

## **Sul principio di offensività come limite normativo al concorso di persone nel reato**

di **Piergiorgio Gualtieri** (Dottorando di ricerca in Diritto penale presso l'Università degli Studi "Roma Tre")

*Secondo la Procura di Milano, una volta interpretata in senso restrittivo l'agevolazione «in qualsiasi modo» del suicidio, le condotte meramente preparatorie non potrebbero essere qualificate come frammenti di un'offesa tipica realizzata dal contributo di una pluralità di soggetti, proprio perché, sul punto, tra il principio di offensività dell'illecito penale e la disciplina italiana del concorso di più persone nel reato vi sarebbe una relazione di incompatibilità. Il saggio cercherà di analizzare nel dettaglio la proposta interpretativa dei pubblici ministeri nel più ampio contesto di un approccio sistematico, a ben vedere del tutto assente nella richiesta di archiviazione*

*The relationship between the offence principle and the Italian rules on the complicity, according to the Milan Public Prosecutor's Office, is based on functional incompatibility because otherwise the preparatory act of the suicide aid would be punished. The essay will try to analyze the interpretation of the public prosecutors in the broader context of a systematic approach.*

**Sommario:** **1.** L'incompatibilità tra il principio di necessaria offensività dell'illecito penale e la disciplina del concorso eventuale nel delitto di istigazione o aiuto al suicidio nella richiesta di archiviazione della Procura di Milano – **2.** Difficoltà sistematiche – **3.** Tipicità e specialità delle norme sul concorso di più persone nel reato – **3.1.** Dal concorso di più persone nel reato al concorso di più persone in un'offesa tipica – **3.2.** La rilevanza delle condotte preparatorie nel sistema italiano del concorso di persone – **4.** «Fatto» e «condotta» nella struttura del c.d. reato impossibile e del concorso di «minima importanza» – **5.** Conclusioni

### **1. L'incompatibilità tra il principio di necessaria offensività dell'illecito penale e la disciplina del concorso eventuale nel delitto di istigazione o aiuto al suicidio nella richiesta di archiviazione della Procura di Milano**

La disciplina italiana del concorso di più persone nel medesimo reato – secondo la definizione testuale ricavabile dall'art. 110 c.p. – reinterpretata dalla dottrina più attenta come ipotesi di concorso in una medesima offesa

tipica<sup>1</sup>, rappresenta, forse, lo snodo più interessante di una serie, particolarmente ampia, di proposte interpretative che si registrano ormai da alcuni anni. Ultima e non per importanza, quella della Procura di Milano sulla relazione sistematica tra il principio di necessaria offensività e le norme sul concorso di persone nell’ambito della vicenda che ha coinvolto Marco Cappato nell’aiuto al suicidio di Fabiano Antoniani.

L’impostazione teorica si presenta, a prima vista, a dir poco originale perché, una volta (re)interpretato l’enunciato normativo della fattispecie incriminatrice di istigazione o aiuto al suicidio, nella parte in cui sottopone a pena chiunque agevola in qualsiasi modo l’esecuzione dell’atto suicidario, in senso restrittivo rispetto al prevalente orientamento della giurisprudenza di legittimità che ne offre una lettura estensiva e particolarmente lata in modo da abbracciare qualsiasi condotta causalmente connessa con l’atto suicida<sup>2</sup>, postula una autentica incompatibilità tra la disciplina del concorso di persone nel reato e l’art. 580 in relazione a tutte quelle condotte meramente preparatorie – così definite perché si pongono in un momento logicamente antecedente alla fase esecutiva dell’aiuto al suicidio che, secondo la proposta interpretativa in esame, dovrebbe essere individuata, nel caso di specie, con l’inserimento nel sondino della sostanza mortale<sup>3</sup> – ed in quanto tali inidonee a cagionare un’offesa penalmente rilevante, più precisamente incapaci di ledere – o di ledere solo marginalmente – l’interesse tutelato dall’art. 580.

La nuova<sup>4</sup> fattispecie di aiuto al suicidio, in altre parole, circoscrivendo la condotta agevolatoria alla sola fase esecutiva e “finale” in senso stretto, implicherebbe, in via diretta, l’irrelevanza penale delle condotte preparatorie, meramente strumentali e temporalmente prossime alla fase esecutiva quali, ad esempio, il trasporto in macchina da un luogo all’altro ovvero l’assistenza e la

---

<sup>1</sup> M. GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. II, Giappichelli, 2015, pp. 120-121. Per alcune interessanti osservazioni sulla sistematica delle forme di manifestazione del reato nell’ambito dei principi costituzionali che disciplinano il diritto penale italiano cfr. L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, Giuffrè, 2001, p. 41 sgg..

<sup>2</sup> Procura di Milano, Richiesta di archiviazione, 2 maggio 2017, p. 7.

<sup>3</sup> Procura di Milano, Richiesta di archiviazione, cit., p. 8.

<sup>4</sup> Non è possibile affrontare nel dettaglio la questione, di rilievo sistematico, se la proposta della Procura di Milano assuma, dal punto di vista teorico-generale, l’aspetto di una “semplice” scelta interpretativa o, piuttosto, di una “autentica” creazione di una norma nuova. Sui diversi momenti che caratterizzano l’attività interpretativa per ricavare dalle disposizioni una o più norme espresse o creativa di norme implicite cfr. P. CHIASSONI, *Tecnica dell’interpretazione giuridica*, Il Mulino, 2007, cap. II; E. DICHIOTTI, *L’individuazione di norme espresse e inesprese tramite l’interpretazione teleologica della legge*, in *Analisi e diritto*, Marcial Pons, 2013, p. 249 sgg.; R. GUASTINI, *Produzione di norme a mezzo di norme*, in *Informatica e diritto*, 1985, 11, p. 8 sgg.; G. PINO, *Interpretazione cognitiva, interpretazione decisoria, interpretazione creativa*, in *Riv. fil. dir.*, 2013, 1, p. 77 sgg.; G.B. RATTI, *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, Giappichelli, 2008, pp. 221 sgg., 319 sgg..

partecipazione alle «cosiddette “prove” di suicidio» perché del tutto atipiche rispetto al nuovo modello di comportamento disciplinato all’art. 580 e, indirettamente, l’impossibilità di qualificare queste condotte preparatorie come elementi costitutivi di una nuova fattispecie incriminatrice implicitamente ricavabile per via inferenziale da una interpretazione sistematica degli artt. 110 ss. con la singola norma di parte speciale proprio perché il principio di offensività imporrebbe di escludere l’applicabilità dell’istituto concorsuale a questa specifica fattispecie, altrimenti sanzionando condotte che si collocano in una fase molto distante da quella effettivamente lesiva del bene giuridico protetto<sup>5</sup>: l’aiuto al suicidio, secondo la Procura di Milano, infatti, sarebbe strutturato come una forma di concorso nel fatto lesivo – il suicidio altrui – e non costituirebbe pertanto lesione diretta del bene giuridico tutelato (la vita)<sup>6</sup>.

La Corte costituzionale, come noto, ha rinviato la trattazione della questione di legittimità dell’art. 580 c.p. all’udienza del 24 settembre 2019 per consentire al Parlamento di intervenire con un’appropriata disciplina in relazione ad un assetto normativo, quello attuale sul “fine vita”, che lascia prive di adeguata tutela determinate situazioni meritevoli di protezione e da bilanciare con altri beni costituzionalmente rilevanti<sup>7</sup>. Da più parti si riteneva però che la questione potesse agevolmente risolversi per via interpretativa, proprio attribuendo rilevanza centrale al principio di necessaria offensività, senza giungere a dichiarare la norma costituzionalmente illegittima nella parte relativa alle condotte di mero aiuto materiale.

## 2. Difficoltà sistematiche

I profili critici sono diversi e spaziano trasversalmente da questioni legate alla struttura interna della richiesta di archiviazione per concludere con una proposta interpretativa da cui discende, a ben vedere, una profonda incoerenza del sistema, almeno dal punto di vista del diritto penale sostanziale. Anzitutto, se lo scopo generale della motivazione – si badi, di qualsiasi motivazione, indipendentemente dall’esistenza di un autentico obbligo giuridico sottoposto a sanzione in caso di relativa inosservanza – risponde alla necessità di garantire trasparenza e controllo dell’argomentazione perché, come è stato efficacemente sottolineato, sia pure in relazione alla sentenza giudiziale, i motivi funzionano come «*essai de persuasion*»<sup>8</sup>, tutto può dirsi tranne che dalla richiesta di archiviazione si possa realmente comprendere la portata

<sup>5</sup> Procura di Milano, Richiesta di archiviazione, cit., p. 8.

<sup>6</sup> Per più ampie considerazioni critiche sul punto cfr. A. MASSARO, *Il “caso Cappato” di fronte al Giudice delle Leggi: illegittimità costituzionale dell’aiuto al suicidio?*, in *Dir. pen. cont.*, 14 giugno 2018, pp. 21-23.

<sup>7</sup> Corte cost., 16 novembre 2018 (ud. 23 ottobre 2018) n. 207.

<sup>8</sup> F. CORDERO, *Stilus curiae (Analisi della sentenza penale)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 1, p. 26.

sistematica di questa presunta incompatibilità tra il principio di offensività e gli artt. 110 ss. alla stregua dell’attuale diritto positivo, trascurando del tutto l’ambito applicativo e, per così dire, strutturale della disciplina italiana del concorso di più persone nel reato. Se, come emerge dall’analisi sistematica delle disposizioni generali, l’elemento costitutivo della disciplina del concorso di più persone nel reato è rappresentato da qualsiasi contributo all’offesa tipica “circostanziato” dalla consapevolezza che l’altrui comportamento, insieme al proprio, contribuisca a porre in essere una lesione penalmente rilevante<sup>9</sup>, qualora si decidesse di fare perno sulla necessaria offensività dell’atto «atipico» di partecipazione per selezionare a monte i contributi concorsuali tipici e come parametro di legittimità, se ne dovrebbe ricavare, per coerenza, l’incostituzionalità, se non di tutta, quantomeno di buona parte<sup>10</sup> della disciplina italiana di cui agli artt. 110 ss. dal momento che, si ripete, alla stregua dell’attuale diritto positivo, anche le condotte meramente preparatorie risultano penalmente rilevanti in ipotesi di realizzazione concorsuale di un’offesa tipica, anche solo tentata, almeno per quanto riguarda il versante oggettivo della fattispecie incriminatrice, a sua volta speciale<sup>11</sup> rispetto alla corrispondente figura monosoggettiva. Muovendo da queste premesse, allora, l’intervento della Corte costituzionale dovrebbe condurre a invalidare (anche) quelle norme sul concorso di persone che qualificano come elementi di fattispecie<sup>12</sup> condotte che, singolarmente considerate, non assumerebbero neanche la dignità di atti costitutivi di una autonoma fattispecie di tentativo secondo i requisiti strutturali di cui all’art. 56 c.p., e cioè condotte sostanzialmente inidonee a costituire un pericolo attuale e concreto di un’offesa ingiusta.

In secondo luogo, l’interferenza tra il principio di necessaria offensività e la disciplina del concorso di persone, sempre dall’angolo visuale della Procura di Milano, risente della atavica ritrosia della giurisprudenza ad indagare analiticamente lo statuto normativo del principio di offensività per come disciplinato all’art. 49, secondo comma – dai più identificato come la base normativa e quindi come la “fonte” della necessaria offensività dell’illecito

---

<sup>9</sup> M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Giuffrè, 1957, p. 123.

<sup>10</sup> Così A. MASSARO, *Il “caso Cappato” di fronte al Giudice delle Leggi*, cit., p. 23.

<sup>11</sup> Sull’elemento specializzante come requisito negativo implicito della fattispecie generale, che postula l’esclusività del fatto dal punto di vista della disciplina applicabile, cfr., per tutti, M. TRAPANI, *La divergenza tra il “voluto” e il “realizzato”*, vol. I, Giappichelli, 2006, p. 221 sgg..

<sup>12</sup> Come sottolineato dallo stesso M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, cit., pp. 9, 26, al quale viene attribuita la paternità della distinzione, la presenza degli artt. 111, 112, 114 e 115, ad esempio, può creare qualche difficoltà nel separare analiticamente una funzione incriminatrice *ex novo* da una funzione di disciplina delle norme sul concorso di persone nel reato.

penale<sup>13</sup>, sia pure di rango ordinario – posto che interrogarsi sulla figura di qualificazione del c.d. reato impossibile e sulla relativa struttura, se riferita anzitutto alla sola condotta o piuttosto all’intero fatto al completo di tutti i suoi elementi essenziali, oggettivi e soggettivi, lungi dall’assumere i tratti del mero dogmatismo, presenta conseguenze di notevole rilievo sul piano applicativo<sup>14</sup>. Se, come sembra emergere da una interpretazione sistematica delle disposizioni sul concorso di persone, anche gli atti preparatori rientrano nella disciplina penalistica – è bene insistere, almeno sul piano della fattispecie oggettiva dell’illecito concorsuale – nel senso che rilevano condotte incapaci di ledere o mettere in pericolo l’interesse tutelato se prese nella loro individualità anziché come frammenti di un’unica offesa tipica, verrebbe da chiedersi inoltre come risolvere l’eventuale antinomia tra gli artt. 49, secondo comma e 114, qualora ovviamente si limitasse l’ambito applicativo della prima norma alla sola condotta, dal momento che entrambe le disposizioni offrirebbero per la medesima situazione uno spettro di disciplina dagli effetti reciprocamente incompatibili: la non punibilità da un lato – secondo l’*incipit* dell’art. 49, secondo comma – e la punibilità, sia pure attenuata, dall’altro. E non sembra possa esservi alcun dubbio che alle medesime conclusioni dovrebbero pervenire, per coerenza sistematica, anche quelle dottrine, piuttosto diffuse<sup>15</sup>, che elevano il nesso causale a requisito costitutivo di tipicità *ex artt.* 110 ss. dell’atto «originariamente atipico» di partecipazione – almeno laddove per «causalità» si intenda il rapporto di condizione tra un antecedente ed un susseguente e l’antecedente non rappresenti «*la*» condizione necessaria e sufficiente bensì «*una*» condizione fra le tante che cagionano un evento, indipendentemente da ulteriori specificazioni del tipo se “adeguata”, “pericolosa”, “significativa” o simili come dovrebbe ricavarsi da

<sup>13</sup> Da ultimo v. Corte cost., 20 maggio 2016 (ud. 9 marzo 2016) n. 109, par. 8.5.

<sup>14</sup> Sufficiente il richiamo alle diverse impostazioni in merito all’ambito applicativo del reato impossibile per l’inidoneità dell’azione di M. GALLO, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, in *Studi Urbinati*, 1951-52, p. 271 sgg. e di G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Giuffrè, 1965, p. 141 sgg. da un lato, e di coloro che riducono il concetto di «azione», nell’economia dell’art. 49, secondo comma, alla sola condotta come, ad esempio, G. LICCI, *Reato putativo e reato impossibile*, in *Commentario sistematico al codice penale*, vol. II, t. I, Bologna, 2011, p. 886 sgg.; F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, Giappichelli, 2017, pp. 464-465; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Giuffrè, 2004, pp. 510, 513, 516-517.

<sup>15</sup> Sul punto cfr. A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale*, Giappichelli, 2018, pp. 525, 527 sgg.; M. ROMANO – G. GRASSO, *Art. 110*, in *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Giuffrè, 2012, p. 174 sgg.; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2018, p. 489 sgg.; F.C. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Giappichelli, 2016, p. 493 sgg. (anche se l’A. sembra integrare il criterio del nesso causale con il requisito della significatività *ex post* del contributo in relazione a quelle forme di partecipazione che non influiscono su elementi essenziali o circostanziali del fatto); D. PULITANÒ, *Diritto penale. Parte generale*, Giappichelli, 2017, pp. 396-397.

una interpretazione sistematica degli artt. 40 e 41 – o che, per contro, sottolineano l’incapacità del criterio causale di presentarsi come elemento “differenziale” dell’illecito plurisoggettivo, spostando così il baricentro della tipicità concorsuale ora sulla categoria della «agevolazione»<sup>16</sup> ora sulla «strumentalità funzionale» dei contributi rispetto alla realizzazione del fatto<sup>17</sup>.

### 3. Tipicità e specialità delle norme sul concorso di più persone nel reato

Vediamo allora in che modo e perché le condotte preparatorie rientrano già nell’ambito di disciplina del concorso di persone nel reato, e soprattutto per quale motivo risulti giuridicamente inopportuno impostare la questione nel senso della non punibilità per l’inoffensività della singola condotta nell’ambito del concorso di persone, sempre tenendo conto del fatto che le risposte non possono che essere motivate sulla base di una visione sistematica del diritto positivo e non già sulla scorta di presunte teorie generali e che il ragionamento sviluppato nel testo ha come referente principale l’interpretazione restrittiva del requisito costitutivo del fatto tipico «agevolazione al suicidio» proposta dalla Procura di Milano.

Sappiamo infatti che – e semplificando oltre misura un argomento ben più complesso nella sua dimensione sistematica – la funzione incriminatrice *ex novo* degli artt. 110 ss. si traduce, sostanzialmente, nella creazione di un nuovo enunciato linguistico in grado di qualificare le condotte di coloro che concorrono nel medesimo reato. Dalla combinazione tra le norme generali sul concorso di più persone e le norme di parte speciale che descrivono illeciti penali in chiave monosoggettiva si ricavano, come norme implicite, ipotesi criminose in cui le condotte assumono la natura di elementi costitutivi di nuovi illeciti penali, in tutto e per tutto autonomi dalle rispettive norme-base e speciali rispetto a queste ultime. Nuovi illeciti speciali perché la realizzazione di una determinata offesa penalmente rilevante avviene non per opera di un solo soggetto bensì di una pluralità di persone, ciò che permette senz’altro di qualificare questi reati come illeciti che presentano, già sul piano eminentemente oggettivo, un elemento specializzante e aggiuntivo rispetto

<sup>16</sup> In generale cfr. F. ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, Giuffrè, 1984, p. 19 sgg.; ID., *Imputazione dell’evento e struttura obiettiva della partecipazione criminosa*, in *Ind. pen.*, 1977, p. 410 sgg.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, 2017, pp. 511-516. In posizione eclettica, nel senso che «per aversi concorso di persone nel reato occorre che il concorrente abbia posto in essere un contributo *necessario* (perché *condicio sine qua non*) o quanto meno *agevolatore* (nel senso di facilitare la realizzazione del reato)», F. MANTOVANI, *Suicidio assistito: aiuto al suicidio od omicidio del consenziente?*, in *Giust. pen.*, 2017, 1, p. 38 (corsivi originali) e la giurisprudenza costante della Corte di Cassazione.

<sup>17</sup> G. DE FRANCESCO, *Sul concorso di persone nel reato*, in *St. iur.*, 1998, pp. 734-735; A. DI MARTINO, *La pluralità soggettiva tipica. Una introduzione*, in *Ind. pen.*, 2001, 1, p. 141 sgg.; T. PADOVANI, *Plurisoggettività nel reato e come reato*, Pisa University Press, 2015, pp. 135 sgg., spec. 161 sgg..

alle fattispecie monosoggettive. Trattandosi di un illecito autonomo e speciale rispetto alla corrispondente figura monosoggettiva<sup>18</sup>, su un punto vi dovrebbe essere, almeno in teoria, un accordo o quantomeno una convergenza diffusa<sup>19</sup>: la «tipicità» della fattispecie pluri-soggettiva non può che basarsi, per coerenza sistematica, su presupposti necessariamente diversi rispetto alla «tipicità» di un reato o di una fattispecie monosoggettiva proprio perché, come è stato sottolineato con notevole rigore sistematico anche sulla scorta di un apparato concettuale di teoria generale del diritto particolarmente ampio, la funzione, per così dire, tipica e costante dell'elemento specializzante è quella di limitare la fattispecie principale<sup>20</sup> e di sottrarre definitivamente le ipotesi descritte dalla norma speciale dall'ambito applicativo di quella generale: «una volta riconosciuto, per definizione, che la norma generale è astrattamente riferibile a ciò, e solo a ciò, che già non ricada sotto la norma speciale, e viceversa», coerenza sistematica vorrebbe che «l'integrazione del fatto previsto dalla norma speciale» risulti «incompatibile con la contemporanea integrazione del fatto previsto dalla norma generale» nel senso che gli elementi specializzanti – è questa la fondamentale caratteristica – modificano i fatti tipici, presentandosi le due fattispecie reali, quella generale e quella speciale, profondamente diverse, appunto, già sul piano eminentemente strutturale<sup>21</sup>. Conseguenza immediata della natura di norme speciali degli artt. 110 ss., sembra allora l'esigenza di discutere la tipicità dell'atto di partecipazione concorsuale

---

<sup>18</sup> L'orientamento attualmente maggioritario considera infatti l'art. 580 un illecito monosoggettivo. Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Delitti contro la persona*, Cedam, 2016, p. 133. Parla, viceversa, a proposito della struttura oggettiva del delitto di istigazione o aiuto al suicidio, di fattispecie pluri-soggettiva imperfetta, L. MASERA, *Delitti contro la vita*, in *Trattato Teorico-Pratico di Diritto Penale*, Giappichelli, 2015, p. 51.

<sup>19</sup> Alcuni dubbi sono stati sollevati per quanto riguarda lo spettro di disciplina del concorso di persone in un reato proprio, all'interno del quale, secondo una particolare tesi dogmatica, la nuova tipicità pluri-soggettiva dovrebbe tenere in considerazione la fattispecie tipica (monosoggettiva) «per risolvere il problema del ruolo del concorrente intraneo in ambito concorsuale»: M. PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio*, Giuffrè, 2004, p. 282.

<sup>20</sup> A. FIORELLA, *L'errore sugli elementi differenziali del reato*, Tipografica San Paolo, 1979, p. 30; M. TRAPANI, *La divergenza tra il “voluto” e il “realizzato”*, cit., p. 224.

<sup>21</sup> M. TRAPANI, *La divergenza tra il “voluto” e il “realizzato”*, cit., pp. 224-227. In un senso diverso, ma con argomentazioni poco plausibili già sul piano della teoria delle norme, cfr. G. DE FRANCESCO, *Lex specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, Giuffrè, 1980, p. 141 sgg. e, di recente, ID., *Riciclaggio ed autoriciclaggio: dai rapporti tra le fattispecie ai problemi di concorso nel reato*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 7, p. 950; ID., *Strutture normative e dinamiche dell'errore nello specchio degli elementi differenziali del reato*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. II, Jovene, 2011, p. 850. Per la teoria generale del diritto, nel senso che «L'aggiunta della clausola di eccezione o esclusione altera la struttura logica della norma originaria», cfr. R. GUASTINI, *Produzione di norme*, cit., p. 16; ID., *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, 1990, p. 156.

insistendo proprio sugli elementi costitutivi della fattispecie plurisoggettiva eventuale evitando con ciò di tirare in ballo argomenti legati alla tipicità degli atti posti in essere alla stregua, però, della corrispondente figura monosoggettiva. D’altro canto, come da sempre è stato rimarcato, «tipicità» è un concetto di relazione: nel sistema italiano, una condotta umana e un fatto umano risultano tipici, dal punto di vista della disciplina penalistica, in relazione al complesso delle norme che convergono a qualificare il fatto medesimo e definire «tipico» un certo atto o fatto significa, prima di tutto, affermare la sua conformità ad un modello normativo<sup>22</sup> e cioè, in prima battuta, ribadirlo conforme ad un modello che descrive, sia pure implicitamente tramite un meccanismo di derivazione inferenziale simile a quello posto dagli artt. 40, secondo comma<sup>23</sup>, 56 e 110 ss., un particolare schema di illecito penale, con tutte le peculiarità che una simile qualificazione normativa si porta dietro. E la tipicità di una condotta “circostanziata”, sul piano oggettivo, dal numero delle persone e, sul piano soggettivo, dalla consapevolezza di agire con altri<sup>24</sup>, non può non risultare incompatibile con la *contestuale* tipicità monosoggettiva e cioè con la contestuale corrispondenza della condotta interessata rispetto ad una fattispecie monosoggettiva proprio perché il complesso normativo in funzione dell’applicazione di un certo tipo di disciplina risulta comunque diverso per i due schemi di qualificazione.

### 3.1. Dal concorso di più persone nel reato al concorso di più persone in un’offesa tipica

Il risultato di una interpretazione sistematica della disciplina del concorso di più persone nel reato, per come strutturata nel codice penale italiano, dovrebbe essere uno ed uno soltanto: è «tipico» alla stregua della fattispecie di nuova incriminazione ricavata per via implicita dalla combinazione degli artt. 110 ss. con le singole norme di parte speciale qualsiasi comportamento che contribuisca a cagionare un’offesa penalmente rilevante; necessitando, inoltre, la punibilità, ai sensi della disciplina concorsuale, della consapevolezza che l’altrui comportamento, insieme al proprio, contribuisca a porre in essere una lesione o messa in pericolo dell’interesse o degli interessi tutelati dalle norme penali, altrimenti assistendo ad una non punibilità o ad una punibilità sotto altri titoli ma non certo secondo la disciplina del concorso di persone.

Una simile conclusione risulta anzitutto confortata dalla circostanza per cui il nesso causale, spesso identificato come l’elemento che rende l’atto «originariamente atipico», appunto, tipico ai sensi del concorso di più persone

<sup>22</sup> M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, cit., p. 50; P. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Priulla, 1947, cap. I.

<sup>23</sup> Sulla fattispecie omissiva eventuale cfr. A. MASSARO, *La responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui*, Jovene, 2013, p. 238 sgg..

<sup>24</sup> M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, cit., p. 123.

nel reato, lungi dal presentarsi come requisito costante dell’atto di partecipazione e dunque come «il» requisito costitutivo per definizione della fattispecie concorsuale, assume i tratti di un elemento eventuale; di conseguenza edificare la tipicità plurisoggettiva dell’atto «originariamente atipico» di partecipazione su un *quid* non necessario risulta, ad una attenta valutazione sistematica, del tutto improprio se non addirittura inopportuno. Se definiamo “concettuale” ogni relazione che intercorra tra due (o più) concetti, tale che uno di essi non possa essere definito senza fare ricorso all’altro (o agli altri)<sup>25</sup>, ben può dirsi che, secondo una particolare interpretazione del complesso di disciplina del concorso di persone nel reato, non sussista alcuna relazione necessaria, i.e. concettuale, tra il criterio di tipicità basato sul nesso causale e l’atto «originariamente atipico». Sulla scorta delle più autorevoli osservazioni<sup>26</sup>, infatti, l’approccio dogmatico di tipo causale perde, inevitabilmente, ogni valenza euristica non appena l’interesse ricada sulla natura giuridica del secondo termine della relazione eziologica.

Anzitutto, si potrebbe ipotizzare un collegamento causale ai sensi degli artt. 40 e 41 tra la condotta e l’evento, ma l’assunto troverebbe un ostacolo particolarmente evidente qualora venisse ascritto al vocabolo «evento» il medesimo significato che oramai da tempo la dottrina e la giurisprudenza più diffuse ascrivono proprio all’evento di cui agli artt. 40 e 41, e cioè l’evento naturalistico: in questo modo si ridurrebbe il concorso di persone ad una forma di manifestazione che guarda solamente a quelle offese tipiche che presentano come requisito costitutivo di fattispecie un evento naturalistico. E la circostanza che se non la maggior parte, comunque una buona percentuale di illeciti penali risulta strutturata in chiave di fattispecie di mera condotta suggerisce inevitabilmente di impostare la questione, sia pure in breve, nell’ottica dell’interpretazione dell’evento nella relazione causale non già appunto come evento naturalistico quanto piuttosto come evento «giuridico» inteso come termine riassuntivo dell’intera offesa e dunque dell’intero fatto di reato al completo dei requisiti costitutivi, oggettivi e soggettivi, e del suo disvalore.

A parte infatti l’esistenza di norme che, nella disciplina italiana del concorso di persone, sembrano fare riferimento, sul piano dei requisiti della fattispecie, ad un’offesa al completo dei suoi elementi costitutivi, come ad esempio in quella speciale<sup>27</sup> ipotesi di divergenza tra il voluto e il realizzato costituita

<sup>25</sup> Così R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, Giappichelli, 2014, p. 22.

<sup>26</sup> M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, cit., p. 18. Sul punto cfr. anche G. DE FRANCESCO, *Il concorso di persone e il dogma causale: rilievi critici e proposte alternative*, in *Cass. pen.*, 2012, 11, p. 3931 sgg..

<sup>27</sup> Rispetto all’art. 83. Alcuni dubbi sorgono, invece, per quanto riguarda le ipotesi di divergenza tra il voluto e il realizzato disciplinate agli artt. 47, secondo comma e 49, terzo comma. *Contra*, F.C. PALAZZO, «Voluto» e «realizzato» nell’errore sul fatto e nell’aberratio delicti, in *Arch. giur.*, 1973, p. 31, nota 9, secondo cui «La punibilità a

dall’art. 116, primo comma in cui l’espressione «reato diverso» allude in effetti ad un’offesa tipica posta in essere da almeno uno dei compartecipi ed in connessione causale, questa volta necessaria<sup>28</sup>, con la condotta del soggetto in «errore», non altrettanto può dirsi, in linea generale, argomentando dall’art. 112, ultimo comma che, come noto, introduce nel sistema una norma di fondamentale importanza per la comprensione della reale portata della fattispecie concorsuale, stabilendo, sia pure in relazione alle circostanze aggravanti di cui all’art. 112 nn. 1, 2 e 3 – ma con effetti indiretti sulla generale configurabilità di un illecito concorsuale – l’«esistenza» di un concorso di persone nel reato anche quando taluno dei partecipi al fatto non sia imputabile o non sia punibile. E dal momento che il significato, per così dire minimo, delle «cause di non punibilità» ascritto all’ultimo comma dell’art. 112 sembra alludere, per orientamento costante, quantomeno ad una ipotesi in cui uno dei concorrenti risulti sprovvisto dell’elemento soggettivo per dare origine ad una corrispondente responsabilità ai sensi del tipo di disciplina che discende da una imputazione per un illecito doloso, ecco allora come l’evento giuridico non possa rappresentare, sempre e comunque, un elemento costante e necessario della relazione causale, dal momento che, argomentando *a contrario* dall’art. 112, ultimo comma, la condotta di un concorrente potrà non avere come referente secondario nel rapporto causale, in qualità di “conseguenza”, un’offesa al completo dei suoi elementi costitutivi, oggettivi e soggettivi, e del suo disvalore proprio perché l’atto del concorrente potrà non essere sorretto dal relativo «dolo», mancando così, propriamente, un evento giuridico come conseguenza di una condotta antecedente.

Non rimangono infine molte parole per impostare un’analisi critica laddove si pretenda di elevare a secondo termine della relazione causale la condotta o le condotte dei compartecipi, sia perché, come è stato efficacemente sottolineato, nella «esecuzione frazionata» risulta particolarmente difficile ipotizzare quale possa essere il fattore condizionante e quale invece il risultato condizionato, sia perché nella c.d. accessorietà, interpretata come forma di partecipazione del contributo «originariamente atipico» del tutto eventuale, non è detto che la condotta del concorrente «atipico» si ponga sempre come un antecedente

---

titolo di dolo del reato diverso «s drammatizza» molto la delicatezza dell’indagine sulla diversità. Infatti, posto che vi sia il nesso causale fra l’azione e il reato diverso, quest’ultimo, sia diverso o sia identico, viene egualmente posto a carico dell’agente a titolo di dolo, salva solamente la diminuzione di pena, quando il reato diverso sia più grave di quello voluto». Per un “recupero” dell’ambito di applicazione degli artt. 47, secondo comma e 49, terzo comma nel concorso di più persone nel reato cfr. A. FIORELLA, *L’errore sugli elementi differenziali del reato*, cit., p. 87 sgg..

<sup>28</sup> Nell’economia dell’art. 116, primo comma, la necessità di una relazione causale quale elemento costitutivo oggettivo di fattispecie emerge, con evidenza, dall’enunciato stesso: «se l’evento è conseguenza della sua azione od omissione».

causale dell'altra o delle altre condotte tipiche, ben potendo, invece, seguire logicamente e temporalmente queste ultime<sup>29</sup>.

In quest'ottica, dunque, qualsiasi contributo<sup>30</sup> ad un'offesa penalmente rilevante risulta tipico, almeno dal punto di vista della fattispecie oggettiva, alla stregua della disciplina del concorso di più persone nel reato proprio perché è dall'insieme dei contributi di una pluralità di soggetti che si realizza l'intera ed unica offesa tipica. Eventuali limiti normativi potranno discendere – oltre che dalla presenza di limiti ai criteri generali di imputazione di un'offesa – ad esempio dalla mancanza dell'elemento “circostanziale” specializzante del concorso di persone, e cioè la consapevolezza che l'altrui comportamento insieme al proprio contribuisca alla lesione o messa in pericolo dell'interesse o degli interessi tutelati, ovvero dal limite che discende da una divergenza tra il voluto e il realizzato<sup>31</sup>, per passare, inoltre, alle diverse situazioni di “non punibilità” per come ricavate implicitamente dall'art. 112, ultimo comma, che, secondo una corretta interpretazione sistematica, non potrebbero essere ridotte, a loro volta, alla sola mancanza dell'elemento soggettivo.

### **3.2. La rilevanza delle condotte preparatorie nel sistema italiano del concorso di persone**

Se dunque si partecipa ad un'offesa tipica apportando un qualsiasi contributo che può assumere le modalità più diverse, è possibile ricavare una conferma della incriminazione a titolo di concorso anche di condotte preparatorie, espressamente, dall'art. 114, norma di fondamentale importanza nella

<sup>29</sup> Sul punto cfr. A.R. LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, Morano, 1964, p. 20 sgg..

<sup>30</sup> In una posizione particolare v. A. PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, Giuffrè, 1966, cap. I; ID., *Principi di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2003, pp. 554-564.

<sup>31</sup> L'esempio più calzante e allo stesso tempo esplicativo può darsi pensando al caso in cui al posto di Marco Cappato fosse stato un terzo a trasportare in macchina Fabiano Antoniani, del tutto ignaro della volontà di quest'ultimo. Dal punto di vista della fattispecie oggettiva della norma concorsuale incriminatrice *ex novo*, per come ricavata dalla combinazione tra gli artt. 110 e 580 (sempre nell'ottica dell'interpretazione restrittiva del concetto di «agevolazione» proposta dalla Procura di Milano), è indubbio che il terzo abbia contribuito ad un'offesa tipica – quella appunto *ex artt. 110 sgg. e 580* – ma il limite normativo alla sua punibilità non può che discendere da una situazione tipica di errore sul fatto secondo quanto dispone l'art. 47, primo comma, nel senso che, pur dando vita, oggettivamente, ad un contributo concorsuale, dall'angolo visuale dell'elemento soggettivo, il terzo, volendo un fatto penalmente lecito e quindi agendo per un fine lecito, non risponderà a titolo di concorso proprio perché, come è stato efficacemente sottolineato, *ex art. 47, primo comma*, anche l'elemento soggettivo di un concorrente è, per l'altro partecipe, un “fatto” (M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, cit., p. 100, che richiama, a tale proposito, R.A. Frosali).

ricostruzione sistematica dell'atto di partecipazione concorsuale ad un'offesa tipica, dal momento che non individua solo gli elementi di una circostanza attenuante nell'ambito dell'illecito plurisoggettivo ma, soprattutto, intaccando quella netta distinzione dogmatica che spesso qualifica la duplice funzione delle norme generali sul concorso di persone nel reato, quella incriminatrice *ex novo* e quella di disciplina, pone un elemento di fattispecie, nel senso che, indirettamente, suggerisce di considerare come requisiti costitutivi della fattispecie plurisoggettiva eventuale anche le condotte che, ad una valutazione *ex post*, abbiano avuto minima importanza nella preparazione o nella esecuzione del reato. In altre parole, dall'angolo visuale degli effetti di nuova incriminazione, l'art. 114 si innesta sull'art. 110 qualificando, indirettamente, anche quelle condotte che, singolarmente considerate, non assumerebbero neanche la dignità di atti costitutivi di una autonoma fattispecie di tentativo secondo i requisiti strutturali di cui all'art. 56 – almeno laddove si ritenga di legittimare, dal punto di vista semantico prima ancora che giuridico, la distinzione tra atti esecutivi e preparatori ai sensi della norma sul delitto tentato, rispettivamente, sulla presenza o sulla mancanza degli elementi costitutivi della «idoneità» e «direzione non equivoca» degli atti<sup>32</sup> – posto che la «preparazione» del reato di cui parla l'art. 114, nonostante la genericità del vocabolo «reato», sembra contemplare come secondo termine della relazione anche l'ipotesi di un'offesa rimasta, nel suo complesso, alla fase del tentativo. Se argomentiamo nel senso che, in questi casi, l'idoneità e la direzione non equivoca non debbono qualificare le condotte di tutti i concorrenti, e cioè che l'idoneità e la direzione non equivoca devono risultare dall'intera vicenda concorsuale<sup>33</sup>, emerge chiaramente per quale motivo dall'art. 114 discendano effetti “integrativi” della funzione di incriminazione *ex novo*, o comunque di specificazione delle condotte incriminate, dovendo l'interprete considerare di «minima importanza» non già quelle condotte preparatorie «fungibili» o «sostituibili»<sup>34</sup>, come ad esempio, nel caso di specie, il trasporto in macchina

<sup>32</sup> Nel senso che gli atti preparatori irrilevanti ai sensi dell'art. 56 siano quelli idonei (perché capaci di porsi, con efficacia condizionante, «nella serie causale che avrebbe condotto alla realizzazione del delitto») ma privi di univocità, M. GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. II, cit., p. 73. Sul punto v. anche G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 465 sgg..

<sup>33</sup> In una prospettiva diversa v. L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, cit., p. 271. *Contra*, G. FLORA, *Il ravvedimento del concorrente*, Cedam, 1984, pp. 34-35, sulla base della considerazione che, nel concorso di più persone nel reato, il «fatto collettivo» rappresenta l'oggetto della qualifica normativa della «idoneità» e della «direzione non equivoca» ex art. 56, nel senso che il singolo contributo deve dispiegare efficacia, al momento dell'interruzione dell'*iter criminis*, «o in ordine alla idoneità o in ordine alla univocità del fatto complessivamente considerato».

<sup>34</sup> F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2003, p. 574. Nel senso, viceversa, che il criterio della fungibilità, se valutato in astratto, non avrebbe

di Fabiano Antoniani da una località all'altra, o quelle che (di)mostrano una minore pericolosità del compartecipe, quanto piuttosto l'opera prestata dal concorrente che, ad una valutazione *ex post*, abbia oggettivamente avuto minima importanza, anziché nell'*an* dell'illecito, in relazione alle concrete modalità dell'offesa posta in essere<sup>35</sup> e che, di regola, possono anche presentarsi come contributi che, strutturalmente, non ripetono le qualifiche oggettive della idoneità – intesa come pericolosità attuale della condotta tenuto conto di tutte le circostanze che caratterizzano il caso concreto<sup>36</sup> – e della direzione non equivoca.

In questo contesto sistematico, gli artt. 114 e 115, ad esempio, giocano un ruolo fondamentale per la comprensione dell'ambito applicativo della «disciplina incriminatrice» delle norme sul concorso di persone nel reato perché, come tutte le altre disposizioni che descrivono elementi di fattispecie, rappresentano autentici frammenti della norma concorsuale «reale»<sup>37</sup> che specializzano, sia in positivo che in negativo, i modelli di condotta penalmente rilevante. E dall'art. 115, nonostante una tesi interpretativa particolarmente diffusa nel panorama italiano che ascrive alla disposizione ora un significato

---

una reale portata applicativa «in quanto si può sostituire l'opera di qualsiasi concorrente», mentre se «inteso in concreto è di impossibile accertamento, in quanto non è possibile sapere se in concreto un ausiliatore poteva essere sostituito da un altro», M. GALLO, *Le forme del reato*, Clut, 1974, p. 133. Per ulteriori considerazioni critiche v. O. VANNINI, *Quid iuris? In tema di concorso di persone nel reato*, vol. VIII, Giuffrè, 1952, p. 98, ad avviso del quale la tesi di Antolisei non sarebbe altro che un rivestimento in forma diversa della sua interpretazione dell'art. 114 come schema normativo in grado di qualificare la c.d. partecipazione secondaria.

<sup>35</sup> M. GALLO, *Le forme del reato*, cit., p. 133. Sul punto cfr. R. GUERRINI, *Il contributo concorsuale di minima importanza*, Giuffrè, 1997, capp. I, II.

<sup>36</sup> In generale, sul momento e sulla base del giudizio oggettivo di idoneità della condotta nel delitto tentato, cfr., a vario titolo e con differenti interpretazioni, G. DE FRANCESCO, *Diritto penale*, vol. II, Giappichelli, 2013, pp. 97-99; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014, p. 486; M. GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. II, cit., pp. 53-56; I. GIACONA, *Il concetto d'idoneità nella struttura del delitto tentato*, Giappichelli, 2000, p. 213 sgg.; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 470 sgg.; G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 4, pp. 1224-1225.

<sup>37</sup> Non perché “autentica” o “vera” alla stregua di un modello naturalistico assoluto ma nel senso di norma, e dunque disciplina, “reale” perché ricavata per via di «interpretazione sistematica»: la «tipicità» penale di un fatto, intesa come concetto di relazione e come termine riassuntivo del complesso di disciplina che qualifica il “dover essere” di un particolare accadimento, si pone come la risultante di tutte quelle norme, espresse o implicite, che convergono a qualificare un fatto, sia in positivo sia in negativo. Con la consueta chiarezza cfr. M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Giuffrè, 1951, pp. 18-19; P. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, cit., p. 13 sgg..

di limite al tentativo di concorso<sup>38</sup> ora invece quello di principio generale – espresso o implicito all’ordinamento specie se valutato alla stregua del principio di esecutività del reato – di non punibilità degli atti meramente preparatori<sup>39</sup> e trasversale al sistema penale italiano, si ricava che laddove venga cagionata un’offesa tipica anche solo nella forma del delitto tentato, rientrano nello schema di qualificazione dell’illecito concorsuale come elementi costitutivi, quantomeno in relazione alla fattispecie oggettiva, anche quelle condotte che singolarmente considerate non assumerebbero, di regola, la rilevanza giuridica di atti di tentativo.

La funzione dell’art. 115 è nella sostanza duplice: da un lato, sottolinea la necessità di un’offesa tipica al completo degli elementi costitutivi quale risultato complessivo dei contributi più vari di una pluralità di soggetti ai fini della punibilità, sempre a titolo di concorso, di condotte atipiche alla stregua della singola norma incriminatrice, integrando così, sia pure in negativo, l’art. 110 e, in secondo luogo, ribadisce che, ai sensi della normativa italiana sul concorso di persone, rilevano condotte che possono qualificarsi come non idonee e non dirette in modo non equivoco a commettere un delitto secondo quanto sarebbe invece necessario per l’esistenza di una autonoma fattispecie di tentativo. In una prospettiva metodologica di tipo sistematico che tenga conto della relazione strutturale tra le norme e soprattutto della specialità del concorso di persone nel reato – nel senso della esclusività del tipo di disciplina applicabile e corrispondente ad una particolare norma «speciale» – la funzione incriminatrice degli artt. 110 ss. emerge quindi con particolare vigore nel momento in cui si ponga mente proprio a quelle condotte sostanzialmente inidonee di per sé a costituire un pericolo attuale e concreto di un’offesa tipica<sup>40</sup>.

Chiara riprova del fatto che la norma sull’accordo per commettere un reato e sulla istigazione non rappresenta certo un limite, esterno o interno, all’art. 56

---

<sup>38</sup> M. ROMANO – G. GRASSO, *Art. 115*, in *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, cit., pp. 257-258; T. PADOVANI, *Plurisoggettività nel reato e come reato*, cit., p. 139.

<sup>39</sup> B. PETROCELLI, *Il delitto tentato*, Cedam, 1955, pp. 76-77. Pur riconoscendo l’esistenza di un principio generale di non punibilità degli atti preparatori e riservando l’art. 115 «ai soli atti di accordo e di istigazione che non costituiscono da sé soli inizio della commissione del reato», A.R. LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, cit., pp. 16 sgg., 24 sgg., 53-60, 67-68, ascrive all’art. 115 il significato di norma eccezionale «perché deroga al principio generale della assoluta irrilevanza giuridico-penale degli atti di semplice preparazione dato che prevede la possibilità di applicare una misura di sicurezza per il solo fatto dell’accordo o della istigazione» (*Id.* p. 25).

<sup>40</sup> Nel senso che l’elemento costitutivo «idoneità» nel tentativo rappresenta non già un requisito causale quanto piuttosto un momento che qualifica una situazione di pericolo, G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 484 sgg.; M. ROMANO, *Art. 56*, in *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, cit., p. 591.

proprio perché, come è stato efficacemente sottolineato, non sottrae al delitto tentato condotte che, altrimenti, ne avrebbero costituito possibile realizzazione<sup>41</sup> e, soprattutto, conferma quanto emerge da una interpretazione sistematica delle disposizioni generali e cioè che nel sistema penale italiano non è concepibile un concorso di persone se non si verifica, almeno nelle forme del delitto tentato, un’offesa tipica al completo dei suoi requisiti oggettivi e soggettivi; qualora poi sussistano gli estremi di un «reato» anche solo tentato in relazione al delitto avuto di mira, ne rilevano come suoi elementi costitutivi condotte sostanzialmente inidonee e prive del requisito della direzione non equivoca che mai rientrerebbero nell’ambito applicativo dell’art. 56 e dunque incapaci di ledere gli interessi tutelati se considerate nella loro individualità e non come frammenti di una modalità di offesa circostanziata e specializzata, nella struttura oggettiva, dal numero delle persone, salvo che la legge non disponga diversamente secondo quanto suggerisce la clausola negativa espressa contenuta nell’art. 115, primo comma<sup>42</sup>, le cui deroghe alla non punibilità di atti «originariamente atipici» in mancanza di un’offesa rappresentano, in un determinato momento storico, fattispecie incriminatrici poste a tutela di interessi ritenuti «fondamentali» e per questo meritevoli di autonoma considerazione sul piano politico prima ancora che giuridico.

Nel sistema penale italiano degli illeciti concorsuali – detto altrimenti e semplificando per ragioni di economia un argomento ben più complesso – indipendentemente dalla questione interpretativa sulla attualità o meno della distinzione tra atti esecutivi e preparatori e della sua eventuale rilevanza ai sensi dell’art. 56, l’idoneità e la direzione non equivoca non sembrano qualificare la struttura minima dell’atto di partecipazione concorsuale, a differenza invece di quanto sostenuto da una particolare tesi interpretativa che, proprio in relazione a quella particolare forma di partecipazione denominata “concorso morale”, presuppone, a rigore, la necessità di valutare il contributo “morale”, appunto, secondo i due criteri di rilevanza del tentativo e cioè l’idoneità e la direzione non equivoca degli atti<sup>43</sup>. Ora, nonostante una simile proposta interpretativa sottenda esigenze sostanziali di «giustizia» e di «ragionevolezza» del contenuto delle norme penali incriminatrici, non sembra tuttavia possa essere accolta in considerazione dell’attuale sistema giuridico italiano. Anzitutto perché – e tralasciando l’analisi di un dato normativo da cui discende una conseguenza della massima importanza teorica e pratica anche

<sup>41</sup> M. GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. II, cit., p. 71.

<sup>42</sup> Sulle “effettive” deroghe all’art. 115 cfr. i rilievi particolarmente interessanti di G. DE VERO, *Tutela penale dell’ordine pubblico*, Giuffrè, 1988, pp. 182-183; L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, cit., p. 241 sgg. e nota 63.

<sup>43</sup> M. RONCO, *Le interazioni psichiche nel diritto penale: in particolare sul concorso psichico* (2004), in *Scritti patavini*, Giappichelli, 2017, pp. 1102-1110.

per il tema affrontato e cioè la relazione di autentica incompatibilità strutturale che intercorre tra il delitto tentato e il delitto consumato ai sensi della clausola negativa esplicita contenuta nell’art. 56, primo comma<sup>44</sup> – in questo modo, si ragionerebbe solo ed esclusivamente sul piano dei delitti e non anche degli illeciti plurisoggettivi contravvenzionali, con la conseguenza di offrire, viceversa, uno spettro di disciplina più severo per il concorso di persone in una contravvenzione e cioè per situazioni di regola contrassegnate da un «trattamento più mite»<sup>45</sup> rispetto a reati più gravi (i delitti), ampliando in questo modo l’ambito applicativo dell’art. 110 – perché l’atto «originariamente atipico» di partecipazione non potrebbe ripetere sul piano strutturale le qualifiche della idoneità e della direzione non equivoca – e, in secondo luogo, perché significherebbe delimitare la rilevanza penale delle c.d. interazioni psichiche, idonee e dirette in modo non equivoco, alle sole condotte «dolose» creando così una disparità di trattamento difficilmente giustificabile ai sensi dell’art. 3, primo comma Cost. rispetto quantomeno ai delitti «colposi», in relazione ai quali, per prima cosa, risulta comunemente esclusa la possibilità di configurare il tentativo non già come modalità concreta di offesa quanto piuttosto come “tipo” o “modello” astratto di illecito e, soprattutto, perché la cooperazione colposa presuppone e disciplina condotte che possono a loro volta qualificarsi, normativamente, come di «determinazione colposa», la cui esistenza sembra in qualche modo confermata da una interpretazione sistematica del diritto positivo: sia dal capoverso<sup>46</sup> dell’art. 113 che, in tema di circostanze, rimanda alle disposizioni degli artt. 111 e 112, primo comma, nn. 3 e 4, sia perché la rilevanza del modello concorsuale delle c.d. interazioni psichiche «colpose», con la possibilità di applicare gli aggravamenti di pena di cui all’art. 113, secondo comma, anche a condotte prive dei requisiti strutturali del delitto tentato, emerge inoltre da un caso peculiare di *aberratio delicti concorsuale* laddove però, a differenza di quanto richiesto dall’art. 116, primo comma – in cui la volizione del fatto diverso rappresenta comunque un elemento costitutivo di fattispecie per l’applicazione della relativa norma al concorrente in errore – nessuno dei partecipi, pur agendo per un fine penalmente illecito, abbia voluto il fatto realizzato trovandosi, di conseguenza, tutti i concorrenti in una vera e propria situazione di «errore» sul fatto; essendo comunemente ammessa in

<sup>44</sup> M. GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, Giappichelli, 2014, p. 158. Sulle conseguenze in ordine alla struttura del fatto tipico base che discendono da una relazione di incompatibilità tra norme cfr. A. FIORELLA, *L’errore sugli elementi differenziali del reato*, cit., p. 25 sgg.; M. TRAPANI, *La divergenza tra il “voluto” e il “realizzato”*, cit., p. 225.

<sup>45</sup> M. GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 187.

<sup>46</sup> L. RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Giappichelli, 2007, pp. 32-33, anche per ulteriori richiami bibliografici; P. SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione nel delitto colposo*, Giuffrè, 1988, pp. 83-84.

questo caso l'applicazione incondizionata dell'art. 83, primo comma<sup>47</sup> – qualora il fatto cagionato corrisponda altresì alla fattispecie oggettiva di un delitto colposo – l'esistenza di «determinazioni concorsuali colpose», in questa particolare ipotesi di cooperazione nel delitto colposo offerta dalla relazione sistematica tra gli artt. 83, primo comma e 113, risulta ulteriormente confermata da argomentazioni di stretto diritto positivo, se ovviamente un concorrente abbia in concreto determinato altri a cooperare e sempre che si ritenga di circoscrivere le qualifiche di «dolo», «preterintenzione» e «colpa» non già ai singoli elementi di fattispecie quanto piuttosto all'intero fatto in vista dell'applicazione di un tipo di disciplina<sup>48</sup>, considerando così la norma di cui all'art. 83, primo comma come un autonomo criterio di imputazione per colpa, sia pure caratterizzato da elementi costitutivi strutturalmente diversi da quelli del delitto colposo delineati all'art. 43; e se nell'art. 83, primo comma, come efficacemente dimostrato, non è richiesto il preventivo passaggio per atti di tentativo nei confronti del delitto avuto di mira<sup>49</sup>, si ricava così, e per altra via, oltre alla esistenza di particolari ipotesi di determinazioni colpose diverse dalle istigazioni contrassegnate, dal punto di vista strutturale, dalla violazione di una regola cautelare<sup>50</sup>, l'impossibilità di concepire una relazione concettuale, i.e. necessaria, tra i requisiti della idoneità e della direzione non equivoca e l'atto «originariamente atipico» di partecipazione nell'ambito della disciplina italiana del concorso di più persone in un'offesa tipica.

Né, infine, l'elemento oggettivo «idoneità» potrebbe poi trovarsi recuperato per via mediata attraverso la proposta interpretativa – sollecitata da una certa ambiguità dei vocaboli utilizzati dalle diverse dottrine dell'offensività in concreto – che suggerisce di considerare l'idoneità della condotta a realizzare quella lesione formalizzata nell'evento giuridico e che corrisponde ad una *ratio* di incriminazione ben precisa, come requisito generale e *aggiuntivo* di tipicità argomentando proprio dall'art. 49, secondo comma; concreta lesività e corrispondenza al tipo che, valutate insieme, offrirebbero al giurista gli strumenti in grado di selezionare i fatti rilevanti per il diritto penale.

---

<sup>47</sup> Perentorio al riguardo T. PADOVANI, *Le ipotesi speciali di concorso nel reato*, Giuffrè, 1973, p. 200. La tesi meriterebbe un approfondimento analitico almeno laddove si ritenga che la diversità di disciplina tra gli artt. 47, secondo comma e 49, terzo comma, che qualificano un criterio di imputazione di un fatto doloso, e l'art. 83, primo comma, che descrive per note interne una particolare ipotesi di delitto colposo, discenda non già dal tipo di «causa» all'origine della divergenza quanto piuttosto dalle relazioni strutturali tra le fattispecie interessate, quella cioè voluta e realizzata.

<sup>48</sup> M. TRAPANI, *La divergenza tra il “voluto” e il “realizzato”*, cit., pp. 51-54, 100, 348, spec. 360-364.

<sup>49</sup> M. GALLO, voce *Aberratio delicti*, in *Enc. dir.*, I, Giuffrè, 1958, p. 72; M. ROMANO, *Art. 83*, in *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, cit., p. 789. In posizione particolare cfr. G. DE FRANCESCO, *Sul reato aberrante*, in *St. iur.*, 2000, p. 24-25.

<sup>50</sup> In generale cfr. M. TRAPANI, *La divergenza tra il “voluto” e il “realizzato”*, cit., p. 136 sgg..

Ora, a parte ogni considerazione sull’opportunità di presentare già sul piano semantico dei vocaboli utilizzati l’offensività come *aliud* rispetto alla tipicità, intesa in particolare come un concetto di relazione e come termine riassuntivo della disciplina reale di un fatto di reato, il concettualismo di una simile impostazione non è altro che il prodotto di quella duplice confusione di piani normativi che, da un lato, ha portato, e porta tuttora, a considerare la norma sul c.d. reato impossibile per l’inidoneità dell’azione come schema di qualificazione della sola condotta e non già dell’intero fatto al completo dei suoi elementi costitutivi, oggettivi e soggettivi, e dall’altro lato, disconoscendo la collocazione sistematica della «causa di non punibilità» di cui all’art. 49, secondo comma come autentico elemento negativo, legittima di fatto una (re)interpretazione dell’art. 49, secondo comma – quale fonte della necessaria lesività in concreto dell’illecito penale – come autonomo requisito costitutivo *positivo* di fattispecie anziché come elemento negativo della norma penale e del concetto stesso di «reato»: la disposizione sul c.d. reato impossibile per l’inidoneità dell’azione, infatti, prima ancora di qualificare un *quid* che di volta in volta deve essere positivamente accertato dal giudice in aggiunta agli altri elementi di fattispecie, rappresenta un vero e proprio limite normativo<sup>51</sup>, con tutto ciò che consegue sul piano della disciplina sostanziale e processuale<sup>52</sup> un volta ricollegata la disposizione dell’art. 49, secondo comma alla categoria formale degli elementi negativi, proprio perché, al pari delle cause di giustificazione<sup>53</sup>, si tratta di un elemento o comunque di una modalità del fatto che deve mancare affinché si possa parlare, dal punto di vista di stretto diritto positivo, di un «reato». Se la tipicità penale è il risultato del complesso di tutte le norme che convergono a qualificare un fatto, sostenere che da una mera formulazione in negativo della capacità lesiva del fatto si debba ricavare implicitamente, per qualunque fattispecie, la positiva idoneità della condotta (prima ancora che dell’intero fatto) a realizzare l’evento giuridico-contenuto dell’offesa – trascurando in questo modo gli effetti sostanziali e processuali che una simile collocazione sistematica comporta – rappresenta, prima di tutto, una forzatura interpretativa evidente, per lo più “smentita” dal diritto positivo nel momento in cui si prendano in esame

<sup>51</sup> Come tutti gli elementi negativi che pongono limiti ad un *quid* altrimenti rilevante. Rimangono fondamentali, sul punto, le pagine di P. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, cit., p. 30 sgg..

<sup>52</sup> Sulla disciplina processuale degli elementi negativi cfr., ad esempio, M. ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici* (1941), Giappichelli, 1999, p. 88; G. ILLUMINATI, *La presunzione d’innocenza dell’imputato*, Zanichelli, 1979, p. 132 sgg..

<sup>53</sup> Per una recente critica generale alla dottrina degli elementi negativi del fatto cfr. M. DONINI, *Antigiuridicità e giustificazione oggi. Una “nuova” dogmatica, o solo una critica, per il diritto penale moderno?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 4, p. 1659 e le notevoli pagine “di replica” di M. GALLO, *Elementi negativi del fatto: quali sono e come devono essere accertati*, in *Crit. dir.*, 2011, 3-4, p. 172 sgg..

(almeno) i reati di pericolo presunto, in relazione ai quali sussiste una semplificazione probatoria e della regola di giudizio, in ordine al requisito dell’offesa, fondata su una massima di esperienza desunta dall’*id quod plerumque accidit*<sup>54</sup> e, in secondo luogo, praticamente ripercorre quella inversione metodologica che, storicamente, ha caratterizzato e tuttora contraddistingue alcune teorie dell’interpretazione secondo le quali, nel diritto penale italiano, esisterebbe un dovere di punire come necessario *pendant* del principio di legalità dei reati e delle pene, nel senso che dalla mera formulazione in negativo dell’art. 25, secondo comma Cost., da cui si ricava che nessuno può essere punito per un fatto se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso, è possibile desumere l’esistenza di una norma implicita in base alla quale deve essere sempre punito colui che abbia realizzato un fatto conforme alla fattispecie incriminatrice o per le quali il riconoscimento dell’esistenza di «beni di rilevanza costituzionale» come limiti negativi alla astratta previsione di incriminazioni presuppone ad ogni modo una serie di obblighi giuridici, positivi, di incriminazione quanti sono i «beni costituzionali» da tutelare<sup>55</sup>.

Il salto logico è dunque evidente perché la norma sul c.d. reato impossibile, in relazione sistematica con il contenuto dispositivo dell’art. 202, secondo comma, non qualifica in positivo l’offensività come autonomo requisito di fattispecie ma prescrive, in negativo<sup>56</sup>, di non considerare «reati» certi «fatti» le cui concrete modalità di manifestazione, accertate secondo una valutazione

---

<sup>54</sup> Un interessante parallelismo tra la norma sul caso fortuito e sulla forza maggiore in relazione alle ipotesi di colpa «per inosservanza di leggi» e l’art. 49, secondo comma con riguardo ai reati di pericolo «presunto» è articolato in modo analitico da M. TRAPANI, *La divergenza tra il “voluto” e il “realizzato”*, cit., pp. 81-83.

<sup>55</sup> Per una puntale analisi critica cfr. M. TRAPANI, *Dal pubblico ministero-«giudice» al pubblico ministero organo amministrativo di giustizia?*, in *Il Consiglio Superiore della Magistratura. Aspetti costituzionali e prospettive di riforma*, Giappichelli, 2001, pp. 288, 389-390. Sullo specifico problema degli «obblighi convenzionali» di tutela e di effettiva punizione cfr. F. VIGANÒ, *L’arbitrio di non punire*, in *Studi in onore di Mario Romano*, cit., p. 2645 sgg.

<sup>56</sup> Interessante quanto scrive al riguardo A. MASSARO, *Reati a movente culturale o religioso. Considerazioni in materia di ignorantia legis e coscienza dell’offesa*, in *Temi penali*, vol. I, Giappichelli, 2013, pp. 154-155: «Sarebbe fuorviante ritenere che la coscienza dell’offesa sia necessaria, “in positivo”, per affermare la sussistenza del dolo: è piuttosto la sua assenza che, “in negativo”, esclude l’elemento soggettivo conducendo alla necessaria assoluzione “perché il fatto non costituisce reato”. Pare del tutto condivisibile l’opinione per cui l’art. 49, comma 2, c.p., nel prevedere la non punibilità del reato impossibile per inidoneità dell’azione, abbia introdotto una semplificazione della regola di giudizio relativa all’accertamento dell’offesa all’interesse tutelato. Se, dunque, il meccanismo in questione regola l’accertamento dell’offesa sul piano dell’elemento oggettivo del reato, non sembra sussistano ostacoli di rilievo a ritenere che lo stesso possa operare anche quando si tratti di accertare quello stesso requisito ai fini della sussistenza del dolo».

*ex post*, non raggiungano quella soglia di lesività necessaria ai fini dell’applicazione di una sanzione penale.

Dalla dimostrazione che i requisiti costitutivi del delitto tentato non sono elementi costanti dell’atto «atipico» di partecipazione e che l’art. 49, secondo comma qualifica in negativo i fatti di reato anziché introdurre un requisito positivo implicito di fattispecie in aggiunta agli altri tipici, deriva una conseguenza della massima importanza sul piano sistematico: qualora venga realizzata una offesa tipica, sia pure nella forma del delitto tentato, qualunque condotta che contribuisca alla medesima offesa risulta un elemento costitutivo della fattispecie oggettiva di un illecito concorsuale, ad ogni modo conforme alla disciplina italiana del concorso di persone se circostanziata dalla consapevolezza di agire con altri.

#### **4. «Fatto» e «condotta» nella struttura del c.d. reato impossibile e del concorso di «minima importanza»**

L’ambiguità sintattica e semantica della richiesta di archiviazione con cui la Procura di Milano sottolinea l’incompatibilità della nuova incriminazione *ex artt.* 110 e 580 con il principio di necessaria lesività dell’illecito penale, apre l’interrogativo se i pubblici ministeri abbiano “giocato” con l’offensività in astratto<sup>57</sup> – cosa che lascerebbe alquanto perplessi dal momento che l’organo di “garanzia” e di controllo dell’obbligo costituzionale specifico rivolto al legislatore non sembra essere, in prima battuta, l’autorità giudiziaria ordinaria, men che meno il pubblico ministero – o piuttosto con l’offensività in concreto<sup>58</sup>.

Per esigenze analitiche limiteremo le osservazioni a questa seconda possibilità, ipotizzando che la volontà della Procura di Milano fosse quella di richiamare i limiti in concreto alla funzione incriminatrice *ex novo* dell’art. 110 in relazione agli atti preparatori posti in essere da Marco Cappato affinché i medici svizzeri agevolassero, in senso stretto, il suicidio di Fabiano Antoniani.

---

<sup>57</sup> In generale cfr. Corte cost., 23 giugno 2005 (ud. 4 aprile 2005) n. 265, par. 4; ID., 10 luglio 2002 (ud. 5 giugno 2002) n. 354, par. 3; ID., 6 luglio 2000 (ud. 5 aprile 2000) n. 263, par. 3. Sul punto v. anche V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Giappichelli, 2005, p. 242 sgg.; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, vol. I, Giuffrè, 2001, pp. 429 sgg., spec. 449 sgg., 525 sgg..

<sup>58</sup> Secondo A. MASSARO, *Il “caso Cappato” di fronte al Giudice delle Leggi*, cit., p. 22, «I pubblici ministeri ritenevano che, pur potendosi astrattamente invocare la normativa in materia di concorso di persone per affermare la rilevanza penale di atti meramente preparatori rispetto al suicidio, la soluzione in questione sarebbe stata preclusa dal principio di necessaria offensività: l’art. 580 c.p. sarebbe infatti strutturato come una forma di concorso nel fatto lesivo (suicidio altrui) e punire un “concorso di concorso” significherebbe allontanarsi eccessivamente dalla lesione del bene giuridico tutelato».

La soluzione interpretativa si rivela, però, nella sostanza, creativa di una duplice incoerenza<sup>59</sup> del sistema: da un lato, posto che l’art. 114, nel predisporre una circostanza attenuante comune per il concorso di minima importanza, guarda alla condotta del singolo concorrente, non si saprebbe come risolvere l’antinomia con l’art. 49, secondo comma, nella parte in cui disciplina il reato impossibile per l’inidoneità dell’azione, se limitato alla sola condotta, come sembra sostenere la Procura di Milano, sia pure implicitamente; dall’altro lato, una simile impostazione potrebbe sollecitare, come effetto indiretto, una “generalizzata” interpretazione disapplicativa delle norme sul concorso di persone, più precisamente di quelle norme sul concorso di persone che rendono applicabile la relativa disciplina anche alle condotte preparatorie di qualunque offesa tipica e non solo rispetto a quella specifica ipotesi delittuosa di cui all’art. 580. Non si vede, infatti, quale serio motivo possa ostacolare un ragionamento *a simili* per altre situazioni del tutto marginali e, soprattutto, drammaticamente meno compromesse dal punto di vista morale. Il che se può apparire condivisibile nell’ottica di un programma politico di futura riforma del sistema italiano delle incriminazioni, non passa certo inosservato e indolore già dal punto di vista, per così dire, sincronico proprio perché finirebbe per creare una serie di eccezioni implicite agli artt. 110 ss. difficilmente compatibile con l’attuale assetto legislativo, costituzionale e ordinario, nel suo complesso.

Sarebbero allora due le soluzioni ipotizzabili, coerenti con certe premesse interpretative: o si (doveva) solleva(re) una questione di legittimità del sistema concorsuale italiano perché incompatibile con il principio costituzionale di offensività in astratto o, dal momento che, qualora venga posta in essere un’offesa tipica, anche le condotte preparatorie risultano penalmente rilevanti secondo gli artt. 110 ss. se “circostanziate” dalla consapevolezza che il proprio contributo insieme a quello di altri possa arrecare una lesione o una messa in pericolo degli interessi tutelati, si doveva e si deve tuttora analizzare nel dettaglio la relazione sistematica tra gli artt. 49, secondo comma e 114 che, a ben vedere, presentano due modelli normativi dagli ambiti applicativi notevolmente diversi e con effetti di «mutua esclusività» perché reciprocamente incompatibili.

È particolarmente noto come il principio di offensività abbia (quantomeno) una triplice rilevanza<sup>60</sup> se inteso come criterio di conformazione legislativa, come parametro di legittimità costituzionale della normazione penale e, infine,

---

<sup>59</sup> Sulla coerenza degli ordinamenti giuridici per definire un insieme di norme privo di antinomie cfr. C.E. ALCHOURRÓN, E. BULYGIN, *Sistemi normativi* (1971), Giappichelli, 2005, p. 121 sgg.; G.B. RATTI, *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, cit., p. 48 sgg..

<sup>60</sup> Da ultimo cfr. G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Laterza, 2017, pp. 88-89.

come requisito di struttura da accertare nel momento giudiziale. Se la natura di autentico limite normativo al contenuto e alla legittimità delle incriminazioni rappresenta un dato comune alle diverse forme di manifestazione della necessaria lesività dell’illecito penale, il momento applicativo-processuale tende invece a qualificare l’offensività non solo come autonomo criterio interpretativo quanto, piuttosto e prima ancora, come schema modale del fatto, sia pure negativo<sup>61</sup>.

Nell’economia dell’art. 49, secondo comma quale fonte di rango ordinario del principio di offensività in concreto, il vocabolo «azione» allude al «fatto», più precisamente all’intero fatto al completo dei suoi elementi costitutivi oggettivi e soggettivi<sup>62</sup>, ivi compresa la mancanza di cause di giustificazione<sup>63</sup>.

Nonostante le condivisibili puntualizzazioni analitiche della tesi interpretativa che ha rimarcato nel tempo, e sottolinea tuttora, l’autonomia sistematica del reato impossibile per l’inidoneità dell’azione rispetto al delitto tentato e al reato putativo per errore sul fatto è, forse, proprio sul terreno del concorso di più persone nel reato che emerge con evidenza come lo schema di qualificazione disciplinato all’art. 49, secondo comma si rivolga, propriamente, non alla singola condotta bensì all’intero fatto – è bene insistere, comprensivo dell’elemento soggettivo e dei requisiti oggettivi, sia positivi che negativi. In particolare, l’inidoneità dell’azione schematizza un requisito modale del fatto e nel concorso di persone, più precisamente nella fattispecie plurisoggettiva eventuale ricavata implicitamente dalla combinazione sistematica degli artt. 110 ss. con le singole norme di parte speciale, «inidoneo» può essere l’intero fatto di reato e non già la singola condotta. Infatti, qualora si postulasse l’esistenza di un’unica fattispecie plurisoggettiva come figura di qualificazione speciale rispetto al corrispondente illecito monosoggettivo – non certo ostativa, però, ad una diversificazione dei titoli di responsabilità come si ricava da una interpretazione sistematica del diritto positivo – non sembrano emergere ostacoli normativi ad una eventuale applicazione dell’art. 49, secondo comma anche al fatto concorsuale, nel caso in cui ovviamente sussistano i presupposti stabiliti dalla legge. In quanto principio generale del sottosistema ordinario e come elemento negativo del concetto di «reato» – nel senso che un fatto, per

---

<sup>61</sup> Che la categoria degli elementi negativi, nell’attuale sistema normativo, non debba necessariamente identificarsi con le scriminanti, «esaurendosi in esse», è ben dimostrato da M. TRAPANI, *La divergenza tra il “voluto” e il “realizzato”*, cit., p. 230.

<sup>62</sup> Sull’elemento soggettivo del c.d. reato impossibile (per l’inidoneità dell’azione), arbitrariamente limitato al solo fatto «doloso» e «colposo» (e non anche al fatto «preterintenzionale», se inteso come titolo autonomo di reato), cfr. G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, cit., pp. 370-372.

<sup>63</sup> In generale, sulla relatività del concetto di «azione» nel sistema penale italiano, cfr. M. GALLO, voce *Dolo* (dir. pen.), in *Enc. dir.*, XIII, Giuffrè, 1964, p. 755.

assumere rilevanza ai fini della disciplina penalistica, *non deve essere* in concreto inidoneo a realizzare l’offesa o l’evento giuridico per come formalizzati nella struttura delle norme incriminatrici – la norma che disciplina l’offensività in concreto risulta potenzialmente applicabile a tutti i fatti con essa strutturalmente compatibili. E non si vede come un fatto posto in essere in regime di concorso di persone non possa risultare inoffensivo rispetto all’interesse o agli interessi tutelati, una volta tenuto conto delle peculiarità della situazione concreta secondo una tipica valutazione *a posteriori*, a meno di non voler postulare una astratta incompatibilità reciproca difficilmente giustificabile alla stregua dell’attuale assetto normativo di stretto diritto positivo.

La richiesta di archiviazione della Procura di Milano sul punto, riservando la «non punibilità» alla sola condotta di Marco Cappato, trascura di motivare del tutto per quale ragione anche le condotte preparatorie di un’offesa tipica, circostanziate inoltre dalla consapevolezza di agire con altri, non debbano rilevare ai sensi della disciplina italiana del concorso di persone e, soprattutto, elude un approfondimento analitico delle relazioni sistematiche che intercorrono tra il principio di offensività in concreto e la circostanza attenuante del concorso di minima importanza.

In altre parole, uno spiraglio applicativo per il principio di necessaria lesività in concreto dell’illecito penale poteva apparire meritevole di considerazione solo se e nel caso in cui l’intero fatto di concorso nella istigazione o nell’aiuto al suicidio fosse qualificabile, appunto, come inoffensivo, tenuto conto altresì delle condotte dei medici svizzeri<sup>64</sup>. E, si ripete, la rilevanza concorsuale dei contributi preparatori dovrebbe apparire una soluzione “univoca” anche postulando il criterio causale della *conditio sine qua non*, secondo quanto disposto dagli artt. 40 e 41, o di mera agevolazione nonché quello della strumentalità funzionale come requisiti costitutivi di tipicità *ex* artt. 110 ss. dell’atto «originariamente atipico» di partecipazione.

A meno che, ed è questa una ipotesi interpretativa che meriterebbe quantomeno di essere discussa per le sue notevoli ricadute sistematiche, non si ritenga di aderire alla proposta dogmatica non già della fattispecie plurisoggettiva eventuale quanto, piuttosto, delle fattispecie plurisoggettive differenziate<sup>65</sup>, ad avviso della quale, in regime di concorso di persone, giuridicamente, non esisterebbe una sola fattispecie di reato bensì tante fattispecie quanti sono i concorrenti. In questo modo, una volta “riconosciuta”

<sup>64</sup> In relazione ad un caso simile di istigazione o aiuto al suicidio di una donna, F. MANTOVANI, *Suicidio assistito*, cit., p. 39, riconduce anche il trasporto in macchina direttamente nel modello dell’art. 580, posto che «costituisce agevolazione della successiva attuazione dell’autosoppressione da parte della donna, costituendo *conditio sine qua non* per la realizzazione, in quella sede, del suicidio assistito».

<sup>65</sup> A. PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, cit., p. 14 sgg.; ID., *Principi di diritto penale*, cit., pp. 544-555.

la possibilità di inferire dalla disciplina italiana del concorso di persone nel reato molteplici norme di concorso con fattispecie condizionanti e conseguenze condizionate diverse nei loro momenti strutturali e funzionali, la questione, di stretto diritto positivo, della inoffensività del singolo fatto di concorso, per ipotesi quello di Marco Cappato meramente «preparatorio» della agevolazione “finale” del suicidio altrui, ben potrebbe essere argomentata, per ipotesi, sulla integrale applicazione dell’art. 49, secondo comma: dal momento che la norma sul c.d. reato impossibile presuppone comunque un fatto al completo dei suoi requisiti, soggettivi ed oggettivi, qualora le norme sul concorso di più persone dovessero essere interpretate proprio alla stregua della teoria delle fattispecie plurisoggettive differenziate, nel senso che «il moltiplicarsi dei soggetti cui un fatto è attribuito determina, per necessità concettuale, il moltiplicarsi degli illeciti» proprio perché l’illecito penale non può che costruirsi con l’attribuzione di un fatto, come illecito, ad un soggetto determinato<sup>66</sup>, si avrebbe maggiore libertà nel giustificare un esito normativo in chiave di «non punibilità». È evidente, tuttavia, come una simile proposta dovrebbe confrontarsi, anzitutto, con una interpretazione sistematica di stretto diritto positivo volta a chiarire i rapporti con la circostanza attenuante del concorso di minima importanza in relazione a condotte preparatorie del tutto inidonee, singolarmente considerate, a costituire un pericolo attuale e concreto di un’offesa tipica e, in secondo luogo, con il c.d. diritto vivente che sembra per lo più orientato a “riconoscere” sì una diversità di titoli di responsabilità per i concorrenti ma sempre nell’ambito dell’unicità dell’offesa tipica o, volendo essere più vicini alla terminologia corrente, nell’ambito interpretativo della fattispecie plurisoggettiva eventuale quale illecito penale speciale rispetto alla corrispondente norma-base monosoggettiva.

## 5. Conclusioni.

Le questioni sistematiche che vengono in rilievo con la proposta interpretativa della Procura di Milano sollevano, dunque, una serie di interrogativi decisamente gravosi nel momento in cui si analizzano nel dettaglio le relazioni tra la disciplina italiana del concorso di persone in un’offesa tipica e la fattispecie di istigazione o aiuto al suicidio e tra la norma sul c.d. reato impossibile e la circostanza attenuante del concorso di minima importanza.

Ora, se il «diritto» non è altro che un insieme piuttosto variegato e articolato di dottrine politiche, come insegna da tempo la migliore scuola analitica del giusrealismo<sup>67</sup>, nel senso che il «diritto» è ciò che le ideologie

<sup>66</sup> A. PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, cit., p. 26.

<sup>67</sup> R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, 2011, p. 293; G.B. RATTI, *Norme, principi e logica*, Aracne, 2009, p. 137.

identificano come tale<sup>68</sup>, la richiesta di archiviazione dei pubblici ministeri milanesi, per come strutturata, non riesce a giustificare appieno i presupposti della propria dottrina relativa ad una particolare interpretazione degli enunciati legislativi. Ciò non consente – al di là dell’esistenza o meno di un obbligo specifico di motivazione – di comprendere anzitutto la reale consistenza dei codici interpretativi adottati e, se del caso, di pervenire ad una più ampia condivisione e dunque ad un più ampio accordo sulla ideologia stessa<sup>69</sup>.

---

<sup>68</sup> Così A. SARDO, *Defettibilità, ideologia e contesto*, in *Teoria del diritto e analisi logica*, Marcial Pons, 2014, p. 66.

<sup>69</sup> Sul ruolo dei «disaccordi» nella teoria del diritto cfr., per tutti, G.B. RATTI, *Studi sulla logica del diritto e della scienza giuridica*, Marcial Pons, 2013, capp. VIII, IX; ID., *Norme, principi e logica*, cit., p. 203 sgg..