

VERSO UNA LETTURA PIU' ARTICOLATA DEL FENOMENO CONCORSUALE: TRA CAUSE 'FONDANTI' ED IPOTESI DI ESCLUSIONE DELLA RESPONSABILITA' DEI COMPARTECIPI

di *Giovannangelo De Francesco*

SOMMARIO: 1. L'art. 110 Cp quale modello normativo per i diversi 'titoli' di responsabilità concorsuale. – 2. La specifica funzione sistematica dell'art. 113 Cp – 3. La disciplina dei casi di esclusione della pena: una breve disamina delle opinioni in materia. – 4. L'art. 119, 2° comma Cp: presupposti ed ambito di rilevanza. I 'casi' dell'esecuzione frazionata e del 'concorso' nell'esercizio di un diritto. – 5. Le controversie in tema di uso legittimo delle armi: alcuni errori di prospettiva circa le ipotesi di 'concorso' nella scriminante. – 6. Il problema della legittima difesa 'provocata' dal concorrente. Il significato sul piano teleologico della previsione dell'art. 48 Cp nelle dinamiche punitive del concorso. – 7. Uno sguardo 'in parallelo' sull'esclusione della pena ex art. 119, 1° comma, Cp I rapporti tra quest'ultimo e l'attuale previsione dell'art. 118 Cp, nel segno del principio di colpevolezza. – 8. Le cause di non punibilità, ed in particolare quelle 'sopravvenute'; i limiti teleologici degli art. 119, 1° comma e, per analoghi casi di 'postfatto', dell'art. 118 Cp in materia di circostanze. – 9. Una breve sintesi: punibilità e non punibilità dei concorrenti alla luce dei 'mutamenti di contesto' indotti dal variegato atteggiarsi delle relazioni tra i compartecipi. – 10. Cenni conclusivi: tra impegno ermeneutico e necessità di una riforma del sistema.

1. Il costante incremento degli illeciti realizzati in forma concorsuale sollecita l'interprete verso ulteriori approfondimenti della struttura del fenomeno plurisoggettivo, ed in particolare verso una più puntuale individuazione dei criteri mediante i quali valutare la posizione dei singoli compartecipi. In effetti, sembra di poter dire come al progressivo declino del dogma del carattere unitario del titolo di responsabilità, così come, per altro verso, di quello fondato sulla natura accessoria della partecipazione, non abbia tuttavia corrisposto il compimento di alcuni passi 'decisivi' nel far discendere da tali ripensamenti una ridefinizione della tematica concorsuale in grado di superare alcune restanti difficoltà sotto il profilo sistematico che la materia – ed il relativo dibattito sul piano teorico ed applicativo – lascia tuttora trasparire.

Non intendiamo qui soffermarci sull'identificazione della condotta concorsuale dal punto di vista dei suoi nessi d'influenza (causale? prognostica? strumentale?) rispetto agli sviluppi dell'illecito, quanto invece, da un lato, sulla questione, or ora accennata,

inerente ai 'titoli' di responsabilità dei concorrenti, e, dall'altro, sul modo di presentarsi delle ipotesi in cui la punibilità dei compartecipi debba, di volta in volta, considerarsi esclusa. In questa prospettiva, sembra allora fondato ritenere come le disposizioni maggiormente significative della disciplina sul concorso di persone siano rappresentate dal primo e dall'ultimo articolo contenuti nel Capo III del Titolo IV della Parte generale, vale a dire l'art. 110 e l'art. 119 del testo normativo fondamentale: disposizioni, per vero, non sempre adeguatamente valorizzate, vuoi, relativamente alla prima, a causa dell'apparente genericità ed incompletezza della formula normativa, vuoi, riguardo alla seconda, sotto l'influenza di opinioni volte a segnalarne – chi più, chi meno, a seconda degli autori – la mancanza di una reale utilità.

Orbene, il primo profilo da considerare – e che in un precedente scritto, di taglio più 'specialistico', avevamo appena accennato, senza affiancarvi un accurato corredo argomentativo – riguarda la possibilità o meno di desumere dal processo d' 'integrazione' normativa del disposto dell'art. 110 con le singole norme incriminatrici la rilevanza di tutte le possibili forme di concorso – in delitti e contravvenzioni – in cui i compartecipi agiscano, ora con dolo, ed ora con colpa. Ad una soluzione negativa pervengono, anzitutto, quanti, facendo leva sull'art. 42 Cp, in rapporto all'art. 113 Cp, mentre sostengono la mancanza di limitazioni quanto ai reati contravvenzionali, ravvisano nella necessità di una menzione espressa della colpa riguardo ai delitti l'inammissibilità di un concorso colposo in delitto doloso¹. Né si deve peraltro dimenticare come non manchino pure coloro che, facendo leva sul richiamo, da parte dello stesso art. 113, ai soli delitti, escludono la configurabilità di un concorso – almeno di quello colposo – negli stessi reati contravvenzionali².

Senonché, valorizzando alcuni spunti della dottrina (per quanto inseriti all'interno di visioni sistematiche differenti da quella qui tratteggiata³), è il caso di osservare come il concorso di persone, pur rilevando come una figura autonoma, non possa non atteggiarsi come una fattispecie di carattere delittuoso o contravvenzionale, venendo dunque a 'ripetere', da questo punto di vista, la medesima qualifica spettante alle norme incriminatrici cui il concorso si riferisce. Ed allora, nella misura in cui si tratti di delitti colposi già previsti dall'ordinamento, sembra coerente ritenere come la punibilità in forma concorsuale debba, per ciò stesso, considerarsi conforme alle direttive sistematiche cui s'ispira il nostro ordinamento penale.

Né, a smentire una soluzione del genere, potrebbe essere addotta la disciplina riservata al tentativo di delitto: facendo leva, in altri termini, sulla circostanza che

¹ Cfr. T. Padovani, *Diritto penale del lavoro. Profili generali*, Milano 1983, 90 ss.

² V. P. Severino, *La cooperazione nel delitto colposo*, Milano 1988, 275.

³ Cfr. F. Albergiani, *I reati di agevolazione colposa*, Milano 1984, 209 nt. 62. In argomento v. anche M. Mantovani, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano 1997, 302, e, già prima, R. Dell' Andro, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Milano 1956, 101.

l'esclusione della colpa relativamente a quest'ultimo viene fatta spesso derivare dalla mancanza di una previsione espressa al riguardo. In realtà, tale soluzione dipende, in questa materia, dalla circostanza che il tentativo viene ad immutare il fatto tipico di riferimento, privandolo di quanto è richiesto per la consumazione; mentre, trattandosi di concorso di persone - e, pur rilevando, all'interno di quest'ultimo, anche singole condotte altrimenti non punibili - resta indiscutibile la necessità che il meccanismo estensivo si radichi su di una fattispecie di parte speciale integralmente realizzata: onde, l'esclusione della colpa, se potrà ben essere affermata, laddove il delitto al quale si concorra (e come tale, in quanto figura autonoma, pur sempre 'integro' nei suoi requisiti) si arresti alle soglie del tentativo, non potrà, al contrario, venire riconosciuta qualora tale fatto venga a corrispondere ad una ipotesi colposa - espressamente incriminata - la quale si atteggi, come non può non essere, nella forma di un delitto consumato.

Infine, nemmeno potrebbe addursi come elemento critico la configurazione, autorevolmente postulata, di fattispecie plurisoggettive differenziate in relazione a ciascun compartecipe⁴: nel senso di dover ammettere che ognuna di tali fattispecie, ed in particolare quella che si realizzi 'ricomponendo' tra loro la condotta di per sé atipica di un concorrente con il relativo fatto tipico, venga a richiedere, data la sua autonomia rispetto alla figura (monosoggettiva) originaria, che ne risulti espressamente sancito il rispettivo titolo di responsabilità (tanto più se colposa).

In verità, a noi sembra che, questa volta, la replica a tale obiezione si fondi su un motivo più radicale, ossia sulla mancanza di basi adeguate a giustificare, già in linea di principio, quella necessaria moltiplicazione di figure concorsuali in cui dovrebbe risiedere la struttura del fenomeno plurisoggettivo. Più in particolare, è il caso di osservare come, pur muovendo dal presupposto - generalmente condiviso - dell'esistenza di una fattispecie plurisoggettiva unitaria, ciò non sembri rappresentare un ostacolo al riconoscimento di atteggiamenti diversi nel realizzarla; ed invero, appare del tutto ragionevole che, data la necessaria presenza di più soggetti, si possano registrare delle variazioni in ordine al tipo di coefficiente che ne esprima e ne caratterizzi la relazione con quel (medesimo) fatto cui il concorso si riferisce. La tesi criticata, insomma, nell'intento di superare il dogma dell'unicità del titolo di responsabilità, sembra andare francamente troppo oltre, giungendo, fra l'altro, ad affermare l'esistenza di una pluralità di illeciti, anche laddove il titolo d'imputazione (ad es., il dolo del fatto) resti il medesimo, con la conseguenza, per di più, di dover ammettere un simile effetto 'moltiplicatore' - con un'evidente forzatura - nelle stesse figure di reato comunemente annoverate tra le fattispecie a concorso necessario.

⁴ Cfr. A. Pagliaro, *Principi di diritto penale, Parte generale*, agg. V. Militello, M. Parodi Giusino, A. Spina, Milano 2020, 618 s.

2. Le considerazioni appena svolte non appaiono smentite, a ben guardare, dalla previsione normativa espressamente dedicata alla cooperazione nel delitto colposo (art. 113 Cp). Tale previsione ha fatto scorrere, com'è noto, fiumi d'inchiostro (ed anche noi vi abbiamo fatto altrove riferimento, sia pure come premessa rispetto al tema specifico dell'intreccio di posizioni di garanzia in contesti 'organizzativi'), che hanno visto progressivamente delinearsi, anche negli ultimi tempi, una serie cospicua di interpretazioni divergenti sotto molteplici profili, complice, altresì, la crescente rilevanza delle tematiche della colpa nei settori più disparati di attività pericolose⁵.

Se quanto si è osservato sinora può ritenersi fondato, dovrebbe tuttavia riconoscersi che tale disposizione non possa, anzitutto, giocare in senso contrario all'ammissibilità di un concorso colposo nel reato (sia esso delittuoso o contravvenzionale), dovendo questo venire ricondotto – come si è dianzi ribadito – alla stessa previsione fondamentale dell'art. 110 Cp. E tuttavia – malgrado simili premesse – sarebbe affrettato pretendere di ricavarne, come logico corollario, la conclusione secondo la quale il disposto dell'art. 113 Cp verrebbe ad assumere, come si è spesso affermato, un ruolo di sola 'disciplina' del concorso, e non invece una vera e propria funzione 'incriminatrice'.

In realtà, una soluzione del genere, oltre a rendere pressoché irrilevante la portata della statuizione contenuta nel primo comma dell'articolo, non terrebbe conto del fatto che, a ben guardare, la peculiarità del fenomeno che la norma descrive dipende dalla circostanza ch'esso appare strettamente collegato (come suggerisce, non solo la formula adottata, ma anche il suo significato sul piano teleologico) ai soli delitti colposi (a forma libera) causalmente orientati. In particolare, sembra fondato ritenere che in tale ambito sistematico si delinei l'esigenza di postulare un requisito indefettibile affinché la rilevanza della partecipazione possa venire riconosciuta: vale a dire, come si cercherà adesso di dimostrare, la necessità di richiedere in ogni caso l'esistenza, nella condotta (o nelle condotte) che siano state causa dell'evento, le note qualificanti di un fatto colposo.

Per comprendere un simile profilo, è opportuno muovere, allora, dall'esame delle fattispecie, generalmente contrapposte a quelle ora richiamate, che assumono le sembianze di reati (non più a forma 'libera', ma) a forma necessariamente 'vincolata' a determinate modalità di esplicazione – quali si riscontrano, non soltanto in materia contravvenzionale, ma anche, per l'appunto, nell'ambito di determinate ipotesi delittuose (si pensi, per tutte, a quelle degli artt. 440 ss. Cp, e, per le corrispondenti figure colpose, art. 452, 2° comma, Cp, in tema di tutela penale della pubblica salute) -

⁵ Ci limitiamo qui a segnalare, tra gli scritti più recenti, quelli di A. Gargani, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa. Profili sistematici del concorso omissivo nelle organizzazioni complesse*, Pisa 2022, 95 ss.; L. Risicato, voce *Cooperazione colposa*, in *ED-I Tematici*, II-2021 – *Reato colposo*, diretto da M. Donini, Milano 2021, 321 ss., entrambi con amplissimi riferimenti.

Orbene, non è difficile accorgersi come in una simile tipologia di reati la regola violata dal concorrente non potrà non inerire al tipo di condotta da cui scaturisce quello stesso ‘vincolo’ modale che giunge ad investire, sia la condotta tipica – in ipotesi, quella di chi adulteri o corrompa certe sostanze alimentari – sia, per l’appunto, quella del partecipe di cui si tratta di valutare la colpa – nel nostro caso di chi renda possibile la condotta incriminata, lasciando nella disponibilità del terzo componenti materiali suscettibili di permettere la suddetta alterazione-. Da ciò deriva l’ulteriore conseguenza secondo cui, una volta che la colpa (accompagnata dalla prevedibilità dell’altrui condotta pericolosa) possa essere ravvisata in capo al compartecipe, la sua responsabilità potrà essere affermata, sia che l’adulterazione delle predette sostanze venga posta in essere con dolo, sia che essa venga realizzata con colpa, sia, infine, che tale fatto debba considerarsi incolpevole (come nel caso, giustamente ricordato, in cui esso venga compiuto da un soggetto che versi in un errore scusabile, dovuto, ad es., alla difficoltà di discernere le differenze della sostanza ‘adulterante’ rispetto alle caratteristiche di componenti alimentari da tempo note e sperimentate⁶); in effetti – è il caso di ribadirlo – le caratteristiche del fatto incriminato, pur essendo quest’ultimo realizzato da un terzo (onde il carattere di per sé atipico della condotta del partecipe) fanno sì che la colpa del concorrente venga ad investire – e nel nostro caso ciò indubbiamente si verifica – proprio quel connotato ‘modale’ di tale fatto che assume rilievo per chiunque vi partecipi.

Ben diverso è lo scenario che si prospetta nell’ambito dei reati causalmente orientati. In questi, per vero, i ‘passaggi’ attraverso i quali condotta tipica può di volta in volta estrinsecarsi, e che qualificano la vicenda causale che ha condotto all’evento, potranno – ed anzi dovranno – costituire oggetto di ulteriori valutazioni sotto il profilo del loro significato cautelare, non sempre tali da poter fondare la colpa rispetto al comportamento esplicito dal compartecipe. Più esattamente: ciò potrà accadere, ora perché alla condotta di rilievo causale non si è accompagnata un’inosservanza di regole cautelari, ed ora perché quest’ultima venga a risultare ‘dissociata’ dal riscontro in concreto di un nesso preventivo rispetto all’evento (e ciò, sia che nel fatto commesso non siano ravvisabili gli estremi di una colpa, sia che la colpa, pur esistente, riguardi una violazione estranea al contenuto sul piano teleologico della cautela disattesa dal cooperatore).

Exempla docent. Quanto al primo caso: qualora un soggetto abbia affidato incautamente un veicolo ad una persona inesperta, nessuno dei due, nel caso di un incidente, potrà presentare i coefficienti della colpa, ove il guidatore non avesse di fatto trasgredito, nello specifico contesto in cui il sinistro si è verificato, una regola di prudenza (fosse questa generica o specifica). Ma soprattutto: se, ad es., il conducente

⁶ V. P. Severino, *La cooperazione*, cit., 123.

di un'automobile, esortato da un terzo ad aumentare l'andatura, abbia investito un pedone gettatosi fulmineamente sotto le ruote per suicidarsi, la mancanza di un nesso preventivo rispetto all'evento (i limiti di velocità non sono preordinati ad evitare suicidi) escluderà la colpa non solo in capo al guidatore, ma anche riguardo al suo pur spregiudicato compagno di viaggio. Infine, laddove, ad es., l'autore di un incidente lo abbia provocato deviando il percorso verso una strada a senso unico - e la persona trasportata si fosse invece 'limitata' a suggerirgli di aumentare la velocità - mentre il primo potrà considerarsi in colpa, quest'ultima verrà invece a mancare rispetto al partecipe, non essendo il relativo atteggiamento imprudente 'concretizzatosi' nella violazione da cui è scaturito l'evento.

Ragionando in questi termini, risulta congruo affermare come, a ben vedere, la disputa inesauribile circa la posizione sistematica dell'art. 113 Cp sia destinata, a conti fatti, a rivelarsi sostanzialmente fuorviante. Vero è che la norma in questione è in grado di operare in relazione a soggetti di cui si presuppone la colpa, da ciò derivando anche un ruolo di 'disciplina' del concorso, fondato sulla previsione di un analogo regime sanzionatori⁷; ma è altrettanto vero, tuttavia, che la duplice rilevanza dell'imputazione per colpa - ora della condotta da cui l'evento è derivato, ed ora di quella relativa al concorrente - non rappresenta un dato già 'naturalmente' insito nel fenomeno partecipativo, esigendo essa di venire preventivamente riconosciuta, ponendo tra loro in contatto la vicenda causale (espressa dalla norma mediante il richiamo ad un delitto colposo su cui si incardini l' "evento" cagionato) e quella riferibile al comportamento di chi si sia limitato ad una partecipazione c.d. 'atipica'.

D'altra parte, ciò non implica il corollario di dover ipotizzare, nell'ambito del fenomeno di cui si discute, una sorta di valenza necessariamente 'comune' della disciplina penale, tale far sì, in ultima analisi, che (non solo l'esistenza, ma anche) la stessa mancanza della colpa debba ritenersi una circostanza 'comunicabile' ai compartecipi, sulla falsariga di quanto stabilito dall'art. 119 Cp. Invero, è sufficiente osservare come, nel caso ora considerato, l'esclusione della colpa altro non rappresenti, per così dire, se non il 'contraltare' della rilevanza 'in positivo' della trasgressione commessa *in executivis*, quale condizione necessaria per 'integrare' la dimensione preventiva delle cautele violate dal compartecipe. Ne deriva che non si tratta qui di 'estendere' al compartecipe la mancanza della colpa, quanto piuttosto di riconoscere, ancor prima, che la colpa che lo riguarda 'personalmente' deve necessariamente

⁷ La peculiarità del fenomeno contemplato dall'art. 113 può spiegare, d'altronde, la scelta del legislatore di pronunciarsi in maniera esplicita in merito al regime delle circostanze. Il che non esclude (ma semmai avvalorava, malgrado l'assenza di indicazioni al riguardo) il buon fondamento della tesi secondo cui sarebbe comunque difficile applicare ai casi di concorso colposo estranei alla previsione in esame le circostanze di cui all'art. 112, 1° comma, nn. 1 e 2, Cp, per essere queste compatibili, data la loro natura o la loro dimensione teleologica, con i soli fenomeni di concorso doloso: cfr., per tutti, G. Grasso, in M. Romano - G. Grasso, *Commentario sistematico del codice penale*, II, Art. 85-149, Milano 1996, 205.

‘proiettarsi’ su di una violazione cautelare di analoga portata sul piano preventivo; il che non comporta, peraltro, il dover abbracciare in una valutazione unitaria le posizioni dei soggetti implicati nell’illecito, potendo ben accadere – come mostra l’ultimo esempio sopra formulato – che la condotta che è stata causa dell’evento vada incontro ad un’imputazione per colpa, rimanendone invece esclusa (malgrado la ‘cautela’ disattesa dal partecipante: nella specie, quella di astenersi dall’indurre ad aumentare la velocità) l’attività esplicata da quanti non abbiano preso parte all’esecuzione del fatto.

3. Quando detto finora non significa, a ben vedere, che debba darsi per scontata l’interpretazione della norma cui si è fatto or ora riferimento (sia pure per contestarne la rilevanza nella partecipazione colposa) vale a dire quella previsione ‘di chiusura’ della disciplina concorsuale (ossia, art. 119 Cp) che già abbiamo menzionato in apertura dell’indagine.

In realtà, proprio quest’ultima disposizione sembra destinata, a sua volta, a suscitare interrogativi di particolare rilievo, i quali appaiono strettamente collegati all’analisi delle tematiche concorsuali secondo la prospettiva di ricerca adottata in questa sede. A tale riguardo, è necessario allora premettere come, già sotto un profilo di carattere metodologico, tale previsione normativa appaia ben lungi dal registrare una posizione condivisa, come dimostra in maniera eloquente il susseguirsi nel corso degli anni di tre impostazioni (soprattutto a livello dottrinale) sostanzialmente eterogenee.

La prima, nell’intento di superare eventuali dubbi interpretativi, è venuta ad ispirarsi ad un parallelismo sul piano sistematico con la natura delle ipotesi regolate dalla disposizione precedente – ossia, l’art. 118 Cp – sul presupposto che entrambe le norme verrebbero ad occuparsi della ‘comunicabilità’ o meno ai concorrenti dei fenomeni in esse contemplati⁸.

La seconda, viceversa, procedendo ad un’autonoma ricostruzione del contenuto normativo dell’ art. 119, ha ritenuto di dover tracciare una distinzione fondata sul carattere ‘personale’ delle situazioni contemplate nel primo comma – come tali, riferibili, *in primis* (anche se non esclusivamente), ai casi di mancanza di colpevolezza – e del connotato, all’ opposto, obiettivo ed ‘impersonale’ proprio dei fenomeni indicati nel secondo (per lo più identificati con quelli integranti gli estremi di una causa di giustificazione⁹).

La terza opinione, infine, nel rilevare la difficoltà di distinguere *a priori* la portata oggettiva ovvero soggettiva delle cause escludenti la pena, si è detta favorevole a tracciare la suddetta distinzione in relazione al modo di presentarsi della vicenda

⁸ Cfr. G. Vassalli, voce *Cause di non punibilità*, in *ED*, VI, 1960, 625.

⁹ V., per tutti, F. Mantovani, *Diritto penale, Parte generale*, Milano 2020, 593 ss.

concorsuale, con la conseguenza di dover ritenere oggettive le ipotesi suscettibili di giustificare, in concreto, una loro estensione ai compartecipi, e soggettive, viceversa, quelle insuscettibili di riflettersi, sempre in relazione al loro atteggiarsi in concreto, sulla posizione assunta dagli altri concorrenti¹⁰.

Simili prese di posizione, malgrado le differenze, presentano tutte, a ben guardare, dei profili meritevoli di ulteriori approfondimenti. Prima di procedere oltre, mette conto ricordare, tuttavia, come la seconda e la terza opinione registrino attualmente un consenso abbastanza diffuso, mentre la prima soluzione abbia perso progressivamente terreno, essendosi obiettato come la distinzione – rinvenibile, altresì, nella formula originaria (ossia prima della riforma del '90) dell'art. 118, in correlazione con l'art. 70 Cp – tra fattori oggettivi e soggettivi, in quanto riferita alle circostanze, non possa venire utilizzata nel campo dell'esclusione della punibilità. Peraltro, come avremo modo di osservare, malgrado il vigente art. 118 continui a disciplinare le sole circostanze, e che esso non richiami più il contenuto normativo dell'art. 70, proprio il 'cambio di regime' inerente a detta norma si presta, se non altro, ad avvalorare ulteriormente, in quanto maggiormente in linea con le scelte d'insieme, determinate scelte interpretative in merito alla disposizione contigua.

Giunti a questo punto – ed entrando finalmente *in medias res* – sembra fondato ritenere, anzitutto, come la terza impostazione poc'anzi richiamata appaia difficilmente compatibile, almeno nelle scelte di principio, con la stessa funzione della disciplina delineata dall'art. 119 Cp. Come riconoscono gli stessi fautori di un simile indirizzo¹¹, l'idea di una valutazione caso per caso degli effetti sulla posizione giuridica dei concorrenti finisce invero col riservare alla disposizione in esame un ruolo sostanzialmente pleonastico, nel senso che, aderendo a tale opinione, la previa determinazione della natura 'oggettiva' o 'soggettiva' di un certo requisito dovrebbe comunque cedere, nella concretezza del fatto storico, ad un parametro del tutto indipendente dalla precedente qualificazione: un parametro, in effetti, che, nell'assumere rilevanza soltanto *a posteriori*, farebbe sì che l'estensione o meno ai concorrenti del regime di favore appaia del tutto svincolata dalla posizione sistematica attribuita al requisito corrispondente.

Alla luce di un simile rilievo, sembrerebbe, allora, che l'opinione maggioritaria – la quale fa leva sulla natura e sul ruolo sistematico della causa di non punibilità – debba considerarsi maggiormente fondata. E tuttavia, non è difficile accorgersi come, nel valutare la portata dei fenomeni evocati dall'art. 119 Cp (e non solo da questo), gli interpreti siano talora incorsi in alcuni fraintendimenti, i quali rischiano di investire,

¹⁰ In questo senso cfr. A. Pagliaro, *Principi*, cit., 670 s.

¹¹ V. ancora A. Pagliaro, *Principi*, cit., 671.

ad un tempo, le caratteristiche del concorso criminoso e, almeno in parte, una corretta configurazione delle stesse categorie sostanziali cui detta norma si riferisce.

4. Orbene, e procedendo anzitutto ad esaminare la disciplina applicabile alle cause ‘oggettive’ di esclusione della pena, non v’è dubbio, in effetti, che quest’ultime debbano venire identificate, almeno in larga prevalenza (ed anzi, in termini pressoché esclusivi¹²) con la categoria delle scriminanti, sia ch’esse figurino all’interno della parte generale, sia che vengano a riferirsi a determinate tipologie di fattispecie. La ragione è nota, e in questa sede è sufficiente accennarvi: in presenza di un giudizio di liceità del fatto, sarebbe invero difficile spiegare le ragioni per le quali le situazioni su cui esso si fonda possano lasciar sussistere il carattere antigiuridico del comportamento di chi vi concorra. Allo scopo di definire con maggiore chiarezza il modo di operare della scriminante, è stato, peraltro, autorevolmente sottolineato¹³ come la funzione propria di quest’ultima, dovendo essere apprezzata in relazione al fatto tipico, presupponga che tale fatto venga sempre commesso da colui al quale il potere o dovere di agire risulti specificamente attribuito.

Tale ultima affermazione, per quanto sostanzialmente fondata, necessita tuttavia di alcune precisazioni. Anzitutto, sarebbe affrettato dedurne – come un primo sguardo potrebbe indurre a ritenere – una ragione decisiva per legittimare, ancora una volta, il dogma della c.d. ‘accessorietà’ del concorso nel reato¹⁴. Premesso che tale dogma dovrebbe *sempre* esigere una condotta c.d. ‘principale’ (onde, la presenza, nelle ipotesi più frequenti, di un unica condotta tipica non sarebbe sufficiente a dimostrarne la validità), deve allora osservarsi come, ai nostri fini, proprio i fenomeni solitamente richiamati per contestare la natura accessoria della partecipazione – primo tra tutti, quello dell’ ‘esecuzione frazionata’ – vengano ad esprimere la loro rilevanza sullo stesso terreno del regime applicabile alle cause di giustificazione.

In particolare, non sembra possibile escludere che uno soltanto dei soggetti che realizzino *pro parte* il fatto tipico possa giovare di una valutazione di liceità, con la

¹² Non del tutto pacifica è tuttavia l’esclusione dalla disciplina ora menzionata delle figure riconducibili al fenomeno delle c.d. ‘scusanti’: e ciò, almeno laddove (diversamente da quanto accade, ad es., nell’errore sul precetto o nell’insindacabilità dell’ordine dell’ Autorità, dove emerge, ora un *deficit* sul piano intellettuale, ora la mancanza di un potere ‘personale’ di controllo sui presupposti dell’ordine) si tratti del contributo ad un fatto – come quello commesso in stato di necessità ‘scusante’ – dichiarato non punibile, com’è ben noto, in base ad un criterio più accentuato di ‘generalizzazione’ in chiave normativa. Nell’ auspicare un intervento legislativo su questo ed altri profili della disciplina concorsuale (v. anche, *infra*, par. 10), è il caso di ricordare, peraltro, come le incertezze relative al trattamento delle ‘scusanti’ siano dovute, già ‘a monte’, alla scarsa attenzione dedicata, nella nostra tradizione giuridica, a questo pur fondamentale capitolo dell’analisi del reato.

¹³ Cfr. T. Padovani, *Diritto penale*, Milano 2019, 348.

¹⁴ Sulle tematiche dell’accessorietà cfr., di recente, M. Papa, *La compartecipazione criminosa*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, I, Milano 2022, 609 s.; S. Seminara, *Accessorietà e fattispecie plurisoggettiva eventuale nel concorso di persone nel reato. Considerazioni sul senso di una disputa dottrinale*, in *RIDPP* 2021, 437 ss.

conseguenza di dover negare, da questo punto di vista, che tale fatto, concepito secondo lo schema monosoggettivo, debba costituire l'unico possibile oggetto della norma scriminante.

Si pensi al caso in cui Tizio e Caio si accordino per commettere una rapina a danno di Sempronio, il quale, a loro insaputa, fosse in procinto di aggredirli. Orbene, supposto che, dei due rapinatori, l'uno privi Sempronio della disponibilità del mezzo di cui intendeva servirsi (in ipotesi, un attrezzo sportivo – ad es., una mazza da *golf* – di cui i soggetti in questione miravano ad appropriarsi per essere questo appartenuto ad un grande campione), e l'altro usi violenza nei confronti del medesimo, non si può escludere l'eventualità che la presenza di una difesa legittima possa tornare a favore di uno solo dei soggetti in pericolo; ciò potrà accadere, ad es., laddove Caio, autore della violenza, nonostante il dissenso di Tizio (manifestato, anche *in loco*, con gesti rivolti ad impedirglielo) persista per suo conto nel colpire Sempronio, nella convinzione di doverne bloccare ulteriori reazioni, arrecandogli in tal modo un'offesa oltre i limiti della necessità e della proporzione. In un simile contesto, sarebbe allora difficile negare come, mentre Tizio venga a beneficiare degli estremi della scriminante, non altrettanto possa dirsi di Caio, essendo egli incorso in un eccesso dai limiti della causa di giustificazione.

Al di fuori di tale ipotesi, e pur riconoscendo l'esigenza di valutare la scriminante in relazione ad un fatto tipico, non sembra fuori luogo precisare, tuttavia, come tale rapporto non possa venire sempre concepito in senso puramente fisico-materiale, pena il rischio di dover accogliere una visione eccessivamente riduttiva ed 'angusta', per così dire, di determinate circostanze esimenti, tale da svilirne e mortificarne il significato teleologico.

Si consideri, a tale proposito, la scriminante dell'esercizio di un diritto (art. 51 Cp). Ipotizzando, in particolare, che, ad es., gli amici e conoscenti di Tizio, titolare di una servitù di passaggio, e che li abbia esortati ad avvalersene, ne approfittino, anche a proprio vantaggio, per recarsi nell'abitazione del primo, il titolare della servitù verrà senza dubbio ad esercitare il proprio diritto, per quanto il passaggio venga effettuato da terze persone. Certo: la soluzione sembra discendere, in questo caso, dal presupposto che la servitù, oltre a gravare sul 'fondo', è preordinata comunque a quell' 'utilità' (anche) per il titolare del diritto, che viene concepita dalla più recente e qualificata giurisprudenza civile (ed in particolare, dalla stessa Corte di cassazione) in una dimensione particolarmente ampia ed estensiva. E tuttavia, resta pur sempre il fatto, se sono corrette le premesse, che, alla luce delle dinamiche con cui la scriminante può manifestarsi, l'idea che l'esercizio del diritto debba andare sempre a 'coprire' in maniera pedissequa la condotta esteriormente 'tipizzata' non si riveli, a rigore,

pienamente conforme all'ambito entro il quale può arrivare concretamente a spaziare il giudizio di liceità.

A tale conclusione non sarebbe, d'altro canto, corretto obiettare come il terzo che transiti su quel fondo possa invocare a proprio favore la scriminante del consenso dell'avente diritto (art. 50 Cp), in base alla stessa scelta del relativo titolare di permettergli il passaggio sul fondo 'servente'. Ed invero, è appena il caso di rilevare come un siffatto consenso verrebbe ad eccedere gli stessi limiti di 'disponibilità' del diritto, dovendo escludersi, in linea di principio, che il 'peso' derivante dalla costituzione della servitù possa risultare ulteriormente aggravato – in mancanza di un apposito titolo che lo giustifichi – in forza di una determinazione unilaterale del soggetto beneficiario della servitù.

5. Oggetto di maggiori controversie è, peraltro, la questione della portata estensiva della causa di liceità, laddove la scriminante risulti concepita in relazione all'esercizio di poteri pubblicistici, in quanto tali suscettibili di esprimere un 'vincolo' alla loro esplicazione ritenuto particolarmente intenso e stringente. Vengono qui in considerazione, com'è ben noto, le opinioni formulate con riguardo alla causa di giustificazione consistente nell'uso legittimo delle armi o di altri mezzi di coazione fisica, quale risulta disciplinata dall'art. 53 Cp.

A tale riguardo, merita soprattutto di venire ricordata l'autorevole opinione secondo la quale, non essendo permesso che l'uso delle armi possa vedere coinvolti soggetti diversi dall'appartenente alla forza pubblica, ai primi, se concorrenti nel fatto commesso da quest'ultimo, non possa venire 'estesa' la qualifica di liceità inerente all'offesa prodotta dalla coazione esercitata. Si dovrebbe dunque ritenere come, a conti fatti, il regime della scriminante, rispetto ai concorrenti, debba venire 'assimilato' a quello predisposto dal primo comma dell'art. 119, con la conseguenza di dover riconoscere il carattere esclusivamente 'personale' della causa di esclusione della pena riguardante il soggetto legittimato al ricorso alle armi¹⁵.

In realtà, a noi sembra che un simile assunto rischi di trascurare alcune differenze in merito alla tipologia di fenomeni rispetto ai quali si tratta di valutare l'estensione o meno del giudizio di liceità.

Per fare chiarezza in proposito, non si può fare a meno di sottoporre ad esame il disposto normativo dell'art. 53, 2° comma Cp, in base al quale la scriminante dovrà essere applicata, oltre che ai soggetti titolari del potere coercitivo, "a qualsiasi persona che, legalmente richiesta dal pubblico ufficiale, gli presti assistenza".

Orbene, stando all'opinione ora richiamata, dovrebbe appunto ritenersi che tale previsione normativa suoni, già *prima facie*, come un'evidente conferma

¹⁵ Così G. Marinucci, voce *Cause di giustificazione*, in *DigDPen*, II, 1988, 136 s.

dell'impossibilità di ammettere una soluzione 'estensiva' della scriminante: col dire che questa potrà giocare a favore di terzi nel solo caso in cui questi collaborino con il pubblico ufficiale ove ne siano 'legalmente richiesti', esso lascerebbe intuire che, mancando tale richiesta, i concorrenti non potrebbero allora vedersi riconosciuta la circostanza di liceità.

Una simile interpretazione, che è stata successivamente riproposta anche in relazione alla disciplina delle c.d. attività 'sotto copertura'¹⁶, non sembra, tuttavia, poter sfuggire ad una critica di fondo, la cui portata riceve luce da un'analisi più approfondita riguardante la stessa logica 'interna' della previsione normativa che andiamo considerando.

In linea di principio, deve ribadirsi, anche a tale riguardo, che l'operatività della scriminante richiede di venire ricollegata al fatto tipico commesso da quanti risultino titolari del potere attribuito. Ed anzi, è stato osservato che una siffatta limitazione dovrebbe ritenersi ancor più intensa e vincolante, considerato il fatto che il comune cittadino, non essendo in possesso di una preparazione adeguata all'esercizio di poteri particolarmente incisivi quali quelli indicati nel primo comma, potrebbe facilmente incorrere in una reazione sproporzionata rispetto alle effettive necessità che giustificano l'uso della forza (vuoi per difetto, vuoi anche per eccesso; per non parlare del rischio di arrecare offesa a terzi estranei al conflitto con l'Autorità).

Senonché, sembra parimenti innegabile come l'art. 53, 2° comma, nel fare riferimento alla condotta del "prestare assistenza", intenda alludere - giusta un'opinione largamente condivisa - proprio ad un comportamento caratterizzato da un'attiva partecipazione all'uso di mezzi di coazione a difesa dell'Autorità. D'altro canto, sarebbe francamente incongruo affermare che una simile scelta debba considerarsi arbitraria o priva di misura: essendo, invero, difficilmente contestabile come, nella dinamica in concreto dei fatti, possano ben darsi delle situazioni in cui le forze dell'ordine siano poste nella necessità di avvalersi dell'intervento di terzi soggetti (anche se) non 'qualificati': un intervento, per l'appunto, che esse stesse vengano di volta in volta a richiedere nel rispetto delle previsioni di legge, e a condizione, naturalmente, che i soggetti di cui venga sollecitata l'"assistenza" offrano sufficienti garanzie di poter esercitare correttamente i poteri loro attribuiti per iniziativa della stessa Autorità competente.

Ove si condivida una simile ricostruzione, sembrerebbe, tuttavia, altrettanto ragionevole adottare una soluzione differente riguardo al contributo del terzo, laddove non si tratti propriamente di un'assistenza alla forza pubblica tale da implicare un'"azione congiunta" nel ricorso alle armi, bensì di una partecipazione *ab externo* nella

¹⁶ V. in proposito C. De Maglie, *L'agente provocatore. Un'indagine dommatica e politico-criminale*, Milano 1991, 279.

forma dello svolgimento di attività c.d. 'atipiche' di cooperazione al fatto commesso. Com'è stato, di recente, giustamente sottolineato¹⁷ – rievocando l' autorevolissima opinione¹⁸, secondo la quale l'art. 53 Cp non darebbe vita ad un' esimente 'personale', quanto piuttosto ad una scriminante 'propria' (similmente, per intendersi, alle situazioni inerenti alle fattispecie di 'reato proprio') - sarebbe invero discutibile subordinare al vincolo sancito dal secondo comma l'esplicazione di condotte che non comportino di per sé stesse il ricorso all'uso di armi od altri mezzi coercitivi; si tratterebbe, invero, in casi del genere, di quelle forme di adesione al comportamento direttamente compiuto dal soggetto 'qualificato', che si esauriscono in una dimensione esclusivamente "prodromica o strumentale" rispetto all'attività in cui si incarna l'uso della violenza da parte dei (soli) soggetti abilitati ad esercitarla (si pensi, *ex multis*, al gesto di un "passante che aiuti il pubblico ufficiale a recuperare il caricatore di un'arma" da fuoco, o che solleciti la polizia ad estrarre le armi per rispondere ad un 'agguato' da parte di terroristi, oppure, ancora, che "indichi alle forze dell'ordine l'entrata sul retro di un edificio"¹⁹ appena occupato da una banda di rapinatori).

Ne deriva, in conclusione, che la scelta di attribuire alla scriminante in questione un carattere esclusivamente 'personale' non sembra rivelarsi sufficientemente fondata: in realtà, non diversamente da quanto accade per le altre cause di giustificazione, essa potrà – e dovrà – essere estesa anche ai concorrenti nel reato, restando esclusa la possibilità di applicarla, soltanto nei confronti di coloro che – non essendo stati investiti da un' apposita 'richiesta' – vengano ad immettersi nell'esercizio dei poteri propri dei (soli) soggetti espressamente autorizzati.

6. Giunti a questo punto, si deve tuttavia avvertire come la questione inerente al carattere 'personale' o meno della posizione dei concorrenti induca a confrontarsi con ulteriori, delicati interrogativi, i quali offrono il destro per poter valutare in maniera ancor più approfondita il modo di atteggiarsi delle dinamiche concorsuali.

Il pensiero corre a quell' ipotesi problematica – da tempo considerata come un terreno privilegiato per poter 'testare' la validità delle diverse teorie – caratterizzata dalla presenza di un'eventuale iniziativa da parte del concorrente volta a creare i presupposti perché possa configurarsi una reazione giustificata dalla norma sulla legittima difesa (art. 52, 1° comma, Cp). Si tratta del caso, che risale ad un famoso scritto di Hegler²⁰, in cui un soggetto venga a 'provocare' un'aggressione nei confronti

¹⁷ Cfr. N. Amore, *Commento all'art. 53 c.p.*, in *Codice penale*, I, a cura di T. Padovani, Milano 2019, 455 s.

¹⁸ In proposito v. l'ampia analisi di T. Delogu, *L'uso legittimo delle armi o di altro mezzo di coazione fisica*, in *AP* 1972, I, 166 ss.

¹⁹ Così N. Amore, *Commento*, cit., 456.

²⁰ Cfr. A. Hegler, *Mittelbare Täterschaft bei nicht rechtswidrigem Handeln der Mittelsperson*, in *Festgabe für Richard Schmidt*, I, Leipzig 1932, 56.

di una terza persona, affinché questa, costretta a difendersi, cagioni la morte dell'aggressore. Di fronte ad una simile eventualità – e una volta escluso (in quanto incompatibile con il nostro sistema) il ricorso alla figura dell' 'autore mediato' – si sono andate sviluppando tre differenti soluzioni ermeneutiche.

Secondo una tendenza meno recente²¹, la punibilità, ritenuta innegabile, dell'autore della 'provocazione', verrebbe a collocarsi nella logica dell' 'accessorietà' del concorso, concepita nella versione 'minima' della sua rilevanza: nel senso che, data la realizzazione di un fatto tipico, questa sarebbe sufficiente a fondare un concorso punibile, non essendo indispensabile che, quanto al requisito dell'antigiuridicità, esso debba venire sempre valutato in senso favorevole a tutti i partecipanti a quel fatto. Ad avviso di un'altra parte della dottrina – già in precedenza menzionata – dovendo la distinzione tra cause 'oggettive' e 'soggettive' ai sensi dell'art. 119 Cp essere tracciata alla luce dell'accadimento storico, dovrebbe invece ritenersi che la punibilità (pur sempre innegabile) dell'artefice dell'aggressione dipenda dall'essere la sua posizione 'personale' inidonea a giustificare in concreto l'estensione della scriminante²².

In proposito, deve osservarsi, tuttavia, come, già ad un primo sguardo, simili opinioni non appaiano in grado di offrire una soluzione convincente alla problematica ora delineata. Così, quanto alla teoria dell'accessorietà, essa si mostra, ancora una volta, inadeguata (oltre che per le ragioni già in precedenza accennate) a causa del fatto che chi l'ha prospettata (anche) in relazione all'esempio di cui si discute, non ha però proceduto ad un confronto analitico con la disciplina sancita dallo stesso art. 119 Cp; non è ben chiaro, di conseguenza, se la soluzione formulata rispetto al caso in questione debba pur sempre ritenersi in linea con detta norma, ovvero ne rappresenti, eventualmente, una deroga implicita, o se non si tratti, piuttosto, di un corollario a sé stante del postulato teorico dell'accessorietà nella sua versione 'minima', destinato a trovare in tale opzione sul piano puramente 'dogmatico' il suo esclusivo fondamento. Quanto, poi, alla seconda opinione, è appena il caso di osservare ch'essa viene ad ispirarsi, anche con riguardo al caso di specie, a quel parametro di valutazione in concreto del carattere oggettivo o soggettivo delle cause esimenti, che ci è già apparso radicalmente incompatibile con la stessa ragion d'essere dell'art. 119 Cp.

Ma v'è di più. Entrambe le impostazioni esaminate, al di là dei limiti intrinseci ch'esse rivelano, sembrano trascurare, soprattutto, il dato di fondo in base al quale la posizione dei concorrenti – nella prospettiva dell'art. 119 Cp – dovrebbe collocarsi in un contesto tale da lasciare necessariamente 'invariato', per così dire, il modo di presentarsi del contributo al quale riferire (o meno) l'estensione del regime di favore: un contesto, in altri termini, il quale denoti la *manca*za di eventuali mutamenti nel

²¹ V. C. Pedrazzi, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo 1952, 67 s.

²² Cfr. A. Pagliaro, *Principi*, cit., 670.

rapporto tra i compartecipi, riconducibili ad iniziative ulteriori in grado di alterare i confini dello scenario presupposto dalla previsione in esame.

È un merito di illustri studiosi – quali Marcello Gallo²³, e più ancora, Tullio Padovani²⁴– l’aver posto in evidenza come nel nostro sistema non manchino alcune, fondamentali, indicazioni normative proprio nella direzione ora ipotizzata. Tale deve considerarsi, ad es., la disposizione dell’art. 48 Cp: la quale, in effetti, appare rivolta a punire l’inganno ad opera del compartecipe, pur in mancanza di un’offesa tipica nella condotta del relativo destinatario – come nel noto esempio della deposizione resa da un soggetto da altri ingannato sulla realtà dei fatti, e che, riferendo quanto da lui ritenuto vero, non potrebbe comunque ritenersi autore di una falsa testimonianza - : e ciò, proprio perché un simile inganno rappresenta un *plus* rispetto ad un’ ipotesi di concorso non ulteriormente ‘qualificata’, la quale si avrebbe, viceversa, laddove il terzo avesse istigato (sia pure per trarne vantaggio) il testimone a dire, *contra facta*, quanto da lui *già supposto* come vero (ché, se così fosse accaduto, anche il concorrente non potrebbe considerarsi responsabile). Né può dimenticarsi l’ ulteriore esempio offerto da Padovani²⁵, in relazione al concorso in un reato plurisoggettivo necessario; se è vero, ad es., che nella ricettazione il vendere una cosa proveniente da delitto, pur se correlato all’ ‘acquisto’ incriminato, non è dichiarato punibile - e tale rimane anche laddove l’acquirente versi in errore circa la detta provenienza - diversa dovrà essere invece la conclusione laddove “il venditore avesse ingannato il compratore sulla provenienza delittuosa delle cose offerte”: in tal caso, in effetti, proprio in virtù del predetto art. 48 Cp, “l’inganno determina una responsabilità in capo al venditore, allo stesso titolo in cui sarebbe incorso il compratore ove fosse stato consapevole della circostanza su cui è stato indotto in errore”.

Orbene, e valorizzando i profili teleologici di una simile ricostruzione, sembra di poter dire che il disposto dell’art. 48 Cp – di cui pure va riconosciuta l’importanza – non possa, tuttavia, considerarsi espressione di una scelta del tutto singolare od ‘eccezionale’ nell’economia del fenomeno partecipativo; esso, semmai, coglie e porta alla luce il senso di una prospettiva maggiormente sensibile ai rapporti d’ interazione’ che possono qualificare in termini più articolati e più lontani dalla loro usuale ‘fisiologia’ le vicende collegate ad un contesto ‘pluripersonale’. E del resto, a conferma della ragionevolezza di tale linea ermeneutica, non va trascurata la circostanza che, con una contrapposizione particolarmente accentuata, il regime dell’errore frutto dell’altrui inganno vede ‘coesistere’ tra loro la responsabilità dolosa del *decipiens* alla carenza, addirittura, dell’offesa tipica in capo al *deceptus*: un esito, certo, difficilmente contestabile, ma, per l’appunto, data la ‘sproporzione di scala’ tra le due valutazioni,

²³ M. Gallo, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano 1957, 92 s.

²⁴ T. Padovani, *Le ipotesi speciali di concorso nel reato*, Milano 1973, 116 s.

²⁵ Così T. Padovani, *Le ipotesi*, cit., 118 s.

tale da rendere plausibile il ricorso ad un'indicazione normativa dotata (per lo meno) di una funzione chiarificatrice.

Ragionando in questa prospettiva, non può dunque sorprendere la circostanza che, pur mancando una previsione *ad hoc*, una soluzione analoga possa riguardare, *mutatis mutandis*, anche il caso della legittima difesa 'provocata': un caso, in particolare, che, data la sua più intuitiva evidenza, si presta ad essere inquadrato in maniera lineare nella logica di una valutazione differenziata della posizione dei compartecipi. Se è vero, in effetti, che siamo qui nel campo di un bilanciamento di interessi, il perno attorno al quale l'ordinamento fa ruotare la soluzione del conflitto non può non apparire – come si è autorevolmente notato²⁶– quello dell'esistenza di una “costrizione” nei confronti di colui che intenda avvalersi della scriminante, venendo essa a designare il “modo” stesso “con cui il conflitto si espresso nei confronti” del soggetto in questione; una costrizione che non sarebbe dunque concepibile – per proseguire con le parole di Padovani – “ogni qualvolta l'alternativa conflittuale” – invece di ‘imporsi’ come tale – “risulti o intenzionalmente provocata, o consapevolmente accettata”²⁷. Da tale punto di vista – e venendo al nostro tema specifico - pare allora difficile negare come, qualora il concorrente nel fatto sia stato l'artefice della minaccia, del tutto inammissibile sarebbe trattarlo alla stessa stregua di colui che tale minaccia ha subito: perché mai valutare a suo favore la causa di giustificazione, quando era stato egli stesso a ‘pianificare’ l'intervento delle circostanze da cui è scaturita l'offesa?

Giunti a questo punto, ci si potrebbe tuttavia domandare se la soluzione or ora illustrata possa eventualmente trovare un fondamento sul piano ermeneutico nell'art. 119, 1° comma, nel senso di dover riconoscere la posizione ‘personale’ dell'autore della reazione e il conseguente ostacolo all'estensione dell'impunità. Ma una simile scelta, a ben guardare, si rivelerebbe sostanzialmente ‘eccentrica’ rispetto alla logica di fondo che sorregge la responsabilità del concorrente. Non si tratta qui di stabilire se debba estendersi una circostanza escludente la pena, quanto piuttosto di riconoscere l'esistenza di una situazione atta a fondare e a giustificare *in positivo* la *punibilità* dell'atto di partecipazione. Rievocando il parallelismo con la *ratio* posta alla base dell'art. 48 Cp, si può ben dire, insomma, che, qui come là – giusta quanto puntualmente osservato²⁸ – è giocoforza ravvisare una rilevanza “incriminatrice” dell'esplicazione di quell' *ulteriore* iniziativa ad opera del concorrente che è destinata a ‘spostare’ i termini del problema rispetto ai casi assoggettabili al regime dell'art. 119 Cp.

²⁶ Cfr. T. Padovani, voce *Difesa legittima*, in *DigDPen*, III, 1989, 29 ss. (dell'estratto).

²⁷ T. Padovani, *Difesa legittima*, cit., 31.

²⁸ Cfr. T. Padovani, *Le ipotesi*, cit., 190.

7. Piuttosto, un'ulteriore ed interessante questione - che si pone sulla scia dei rilievi che precedono - concerne l'interrogativo se la prospettiva in cui essi si collocano debba venire circoscritta alla sola dimensione 'punitiva' delle condotte di partecipazione, ovvero se le esigenze teleologiche che la ispirano consentano di pervenire, *mutatis mutandis*, a conclusioni in certa misura 'speculari' anche nel campo dell'esclusione della pena.

Come s'intuisce agevolmente, la risposta al quesito ora formulato non può non muovere, anzitutto, dall'esame delle cause di non punibilità di cui viene esclusa, in linea di principio, l'idoneità a produrre effetto riguardo agli altri compartecipi. Il che induce allora a prendere in esame con maggiore attenzione il contenuto ed i risvolti sul piano sistematico della disciplina contenuta, questa volta, nel primo comma dell'art. 119 Cp.

A tale proposito, non possono sussistere dubbi circa la necessità di applicare tale disposto normativo alle cause che escludono la colpevolezza. Il carattere 'personale' proprio di quest'ultime rappresenta invero un ostacolo difficilmente superabile rispetto alla possibilità di valutarle a favore di quanti non ne siano direttamente coinvolti. Del resto (e sciogliendo una riserva in precedenza formulata), se è pur vero che, ieri come oggi, non è consentito postulare una sorta di 'omologazione' tra i contenuti dell'art. 119 e 118 Cp, data la diversità tra le rispettive materie, e l'attuale mancanza, per di più, di un rinvio di quest'ultimo all'art. 70 Cp, non può sfuggire, tuttavia, quanto al profilo della colpevolezza, un significativo 'punto di contatto' tra le due norme.

Come si è notato in altra sede²⁹, le circostanze attualmente escluse, in base all'art. 118, dal regime di 'comunicabilità' ai concorrenti mostrano invero una stretta correlazione - mai come adesso così chiara e perspicua - con i contenuti del rimprovero di colpevolezza (inteso in senso 'normativo'): essendo, per l'appunto, le circostanze inerenti alla persona del colpevole collegate al giudizio di imputabilità (che configura il primo elemento della colpevolezza) o alla recidiva (che la migliore dottrina considera come indice di una maggiore rimproverabilità), le circostanze attinenti al dolo e alla colpa connaturate al secondo tradizionale requisito del rimprovero penale, le circostanze, infine, concernenti i motivi a delinquere destinate a caratterizzare, per definizione, il 'processo di motivazione' su cui si fonda il livello di 'esigibilità' di una condotta conforme al precetto.

Da tale punto di vista, una lettura congiunta delle previsioni in esame sembra dunque inviare un messaggio particolarmente significativo nel senso di un'adeguata valorizzazione - e di una puntuale verifica in concreto - dell'atteggiamento soggettivo proprio dei singoli compartecipi, in omaggio (oltre che della tradizione più

²⁹ Cfr., volendo, G.A. De Francesco, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Torino 2022, 692.

‘illuminata’, già scolpita nelle parole di Carrara³⁰, che ne rimarcava la necessaria ‘individualità’), al volto ‘personalistico’ dell’illecito penale postulato dalla stessa Carta costituzionale; un messaggio, a ben vedere, alla cui stregua le opzioni normative ora ricordate si pongono quale corollario di una premessa di ben maggiore importanza nella logica del sistema: ossia, per l’appunto, quella fondata sul previo accertamento del diverso livello di responsabilità dei concorrenti, e sul conseguente ripudio di una scelta che, grazie anche al vantaggio di eludere le difficoltà legate alla prova dei ‘fatti psichici’, conduca ad una visione ‘massificante’ e indifferenziata del fenomeno concorsuale, oggi radicalmente inaccettabile dopo l’abbandono dell’ antico postulato (in funzione repressiva) della ‘criminalità collettiva’ vista come un insieme unitario.

8. I rilievi che precedono non implicano, beninteso, che la categoria delle ipotesi contemplate nell’art. 119, 1° comma debba essere riportata al solo terreno dell’esclusione della colpevolezza. Ad es., è ben noto come tale disposizione si presti ad includere nel suo raggio applicativo anche determinati fenomeni di ‘non punibilità’ in senso stretto, tra i quali, *in primis*, quello disciplinato dall’art. 649 Cp: il quale, per vero, viene ad assumere rilevanza unicamente in relazione ai soggetti indicati nella norma, essendo irragionevole valutare nei confronti di eventuali concorrenti un regime ispirato alla finalità di salvaguardare l’integrità e la conservazione del nucleo familiare³¹.

Detto questo, non può sfuggire, tuttavia, come, proprio con riguardo ai fenomeni di non punibilità, la possibilità di definire il regime applicabile in base alla previsione in esame finisca col risultare quantitativamente modesta, per non dire sostanzialmente marginale. Già in tempi meno recenti un autorevole studioso della materia, Gaetano Contento, ebbe invero ad osservare³² come il richiamo alla dimensione ‘soggettiva’ delle cause escludenti la pena non potesse offrire elementi sufficienti per riferire una

³⁰ V. F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale (Del delitto, della pena)*, ripubb., Bologna 1993, 274.

³¹ Cogliamo l’occasione per precisare che la causa di non punibilità – volendo servirsi dello stesso linguaggio adottato dal codice (cfr. artt. 60 e 70) – si fonda su determinati “rapporti tra il colpevole e l’offeso”. Una precisazione che, peraltro, assume maggiore importanza con riguardo alla problematica del concorso tra fattispecie, ove si ritenga che il concorso formale (come si è altrove sottolineato: cfr. G. A. De Francesco, *Lex specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, Milano 1980, 60 ss.) si sostanzi in un’ipotesi di specialità reciproca ‘bilateralmente’ per aggiunta: tale essendo, ad es., la violenza sessuale incestuosa, caratterizzata dalla presenza degli elementi aggiuntivi – e fra di loro eterogenei – della violenza e del rapporto di parentela. E’ dunque da respingere la critica a tale impostazione fondata sul presupposto che la qualità, ad es., di persona consanguinea sarebbe soltanto una *species* rispetto al soggetto attivo ‘generico’ di cui alla norma concorrente, onde l’esclusione di una specialità bilaterale che possa considerarsi ‘per aggiunta’ in entrambe le disposizioni (cfr. A. Pagliaro, *Principi*, cit., 219, nt. 13). In realtà, anche in quest’ambito viene in considerazione, riguardo all’incesto, un determinato tipo di rapporto (in particolare, di parentela o affinità): ed è appunto questo – e non già una qualità a sé stante propria del singolo soggetto – a costituire l’elemento aggiuntivo su cui si radica il concorso formale

³² Cfr. G. Contento, *Corso di diritto penale*, II, Roma – Bari 1996, 496 s.

simile qualifica alle numerose (e sempre più frequenti) ipotesi di non punibilità ‘sopravvenuta’ rispetto al fatto commesso, ivi inclusa, per quanto anteriore alla consumazione, la figura della ‘desistenza’ rispetto ad un tentativo di delitto.

“La peculiare struttura” di dette figure – precisava l’Autore – induce a ritenere che il quesito circa la possibilità di valutarle anche per gli altri compartecipi debba ricevere una risposta fondata su un diverso ordine di argomentazioni. Complice anche la particolare difficoltà (su cui torneremo) di stabilire se il fattore considerato – come nell’esempio emblematico della ritrattazione (personale ‘resipiscenza’ o ripristino della giustizia e della ‘legalità’ processuale?³³) – appartenga ad una valutazione in termini oggettivi o soggettivi, si dovrebbe, piuttosto, seguire un percorso ermeneutico teso a valorizzare l’autonomia della condotta postdelittuosa rispetto alla posizione di coloro che ne siano rimasti completamente estranei. Ed invero, dato che tale condotta interviene successivamente al fatto commesso, l’idea di valutarla nei confronti di questi ultimi darebbe vita ad una singolare – e francamente abnorme – ipotesi di ‘irresponsabilità’ per fatto altrui, coinvolgendo nel regime di favore quanti si siano casualmente imbattuti in una scelta riferibile unicamente al soggetto non punibile. Ad evitare simili conseguenze, si dovrebbe, in definitiva, riconoscere che l’art. 119 non è in grado di cogliere il significato di simili fenomeni nella prospettiva del regime della non punibilità; prima ancora di un profilo soggettivo per sua natura ‘inestensibile’, verrebbe qui in considerazione l’impossibilità di un collegamento, o, se si vuole, di una connessione ‘funzionale’ tra il ruolo dei concorrenti e la maturazione dei presupposti di un fenomeno separato dal precedente accadimento lesivo.

Si dirà: un rilievo del genere rischia di apparire, tutto sommato, sostanzialmente privo di rilevanza pratica. In effetti, una volta ritenuto che la scelta operata dal beneficiario dell’impunità è, per l’appunto, soltanto ‘sua’ e non di altri, perché non concludere ch’ essa dovrebbe ritenersi pur sempre inquadrabile in una dimensione ‘soggettiva’, e come tale non comunicabile in base allo stesso art. 119 Cp?

Senonché, a ben guardare, un assunto del genere presterebbe il fianco ad un duplice ordine di obiezioni. In primo luogo, resterebbe, ancora una volta, l’arduo compito di definire il criterio con cui riconoscere il carattere ‘soggettivo’ dell’elemento controverso. Si è detto poc’anzi che un simile compito, in ipotesi del genere, è tutt’altro che facile da espletare: in presenza di fenomeni potenzialmente ‘ambivalenti’ – in quanto tali suscettibili di una duplice lettura, ora collegata all’incidenza (sia pure *ex post*) sul disvalore dell’illecito, ed ora concepiti in chiave essenzialmente personalistica – vi sarebbe il rischio di devolvere al ‘soggettivismo’ (questa volta, davvero!)

³³ Sulla questione cfr., tra gli altri, F. Bottalico, *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*, Milano 2011, 432 ss.; M. Mastrojeni, *L’estensione della ritrattazione all’istigatore tra cause di non punibilità e disciplina della partecipazione criminosa*, in *RIDPP* 2003, 1491 ss.

dell'interprete la soluzione riguardante il regime applicabile ai concorrenti; in altri termini, mancando un appiglio sicuro per 'distribuire' le ipotesi in esame tra il primo e il secondo comma dell'art. 119, sarebbe giocoforza riconoscere che il carattere soggettivo (o meno) del fenomeno debba ancora 'attendere', per così dire, di venire identificato sulla base delle argomentazioni di volta in volta prospettate a sostegno di tale diversa configurazione.

Ma non basta. Venendo a considerare il secondo profilo che inficia la validità della tesi in questione, deve infatti osservarsi come, se un regime analogo a quello del soggetto meritevole dell'impunità non appare facilmente concepibile per gli altri compartecipi, altrettanto discutibile sarebbe, tuttavia, la scelta di escludere questi ultimi da tale disciplina, laddove non si fossero limitati a partecipare alla commissione del fatto. Non soltanto autorevole dottrina³⁴, ma anche la Corte di cassazione a Sezioni Unite³⁵ hanno invero sottolineato come una simile esclusione si rivelerebbe ingiustificata laddove gli stessi compartecipi abbiano contribuito a far sì che la condotta postdelittuosa venisse concretamente realizzata: come accadrà, per riprendere l'esempio già accennato, allorché il concorrente in una falsa testimonianza si sia attivato con successo mediante un'attività di "sollecitazione" a ritrattare la precedente dichiarazione.

Per poter meglio apprezzare il significato di una simile prospettiva, è opportuno avvertire come una soluzione analoga sia stata affacciata anche nel settore delle circostanze del reato. Un simile parallelismo si rivela, a ben guardare, particolarmente significativo, non appena si proceda a considerare un ulteriore profilo sistematico derivante dalla 'nuova' disciplina riservata alle circostanze nel concorso in base all'art. 118 Cp. In altra sede³⁶, si è avuto modo di rimarcare che, a differenza dell'assetto previgente, tale disposizione non è volta a disciplinare *ex professo* il complessivo regime della comunicabilità o meno delle circostanze ai concorrenti nel reato; essa, in altri termini, si limita esclusivamente a vietare l'estensione dei fattori attinenti alla colpevolezza, senza pronunciarsi circa il 'destino' degli altri fenomeni circostanziali, lasciando impregiudicata, sotto questo punto di vista, la questione di stabilire quali – ed a quali condizioni (salvo comunque, per le aggravanti, il rispetto dell'art. 59, 2° comma Cp) – possano essere riferiti anche agli altri compartecipi.

Ne deriva, per quanto ci riguarda, una conseguenza di particolare interesse circa gli stessi rapporti tra gli artt. 118 e 119 Cp. Come a quest'ultimo – alla luce dei rilievi finora svolti – sembra rivelarsi estranea la tematica dell'estensione o meno di fattori

³⁴ Cfr. G. Contento, *Corso*, cit., 497; F. Coppi, *Ritrattazione*, in *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di F. Coppi, Torino 1996, 359 s.; nonché F. Bottalico, *La ritrattazione*, cit., 450 ss.

³⁵ Cfr. Cass. S.U. 30.10.2002, *Vanone*, in *RIDPP* 2003, 1470 ss., con nota di M. Mastrojeni, *L'estensione della ritrattazione*, cit., 1479 ss.

³⁶ Si rinvia a G.A. De Francesco, *Diritto penale*, cit., 691 s.

irriducibili al binomio 'oggettivo-soggettivo' che in esso figura, così, pure con riguardo all'art. 118, sembra corretto ritenere che il problema simmetrico relativo alle circostanze debba essere affrontato sulla base di un *test* di compatibilità con la posizione dei concorrenti frutto di una valutazione autonoma rispetto a quanto evincibile dalla *ratio* e dai contenuti della suddetta disposizione.

Per altro verso, proprio l'analogia dei fenomeni posti a confronto viene ad implicare – come si accennava poc'anzi – il riconoscimento della possibilità di assoggettarli ad un medesimo regime penale, anche nei casi in cui il compartecipe venga invece a contribuire all'avverarsi dei requisiti posti alla base della circostanza. Tale soluzione, già prospettata (specialmente in relazione alle ben note previsioni di cui all'artt. 61 n. 8 e 62, n. 6, Cp: in entrambi i casi, riferendole anche al terzo compartecipe) all'indomani della legge del '90³⁷, sembrerebbe, in ultima analisi, accordarsi con la necessità di allargare lo sguardo oltre le potenzialità applicative delle due norme considerate: essendo pur sempre possibile (come la sagacia della dottrina più consapevole ha ampiamente dimostrato) ricomporre per altre vie la trama complessiva del sistema, rispettandone la razionalità intrinseca e la conformità alle esigenze teleologiche.

9. Prima di svolgere ulteriori rilievi circa il significato dello scenario ora ipotizzato, un breve cenno merita, tuttavia, una posizione critica nei confronti della scelta di trattare diversamente le cause di esclusione della pena, a seconda del tipo di atteggiamento (non più inerte, cioè, ma concretamente 'collaborativo') mostrato dai compartecipi. Ad una simile diversità di prospettive – con particolare riguardo al settore della non punibilità – è stato invero obiettato³⁸ come al nostro sistema sarebbe estranea la verifica circa l'esistenza, accanto ad un concorso nel reato, di un eventuale 'concorso in una causa di non punibilità' (oltre tutto, sottoposto a requisiti particolarmente 'stringenti' sotto il profilo dell'influenza causale sull'avverarsi di quest'ultima).

E tuttavia, anche a non voler considerare il carattere essenzialmente 'nominalistico' di una simile obiezione (il quale tradisce, in realtà, l'utilizzo di un lessico improprio: si tratterebbe, semmai, di riconoscere un concorso nella condotta atta a fondare l'esclusione della pena), è opportuno ribadire come il fenomeno del concorso di

³⁷ Cfr. A. Melchionda, *La nuova disciplina di valutazione delle circostanze del reato*, in *RIDPP* 1990, 1489 ss., pur se con diverse motivazioni. Per una visione in parte analoga alla prospettiva qui tratteggiata cfr. ancora G. Contento, *Corso*, cit., 496 s.

³⁸ Al riguardo v. G. Amarelli, *La ritrattazione e la ricerca della verità*, Torino 2006, 232 ss., 241, in sede di analisi della figura della ritrattazione, della quale, peraltro, viene affermata la rilevanza sul piano oggettivo. Condivide le critiche formulate dall'Autore nei confronti della pronuncia citata in nt. 35 A. Peccioli, *La ritrattazione*, in *Reati contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di P. Pisa, Milano 2009, 192 s.

persone abbia pur sempre ad oggetto, anche in questo caso, la commissione di un reato; il che non esclude - ma consente anzi di ipotizzare - che l'esame delle relazioni tra i concorrenti possa indurre a valorizzarne l'influenza su circostanze che incidano in vario modo sulla relativa disciplina, ivi compresi, per l'appunto, determinati profili che condizionano la punibilità. D'altra parte, è difficile negare come la tesi criticata venga a risentire, sia pur implicitamente, delle suggestioni di quel dogma dell' 'accessorietà' del concorso che non sono in pochi a considerare insoddisfacente: nel senso che l'esclusione del regime d'impunità anche per chi si sia attivato perché se ne integrassero i requisiti è chiaramente debitrice dell'idea che le qualificazioni inerenti alla condotta principale, una volta che se ne debba valutare l'estensibilità ai concorrenti, non possano subire variazioni in ragione del tipo d'influenza derivante dalle condotte 'accessorie', pena il contrasto con lo stesso assioma della 'dipendenza' di queste dal vincolo a quel fatto da cui traggono, in forma 'riflessa', il proprio statuto penale.

Guardando più a fondo, non è difficile accorgersi, in realtà, come i dubbi avanzati dalla dottrina - come pure i rilievi or ora formulati riguardo all'accessorietà del concorso - offrano il destro (come spesso accade grazie alle suggestioni delle pur *dissenting opinions*) per svelare e portare alla luce la vera sostanza della questione. Esse lasciano invero trasparire una correlazione particolarmente intensa con quel parametro valutativo che, come si era preannunciato, consente di adottare un'impostazione più ricca ed articolata circa il modo di presentarsi dei fenomeni di concorso nel reato.

Ci si era invero soffermati, in prima battuta, sulla problematica del regime applicabile all'esplicazione di iniziative 'ulteriori' - nella specie, *meritevoli di punizione* - rispetto a quelle desumibili dalla posizione dei concorrenti quale risulta 'cristallizzata' dallo schema definitorio postulato dell'art. 119, 2° comma, Cp. E si era arrivati quindi a concludere che la soluzione del problema non potesse giovare delle indicazioni offerte da tale disposto normativo, pena il rischio di dar luogo a risultati sistematicamente incongrui e contrari ai principi. Ma non si era mancato, in secondo luogo, di formulare il quesito circa la possibilità di seguire un analogo percorso ermeneutico, con riguardo, questa volta, ai fenomeni suscettibili di condurre all'*esclusione della punibilità* del concorrente.

Ebbene, l'analisi che precede, complice la valorizzazione dei rapporti con il contiguo art. 118 Cp, sembrerebbe dunque sfociare in una risposta positiva anche nei confronti di un simile interrogativo: nel senso, in particolare, che - dato che l'art. 119, 1° comma (e similmente, riguardo alle circostanze, il predetto art. 118), pur contribuendo a definirne l'ambito di rilevanza, non possono sempre condurre alla soluzione del problema - anche il regime delle cause d'impunità potrà eventualmente risentire di

quelle 'variazioni di contesto', per così dire, collegate alla presenza di iniziative ulteriori da parte dei compartecipi. Ed anzi, come mostra in maniera eloquente il riferimento alle condotte postdelittuose, già il fatto stesso che queste sembrano 'gravitare' al di fuori della previsione dell'art. 119 permette di adottare una soluzione diversificata a seconda del ruolo esplicito dai concorrenti. In definitiva, parrebbe dunque confermato, anche nel quadro della ricostruzione qui tratteggiata, quanto la dottrina più sensibile alla tematica in oggetto ha già da tempo avvertito: ossia che, se irragionevole sarebbe la scelta di 'estendere' l'impunità a quanti abbiano preferito, per così dire, 'rimanere in panchina', astenendosi dal contribuire alla realizzazione del 'postfatto', pienamente giustificata dovrà ritenersi, al contrario, la scelta di applicare il regime di favore laddove costoro si siano pur sempre attivati in direzione del risultato su cui si fonda l'esclusione della pena.

10. Alla luce di tali riflessioni, non può non risaltare in maniera ancor più evidente l'esistenza di un 'motivo conduttore' fundamentalmente comune, di una sorta di 'filo rosso' che viene a collegare, sia sul piano sistematico che sotto quello delle prospettive teleologiche, le soluzioni concernenti, ad un tempo, gli aspetti 'fondativi' e le cause di esclusione della responsabilità dei compartecipi. In definitiva, si tratta di riconoscere l'esigenza di valorizzare maggiormente gli aspetti dinamici delle relazioni tra i concorrenti, allo scopo di poter discernere – anche al di là delle rigide logiche classificatorie o delle forzose 'assimilazioni' che pesano tuttora sulla materia - le influenze sul regime di volta in volta applicabile del mutevole atteggiarsi delle condotte destinate ad imprimersi nella fisionomia della vicenda plurisoggettiva.

I limiti dell'indagine consigliano adesso di porvi termine; ma non ci si può esimere, tuttavia, dal rimarcare come il tentativo, sviluppato in questa sede, di sottoporre alcuni aspetti della disciplina ad un'interpretazione maggiormente sensibile alle esigenze teleologiche debba pur sempre fare i conti con le difficoltà e le 'resistenze' che le strutture del codice del '30 continuano ad opporre ad una lettura volta a ridimensionarne la portata a livello di opzioni dommatiche e di risvolti sul piano applicativo. Né si può fare a meno, in un simile contesto, di esprimere la convinzione – dettata da spirito realistico e da onestà intellettuale - che soltanto una riforma integrale di questo settore fondamentale della teoria del reato (e dello stesso regime delle pene)³⁹ potrà costituire una risposta meno incerta ed opinabile ai molteplici problemi che si sono posti e si andranno profilando nel corso della sua vita tormentata e da sempre affetta dalla sindrome dell'"incompiuto".

³⁹ Per una recente riflessione sul tema cfr. gli interessanti rilievi di M. Papa, *Quale statuto condiviso per il concorso di persone nel reato?*, in www.disCrimen.it 1.12.2022, 20 ss.