROXIN Claus, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, 1970, trad. it. MOCCIA Sergio, Napoli 1986

*Strafrecht*, AT, Bd. I, *Grundlagen - Der Aufbau der Verbrechenslehre*, IV ed., München 2006

RUBIOLA Elisa, *Sull'aggravante della finalità di terrorismo o di eversione*, in *Giur. It.* 1981

SALTELLI Carlo ROMANO DI FALCO Enrico, *Commento teorico pratico del nuovo codice penale*, Roma 2005

SALVINI Guido, *L'associazione finalizzata al terrorismo internazionale: problemi di definizione e prova della finalità terroristica*, in *Cass. pen.* 2006

SANTAMARIA Dario, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, Napoli, 1960

SANTARELLI Enzo, *Storia critica della Repubblica d'Italia, dal 1945 al 1994*, Milano 1995

SCIASCIA Leonardo, *L'affaire Moro*, Palermo 1978

SATURNINO Raffaele, *Il giudizio di comparazione delle circostanze, e la legge 6 febbraio 1980 n. 15*, in *Foro Napol.* 1981

SELVAGGI Eugenio, *L'incidente probatorio apre le porte all'audizione protetta senza limiti*, in *Giud. Dir.*

SEMINARA Sergio, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milano 1987

V.SERGE, *Vigilanza rivoluzionaria. Quello che ogni rivoluzionario deve sapere della repressione*, Milano 1982

SGUBBI Filippo, *Il bene giuridico e la legge di riforma in materia di stupefacenti*, in *La riforma della legislazione penale in tema di stupefacenti*, a cura di BRICOLA Franco e INSOLERA Gaetano, Padova 1991

SINISCALCO Marco, *Irretroattività delle leggi in materia penale*, Milano 1969, p. 95 e ss.

SIRACUSANO Placido, *Successioni di leggi penali*, Messina, 1988

SPAGNOLO Giuseppe, *Criminalità organizzata e reati associativi: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1998

*Dai reati meramente associativi ai reati a struttura mista*, in Aa. Vv., *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del codice*, Milano 1987,

SPATARO Armando, *Le nuove forme di manifestazione di terrorismo internazionale: in particolare il terrorismo islamico*, rel. All'incontro di studio organizzato dal CSM il 29-31 marzo 2004

SPOLITI Dionisio, *Spunti sulla figura del delitto terroristico*, in *Giust. pen.*, 1980, II

STELLA Federico, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, III ed., Milano, 2003

TUTINO Saverio, *Da Kennedy a Moro. La vera storia degli ultimi venti anni*, Udine 1998

VALSECCHI Alfio, *Brevi osservazioni di diritto penale sostanziale*, DPP 2005

*Il problema della definizione di terrorismo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004.

- *Misure urgenti di contrasto al terrorismo internazionale. Brevi osservazioni di diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. proc.* 2005
- VASSALLI Giuliano, *Cause di non punibilità*, in *Enc. dir.*, Milano, 1960
- Il fatto negli elementi del reato*, in *Studi Delitalia*, III Milano 1965
- VIGANÒ Francesco, *Terrorismo di matrice islamico-fondamentalista e art. 270 bis c.p. nella recente esperienza giurisprudenziale*, in *Cass. pen.* 2007
- Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2005
- *Riflessioni in tema di terrorismo internazionale*, in *Il Corriere del merito* 2005
- *Terrorismo, guerra e sistema penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006
- VIGNA Pier Luigi, *La finalità di terrorismo e eversione*, Milano 1981
- VIGNA Pier Luigi - CHELAZZI Giorgio, voce *Terrorismo*, in VASSALLI Giuliano (a cura di), *Dizionario di diritto e procedura penale*, Milano 1986
- VINCIGUERRA Sergio, *Profili sistematici dell'adempimento del dovere imposto da una norma giuridica*, Milano 1971
- WAUTRAIN CAVAGNARI, *I delitti contro l'ordine pubblico*, in *Completo trattato teorico e pratico di diritto penale secondo il codice unico del Regno d'Italia*, diretto da COGLIOLO Pietro, Milano 1888
- WOLFF Christian, *Deutsche Politik*, 1736
- ZACCARIA Giuseppe, *L'analogia come ragionamento giuridico*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1989
- ZAVOLI Sergio, *La notte della Repubblica*, Milano 1992 Sergio, *Terrorismo internazionale* Milano 2002
- ZAZA, *L'oggetto giuridico del reato*, Milano 1999
- ZUCCALÁ Giuseppe, *Profili del delitto di attentato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997