

Prefazione

Nell'ambito tematico del concorso di persone nel reato, esteso alle fattispecie tradizionalmente poste a ridosso di un fatto principale altrui – *i.e.* favoreggiamento, ricettazione, riciclaggio: fattispecie punite “fuori dei casi di concorso” –, la tesi dottorale si occupa di due distinte tematiche, ricadenti sotto il minimo comune denominatore dell'esigenza di differenziazione del trattamento penale a seconda di quanto effettivamente compiuto dal soggetto agente.

(a) La prima tematica concerne i rapporti tra le appena indicate fattispecie accessorie ed il concorso nel reato base.

Si è allora preso spunto dalla tradizionale applicazione giurisprudenziale della “clausola incriminatrice” di cui all'art. 110 c.p., che, attraverso una lettura della stessa su base causale-estensiva, finisce per ravvisare concorso in qualsiasi contributo prestato prima della ultimazione del fatto plurisoggettivo, quale che ne siano l'importanza e le concrete modalità.

Si è successivamente messo in luce come, da punto di vista effettuale, si stia tuttavia facendo strada una concezione maggiormente pragmatica e per certi versi illuminata dell'istituto concorsuale, che utilizza cioè le figure accessorie per “derubricare” l'imputazione di concorso nel delitto principale.

Preso atto del carattere anche simbolico della c.d. scelta unitaria compiuta, in materia di concorso di persone, dal legislatore italiano, s'è quindi tentato di costruire un diverso modello di partecipazione al reato. Un modello, cioè non unitario, quale sarebbe – secondo l'interpretazione dottrinale tradizionale – quello delineato dal codice penale, ma – appunto – differenziato: più precisamente, un modello binario di partecipazione, che contempla le due distinte forme del concorso e della complicità.

Il concorso rappresenterebbe la figura principale e generale di partecipazione al reato. La complicità, secondaria, troverebbe invece riconoscimento nella parte speciale, nelle fattispecie di cui agli artt. 378, 379, 648, 648-*bis*, 648-*ter*

c.p.. E sarebbe capace di operare soltanto alle condizioni e secondo le modalità d'azione ivi previste.

Si tratterebbe peraltro di modello teorico “debole”, per così dire, ossia di un'impostazione buona non già per ogni occasione, ma funzionante secondo il criterio della specialità in concreto: quando per es. – arg. *ex art. 378 c.p. ult.c.* – il reato a monte sia commesso o quando – in generale – la pena del reato base risulti maggiore rispetto a quella prevista in relazione all'ipotesi accessoria. Del resto, l'illusione di poter disporre di modelli dogmatici forti – validi per l'“ente” reato in ogni sua concreta manifestazione – è definitivamente tramontata all'alba dell'idea di una costruzione separata delle fattispecie.

In ogni caso, il lavoro, anche a prescindere dall'accettazione di simile costruzione teorica, avrebbe raggiunto in gran parte il proprio scopo, solo che fosse riuscito a segnalare che “di fatto”, vale a dire nella vita concreta del diritto penale italiano così come restituita dall'interpretazione giurisprudenziale, il regime del concorso di persone nel reato è istituito assai meno unitario di quanto si suole tradizionalmente ritenere.

(b) La seconda tematica riguarda il problema della differenziazione di trattamento, nell'ottica del principio di ragionevolezza – di cui quello di personalità costituisce il precipitato in materia penalistica –, all'interno delle stesse fattispecie accessorie di complicità, considerate cioè nel loro autonomo utilizzo in sede giurisprudenziale.

Preso spunto dalle pronunce più diffuse, si è evidenziato che esse tendono ad applicare uniformemente e rigoristicamente le ipotesi criminose del favoreggiamento e della ricettazione, senza alcun riguardo per l'attività professionale svolta dal soggetto agente, bensì individuando il discrimine tra fatto punibile e penalmente irrilevante, a seconda dei casi, o nell'efficienza causale del contributo prestato o nell'anomalia sociale della condotta o nell'atteggiamento psichico serbato dall'agente.

Ora: poiché tale tema è stato particolarmente studiato, negli ultimi lustri, dalla dottrina tedesca, si è approfondito l'ampio dibattito, che ha visto impegnati

alcuni dei grandi nomi della penalistica mondiale, concernente la cd. complicità mediante azioni “neutrali” o “quotidiane”.

In particolare, seguendo la partizione proposta da Thomas Hillenkamp, rivelatasi inaspettatamente aderente alle correnti giurisprudenziali nostrane sull’analogo argomento, si sono approfondite varie impostazioni teoriche: concezioni causali della complicità, con effetti estensivo-rigoristici; concezioni soggettive, con inevitabili corollari in termini di eticizzazione del giudizio; concezioni oggettive materiali, sprovviste di un immediato aggancio al diritto positivo; concezioni oggettive formali, incentrate sull’accertamento del requisito dell’antigiuridicità, cui, anche conformemente alla tradizione penalistica italiana, abbiamo prestato adesione.

Si è infine meglio definita la propria posizione: la soluzione proposta consisterebbe nell’applicazione sistematica dell’art. 51 c.p. in tutti i casi in cui il favoreggiamento, il concorso esterno o la ricettazione siano commessi da un attore professionale. La norma, interpretata nel senso di considerare il diritto e il dovere dalla stessa contemplati come un’unica posizione funzionale, darebbe – nella lettura proposta – riconoscimento ad un “ruolo” capace di operare con effetti scriminanti. Non si tratterebbe, quindi, dell’utilizzo della posizione di garanzia, come secondo i dettami del funzionalismo, bensì di una diversa figura, caratterizzata, in primo luogo, dall’operare – nell’opera di bilanciamento cui ogni causa di giustificazione affatica – a garanzia non già del bene penalmente protetto, ma dell’atro bene giuridico, quello sotteso alla causa di giustificazione codificata (che nel corso della trattazione chiameremo, per comodità, “bene scriminante”); in secondo luogo, dal trovare diretto riconoscimento nel diritto positivo, nell’art. 51 c.p. (appunto) e nelle fonti sussidiarie da questo richiamate, compresi i codici deontologici e le norme di autodisciplina.

Introduzione

*Cum plures trabem alienam furendi causam sustulerint,
quam singuli ferre non possent,
furti actione omnes teneri existimantur.*
(Dig., IX, 2.51)

*Si in rixa percussus homo perierit,
ictus unius cuiusque in hoc collectorum
contemplari oportet.*
(Dig., XLVIII, 8.9)

I. Prologo. – L'enigma ha radici antiche. La pena per i concorrenti nel reato deve essere identica o diversa?

La ragione disvela sin da subito la fallace astrattezza del quesito; ché se infatti su un piano di pura logica l'intelletto fatica ad orientarsi per l'una o per l'altra alternativa, essendo evidente la loro indecidibile equipollenza, determinante è piuttosto il punto di vista prescelto per la soluzione.

La scelta del legislatore italiano pare chiara. Tutti coloro che concorrono nel medesimo reato sono puniti secondo lo stesso titolo. L'unica possibilità di differenziazione è sul piano circostanziale.

Tale opzione solleva tuttavia un evidente ed insanabile conflitto fra principi: il principio di legalità che, da un lato, impone di tener fede al disposto dell'art. 110 c.p. e il principio di responsabilità personale che, dall'altro, nell'ottica benigna dell'equità, invoca al contrario un trattamento differenziato fra i partecipi, già sul piano della tipicità del contributo concorsuale.

Una ricerca sui reati commessi “fuori dei casi di concorso” nasce allora dalla constatazione che sino ad ora la dottrina ha in prevalenza cercato una soluzione al cennato conflitto soltanto “dentro” al concorso di persone nel reato, non avvedendosi della possibilità di poter rinvenire risposte anche “fuori” di esso.

Il faro cui affidiamo il nostro percorso è un antico broccardo, probabilmente attribuibile a Celso: *incivile est judicare vel respondere nisi tota lege perspecta*. Questo ci guiderà nel passare in rassegna le innumerevoli previsioni legali poste a contatto con l’ipotesi concorsuale: le molteplici incriminazioni a titolo d’istigazione e agevolazione di un fatto altrui, nonché i reati precipuamente oggetto della trattazione, ossia le fattispecie di favoreggiamento, ricettazione e riciclaggio.

Un dubbio incalzante, però, ci accompagnerà per tutto il tragitto: e se pure “fuori dei casi di concorso” le esigenze di personalizzazione e differenziazione del trattamento penale fossero vanificate dall’annidarsi l’iniquità già all’interno di tali fattispecie monosoggettive? Quest’ansietà, come vedremo, troverà pace solo verso il termine della nostra ricerca.

II. Spunti per una personalizzazione tipica, ma non finalistica, della condotta. – Poiché il percorso potrebbe forse condurre a scoprire livelli di personalizzazione del fatto tipico già prima di averne appurato la colpevolezza, pare saggio censire pregiudizialmente l’ammissibilità teorica di una simile evenienza.

Ciò anzitutto, come già intuiva Franco BRICOLA¹, non significherebbe necessariamente riproporre le cadenze del finalismo, bensì semplicemente dare effettiva sostanza alle esigenze di una dimensione di rilevanza penale – la tipicità, appunto – autenticamente prodromica al successivo rimprovero da parte dell’ordinamento, perché non soltanto umanistica, bensì personale ed appropriabile, materialmente e soggettivamente.

Del resto, nemmeno la categoria “colpevolezza” contiene al suo interno un rimprovero totalmente individualizzato, vagliandosi infatti l’esigibilità del comportamento lecito sotto plurimi aspetti, sulla base di altrettanti *m o d e l l i* cui l’agente concreto è comunque chiamato ad adeguarsi. Non può quindi obiettarsi

¹ ID., voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XIX, Utet, Torino 1973, pp. 7-93, a p. 64.

che il fatto tipico non consente quella parametrizzazione del giudizio sull'agente concreto che invece solo l'accertamento della colpevolezza implicherebbe.

Già sul piano del *Tatbestand* obiettivo, pertanto, non possono misconoscersi le pretese di un realismo², che, corollario del vettore propulsivo lanciato dal cpv. dell'art. 3 della Costituzione repubblicana, ha il suo precipitato penalistico nel principio di responsabilità personale.³

Quest'ultimo, infatti non evoca banalmente, sul piano della materialità delle umane condotte, un semplice divieto d'ascrizione del fatto altrui. La sua forza non può esaurirsi qui.

Tale cardine del sistema penale indica piuttosto il dovere del legislatore e del giudice di descrivere il fatto commesso nel modo più appropriato e concreto, di modo che sull'agente singolo non ricada ineluttabile il corso del caso.

Infatti, qualora l'apporto assolutamente preponderante alla realizzazione del reato provenga da un fattore esterno all'agente, come potrà chi l'ha determinato soltanto per un'inezia sentirlo come suo? Come saprà costui "avvertire" una giusta rieducazione?

Non si tratta, però, di insinuare nell'azione, secondo i dettami del finalismo, un disvalore ontologico, soggettivo ed eticizzante, relegando nell'abisso il ruolo dell'evento. La direzionalità della condotta, certo, potrà assumere qualche peso, ma sarebbe un errore confondere la conformazione tipica di una serie di atti pratici con una struttura a spiccata pregnanza soggettiva. La dinamica del criterio di specialità che, ad esempio, esprime una relazione di progressiva vicinanza al fatto storico, non si manifesta soltanto nell'aggiunta – nella fattispecie più ricca – di caratteri "intenzionali".

Piuttosto, il tentativo è quello di ritagliare il comportamento umano nel modo più calzante, di guisa che l'evento non piombi su di esso come una condizione punitiva affatto estranea ed avversa.

² D'importanza fondamentale, in proposito, la nota sent. della Corte costituzionale n. 96 del 1981, *inter alia* in *Foro it.*, 1981, I, col. 1815 e ss., in tema di plagio, secondo cui il principio di legalità esprime un'esigenza di corrispondenza del diritto alla realtà.

³ Sul maggiore realismo del sistema tedesco di concorso di persone nel reato, rispetto a quello nostrano, H. H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5. Auf., Duncker & Humblot, Berlin 1996, p. 644.

A volte, infatti, il tipo legale opera già una selezione fra gli autori, che impedisce di predicare l'impersonalità del fatto, il quale – a ben vedere – non può essere indifferentemente compiuto da “chiunque”, poiché la norma reca piuttosto la descrizione di un comportamento identificante, personale.

Ciò non significa peraltro concepire necessariamente ogni reato come mera violazione di un dovere, né ogni prescrizione penale come ricognitiva di uno *status*: la rinnovata attualità di quest'ultimo concetto anche per il diritto criminale deriva, semmai, da un'analisi complessiva dell'ordinamento e, precisamente, dalla constatazione che il bene penalmente protetto è calato, nella vita reale, nel traffico giuridico, in cui sperimenta quotidianamente il contatto e il conflitto con altri beni⁴, il che illumina il ruolo rivestito nella società dal soggetto agente.

Oggi, nell'ambito della responsabilità colposa ed omissiva, l'accertamento della sussistenza dell'elemento materiale del reato in base ad una modellistica per ruoli soggettivi è un dato acquisito.

Sul terreno commissivo del dolo, e del dolo “comune” in particolare, invece, l'individuazione di un primo⁵ e basilare livello di differenziazione personale, pur studiata nell'ambito della responsabilità concorsuale, avrebbe indubbie ripercussioni su tutto il sistema.

Anzitutto, per una ragione per così dire statistica, essendo il modello monosoggettivo criminologicamente recessivo.

Poi, per un motivo squisitamente dogmatico, dovuto alla esaltazione della dimensione ermeneutica della tipicità e di tutto il dato testuale, a discapito di una funzione essenziale e costitutiva, ossia più che meramente servile, dell'epistemologia nella fissazione del nesso eziologico.⁶

⁴ Questa la notazione sociologica alla base del giustamente celebre saggio di H. WELZEL, *Studien zum System des Strafrechts*, in *ZStW*, 1939, pp. 491-566, *passim* e, in sintesi, p. 516.

⁵ Questo primo livello, come chiariremo, opera sul piano della tipicità; il secondo su quello dell'antigiuridicità.

⁶ Per una interessante discussione sul rapporto fra il ruolo del giudice e quello del perito, si v. M. MAIWALD, *Causalità e diritto penale* (1980), trad. it. di Francesca Brunetta d'Usseaux, Giuffrè, Milano 1999, pp. 113-117, che, peraltro, conclude in questo senso: quando nel mondo scientifico si dia unanimità di vedute, il giudice è vincolato, non può discostarsi dall'opinione dominante e deve necessariamente accodarvisi nella formazione del proprio convincimento; per contro, quando tra gli studiosi regni una situazione di incertezza o di forte contrasto, deve avere la meglio il criterio *in dubio pro reo*.

Non si vuole qui proporre l'abbandono della scienza in nome di un cieco normativismo, in nome di un diritto autoreferenziale. Oggi, tuttavia, chi guardi con franchezza alla concreta dinamica processuale di qualsiasi affermazione di responsabilità penale non può che avvertire, ancorché con sua somma inquietudine, il capovolgimento di un'antica epigrafe: *auctoritas, non veritas facit iudicium*.

Posizioni “scientiste”⁷ paiono allora effettivamente anacronistiche. La concezione relativistica del tempo e dello spazio, all'origine del pensiero esistenzialista e dei suoi sviluppi ermeneutici, non può non interessare anche il diritto penale, il quale non può pretendere di infliggere la propria sanzione a chi non abbia visto il fatto come suo autore.

L'utilizzo acritico di assunzioni nomologiche ha invece troppo spesso ridotto la condotta umana a mera condizione logica di un disvalore d'evento estraneo ed asettico, operando in seno all'illecito penale una frattura senza dubbio spersonalizzante. La posa condizionalistica, nonostante i mille correttivi, infatti, immiserisce il “fatto”, sancendone un'impersonale equivalenza logica con ogni altro “fattore” concorrente.⁸

Tale iato non si sarebbe forse prodotto se, con atteggiamento più realista, si fosse prestata attenzione al seguente insegnamento: «Le conseguenze, in quanto sono la configurazione immanente propria dell'azione, manifestano la sua natura e non sono altro che l'azione stessa»⁹.

In una simile prospettiva, il disvalore d'evento altro non sarebbe, quindi, che lo stesso disvalore dell'azione riguardato *ex post*.¹⁰ Ma ciò, si noti, non signi-

⁷ Per una presa di distanza dallo scientismo ottocentesco, si v. T. F. ARECCHI, *Il caos e la complessità*, in AA.VV., *Determinismo e complessità*, a cura di Id., Nova Spes-Armando, Roma 2000, pp. 53 e ss..

⁸ A. ROMANO, *Causalità giuridica e fisica contemporanea*, Giappichelli, Torino 2005, p. 157: «La teoria dell'equivalenza o anche della *conditio sine qua non*, frutto di un modo di pensare positivistico, esaspera il concetto di causalità ed equipara tutte le cause ad un fattore meramente meccanico, sia che appartengano al piano naturalistico che a quello dei valori. L'art. 41 c.p. – [...] – e l'art. 110 c.p. – in cui è negata, in linea di principio, la possibilità di distinguere tra varie figure di partecipi sulla base di una diversa efficienza causale delle azioni da costoro poste in essere – sembra accettino la teoria dell'equivalenza, per la quale occorre che l'accadimento particolare possa essere spiegato sulla base di una legge generale di copertura, rispettosa delle esigenze di tassatività».

⁹ G. W. F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto* (1820-21), tr. e cura di V. Cicero, Bompiani, Milano 2006, p. 233.

¹⁰ Si v., similmente, M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Cedam, Padova 1996, p. 168 e ss..

fica affatto assorbire il primo nel secondo, inglobando la lesività del fatto nella mera disfunzionalità dell'azione: al contrario, significa che ogni condotta penalmente rilevante debba necessariamente spiegare un'incidenza effettiva e sensibile sulla realtà, non potendo limitarsi a specchiare, esangue, lo schema legale.

Un atteggiamento naturalista e vetero-positivista è anche all'origine della ferma convinzione, attestata dalla recente giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione¹¹, di poter giungere alla verifica del nesso causale mediante l'esclusione, ragionevolmente certa, dell'influenza di processi causali alternativi. Il che sembrerebbe consentire di mantenere fede al dogma illuministico del giudice mero ricognitore della soluzione del caso legalmente predeterminata, o – quanto meno – di escludere i più ragionevoli dubbi sulla sussistenza della responsabilità.

Ma ciò si scontra con serie obiezioni già sul piano sperimentale. Tale convincimento presuppone infatti che si individui una soglia di concretezza dell'evento, la quale non si potrebbe oltrepassare senza che assumano rilevanza quei fattori causali, la cui influenza era stata in precedenza esclusa. In sostanza, più si avanza lungo il gradiente della concretezza dell'evento, descrivendolo nei suoi minimi e – *prima facie* – insignificanti particolari, più si nota la difficoltà di giustificare, già sotto un profilo epistemologico, la pretesa mancata efficienza di eziologie alternative. Di tali affermazioni si tenterà di dare sufficiente contezza scientifica nel prosieguo della trattazione. Sin d'ora, tuttavia, può notarsi che – per i cennati motivi – il momento determinante pare essere quello della fissazione della soglia di concretezza dell'evento penalmente rilevante. Ed è di tutta evidenza che in questa operazione il giudice giuochi un ruolo essenziale.

III. L'*Unrechtstatbestand*: nascita del concetto – Nel diuturno conflitto fra le esigenze della legalità formale e quelle dell'equità – di cui si riferiva in apertura – l'Illuminismo ha certamente segnato un punto a favore delle prime.

Al tempo delle codificazioni moderne, il tentativo di espungere ogni qualità identitaria dal soggetto di diritto, in nome di un astratto egualitarismo¹², ne regi-

¹¹ Ci riferiamo, com'è ovvio, alla notissima pronuncia del 10 luglio 2002, imp. Franzese.

¹² Sul carattere formale dell'eguaglianza ottocentesca, cfr. F. SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Cedam, Padova 1975, p. 14 e ss..

strava, d'altro canto, la riemersione nel predicato. Ovvero: cancellati i privilegi e gli *status* soggettivi, si assistette ad una “categorizzazione” delle differenze personologiche: nel codice penale, di fronte all'impersonale unicità dell'agente, queste trapassarono, “reificandosi”, per così dire, nell'azione oggettiva, *sub specie* di aggravanti, attenuanti e cause di non punibilità.¹³

All'oblio dell'autore non poteva ovviare né la previsione, troppo settoriale, di taluni reati “propri”, né l'accertamento dell'imputabilità, non solo per la denegata rilevanza degli stati emotivi e passionali, bensì per il carattere ideologico di tale requisito, autentica cartina di tornasole del dogma illuministico dell'uomo padrone di sé. Per i soggetti più deboli, il “rischio penale” assumeva i tratti dell'ineluttabilità.

Quando, tuttavia, l'evoluzione storica condusse ad una struttura sociale complessa e variegata, tutto all'opposto della monolitica società ottocentesca, il bene giuridico penalmente protetto, come si è mirabilmente scritto, dovette uscire “dalla vetrina in cui era stato custodito come un cristallo” ed immergersi nel traffico giuridico, a contatto con beni confliggenti, subirne l'influenza e le inevitabili menomazioni.¹⁴

Ora, a noi importa indagare quali espedienti dogmatici furono elaborati per adeguare le vecchie fattispecie sorte in seno allo stato borghese, e adatte alla sua struttura sociale semplice ed uniforme, alla nuova e dinamica società del rischio. Proprio in tale clima culturale poté infatti vedere la luce uno dei concetti tuttora portanti della teoria del reato e di assoluta rilevanza nell'odierna applicazione giurisprudenziale delle fattispecie oggetto del nostro studio: l'*Unrechtstatbestand*, l'illecito, il “fatto tipico antiggiuridico”, primo momento dell'analisi criminale.

Quando, nella Germania degli anni Trenta del secolo scorso, i fautori della teoria degli elementi negativi del fatto, sostennero la necessità sistematica di inglobare l'antigiuridicità nel *Tatbestand*¹⁵, probabilmente non si rendevano conto di stare per partorire un autentico “*monstrum*”.

¹³ Cfr. G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Il Mulino, Bologna 1976, p. 37 e s..

¹⁴ H. WELZEL, *Studien zum System des Strafrechts*, cit., p. 514.

¹⁵ Cfr. G. GREGORI, *Adeguatezza sociale e teoria del reato*, Cedam, Padova 1969, p. 24.

Concepire l'antigiuridicità "analitica", che Anselm FEUERBACH aveva originariamente forgiato quale mera assenza di cause di giustificazione¹⁶, come un carattere di fattivo contrasto con l'ordinamento, che il fatto tipico dovrebbe necessariamente possedere per essere veramente tale, significava infatti operarne una mutazione genetica, confondendola con una diversa nozione, questa volta però "sintetica", di antigiuridicità.

In effetti, FRANZ VON LISZT, allorché magistralmente ne aveva distinto il profilo formale da quello materiale, si riferiva all'antigiuridicità come reato in senso complessivo, non già ad un segmento dello stesso che si ponesse al fianco di tipicità e colpevolezza.¹⁷

Ma, in quegli anni, nella consapevolezza che i benefici della legalità si producono massimamente *in malam partem* e quelli dell'equità *in bonam*, altro non si fece, sull'onda dell'imperante *Wertphilosophie*, che giustapporre i due concetti "sintetici", ossia quello formale e quello materiale, modificando però irreversibilmente la nozione di antigiuridicità "analitica".

La concezione "neoclassica" del reato nasceva così, imperniata sul concetto di *Unrechtstatbestand*, sorta di antigiuridicità tipizzata¹⁸, nel quale, con l'intento di attenuare il rigore di una legislazione penale nata vecchia alla nuova vita del corpo sociale, agevolando l'ingresso nel sistema di cause di giustificazione extralegali¹⁹, si condensavano due sottili operazioni di ingegneria giuridica: la collocazione delle scriminanti codificate nella stessa categoria sistematica che contiene la protezione del bene giuridico e la concezione dell'antigiuridicità analitica non già come assenza di cause giustificatrici, bensì come fattore di positivo contrasto con l'ordinamento.

IV. Critica del concetto: prolegomeni ad una nuova lettura dell'art. 51 c.p.. – Entrambi questi stratagemmi, tuttavia, producono conseguenze aberranti.

¹⁶ Cfr. G. MARINUCCI, voce *Antigiuridicità*, in *Dig. pen.*, vol. I, Utet, Torino 1987, pp. 173-188, a pag. 176.

¹⁷ Cfr. C. ROXIN, *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale*, ed. it. a cura di S. Moccia, Esi, Napoli 1996, p. 25 e ss..

¹⁸ Sicché si ritornava, in sostanza, ad un modello bipartito.

¹⁹ Cfr. F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit., p. 29.

Il primo, ossia la fusione in un'unica categoria dogmatica del bene oggetto di tutela e dei "beni scriminanti" conduce ad una chiara svalutazione di quest'ultimi. Per cui, in presenza di una causa di giustificazione, non si dice che l'offesa al bene giuridico è consentita per la tutela di un "altro" bene, ma che essa non sussiste o che, quantomeno, non è un'offesa giuridica.²⁰ Non s'imposta il problema in termini di equo bilanciamento di beni e di contemperamento di principi, ma in termini di brutale prevalenza: il valore del bene soccombente è azzerato. L'astrattezza, in nome di una totale normativizzazione dell'oggetto di tutela, e la distanza dal comune buon senso, è di tutta evidenza in affermazioni come queste: «il fatto commesso in legittima difesa, in base a un ordine dell'Autorità, su consenso dell'avente diritto, ecc. non è un fatto antiggiuridico perché manca la lesione del bene giuridico»²¹; «le cause di giustificazione altro non sono che i limiti posti alla tutela penale di un interesse [...]. Ove si superi detto limite il reato viene meno perché vien meno l'oggetto della tutela»²²; «Sotto il profilo sostanziale le scriminanti escludono l'offesa [...]. Vi sarà un'offesa in senso naturalistico [...], ma non un'offesa in senso giuridico»²³.

Il secondo, ossia la mutazione dell'antigiuridicità "analitica" in carattere di positivo contrasto appartenente al fatto tipico, produce anch'esso effetti fuorvianti.

Sia la versione dell'antigiuridicità oggettiva, distinta dall'antigiuridicità penale, in quanto conflitto con l'"aspetto valutativo" della norma (i), sia la versione dell'antigiuridicità come contrarietà all'intero ordinamento giuridico (ii) si rivelano infatti insostenibili.

(i) Accertare un conflitto del fatto tipico con la norma incriminatrice, o meglio con il suo aspetto valutativo, prima di averne appurato la colpevolezza, è impossibile: non tanto per la scoperta dei cc.dd. "elementi soggettivi" dell'antigiuridicità, che si traduce, in fondo, semplicemente nel riconoscere la dimensione an-

²⁰ E simmetricamente, ove si ritenga di far prevalere le istanze di difesa sociale, si afferma che il bene giuridico (magari di rango costituzionale) sotteso alla norma scriminante, non può minimamente prevalere sull'imperativo penale.

²¹ G. BETTIOL, *Diritto penale*, VIII ed., Cedam, Padova 1973, p. 112.

²² P. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale* (1947), rist. Cedam, Padova 1972, p. 33.

²³ F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, IV ed., Cedam, Padova 2001, p. 251.

che oggettiva del dolo e della colpa, quanto per la costitutività del rimprovero personalistico ai fini della responsabilità penale: dopo la sentenza 364 del 1988 non si può più scindere, in sostanza, una “norma-comando” da una “norma-garanzia”: la fattispecie penale è precetto.²⁴

Ebbene: la valorizzazione della natura precettiva della norma penale non può trascurare la logica conseguenza di considerare elemento **n e c e s s a r i o** alla sua violazione la possibilità di comprenderne il messaggio imperativo.

Del resto, qual è quella norma la cui violazione non è sanzionata? Giacché, invero, l'indennizzo dovuto per il fatto compiuto in istato di necessità non è sanzione, non è risarcimento. E nessuna misura di sicurezza può essere applicata al non imputabile di cui non si provi la pericolosità.²⁵

Si dirà allora che, per l'appunto, l'unica nozione utile di anti giuridicità è quella “penale”, che essa è l’“in sé” del reato; ciò con due possibili significati: o che anti giuridicità è un termine del tutto superfluo bastando quello di “reato”, ma essendo immediatamente smentiti dalla necessità di far riferimento alla *factio* degli elementi negativi del fatto, oppure che essa è la vera essenza del reato.

A questo punto, si tratta di capire cosa s'intenda per “essenza”, giacché se ci si riferisce alla necessità di dar maggiore corposità all'esangue schema formale della norma è evidente che si ritorna daccapo. Come sanare la frattura tra legge e vita, adeguando il diritto alle nuove istanze sociali? Forse fondendo il profilo materiale e quello formale dell'anti giuridicità sintetica, a scapito della sua nozione analitica?

(ii) D'altra parte, un concetto di anti giuridicità come contrarietà all'intero ordinamento non si giustifica né, apoditticamente, come contrasto con tutte le sue parti, dato che, prima di aver appurato la colpevolezza, non v'è nemmeno la violazione penale, né come contrasto con almeno una parte. Si potrebbe pensare che la norma penale possa fungere da parametro obiettivo per l'affermazione di una responsabilità civile senza illecito. Ma si sarebbe subito sconfessati dal fatto che l'anti giuridicità, di per sé, non implica l'accertamento della sussistenza d'un dan-

²⁴ La critica più corrosiva alla teoria dell'anti giuridicità obiettiva e alla c.d. “norma di valutazione”, è di B. PETROCELLI, *L'anti giuridicità*, IV ed. riveduta, Cedam, Padova 1966, spec. pp. 37 e ss..

²⁵ Questi gli esempi “di scuola” di norme-garanzia.

no risarcibile. Così come non s'è mai collegato alla stessa la verifica di una violazione amministrativa, né della pericolosità sociale dell'incapace, essenziali perché scattino le relative sanzioni (sanzione amministrativa e misura di sicurezza).

L'unica conseguenza ad essa direttamente ricollegabile è l'impedibilità del comportamento. Ma non si creda che quell'"ingiusta" che figura nell'art. 52 c.p. significhi propriamente anti-giuridica: significa semplicemente "ingiustificata". Ovvio, pertanto, che ai fini della legittimità della difesa non si richieda la colpevolezza dell'aggressione.²⁶

Se dunque definire la categoria analitica di anti-giuridicità come contrarietà al diritto significa richiedere qualcosa che essa, in sé, non può esprimere, ciò indica che si sta operando una forzatura. Si tenta di scardinare la norma, di ricercare un *quid pluris* che si colloca al di fuori di essa, una lesione di beni "altri" rispetto a quello tutelato, considerati da altre fonti, ossia da fonti materiali, nell'ottica di un'interpretazione centrifuga del tipo legale. Ciò, eminentemente, allorché l'offesa al bene protetto dalla norma sia già, di per sé, effettiva.

Senza dubbio, gli stessi vocaboli "anti-giuridicità" e "*Rechtswidrigkeit*" sono condizionanti. In una prospettiva storica, tuttavia, essi trovano spiegazione nel fatto che gli unici casi in cui alla soglia di anti-giuridicità analitica corrispondeva una contrarietà in senso stretto con l'ordinamento erano le ipotesi di responsabilità oggettiva (penale). In queste sole ipotesi l'*Unrechtstypus* era veramente un tipo d'illecito.

Oggi, in un sistema in cui gli elementi significativi della fattispecie devono esser coperti almeno da colpa, arretra la costruzione welzeliana secondo cui l'illecito è il fatto tipico insieme al suo predicato di valore.²⁷

Oggi, non si dà più illecito senza colpevolezza!

²⁶ Si vedan, similmente, le avveniristiche considerazioni del PETROCELLI, *L'anti-giuridicità*, cit., p. 65, che, anticipando la tematica delle cc.dd. limitazioni etico-sociali della legittima difesa, scriveva altresì: «Se l'aggressore è un folle o un bambino incosciente, la reazione non può svolgersi allo stesso modo e fino allo stesso punto che contro a un soggetto maturo e normale. Il salvarsi con la fuga, se possibile, diventa in simili casi obbligatorio, il che vuol dire che la tutela contro il pericolo deve rimanere entro i limiti dello stato di necessità (pericolo *non altrimenti evitabile*)». Cfr. anche C. ROXIN, *Anti-giuridicità e cause di giustificazione*, cit., p. 33.

²⁷ H. WELZEL, *Il nuovo volto del sistema penale*, tr. it. di C. Pedrazzi, in *Jus*, 1952, p. 31 e ss., *passim*.

Ciononostante, occorre riconoscere alla nostra categoria “analitica” un necessario ruolo funzionale, tale che il rasoio di Ockham la possa conservare, per la maggiore profondità del ragionamento giuridico. Pur consci del fatto che, differentemente da tipicità e colpevolezza, essa non è degna di un posto nell’ontologia degli universi normativi²⁸, giacché sono le norme scriminanti di cui essa predica l’assenza gli unici veri “enti”, la si mantenga in vita, per sottolineare l’autonomia dei beni sottesi alle cause di giustificazione, denominandola più semplicemente “ingiustizia”: ciò ne rammenterà l’essenza negativa. *Negativae enim non sunt*.

Su questo piano dell’ingiustizia del comportamento, l’interprete potrà rinvenire le condizioni per scrutare con maggiore apertura l’ordinamento complessivo. Non si fermerà più infatti al livello dell’“illecito”, ma spalancherà il suo sguardo alle cause di giustificazione, scorgendone una dalla capacità sistematica maggiore delle altre.

Sì, perché la ricostruzione dell’unità funzionale del diritto/dovere, da sempre negletta nella lettura dell’art. 51 c.p., potrà veramente illuminare un secondo²⁹ ed ulteriore livello di personalità nell’ascrizione della responsabilità penale.

L’assenza, nel loro ordinamento, di una norma simile indusse i giuristi d’oltralpe, negli anni Trenta del secolo scorso, a cercare le ragioni della differenziazione di trattamento già sul piano della rilevanza del comportamento, servendosi però di uno strumento che conduceva diritti ad attingere alla materia giuridica “grezza”, senza filtri di forma legale.

La finalità perseguita con il concetto dell’*Unrechtstypus* era quindi senza dubbio meritoria; gli strumenti utilizzati per darle corpo assai meno, posto che tale nozione implicava, ai fini dell’individualizzazione del giudizio, il ricorso a parametri extra-giuridici (di adeguatezza materiale dell’azione o del rischio).

Ebbene: se tale espediente poteva reggere sul terreno della colpa, data la sua essenza normativa, concretizzatasi nello standard dell’*homo eiusdem condicionis*, nelle fattispecie dolose esso si prestava ai facili e segnalati abusi³⁰.

²⁸ Cfr. R. DELL’ANDRO, voce *Antigiuridicità*, in *Enc. dir.*, vol. I, Giuffrè, Milano 1958, pp. 542-559, *pasim*.

²⁹ Il primo è infatti da ricercarsi già sul piano della tipicità.

³⁰ Anche oggi, pertanto, non dovrebbe mancare una proficua e critica riflessione sull’autentica generalità di un prototipo d’illecito, così trasversale da abbattere le barricate erette dalla costruzione separata delle fattispecie: pare infatti arduo concludere per l’estensibilità di una soglia di rischio consentito o di libera

V. Ipotesi d'istigazione autonoma. – Lasciandoci alle spalle per il momento – salvo riesumarle sul finire della trattazione – queste considerazioni attinenti ad un secondo possibile livello di differenziazione e personalizzazione del trattamento penale³¹, facciamo ora un passo indietro per adempiere la promessa fatta in apertura.

Ci avventuriamo pertanto nella ricognizione delle ipotesi poste a contatto del concorso di persone nel reato, nel tentativo di rinvenire un primo e basilare livello di personalità della responsabilità penale.

Scopriamo anzitutto che, fra i modelli d'incriminazione circolanti al tempo delle codificazioni preunitarie, le fattispecie d'istigazione hanno lungamente e confusamente oscillato “dentro” e “fuori” dei casi di concorso, ossia fra l'accessorietà caratteristica di un paradigma di parte generale e l'autonomia propria delle previsioni di parte speciale.³²

Tale movimento pendolare non pare essersi arrestato nemmeno oggi. Energetiche spinte volte ad indirizzare il tipo di cui all'art. 414 c.p. verso una maggiore relazione con i reati-scopo sono venute dapprima da parte della dottrina e poi dallo stesso Giudice delle leggi, che ha introdotto nell'enunciato positivo un requisito d'idoneità causale prima non previsto (il quale, se vale per il terzo comma, deve valere *a fortiori* per il primo).³³

Occorre considerare che l'interpretazione correttiva è parsa quantomai opportuna nella prospettiva di una mitigazione dell'estrema portata autonomistica che la fattispecie aveva assunto, come mai prima, nel codice Rocco, in nome di una parossistica esaltazione dell'ordine pubblico ideale instaurato col nuovo regime.

azione a tutte le attività umane, specie a quelle dolose non socialmente utili, ossia a contesto di base illecito: cfr. M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, Milano 2004, p. 222, e nota a piè pagina.

³¹ Sul piano, appunto, dell'“in/giustizia” della condotta.

³² Cfr. F. SCHIAFFO, *Istigazione e ordine pubblico. Tecnicismo giuridico ed elaborazione teleologica nell'interpretazione delle fattispecie*, Esi, Napoli 2004, p. 97.

³³ G. FORTI, *Art. 414*, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di A. Crespi, F. Stella, G. Zuccalà, IV ed., Cedam, Padova 2003, in part. p. 1144 e ss..

Problemi sorgono, allora, quando il reato-fine sia commesso, giacché è evidente che la carica di offensività posta a fondamento della citata incriminazione viene in gran parte assorbita da quest'ultimo, con la conseguenza che se per un verso una soluzione in termini di concorso morale *tout court* pare contraddire il dato letterale della clausola d'indifferenza agli esiti della condotta (*i.e.* «per il solo fatto dell'istigazione»), peraltro l'eventuale addebito di un concorso di reati, sia pure in continuazione, sembra ingiustificabile alla luce della postulata struttura lesiva.

Ne discende che pure nello specifico ambito dell'istigazione – così come rispetto ad altre condotte di cui diremo in seguito – si levano gravosi quesiti circa la possibilità di una lettura innovativa della clausola di autonomia, che, non dimentica della lettera della stessa, tenga tuttavia in maggior conto l'evoluzione storica del paradigma legale e al tempo stesso si adegui ad una concezione attuale del principio di responsabilità personale.

La proposta è allora quella di considerare la citata clausola non già come una professione d'indifferenza alle conseguenze della condotta istigatoria, bensì come un fattore di innalzamento del limite minimo edittale, specificamente indirizzato a chi concorra nel reato evocato nelle forme dell'istigazione pubblica, anziché in quelle della sollecitazione privata.

La disciplina risultante, funzionante secondo i crismi della specialità in concreto, sarebbe pertanto la seguente: quando il reato-fine preveda un minimo edittale superiore ad un anno, pena minima dell'istigazione, l'istigatore pubblico sarà punito nella stessa misura di un concorrente ordinario; quando invece il minimo previsto sia inferiore ad un anno di reclusione, allora tale soggetto subirà un trattamento sanzionatorio più grave – nel minimo – dell'esecutore del reato fine, e cioè appunto, data la particolare pericolosità e diffusività della condotta induttiva, non inferiore ad un anno; l'incremento della pena *ex art.* 414 c.p. sino al massimo di anni cinque, infine, sarà riservato ai casi in cui i delitti-scopo commessi siano più d'uno.

È stato, peraltro, recentemente negato³⁴ che possa istituirsi un rapporto di specialità fra le ipotesi istigatorie poste fra i delitti contro l'ordine pubblico e la condotta concorsuale morale di parte generale.

Lo si è fatto, in primo luogo, argomentando da una pretesa difformità del “soggetto logico”, pur nella somiglianza dei “predicati”, quando, al contrario, secondo altra dottrina³⁵, il caso in questione potrebbe agevolmente qualificarsi come forma di specialità unilaterale per aggiunta, come tale pacificamente ammissibile, ove l'elemento aggiuntivo consisterebbe in quel tanto controverso avverbio – “pubblicamente”³⁶ – di cui all'art. 414 c.p..

Si è aggiunto, inoltre, che ad asserire un tale relazione di specialità osterebbe un profilo qualitativo e funzionale, ossia la disomogeneità delle oggettività giuridiche, nella misura in cui l'indifferenziata e cospicua entità della pena prevista per la pubblica istigazione non consentirebbe di istituire alcun nesso con i beni giuridici teleologicamente avvinti.³⁷ Questa lettura sembra contraddire, tuttavia, la già riferita evoluzione del diritto vivente.

VI. Ipotesi di agevolazione dolosa e colposa. – Un certo astrattismo, usuale approdo della teoria dell'equivalenza, spicca eminentemente in quella tradizionale distinzione che si suole fare in dottrina tra condizionalità e semplice agevolazione³⁸, quasi che tra i due concetti corresse un salto logico di essenza.

Solo che si getti lo sguardo su di una soglia un poco più avanzata nel gradiente della concretezza dell'evento, ci si accorgerà invece che la differenza fra i due concetti non può che essere di mera misura o grado.³⁹

³⁴ F. SCHIAFFO, *Istigazione e ordine pubblico*, cit., in sintesi a p. 255.

³⁵ G. DE FRANCESCO, *Lex specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, Giuffrè, Milano 1980, p. 25.

³⁶ È in forza di tale elemento che A. SERENI, *Istigazione al reato e autoresponsabilità. Sugli incerti confini del concorso morale*, Cedam, Padova 2000, p. 161, ritiene l'istigazione autonoma produttiva di un “rischio qualificato” rispetto al generico pericolo di commissione dell'illecito evocato, che caratterizza l'istigazione come forma di concorso morale.

³⁷ F. SCHIAFFO, *Istigazione e ordine pubblico*, cit., *ibidem*.

³⁸ Cfr. ad es. F. ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, Giuffrè, Milano 1984, p. 31.

³⁹ «Per noi tutte le condizioni “meramente agevolatrici”, già solo per il fatto che influenzino in qualche modo l'evento nella sua conformazione concreta – e devono farlo, per essere, in generale, agevolatrici – sono *eo ipso* “decisive”, e dunque in senso stretto causali» (K. ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der*

Non foss'altro perché – anche prescindendo, per ora, da una critica degli strumenti nomologici della fisica tradizionale newtoniana, solitamente utilizzati per appurare il nesso condizionale – pare chiaro che il giudice non possa essere relegato a mero utilizzatore di leggi causali, fungendo quanto meno da selezionatore delle stesse rispetto ai profili di ritenuta rilevanza penale. La commistione tra momento accertativo e momento valorativo è quindi anche in questo caso ineliminabile.

Va peraltro dato conto che certa dottrina⁴⁰ ha in passato tentato di fornire una partizione meno “eterea” fra i due menzionati concetti, facendo riferimento all’oggetto di un giudizio di idoneità, che le volte in cui il legislatore utilizza espressioni come “procura” o “cagiona” consisterebbe nell’evento tutto; quando invece la formula sia “agevola”, sarebbe preferibilmente individuabile in una sola nota o aspetto significativo dello stesso. Donde si desume che la dimensione saliente sia – appunto – da identificare col giudizio di significatività o rilevanza.

Del resto, che pure lo stesso legislatore del 1930, primo paladino dell’ideologia condizionalistica, non abbia individuato su base causale la *ratio* della formulazione di autonome ipotesi di agevolazione emerge chiaramente dal fatto che spesso la fattispecie ausiliaria è, per motivi di disciplina, punita più gravemente rispetto alla stessa condotta “principale” agevolata (si prenda ad esempio la procurata evasione: art. 386 c.p.). In molti casi, poi, il trattamento sanzionatorio per la condotta che “rende possibile” e per quella che “semplicemente agevola” un altrui illecito penale è equiparato.

Piuttosto, pare che l’aspetto determinante sia una qualche nota tipizzante rispetto alla condotta base, che spesso afferisce alla qualità dei soggetti attivi. Si è in proposito rilevato⁴¹ che le fattispecie di agevolazione colposa sono generalmente reati propri, che postulano un ruolo di garanzia in capo all’agente.

strafrechtlichen Tatbestände, Mohr, Tübingen 1931, p. 76).

⁴⁰ L. STORTONI, *Agevolazione e concorso di persone nel reato*, Cedam, Padova 1981, *passim* e, in sintesi, a p. 93.

⁴¹ F. ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, cit., *passim* e, in part., p. 80.

Tralasciando, tuttavia, le ipotesi colpose, per le quali la ragione essenziale – ancorché non unica – di una previsione espressa è senz’alto ravvisabile nel *deficit* positivo di una forma di concorso colposo in delitto doloso, per le fattispecie d’agevolazione dolosa non si vedrebbe la ragionevolezza di un’autonoma e differenziata cornice edittale qualora fra esse e la forma del concorso materiale *ex art.* 110 non vi fosse la benché minima nota distintiva. Ciò significa quantomeno che – escluso che la differenza stia solo in termini di efficienza eziologica, caso cui parrebbe più consona la disciplina dell’art. 114 c.p. – se il fatto principale è “a tratti interni liberi”, a possedere una qualche carica descrittiva dev’essere la condotta agevolatrice; se, al contrario, quest’ultima sia del tutto “atipica” e generica, dovrà possederla il reato base.

In definitiva, dalle ipotesi di agevolazione possono trarsi ulteriori elementi per arginare la “fagocitante” sfera di vigenza del concorso personale con degli strumenti di differenziazione del trattamento, magari fin troppo casistici ed isolati (e di rara applicazione), ma comunque utili ad una lettura complessiva del sistema maggiormente in sintonia con la variabilità del reale.

VII. Il concorso dall’esterno. – Ricostruendo la *ratio* delle ipotesi di agevolazione, s’è appena visto che essa consiste nella presenza di tratti distintivi tipici che debbono essere necessariamente presenti o nella formulazione delle stesse o nel reato di riferimento.

Più in particolare, se il fatto agevolato è dotato di una certa carica descrittiva, ossia è a “tratti interni tipici”, sia esso d’evento, sia di mera azione, la condotta accessoria potrà anche consistere in un rafforzamento o in una facilitazione del tutto generici. In tale evenienza, pare che il legislatore decida di formulare una fattispecie d’agevolazione, differenziando quindi la disciplina da una normale ipotesi di concorso *ex art.* 110 c.p., quando il reato base contempli il comportamento di un soggetto che già astrattamente potrebbe definirsi intraneo o autore principale. Quando, al contrario, la condotta prevista nel tipo base sia eseguibile frazionatamente, perché non altrettanto esclusiva ed infungibile, allora la legge non ritiene necessaria una differenziazione di trattamento, giacché l’intercambia-

bilità soggettiva delle condotte ne conferma l'equivalenza ai sensi della clausola generale del 110 c.p..

Un esempio per chiarire: nessuno, tranne il detenuto, può evadere; pertanto il legislatore differenzia il trattamento penale dell'agevolatore con l'art. 386 c.p.; al contrario, chiunque può porre in essere la sottrazione, la violenza e la minaccia tipiche della rapina; per cui, non essendovi un soggetto legalmente *intraneus*, risulta adatta la generale disciplina concorsuale.

É in quest'ambito che attecchisce la tematica del concorso dall'esterno. Il partecipe di un reato a concorso necessario riveste infatti un ruolo legale essenzialmente diverso rispetto all'estraneo. Sulla base delle esposte ragioni, parrebbe allora corretto riconoscere che il concorso esterno altro non è che una fattispecie di agevolazione *in itinere*, ossia in formazione, che, creata giudizialmente⁴², non pare poter tollerare ancor oltre l'equiparazione di trattamento sanzionatorio rispetto alla partecipazione, essendo ormai giunta ad un punto di maturazione tale da esigere un intervento positivo.⁴³

VIII. Ipotesi di istigazione/agevolazione di un fatto penalmente irrilevante. – Deviamo ora un poco dal fuoco dell'indagine per studiare quei comportamenti tipizzati proprio perché si collocano a ridosso di un fatto penalmente irrilevante, di talché, sebbene in tutto e per tutto simili ad una condotta concorsuale, non potrebbero essere sanzionati a tale stregua.

Ne discende, di necessità, che la formula “fuori dei casi di concorso”, cui s'intitola la presente ricerca, non vada intesa, in quest'ambito, in quel senso stretto e tecnico in cui la utilizzeremo invece solo al paragrafo successivo, giacché il fatto principale qui non costituisce reato ed è, al limite, contrario ad altre norme, non penali.

⁴² Per una serrata critica all'“invenzione” giurisprudenziale della categoria, G. INSOLERA, *Il concorso esterno nei reati associativi: la ragione di Stato e gli inganni della dogmatica*, in *Foro it.*, 1995, cc. 423-431. Per un approccio “giustificazionista”, invece, C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Giappichelli, Torino 2003.

⁴³ Sviluppa un'ampia panoramica sulle prospettive *de lege ferenda*, A. CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo. Le ipotesi delle associazioni per delinquere e di tipo mafioso*, Esi, Napoli 2003, p. 355 e ss..

Perplessità sorgono in chi, avvezzo a considerare il diritto penale come strumento sanzionatorio del *neminem laedere*, constati che tali fattispecie accedono invece, con forza induttiva o rafforzativa, ad un'azione con significato essenzialmente autolesivo.

Ciò non pare affatto in sintonia con il carattere sussidiario dell'intervento penale.

Si prendano ad esempio l'aiuto al suicidio⁴⁴, l'agevolazione e il proselitismo all'uso – in sé penalmente non vietato – di sostanze stupefacenti. Si tratta di reati rispetto ai quali viene spontaneo domandarsi se la *ratio* politico-criminale possa essere individuata, più che in una marginale influenza offensiva sul corpo altrui, nella strategia di colpire indirettamente certi contegni primari, in quanto fonte di ingenti costi sociali (ad es. in termini di assistenza sanitaria), che un formale rispetto dei diritti di libertà individuale impedisce di sanzionare in maniera diretta.

IX. Ipotesi accessorie: favoreggiamento, ricettazione, riciclaggio. – Nate dall'emancipazione dal concorso di persone nel reato, le fattispecie di cui alla rubrica della presente sezione costituiscono il nucleo tematico della nostra indagine.

Anzitutto, perché in esse si trova scritta espressamente la formula di sussidiarietà rispetto alla partecipazione; in secondo luogo, perché, a differenza delle ipotesi di agevolazione, tali incriminazioni presentano uno spettro applicativo sufficientemente vasto da poter illuminare possibilità di *ordina* differenziazione di trattamento rispetto alla piatta uniformità dell'art. 110 c.p..

Ciò le differenzia, ad esempio, dalle ipotesi affini di assistenza agli associati, che, pur contenendo anch'esse la formula, sono utilizzabili soltanto a margine dei delitti associativi, per quanto ampio sia oramai l'utilizzo giudiziale di quest'ultimi.

Sul cammino di un compiuto inveroamento di un personalismo realistico anche nel campo dell'illecito plurisoggettivo si frappongono, tuttavia, abitudini mentali incallite, nonché complessi problemi tecnici.

⁴⁴ Sul quale, si v. M. RONCO, *Il delitto di istigazione o aiuto al suicidio*, in *Crit. pen.*, 2000, p. 93 e ss..

I reati *de quibus* si sono sottratti nei secoli all'onnivora logica della *conditio* a patto di un espediente cronologico, ritagliandosi uno spazio nella post-sfera penalmente irrilevante, ovverosia *post delictum*, cautelandosi in tal guisa pure contro certe illazioni circa un preteso rapporto di specialità rispetto alla partecipazione concorsuale.

Seri problemi si presentano, però, quando il reato base è permanente. E se poi il confine della rilevanza penale fosse più esteso del previsto anche nella post-fase di delitti apparentemente istantanei?

Le pene comminate riflettono la cennata emancipazione e spesso sopravanzano di gran lunga la cornice edittale prevista per il reato presupposto, sicché spesso accade che sia preferibile concorrere in quest'ultimo piuttosto che integrare il tipo accessorio. Eppure sembra che, in ogni caso, e specie rispetto a gravi crimini associativi, i reati puniti "fuori dei casi di concorso" si prestino a fungere da strumenti per una più equa modulazione della risposta punitiva. Ad esempio, l'ipotesi della particolare tenuità della ricettazione (art. 648, II co. c.p.) parrebbe particolarmente appropriata qualora, anziché ad una pluralità d'illeciti, la condotta si riferisca ad un delitto d'origine isolato.

La fisionomia giurisprudenziale sul punto, salvo alcune rare "perle" di cui daremo conto, è attestata su di un profilo arcigno. I nostri giudici, tendenzialmente ancorati a dogmi solidi e inveterati, applicano i tipi dei reati accessori operando una formale distinzione fra tutto ciò che accade prima della consumazione del reato presupposto, addebitandolo – senza sentir ragioni – a titolo di concorso, e tutto quel che interviene successivamente: unico ambito in cui si ritiene possano attecchire le incriminazioni sussidiarie.

Ora, quando la struttura permanente o duratura del *nomen principale* non consente tale immediata soluzione, del tutto dimentichi della tipicità descrittiva, si ripiega direttamente su considerazioni di carattere soggettivo o più spesso intimistico, vagliandosi se nel caso concreto sia da ravvisare un'adesione tutta interiore all'evento plurisoggettivo o se, invece, una conservata neutralità.

Insidie, però, si celano pure nell'autonomo utilizzo delle fattispecie accessorie, sicché si è detto in apertura che il percorso verso un'autentica realizzazione di un diritto penale personale appare qui faticoso sino all'ultimo.

Studiando l'applicazione giurisprudenziale di favoreggiamento, ricettazione e riciclaggio si può infatti aver contezza del modo in cui tali norme sono condotte al cospetto di altri beni giuridici che si prospettino in funzione scriminante: salvo rare eccezioni, si profilano non già ponderati bilanciamenti, ma brutali prevalenze, che mortificano il principio soccombente e il ruolo soggettivo rivestito dall'agente, in totale disprezzo di un'auspicabile ed armoniosa coesistenza di entrambi gli interessi, nel quadro costituzionale complessivo.

Ciò è l'esito prevedibile di già segnalate incongruenze dogmatiche e di certi moduli applicativi tratteggiati, spesso dotati del "pregio" della speditezza, assai meno virtuosi in termini di garanzia. Si accede anche qui alle sfumature dell'elemento intellettuale, si distingue tra azioni più o meno socialmente normali o consuete, quando non si scade nel più banale ed uniformante rigorismo.

I

Fisionomia del diritto vivente

§ 1. Premessa.

Questo capitolo è inteso a sondare le tendenze della recente elaborazione giurisprudenziale circa i rapporti dei reati di ricettazione, riciclaggio e favoreggiamento – nelle loro svariate configurazioni – con il concorso di persone nel reato e con le segnalate esigenze di personalizzazione della responsabilità penale.

Non ci si limiterà, tuttavia, a vagliarne gli esiti in maniera il più possibile neutra ed obiettiva; si tenterà, al contrario, di tematizzare le pronunzie più significative, indagandone le fondamenta teoriche.

Sin da subito, però, può osservarsi questo: l'impressione è che i nostri giudici, nella risoluzione dei casi posti alla loro attenzione in relazione al tema che ne occupa, utilizzino criteri un po' sbrigativi, risultanti come dalla decifrazione di un'alternativa predefinita, piuttosto che operare una ponderata ed il più possibile accurata descrizione del fatto concreto. Pare procedano, cioè, a tratti netti e rettilinei, oseremmo dire quasi “nervosi”, anziché secondo le movenze di una linea ricurva che si adatti perfettamente al caso in questione; di talché il volto del diritto vivente si presenta, in quest'ambito, come segnato da profondi solchi.

Ciò non è solo la conseguenza del carattere anelastico del diritto penale, ma dipende il più delle volte dalla persistente circolazione di sterili dogmatismi, ormai vecchi e irrigiditi.

Due, più di altri, sono degni della nostra attenzione: *in primis*, l'utilizzo del criterio cronologico come pretesa infallibile prova del nove per distinguere la fattispecie accessoria dal concorso nel reato presupposto; poi, il misconoscimento, nell'utilizzo autonomo di tali tipi criminosi, di qualsiasi rilievo al ruolo rivestito da soggetto agente, benché spesso posto a presidio di beni di sicuro rango costituzionale.

Non mancano tuttavia pronunzie divergenti che, rifiutando di accodarsi a moduli ritriti, mostrano come, anche nel nostro sistema penale, non sia impossibile una lettura più mite e più ragionevole dell'istituto concorsuale.

§ 2. Primo tratto indifferenziato: il criterio cronologico per la distinzione fra reato accessorio e concorso nel reato principale.

I. L'ausilio prestato durante la protrazione del delitto presupposto: verso il superamento del dogma. – In relazione alle condotte intervenute durante la fase esecutiva del reato principale la massima giurisprudenziale assolutamente imperante sino a pochi anni or sono era la seguente:

“ogni condotta realizzata nel corso della durata del reato base e prima che questo sia cessato si traduce inevitabilmente in un rafforzamento dello stesso e quindi in un concorso, quanto meno a carattere morale”.

L'affermazione, scorrendo i repertori di giurisprudenza, risulta espressa con più frequenza e con più nettezza nei casi di favoreggiamento che in quelli di ricettazione o riciclaggio, poiché, se non impossibile, come diremo, è meno frequente che queste ultime fattispecie accedano ad un reato di durata o comunque ad una manifestazione criminosa in cui sia abbastanza ampia la distanza tra consumazione formale e sostanziale.⁴⁵

Rispetto all'associazione di tipo mafioso, ad esempio, la Cassazione ha anche recentemente affermato che l'ipotesi del favoreggiamento, tanto personale quanto reale, presuppone l'avvenuta consumazione del delitto associativo, intesa come scioglimento del sodalizio, altrimenti restando configurati, alternativamente, il concorso esterno o la partecipazione.⁴⁶ Ciò consentirebbe fra l'altro di di-

⁴⁵ Peraltro, per l'affermazione tradizionale che la ricettazione attecchisce esclusivamente in fase di post-fatto, cfr. Cass., sez. VI, 13 marzo 1997, n. 8851, Capizzi, in *Giust. pen.*, 1998, II, 442 (che nega la ricettazione, così come la responsabilità ai sensi dell'art. 617-bis c.p., con riguardo alla condotta di semplice predisposizione di memoria di telefoni cellulari – c.d. EPROM –).

⁴⁶ Cass., sez. V., 3 settembre 2004, n. 29887, Iovino, in *Cass. pen.*, 2005, 2249, con nota critica di G. BORRELLI, *Contiguità mafiosa e delitti di favoreggiamento dopo la sentenza Carnevale*.

stinguere fra favoreggiamento e assistenza agli associati, condotta che postula al contrario la persistenza del vincolo associativo.⁴⁷

In tema di sequestro di persona a scopo di estorsione, parimenti, è usuale la statuizione che il favoreggiamento reale può compiersi solo in epoca successiva e non durante la perpetrazione del reato presupposto: in questa fase ogni contributo ricade infatti nella nozione di partecipazione.⁴⁸

Con riferimento all'illecita detenzione di sostanze stupefacenti, poi, la Suprema Corte ha di recente ribadito che, in costanza di detta (altrui, *scilicet*) detenzione, il reato di favoreggiamento non è configurabile ed ogni condotta ausiliatrice integra concorso nel reato.⁴⁹

Infine, è particolarmente significativo – ai nostri fini – l'assunto, relativo alla condotta di mera riscossione di una somma d'illecita provenienza, che «sussiste il concorso di persone nel reato di estorsione anche quando il contributo del correo sia limitato alla fase finale dell'attività delittuosa, dovendosi escludere la configurabilità del delitto di favoreggiamento personale, la cui condotta costituisce un *posterius* rispetto alla commissione del reato»⁵⁰.

Come si può chiaramente notare, le pronunzie richiamate neppure si calano in una considerazione concreta del caso, ponendo la questione in termini pregiudiziali: persistendo la fattispecie base, quella ancillare e sussidiaria – nella specie il favoreggiamento – non è nemmeno astrattamente ravvisabile. Essa può collocarsi, in altri termini, soltanto nella fase del postfatto.

⁴⁷ Cfr., fra le tante, Cass., sez. VI, 9 novembre 1995, Passaro e altri, in *Foro it.*, 1996, II, 627, con annotazioni di C. VISCONTI.

⁴⁸ Cass., sez. I, 7 novembre 2002, n. 754, Prestifilippo, in *Guida al dir.*, 2003, 13, 86.

⁴⁹ Cass., sez. VI, 17 dicembre 2003, n. 4927, Domenighini, in *Riv. pen.*, 2005, 23. Nel medesimo senso, Cass., sez. IV, 22 aprile 1997, Contaldo, in C.E.D. Cass., rv. 207799; Cass., sez. VI, 22 aprile 1994, Sordini, in *Mass. cass. pen.*, 1994, 11, 90. Simili le conclusioni in tema di porto abusivo d'armi: si veda, ad esempio, Cass., sez. I, 27 settembre 1995, Foglia, in C.E.D. Cass., rv. 202532.

⁵⁰ Cass., sez. II, 25 gennaio 2002, Curto, in C.E.D. Cass., rv. 221123. Altrettanto significativa una recente pronunzia in tema di usura, Cass., sez. II, 13 ottobre 2005, n. 41045, Casadei, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, 1098, ove è asserito che, trattandosi di reato “a condotta frazionata o a consumazione prolungata”, la riscossione dei pagamenti delle poste usuarie non costituisce *post factum* non punibile ed è pertanto suscettibile di integrare la partecipazione concorsuale. Soltanto se l'“esattore” non riuscisse nell'intento di riscuotere la somma, potrebbe parlarsi di favoreggiamento, poiché, non essendo ammesso il tentativo di concorso ed essendo il reato *de quo* consumato, resterebbe esclusa la possibilità di una responsabilità per usura tentata.

Brevemente tracciato lo stato dell'arte dell'elaborazione applicativa sul tema in oggetto, poco più innanzi, però, daremo conto di orientamenti in diretto contrasto con quanto sin qui riferito ed intesi a superare il dogma cronologico cui per decenni altri giudici si sono invece costantemente affidati, tanto da avvertire sempre più forte la necessità di un intervento risolutore delle Sezioni Unite.

II. La promessa prima dell'inizio della consumazione del delitto presupposto: resistenza del dogma. – Se per le condotte di contiguità contemporanee a reati di durata la giurisprudenza è solita contestare il favoreggiamento in alternativa al concorso, a proposito della promessa preventiva di ricevere beni derivanti da un reato istantaneo, invece, l'ipotesi che astrattamente si avvicenda alla partecipazione è quella della ricettazione o del riciclaggio. Evidentemente, quando il reato si stenda lungo un certo arco temporale, i giudici ritengono che l'assicurazione del prodotto, del profitto o del prezzo sia operazione essenzialmente rivolta a vantaggio dei correi.⁵¹

Qui, allora, la massima tradizionale potrebbe essere così formulata:

“la promessa di aiuto, l'offerta o l'accordo di trafugare beni provenienti da delitto, intervenuti prima dell'integrazione dello stesso, se poi effettivamente mantenuti, realizzano senz'altro una forma di concorso, generalmente di carattere morale”.⁵²

Tale assunto è stato di recente riproposto per distinguere riciclaggio e concorso nel reato di traffico di stupefacenti, asserendosi che il *post factum* previamente concordato e finalizzato all'occultamento dei proventi del traffico di droga

⁵¹ La ricettazione presenta infatti, rispetto al favoreggiamento, una finalità psicologica *lato sensu* egoistica: il dolo di profitto proprio o altrui.

⁵² Analogo l'atteggiamento di quella giurisprudenza tedesca che ritiene sufficiente ad integrare la coautoria *ex* § 25, abs. II un contributo prestato in fase preparatoria. Cfr., a proposito, C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, Beck, München 2003, p. 82 e ss., il quale ravvisa alla base di tale indirizzo l'accoglimento di una concezione d'autore soggettivistica e sintomatica.

integra concorso.⁵³ Più risalenti, ma immutate nelle conclusioni, sono invece le pronunzie relative alla ricettazione.⁵⁴

Non mancano del tutto, poi, le decisioni in materia di aiuto alla fuga promesso o concordato prima del delitto, contegno pacificamente inquadrato fra le ipotesi tipiche di concorso morale, esclusa ogni riferibilità all'art. 378 c.p..⁵⁵

In quest'ambito, peraltro, la resistenza del dogma cronologico è molto maggiore rispetto a quanto evidenziato nella precedente sezione in relazione alle condotte ausiliatrici tenute durante lo svolgimento del reato presupposto.

III. Sfondo teorico del criterio cronologico: la concezione rigidamente condizionalistica del rapporto causale nel concorso di persone nel reato. – Quello che sinora abbiamo denominato criterio cronologico potrebbe altrettanto correttamente definirsi criterio eziologico.

È infatti evidente che in tanto può sostenersi la rilevanza a titolo concorsuale di qualsiasi condotta relazionata all'evento plurisoggettivo prima del suo esaurimento, così come fanno le citate pronunzie, in quanto si accolga un principio deterministico funzionante secondo la successione di un "prima" e un "dopo": a tale principio, da secoli, si dà il nome di principio di causalità.

⁵³ Cass., sez. V, 14 ottobre 1996, n. 873, Colecchia e altro, in *Cass. pen.*, 1998, 503. Ne riportiamo un passo, a nostro avviso assai indicativo della mentalità giurisprudenziale che si sta cercando di segnalare: «La ricettazione, il favoreggiamento, il riciclaggio postulano un accordo criminoso successivo al reato presupposto. L'accordo precedente, invece, è compartecipazione nel reato principale anche se si traduce in una prestazione eventuale e successiva che non ha valore sostanziale, ma soltanto processuale e probatorio in quanto rivelatore di quella promessa che, intervenuta prima o durante il reato, con l'*animus socii culpae*, è idoneo a rafforzare il proposito criminoso dell'agente ed a determinare quelle condizioni e modalità di tempo luogo ed azione che sarebbero state diverse senza quella promessa. Ciò che rileva, infatti, non è la prestazione *ad adiuvandum*, che potrebbe anche non intervenire per un ripensamento del soggetto che si era impegnato ad eseguirla, ma è la promessa della prestazione che, determinando o rafforzando la risoluzione delittuosa, costituisce concorso nel reato presupposto» (*ivi*, p. 505). Si noti, però, che nel prosieguo della motivazione non si dà affatto conto, in termini effettivi e concreti, dell'ipotizzata efficienza rafforzativa dell'intervenuto accordo sul proposito criminoso: sufficiente è, per i giudici, la sua *a s t r a t t a c o l l o c a z i o n e t e m p o r a l e*.

⁵⁴ Cfr., ad es., Cass., sez. I, 21 dicembre 1987, Scatizzi, in *Giust. pen.*, II, 294.

⁵⁵ Cass., sez. I, 26 giugno 2001, n. 3345, Capasso, in *Cass. pen.*, 2002, 2369.

Altri criteri, sia oggettivi, ad esempio una responsabilità per rischio, sia soggettivi, ad esempio una responsabilità per adesione psicologica, non escluderebbero radicalmente la possibilità di far proprio, *a posteriori*, un fatto altrui.⁵⁶

In effetti, quando, al volgere fra Ottocento e Novecento, i legislatori europei decisero di espungere dall'area della complicità le condotte susseguenti al delitto, lo fecero essenzialmente per ragioni causali.

Che tuttavia “tutto” ciò che precede la consumazione sostanziale del reato principale vada imputato a titolo di concorso, è il frutto di una concezione rigidamente logica di tale principio.⁵⁷

Logica è infatti la natura della teoria dell'equivalenza delle condizioni. È cioè da un punto di vista logico, e non già “storico”, che le condizioni di un evento sono tutte equivalenti fra loro: il medesimo punto di vista assunto da John STUART MILL nell'elaborare i celebri cinque metodi induttivi per la verifica del nesso causale.⁵⁸

Ora: il tradizionale asserto che in tema di concorso di persone un utilizzo rigoroso della formula condizionalistica impedirebbe di applicare una pena ai casi di partecipazione c.d. non necessaria⁵⁹ si è mostrato errato.

La verità è, piuttosto, che il concetto di partecipazione necessaria è relativo. Si è infatti evidenziato come la stessa nozione di agevolazione, di c.d. causalità agevolatrice o di rinforzo, altro non è che una forma di condizionalità, soltanto appuntata ad un fatto storico maggiormente dettagliato e concreto. Come si nota in apertura, pertanto, non v'è alcun salto ontologico fra i due concetti⁶⁰: soltanto, il secondo, ossia l'agevolazione, fa riferimento ad un evento di cui si assumano come rilevanti ulteriori e più sottili aspetti e/o modalità, rispetto a quello cui si

⁵⁶ Sotto questo profilo, è indubbio che il requisito causale rappresenti una prima e fondamentale garanzia.

⁵⁷ Dal quale infatti deriva soltanto, a rigore, che s o l o ciò che vien prima di un determinato evento possa esserne considerato causa, non già che t u t t o ciò che lo precede debba necessariamente essere considerato tale.

⁵⁸ Cfr. M. MAIWALD, *Causalità e diritto penale*, cit., p. 18.

⁵⁹ In tal senso, ad es., L. VIGNALE, *Ai confini della tipicità: l'identificazione della condotta concorsuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pp. 1358-1413, a p. 1360, ultimo cpv. e alle pp. 1364 e ss..

⁶⁰ Ciò è evidenziato chiaramente da quella giurisprudenza che insiste nell'asserire la sicura efficienza causale della partecipazione di minima importanza agli effetti dell'art. 114 c.p.: cfr. L. VIGNALE, *Ai confini della tipicità*, cit., p. 1368, nota 21.

riferisce il concetto di condizione, di talché, rispetto a t a l i aspetti e/o modalità, anche una semplice “agevolazione” è n e c e s s a r i a .⁶¹

La condizionalità, quindi, conserva nell’ambito dell’illecito plurisoggettivo le stesse attitudini espansive che presenta nella responsabilità monosoggettiva. Anzi, forse addirittura amplificate.⁶²

Non può infatti farsi ricorso, tanto agevolmente, al criterio della concretizzazione del rischio vietato, giacché è ovvio che l’evento-reato qui è sempre anche il prodotto delle condotte altrui.

Nemmeno ci si può porre, tanto lievemente, in un’ottica di adeguatezza *ex ante*, giacché si finirebbe per imputare condotte completamente innocue o addirittura ostacolanti l’evento, anziché facilitanti lo stesso.⁶³

E del resto come non riconoscere che proprio su base condizionale si è giunti in giurisprudenza sino al segno di tener per responsabile chi abbia soltanto presenziato sul luogo del delitto?⁶⁴

Si dirà che in ambito monosoggettivo, tuttavia, tali menzionati criteri valgono solo come delimitazione di un nesso eziologico peraltro già appurato. Nella fissazione di tale nesso, com’è noto, il criterio impiegato semmai è un altro: sulla base di leggi scientifiche sarebbe possibile escludere la rilevanza causale di ipo-

⁶¹ Cfr., nella manualistica italiana, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*; G. GRASSO, in M. ROMANO, G. GRASSO, *Commentario sistematico del Codice Penale. II. Art. 85-149*, II ed., Giuffrè, Milano 1996, p. 157. In quella tedesca, si veda H. H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5. Auf., Duncker & Humblot, Berlin 1996, p. 693, ultimo cpv.; nonché, già, E. MEZGER, *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, 2. Auf., Duncker & Humblot, München und Leipzig 1933, p. 412 e ss.. *Contra*, per una distinzione comunque qualitativa tra condizionalità necessaria e agevolazione, F. ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, Giuffrè, Milano 1984, pp. 30-34.

⁶² Sostiene l’autonomia dei problemi di imputazione della responsabilità concorsuale rispetto alla spiegazione dell’evento monosoggettivo, G. INSOLERA, *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, Giuffrè, Milano 1986, pp. 21-30 (§ 5 del primo capitolo). Si veda anche Id., voce *Concorso di persone nel reato*, in *Dig. pen.*, II, Utet, Torino 1988, pp. 437-502, in partic. il § 9.

⁶³ G. INSOLERA, *Problemi di struttura*, cit., p. 29, fonda sull’art. 115 c.p. il diniego di una prospettiva *ex ante*.

⁶⁴ Cfr. M. DONINI, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1984, pp. 175-245, in partic. p. 197, note 61 e 62. Per una casistica giurisprudenziale sul tema, si veda A. SERENI, *Istigazione al reato e autoresponsabilità*, cit. p. 29 e ss..

tetici fattori alternativi, ciò che consentirebbe di affermare con pratica certezza l'effettiva condizionalità dell'operato del reo.

Me è proprio a tale proposito che, nel prosieguo, vorremmo farci carico di dimostrare la fondata sussistenza di un ragionevole dubbio circa l'effettiva possibilità di un tale procedimento di esclusione.

Infine, pare doveroso notare, prima di concludere, che la richiamata giurisprudenza mostra spesso la tendenza ad operare, cautelativamente, la conversione dell'addebito di concorso materiale in quello di concorso morale. Si tratta di un espediente, o meglio di una scappatoia, per condurre la decisione su livelli più scivolosi e quindi più difficilmente attaccabili. Invero, se può sempre contestarsi la necessità dell'apporto fisico del correo, sarà invece assai più arduo per la difesa provare che l'esecutore, senza l'impulso psichico del proprio assistito, avrebbe agito egualmente.⁶⁵

Complessivamente descritto, però, il rigido approccio condizionalistico alla tematica del concorso di persone frustra le esigenze di un'equa ponderazione dell'apporto singolo, amplificando la lesione al principio di responsabilità personale; pone nell'ombra qualsiasi dato di tipicità descrittiva che non sia il vago art. 110 c.p., in diretto e totale conflitto con il canone di celsiana memoria (*nisi tota lege...*); elude ogni pretesa di realismo nella definizione globale – legale e giudiziale – dei fatti penalmente rilevanti.

In definitiva, il dogma ezio-crono-logico tende ad oscurare le modalità, i caratteri e l'importanza dell'agire, valorizzandone una sola dimensione: quella temporale.

IV. Tratti non allineati. Pronunzie che ammettono la configurabilità della fattispecie accessoria nella costanza di quella principale: autentiche “perle” e banali scadimenti soggettivistici. – La fisionomia della giurispruden-

⁶⁵ Osserva, a proposito, A. SERENI: «[...] è Samson a notare acutamente come il “rafforzamento psicologico” degradi con facilità al ruolo di fattispecie di raccolta di tutte le ipotesi in cui insorgano difficoltà probatorie del nesso causale o in cui il contributo materiale non abbia sortito l'effetto agevolatore (casi di conversione in concorso materiale). Del resto, massima è l'incertezza del giudizio controfattuale nell'acertamento psichico» (Id., *Istigazione al reato e autoresponsabilità*, cit., p. 135).

za non è poi così netta come sembri ad una prima impressione. Vista più da vicino, infatti, essa pare segnata anche da tratti non perfettamente allineati.⁶⁶

È possibile citare a modello dell'indirizzo divergente qui evocato pronunzie più o meno recenti, sebbene l'attualità del tema, più che dalla vicinanza cronologica delle decisioni, sia data semmai dalla pendenza di un aspro conflitto giurisprudenziale, tuttora irrisolto.

Assai significativa è allora, anche per altri motivi che evidenzieremo nel prosieguo, la pronunzia della I sez. penale del 30 gennaio 1992, ove fra le molte altre statuizioni si afferma che, anziché la partecipazione nell'associazione, si ritiene integrato il reato di ricettazione, essendosi l'imputato limitato ad impiegare gli interessi relativi ad investimento di capitali di una famiglia "mafiosa".⁶⁷

Procedendo in ordine di tempo, incontriamo poi una pronunzia del 1995, per molti versi mirabile, in cui, distinguendosi fra consumazione iniziale e sostanziale, non soltanto si ammette la configurabilità del favoreggiamento in costanza della altrui condotta detentiva di sostanza stupefacente, ma addirittura si tenta d'incentrarne la distinzione dal concorso nel reato su base oggettiva, valorizzando al massimo il dato descrittivo della fattispecie.⁶⁸

Il che, a dispetto delle apparenze, non è affatto scontato, se è vero che successive prese di posizione della Suprema Corte (ad es. Cass., sez. VI, 9 aprile

⁶⁶ Deve peraltro riconoscersi che se non fosse stato per la "benedizione" del concorso esterno in associazione mafiosa da parte delle Sezioni Unite della Suprema Corte, il problema della ravvisabilità della fattispecie ancillare nel corso della permanenza di quella presupposta non sarebbe stato tanto discusso come invece è accaduto negli ultimi lustri.

⁶⁷ Cass., sez. I, 30 gennaio 1992, Altadonna ed altri, in *Cass. pen.*, 1993, 1679.

⁶⁸ Cass., sez. VI, 6 giugno 1995, Monteleone, in *Cass. pen.*, 1996, 1151, con nota di R. BLAIOTTA, *Favoreggiamento e reato permanente nella giurisprudenza della Suprema Corte*. L'encomio per questa pronunzia non può però essere del tutto incondizionato perché si rinviene, in motivazione, anche l'adesione ad un precedente (Cass. n. 8029/1986) tutto basato su un criterio discrezionale di carattere soggettivo. Dopo una prima impressione, per cui si è indotti quasi a ritenere che la Corte presti fede alla lettura del favoreggiamento come reato a dolo specifico, ci si rende però velocemente conto che si tratta semplicemente di un omaggio formale, in quanto il cuore della decisione è racchiuso nel seguente argomento: «per ritenere la sussistenza del concorso nel reato in questione è necessario escludere che il Monteleone intendesse limitare il suo contributo ad aiutare il conducente dell'autoveicolo Rigo, detentore della droga, a disfarsi della sostanza (cioè a far cessare la detenzione) e a sottrarlo all'accertamento da parte della polizia». In ciò pare d'intravedere la riproposizione di un *discrimen* dotato di dignità positiva sotto il vigore del codice Zanardelli, il quale limitava il favoreggiamento (art. 225) alle condotte inidonee a condurre "a conseguenze ulteriori" il delitto presupposto.

1998, Lippi ⁶⁹), pur ammessa la possibilità di un favoreggiamento personale in costanza di un sequestro di persona a scopo d'estorsione, basano la distinzione dal concorso su argomentazioni esclusivamente psicologiche, ovverosia sulla presenza o meno dell'*animus socii*.

Si potrebbe allora immaginare, in scala di crescente gradimento, questo tritico di sintesi: i) pronunzie che negano a priori la ravvisabilità della fattispecie accessoria nella permanenza di quella principale, fondandosi sul denunciato dogma ezio-crono-logico; ii) pronunzie che ne ammettono la configurabilità, ma scendono poi in distinzioni tutte soggettivistiche o, peggio, intimistiche; iii) decisioni, infine, che ammettono l'integrazione della fattispecie famulativa nella costanza del reato a monte, senza però rinunciare, nel contempo, a fondare su basi rigorosamente oggettive e modali la distinzione tra fattispecie punite "fuori dei casi di concorso" e concorso.

Descritti i casi del primo tipo nelle precedenti sezioni del presente paragrafo, giova indugiare un poco, in nota, per conoscere ulteriori esempi del secondo⁷⁰ e del terzo⁷¹ tipo.

⁶⁹ In *Cass. pen.*, 2000, 71.

⁷⁰ Su base psicologica distinguono anche: *Cass.*, sez. I, 5 dicembre 2000, Patteri e altro, in *Cass. pen.*, 2002, 244 (in tema di intermediazione nel sequestro di persona a scopo di estorsione, fattispecie punita con la stessa pena del favoreggiamento reale, e che distingue dal concorso nel reato sulla base dell'assenza dell'*animus socii*); *Cass.*, sez. II, 22 ottobre 1984, Monopoli, in *Cass. pen.*, 1986, 891 (in tema di sequestro di persona a scopo estorsivo, che ritiene sufficiente a fini concorsuali il dolo generico); *Cass.*, sez. II, 9 maggio 1984, Genesio, in *Giust. pen.*, 1985, II, 134 (che, in relazione al medesimo reato, ritiene invece necessaria la condivisione della specifica finalità dolosa); nella giurisprudenza di merito, Trib. Palermo, 6 giugno 2001, Picone, in *Foro it.*, 2002, II, 202 (per cui la messa a disposizione dell'associazione criminale di una villetta a mo' di magazzino non integra di per sé concorso esterno se non laddove assistita dalla consapevolezza della "straordinarietà del proprio contributo").

⁷¹ Più recenti, per converso, le posizioni "oggettiviste". Assai significativa, nel complesso, *Cass.*, sez. I, 28 settembre 1998, n. 13008, Bruno ed altri, in *Cass. pen.*, 1999, 2510, che, peraltro in piena sintonia con un pronunciamento della S.C. del 1995 (imp. Salinitro), conclude: «Più specificamente può dirsi che il delitto di partecipazione ad associazione per delinquere si distingue da quello di favoreggiamento, in quanto nel primo il soggetto opera *organicamente e sistematicamente* con gli associati, come elemento strutturale dell'apparato del sodalizio criminoso, anche al fine di depistare le indagini di polizia volte a reprimere l'attività criminosa dell'associazione o a perseguire i partecipi di tale attività; mentre nel reato di favoreggiamento il soggetto aiuta *in maniera episodica* un associato, resosi autore di reati rientranti o non nell'attività prevista dal vincolo associativo, ad eludere le investigazioni della polizia o a sottrarsi alle ricerche di questa» (p. 23 della motivazione inedita, ove peraltro è dato notare l'erosione di qualsiasi spazio frammentario fra partecipazione e favoreggiamento continuato); nel medesimo senso, ma con motivazione più sintetica, perché concernenti ricorsi contro provvedimenti cautelari, si vedano *Cass.*, sez. VI, 15 novembre 2004, Macrì, in *Riv. pen.*, 2005, 716, che ricalca integralmente la *ratio decidendi* della sent. ora

Volendo infine trarre un bilancio dalla citata produzione giurisprudenziale, può notarsi una crescente tendenza al superamento del dogma cronologico in relazione a quei comportamenti secondari ed ancillari che si collochino temporalmente in un periodo coevo alla protrazione del reato principale. Esso resiste vigorosamente, invece, per ciò che concerne quelle condotte che, precedendo la stessa consumazione iniziale del delitto base, si ritiene non possano che tradursi in un sostegno morale all'autore dello stesso.

Ebbene: questa dissonanza di soluzioni è, a sua volta figlia, di un modo di ragionare rigido, logicista e freddamente tecnico-giuridico. Basti pensare che il risultato di riconoscere la compatibilità tra reato attualmente permanente e favoreggiamento è stato raggiunto, in giurisprudenza, solo a patto di una revisione letterale dell'interpretazione di talune fattispecie accessorie (ad es. riferendo la locuzione «dopo che fu commesso», di cui all'art. 378 c.p., non già alla consumazione, bensì al perfezionamento).

Al contrario, la distinzione fra le due ipotesi dovrebbe svanire agli occhi di giudici attenti ad una descrizione realistica e concreta dell'operato del reo. È evidente infatti che, ove non si sia rigorosamente provato un sensibile e rilevante influsso del previo accordo o della previa promessa sulla decisione di agire dell'esecutore materiale, tale fattore preventivo e sintomatico dovrebbe scolorare di fronte al contegno effettivamente tenuto dopo la commissione del delitto. D'altronde, parrebbe pure conforme a "logica", se intesa come "buone senso", che se si è promesso di favoreggiare o di ricettare si venga poi puniti, una volta mantenuta la promessa, a titolo di favoreggiamento o di ricettazione e non già a titolo di concorso.

cit., e Cass., sez. II, 23 novembre 2004, n. 4252, Gambacorta, in *Guida al dir.*, 2005, 11, 98. Si vedano, inoltre, Cass., sez. I, 11 novembre 2003, Franchini, in *Riv. pen.*, 2005, 1395 (che, in tema di associazione finalizzata al narcotraffico, tuttavia, non si esime dal precisare che «salvo ipotesi marginali (nella specie non sussistenti) la condotta di favoreggiamento durante la permanenza di un reato comporta concorso nello stesso»); nonché Cass., sez. IV, 3 settembre 1996, Brando, in *Cass. pen.*, 1998, 801 (che fonda su base modale il *discrimen* fra delitto aggravato ex art. 7 d.l. 152 del 1991 e concorso esterno nell'associazione). Sui delicati profili di ermeneutica della fattispecie circostanziata ex art. 7, si veda, in particolare, G. DE VERO, *La circostanza aggravante del metodo e del fine di agevolazione mafiosi: profili sostanziali e processuali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, pp. 42-73, spec. p. 54, u.cpv., ove la ragione dell'autonomia dal concorso esterno nell'associazione è ravvisata nella decisività di quest'ultimo rispetto al mantenimento in vita della stessa. Infine, a proposito del rapporto fra concorso esterno ed art. 648-ter c.p., cfr. Cass., sez. VI, 21 settembre 2000, Villecco, in *Cass. pen.*, 2001, 2064.

§ 3. Secondo tratto indifferenziato: l'usuale irrilevanza dell'art. 51 c.p. nell'autonoma applicazione delle fattispecie accessorie.

Quel che colpisce – nell'ottica del principio di responsabilità personale – dell'utilizzo giurisprudenziale delle ipotesi penali ancillari e sussidiarie è la sostanziale disapplicazione di una norma, l'art. 51 c.p., che, invece, per contenuto e collocazione topografica, dovrebbe costituire la pietra di paragone di ogni statuizione di rilevanza criminale, specie nell'applicazione di tipi di reato ampi e scarsamente descrittivi come quelli oggetto del presente studio.

Gli esiti di un tale misconoscimento, prima di vederne più da vicino le concrete manifestazioni, possono essere schematizzati come segue: i) l'applicazione rigorosa ed uniformante – *i.e.* indistinta – della fattispecie accessoria, quale che siano le mansioni rivestite dall'agente e senza alcuna considerazione del volume di rischio penale incombente sul medesimo; ii) l'incongrua svalutazione dei beni profilatisi in funzione scriminante e la loro automatica ed irrimediabile soccombenza, quale che ne sia il rango, ancorché costituzionale; iii) il discernimento del confine di liceità in base ad un apprezzamento della normalità sociale del comportamento, del tutto slegato da parametri legali ed attento soltanto ai dati sintomatici della sua giustizia materiale; iv) la decisione sulla base della valutazione dell'elemento psicologico e della finalità interiore, usuale rifugio di giudici miopi dinanzi a soluzioni fondate sul dato positivo, benché prive di solare immediatezza.

La comprensione di questi dati empirici, come diremo, non può andar disgiunta dalla ricostruzione ed analisi del loro retroterra dogmatico. Vedremo allora quanta parte continui a giocare, nella tradizione giudiziale di tali moduli operativi, il concetto di illecito, di *Unrechtstatbestand*, quale primo elemento dell'analisi del reato.

I. Favoreggiamento, concorso esterno e figure professionali: topica giurisprudenziale. – È oramai un *tòpos*, sia in letteratura che in giurisprudenza, il tema dei confini fra mandato difensivo dell'*advocatus* e reato di favoreggia-

mento personale. La consistente mole delle pronunzie, non ci impedirà peraltro di indagarne il particolare e segnalato profilo: la rilevanza della scriminante codicistica dell'art. 51 c.p. nella formazione delle rispettive *rationes decidendi*.

Ora, proseguendo con ordine, va premesso che è un comune modo di procedere quello di segnare il limite della difesa tecnica in corrispondenza delle regole legali e deontologiche che disciplinano lo statuto normativo del professionista. Eppure, tale aggancio positivo, in quanto non sostenuto da una consapevole collocazione dogmatica, appare quasi sempre come un riferimento formalistico, volto a coprire le più varie letture del comportamento tenuto nel caso concreto, declinabili, queste, secondo la griglia in quattro punti sopra esposta.

Allora, ad esempio, soffermandosi solo sui passaggi più significativi ai nostri fini, viene in rilievo una pronunzia del 1994⁷², con cui si condanna un avvocato penalista per aver esercitato pressioni su un soggetto, potenziale coindagato del proprio assistito, per indurlo a non rispondere in sede d'interrogatorio. La decisione oscilla fra i moduli argomentativi indicati ai precedenti punti i) e ii), ossia fra l'applicazione indiscriminata della norma incriminatrice e l'assoluta prevalenza del bene da essa tutelato rispetto ad ipotetiche figure scriminanti, che nella specie si arrestano invece allo stato di pretese velleitarie.

Dopo aver premesso che il diritto di difesa è uno fra quelli costituzionalmente più significativi e che tuttavia esso deve armonizzarsi con necessità di ordine generale, di rango non inferiore, si legge infatti: «Tra queste ha una preminente posizione l'interesse dello Stato all'amministrazione della giustizia e alla sua concreta attuazione»; ne discende che «nella scelta dei metodi o degli strumenti cui il difensore ritiene di far ricorso per la tutela degli interessi dell'imputato esiste un limite oggettivo, costituito dall'osservanza di quegli obblighi e di quei divieti espressamente indicati come illeciti penali, oltre i quali anche il comportamento del professionista non sfugge alla sanzione»⁷³.

Presto ci si accorge, quindi, di quanto affettato e formale sia il richiamo alla protezione costituzionale del diritto di difesa e alla necessaria armonizzazione

⁷² Cass., sez. VI, 18 ottobre 1994, Berruti, in *Dir. pen. e proc.*, 1995, 335, con nota di P. PISA, *Avvocati e favoreggiamento personale: ancora un caso dubbio*.

⁷³ Nello stesso senso ragiona Cass., sez. VI, 27 maggio 1986, Sartori, in *Cass. pen.*, 1987, 297.

con altri interessi, se poi il valore di esso viene completamente azzerato dinanzi alla secca prevalenza di ragioni di difesa sociale. Si deve condividere appieno, allora, il giudizio dell'annotatore: «É fuorviante impostare il problema in termini di illiceità “intrinseca” dell'attività»⁷⁴; perché, per l'appunto, si tratta di individuare i l i m i t i entro cui essa è lecita.

Del resto, assente qualsiasi richiamo, anche fugace, all'art. 51 c.p., *tamquam non esset*, par di capire che la decisione si muova sul piano stesso della rilevanza penale, ossia sul piano dell'illecito, non già su quello della giustificazione della condotta. La questione è se il comportamento del difensore integri il tipo d'illecito, l'*Unrechtstypus*, dell'art. 378 c.p.; nemmeno astrattamente si considera che la pure effettiva integrazione di tale norma possa, nella specie, essere coperta dall'esimente codicistica: tutto va risolto sul piano della tipicità.⁷⁵

Indicativa di una sorta di discrasia fra motivazione “apparente” e motivazione “reale”, è invece Cass., sez. VI, 29 marzo 2000, ric. Fasano⁷⁶, ove, di primo acchito, parrebbe la decisione appuntarsi sulla correttezza deontologica, in termini di liceità/illiceità, dell'apprensione delle notizie concernenti la prossima emissione di provvedimenti cautelari a carico del proprio difeso (e di altri sodali)⁷⁷, quando, al contrario, scorrendone integralmente il testo, ci si avvede di passaggi come questo: «l'aiuto ad eludere le investigazioni e le ricerche dell'Autorità va apprezzato, specie con riferimento alla posizione del difensore, non in maniera

⁷⁴ Così P. PISA, *op. cit.*, che soggiunge: «se l'interesse dell'amministrazione della giustizia fosse davvero sempre prevalente sul diritto di difesa si finirebbe per imporre al difensore di astenersi da tutti i comportamenti che obiettivamente “recano intralcio” alle indagini dell'accusa. [...] In realtà il vero problema è stabilire fino a che punto l'esercizio del diritto di difesa possa contrapporsi alle esigenze sottese all'amministrazione della giustizia» (*ivi*, p. 338).

⁷⁵ Così, del resto, recentemente in dottrina: «Traendo spunto dalle affermazioni della Corte si può affermare che la condotta del difensore, che sia esplicazione del mandato difensivo, non realizza il fatto tipico. Al riguardo, non si concorda con l'opinione secondo la quale le condotte del difensore, rientranti nell'esercizio del mandato sono giustificate in base all'esercizio di un diritto, come a dire che vi è il fatto tipico ma non l'antigiuridicità» (A. D'AMBROSIO, *Condotta tipica, esercizio del mandato e abuso nel reato di favoreggiamento personale*, in *Cass. pen.*, 2001, 1798, p. 1808).

⁷⁶ In *Riv. pen.*, 2000, 893.

⁷⁷ In verità, in questo specifico caso, afferendo l'attività del legale più propriamente al *càvere*, al dar consiglio, al suggerire, al suo essere *juris consultus*, che all'area delle cosiddette informazioni fattuali, tale distinzione non sarebbe stata nemmeno necessaria, essendo tali attività lecite in ogni caso. Per una compiuta distinzione tra prestazioni «*durch Rat*» (consulenza) e «*durch Tat*» (comportamenti fattuali), si veda ancora P. PISA, *op. cit.*, 335 e ss.; sul tema, cfr. anche F. TAGLIARINI, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, in AA. VV., *Diritto penale*, cit., p. 176.

freddamente oggettiva e nella sua formale ed astratta corrispondenza al modello legale di reato, ma come concreta ed effettiva espressione di una “solidarietà anomala” con la persona difesa, il che ovviamente esorbita dal compito istituzionale dell’avvocato». Ecco allora come può spiegarsi la formula terminativa adottata (“il fatto non costituisce reato”), nell’assenza, pure qui, di qualsiasi richiamo a scriminanti codificate: a restare escluso è l’elemento psicologico del reato, sicché l’eccedenza dai limiti deontologici viene letta non già come eccedenza dai termini di una scriminante legale, bensì come sintomo di una connivenza morale e socialmente inadeguata col proprio assistito⁷⁸.

Il concetto di solidarietà anomala, dunque, vera “pietra filosofale” della ricerca giudiziale, colloca questa pronuncia a mezza via fra l’esplicita adesione ad una concezione sostanziale dell’antigiuridicità e una piena condivisione di moduli solutori intimistico-soggettivi⁷⁹. L’accoglimento del dogma dell’*Unrechtstatbestand* conduce, quindi, ad un’interpretazione centrifuga della fattispecie, alla ricerca di un dato che l’arricchisca dal di fuori, il tutto nella piena svalutazione di soluzioni ancorate al diritto positivo.

Pare invece afferrare la sostanza del problema, ossia la diversa entità del rischio di incorrere in fatti di rilievo penale a seconda del tipo di mansioni svolte dall’agente, Cass., sez. VI, 21 marzo 2000, ric. Liguoro⁸⁰, che tuttavia mostra in tutta la sua evidenza la segnalata povertà di strumenti d’inquadramento dogmatico di cui soffre la nostra giurisprudenza. La Suprema Corte è costretta, per tal guisa, ad utilizzare il lessico del linguaggio comune: «è pacifico che il difensore di persona imputata nel processo penale può essere responsabile del reato di fa-

⁷⁸ D’altronde, che il “cuore” della vicenda, ad avviso di buona parte della giurisprudenza, non stia tanto nel rispetto della normativa professionale è confermato da App. Lecce, 18 maggio 1999, in *Corti Bari, Lecce e Potenza*, 2000, II, 65, che ha affermato la sussistenza del reato *ex art.* 378 c.p., benché avesse dapprima escluso l’illecita acquisizione e rivelazione della notizia da parte dell’avvocato al proprio assistito. Ben diversamente motivavano Cass., sez. I, 24 febbraio 1992, Barbieri, in *Cass. pen.*, 1994, 933, e Cass., sez. I, 27 gennaio 1986, Pargalia, in *Giust. pen.*, 1987, II, 394, assumendo come semplicemente indiziante, ma di per sé non sufficiente, la rivelazione del segreto istruttorio.

⁷⁹ In motivazione si legge una affermazione che pare ricalcare anche letteralmente la teoria finalistica dell’azione, come importata in Italia da C. FIORE: «la conformità a una fattispecie implica “non soltanto una certa configurazione esteriore della condotta, ma anche un contenuto significativo del volere che corrisponde al significato descritto nella fattispecie”» (cfr. ID., *L’azione socialmente adeguata nel diritto penale*, Morano, Napoli 1966, pp. 112-118).

⁸⁰ In *Cass. pen.*, 2001, 1795.

voreggiamento a vantaggio del cliente, ipotesi che si verifica in ogni caso in cui l'attività posta in essere dall'avvocato costituisca comportamento estraneo alla difesa tecnica dell'assistito e si identifichi quindi in attività che può compiere qualsiasi altro favoreggiatore».

Passando ora dalle contestazioni a titolo di favoreggiamento a quelle a titolo di concorso esterno⁸¹, si può notare un'evidente proliferazione delle valutazioni socio-criminologiche. Ciò, in sintonia peraltro con la diffusione giornalistica e popolare dell'epiteto "avvocato della mafia", è in buona misura dovuto al fatto che la prova principe dei processi di mafia consiste nelle dichiarazioni dei collaboratori di giustizia, i quali, più che riferire di specifici comportamenti, spesso riportano all'organo inquirente la propria personale valutazione circa la maggiore o minore vicinanza di un determinato soggetto rispetto al sodalizio criminale.⁸²

Tali apprezzamenti, pur salienti da un punto di vista indiziario, non dovrebbero avere, specie se singolarmente considerati, rilevanza decisiva ai fini della qualificazione giuridica del comportamento tenuto dal professionista, così come del resto ha tenuto a precisare la Corte di legittimità nel 1994⁸³.

A questo rigore metodologico sembrerebbero ispirarsi anche alcune pronunzie del Trib. di Palermo⁸⁴, di poco successive. Premette infatti il giudice siciliano

⁸¹ Si resterebbe peraltro in ambito extraconcorsuale, ove si intenda, come spiegato in introduzione, il concorso esterno come fattispecie d'agevolazione in via di formazione.

⁸² Cfr. R. D'ANTONI, *La responsabilità penale dell'"avvocato della mafia"*, in AA.VV., *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio. Un contributo all'analisi e alla critica del diritto vivente*, a cura di L. Picotti, G. Fornasari, F. Viganò, A. Melchionda, Cedam, Padova 2005, pp. 71-84.

⁸³ La Corte di Cassazione, chiamata a pronunziarsi sulla ravvisabilità del concorso esterno in capo all'avv. M. C., precisa: «Si tratta, pertanto, di specificamente esaminare in concreto la struttura del singolo reato plurisoggettivo al fine di acclarare la possibilità di un concorso eventuale di persone nel medesimo. Ovviamente i parametri per tale esame saranno dati dal dettato legislativo e non potranno derivare dalle conoscenze fattuali della struttura delle singole associazioni per delinquere (ad esempio, certa adesione all'organizzazione per chi è qualificato "uomo d'onore", "dantista" o risulta "combinato" o "pungiutu"; non aderenza alla medesima da parte di chi è qualificato "affiliato", "avvicinato"», *et similia*), utilissime per l'acquisizione di elementi proficui per le indagini e l'ampliamento dello spettro conoscitivo di detti organismi criminosi, ma pur sempre costituenti materiale di fatto la cui valutazione, al fine di affermare o meno la responsabilità di un soggetto in ordine al reato di cui all'art. 416 *bis* c.p., è riservata alle norme del vigente ordinamento penale e non alla valenza datagli dalle "regole" interne dell'organizzazione criminosa» (sez. I, 18 maggio 1994, Clementi, in *Foro it.*, 1994, II, 560).

⁸⁴ Trib. Palermo, 18 novembre 1996, Cordaro e Clementi, in *Foro it.*, 1997, II, 611, con nota di C. VISCONTI, *Difesa di mafia e rischio penale*.

che le condotte dei due legali, imputati nel caso di specie, vanno valutate per la concreta efficienza eziologica sui destini dell'associazione, spiegate in violazione delle regole deontologiche di riferimento, secondo un argomento peraltro in perfetta linea con la prassi applicativa concernente il favoreggiamento personale.

Tuttavia, scendendo ad esaminare più nel dettaglio la trama motivazionale, si scorgono pure riferimenti non proprio rigorosi, e ciò sia nel capo di condanna che in quello di assoluzione.

In malam partem, a carico dell'avvocato poi condannato, si mette in evidenza che uno dei figli di costui era stato battezzato da un noto esponente di "Cosa Nostra", circostanza che «non può trovare spiegazione e giustificazione, in ragioni che vanno al di là dell'antica amicizia, nata sui banchi di scuola», giacché allo stesso «non poteva sfuggire la particolare significanza che nell'ambiente della criminalità mafiosa viene attribuita al rapporto di comparaggio nascente dall'assunzione della qualità di Padrino in occasione del battesimo». Sembra quindi che, per giustificare una condanna a titolo di concorso esterno, anziché per favoreggiamento o per concorso in uno dei delitti scopo, si senta il bisogno di affiancare alla prova della concreta efficacia causale degli atti d'agevolazione – nella specie consistenti nell'aver fatto pressioni su di un medico legale, poi assassinato da alcuni sodali, affinché modificasse gli esiti compromettenti di una perizia dattiloscopica – quella di una sensibile eterodossia sociale comportamento tenuto dal professionista.

In bonam partem, per converso, gioca un ruolo decisivo ai fini dell'assoluzione dell'altro professionista il fatto che nel quaderno utilizzato come registro della contabilità mafiosa, rinvenuto in via d'Amelio n. 68 (c.d. "libro mastro"), costui «appare normalmente inserito insieme a tutti gli altri legali della famiglia e identificato, analogamente agli altri difensori, con il solo cognome»: non era evidentemente sufficiente l'aver dimostrato il rispetto delle regole deontologiche per ritenerne la non punibilità.⁸⁵

⁸⁵ Nella stessa linea e sempre nell'ambito di argomentazioni a fini assolutori, sono significative le conclusioni cui lo stesso Tribunale giunse in un successivo caso, che suscitò notevole clamore nell'opinione pubblica, in quanto concernente un noto avvocato penalista siciliano, all'epoca Presidente della Provincia di Palermo. La sentenza 4 aprile 1998 (in *Foro it.*, 1999, II, 44) lo assolse dall'accusa di concorso eventuale nell'associazione mafiosa, sulla base di una tesi volta a valorizzare il ruolo istituzionale e sociale dell'Avvocato, a scapito di una rigorosa applicazione delle norme deontologiche. Infatti, a fronte della

In definitiva, l'usuale assenza di qualsivoglia riferimento all'art. 51 c.p., conduce, anche in questo caso, ad un utilizzo meramente sintomatico delle regole deontologiche, assurgendo ad autentico *thema decidendi* l'anomalia etica e sociale del contegno mantenuto dal reo.

Altro professionista spesso in stretto contatto con ambienti malavitosi è il *m e d i c o*. Le recenti pronunzie concernenti tale figura sono, se possibile, ancor più significative di quelle analizzate *retro* circa il ruolo dell'avvocato penalista, perché quasi interamente disancorate da riferimenti alla normativa di categoria.

La sesta sezione penale⁸⁶, ad esempio, ha di recente confermato la condanna d'appello a titolo di favoreggiamento personale a carico di un esercente la professione sanitaria, incentrandosi sul dato – invero, oltretutto, piuttosto isolato – che costui si era rivolto al latitante cui aveva prestato assistenza con l'affettuoso appellativo di “zio”. La medesima sentenza poi, in altro capo, relativo questa volta al primario dell'ospedale palermitano, ne ha confermato l'assoluzione asserendo che la mancata registrazione della visita «non costituisce una condotta “aggiuntiva”, sia pure sotto il profilo dell'omissione, perché da un lato non viola l'obbligo del referto (non richiesto nel caso), dall'altro si pone eventualmente quale mera “irregolarità amministrativa” che prescinde obiettivamente dalla qualità (la latitanza) del soggetto cui l'assistenza è prestata».

Due notazioni riguardo a questi primi brevi stralci: anzitutto, non può non cogliersi come, rispetto agli argomenti giuridico-formali, faccia nettamente premio la valutazione sociale, oseremmo quasi dire “popolare” del comportamento tenuto dal reo⁸⁷; in secondo luogo, non è dato intendere con precisione in che

contestazione di aver rivelato notizie inerenti alla probabile emissione di provvedimenti custodiali riguardanti non il proprio assistito, ma alcuni membri della famiglia mafiosa cui questi apparteneva, i giudici sostennero l'irrelevanza di un formale atto di nomina affinché l'avvocato potesse prestare la propria opera di consulenza. Questa sarebbe comunque rientrata nel cosiddetto diritto alla prova, all'epoca riconducibile al solo scarno disposto, ora abrogato, dell'art. 38 comma 2-*bis* delle disposizioni att. del c.p.p.. In tal guisa, il Tribunale di Palermo neutralizzava quell'«effetto ragnatela» (cfr. C. VISCONTI, *Difesa di mafia e rischio penale*, cit., col. 615), prodotto dalle complesse relazioni intersoggettive tipiche del contesto sociale mafioso e che induce il legale a venire in contatto con soggetti a lui non legati da uno specifico mandato difensivo.

⁸⁶ Cass., sez. VI, 5 aprile 2005, n. 26910, Di Fina, in *Riv. pen.*, 2006, 851.

⁸⁷ Soggiunge infatti la Corte, citando il giudice di merito: «quanto all'omessa annotazione della visita, è notorio che se la stessa non comporta l'uso di strumentazione diagnostica, o quantomeno di medicinali, non viene mai indicata nel registro delle prestazioni ospedaliere, come è notorio che gli specialisti operan-

cosa debbano consistere le “prestazioni aggiuntive” capaci di integrare il tipo del favoreggiamento, espressione peraltro assai ricorrente in tutta la produzione giurisprudenziale relativa alla contiguità fra condotte professionalmente tipiche e fatti di rilievo penale.

In mancanza di una precisa collocazione dogmatica, i giudici riescono soltanto in una descrizione esemplificativa di tale locuzione. In una simile opera, si cimenta ad esempio una pronunzia di poco anteriore⁸⁸, citando a sostegno alcuni precedenti specifici: costituirebbero comportamenti “aggiuntivi”, ad esempio, quello di attivarsi, al di là delle semplici cure e dell’assistenza dovuta, nella ricerca di un radiologo e di una clinica privata in cui ricoverare il favorito, con esclusione di pubblici ospedali⁸⁹, ovvero quello di omettere di compilare la cartella clinica o intestarla sotto falso nome⁹⁰. Eppure, nel caso di specie, è una circostanza afferente all’elemento soggettivo a rivelarsi determinante ai fini dell’assoluzione dell’imputato: «il ricorrente non ebbe a preordinare il suo intervento a favore del latitante perché soltanto una volta giunto nell’appartamento, luogo del rifugio, si rese conto di trovarsi dinanzi ad un ricercato».

In altro caso, ancora risalente, gioca un peso decisivo il fatto che il professionista, recatosi per motivi di cura nel nascondiglio di un *boss* latitante, avesse usato particolari accorgimenti e disattivato il telefonino per impedire la propria localizzazione, rivelando così una consapevole volontà protettiva.⁹¹

Indicazioni consimili si rinvengono pure nella già citata sentenza del 28 settembre 1998⁹², in cui la Suprema Corte conferma la condanna del sanitario per aver questi più volte visitato, prestando le opportune cure, un sodale di Cosa Nostra «rimasto ferito in un incidente direttamente riferibile all’attività criminosa

ti in una pubblica struttura usano per amicizia e senza farsi pagare (anzi il pagamento è vietato fuori di una convenzione per l’attività c.d. *intramoenia* del dipendente ospedaliero) visitare *quisque de populo*, senza che resti traccia della visita stessa”».

⁸⁸ Trattasi di Cass., sez. VI, 16 maggio 2002, n. 21624, Marcello, in *Dir. pen. e proc.*, 2002, 1497.

⁸⁹ Così Cass., sez. VI, 24 gennaio 1983, Alfano, in *Riv. pen.*, 1984, 168.

⁹⁰ Così Cass., sez. VI, 15 marzo 1985, Pelosio, in *Giust. pen.*, II, 664.

⁹¹ Questo il “fulcro” argomentativo di Cass., sez. VI, 30 ottobre 2001, n. 2998, Di Noto, in *Cass. pen.*, 2003, 908.

⁹² Cfr. *retro*, nota n. 71.

della consorteria» (trattavasi, nella specie, di ferita d'arma da fuoco con ritenzione di numerosi pallettoni).

La Cassazione opera a tal proposito una ricostruzione davvero “stravagante” della oggettività scriminante del diritto alla salute *ex art. 32 Cost.*. Questo sarebbe capace di giustificare, in senso tecnico, la realizzazione della fattispecie di cui all'art. 378 c.p. nel solo caso che il medico si contenga secondo atti del tutto normali ed adeguati alla tutela di tale bene. Allora, così come sostenuto dalla difesa, il salvacondotto apprestato al delinquente dall'art. 365 al. c.p. coprirebbe, oltre il silenzio serbato, *a fortiori* la prestata assistenza. Qualora, al contrario, gli atti si rivelino effettivamente anomali, per le modalità che li avvolgono, e concretamente inidonei alla tutela del bene-salute, muterebbe la *ratio* dell'esenzione dall'obbligo di referto, riducendosi essa al mero *nemo tenetur se detegere*: nessuna deroga, quindi, alla sfera di vigenza dell'art. 378 c.p., sicché il fatto costituisce reato. E nel caso in esame il reo avrebbe tenuto condotte affatto inadeguate alla protezione della salute del paziente, usando strumenti approssimativi ed apprestando le cure, per di più, durante la notte, «in luoghi isolati e lontani da occhi indiscreti, in una sorta di ambulatorio improvvisato».

Si deve peraltro notare, ad onor del vero, che rispetto a un tal genere di enunciati, riccamente “conditi” di argomenti sublegali, si registrano anche prese di posizione più incoraggianti. È infatti abbastanza frequente, nella recente giurisprudenza, il tentativo di elidere qualsiasi rilevanza a comportamenti socialmente anomali e significativi soltanto secondo una logica del sospetto, predicando l'assoluta assenza di qualsivoglia obbligo collaborativo del professionista rispetto alle forze dell'ordine.

In totale ripudio dell'astratta configurabilità di un favoreggiamento di tipo omissivo, inconcepibile essendo una posizione di garanzia in capo al medico, si è recentemente asserito che non è ravvisabile il reato anzidetto a carico di soggetto esercente la professione sanitaria il quale, avendo assunto l'incarico di assistere e curare un latitante ed essendo a conoscenza di possibili pedinamenti da parte delle forze di polizia, finalizzati alla scoperta del luogo in cui il latitante si trova, ponga in essere accorgimenti (quali deviazioni dal percorso ordinario, giri viziosi, manovre improvvisate di retromarcia, cambi di autovettura e simili), volti a im-

pedire il conseguimento del suddetto risultato: tale condotta, infatti, si traduce sostanzialmente nell'omissione di un *facere* – e cioè di procedere regolarmente in direzione del luogo da raggiungere – non imposto da alcuna norma di legge.⁹³

Infine, nella povertà delle decisioni in tema di concorso esterno da parte del medico in associazione di tipo mafioso, spicca la presenza di un capo a tal riguardo nella più volte citata, inedita in forma integrale, Cass., sez. I, 28 settembre 1998, n. 13008. Ancora una volta, la moltiplicazione delle relazioni intersoggettive, tipicamente intessute dal fenomeno associativo mafioso, rispetto al delitto isolato compiuto dal soggetto favorito, tende a confondere la liceità di singoli comportamenti, proiettandoli attraverso un prisma unitario. È infatti un dilemma affrontato da ogni processo di mafia quello se considerare i singoli atti, isolatamente, parcellizzandoli o se piuttosto leggerli simultaneamente, in un colpo d'occhio sinottico che indefettibilmente risulta più sfavorevole al reo.

Certo, un ruolo dovrebbe giocare pure la vicinanza cronologica di essi, giacché rispetto ad atti leciti e per di più con forti soluzioni di continuità fra l'uno e l'altro pare davvero arduo fondare un giudizio di rilevanza penale.

In accoglimento di una nozione di partecipazione “informale” (o allargata)⁹⁴, alla Suprema Corte, in assenza pure qui di ogni riferimento allo statuto deontologico del professionista, non resta che evidenziare la notevole caratura

⁹³ Cfr. Cass., sez. V, 13 febbraio 2001, Avola, in *Riv. pen.*, 2001, 1009.

⁹⁴ Solo per ciò ci siamo permessi di inserire questo riferimento, che altrimenti costituirebbe senz'altro un fuor d'opera in un paragrafo, come il presente, dedicato alle condotte d'agevolazione extraconcorsuali. Con la locuzione “partecipazione informale” intendiamo infatti indicare quel modo di intendere la partecipazione associativa come caratterizzata, sul piano soggettivo, dalla condivisione del dolo specifico *ex art. 416-bis* – in ossequio a una concezione monistica del concorso nel reato – e, sul piano oggettivo, dall'assunzione di un ruolo anche irrituale e generico, non necessariamente organico e formale, reso manifesto da una continua e non episodica disponibilità ai *desiderata* del sodalizio. Questa nozione in effetti, per l'ampiezza da cui è segnata sotto il profilo della condotta materiale, doppia la figura del concorso esterno, occludendole ogni spazio operativo. Lo stretto legame di questa costruzione con la concezione monistica del concorso di persone è paradossalmente evidente in Cass., sez. fer., 23 agosto 1994, Amato, in *Foro it.*, Rep. 1994, voce *Concorso di persone nel reato*, n. 31, ove si ammette il concorso eventuale dell'*extraneus*, ma con la «coscienza e volontà di fare parte [*sic!*] del sodalizio (dolo generico) e allo scopo di realizzare il particolare programma delinquenziale (dolo specifico)». Per la distinzione tra la nozione “ristretta” e “allargata” di partecipazione, si v. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 577, nota 210; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., pp. 477-479; A. GARGANI, *Art. 416*, in *Codice penale*, a cura di T. PADOVANI, Giuffrè, Milano 1997, p. 1570; M. PAPA, *Art. 110*, *ivi*, p. 511. Per una critica alla nozione di stabile incardinazione organica di cui alla sent. Demitry e una nozione di partecipazione “allargata” come oggettiva agevolazione del sodalizio, cfr. G. INSOLERA, *Il concorso esterno nei reati associativi: la ragione di Stato e gli inganni della dogmatica*, in *Foro it.*, 1995, cc. 423-431, *passim*.

degli esponenti con cui il professionista era venuto a conoscenza, la riservatezza degli incontri e il fatto che uno di essi possedesse il numero telefonico dell'imputato, elementi, perlomeno quest'ultimi due, che potrebbero invece pacificamente spiegarsi alla stregua del rapporto fiduciario medico-paziente.⁹⁵

Ed è proprio attraverso la risoluzione della prospettata alternativa nel senso della valutazione complessiva del quadro indiziario che ha potuto vedere la luce quella pronunzia che, affermando la responsabilità a titolo di concorso esterno in capo ad un notaio, costituisce ad oggi un *unicum* nel panorama giurisprudenziale domestico.⁹⁶ In precedenza, il caso era stato preconizzato soltanto nelle più avvedute indagini dottrinali.

La Cassazione pare in effetti seguire il filo logico di un noto saggio⁹⁷ quando, pur evidenziato l'autentico conflitto di doveri che si profila allorché il notaio, che ha per legge «un dovere generale di prestazione nei confronti di chiunque gliene faccia richiesta», si trovi a dover fronteggiare le ripetute istanze di esponenti di un clan camorristico di rogare gli atti occorrenti per realizzare un'illecita speculazione edilizia, conclude: «è altrettanto vero [...] che il notaio si debba astenere dal fornire le prestazioni richiestegli e addirittura svolgere il ruolo di garante ed intercessore, ogni qual volta possa ragionevolmente desumersi che tali prestazioni riguardino atti od operazioni illecite o apparentemente lecite compiute da soggetti mafiosi.». Assente ogni richiamo a beni scriminanti, la soluzione, a quanto pare fondata sul piano della soggettiva consapevolezza della rilevanza ausiliaria delle prestazioni, solleva il seguente interrogativo: è sufficiente per rispondere penalmente la coscienza e volontà che una serie ininterrotta di atti prati-

⁹⁵ L'art. 9 del codice di deontologia medica pone in primo piano la tutela della *privacy* del paziente (si v. R. DANOVÌ, *Codici deontologici*, EGEA, Milano 2000, p. 207).

⁹⁶ Trattasi di Cass., sez. VI, 6 febbraio 2004, Credentino, in *Foro it.*, 2005, II, 320, che premette: «Orbene, lo sforzo logico argomentativo operato dai giudici della corte territoriale per addivenire alla formula assolutoria piena del Sica, anche dall'ipotesi di concorso esterno nel delitto associativo, collide con gli enunciati corretti criteri di valutazione della prova, da non limitare, come in effetti risulta in sentenza, ad una "parcellizzazione" degli indizi, ma valutandone la portata nel suo complesso, come motivatamente fatto dai giudici di primo grado, secondo lo stesso richiamo risultante dal testo della sentenza impugnata».

⁹⁷ Di C. F. GROSSO, *La contiguità alla mafia tra partecipazione, concorso in associazione mafiosa ed irrilevanza penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1993, pp. 1185-1208, in partic. p. 1206, ove si afferma: «Si potrà ad esempio tenere conto della circostanza che si tratti di attività con riferimento alla quale la legge formuli un dovere generale di prestazione a chiunque si presenti, e sanzioni espressamente il rifiuto (es. notai rispetto a determinati atti), ovvero di attività nei confronti delle quali non esista analogo dovere, ma in cui il professionista sia libero di accettare o rifiutare l'incarico (avvocato, commercialista, ecc.)».

ci, ciascuno singolarmente lecito, vada obiettivamente a vantaggio di un'associazione criminale?⁹⁸

Lasciamo per ora in sospenso la questione ed avviciniamoci piuttosto ad un'altra figura professionale spesso coinvolta in episodi situati al limine fra “dentro” e “fuori” dei casi di concorso: l'*imprenditore*.

Per sua natura l'impresa riveste un significato bivalente per l'associazione mafiosa, venendo in rilievo talora come oggetto di vessazione estorsiva, talora, all'inverso, come punto d'appoggio sinergico. Pertanto, è del tutto conseguente che i casi della prassi riguardanti tale categoria, abbiano oscillato fra il riconoscimento dell'esimente di cui all'art. 54 c.p.⁹⁹ ed il concorso nel reato associativo¹⁰⁰.

Anziché tentare una ricostruzione ermeneutica dei limiti e della disciplina dell'iniziativa economica privata, bene protetto dall'art. 41 della Costituzione, i giudici hanno ritenuto più congruo, sin dalle prime applicazioni, disegnare un quadro socio-criminologico denso di massime d'esperienza, da cui ricavare se nel caso concreto l'atteggiamento dell'imprenditore stesse in termini di “compiacenza” o, piuttosto, di “soggiacenza”.¹⁰¹

⁹⁸ Esprime perplessità A. CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo. Le ipotesi delle associazioni per delinquere e di tipo mafioso*, Esi, Napoli 2003, a p. 326.

⁹⁹ Per la ravvisabilità dell'esimente codicistica cfr. G.i.p. T. Palermo, 18 marzo 2004, Mantia, in *Foro it.*, 2004, II, 379, concernente una fattispecie di favoreggiamento aggravato ex art. 378, co. 2 c.p.. Peraltro, la norma dovrebbe assumere rilievo non già nella sua funzione di causa di giustificazione, come invece ritenuto dal giudice preliminare palermitano, bensì, sul piano della colpevolezza, come scusante ai sensi del III comma. Per un tentativo, secondo una prospettiva vittimologica, di rinvenire un criterio di orientamento oggettivo, si veda di recente C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Giappichelli, Torino 2003, pp. 375-85, ove l'Autore suggerisce di verificare se, in fin dei conti, l'impresa abbia dovuto sopportare un costo anomalo per continuare nella propria attività o se al contrario ne abbia ricavato un saldo attivo. Constatato infatti il carattere impalpabile, perché non esplicito, bensì ambientale, dell'intimidazione mafiosa, sarebbe infatti opportuno ricorrere ai medesimi espedienti ermeneutici elaborati nel corso della convulsa stagione giudiziaria di “Mani pulite” per distinguere fra “concusso” e “corrotto”.

¹⁰⁰ Cfr., ad es., Trib. Palermo, 13 dicembre 1996, Scamardo e altri, in *Foro it.*, 1997, II, 706, che ha escluso la rilevanza di qualsiasi profilo di inesigibilità del comportamento alternativo lecito.

¹⁰¹ Così l'ormai famosa sentenza istruttoria del Trib. Catania, 28 marzo 1991, Amato, in *Foro it.*, 1991, II, 472. Lo schema empirico da cui partire sarebbe quello della stipulazione del cosiddetto “patto di protezione”, in cui la cosca figura come una sorta di compagnia d'assicurazione criminale, garantendo svariati servizi illeciti (difesa dalla criminalità comune e dalla stessa criminalità mafiosa, facilitazioni amministrative ed economiche, etc.) in cambio del pagamento di una “tassa criminale”, generalmente comprensiva anche del costo di corruzione, cioè delle spese prevedibili necessarie ad assicurarsi i favori dell'azione amministrativa locale.

Considerate le aspre reazioni del mondo scientifico ad un simile modo di procedere¹⁰², la Suprema Corte ha quindi creduto di individuare una formula più certa (e più snella) nella c.d. “ineluttabile coartazione”¹⁰³, situazione in presenza della quale si potrebbe concludere nel senso dell’irrelevanza penale della contiguità mafiosa degli operatori economici. Tale formula, però, che permetterebbe di distinguere fra uno stato di indotta succubanza ed una invece profittevole alleanza, pare affetta da un eccesso di rigorismo, poiché innalza il livello di coazione morale necessario ad identificare le vittime dell’associazione criminale sino ad un punto più alto di quello richiesto per poter figurare quali soggetti passivi della comune estorsione, che, come noto, si fonda su un grado di coartazione solo relativa.¹⁰⁴

L’evoluzione della passi, peraltro, registra oggi un atteggiamento meno schematico, più cauto ed al tempo stesso più attento alla mutevolezza del caso concreto da parte della stessa S. C. che, in una successiva pronunzia, evitando oculatamente qualsiasi riferimento alla suddetta formula, ha escluso la ricorrenza nella specie di uno stato di costrizione psichica in capo al privato imprenditore, valorizzando per converso la cooperazione paritetica fra questi e il sodalizio criminale.¹⁰⁵

Fiumi d’inchostro, poi, hanno versato dottrina e giurisprudenza sul tema dei rapporti fra mafia e politica.¹⁰⁶ Eppure stupisce la rarità di approfonditi richiami alle libertà democratiche di cui il politico di professione è veicolo ed espressione.¹⁰⁷

¹⁰² Critico, ad es., G. FIANDACA, *La contiguità mafiosa degli imprenditori tra rilevanza penale e stereotipo criminale*, *ibidem*.

¹⁰³ Cfr. Cass., sez. I, 5 gennaio 1999, Cabib, in *Foro it.*, 1999, II, 631.

¹⁰⁴ In tal senso, C. VISCONTI, *Imprenditori e camorra: «l’inluttabile coartazione» come criterio discrezionale tra complici e vittime?*, *ibidem*.

¹⁰⁵ Cass., sez. V, 22 dicembre 2000, Cangialosi, in *Foro it.*, 2001, II, 404.

¹⁰⁶ Per un quadro esauriente, si v. C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia*, cit. p. 387 e ss.. Altresi, F. TURLON, *Il patto elettorale politico-mafioso*, in AA.VV., *I reati associativi*, cit., pp. 35-55, *passim*.

¹⁰⁷ Spiccano isolate, pertanto, le seguenti parole: «In particolare andrebbe giustificata la condotta in sé legittima del difensore penale, riconducibile all’esercizio del diritto di difesa, sancito dall’art. 24 co. 2 Cost. e l’esercizio di funzioni legittime come quelle parlamentari, tutelate dagli artt. 68 e 21 Cost.» (A. CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., p. 324).

Si dirà, forse, che in capo a costui non sia ravvisabile un vero e proprio statuto di categoria, una normativa di autodisciplina che segni i confini di liceità dell'esercizio dei diritti ricevuti in dote dal Costituente. Inopinatamente, però, taluno¹⁰⁸ ha di recente inserito l'uomo politico fra le tante altre figure professionali destinatarie di una regolamentazione deontologica, capace di accorciare le distanze fra diritto ed etica del caso concreto.

Semmai, allora, una così vistosa lacuna si spiega in virtù del fatto che esigenze di lotta strategica al fenomeno mafioso hanno consigliato di non attendere l'adempimento del *pactum sceleris*, generalmente difficile a provarsi e per di più costantemente avvolto – per l'appunto – in una sfera di legittima discrezionalità, per poterne attribuire la penale responsabilità.

Invero, l'inserimento simbolico ed emergenziale dell'art. 416-ter nel codice penale non ha consentito alla logica della frammentarietà, espressa dal broccardo *ubi lex noluit tacuit*, di prevalere sull'espansione incontrollata del concorso esterno, sicché sono dovute intervenire le Sezioni Unite della S. C.¹⁰⁹ per statuire che si risponde certamente anche dello scambio voti/favori e non già soltanto del sinallagma voti/danaro, ma se e solo se, in base ad un giudizio *ex post*, risulti provata l'efficacia rafforzativa della promessa fatta ai membri del clan, onde quest'ultimo ne abbia tratto effettivo beneficio.¹¹⁰

Tanto diffusa è la tela dei rapporti intessuti dall'associazione mafiosa che pure un ministro del culto cattolico, in un caso, è stato chiamato

¹⁰⁸ R. DANONI, *Codici deontologici*, cit., p. 427 e ss., il quale riporta il “Decalogo per la convivenza politica” e la “Disciplina in materia di conflitto di interessi per i titolari di cariche di governo”.

¹⁰⁹ Cass., sez. un., 12 luglio 2005, Mannino, in *Cass. pen.*, 2005, 3733, con una suggestiva nota di G. BORRELLI, *Tipizzazione della condotta e nesso di causalità nel delitto di concorso in associazione mafiosa*, specie laddove esprime perplessità sull'effettiva praticabilità di un metodo di accertamento rigorosamente *a posteriori* rispetto a forme di causalità sostanzialmente psicologica. In linea con la pronuncia delle SS.UU., in precedenza, *inter alia*, Cass., sez. I, 25 novembre 2003, Cito, in C.E.D. Cass., rv. 229991. Abbracciava un modello *ex ante*, invece, Cass., sez. V, 16 marzo 2000, Frasca, in *Foro it.*, 2001, II, 80, asserendo che il momento consumativo del delitto «coincide con quello in cui avviene l'incontro del consenso tra i promittenti (e dunque non nel momento in cui le “prestazioni” vengono adempiute)».

¹¹⁰ *Contra*, C. F. GROSSO: «Alla luce dei principi generali elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza in materia di concorso eventuale in reato associativo sembra, pertanto, senz'altro sostenibile che il solo fatto di accettare i voti mafiosi significhi apportare alla associazione un contributo che, per la sua importanza, è qualificabile come concorso eventuale nella associazione. In questi casi la condotta tipica concorsuale potrà d'altronde essere agevolmente individuata nella stessa accettazione espressa, o anche soltanto nel comportamento rivelatore di accettazione tacita, dei voti mafiosi da parte del politico favorito nelle elezioni» (*La contiguità alla mafia*, cit., p. 1195).

a rispondere di favoreggiamento personale, per aver celebrato la messa e somministrato i sacramenti nel nascondiglio di un noto capo-cosca. In primo grado, il Tribunale di Palermo ha sbrigativamente rigettato le argomentazioni della difesa volte a verificare l'operatività del presidio costituzionale della libertà religiosa (art. 19 Cost.), per il tramite della norma di rinvio di cui all'art. 51 c.p.: «Nella gerarchia dei valori costituzionali, non pare che tale norma [l'art. 19 Cost., n.d.a.] possa prevalere sulla norma penale che mira a sanzionare tutti quei comportamenti *lato sensu* intesi, volti a favorire il latitante o il ricercato, fino al punto da escludere la punibilità in quei casi in cui il destinatario di tali celebrazioni religiose sia un latitante».¹¹¹

Ora, a parte la sofisticata ricostruzione dell'offensività del comportamento del reo, che consisterebbe secondo il giudice di prime cure nel consentire al *boss* di soddisfare le proprie esigenze religiose senza dover uscire allo scoperto, quel che interessa sottolineare è come la *ratio decidendi* sia intrisa di argomenti che evocano noti costrutti welzeliani, dall'anomalia o inusualità dell'azione¹¹² al par-

¹¹¹ G.i.p. Trib. Palermo, 30 ottobre 1998, Frittitta, in *Foro it.*, 1999, II, 351, con nota di richiami di G. FIANDACA, che acutamente osserva: «lungi dal limitarsi ad affermare, con un eccesso di (sospetta?) certezza apodittica, la netta prevalenza “nella gerarchia dei valori costituzionali” (*sic!*) della norma penale ordinaria asseritamene incriminatrice di “tutti” i comportamenti comunque volti a favorire il latitante, il giudice avrebbe dovuto piuttosto dimostrare perché il dire messa sia pure nel rifugio di un capo-mafia non possa corrispondere al contenuto tipico della libertà religiosa; limitarsi a porre l'accento sull'effetto agevolatore di tale condotta significa, in realtà confondere il giudizio di tipicità con la verifica, logicamente successiva, relativa alla presenza di situazioni scriminanti». Solo in Appello e in Cassazione all'art. 51 c.p. viene restituita la perduta dignità: si assolve l'imputato applicando, sulla base del rinvio contenuto nella scriminante codificata, le norme del *Codex iuris canonici* che disciplinano lo *status* di “religioso”, il quale si differenzia sotto vari profili da quello del “chierico”. Cfr. Cass., sez. V, 3 maggio 2001, Frittitta e altro, in *Dir. eccl.*, 2001, II, 242, con nota di S. BORDONALI, *Memoria difensiva (profili ecclesiastici) nella causa penale per favoreggiamento personale aggravato contro un sacerdote*.

¹¹² «[...] è del pari vero che una condotta al di fuori di determinate regole (e persino prassi) in quanto anomala si colloca nell'alveo del favoreggiamento personale al pari di quanto accade quando un professionista presti la propria opera in modo diverso – e in questo senso inusuale rispetto a quello normale – che se adoperato renderebbe ostico al latitante continuare a sottrarsi alle ricerche o alle investigazioni» (*ivi*).

ticolare finalismo della stessa¹¹³, secondo una frequente quanto deprecabile mutazione del favoreggiamento in fattispecie a dolo specifico.

Senonché, le condotte che si suole definire con il termine di “contiguità”, ossia i comportamenti che si collocano in quella “zona grigia” che circonda il sodalizio criminoso, solo raramente paiono contrassegnate da una illiceità intrinseca, svolgendosi piuttosto generalmente in un contesto di base lecito. Sicché, pare metodologicamente scorretto tentare di risolvere tutto sul piano della tipicità, sbarrando pregiudizialmente il campo all’operatività di beni giuridici scriminanti, spesso dotati di rango costituzionale.

Identico *modus procedendi* ha condotto la Suprema Corte, in altro originale episodio, a confermare la condanna per favoreggiamento della prostituzione a carico della collaboratrice domestica che, oltrepassando le proprie mansioni tipiche e il suo compito di «normale domestica», «dopo aver concesso in subaffitto la sua abitazione alla giovane, accompagnava costei in automobile in altre zone della città dove la stessa si prostituiva, curava il ricevimento dei clienti, provvedeva regolarmente a far stampare su giornali inserzioni pubblicitarie per la ragazza, ecc.»¹¹⁴.

**II. Ricettazione, riciclaggio e figure professionali: “casi” isolati e avven-
to di una regolazione dall’alto.** – Ci si potrebbe aspettare che, se non altro per ragioni statistiche, uno dei soggetti maggiormente esposti al rischio di incorrere nei reati legati all’occultamento di beni provenienti da delitto sia il titolare di un’officina meccanica o di una carrozzeria.

¹¹³ Così, specialmente, l’ordinanza cautelare: «D’altra parte la finalità chiaramente favoreggiatrice del Frittitta emerge con tutta evidenza anche dalla sua condotta successiva all’arresto dell’Aglieri e, in particolare, dalle dichiarazioni del medesimo Frittitta rese alla squadra mobile che manifestano più chiaramente, come si vedrà, la complessiva finalità della condotta dell’indagato in esame, laddove emerge assolutamente inequivoca la specifica finalità [tres!] di aiutare anche Corso Gioacchino, responsabile del reato di associazione mafiosa, a sottrarsi alle investigazioni dell’autorità» (Trib. Palermo, ord. 29 ottobre 1997, ind. Frittitta, in *Foro it.*, 1998, II, 280, con nota di C. VISCONTI, *Il prete e il boss latitante: l’accusa di favoreggiamento val bene una messa?*, il quale propone una ricostruzione del bene giuridico del favoreggiamento compatibile con i bisogni fondamentali della persona ricercata, auspicando che le indagini, in un ordinamento democratico, possano avere un volto umano: la soluzione, certamente apprezzabile, pare tuttavia sottovalutare la tensione tra i beni coinvolti).

¹¹⁴ Così, la motivazione – inedita – di Cass., sez. III, 11 aprile 1983, Aquilanti, in *Riv. pen.*, 1984, 87, ove se ne rinviene la sola massima.

La prassi non ha mancato di rispondere alle aspettative. Si deve riconoscere, tuttavia, che la frodolenza da cui appaiono generalmente connotati la sostituzione della targa di un veicolo o la manomissione del numero di telaio, quali fattispecie più frequenti, non consente certo di insorgere, in questi casi, contro pretese violazioni dello statuto professionale del reo; ciò, nonostante la possibilità di una regolarizzazione amministrativa *ex art. 74 cod. strad.* escluda, secondo la Corte di cassazione, che i beni così alterati siano affetti da illiceità intrinseca e che possano pertanto costituire oggetto di una confisca obbligatoria.¹¹⁵

Piuttosto isolati, se non addirittura assenti, invece, in quest'ambito, i casi concernenti le professioni liberali. Per studiare sul piano effettuale la responsabilità dell'*avvocato* per riciclaggio di danaro sporco ci dobbiamo infatti spostare oltralpe. Si intende fare riferimento alla recente pronuncia del *Bundesgerichtshof*, con la quale essa è stata per la prima volta positivamente affermata. E pare che la Corte federale non abbia scansato il problema dei limiti del diritto di difesa, argutamente notando che l'ordinamento, qualora la persona non abbia a disposizione moneta pulita per potersi pagare l'assistenza legale, appresta a suo beneficio il patrocinio gratuito. Sicché la condotta del difensore che, consapevole, accetti danaro di provenienza illecita si colloca inevitabilmente al di fuori dei termini legali e deontologici che definiscono la propria professione.¹¹⁶

Punita anch'essa «fuori dei casi di concorso» in bancarotta, la ricettazione fallimentare, invece, pone spesso sul banco degli imputati la *banca* o i suoi *funzionari*. Qui però, anziché le regole d'autodisciplina, determinanti nel segnare il confine del lecito sono generalmente le norme del codice civile. La Cassazione ha così deciso che la banca che trattenga somme di danaro incassate su mandato di riscossione crediti, conferitole da società poi fallita, non commette un'attività distrattiva, poiché i beni in questione non sono ancora entrati nel patrimonio del fallito¹¹⁷; al contrario, compie un atto di disposizione illegittimo il funzionario che trasferisce su di un conto interno la somma risultante da un libretto

¹¹⁵ Cass., sez. II, 28 settembre 1998, Asseliti, in C.E.D. Cass., rv. 211662; Cass., sez. II, 05 novembre 1996, Bevilacqua, in *Foro it.*, Rep. 1997, voce *Confisca*, n. 6.

¹¹⁶ Per queste informazioni, cfr. V. MANES, *Il riciclaggio dei proventi illeciti: teoria e prassi dell'intervento penale*, in *Riv. tim. dir. pen. ec.*, 2004, pp. 35-80, in part. pp. 68 e ss..

¹¹⁷ Cass., sez. V, 26 giugno 1995, Zanotto, in *Cass. pen.*, 1996, 636.

al portatore di proprietà del fallito e costituito in pegno a garanzia di debiti verso la banca¹¹⁸.

Ma in quest'ambito, una volta tanto, il legislatore – in verità quello comunitario più che quello nazionale – sembra voler anticipare le emergenze della prassi.

L'onda lunga del contrasto al terrorismo internazionale ha intensificato negli ultimi anni l'azione antiriciclaggio. Fra i molti chiamati a prendere parte attiva alla lotta¹¹⁹, figurano oggi anche notai, avvocati, revisori contabili, commercialisti, ruoli che assumono oramai, sotto tale profilo, una intensa colorazione pubblicitaria.

Risale infatti all'aprile 2006 l'entrata in vigore dei regolamenti attuativi¹²⁰ del d.lgs. di recepimento della seconda direttiva 2001/97/Ce in materia. Corredati dalle istruzioni dell'Ufficio italiano Cambi, essi hanno definito gli obblighi collaborativi imposti ai menzionati ordini professionali: trattasi della identificazione della clientela in relazione alle operazioni che superano, anche frazionatamente, le 12.500 euro¹²¹; della registrazione in archivio dei dati così raccolti; della segnalazione – si badi bene – delle operazioni sospette, salvo precisare che: «Gli obblighi di segnalazione di operazioni sospette non si applicano per le informazioni ricevute dal cliente o ottenute riguardo allo stesso nel corso dell'esame della posizione giuridica del cliente o dell'espletamento dei compiti di difesa o di rappresentanza del medesimo in un procedimento giudiziario o in relazione a tale procedimento, compresa la consulenza sull'eventualità di intentare o evitare un procedimento, ove tali informazioni siano ricevute o ottenute prima, durante o dopo il procedimento stesso» (art. 10, co. I, d.m. 141/2006).

La menzionata tripartizione di obblighi rimonta peraltro alla prima direttiva antiriciclaggio (91/308/Cee) e si ritrova oggi anche nella Convenzione di Paler-

¹¹⁸ Cass., sez. V, 20 marzo 1987, Zampolli, in *Riv. pen.*, 1988, 201.

¹¹⁹ Per l'inquadramento dell'emergenza terroristica nel c.d. diritto penale di "lotta", cfr. M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al «nemico»*, in *Cass. pen.*, 2006, pp. 735-777, spec. p. 745 e ss..

¹²⁰ Per un commento, L. FERRAJOLI, *Studi legali: archivio cartaceo o elettronico per chi amministra società in nome di altri*, in *Guida al dir.*, 2006, 18, pp. 42-46. Si tratta dei decreti ministeriali nn. 141, 142 e 143 pubblicati nel supplemento ord. alla *Gazz. Uff.* del 7 aprile 2006 e concernenti rispettivamente liberi professionisti, intermediari finanziari e intermediari non finanziari.

¹²¹ Soglia oggi innalzata dal d.lgs. 231 del 2007 a 15.000 euro.

mo del 2000 (art. 7), recentemente ratificata, nonché nel d.lgs. 231 del 2007, che recepisce la terza direttiva europea in materia (2005/60/Ce).

La novità, così, consiste proprio nel reclutamento, fra le forze anticrimine, delle richiamate categorie professionali, che si vedono, forse per la prima volta, onerate di una serie di vincoli, a volte anche penalmente sanzionati, capaci di incrinare il rapporto fiduciario e riservato con il cliente. Tanto è vero che il legislatore stesso si è sentito in dovere di precisare: «Le segnalazioni effettuate ai sensi e per gli effetti dell'articolo 3 della legge antiriciclaggio non costituiscono violazione del segreto professionale e, se poste in essere in buona fede e per le finalità ivi previste, non comportano responsabilità di alcun tipo per i liberi professionisti ovvero per i loro dipendenti o collaboratori» (art. 9, co. III, d.m. 141/2006)¹²².

Ma, a ben vedere, l'aspetto veramente formidabile di tutto questo complesso normativo di derivazione comunitaria non è il – pur temibile – reticolato di adempimenti amministrativi che d'ora innanzi avvolgerà alcune delle più classiche professioni “liberali”, bensì l'aver creato, particolarmente attraverso l'obbligo di segnalazione, una nuova posizione di garanzia, per cui non resta che stare a vedere quante volte il professionista sarà chiamato a rispondere per concorso omissivo nel reato di riciclaggio commesso dal proprio cliente.

¹²² Cfr. oggi l'identico disposto dell'art. 41, comma VI del d.lgs. 231 del 2007.

II

La complicità “fuori dei casi di concorso”

§ 4. Lo statuto ermeneutico della causalità penale: appunti introduttivi. In particolare, del contributo concorsuale.

I. Il dominante modello epistemologico. – Il titolo del paragrafo allude volutamente ad un recente studio di Ombretta DI GIOVINE, il quale non soltanto è stato onorato di citazioni da parte della più autorevole dottrina tedesca¹²³, ma ha persino ricevuto l’avallo delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹²⁴.

Il saggio si proponeva come un rovesciamento dell’impostazione deduttivistica sino ad allora invalsa nel mondo scientifico e quale definitivo viraggio verso un metodo induttivo nell’accertamento del nesso di causalità penalmente rilevante.¹²⁵

La correzione di rotta è in effetti evidente, ma non ne mutano i caratteri fondamentali: lo statuto della causalità penale resta epistemologico¹²⁶, fondato sulla decisiva capacità esplicativa di leggi scientifiche, con le implicazioni e i presup-

¹²³ È infatti richiamato in bibliografia da C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. Auf., Beck, München 2006, p. 349.

¹²⁴ Il riferimento è a SS.UU., 10 luglio 2002, n. 30328, Franzese, *inter alia* in *Cass. pen.*, 2002, p. 3643 e ss..

¹²⁵ Così si esprime l’Autrice: «la necessità di fare ampio ricorso alla clausola (*coeteris paribus*, n.d.a.) per indicare condizioni iniziali “spesso non conosciute o soltanto azzardate” e di colmare così le lacune nella ricostruzione dell’intero procedimento causale, non si limita ad inficiare la bontà *sostanziale* dell’argomento. Sembra piuttosto snaturarlo: e ciò – si noti – non solo in presenza di un *explicans* statistico, ma anche di leggi universali. Più chiaramente, nella misura in cui le assunzioni tacite siano suscettibili di comprendere fattori causali alternativi che – già si sa – resteranno probabilmente ignoti, esse finiscono con il trasfigurare il modello, mutandolo da deduttivo in induttivo» (O. DI GIOVINE, *Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause sufficienti e condizioni necessarie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, pp. 634-688, alla pag. 652). Pare doveroso notare, peraltro, che Federico STELLA riconosceva pacificamente il carattere non deduttivo della propria teoria (cfr. *Id.*, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, II ed., Giuffrè, Milano 2000, p. 280, p. 304 e ss.), sicché, al riguardo, sembra senz’altro immeritato il giudizio espresso sul pensiero dell’autore.

¹²⁶ Ammette O. DI GIOVINE: «la causalità scientifica, pur con tutti i limiti derivanti dall’essere plasmata su un argomento di tipo induttivo piuttosto che deduttivo, si conferma, in diritto penale, un momento irrinunciabile per l’individuazione della responsabilità quando si abbia a che fare con fenomeni naturali, fisici o biologici» (*op. cit.*, p. 660).

posti propri della sua tradizionale teorizzazione¹²⁷. Ossia, anzitutto, si tratta pur sempre di un modello necessitarista, che cioè individua nella necessità della condotta il requisito della sua rilevanza penale¹²⁸; inoltre, si tratta pur sempre di un modello logico, che equipara sotto tale profilo tutti i fattori coinvolti nella produzione del risultato finale. La domanda cui l'interprete è chiamato a rispondere è incentrata sull'*an* dell'evento, secondo la formula del giudizio contro-fattuale.

Del fatto tipico, il nesso causale è l'unico elemento ad essere sottratto all'interpretazione del giudice. Questi, infatti, si limita docilmente a sussumere il caso sotto le leggi di copertura fornitegli dal perito. Si potrebbe dire: il giudice *bouche de la science*. È come se il principio di causalità, il basilare requisito di ascrizione di ogni forma di responsabilità in senso moderno, fosse davvero il nucleo dell'Illuminismo penale più gelosamente custodito. È come se le barricate erette a sua difesa avessero retto contro qualsiasi tentativo di infiltrazione della discrezionalità giudiziale.¹²⁹

Ma l'esperienza della prassi non mostra forse il contrario? Il modello epistemologico (cd. nomologico-funzionale, riferendosi alla causa come complesso di condizioni, giustificabile in virtù di generalizzazioni scientifiche) ha assicurato la certezza del diritto? O i recenti interventi delle Sezioni riunite della Suprema Corte stanno piuttosto ad indicarne il fallimento?¹³⁰ Di più: è corretto difendere un metodo scientifico in base a postulati "politici", anziché unicamente in base alla sua dignità aletica? Ancora: fra i cardini della politica criminale non v'è forse, accanto al principio di legalità, anche quello di responsabilità personale?

¹²⁷ Quella, *scilicet*, di Federico STELLA, *Leggi scientifiche*, cit.

¹²⁸ Conclude infatti O. DI GIOVINE, *Lo statuto epistemologico della causalità penale*, cit., a p. 688: «La condizione è necessaria o non lo è. *Tertium non datur*».

¹²⁹ M. MAIWALD (*Causalità e diritto penale*, cit., p. 102 e s.) riferisce come originariamente, nel pensiero illuministico, il principio del libero convincimento del giudice venisse limitato alla ricostruzione del fatto; l'interpretazione del diritto avrebbe dovuto essere quanto più possibile meccanica. Oggi, come noto, la fusione fra profili fattuali e normativi è un dato acclarato da pressoché qualsiasi corrente ermeneutica.

¹³⁰ Come noto, le SS.UU. della Suprema Corte dovettero intervenire a comporre il conflitto insorto in seno alla quarta sez., la quale aveva patrocinato due orientamenti tra loro affatto distanti: un primo indirizzo riteneva «sufficienti "serie ed apprezzabili probabilità di successo" per l'azione impeditiva dell'evento, anche se limitate e con ridotti coefficienti di probabilità, talora indicati in misura addirittura inferiore al 50%»; un altro invece richiedeva «la prova che il comportamento alternativo dell'agente avrebbe impedito l'evento lesivo con un elevato grado di probabilità "prossimo alla certezza", e cioè in una percentuale di casi "quasi prossima a cento"» (così, SS.UU., 10 luglio 2002, cit., p. 3645 e s.).

Negli studi volti ad indagare il nesso eziologico, il messaggio riferito dall'art. 27, 1° comma della Costituzione è invece pressoché negletto, riaffiorando solo in sede di limitazione della capacità espansiva e regressiva di un condizionamento peraltro già appurato.¹³¹

II. I fattori causali alternativi e il grado di concretezza dell'evento. – Serie obiezioni all'impiego del metodo epistemologico nell'accertamento del nesso causale vengono avanzate dalla stessa filosofia della scienza.

Occorrerebbe anzitutto distinguere fra fattori causali alternativi reali e meramente ipotetici.¹³²

Questi ultimi sono quelli che non si sono verificati. Ossia, al momento della verifica dell'evento, non è dato constatare nemmeno la condizione iniziale del decorso eziologico alternativo. Ad esempio: effetti teratogeni possono derivare non solo dall'ingestione del talidomide, ma anche da eventuali tentativi di aborto da parte della gestante. Se non consta però che la donna abbia mai tentato pratiche abortive, *nulla quaestio*: la malformazione è conseguenza dell'assunzione del farmaco. Così come quando il malato, morto per l'inerzia del primario dell'ospedale e della sua *équipe*, sarebbe comunque deceduto per l'incendio di enormi proporzioni divampato nel reparto poche ore dopo. I decorsi causali del tutto immaginari o sorti ad evento già verificatosi sono del tutto irrilevanti. Ciò si esprime asserendo che la condizione posta in essere dal reo è solo contingentemente necessaria.¹³³

Al contrario, i fattori alternativi reali si sono effettivamente verificati, o meglio hanno avuto inizio, prima dell'insorgenza dell'evento tipico o prima della sua ultimazione. Ora: poiché questi vengono al solito occultati, nella spiegazione giudiziale del fatto, sotto le mentite spoglie della formula *coeteris paribus*, si è

¹³¹ Sul rispetto del principio posto all'art. 27 primo comma cost., nel caso problematico dei cc.dd. contributi concorsuali non necessari, si v. però A. ALESSANDRI, *Art. 27 I comma*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, A. PIZZORUSSO, Zanichelli, Bologna 1991, pp. 1-161, spec. p. 37 e ss..

¹³² La distinzione non pare sia sempre tenuta chiaramente presente da F. STELLA, *Leggi scientifiche*, cit., *passim* e in partic. pp. 34-36, p. 56 (lett. c n. 3), p. 99, p. 139 u.c., p. 297 e ss., p. 316. Vi accenna, invece, Massimo DONINI, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1984, pp. 175-245, a p. 206, nota 86.

¹³³ Cfr., a proposito, la definizione di NAGEL riportata in F. STELLA, *Leggi scientifiche*, cit., p. 98.

sostenuto che una correzione induttiva, in punto di prova, del metodo sillogistico-dimostrativo della sussunzione sotto leggi, consistente nell'esplicitare le assunzioni tacite e nell'escluderne l'efficacia ed operatività nel caso concreto, sarebbe l'unico espediente possibile per giungere con pratica certezza ad un enunciato di condanna.¹³⁴

L'esempio è presto servito: un operaio, accanito fumatore, costantemente esposto all'amianto¹³⁵ sul luogo di lavoro, manifesta i sintomi di un sarcoma maligno e decede dopo atroci sofferenze. Nel processo per omicidio colposo contro i vertici aziendali, l'accusa sostiene che è possibile escludere con certezza qualsiasi concreta operatività del tabagismo nella produzione della malattia, concludendo per la condanna.

Ma è veramente possibile escludere, in punto di prova, qualsiasi influenza causale di fattori alternativi reali nella produzione dell'evento? È possibile cioè dipanare la rete causale e giungere ad una spiegazione "monocausale"?¹³⁶

¹³⁴ Questa, essenzialmente, l'idea di O. DI GIOVINE, *Lo statuto epistemologico della causalità penale*, cit., *passim*.

¹³⁵ Sulle morti da esposizione all'amianto e sulle difficoltà nella ricostruzione del relativo nesso condizionale, cfr. G. DE SANTIS, *Gli effetti del tempo nel reato. Uno studio tra casistica e dogmatica*, Giuffrè, Milano 2006, in ptc. pp. 70 e ss..

¹³⁶ Cfr. quanto asserito da F. STELLA: «non si è mai in grado di escludere con certezza che la produzione dell'evento lesivo sia dovuta all'intervento di processi causali diversi da quelli posti in essere con il comportamento dell'agente. Ma intendiamoci. Difendere la dottrina della pluralità delle cause non significa escludere la possibilità di una spiegazione causale dell'evento, significa piuttosto porre in evidenza quella che è semplicemente una conseguenza del carattere non deduttivo del giudizio sul nesso causale» (in *Leggi scientifiche*, cit., p. 302.).

La scienza stessa pare dubitarne.¹³⁷ La riflessione scientifica post-positivista, l'epistemologia relativistica e, oggi, la teoria del caos hanno smascherato la linearità della spiegazione scientifica di stampo tradizionale.

In particolare, la fisica relativistica sembra affermare in positivo l'interconnessione di ogni evento compreso all'interno del medesimo cono di luce: salvi gli eventi enormemente distanti¹³⁸ e salvi i pacchetti di energia talmente piccoli da

¹³⁷ Dubbi esprime, per vero, la stessa O. DI GIOVINE, *op. cit.*, a p. 673 in relazione ad alcuni settori dell'intervento penale: «L'ipotesi in cui un siffatto concetto di causalità si mostra esemplarmente destinato a fallire è suggerita dall'inquinamento ambientale. Qui l'eventuale costruzione di una fattispecie causalmente orientata non consentirebbe di identificare il singolo apporto causale, dal momento che, quand'anche si riesca a delineare la causa complessiva sufficiente dell'inquinamento [...], l'effetto sinergico prodotto – al suo interno – da diversi fattori condizionanti si sottrae al comune calcolo e produce, per converso, un effetto moltiplicatore del tutto imponderabile allo stato delle conoscenze. Il *deficit* di conoscenza impedirebbe di dipanare la rete causale, così vanificando il carattere necessario della condotta individuale attraverso il citato metodo euristico negativo (quello consistente nell'esclusione, n.d.a.)». Si vedano altresì, *ivi*, le pp. 675 e ss.; nonché EAD., *L'interpretazione nel diritto penale*, cit., p. 13 u.cpv., ove l'autrice chiaramente afferma: «Eppure tutti sanno delle enormi difficoltà teoriche legate alla decodificazione del nesso causale; un tempo (quando i casi erano tendenzialmente più semplici) indagabile senza soverchie difficoltà dal punto di vista logico attraverso l'eliminazione mentale; rivelatosi successivamente bisognoso del conforto di leggi scientifiche che indiziassero una particolare idoneità della condotta (nei casi scientificamente più complessi); oggi legato, oltre che al previo reperimento delle leggi scientifiche – e quindi al dato statistico – anche al concetto di probabilità logica (da intendere auspicabilmente come “esclusione di fattori causali alternativi”, con tutte le difficoltà relative ai casi di causalità multipla o multifattoriale che sia anche latente: v. la materia dei tumori generici)». Molto interessanti, a proposito, le riflessioni di N. LUHMANN, tratte da *Funzione e causalità*, in *Id.*, *Illuminismo sociologico*, a cura di D. ZOLO, Il Saggiatore, Milano 1983, p. 13, e riportate da Augusto ROMANO, *Causalità giuridica e fisica contemporanea*, Giappichelli, Torino 2005, a p. 50: «Non è più possibile, infatti, interpretare causa ed effetto come determinate situazioni dell'essere, individuando nella causalità una relazione d'invarianza tra causa ed effetto. Non può essere giustificata l'esclusione di tutte le altre cause insieme ai relativi effetti. È vero che si può giungere ad affermazioni formalmente corrette con l'aiuto della condizione *ceteris paribus*, che rappresenta la *exculping phrase*, una sorta di formula magica per le scienze sociali. Ma tali affermazioni sono prive di valore empirico se l'esclusione di tutti gli altri fattori è irrealizzabile di fatto. È proprio questo compito che la scienza sociale non è in grado di assolvere».

¹³⁸ Per la spiegazione del grafico del c.d. universo di Minkowski, rappresentato da due coni rovesciati combacianti per il vertice, il quale simboleggia il tempo presente (mentre il cono superiore il futuro, quello inferiore il passato) rinviamo alla chiarissima esposizione di S. HAWKING, *Dal big bang ai buchi neri. Breve storia del tempo* (1988), Rizzoli, Milano 1997, p. 40 e ss., e in partic. a p. 43, ove è detto: «Per esempio, se il Sole dovesse cessare di emettere luce in questo istante, esso non eserciterebbe alcuna influenza sulle cose sulla Terra nel tempo presente perché esse si troverebbero nell'altrove dell'evento nel momento in cui il Sole si spegne. Noi saremmo informati di questo fenomeno solo otto minuti dopo, il tempo che la luce impiega a percorrere la distanza Sole-Terra». È invece un po' parziale, perché evidentemente orientata a sorreggere la tesi proposta, la versione di tale teoria fornita da M. MAIWALD, *Causalità e diritto penale*, cit., p. 41.

non conferire all'elettrone nemmeno la forza di fare il salto discreto all'orbitale superiore¹³⁹, tutto è in relazione con tutto.¹⁴⁰

In negativo, la teoria del caos afferma l'imponderabilità dello sviluppo degli effetti del dispiegamento di forze anche apparentemente insignificanti. In sistemi fisici che si comportano in modo non periodico, un errore di misurazione minimale, un'approssimazione di alcuni decimali è capace di moltiplicarsi esponenzialmente, producendo una previsione complessiva grossolanamente fallace.¹⁴¹

Pure in linea di principio, poi, la stessa logica del senso comune¹⁴² conferma l'esattezza della nuova scienza. La povertà euristica del concetto di condizione necessaria è mostrata vividamente dalla sua relatività intrinseca. In assoluto, infatti, cioè se assunti in sé e per sé, da un punto di vista completamente astratto, gli eventi tipici della responsabilità penale, la morte, la malattia, il deterioramento, sono risultati ineluttabili.¹⁴³ Ciascun antecedente, a rigore, non è indispensabile alla loro verifica. Essi si sarebbero comunque prodotti, prima o poi, in virtù di altri fattori.¹⁴⁴

¹³⁹ Sull'opposizione continuo-discreto si v. l'icastica definizione tracciata da T. REGGE, *Infinito. Viaggio ai limiti dell'universo*, Mondadori, Milano 1995, p. 162.

¹⁴⁰ Scrive A. ROMANO, *Causalità giuridica e fisica contemporanea*, cit., a pag. 154: «Ormai è consapevolezza scientifica una realtà nella quale tutto è predisposto come un insieme di tasselli di puzzle in cui ogni uomo – costituendo anch'esso un sistema di riferimento – spazializza il suo tempo suscitando e vivificando responsabilmente l'evento, che, nel raggio di azione individuale, diventa causa./ L'individuo capace di agire non utilizza una causa, ma può vivere un evento intenzionalmente come causa». Si veda anche M. MAIWALD, *Causalità e diritto penale*, cit., p. 44, ove si spiega il concetto di *continuum* spaziotemporale in EINSTEIN e la sua struttura geometrica.

¹⁴¹ Cfr. J. GLEICK, *CAOS. La nascita di una nuova scienza* (1987), Rizzoli, Milano 1997, p. 27: «Per colpa di un chiodo si perse lo zoccolo; per colpa di uno zoccolo si perse il cavallo; per colpa di un cavallo si perse il cavaliere; per colpa di un cavaliere si perse la battaglia; per colpa di una battaglia si perse il Regno! Nella scienza, come nella vita, è ben noto che una catena di eventi può avere un punto di crisi in cui piccoli mutamenti sono suscettibili di ingrandirsi a dismisura. Ma il caos significava che tali punti erano dappertutto. Erano onnipresenti. In sistemi come i fenomeni meteorologici, una dipendenza sensibile dalle condizioni iniziali (cd. effetto farfalla, n.d.a.) era una conseguenza inevitabile del modo in cui piccole scale si intrecciavano con le grandi».

¹⁴² Sull'utilità delle intuizioni del senso comune, nella ricostruzione del concetto di causa, cfr. G. M. PROSPERI, *Determinismo e causalità nelle scienze*, in AA.VV., *Determinismo e complessità*, a cura di T. F. ARECCHI, Nova Spes-Armando, Roma 2000, p. 35 e ss..

¹⁴³ Consonanti le parole di F. SGUBBI, *Plurisoggettività eventuale e permanenza nelle fattispecie in tema di inquinamento*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1971, pp.1182-1214, a pag. 1184, in nota.

¹⁴⁴ È altrettanto vero, però, che tali eventi sono generalmente eventi complessi: cfr. in tal senso T. F. ARECCHI, *Il caos e la complessità*, cit., p. 69. Ma di ciò, cfr. cpv. e nota a piè pagina successivi.

Ma se si assumono i medesimi eventi al massimo grado della loro concretezza, allora qualsiasi precondizione effettivamente accertabile è necessaria alla loro verifica.¹⁴⁵ La loro minuscola dimensione spazio-temporale, il loro aspetto *hic et nunc* sarebbe infatti mutato se non si fossero realizzate tutte e tali condizioni.¹⁴⁶ In questo senso, STUART MILL attribuiva il termine causa al solo complesso delle condizioni.¹⁴⁷ La riflessione scientifica e filosofica successiva, invece, traslò tale denominazione ad indicare ogni comportamento umano coinvolto nell'insieme, sull'assunto che, senza di questo, le altre condizioni non si sarebbero "attivate".¹⁴⁸

D'altro canto, è pacifico che "condizionale" sia anche ogni antecedente che, anziché anticipare la verifica dell'evento, l'abbia ritardata o addirittura ostacolata, giacché è innegabile che la concreta configurazione di esso ne sia stata influenzata.¹⁴⁹ Il punto di vista prevale allora rispetto alla verità logica dell'accerta-

¹⁴⁵ In effetti, la progressiva specificazione dei tratti dell'evento, la delineazione sempre più dettagliata delle sue caratteristiche fattuali, l'avanzamento lungo il gradiente della sua concretezza produce conseguenze opposte a seconda che si prendano a termine di paragone i processi alternativi ipotetici anziché quelli reali. Rispetto ai primi, la più doviziosa descrizione dell'evento ne determina vieppiù l'irrelevanza: «(pertanto la specie di morte dovuta a una fucilata sarebbe diversa dalla specie di morte dovuta a strangolamento; la specie di piacere prodotta da un bello spettacolo sarebbe diversa dalla specie di piacere prodotta da un buon cibo; l'umidità del suolo prodotta dalla pioggia sarebbe diversa da quella prodotta dall'irrigazione artificiale e via discorrendo)» (F. STELLA, *Leggi scientifiche*, cit., p. 299). Rispetto ai secondi, al contrario, il progressivo affinamento della fisionomia dell'evento allarga lo spettro delle condizioni rilevanti, giacché, per aspetti sottili e minimali, non può escludersi che pressoché ogni fattore – purché cronologicamente precedente – abbia sortito una qualche influenza: così, se si assume il momento della morte del paziente, vittima di un grossolano errore chirurgico incorso nell'operazione di appendicectomia, con una precisione al minuto secondo, anche il gelido spiffero proveniente dalla finestra lasciata incautamente aperta dall'infermiera di turno può forse rivestire un qualche significato (potrebbe infatti averlo anticipato).

¹⁴⁶ Si v., similmente, F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale* (1934), rist. Giappichelli, Torino 1960, che a p. 93, nel discutere la tesi del MÜLLER, eccepisce: «se l'evento si considera nella sua forma concreta, nessun fattore è sostituibile, perché tutti sono egualmente necessari; in altri termini, perché la mancanza di ognuno di essi avrebbe fatto venir meno quell'evento che di fatto si è verificato. D'altra parte, se non si considera l'evento concreto, ma l'evento in una forma diversa, ogni fattore diventa sostituibile. Anche la pugnalata al cuore che determina immediatamente la morte di una persona, è sostituibile con altri fattori, se noi non abbiamo presente la morte così come si è verificata nel caso singolo, ma l'esito letale in una forma generica: il che ci sembra evidentissimo».

¹⁴⁷ Si v., a proposito, la chiarissima illustrazione di F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità*, cit., p. 30 e ss..

¹⁴⁸ *Ivi*, p. 39.

¹⁴⁹ Cfr. i classici esempi di K. ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Mohr, Tübingen 1931, p. 9 e s.. Si v. anche la p. 19, dove l'insigne scrittore, pur avendo optato per una determinazione il più possibile concreta dell'evento, riconosce comunque le ragioni dell'opposta opinione, nonché il momento valutativo insito nel giudizio ipotetico-controfattuale cui per sua natura obbliga la

mento. Non è l'*an* che interessa al giurista, ma il *quomodo* e il *quantum*¹⁵⁰ della relazione fra azione ed evento.

È dunque la descrizione dell'evento il momento determinante per il discernimento della rilevanza penale delle sue condizioni.¹⁵¹ E nel processo di selezione dei suoi aspetti significativi e ripetibili, il giudice è il padrone.¹⁵²

III. Approccio esistenziale ed ermeneutica del fatto tipico. – Sarà chiaro, giunti a questo punto, che, nella produzione di un risultato penalmente rilevante, ciascun fattore abbia in realtà un significato ed un peso proprio, differente da ogni altro, e che l'equivalenza delle condizioni sia una finzione, giustificabile solo su base logica. Ma il principio di personalità, la dimensione umanistica della responsabilità penale, insorge contro siffatti criteri di valutazione freddi ed asettici. Si oppone all'astratta ed irragionevole equiparazione di azioni affatto diverse.

formula della *conditio*.

¹⁵⁰ Sulla possibilità di distinguere tra condizioni "più" e "meno" causali, illuminanti appaiono, ancora oggi, le parole di F. ANTOLISEI, *op. cit.*, a p. 40: «Se al contrario si ritiene che la causalità implichi un nesso reale di produzione, una forza metafisica che si trasmette dalla causa all'effetto (questa è la veduta del Buri), allora ogni condizione deve possedere una reale efficienza per il risultato, ma non si può escludere che ciascuna produca una quota del risultato medesimo, anche se noi non siamo in grado di individuare, di misurare il contributo di essa» e a p. 83: «Voler distinguere fra le condizioni "dal punto di vista dell'efficienza causale" – ha scritto il Guex – è così vano è irritante come ricercare se Blücher o Wellington hanno vinto la battaglia di Waterloo. Non è stato né l'uno, né l'altro. Senza Blücher, Wellington sarebbe stato schiacciato; senza Wellington, Blücher sarebbe arrivato troppo tardi. Essi hanno vinto insieme, giacché la vittoria non è un risultato divisibile e del quale si possa riportare solo una parte". / Associandosi a questo rilievo, non intendiamo punto affermare che tutte le condizioni contribuiscano nella stessa misura al risultato: non intendiamo con ciò accettare la tesi dell'eguale efficacia positiva delle condizioni sostenuta dal Buri. Questa tesi per noi è poco verosimile: comunque, non è dimostrabile».

¹⁵¹ Lo riconosce lo stesso F. STELLA, *Leggi scientifiche*, cit., p. 233: «una legge causale può risultare pertinente se riferita a una certa descrizione (dell'evento, n.d.a.), non pertinente se riferita ad una descrizione diversa»; che aggiunge, a pag. 234: «Se proviamo a stabilire qual è la legge che deve essere enunciata nella spiegazione di un certo evento ripetibile, o di un certo aspetto di un evento, ci accorgiamo che non esiste la legge pertinente, ma che ci sono tante leggi pertinenti quanti sono i "punti di vista" dai quali viene sollevata la questione». Sulla selezione delle modalità rilevanti, si v. F. SGUBBI, *Plurisoggettività eventuale e permanenza*, cit., p. 1192 e ss..

¹⁵² Si v. N. IRTI, voce *Rilevanza giuridica*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XV, Utet, Torino 1968, pp. 1094-1112, a pag. 1107: «Non vi sono fatti, che attendono semplicemente di essere scelti; la scelta è costitutiva del fatto, e il fatto, prima della scelta, è un nulla». La decisività del punto di vista è anche l'approdo di L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Giappichelli, Torino 2004, p. 48 e s.. Ma si v. già G. INSOLERA, *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, cit. p. 18.

Pretende che la scienza non oscuri la complessità dell'agire; richiede, piuttosto, che l'illumini.

Per quanto concerne il contributo concorsuale, la differenza soltanto chiaro-scurale e non ontologica fra agevolazione e condizionalità¹⁵³ pone il problema di evitare un'indiscriminata affermazione responsabilità ai sensi dell'art. 110 c.p., secondo il descritto criterio cronologico, per ogni aiuto prestato prima dell'ultima azione del fatto plurisoggettivo.

Certo, se questo è assunto nei suoi dettagli minimi, qualsiasi condotta con esso interferente è rilevante e, secondo logica, necessaria.

Se invece si assume un punto di vista esistenzialista¹⁵⁴, o anche soltanto più realista, secondo cui occorre valorizzare quanto e come l'agente abbia partecipato all'integrazione del fatto tipico plurisoggettivo, ne discende che l'ascrizione di responsabilità deve essere quanto più aderente al vissuto¹⁵⁵ dell'agente. Nella precisazione del senso e del peso dell'agire, la scienza non potrà fungere che da servile informatrice. Potrà cioè meglio rappresentarne al giudice la direzione modale e l'efficienza individuale. Ma sarà questi, con la sua autorità, a decidere.

Ora, se il quadro tratteggiato è plausibile, chi legge avrà intuito quanta parte giochi la discrezionalità giudiziale nella fissazione del più basilare requisito di imputazione criminale. Se, pertanto, il cuore stesso della responsabilità penale è affidato all'autorità del magistrato¹⁵⁶, sono di certo insufficienti a disciplinare il complesso gioco dell'interpretazione le scarse disposizioni contenute negli arti-

¹⁵³ Cfr., *retro*, l'introduzione.

¹⁵⁴ Cfr. lo stesso F. STELLA, *Leggi scientifiche*, cit., che, a pag. 248, scrive: «A giudizio di Engisch [...]: come lo storico, il giudice rivolgerebbe la sua attenzione a singoli accadimenti concreti, e di questi ricercerebbe la spiegazione causale, con un'indagine di tipo "esistenziale"».

¹⁵⁵ Di "vissuto causale", richiamandosi ad uno studio sulla causalità psichica dell'ENGISCH, parla anche A. SERENI, *Istigazione al reato e autoresponsabilità*, cit., p. 97. Si v., altresì, A. ROMANO, *Causalità giuridica e fisica contemporanea*, cit., *passim*.

¹⁵⁶ Indizi di un "circolo ermeneutico", nella ricostruzione del nesso causale, si ritrovano d'altro canto anche in F. STELLA, *Leggi scientifiche*, cit., il quale, richiamandosi a DEWEY, afferma a pag. 257: «la supposizione esplicativa del giudice concorre alla stessa individuazione del problema da risolvere: come è stato osservato, "un problema non è un compito predisposto, che una persona si prefigge o che altri le prefiggono, come il cosiddetto problema aritmetico nel lavoro scolastico. Un problema rappresenta la trasformazione parziale di una situazione problematica in una situazione determinata mediante l'indagine. È un detto familiare che un problema ben posto è mezzo risolto [...]". In breve: l'*explanandum*, lungi dall'essere un "dato" precostituito, rappresenta esso stesso il frutto di una ricerca, che il giudice compie facendone ricorso a una o più "congetture" esplicative».

coli 12 e 14 delle preleggi al codice civile. Emerge in tutta la sua urgenza la proposta di chi¹⁵⁷ ha suggerito di introdurre, pure nel nostro ordinamento, la regola del precedente vincolante, di modo che i mutamenti giurisprudenziali *in malam partem* non possano valere nella decisione del caso *a quo*, ma solo per i casi futuri, secondo le cadenze del *prospective overruling*¹⁵⁸.

§ 5. La ragione punitiva dell'art. 110 c.p..¹⁵⁹

Quanto premesso sulle manchevolezze – sia in termini scientifici che equitativi – del modello dell'equivalenza, non ci esime dall'interrogarci sulla ragione di fondo per cui il legislatore del 1930 prescelse la soluzione della formale equiparazione di tutti i partecipi, codificandola nell'art. 110 c.p..

Se infatti dovesse mai risultarne che essa non possa esclusivamente essere ravvisata, come ha invece fatto la dottrina tradizionale, nell'adesione filosofica alle teorie causali positivistiche (*id est*: il condizionalismo), certamente potrebbe essere più indulgente, da un lato, il giudizio complessivo sul tipo di regime concorsuale delineato dal codice Rocco e, dall'altro, si aprirebbe un pertugio alla prospettazione – già *de jure condito* – di un nuovo ed alternativo modello di partecipazione al reato.

¹⁵⁷ A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Giappichelli, Torino 1999, pp. 301 e ss., la cui analisi si condivide integralmente.

¹⁵⁸ Sulla recente sent. della CGCE che ha sostanzialmente affermato il principio di irretroattività delle svolte giurisprudenziali *in malam partem*, cfr. V. MANES, *I rapporti tra diritto comunitario e diritto penale nello specchio della giurisprudenza della Corte di Giustizia: approdi recenti e nuovi orizzonti*, in F. SGUBBI, V. MANES, a cura di, *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, Bologna University Press, Bologna 2007, pp. 9-31, in ptc. pag. 27.

¹⁵⁹ La dottrina più avvertita, in verità, individua una pluralità di ragioni storiche all'accoglimento del cd. modello unitario di partecipazione al reato: cfr. G. GRASSO, *Pre-Art. 110*, in M. ROMANO, G. GRASSO, *Commentario sistematico del Codice Penale. II. Art. 85-149*, II ed., Giuffrè, Milano 1996, p. 125, che annovera ragioni dogmatiche, filosofiche, politico-criminali e pratiche. Cfr., similmente, L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., p. 9 e ss., che però ravvisa nella regolamentazione adottata con gli artt. 110 e ss. anche la finalità – garantistica – di imporre un divieto di responsabilità per fatto altrui. Pur consci del fatto che la storiografia giuridica – come ogni scienza storica – non può contentarsi di una spiegazione monofattoriale, a noi interessa qui di seguito evidenziare, in particolar modo, una delle ipotesi ricostruttive prospettate. Ciò soprattutto in ragione del fatto che, a nostro avviso, essa è stata, rispetto alle altre, relativamente trascurata e non tenuta nel debito conto.

I. La giustificazione causale. – L'interpretazione consolidata della ragione incriminatrice dell'art. 110 c.p. è, come detto, di tipo dogmatico.¹⁶⁰ La pena per i concorrenti nel reato è, dal punto di vista del titolo, identica, indifferenziata, perché le precondizioni dell'evento-reato plurisoggettivo sono tutte logicamente eguali, in quanto indifferentemente indispensabili. Letta in simbiosi con l'art. 40, la norma commina quindi sanzione per ogni contributo purché prestato prima dell'ultimazione del fatto, rigettando aprioristicamente ogni invocazione, magari in nome di un preteso divieto di regresso, di mitigazione ed adattamento del trattamento sanzionatorio edittale a quanto effettivamente commesso dal singolo agente, al ruolo concretamente svolto dal medesimo nell'impresa criminale collettiva.

Di più: sarebbe stato proprio il rivolgimento scientifico in tema di causalità ad indurre il legislatore ad annientare la variegata schiera di concorrenti contemplata dal codice Zanardelli¹⁶¹. Storicamente, poi, ciò dovrebbe considerarsi come il completamento di un processo iniziato con le codificazioni ottocentesche, le quali, a loro volta basandosi su criteri ezio-crono-logici, avevano proceduto ad espungere dall'area del concorso personale le cc.dd. fattispecie famulative o ancillari (*id est*: favoreggiamento e ricettazione).¹⁶²

Tuttavia, nel corso dei decenni, alcune penetranti indagini, condotte sui lavori preparatorii e sulle idee circolanti al tempo della codificazione, hanno messo in rilievo le lacune dell'ipotesi causale. Che infatti il legislatore del '30 aderisse

¹⁶⁰ Si v. M. DONINI, *La partecipazione al reato*, cit., spec. p. 180. Per una critica del criterio causale come meccanismo posto a base del concorso personale, cfr. peraltro già M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Giuffrè, Milano 1957, p. 18.

¹⁶¹ La descrizione del "sistema Zanardelli" è particolarmente chiara in G. INSOLERA, voce *Concorso di persone nel reato*, in *Dig. pen.*, II, Utet, Torino 1988, pp. 437-502, pag. 440.

¹⁶² Cfr., a proposito, C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Giappichelli, Torino 2003, che, a pag. 17, illustrando le origini della disciplina concorsuale del codice napoleonico del 1810, nota: «Proprio il rispetto del principio causale, inoltre, aveva indotto il legislatore ad espungere dalla trama della complicità tutte le ipotesi di condotte connesse ma susseguenti alla realizzazione altrui di un reato per allocarle in separate ed autonome fattispecie incriminatrici munite di un minore carico sanzionatorio, come il ricettamento di colpevoli, l'occultamento di cadaveri, l'uso di documenti da altri falsificati; condotte che in quanto posteriori non potevano spiegare alcun effetto sulla dinamica già conclusa del crimine principale e che, per questa ragione, erano state indicate dagli illustratori del codice come esempio di razionale mitigazione della regola generale della parificazione sanzionatoria tra i concorrenti, fondata su un sapiente dosaggio proporzionale tra pena e dannosità del fatto».

alla corrente filosofica del condizionalismo è un punto piuttosto fermo.¹⁶³ Ma ciò non esclude che la teoria dell'equivalenza potesse costituire meramente, in materia di partecipazione criminosa, la regola tecnica per tradurre in termini normativi ragioni politico-criminali ben più profonde e di non così immediata comprensione.¹⁶⁴

Sicché, ad esempio, taluno ha osservato che la stessa presenza nel sistema dell'art. 114 c.p. dimostrerebbe in maniera inequivoca che il codice contempla la possibilità di segnare differenze di grado e d'importanza tra i vari contributi concorsuali. Il che, del resto, trova esplicita conferma in un significativo passaggio della stessa Relazione al Re.¹⁶⁵

II. L'ipotesi criminologica. – Anche la tesi di una decisiva influenza del positivismo criminologico sull'ideazione del nuovo sistema concorsuale è andata col tempo scemando.

L'affinità tematica della partecipazione criminosa con l'istituto del tentativo, che pure conserva traccia nel parallelismo normativo corrente tra gli ultimi commi degli artt. 49 e 115 c.p., nonché la tipizzazione unitaria *ante litteram* di cui all'art. 17 del Progetto Ferri¹⁶⁶, avevano suscitato in alcuno la ferrea convinzione che il concorso di persone fosse uno dei settori in cui maggiormente era potuta filtrare la tendenza della nuova criminologia ad una valutazione sintomatica e largamente anticipata del comportamento del delinquente.

Del resto, un solido argomento a sostegno di questa lettura discenderebbe dalla stessa collocazione topografica del concorso di persone nel reato: il titolo IV, dedicato al "reo" (e alla "persona offesa dal reato").

Eppure, come si è autorevolmente dimostrato¹⁶⁷, nemmeno all'interno della Scuola positiva vi era unanimità di vedute circa l'opportunità di superare il mo-

¹⁶³ Chiarissima la ricostruzione del clima culturale dell'epoca di L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., p. 28 e ss..

¹⁶⁴ M. DONINI, *La partecipazione al reato*, cit., p. 180 e ss..

¹⁶⁵ Il quale suona: «il concorso di persone nel reato può essere più o meno efficiente». Il brano è riportato da S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Giuffrè, Milano 1987, alla p. 25.

¹⁶⁶ Cfr. G. INSOLERA, voce *Concorso di persone nel reato*, cit., a pag. 439.

¹⁶⁷ Ancora S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, cit., p. 19 e ss..

dello differenziato dello Zanardelli in vista dell'approdo ad un concetto unitario di autore. Anzi: lo stesso Enrico Ferri aveva espresso la sua avversione ad un "divorzio troppo evidente ed artificioso dalla realtà dei fatti".

Sicché – par di capire – l'unificazione dei partecipi sotto la medesima cornice edittale rappresentava più che altro, nell'ottica dei "positivisti", la lineare conseguenza dell'equiparazione fra delitto tentato e consumato; non già, invece, un'autonoma battaglia ideologico-criminale.

III. Il carattere simbolico della scelta unitaria. – In definitiva, a parte le esigenze eminentemente pratiche, che si traducevano nella necessità di superare le sottili distinzioni del codice previgente, che la giurisprudenza dell'epoca viveva come "lacci" alla propria discrezionalità e che non avevano dato buona prova di sé nemmeno in termini di certezza del diritto, pare che il nuovo spirito autoritario aspirasse ad esprimersi anche sul piano della "comunicazione criminale", lanciando un preciso messaggio.

L'equiparazione dei partecipi doveva suonare, allora, come la versione camuffata di un più volgare e diffuso canone di politica penale: *qui in re illicita versatur tenetur etiam pro casu*.¹⁶⁸

Taluno ha infatti acutamente osservato:

«proprio il concorso di persone, insieme con l'associazione per delinquere, era il simbolo del crimine, la forma più eclatante e temibile della delinquenza, che appunto per ciò aveva sollecitato il pensiero positivista a proporre una disciplina normativa più rigorosa e aggravante: sarebbe stato inconsequente concepire il diritto punitivo dello Stato come "un diritto di difesa della società contro il pericolo di reato o di nuovi reati da parte di tutti e contro tutti, ossia *contro il pericolo della criminalità come fenomeno sociale generale*", e costruire, nello stesso tempo, la disciplina della partecipazione, vero archetipo giuridico della "crimina-

¹⁶⁸ Dove, ovviamente, il "casus" consiste non tanto nell'assenza di consapevolezza di interagire con le condotte delittuose altrui, ma nell'assoluta accidentalità della stessa: cfr. L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., p. 14.

lità come fenomeno sociale generale”, con uno spirito sinallagmatico e liberale di giustizia distributiva». ¹⁶⁹

Il meccanismo causale, allora, serviva a conferire concreta operatività ad una scelta ideologica effettuata più a monte. ¹⁷⁰

Che poi, al di là della facciata della norma simbolo – l’art. 110 c.p. –, si cessassero, nel nuovo codice, concrete possibilità di modulazione della risposta sanzionatoria, non interessava al regime. Men che meno avrebbero intralciato l’incendere della “crociata” contro il crimine le figure della parte speciale, ancorché – alle volte – autentici relitti del vecchio sistema differenziato.

Nel quadro costituzionale democratico, però, il giudice è oggi chiamato a non cadere nell’“inganno”¹⁷¹ tesogli dal legislatore. Infatti, la tensione verso un diritto penale del fatto richiede di contrapporre ad astratti messaggi “pubblicitari” la più accurata descrizione della condotta concreta. Al simbolismo dei concetti deve subentrare il realismo del metodo. E un metodo realistico di qualificazione giudiziale del fatto postula che l’interprete vaghi ben oltre le clausole generali incriminatrici della parte generale, cercando la soluzione del caso concreto con tutti gli strumenti che l’ordinamento gli riserva, medicando la ferita aperta fra legge e giustizia col ritrovar nell’una il rimedio più congruo ai fini dell’altra. Il principio d’equità così consiglia; quello di ragionevolezza esorta; quello di personalità impone.

Egli non potrà quindi contentarsi della circostanza che il contributo concorsuale si sia situato cronologicamente prima dell’ultimazione del fatto plurisoggettivo. Ciò significherebbe attribuire esclusivo significato al giudizio controfattuale. Ma questo, che è un predicare segnatamente logico, non può esaurire la complessità della valutazione giudiziale del fatto. La condotta agevolatrice di un sog-

¹⁶⁹ Così, M. DONINI, *La partecipazione al reato*, cit., p. 184.

¹⁷⁰ Ciò è forse in grado di spiegare – sia pur parzialmente – l’exasperazione con la quale la giurisprudenza ha condotto l’interpretazione dei requisiti minimi della partecipazione atipica fino agli eccessi parossistici della mera presenza sul fatto. È infatti evidente che, ove l’interprete asseconi il messaggio simbolico suggeritogli dal legislatore, la nozione di condizione necessaria viene ad essere ulteriormente irrigidita nella sua natura essenzialmente logica, finendo per adattarsi a qualsiasi comportamento interferente con il fatto collettivo, purché antecedente rispetto al suo momento terminale. Cfr., *retro*, cap. I.

¹⁷¹ Sulla tipica attitudine ingannatoria della legislazione simbolica, essenziali i ragguagli di S. BONINI, *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?*, in *Ind. pen.*, 2003, pp. 491-534, *passim* e spec. p. 506.

getto non vive confinata in un dato istante temporale. Essa ha un peso, un'importanza e una determinata inclinazione: è cioè rivestita di un'efficienza propria e di modalità proprie.

IV. La dimensione effettuale della scelta unitaria. – La giurisprudenza più avvertita ha in effetti risolto il *rebus* prospettato dal legislatore nel senso della configurabilità dei reati accessori nella permanenza del *titulus principalis*. Al riguardo, non dobbiamo far altro che richiamare alla mente quelle sentenze segnalate nel corso del primo capitolo che, anziché cadere ingenuamente nel “tranello” cronologico, distinguono tra favoreggiamento (o ricettazione) e concorso nel reato sulla base dell'elemento soggettivo, o ancor più lodevolmente, della concreta direzionalità modale della condotta.¹⁷²

Qui interessa, invece, sottolineare un elemento ulteriore: il fatto cioè che, nell'*iter* processuale da cui scaturiscono simili pronunzie, il mutamento di qualificazione giuridica – da reato ancillare a reato principale e viceversa, per intendersi – sia potuto avvenire senza ricorrere a nuove contestazioni e senza violare il principio di corrispondenza tra accusa e sentenza.

Sono infatti molteplici le statuizioni con cui la Suprema Corte ha avuto modo di asserire che le qualifiche penalistiche di favoreggiamento, ricettazione e concorso nel reato possono avere in realtà il medesimo referente empirico, appuntandosi in sostanza sul **m e d e s i m o f a t t o s t o r i c o**.¹⁷³

In definitiva, la giurisprudenza, quella perlomeno a nostro avviso più illuminata, sembra già oggi utilizzare le cc.dd. fattispecie famulative come strumenti di tipizzazione della condotta partecipativa alternativi all'ipotesi concorsuale. Più precisamente: come previsioni legali atte a “derubricare” l'addebito di concorso nel reato presupposto, ad operare finalmente la tanto auspicata differenziazione di trattamento tipico edittale, asseritamente impossibile alla luce della c.d. scelta unitaria.

¹⁷² Cfr., in particolare, la sezione quarta del paragrafo 2.

¹⁷³ Cfr., fra le più recenti, Cass., sez. VI, 6 febbraio 2004, n. 40538, in *Riv. pen.*, 2005, 1414; Cass., sez. VI, 30 settembre 2003, n. 44743, in *Guida al dir.*, fasc. 6, 67.

Sicché, pare proprio che il modello di concorso personale profilato dal diritto vivente, da quell'applicazione giurisprudenziale che lodevolmente mette a frutto tutte le possibilità poste a disposizione dal legislatore, sia in verità assai meno unitario di quanto si suole tradizionalmente ritenere.¹⁷⁴

§ 6. Tesi: le fattispecie accessorie come ipotesi speciali di complicità.

I. Oltre la clausola d'indifferenza: l'accessorietà “fuori dei casi di concorso”. – Alla luce delle riflessioni che precedono, non appare impossibile immaginare un meccanismo di funzionamento del concorso di persone nel reato diverso, sebbene non contraddittorio, rispetto a quello sin qui prospettato dall'interpretazione dottrinale dominante.

La teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale¹⁷⁵ e la teoria dell'accessorietà¹⁷⁶, le due che maggiormente si sono contese il campo nel corso degli anni, sembrano smentirsi a vicenda.¹⁷⁷

L'una dichiara l'indifferenza della presenza di un'agente principale latore del disvalore della condotta tipica; l'altra la ritiene essenziale.

La prima assegna maggior peso, all'interno della fusione normativa tra l'art. 110 c.p. e la singola fattispecie di volta in volta rilevante, alla clausola incriminatrice di parte generale. Nascerebbe così una nuova fattispecie astratta, all'interno della quale ogni dato di tipicità è azzerato.¹⁷⁸ Residuerrebbe soltanto il tipo di offesa, il titolo di reato che venga in rilievo nel caso concreto.¹⁷⁹

¹⁷⁴ Né può dirsi che uno sguardo “effettuale” non serva a giustificare una prassi perversa: ribadiamo, piuttosto, la piena legittimità dell'opzione applicativa in commento, la quale pare anzi meritare un plauso, vista la tensione, che la contraddistingue, a realizzare la massima compatibilità costituzionale dell'istituto concorsuale.

¹⁷⁵ Cfr. R. DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Giuffrè, Milano 1956.

¹⁷⁶ Cfr. C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Priulla, Palermo 1952.

¹⁷⁷ Per un confronto generale, cfr. S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, p. 279 e ss..

¹⁷⁸ Cfr. la “definizione” del concetto di fattispecie plurisoggettiva eventuale in R. DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva*, cit., p. 40 e p. 80.

¹⁷⁹ *Ivi*, p. 89 e ss..

La seconda insiste, invece, sulle singole tipologie criminose di parte speciale, asserendo che disconoscerne la permanente operatività in materia di reato plurisoggettivo comporterebbe un'irragionevole rinuncia, in quest'ambito, al principio di legalità inteso come determinatezza.¹⁸⁰

Entrambe, però, riposano, in ultima istanza, su di un collegamento di natura causale che avrebbe la funzione di conferire rilevanza penale ad una condotta altrimenti atipica. Soltanto che, nel primo caso, il secondo termine della relazione eziologica sarebbe l'evento inteso come offesa al bene giuridico tutelato¹⁸¹; nel secondo caso, invece, la condotta principale altrui¹⁸².

Ebbene: se la teoria della plurisoggettività eventuale pare voler misconoscere intenzionalmente i tratti tipici di cui sia eventualmente dotata una delle condotte interferenti, la teoria dell'accessorietà – da sempre considerata maggiormente garantistica – a sua volta non è immune da suscitare perplessità. Se da un lato, infatti, essa tenta di delineare, all'interno del fatto collettivo, i caratteri della figura dell'autore, dall'altro, nel segnare il limite minimo della partecipazione, vale a dire nell'individuare la condotta di agevolazione, non fa altro che desumerla dal legame causale – accessorio appunto – al fatto altrui. Ma, allora, se è vero che ogni comportamento umano ha caratteristiche sue proprie ed irripetibili, si è certi che un'adesione incondizionata alla teoria dell'accessorietà sia capace di significative prestazioni in termini di garantismo?¹⁸³ O anch'essa finisce piuttosto per

¹⁸⁰ Così si esprime C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, cit., a p. 40: «La tesi che concepisce il concorso come integrazione causale va, in conclusione, capovolta: l'istituto ha motivo di esistere in funzione integrativa proprio perché la legge, nel delineare le figure criminose della parte speciale, non tiene conto solo dell'aspetto causale dei fenomeni».

¹⁸¹ Scrive R. DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva*, cit., a pag. 22: «Dobbiamo qui ripetere che, se proprio vuol darsi una determinazione sostanzialmente lesiva alla condotta produttrice dell'evento [...] può dirsi soltanto che ciascuna condotta concorrente, in una fattispecie plurisoggettiva, è *concausale* rispetto ad un unico evento».

¹⁸² Cfr. C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, cit., p. 39, u. cpv.: «Anche la partecipazione accessoria deve essere, [...], *condicio sine qua non* del fatto principale e perciò dell'evento»; nonché, più diffusamente, alle pp. 69-71.

¹⁸³ Cfr., a proposito, i dubbi espressi da L. STORTONI, *Agevolazione e concorso di persone nel reato*, Cedam, Padova 1981, p. 30 e ss.. Anche M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, cit., p. 38 osserva che «la teoria dell'accessorietà non offre alcuna spiegazione delle ragioni che conducono alla punibilità dell'atto di concorso».

oscurare i caratteri dell'agire individuale, per derivarne unilateralmente il contenuto d'illiceità dal fatto altrui?¹⁸⁴

Occorre allora prendere atto che muoversi esclusivamente “dentro” i casi di concorso, e cioè tentare di risolvere il problema della tipizzazione del contributo concorsuale all'interno del gioco perverso innescato dalla congiunta operatività della norma integratrice e della fattispecie di parte speciale, significa assecondare il messaggio simbolico del legislatore. La conseguenza è un'estremizzazione del criterio condizionalistico, di guisa che, in vece di una casualità ponderata attraverso determinati parametri di rilevanza legale o giudiziale del fatto, ecco emergere concretamente e farsi tangibile l'essenza recondita della scelta cristallizzata nell'art. 110 c.p..

Lo scopo semplificatorio e riduzionistico è stato raggiunto¹⁸⁵. La norma funziona come un'autentica clausola di indifferenza rispetto alle modalità dell'agire. Purché contestuale¹⁸⁶, basta la presenza sul luogo del fatto. Purché antecedente, è sufficiente il benché minimo ausilio al fatto principale altrui.

Una profonda presa di coscienza di ciò è il più forte sprone a spezzare il cerchio. A fuoriuscire dalla spirale viziosa del concorso di persone e dalla sua sede codicistica. A schiudere lo sguardo su altre norme.

Così, vanno massimamente apprezzati gli sforzi di chi, nell'ottica di un'interpretazione a largo raggio sistematico, ha valorizzato la norma sul tentativo, vedendovi il necessario completamento di quanto disposto dall'art. 115 c.p.. Se l'istigazione non determinante o l'accordo inefficiente non possono andare soggetti a pena, lo stesso non può non valere anche per la condotta di agevolazione mate-

¹⁸⁴ Conscio della delicatezza del tema, osserva, invece, C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, cit., a p. 70: «La verità è che il partecipe risponde del fatto proprio: del proprio contributo al fatto altrui, il quale, in ultima analisi, non è solo di chi lo esegue, ma anche del partecipe che vi contribuisce. D'altra parte basta insistere su questo punto per impedire che il concorso degeneri in pretesto per punire oltre i limiti del ragionevole: il presupposto causale non è garanzia politica dappoco».

¹⁸⁵ Per una terminologia simile, G. INSOLERA, voce *Concorso di persone nel reato*, cit., p. 441, che parla di “semplificazione” e “criterio causale indifferenziato”. Si v., a proposito, anche M. ZANOTTI, *Studi in tema di favoreggiamento personale*, Cedam, Padova 1984, p. 89. L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., a p. 17 discorre di una “insignificanza del contributo minimo incriminato”.

¹⁸⁶ Di nesso di contestualità, parla il M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, cit., p. 63, u.cpv..

riale.¹⁸⁷ L'adeguatezza¹⁸⁸, l'idoneità offensiva, devono costituire il *minimum* imprescindibile di qualsiasi giudizio di rilevanza penale. Ciò è del resto il precipitato in materia concorsuale, del generale principio di lesività, il quale implica – quanto meno – l'estrinsecazione della condotta in un *quid* di palpabile nell'ottica della protezione del bene giuridico.¹⁸⁹

Ma se ora si compie un passo ulteriore, giungendo ad ammettere che il volto complessivo di un istituto possa essere compiutamente delineato soltanto dalla convergenza di tutte le norme ad esso inerenti, siano pur queste contenute nella parte speciale del codice, allora un'indicazione decisiva, sul piano della tipizzazione del contributo concorsuale, sembra promanare proprio dalle fattispecie punite “fuori dei casi di concorso”.

In altri termini, il favoreggiamento (personale e reale), la ricettazione, il riciclaggio (e il reimpiego) costituiscono strumenti che un legislatore non certo inconsapevole ha messo a disposizione del giudice per una modulazione della risposta sanzionatoria ulteriore rispetto a quanto già ricavabile dagli artt. 110 e ss. c.p., per un adattamento del tipo alla concreta e specifica direzione lesiva e modale della condotta del partecipe.

¹⁸⁷ Scrive S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, cit., p. 261: «Si deve dunque ammettere che una condotta di partecipazione acquista rilevanza penale solo quando abbia realmente influito sulla commissione dell'illecito, manifestando così un valore obiettivo più consistente e ancora più percepibile, sul piano materiale, rispetto alle condotte rientranti nell'art. 56 cod. pen.». Sulla funzione tipizzante dell'art. 56 c.p., fissando essa l'inizio dell'attività esecutiva punibile, si v. pure T. PADOVANI, *Le ipotesi speciali di concorso nel reato*, Giuffrè, Milano 1973, p. 26.

¹⁸⁸ «Si discute se collocare il requisito in un settore o nell'altro del sistema: certo è però che, ovunque la si classifichi, l'adeguatezza dell'azione, la prevedibilità dell'evento proibito, è inscindibilmente connessa all'idea di reato. È assurdo pensare una norma integrativa che chiami taluno a rispondere di un risultato imprevedibile. Dopo tali premesse, le nozioni supreme di azione di illiceità di colpevolezza ne uscirebbero intaccate» (C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, cit., p. 48).

¹⁸⁹ Cfr. L. STORTONI, *Agevolazione e concorso di persone nel reato*, cit., p. 63 e ss., 96 e ss..

Simili previsioni sembrano poter figurare, in sostanza, come ipotesi speciali di complicità.¹⁹⁰ Sicché, il modello di concorso personale delineato dal codice non è affatto unitario, come invece afferma l'insegnamento tradizionale.

Ancora volta, se si considera il sistema in senso complessivo ed effettuale, vale a dire dal punto di vista della sua legittima operatività pratica, così come restituita dall'applicazione giurisprudenziale, è piuttosto un paradigma partecipativo "binario" quello che si profila. La partecipazione criminosa, effettivamente, annovera sia il concorso, atipico e tendenzialmente indifferenziato, che la complicità, tipizzata e speciale.

La descrizione legale del comportamento umano, la possibilità di una mitigazione edittale e non soltanto commisurativa della risposta punitiva, espunta da "dentro" i casi di concorso, rispunta quindi "fuori" di essi.

La relazione di accessorietà, che "dentro" i casi di concorso soffre costitutivamente della mancanza di un riscontro normativo¹⁹¹ – lacuna, questa, evidenziata dalla nota obiezione dell'esecuzione frazionata del tipo¹⁹² – trova inaspettato sollievo "fuori" del dominio onnivoro dell'art. 110 c.p..

Condizione imprescindibile di simili sviluppi è però la definitiva emancipazione dal dogma ezio-crono-logico, finora imperante nella lettura del meccanismo concorsuale. D'altronde, non pare lecito, alla luce del principio discendente

¹⁹⁰ Per una negazione radicale di questa conclusione, L. VIGNALE, *Ai confini della tipicità: l'identificazione della condotta concorsuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pp. 1358-1413, spec. p. 1406 e ss., che pure afferma: «gli artt. 378 e 379 individuano un settore di possibili condotte partecipative, che si caratterizzano in quanto dirette a consentire ai complici di eludere le investigazioni, sottrarsi alle ricerche dell'autorità, assicurarsi il prodotto, il profitto o il prezzo del reato. Ciò non basta, però, ad attribuire alle disposizioni in esame una funzione tipizzante. Esse suggeriscono che le condotte di favoreggiamento *possono* essere atti di concorso e che, anzi, qualora lo siano, non sono perseguibili a titolo di favoreggiamento».

¹⁹¹ Cfr. le parole di K. LÜDERSEN, *Zum Strafgrund der Teilnahme*, Nomos, Baden-Baden, 1967, citate da S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, cit., a pag. 283: «anche il partecipe realizza l'illecito tipico e la dipendenza della sua punibilità dall'esistenza di un "fatto principale" ha natura puramente fattuale».

¹⁹² La cui insuperabilità è riconosciuta anche da S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, p. 297. L'ammissibilità della teoria dell'accessorietà è pertanto compromessa non tanto dalla difficoltà di ipotizzare sempre un fatto base "doloso" – nonostante la dubbia funzione tipizzante del dolo eventuale rispetto ai reati a forma libera – quanto dalla stessa impossibilità di postulare invariabilmente la presenza di un fatto base "principale". Sull'esecuzione frazionata si v., in ordine cronologico ascendente, M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, cit. spec. p. 54 e ss.; R. DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva*, cit., p. 83 e ss.; C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, cit., p. 95 e ss..

dall'art. 27 I co. Cost., che l'interprete si fermi al dato assorbente che l'agevolazione sia intervenuta prima della consumazione finale del fatto collettivo. Egli dovrà piuttosto spingersi oltre. L'ideale del massimo realismo, cui ogni giudizio penale dovrebbe ispirarsi, esige infatti di valutare non solo l'*an* della relazione condizionalistica, ma anche il *quomodo* dell'azione individuale, onde rinvenire nel dettato della legge la descrizione che ne rispecchi nel modo più calzante il contenuto personalistico. *Nam, nisi tota lega perspecta...*

Con questo, non s'intende certo proporre un'ulteriore e più raffinata versione del finalismo. Si vuole semplicemente significare che la specificità della connotazione fattuale dell'azione, alle volte, al di là della sua struttura ontologica, è presa in considerazione direttamente dalla legge. È quindi la legge stessa ad indicare, in certi casi, una prima e fondamentale via di personalizzazione del fatto "illecito".¹⁹³

Le indicate norme incriminatrici identificherebbero allora, nell'ambito dell'organizzazione plurisoggettiva¹⁹⁴, un comportamento differenziato e personale, dando così riconoscimento alla specificità delle "mansioni" svolte da taluno dei compartecipi.

Sicché, le fattispecie del favoreggiamento, della ricettazione e del riciclaggio solo imperfettamente potrebbero dirsi "autonome" dal reato presupposto. Del resto, tale considerazione non è che il naturale corollario della stessa etichetta tradizionalmente utilizzata per indicarle: quella di "reati accessori". Ciò che è "accessorio", infatti, dipende geneticamente dall'astratta configurabilità di un'altra entità, ad esso esterna, benché non estranea.¹⁹⁵

¹⁹³ Non si ritiene qui pertanto di condividere l'anticipazione del problema dell'imputazione rispetto a quello della tipicità: così, invece, L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit. p. 18 e s..

¹⁹⁴ Sulla caratterizzazione del concorso come struttura organizzata, G. INSOLERA, *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, cit., *passim*.

¹⁹⁵ Sempre valide, dunque, a nostro avviso, le indicazioni di T. DELOGU, *Contributo alla teoria dei reati accessori*, in *Giust. pen.*, 1947, II, coll. 257-345, alla col. 258 e *passim*. Si v., però, D. PULITANÒ, *Il favoreggiamento personale fra diritto e processo penale*, Giuffrè, Milano 1984, p. 110: «Alcuni autori ritengono conveniente parlare di rapporto di accessorietà (fra il favoreggiamento e il previo reato); altri scrivono che ciò non sarebbe possibile. Questioni del genere – se non si proiettano in un metafisico cielo di concetti e di "essenze" giuridiche – attengono puramente e semplicemente ad un ragionevole uso ed accordo sull'uso del linguaggio».

E così sono i tipi criminosi oggetto del nostro studio: essi hanno un campo di operatività tutto proprio, ma, in certi “casi” e a determinate condizioni, possono operare anche come previsioni sulla partecipazione criminosa.

Vediamo come.

II. L’ubicazione tra perfezionamento e ultimazione del reato presupposto. – La questione della configurabilità della fattispecie accessoria nel corso della durata di quella presupposta si è sinora prospettata, in giurisprudenza, soltanto con riferimento al reato permanente.¹⁹⁶

Ove però si ritenesse di prestare adesione a quel consolidato insegnamento che, sulla scia della dicotomia di matrice tedesca tra *Vollendung* e *Beendigung*¹⁹⁷, distingue tra perfezionamento (o consumazione formale) e ultimazione (o consumazione materiale) del reato¹⁹⁸, il problema spiegherebbe ripercussioni ben più vaste.

Infatti, secondo questa dottrina, rispetto alla più parte delle fattispecie, la classificazione in termini di violazioni temporalmente puntuali si rivelerebbe inadeguata, in quanto priva di realismo descrittivo. Nella loro fenomenologia con-

¹⁹⁶ Sul tema, diffusamente, M. ZANOTTI, *Studi in tema di favoreggiamento personale*, Cedam, Padova 1984, p. 73 e ss.. Si v. altresì G. INSOLERA, *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, cit., pp. 121 e ss..

¹⁹⁷ Cfr., in generale, H. H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5. Auf., Duncker & Humblot, Berlin 1996, p. 517 e s., nonché p. 695, dove si rinviene il fugace, ma significativo riconoscimento che la *Helerei* possa funzionare come *erfolglose Beihilfe*. Si v., inoltre, C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, Beck, München 2003, p. 90 e ss. (Rn. 25/220 e ss.) e p. 220 e ss. (Rn. 26/257 e ss.): per distinguere tra *Begünstigung* e *Beihilfe*, rispetto a condotte realizzate nello spazio temporale tra *Vollendung* e *Beendigung*, la giurisprudenza tedesca adotta un criterio soggettivo. Seri dubbi, peraltro, avanza l’A. rispetto alla stessa configurabilità della complicità durante la protrazione dell’offesa tipica in reati che non siano permanenti; più possibilista, invece, quando l’aiuto è prestato dopo che il fatto principale ha raggiunto la soglia dell’inizio d’esecuzione.

¹⁹⁸ Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, IV ed., Cedam, Padova 2001, p. 443 e ss.. Oggi, si v. pure S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Il Mulino, Bologna 2007, p. 668 e s.. Distingue tra “commissione” ed “esaurimento” M. ZANOTTI, *Studi in tema di favoreggiamento personale*, cit., p. 79. Nega la configurabilità della “*Beihilfe*” tra *Vollendung* e *Beendigung*, L. STORTONI, *Agevolazione e concorso di persone nel reato*, cit., p. 134 e ss.. *Contra*, F. SGUBBI, *Plurisoggettività eventuale e permanenza*, cit., p. 1212. Tra le trattazioni più ampie in lingua italiana, S. PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, Giuffrè, Milano, 1982, spec. alle pp. 139 e ss. (e p. 186, ove l’autore esprime le proprie perplessità sulla necessità di una simile distinzione), nonché, più di recente, G. DE SANTIS, *Gli effetti del tempo nel reato*, cit., p. 233 e ss..

creta, invero, la quasi totalità delle manifestazioni criminose non si esaurisce *uno actu*, ma si protende piuttosto per una certa ampiezza cronologica, che va dall'integrazione dei requisiti minimi del tipo legale al raggiungimento della massima gravità dell'offesa tipica nel caso di specie.

D'altro canto, sia pure con riferimento ai soli delitti, il perfezionamento è certamente già verificabile in coincidenza dello stadio del tentativo.¹⁹⁹ Sicché, il periodo che corre da tale momento sino alla consumazione finale dell'offesa tipica rappresenta, senz'altro, un'idonea sede temporale ove situare le figure di complicità previste nella parte speciale del codice.²⁰⁰

Si faccia l'esempio della rapina: nel preciso istante in cui i correi, incappucciati, irrompono nel luogo predestinato, chi li attende fuori, nell'auto, pronto per la folle fuga, è già un favoreggiatore.

Una simile conclusione non è semplicemente l'effetto di un argomento letterale²⁰¹, consistente nel riferire la locuzione contenuta nell'art. 378 c.p. – *i.e.*: “dopo che fu commesso²⁰² un delitto”²⁰³ – alla sola consumazione iniziale. Essa è

¹⁹⁹ Così, A. PAGLIARO, *Il reato*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C. F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO, Giuffrè, Milano 2007, p. 333 e s..

²⁰⁰ Cfr. D. PULITANÒ, *Il favoreggiamento personale*, cit., p. 116 e 117, dove l'A. sfiora la tesi, qui proposta, di considerare le fattispecie d'agevolazione accessorie come ipotesi particolari sulla partecipazione criminosa. Scrive infatti: «dal punto di vista della funzione e della struttura del favoreggiamento (personale) è perciò concepibile e ragionevole che il favoreggiamento possa realizzarsi, in qualche caso, anche prima della “consumazione” del reato principale. Chi aiuta a fuggire, poniamo, senza previo concerto, un *killer* che ha sparato, prima che la vittima muoia, non è certo un complice, ed è certamente un favoreggiatore: autore di un reato che ragionevolmente vediamo “successivo” al *Vortat* (ad un'azione omicida che ha già attinto la soglia dell'illecito penale), ancorché anteriore al momento consumativo del reato principale. / La consueta demarcazione cronologica fra partecipazione e favoreggiamento deve in conclusione essere meglio articolata: vi sono intervalli temporali di per sé aperti ad entrambi gli istituti, entro i quali soccorrono ulteriori criteri di demarcazione: in realtà si tratta semplicemente di tenere conto (come sempre!) di tutti gli elementi delle fattispecie in predicato, quella generale del concorso nel reato, e quella particolare del favoreggiamento».

²⁰¹ Un altro argomento sistematico-letterale proviene dagli artt. 307 e 418 c.p., che non possiamo considerare altrettanti modelli di complicità, perché, riferendosi ai soli delitti associativi, risultano sforniti di una struttura genetica “di parte generale” e che tuttavia, mostrando di considerare le condotte di assistenza come alternative a quella di favoreggiamento, indicano come anche il legislatore storico non escludesse la compatibilità fra quest'ultima violazione e un perdurante illecito.

²⁰² Sulle possibili accezioni del termine “commissione”, M. ZANOTTI, *Studi in tema di favoreggiamento personale*, cit., p. 77 e s..

²⁰³ Si rammenta che, nell'ipotesi della ricettazione, del riciclaggio e del reimpiego, il requisito della posteriorità cronologica si ritiene espresso dal termine «provenienti». Sul concetto di provenienza, cfr. M. ZANCHETTI, *Il riciclaggio di denaro proveniente da reato*, Giuffrè, Milano 1997, pp. 398 e ss.; U. LIGUORI,

piuttosto conseguenza, in primo luogo, di una profonda osservazione dei fenomeni delittuosi, donde si apprende che condotte dotate di modalità favoreggiatrici o ricettatorie intervengono, spesso, prima dell'ultimazione del previo reato; e, in secondo luogo, della sensazione di radicale iniquità che si produrrebbe col trattare difformemente condotte pressoché identiche, solo perché verificatesi pochi istanti prima, anziché pochi istanti dopo rispetto a quel momento.²⁰⁴

Le medesime riflessioni, in fondo, valgono inalterate anche per la promessa fatta anteriormente al “cominciamento” del fatto principale: colui che si presti ad assicurare il bottino o garantisca vie di fuga, nel caso che l'artefice primario commetta effettivamente il delitto e la promessa venga mantenuta, non è un correo, bensì, rispettivamente, un ricettatore o un favoreggiatore.²⁰⁵

Le modalità della condotta tenuta fan dunque premio sull'influsso causale, pur necessario. A meno che, s'intende, la descrizione processuale del fatto non dimostri che la parola data, fosse, in realtà, il mero brandello di un'attività sobillatrice più complessa, diretta all'*an* del delitto e capace di un decisivo condizionamento psichico sulla mente dell'autore.

III. Le origini storiche.²⁰⁶ – Quando la giurisprudenza utilizza le ipotesi accessorie del favoreggiamento e della ricettazione per “derubricare” l'addebito di concorso nel reato, essa resuscita quindi, forse inconsapevolmente, la primigenia struttura dei delitti famulativi, oggetto del nostro studio.

Essi erano, in principio, forme di partecipazione al reato. Ma già a partire dal Codice Toscano, vennero ad assumere, secondo l'interpretazione assoluta-

Rapporti tra condotte principali e reato-presupposto: cause di estinzione del reato o della pena, cause di esclusione dell'antigiuridicità, cause di non punibilità o non imputabilità, abolitio criminis, dichiarazione di incostituzionalità, in A. MANNA, (a cura di), *Riciclaggio e reati connessi all'intermediazione mobiliare*, Utet, Torino 2000, pp. 93-114.

²⁰⁴ Sempre attuali, in proposito, le considerazioni sul c.d. “favoreggiamento anticipato” di W. CLASS, *Die Kausalität der Beihilfe*, in G. SPENDEL, *Studien zur Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Ulrich Stock*, Holzner, Würzburg 1966, pp. 115-126, spec. a pag. 117.

²⁰⁵ Così P. PISA, voce *Favoreggiamento personale e reale*, in *Dig. pen.*, vol. V, Utet, Torino 1991, pp. 160-173, a pag. 163.

²⁰⁶ Sul tema, cfr. l'erudito resoconto di G. PECORELLA, voce *Ricettazione*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XV, Utet, 1968, pp. 925-946, in part. p. 926 e ss.. Sulla figura del “continuatore” del delitto, nel pensiero dei criminalisti ottocenteschi, M. ZANOTTI, *Studi in tema di favoreggiamento personale*, cit., p. 88 e ss..

mente dominante, una sempre più spiccata autonomia, emancipandosi dall'area del concorso.

Decisiva fu, per l'emersione della nuova *mens legis*, la considerazione della loro usuale posterità cronologica rispetto al *crimen principale*. In base agli schemi causali naturalistici di moda nell'800, infatti, ciò si prestava perfettamente alla menzionata espunzione dall'area del fatto e al loro confinamento nel post-fatto.

Il discrimine era più che chiaro: la condotta che interferisca cronologicamente col delitto può avere, e normalmente ha, effetto causale e quindi concorsuale; l'aiuto prestato dopo, invece, a meno che non dispieghi un'efficacia nel senso della protrazione dell'illecito – c.d. *concursum subsequens*²⁰⁷ –, integra una fattispecie distinta.

Emblematica, a proposito, la disposizione del Codice del 1853: «Chiunque, dopo il fatto, senza concerto anteriore al medesimo, e senza contribuire a portarlo a conseguenze ulteriori, scientemente aiuta il delinquente ad assicurare il criminoso profitto, o ad eludere le investigazioni della giustizia; ognoraché non cada sotto una più speciale disposizione della legge, commette il delitto di favoreggiamento».²⁰⁸

Sicché, interpretare i tipi del favoreggiamento e della ricettazione (nonché, oggi, del riciclaggio) come ipotesi speciali di complicità, significa forse regredire ad epoche persino più risalenti: ad esempio, al Codice napoleonico del 1808 per il Regno di Napoli²⁰⁹.

²⁰⁷ Cfr. C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Giappichelli, Torino 2003, p. 6: nel diritto comune, la figura che raggruppava un po' tutte le forme di ausili, sia *ante delictum* sia *in ipso delicto* sia *post delictum*, era la *receptatio*. Sul tema cfr., pure, A. MARONGIU, voce *Concorso di persone (diritto intermedio)*, in *Enc. dir.*, vol. VIII, Giuffrè, Milano 1961, pp. 564-568. Sul senatoconsulto Silaniano che, in epoca romana, sottopose il favoreggiatore alla stessa pena della *lex Cornelia* (cioè a quella del delitto principale) cfr. invece U. BRASIELLO, voce *Concorso di persone (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, vol. VIII, Giuffrè, Milano 1961, pp. 561-564, in partic. p. 563.

²⁰⁸ È il testo del I par. dell'art. 60 del *Codice penale pel Granducato di Toscana (1853)*, rist. anastatica, Cedam, Padova 1993. Il criterio discretivo dell'assenza di "conseguenze ulteriori" fu mantenuto nella formulazione dell'art. 225 del Codice Zanardelli. Il codice Rocco, invece, irrigidì il criterio cronologico non ammettendo che si potesse comunque concorrere, dopo il fatto, portandolo ad ulteriori sviluppi.

²⁰⁹ Si legga l'art. 23 del Titolo I, sez. I: «Sono in un grado minore di reità i consulenti e gl'istigatori del delitto, quando essi ne abbiano solo facilitata l'esecuzione. Essi diconsi *complici*. La complicità si estende ai casi ne' quali siasi partecipato del lucro del delitto o siasi favorito il reo con ajuto posteriore. Vi sono de' casi preveduti dalla legge, ne' quali la fiducia di questi ajuti posteriori, avendo servito di sprone al delitto, la legge stessa punisce la complicità col medesimo rigore dell'atto principale del delitto» (in *Le leg-*

Eppure, a ciò sospinge non soltanto la considerazione che, se talvolta la giurisprudenza appunta le qualifiche di concorso e complicità al medesimo fatto storico, ciò non può che implicare che anche quest'ultime possano, in certi casi, non esser prive di efficienza causale – sia pure secondo una direzione peculiare – rispetto al previo delitto; ma anche la già segnalata urgenza equitativa, realistica e personalistica.

A ben vedere, poi, le fattispecie *de quibus* si sono emancipate poco e male. Ciò spiega come alcuni dei massimi criminalisti di ogni tempo abbiano potuto esprimere le più aspre riserve circa una sensata e chiara definizione dell'autonomo ambito di operatività delle stesse. CARRARA ha parlato, a proposito, di una determinazione «tanto necessaria, quanto malagevole». BELING ha giudicato il favoreggiamento come una fra le disposizioni in assoluto «più infelici».²¹⁰

Il nesso di derivazione dall'antico paradigma di parte generale è quindi assai più stretto di quanto si pensi: più le si rilegge più ci si accorge di quanto capillarmente e prepotentemente l'eredità del passato filtri ancora nelle maglie di tali incriminazioni.

§ 7. Prevenzione di altre possibili obiezioni.

A questo punto, crediamo di aver sufficientemente dimostrato la possibilità tecnica e la necessità assiologica di superare il primo e fondamentale ostacolo ad interpretare le previsioni degli artt. 378, 379, 648, 648-*bis*, 648-*ter* c.p. come ipotesi speciali sulla complicità: il c.d. criterio cronologico.

Altre obiezioni, però, si sollevano e, nel dar conto di queste, verrà man mano chiarendosi la specifica modalità di funzionamento del sistema partecipativo differenziato e plurale da noi immaginato.

gi penali di Giuseppe Bonaparte per il Regno di Napoli (1808), rist. anastatica, Cedam 1996). Per una ricostruzione dell'attuale sistema in linea di continuità con il codice Zanardelli, cfr., invece, M. ZANOTTI, *Studi in tema di favoreggiamento personale*, cit., spec. p. 100.

²¹⁰ Entrambe le espressioni sono riportate da D. PULITANÒ, *Il favoreggiamento personale*, cit., p. 8 e 9.

I. La difformità di bene giuridico. – Il più spontaneo soprassalto, il dubbio più immediato, ma a ben vedere, forse, anche quello più ingenuo, discende senz'altro dalla seguente osservazione: il bene tutelato dalle previsioni criminose oggetto del nostro studio è un'oggettività giuridica di categoria fissa ed immutabile, mentre quella su cui s'incentra la fattispecie plurisoggettiva nascente dalla fusione della singola previsione di parte speciale con la clausola incriminatrice dell'art. 110 c.p., è istintivamente cangiante a seconda del tipo di reato di volta in volta rilevante e, soprattutto, non necessariamente coincidente con la prima.

A noi sembra, però, che proprio la massima incertezza nell'individuazione del bene giuridico protetto, che forse per nessun'altra fattispecie come per favoreggiamento e ricettazione (e, oggi, anche per il riciclaggio) ha visto opinioni così frastagliate e, oseremmo dire, ingegnose fra gli studiosi, dimostri plasticamente la loro congenita dipendenza dal delitto presupposto e dai suoi orizzonti di tutela.

Pare proprio che la naturale mutevolezza dell'incidenza lesiva della condotta partecipativa si riverberi anche sulle figure speciali di complicità, manifestandone il codice genico di parte generale.

È peraltro, questa, una notazione già oggi più diffusa di quanto normalmente si pensi. Soltanto che essa non viene usualmente spinta sino alle conclusioni che qui si ritiene invece di patrocinare.

Dell'oggettività giuridica del favoreggiamento personale, ad esempio, s'è scritto che essa oscilla fra diritto e processo penale, ossia fra un'intensificazione materiale dell'efficacia general-preventiva delle altre norme penali, sul modello puro della *Strafvereitelung*, e una tutela formale dell'attività giudiziaria come tale, ancorché azionata invano perché in direzione travisata.²¹¹ Altri, invece, muovendo da un confronto sistematico con le previsioni sulla frode processuale e sulla falsa testimonianza, ha creduto di individuare nell'attività pre-processuale di polizia giudiziaria l'oggetto specifico del reato.²¹² Altri ancora, sicuro nell'indivi-

²¹¹ Ancora D. PULITANÒ, *Il favoreggiamento personale*, cit., pp. 67 e ss..

²¹² Così, M. ZANOTTI, *Studi in tema di favoreggiamento personale*, cit., spec. p. 56 e ss..

duare la funzione del favoreggiamento reale nella strumentalità alla confisca, si è detto invece scettico riguardo ad entrambe le indicate dottrine.²¹³

Riguardo a ricettazione e riciclaggio, poi, è assai significativo notare, oltre alla già segnalata ed analoga incertezza²¹⁴, il fatto che, nonostante la collocazione tra i reati contro il patrimonio, la dottrina ne abbia accentuato la speciale funzionalità alla tutela dell'amministrazione della giustizia e al perseguimento del colpevole del delitto presupposto²¹⁵, il che, evidentemente, non fa altro che riannodare le fila all'area della partecipazione criminosa.

II. La misura della pena. – Difficoltà più serie si incontrano allorché ci si soffermi sulle pene stabilite dal legislatore a sanzione delle violazioni accessorie.

Tutto sembrerebbe, infatti, tranne che possa trattarsi di ipotesi speciali di complicità.

La questione non consiste tanto nel fatto che la misura delle pene previste sia diversificata e autonoma rispetto al reato base; ciò si verifica puntualmente anche nei sistemi che differenziano la cornice edittale dell'autoria rispetto a quella della partecipazione accessoria. Anzi, da questo punto di vista, è possibile rin-

²¹³ P. PISA, voce *Favoreggiamento personale e reale*, cit., a pag. 162.

²¹⁴ Della ricettazione, riferiscono di tesi che addirittura ravvisano nella stessa un reato senza offesa, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. Vol. II, tomo 2°*. *Delitti contro il patrimonio*, III ed., Zanichelli, Bologna, 2002, p. 234 e, per le analoghe incertezze sul riciclaggio, p. 243. Di *ratio* incriminatrice plurima della ricettazione parla F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. II. Delitti contro il patrimonio*, II ed., Cedam, Padova 2002, p. 248. Mette significativamente in rilievo come la ricettazione possa fungere da indebito strumento di indiretta e surrettizia repressione del mero sospetto di reità del delitto presupposto, V. MANES, *Delitti contro il patrimonio. Parte II. Delitti contro il patrimonio mediante violenza sulle cose o alle persone*, in AA.VV., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, II ed., Zanichelli, Bologna 2000, p. 526.

²¹⁵ Ne riferisce G. PECORELLA, voce *Ricettazione*, cit. p. 928 e ss.. Osserva M. ZANCHETTI, *Il riciclaggio di denaro*, cit., a pag. 388: «La fattispecie di riciclaggio, così come si è venuta a costruire attraverso le successive modifiche legislative, denota chiaramente i suoi debiti verso i delitti di ricettazione (la cui natura di reato contro il patrimonio è – come vedremo – contestata da chi ne fa emergere connotati di perpetuazione criminosa e di reato contro l'amministrazione della giustizia) e di favoreggiamento reale (reato contro l'amministrazione della giustizia) e si pone a tutela, in via diretta, delle indagini sulla provenienza criminosa dei beni: indagini attraverso le quali la giustizia intende colpire gli autori dei reati base». Auspica l'introduzione di un nuovo capo, dedicato alla protezione del mercato finanziario e creditizio, A. MANNA, *Il bene giuridico tutelato nei delitti di riciclaggio e reimpiego: dal patrimonio all'amministrazione della giustizia, sino all'ordine pubblico ed all'ordine economico*, in ID., (a cura di), *Riciclaggio etc.*, cit., pp. 52-69, spec. p. 68. Per un'oggettività giuridica a protezione delle condizioni di trasparenza e di libertà del mercato, si cfr., similmente, V. MANES, *Delitti contro il patrimonio*, cit., p. 539, u.cpv..

tracciare nella trama normativa delle ipotesi ancillari alcuni dati di assoluto interesse, nel senso di un persistente collegamento delle loro cornici sanzionatorie con quelle previste per il *Vortat*. Si leggano, infatti, il secondo comma dell'art. 378²¹⁶, disposizione richiamata anche dall'art. 379, nonché il comma terzo dell'art. 648-*bis*²¹⁷.

Il problema sta, piuttosto, nella spesso notevolissima entità del castigo inflitto. E non si tratta, evidentemente, del favoreggiamento, la cui fattispecie semplice presenta un compasso edittale non solo tendenzialmente mite, ma addirittura privo di minimo, sicché essa si presta perfettamente alla modulazione della risposta punitiva da noi auspicata. Si tratta, viceversa, della ricettazione e ancor più del riciclaggio, la cui pena minima rischia concretamente di sopravanzare assai spesso quella fissata per il delitto di provenienza. *Quid juris?*

Riteniamo che la soluzione vada ricercata su due distinti piani.

Innanzitutto, sul piano delle attenuanti legalmente previste: «se il fatto è di particolare tenuità»²¹⁸, circostanza indipendente che elimina il minimo e che si presenta particolarmente appropriata quando per numero o gravità è specialmente ridotta la carica delittuosa del circuito criminoso d'origine²¹⁹, o «se il denaro, i beni o le altre utilità provengono da delitto per il quale è stabilita la pena della reclusione inferiore nel massimo a cinque anni»²²⁰.

In secondo luogo, in un approccio metodologico insieme più pragmatico e più ispirato ai principi, nonché, al tempo stesso, meno dommatico: le ipotesi speciali di complicità, quali qui immaginate, potranno fungere da utili strumenti di

²¹⁶ Che dispone: «Quando il delitto commesso è quello previsto dall'articolo 416 *bis*, si applica, in ogni caso, la pena della reclusione non inferiore a due anni».

²¹⁷ Secondo cui: «La pena è diminuita se il denaro, i beni o le altre utilità provengono da delitto per il quale è stabilita la pena della reclusione inferiore nel massimo a cinque anni». Scrive, a proposito, M. ZANCHETTI, *Il riciclaggio di denaro*, cit., a pag. 440: «La graduazione della sanzione per il post-fatto a seconda della gravità del reato presupposto è, in qualche modo, un ritorno all'origine. Nel codice Zanardelli, infatti, la ricettazione, che nasceva come evoluzione del concetto di “complicità a posteriori”, era punita con una pena commisurata alla gravità del fatto originario».

²¹⁸ Art. 648, secondo comma c.p..

²¹⁹ Intendiamo dire, esemplificando, quando il delitto base è uno soltanto, potendo la ricettazione pacificamente restare integrata anche quando i delitti presupposti siano più d'uno. Si occupa, invece, dell'attenuante comune dell'art. 62 n. 4, la recente presa di posizione delle SS.UU., 26 settembre 2007, n. 35355.

²²⁰ È quanto dispone il poc'anzi citato terzo comma dell'art. 648-*bis* c.p..

adattamento della reazione punitiva dell'ordinamento al comportamento realmente "vissuto" dal singolo, in tutti i casi in cui la pena in concreto infliggenda per il concorso nel titolo principale sia più severa e quindi necessariamente sproporzionata rispetto a quella legittimamente irrogabile sulla base del titolo accessorio.

L'atteggiamento dell'interprete dovrà essere, quindi, il più possibile duttile, per nulla astratto, dovrà accettare di reprimere la condotta favoreggiatrice o ricettoria con la sanzione differenziata di parte speciale soltanto se la risultante di pena per essa prevista, effettuati i debiti i calcoli circostanziali e docimologici, sia in concreto inferiore a quella computabile a titolo di concorso indifferenziato.

Ciò accadrà in molti più casi di quel che si possa di primo acchito ipotizzare e segnatamente tutte le volte in cui, ovviamente, il delitto base sia già in astratto assai gravemente punito, come quando, ad esempio, di tratti di delitti associativi, di sequestri di persona a scopo estorsivo, di rapine a mano armata; ma anche in molte altre evenienze, come nelle innumerevoli ipotesi in cui, ad esempio, una ricettazione "tenue" acceda ad un furto aggravato.

III. Il delitto-base non commesso. – Stabilisce l'ultimo capoverso dell'art. 378 c.p.: «Le disposizioni di questo articolo si applicano anche quando la persona aiutata non è imputabile o risulta che non ha commesso il delitto».

Sorge allora l'interrogativo: come è possibile che le previsioni sul favoreggiamento funzionino come ipotesi di complicità, se esse stesse ammettono la propria configurabilità anche in assenza di un fatto altrui di rilievo penale? Non è forse questa la prova più schiacciante circa la completa e irreversibile emancipazione della fattispecie dall'area della partecipazione criminosa? O, detto altrimenti: fino a che punto può spingersi la limitazione dell'accessorietà al previo delitto, senza che essa si trasformi, irrimediabilmente, in radicale autonomia?

Ora, anche a prescindere dall'opinione di chi²²¹ ha evidenziato la dubbia compatibilità costituzionale del comma in esame e in generale di ogni disposizione che recida interamente il legame tra favoreggiamento e delitto a monte, pare

²²¹ D. PULITANÒ, *Il favoreggiamento personale*, cit., p. 136 e s..

che la tesi qui propugnata non sia comunque totalmente preclusa, poiché vie di fuga si profilano, a ben vedere, già *de jure condito*.

Primo: il fatto che la norma disponga che il favoreggiamento (personale e reale) può comunque restare integrato ancorché risulti che la persona aiutata non l'abbia commesso, non significa affatto che dal previo delitto si possa completamente prescindere. Anzi, la sussistenza di una previa manifestazione delittiva è unanimemente considerata un necessario presupposto della fattispecie.²²² Sicché, non pare troppo azzardato ritenere che, in certi casi, possa verificarsi una discrepanza tra “favoreggiamento al delitto” e “favoreggiamento al delinquente”, casi in cui – ad esempio – l'aiuto prestato a un soggetto, successivamente scagionato, ridondi tuttavia anche a vantaggio di altri soggetti, effettivi responsabili.

Secondo: anche per l'obiezione in esame, non va dimenticata l'indicazione metodologica menzionata nella precedente sezione, allorché si discuteva della misura della pena. Alla luce di ciò, giova qui ribadire che la possibilità legificata che il soggetto aiutato risulti non essere l'autore del delitto, non esclude che lo sia nella più parte dei casi concreti. Quando, allora, non solo sussista il delitto, ma il favorito ne sia altresì giudicato il delinquente, ecco riespandersi la costruzione teorica qui suggerita, ecco cioè di nuovo spianata la via per identificare nei reati di cui agli artt. 378 e 379 c.p. delle ipotesi di partecipazione criminosa collocate nella parte speciale del codice.

IV. Il funzionamento secondo la specialità in concreto. – Inizia allora a profilarsi la specifica modalità di funzionamento del modello di complicità qui prospettato.

Le ipotesi di partecipazione oggetto del nostro studio operano secondo lo schema della specialità in concreto²²³.

(i) Ciò significa, anzitutto, che un comportamento possa ricevere la legittima qualifica penalistica di complicità, solo quando si presenti effettivamente ri-

²²² Cfr., per tutti, ancora D. PULITANÒ, *Il favoreggiamento personale*, p. 137 e P. PISA, voce *Favoreggiamento personale e reale*, cit., p. 164.

²²³ Sulla “specialità in concreto”, nel contesto tematico della successione di leggi nel tempo, cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, III ed., Zanichelli, Bologna 1995, p. 78, nota n. 89; S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 155.

vestito delle speciali modalità pratiche postulate dalle indicate previsioni normative. Si potrà ragionevolmente definire condotta partecipativa, quindi, non già qualsiasi agevolazione minore del fatto delittuoso altrui, bensì soltanto quell'aiuto, comunque marginale, comunque non decisivo e di efficienza causale non certo preponderante, che sia tuttavia connotato da una specifica direzione tipica²²⁴: quella dell'assicurazione dell'impunità o del prodotto/profitto/prezzo del reato commesso.²²⁵

Affiora così la cifra autentica della "concretezza": le ipotesi accessorie possiedono sia una sfera di vigenza ed operatività autonoma, che si traduce nel reprimere condotte di ausilio prive di influsso causale rispetto al *Vortat*, perché, ancorché prestate nel corso della consumazione, dirette più alla sua cessazione che alla sua protrazione e rafforzamento²²⁶; sia un ambito applicativo adesivo all'ipotesi concorsuale, che si concreta, al contrario, quando l'aiuto figuri come estrinsecazione modale di un impulso efficace in vista, quantomeno, del mantenimento della situazione antigiuridica presupposta.²²⁷

(ii) In secondo luogo, come s'è cercato di spiegare in precedenza, le fattispecie del favoreggiamento, della ricettazione e del riciclaggio potranno effettivamente fungere da previsioni sulla partecipazione criminosa, per quelle sole condotte che siano cronologicamente situate dopo il perfezionamento del tentativo del delitto base, ma prima della sua ultimazione.

La consumazione materiale è infatti l'autentico limite temporale oltre il quale tali ipotesi criminose guadagnano la massima, ancorché mai completa, autonomia.

²²⁴ Costruisce una tipicità speciale del favoreggiamento, rispetto al «dispiegarsi organizzato dei contributi», G. INSOLERA, *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, cit., p. 137.

²²⁵ Sulla specifica direzione modale del favoreggiamento, cfr. D. PULITANÒ, *Il favoreggiamento personale*, cit., p. 70 e 114; nonché M. ZANOTTI, *Studi in tema di favoreggiamento personale*, cit., p. 86 e ss., che però parla di direzione lesiva.

²²⁶ Gli esempi, oramai di scuola, sono quelli dell'auto messa a disposizione per la fuga dei sequestratori senza l'ostaggio o del lancio della droga fuori dal finestrino della vettura in corsa, durante l'inseguimento.

²²⁷ Né vale obiettare che una medesima cornice di pena per condotte con influsso causale tanto asimmetrico concreterebbe irragionevole disparità di trattamento: un ruolo marginale come favoreggiatore accessorio può ben essere meno meritevole di pena, nell'ottica della lesione del bene giuridico del reato base, che una sensibile e rilevante attività *post patratum crimen*, nell'ottica della frustrazione delle indagini.

(iii) Inoltre, nonostante l'appurata corrispondenza dei tratti fattuali della condotta alla sua descrizione legale tipica contenuta nella fattispecie accessoria, il giudice dovrà comunque rinunciare ad applicare quest'ultima tutte le volte in cui il suo utilizzo equitativo, in termini di mitigazione della risposta sanzionatoria, sia concretamente impedito dalla maggiore entità della risultante di pena rispetto a quella calcolabile servendosi del modello concorsuale.

(iv) Infine, occorrerà che il delitto base risulti effettivamente commesso, se non dal soggetto aiutato, come peraltro si verificherà nella stragrande maggioranza dei casi, da parte di altri, a cui vantaggio, comunque, si riverbererà l'aiuto prestato.

Volendo sintetizzare le conclusioni raggiunte, ricorrendo ad un annoso e tormentato caso di scuola, potrebbe dirsi: il "palo" è un favoreggiatore.²²⁸

È infatti, in primo luogo, indiscutibile la sua incidenza casuale agevolatrice sul corso dell'impresa criminosa plurisoggettiva: non si tratta della mera presenza sul luogo del fatto, pure ritenuta punibile in giurisprudenza, bensì di una presenza attiva. La relativa condotta, inoltre, si estende normalmente ben oltre la soglia cronologica del tentativo dell'illecito plurisoggettivo. Ma la specifica direzione modale della stessa, rivolta all'assicurazione dell'impunità dei compartecipi²²⁹, non può confondersi con quella del comune concorrente, a meno di non assecondare la logica simbolica e indifferenziata dell'art. 110. Infine, la cornice edittale

²²⁸ La massima attenzione meritano, a proposito, le parole di G. INSOLERA, *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, cit., p. 87, nota n. 88: «In tal senso la condotta del palo si connota come una forma di favoreggiamento anticipato, quasi un'immagine speculare di quell'ipotesi di *concursum subsequens*, in cui affonda le radici il delitto previsto dall'art. 378 c.p. / Ci sembra inoltre che in questa prospettiva anche quella forma di partecipazione acquisti una, se pur ridotta, veste di autonomia, con un procedimento analogo a quello vissuto dalla fattispecie di favoreggiamento». Cfr. anche M. DONINI, *La partecipazione al reato*, cit., p. 216, nota 103 (sul favoreggiamento anticipato) e p. 218, che invece riconduce la figura del "palo" all'aggravante dell'art. 61 n. 5 (c.d. minorata difesa), secondo il proprio assunto circa una funzione tipizzante delle ipotesi circostanziali (c.d. partecipazione circostanziale).

²²⁹ Ovviamente, l'applicabilità dell'art. 384 c.p. resterebbe confinata alle ipotesi di favoreggiamento autonomo: è di agevole comprensione, infatti, che la scelta consapevole di partecipare al reato non possa dirsi in alcun modo "costretta dalla necessità di salvare sé medesimi o un prossimo congiunto da un grave ed inevitabile nocimento nella libertà o nell'onore".

dell'art. 378 c.p. si presta perfettamente ad adeguare la sanzione alla marginalità dell'apporto – sia in termini di disvalore d'evento che in termini di disvalore d'azione – oltre i limiti di una mera commisurazione della pena (art. 114 c.p.).

Quel che ne risulta, ne siamo consapevoli, è un modello di partecipazione al reato che certo non svetta nei “cieli” della dogmatica, un modello teorico “debole”, quindi, buono non già per ogni occasione, ma attento al caso concreto, alla reale vicenda esistenziale di persone concrete, figlio – oseremmo dire – della costruzione separata delle fattispecie, il cui più nobile insegnamento, forse, è proprio questo: di non far prevalere la bellezza del sistema sulle vite degli individui, di non elaborare dal reato un ente valido ubiquitariamente ed immune da censure logiche, ma dimentico di fondamentali principi di giustizia.

Senza dubbio, tra questi v'è pure il principio di legalità; ma non sia dica che quello da noi proposto sia un metodo eretico, che invertirebbe i rapporti di soggezione fra legge e giudice. La legge, infatti, dev'essere interpretata e non pare vi sia guida migliore, nel percorso ermeneutico-giuridico, che la Carta fondamentale. Sicché il giusto sentiero che ci è sembrato di imboccare fu quello di ricercare nella legge le ragioni dell'equità, temperando le pretese di questa con i vincoli letterali di quella, di guisa che la risposta del sistema alla provocazione del cittadino appaia ferma, ma al tempo stesso duttile, dialogica ed attenta alla vicenda umana sottesa a qualsiasi “caso” giudiziario.

In fondo, da un canto, l'espedito della specialità in concreto è stato utilizzato per scopi assai meno nobili di quelli qui perseguiti²³⁰ e, dall'altro, in dottrina si ammette già da tempo considerevole che dell'impresa criminale collettiva i partecipi possano rispondere anche a diverso titolo²³¹.

Favorevoli indicazioni provengono, poi, dallo stesso dato letterale: è forse irrilevante che la legge, nella locuzione da cui prende il nome la presente ricerca, parli di “c a s i” di concorso?

²³⁰ Segnatamente, per attribuire rilevanza *a posteriori* ad aspetti del fatto diversi da quelli presi in considerazione dalla precedente legge, affermando così la successione, in violazione del divieto di retroattività: cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, cit., p. 78.

²³¹ Per tutti, M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, cit., pp. 80-82.

§ 8. Il significato della clausola di riserva.

La precisazione del senso dell'espressione "fuori dei casi di concorso", di cui ci occuperemo in quest'ultimo paragrafo, richiede di indagare la ragione dell'esenzione da pena a titolo di favoreggiamento, ricettazione e riciclaggio per il concorrente nel previo delitto.

Solo successivamente a tale studio, potrà infatti chiarirsi il motivo per cui il legislatore avvertì la necessità di inserire nel disposto di tali incriminazioni un simile inciso, da più parti ritenuto pleonastico.²³²

I. *Nemo tenetur se detegere* ? – Una prima tesi ravvisa nella non punibilità del partecipe al reato base un effetto del c.d. *privilege against self-incrimination*, che, diretto discendente delle elementari garanzie liberali dell'*habeas corpus*, sarebbe oggi capace di espandersi sino ad apprestare le speculari guarentigie dell'auto-favoreggiamento, dell'auto-ricettazione e dell'auto-riciclaggio.

Senonché, l'idea, pur affascinante e di nobili natali, incontra una fitta serie di ostacoli sul piano tecnico e sistematico.

Essa sembra anzitutto meglio adattarsi al reato di favoreggiamento che alle ipotesi accessorie contemplate fra i reati contro il patrimonio, se non altro perché affetta, rispetto a quest'ultime, da un vizio d'interpretazione parziale del bene giuridico protetto.

Nonostante la previsione di condotte di occultamento o di modalità di ostacolo all'identificazione della provenienza dei beni illeciti parrebbe corroborare le ragioni dei fautori della tesi in commento, non è infatti revocabile in dubbio che l'oggettività giuridica minacciata da tali reati si estenda anche a profili *lato sensu* patrimoniali od economici (vedasi, a suffragio, il fine di profitto nella ricettazione)²³³, sicché essa non può essere ridotta alla sola finalità di tutela delle indagini e di ricerca del colpevole dei delitti d'origine.

²³² Sulla particolare problematicità della clausola "fuori dei casi di concorso", si v., in generale, G. DE FRANCESCO, *Lex specialis. Specialità e interferenza nel concorso di norme penali*, Giuffrè, Milano 1980, p. 188 e ss..

²³³ Cfr., infatti, M. ZANCHETTI, voce *Ricettazione*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XI, 1997, pp. 172-188, alle pp. 174-176, pur nell'ottica di una ricostruzione del bene giuridico in termini procedurali.

Ma, a ben vedere, è un'altra la notazione decisiva, e questa volta concerne, invece, il delitto di favoreggiamento: che senso avrebbe, infatti, prevedere l'art. 378 fra le ipotesi di inesigibilità contemplate dall'art. 384 c.p.²³⁴ se la non punibilità del concorrente al reato base risultasse già, per suo conto, dalla struttura della fattispecie ancillare, icasticamente espressa dalla clausola di riserva ?

Si deve aggiungere, poi, che una norma specifica dedicata a “casi di non punibilità” – così la rubrica del 384 – è la sede più idonea a segnare i tassativi confini di un principio, quale il *nemo tenetur se detegere*, che riposa, in ultima analisi, su considerazioni concernenti il processo motivazionale del soggetto agente.²³⁵

II. *Ne bis in idem* sostanziale²³⁶ ? – Può forse dirsi, allora, che l'esonazione da pena per chi abbia commesso il reato precedente si giustifichi in base al principio di assorbimento ?

Da un lato, non sembrerebbe d'ostacolo a tale assunto il rilievo che i fatti in questione – quello principale e quello accessorio – siano due, anziché uno soltanto²³⁷. Come noto, quello di consunzione è l'unico principio che, in materia di concorso di norme, si presta a ricomprendere anche episodi naturalisticamente distinti, purché entrambi parte di una vicenda unica dal punto di vista umano o, come si suol dire, normativo-sociale.²³⁸

²³⁴ La norma rappresenta un'ipotesi speciale di stato di necessità scusante: così, S. PANAGIA, *Art. 384 c.p.*, in A. CRESPI, F. STELLA, G. ZUCCALÀ, (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, III ed., Cedam, Padova 2003, p. 1071.

²³⁵ L'idea che l'inesigibilità non sia un principio connaturato al giudizio di colpevolezza e possa, viceversa, avere effetto soltanto nei ristretti limiti in cui è riconosciuto dall'ordinamento è, come noto, di G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Cedam, Padova 1990, in ptc. p. 344 e 353 e ss.. Su questa linea, anche D. PULITANÒ, *Nemo tenetur se detegere: quali profili di diritto sostanziale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, pp. 1271-1301, spec. pp. 1273-1283. Parla invece di un “limite tacito” agli obblighi penalmente sanzionati di informazione, quando essi si traducano in attività confessorie *contra se*, M. ZANOTTI, «Nemo tenetur se detegere: profili sostanziali», in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, pp. 174-213.

²³⁶ Cfr., in generale, M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale. Contributo allo studio del concorso apparente di norme*, Giappichelli, Torino 1997, *passim* e in particolare, per la specificazione di cosa significhi l'“*idem*” di cui al latinetto, p. 42 e ss.. Per un approccio strutturalista ed anti-valoriale, G. DE FRANCESCO, *Lex specialis. Specialità e interferenza*, cit., p. 4 e ss..

²³⁷ Per l'interpretazione più rigorosa, però, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, IV ed., Cedam, Padova 2001, p. 492.

²³⁸ In tal senso, ad es., A. PAGLIARO, voce *Concorso di norme (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. VIII, 1961, pp. 545-555, spec. p. 552.

D'altro lato, però, è in primo luogo discutibile che la condotta successiva e sussidiaria sia così insignificante, dal punto di vista della lesione arrecata, da meritare persino un piccolo sovraccarico sanzionatorio, quale seconda violazione di un reato continuato²³⁹. Semmai, sembra che il suo innegabile disvalore oggettivo sia “scalzato”, per così dire, da considerazioni inerenti l'elemento psichico dell'autore, di guisa che – per tal via – si tornerebbe alle riflessioni svolte nel corso della precedente sezione.

In secondo luogo, l'asserto si rivelerebbe particolarmente infondato per ciò che concerne ricettazione e riciclaggio: se, come unanimemente condiviso, l'operatività del *ne bis in idem* sostanziale si traduce nell'applicazione della fattispecie latrice della maggior pena astratta, tale criterio fallirebbe allora nella maggior parte dei casi, posto che, come già notato, tali previsioni recano spesso cornici edittali assai più severe rispetto a quelle proprie del delitto presupposto.

III. “Passaggio subiettivo” ? – Recentemente, taluno ha sostenuto²⁴⁰ che ai rapporti strutturali o valoriali fra norme, tradizionalmente descritti in termini di specialità, sussidiarietà e consunzione, sarebbe sotteso un passaggio psicologico “sotterraneo” il quale mostrerebbe come il legislatore abbia inteso assegnare la prevalenza al tipo descrittivo che esprima la maggiore adesione interiore al fatto commesso²⁴¹.

In particolare, con più diretto riferimento ai casi di eterogeneità cronologica della fattispecie concreta, si afferma:

«Ecco il punto: la seconda fase, la progressione obiettiva dell'accadere, sottende una dinamica subiettiva in tutto e per tutto uguale a quella della prima fase. Anzi, ben a ragione, può convenirsi che si tratti della medesima dinamica subiettiva, la quale assicura, mette a profitto o realizza, quanto, attraverso il primo fatto, abbia illecitamente conseguito»²⁴².

²³⁹ Questa infatti – non già il cumulo materiale delle pene – la concreta alternativa, secondo V. B. MUSCATIELLO, *Pluralità e unità di reati. Per una microfisica del molteplice*, Cedam, Padova 2002, p. 471.

²⁴⁰ È la tesi di V.B. MUSCATIELLO, *Pluralità e unità di reati. Per una microfisica del molteplice*, cit..

²⁴¹ Nel medesimo senso, sia pure con esclusivo riferimento ai casi in cui il postfatto figuri come realizzazione del dolo specifico previsto nel precetto primario, S. PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, cit., p. 272.

²⁴² V.B. MUSCATIELLO, *Pluralità e unità di reati. Per una microfisica del molteplice*, cit., p. 462.

Chiaro il riferimento a quelli che la dottrina d'oltralpe denomina *Verwertungsdelikte* – esempio tipico la ricettazione –, vanno tuttavia riproposte contro questo indirizzo le perplessità poc'anzi manifestate circa l'antico broccardo sul divieto di duplicazione di pena per il medesimo fatto, di cui, a ben guardare, la tesi in parola è una concretizzazione in termini soggettivi: non si è così sicuri, in definitiva, della completa assenza di rimproverabilità della condotta accessoria, specie alla luce della frequente inversione dei rapporti quantitativi tra (pretesa) pena assorbente ed assorbita²⁴³.

IV. *Post-factum non punibile*²⁴⁴ ? – L'insegnamento dominante ravvisa nel favoreggiamento, nella ricettazione e nel riciclaggio altrettante ipotesi tipiche di post-fatto non punibile.²⁴⁵

Ora: un breve richiamo alle considerazioni già ampiamente svolte sulla collocazione cronologica delle condotte integranti tali previsioni incriminatrici è già, di per sé, un notevole freno all'accettazione di una simile, pur autorevole opinione. È infatti evidente che se, rovesciate le proprie convinzioni criminologiche, si ammette che la più parte dei contegni di fiancheggiamento e complicità, in termini di assicurazione de' proventi da delitto e di garanzia d'impunità, si svolge in realtà durante il corso della manifestazione criminosa plurisoggettiva primaria, ne discende che solo impropriamente e, in particolare, solo abbracciando una visione unilaterale ed incompleta, possa continuarsi a definire tali comportamenti alla stregua di postfatti.

Per altro verso, la categoria del post-fatto non punibile è tutt'altro che un tema “neonato”. La dottrina ne ha, nei decenni, disegnato i contorni strutturali in maniera piuttosto certa. Affinché si possa legittimamente parlare di ante/post-fat-

²⁴³ Non può nemmeno soccorrere, in questo caso, la maggiore caratterizzazione psicologica della violazione presupposta, potendo questa essere realizzata anche a dolo generico, quando, al contrario, per la ricettazione, ad es., è previsto un evidente *surplus* finalistico (il dolo di profitto): cfr. V.B. MUSCATIELLO, *Pluralità e unità di reati. Per una microfisica del molteplice*, cit., p. 468.

²⁴⁴ Sulla categoria, in generale, si possono leggere le illuminanti pagine di S. PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, Giuffrè, Milano 1982, *passim* e spec. 265-280, ancorché il volume si occupi specificamente, come da dichiarazione programmatica, del *mitbestrafte Nachtat* (ossia del postfatto co-punito e quindi penalmente rilevante), più che dello *straflose Nachtat* (ossia del postfatto non punibile).

²⁴⁵ Così, ad es., G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano 2004, pp. 304-305.

to non punibile occorrono tre condizioni: una pluralità di condotte cronologicamente distinte, in violazione del medesimo bene giuridico e in rapporto reciproco di mezzo a fine.²⁴⁶

Ebbene, alla luce di ciò, non par proprio che l'insegnamento tradizionale possa essere conservato ancora a lungo: come non notare infatti che, nel nostro caso, il principio di sussidiarietà non potrebbe trovare spazio per l'assorbente dato della non necessaria coincidenza dei beni giuridici tutelati ?

V. Causa personale di esenzione da pena ? – Un ulteriore indirizzo, di recente riproposto in relazione all'ipotesi del riciclaggio, individua la natura giuridica dell'irresponsabilità del concorrente nel delitto presupposto, agli effetti della fattispecie ancillare, in una causa di non punibilità in senso stretto.²⁴⁷

Alla base di tale orientamento, sta un ragionamento per assurdo: diversamente opinando – si dice –, non sarebbe punibile nemmeno il comportamento di chi, pur estraneo al delitto d'origine, si limiti a fornire un contributo atipico alla ricettazione o al riciclaggio realizzati dall'autore del delitto presupposto.²⁴⁸

Dinanzi a queste seducenti argomentazioni, occorre riflettere.

Potrebbe obiettarsi, innanzi tutto, che la formulazione dei tipi accessori è spesso talmente ampia da poterli ritenere il più delle volte applicabili già mono-

²⁴⁶ Cfr. G. VASSALLI, voce *Antefatto non punibile, postfatto non punibile*, in *Enc. dir.*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1958, p. 505 e ss..

²⁴⁷ Per la distinzione, invalsa nella dottrina tedesca, tra cause di non punibilità soggettive (inestensibili ai correi) ed oggettive (estensibili), cfr. A. DI MARTINO, *La pluralità soggettiva tipica. Una introduzione*, in *Ind. pen.*, 2001, pp. 101-190, alla p. 176.

²⁴⁸ «La locuzione di esordio dell'art. 648-bis c.p., “fuori dei casi di concorso nel reato”, non ritaglia il fatto oggettivo, ma rappresenta una causa personale di esclusione della pena. Se così non fosse, infatti, non sarebbe punibile colui che concorre atipicamente al riciclaggio posto in essere dall'autore o partecipa nel reato presupposto; laddove è invece evidente che egli risponde del reato (allo stesso modo, ad esempio del concorrente al delitto contro il patrimonio eseguito da uno dei soggetti rientranti nell'art. 649 c.p.) in applicazione dell'art. 119 comma 1 c.p.» (così, S. SEMINARA, *I soggetti attivi del riciclaggio tra diritto vigente e proposte di riforma*, in *Dir. pen. proc.*, fasc. 2/2005, p. 233 e ss., a pag. 236). Per un'identica trama dimostrativa, in materia però di ricettazione, cfr. G. DE FRANCESCO, *Lex specialis. Specialità e interferenza*, cit., p. 192.

soggettivamente al preteso concorrente: è infatti veramente difficile immaginare un contributo atipico.²⁴⁹

Inoltre, come negare che sarebbe piuttosto paradossale punire – poniamo – a titolo di riciclaggio chi presti assistenza a taluno che quel riciclaggio non può commettere, perché non può dirsi integrato il requisito della provenienza, essendo egli l'autore del delitto a monte? Come asserire la sussistenza di un concorso eventuale in favoreggiamento in relazione all'aiuto offerto a chi quel favoreggiamento non può compiere, visto che è proprio lui quel “taluno” che invece dovrebbe aiutare?

Non possono infine tacersi alcune perplessità di fondo circa la possibilità di ricondurre l'esenzione da pena ad una mera valutazione d'opportunità politico-criminale su cui sogliono riposare, per tradizionale lezione, le cause di esenzione della sola pena (come ad es. l'art. 649 c.p.).

VI. La clausola come segnalazione di un regime giuridico differenziato e personale. – Rilette in chiave critica, le principali ipotesi sul fondamento dell'esenzione da pena per il concorrente nel reato base indicano, quindi, che il problema qui affrontato dev'essere risolto sul piano della tipicità.²⁵⁰

²⁴⁹ É lo stesso SEMINARA a sottolineare la correlazione tra ampiezza della formulazione e cerchia dei destinatari: «In particolare, dall'indagine è emerso come la soluzione dell'indiscriminata configurabilità del riciclaggio sul piano dei soggetti attivi rappresenta l'effetto – non necessariamente consequenziale, ma in qualche misura coerente – di una definizione del reato in esame che, per la sua ampiezza, non consente l'individuazione del bene tutelato, svelando semplicemente lo scopo di impedire la circolazione di denaro e beni di provenienza illecita» (*I soggetti attivi*, cit., p. 242).

²⁵⁰ Che si tratti di un problema di tipicità è, del resto, implicitamente confermato da quella dottrina strutturalista, che ha parlato al riguardo di rapporto di incompatibilità, alternatività: si v. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., nt. 120 a p. 507. Di «modello alternativo» parla anche V. MANES, voce *Riciclaggio e reimpiego*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, vol. V, Giuffrè, Milano 2006, a p. 5231. *Contra*, invece G. DE FRANCESCO, *Lex specialis. Specialità e interferenza*, cit., che peraltro esprime un concetto assai significativo ai fini della nostra tesi di fondo: «Anche nelle ipotesi in discorso la clausola allude, dunque, ad una situazione concreta: precisamente quella situazione in cui, realizzandosi gli estremi sia del reato contemplato dalla norma di rinvio, sia del reato contemplato dalla norma oggetto del rinvio, si realizzi, al contempo, una specifica connessione tra i reati che legittimi l'esclusione della responsabilità per uno di essi. Anche in queste ipotesi, la *ratio* di fondo della disciplina introdotta dal legislatore è direttamente ricollegabile all'intento di “mitigare” la severità del sistema sanzionatorio» (*ivi*, p. 193).

Eredi di un modello diversificato di concorso di persone nel reato, le fattispecie oggetto del nostro studio conservano l'attitudine ad apprestare, già sul piano della tipicità, un trattamento legale adatto alla specifica direzione assunta dal comportamento del reo, isolandone l'apporto personale rispetto al resto dei partecipanti.

La selezione intersoggettiva operata dalle previsioni sul favoreggiamento, la ricettazione e il riciclaggio discende dunque già dalla fisionomia strutturale di tali fattispecie. E valga il vero: esse postulano invariabilmente un'alterità personale fra l'autore del *Vortat* e il responsabile della condotta agevolatrice, occultatrice o ricettiva: lo esprime l'espressione "aiutare taluno", lo dice il concetto di "prove-nienza"²⁵¹. Ma lo indicano, ancor più chiaramente, l'ultimo comma dell'art. 378 e l'omologo capoverso dell'art. 648.

Sicché, anche se il legislatore provvedesse ad eliminare la nostra "famigerata" clausola d'esordio, sarebbe comunque precluso il cumulo degli addebiti.

Se ne deduce che la clausola funziona normalmente come una sorta di nota d'antigiuridicità speciale, segnalando all'interprete la presenza di un regime giuridico differenziato e la delicatezza della relativa opera di demarcazione, erudendolo altresì sulla possibilità di una modulazione della risposta sanzionatoria, sollecitandolo, infine, a tenere nel debito conto, al di là dei messaggi simbolici della parte generale, la vicenda reale vissuta dall'accusato.

Dal nostro punto di vista, quindi, la locuzione "fuori dei casi di concorso", lungi dal ridursi a mero belletto pleonastico, si presenterebbe come un'evoluzione dell'analogo inciso, il "non aver portato il delitto a conseguenze ulteriori", contenuto nella formulazione del favoreggiamento personale del codice Zanardelli e, prima, del codice Toscano. E starebbe ad indicare precisamente questo: che, anche in presenza di un influsso causale sulla protrazione del previo reato, quando tuttavia il contributo si presenti dotato, nell'economia complessiva del fatto, di un ruolo marginale e di una specifica direzione modale, il giudice dovrà scegliere di applicare il regime attenuato e speciale della complicità.²⁵²

²⁵¹ Cfr. L. SOLA, *Ricettazione e reato presupposto*, in *Dir. pen. e proc.*, 1995, pp. 989-997, a p. 989.

²⁵² Non va poi dimenticato che la clausola potrebbe residualmente svolgere un'autentica funzione costitutiva e tipizzante, quante volte l'esonazione da pena non si presenti così immediata, come nei casi sinora lumeggiati: si pensi ad esempio a chi, concorrente necessario – non punito – del delitto presupposto, venga

imputato per ricettazione. In una simile ipotesi, sarebbe difficile negare, servendosi del solo concetto di provenienza, che costui sia estraneo al delitto d'origine: soltanto estendendo la valenza dell'espressione "fuori dei casi di concorso" anche ai casi di concorso necessario, si potrebbe escludere la ricettazione.

III

La complicità mediante azioni “quotidiane”

§ 9. Premessa: le azioni “quotidiane” fra apparente neutralità, psichica connivenza, adeguatezza sociale e ruolo istituzionale.

Giunti a questo segno, rispunta impietoso un quesito già segnalato in apertura. Se, cioè, le fattispecie di complicità speciale, così come ricostruite nel corso della trattazione, rechino già in sé, autonomamente considerate, i germi di un’applicazione iniqua, perché indifferenziata, della legge penale; ossia se quanto guadagnato elaborando un modello binario – e quindi plurale – di partecipazione al reato non sia poi sostanzialmente compromesso da una lettura giurisprudenziale eccessivamente rigorosa delle stesse ipotesi accessorie.

Il problema sta dunque nell’istituire un ulteriore livello di personalizzazione della responsabilità penale, onde poter nuovamente adattare la previsione legale astratta a quanto effettivamente vissuto dall’agente, di modo che non resti senza alcuna considerazione la spesso cospicua disparità di rischio penale sperimentato dalle varie categorie di soggetti, a seconda del ruolo professionale, sociale, o comunque – come diremo – istituzionale, rivestito nel caso concreto.

Si ritiene opportuno seguire, nell’indagine di questa tematica, la partizione proposta da Thomas HILLENKAMP²⁵³: ciò per varie ragioni. Anzitutto, perché il tema, oggi, è particolarmente studiato in Germania²⁵⁴, ove, dopo la sua origine welzeliana, è rispuntato prepotentemente a partire dalla seconda metà degli anni ’90. Poi, perché lo schema suggerito da tale autore, oltre che semplice, appare del tutto condivisibile e soprattutto adattabile e calzante rispetto alle correnti giuri-

²⁵³ T. HILLENKAMP, *32 Probleme aus dem Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 12. Auf., Luchterhand, Neuwied 2006, pp. 158 e ss..

²⁵⁴ Nella letteratura italiana è stato incidentalmente trattato da A. SERENI, *Istigazione al reato e autore-sponsabilità. Sugli incerti confini del concorso morale*, Cedam, Padova 2000, p. 136 e ss.; e da C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Giappichelli, Torino 2003, p. 477 e ss.. Diffusa, invece, la trattazione di L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, cit., p. 275 e ss., che studia la materia nel quadro più ampio del divieto di regresso e dell’interruzione causale, anche se sotto il particolare profilo dell’azione colposa dell’*Ersthandelnde*.

sprudenziali sull'argomento, così come sviluppatasi in Italia e da noi evidenziate nel corso del primo capitolo.

Distingueremo allora, nella ricerca del corretto inquadramento dogmatico dell'aiuto al fatto criminoso altrui mediante azioni "usuali" o "normali" perché "quotidiane" e/o "professionalmente condizionate", fra teorie estensive, soggettive, oggettive materiali e oggettive formali.

Nonostante la relatività di ogni classificazione, che rischia di fare un torto specialmente a quegli autori la cui posizione non può esser ridotta *tout court* all'una o all'altra categoria, presentandosi come più ricca ed eclettica, la sequenza indicata rispecchia l'intimo ordine logico e cronologico della tematica qui indagata. Dapprima infatti gli interpreti, in pieno *milieu* culturale positivistico, hanno accolto la nozione di complicità più facile ed ingenua, quella causale; poi, avvertite l'eccessiva latitudine, hanno ripiegato d'un sol tratto sul versante soggettivo; ma la complessità del foro interiore ha subito consigliato di escogitare altri criteri che, sia pure ancora piuttosto moraleggianti, fossero ancorati a più verificabili parametri sociali di valutazione; infine, oggi, la coscienza giuridica più evoluta tenta di derivare il giudizio formale di conformità di una condotta al diritto dalla lettura sistematica delle norme presenti nell'ordinamento.

Al termine dell'esame di tali diversi orientamenti non mancheremo quindi di cimentarci nel tentativo di proporre una nostra soluzione.

§ 10. Teorie estensive (o causali).

Intendendo il contributo concorsuale in senso puramente fisico e causale, non esistono azioni "neutrali".²⁵⁵ Il loro carattere di neutralità, derivante dalla frequenza con la quale si verificano nella vita quotidiana e dal fatto di essere compiute da figure professionali o lavorative consolidate, è pertanto solo apparente.

²⁵⁵ Scrive Herald NIEDERMAIR, *Straflose Beihilfe durch neutrale Handlungen?*, in *ZStW*, 1995, pp. 507-544, a p. 508: «Fondamentalmente, ogni contributo causale e doloso all'offesa al bene giuridico da parte dell'autore è un'ideale forma di complicità, in quanto i criteri limitativi dell'imputazione oggettiva non lo indicano affatto come innocuo». Anche A. HARTMANN, *Beihilfe durch "neutrales" Verhalten*, in *ZStW*, 2004, pp. 585-617, a pag. 599, afferma: «Pertanto, il concetto di "azioni neutrali" indica, così come quello di "criminalità organizzata", un insieme di casi fenomenologicamente interessante, ma non è definibile in misura sufficientemente chiara da poter giustificare, quale autonoma categoria dogmatica, l'applicazione di regole speciali».

In verità, esse costituiscono una condizione già sufficiente e spesso indispensabile per la consumazione del reato.²⁵⁶

Pertanto, quando si dia la piena consapevolezza, ad esempio, che uno strumento sarà utilizzato per uno scopo delittuoso, non si ravvisa, da parte dei fautori di questa rigorosa posizione, alcuna ragione di escludere la pena.

Non si possono invocare nemmeno le libertà costituzionali: ciò sarebbe consentito, secondo taluno, se il legislatore avesse partorito, prevedendo l'ipotesi della complicità, una fattispecie vasta, indistinta e di applicazione indiscriminata, ma così non è: il legislatore ha piuttosto formulato una norma perfettamente corrispondente ai principi di tassatività e chiarezza, sicché, qualora la condotta d'aiuto sia causale, abbia creato o aumentato il rischio vietato e sia assistita dalla consapevolezza dei propri effetti, non può revocarsi in dubbio la sua rilevanza penale.

Ciò è, del resto, la conseguenza di una scelta positiva: quella di mandare assolto, conformemente al principio di affidamento, i soli contributi colposi. Qualora il reo abbia la consapevolezza che, agendo, si porrebbe al servizio dell'autore di un delitto, la comunità giuridica esige che egli prenda le distanze, pretende, in definitiva, un secco "*Nicht mit mir!*"²⁵⁷.

In definitiva, secondo questo modo di vedere, che a nostro avviso soffre il condizionamento del concetto di *Unrechtstatbestand*²⁵⁸, sono le libertà fonda-

²⁵⁶ Fortemente critico rispetto a tale impostazione Kai AMBOS, *Beihilfe durch Alltagshandlungen*, in JA, 2000, pp. 720-725, a pag. 722, il quale avanza il sospetto che, giusta la ravvisabilità del requisito causale in pressoché ogni situazione, si giunga in fondo ad una pratica rinuncia al medesimo. Al contrario, Thomas WEIGEND, dopo aver pragmaticamente premesso che sinora non si è trovato «un convincente criterio qualitativo per un'affidabile distinzione tra complicità punibile e condotta "innocua"», ritiene che particolarmente pregnante debba essere, sul piano quantitativo, l'efficienza causale del contributo sanzionabile, il quale deve superare la soglia di una solidarizzazione simbolica o bagatellare (ID., *Grenzen strafbarer Beihilfe*, in Albin ESER (hrsg.), *Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag*, Nomos, Baden-Baden 1998, pp. 197-212, a pag. 208).

²⁵⁷ Questa la posizione espressa da H. NIEDERMAIR, *Straflose Beihilfe durch neutrale Handlungen?*, cit., pp. 537 ss., che conclude peraltro non già nel senso di una indiscriminata punizione di tutte le azioni di sostegno collegate eziologicamente al fatto, bensì nel senso di una valutazione delle stesse secondo i parametri 1) dell'aumento del rischio per la lesione del bene giuridico e 2) del (rapporto di) significato delittuoso rispetto alla condotta dell'autore. Secondo A. HARTMANN, invece è sufficiente appurare il nesso di causalità e l'aumento del rischio, mentre dal lato soggettivo basta il dolo eventuale (cfr. ID., *Beihilfe durch "neutrales" Verhalten*, cit., pp. 600-01).

²⁵⁸ Questo giudizio trova conferma, come un po' in tutta la letteratura di lingua tedesca, anche nel citato scritto di A. HARTMANN, ove può leggersi: «In dottrina si ritiene che il proscioglimento del complice al li-

mentali a subire i limiti dettati dalla legislazione penale e non viceversa. L'ottica è, come si vede, quella di uno scontro "brutale" fra norme, non già quello – auspicabile – di un bilanciamento ponderato fra beni giuridici, di un equo temperamento fra principi, secondo le circostanze del caso concreto.²⁵⁹

È opportuno, quindi, richiamare le considerazioni svolte nell'introduzione e nel corso del primo capitolo. Il "tipo di illecito", primo elemento dell'analisi del reato a partire dalla nascita della dottrina c.d. neoclassica, neutralizza sistematicamente le cause di giustificazione codificate ed il peso dei beni giuridici che le ricolmino a seconda del caso di specie. L'impostazione teorica è dunque solo apparentemente tricotomica, perché l'antigiuridicità è in verità risolta ed anticipata sul piano della tipicità, per cui quel che importa, ai fini del giudizio di responsabilità penale, è che resti integrata quest'ultima. Ma a fronte di fattispecie tanto vaste perché ampliative della sfera della penalità – quali la *Beihilfe* –, la tipicità coincide, appunto, con il mero nesso di causalità.

Fanno peraltro notare i sostenitori della tesi qui riferita, che, altrimenti opinando, si aprirebbero delle enormi falle nell'ordinamento penale, delle autentiche lacune di tutela proprio nei settori in cui l'ausilio, il consiglio tecnico, il sostegno

vello dell'antigiuridicità giunga troppo tardi, dacché già il comportamento tipico sarebbe da considerare come contrassegnato da una macchia. Il diritto penale conosce tuttavia solo le due categorie valoriali dell'illecito (*Unrecht*) e della colpevolezza. La conformità al tipo non è un autonomo livello di valutazione. Numerose attività come la professione sanitaria, la polizia, o i vigili del fuoco richiedono il compimento di azioni tipiche. Chi, agendo in soccorso di necessità, libera la vittima, che si trovi in una situazione critica, dalla morsa dei suoi aguzzini, è considerato un eroe, mentre l'omissione o la rinuncia ad azioni di salvataggio è eticamente ripudiata e, se del caso, punibile ai sensi del § 323c StGB» (pagg. 611 e s.). In seguito però, a differenza di NIEDERMAIR, HARTMANN sviluppa un ragionamento fondato sullo stato di necessità giustificante che si ritiene qui nella sostanza di condividere, perché ha il merito di evidenziare la presenza di due beni giuridici in conflitto e la conseguente esigenza di bilanciamento: in estrema sintesi, l'agevolatore potrebbe fruire della citata scriminante prevista dal § 34 del codice penale tedesco qualora i danni che, ad esempio, dovrebbe presumibilmente subire nella sua attività di commerciante oltrepassino le perdite della vittima dell'azione principale. L'autore precisa peraltro che, così come nel caso della scusa per errore inevitabile, i presupposti dell'indicata scriminante, dapprima sussistenti, possano venire a mancare in un secondo momento, sicché non pare escluso che colui che ne abbia beneficiato possa poi trovarsi a rivestire, a causa dell'avvenuta ingerenza nel fatto criminoso e del rischio comunque oggettivamente prodotto, una posizione di garanzia che lo obblighi, se non ad impedire direttamente il fatto, quantomeno a denunciarlo alla polizia.

²⁵⁹ Afferma infatti, fra gli altri, Katharina BECKEMPER, *Strafbare Beihilfe durch alltägliche Geschäftsvorgänge*, in *Jura*, 2001, pp. 163-169, a pag. 169: «Se colui che agisce secondo le regole della sua professione agevola un fatto di penale rilievo, egli si muove allora per l'appunto fuori dell'ambito della libertà costituzionalmente garantita, sicché non vi si può richiamare.»

qualificato sarebbero senz'altro allettati, qualora non vietati, con laute ricompense economiche.²⁶⁰

Non ultima, infine, sta la preoccupazione che, aderendo ad una diversa impostazione, indulgente nei confronti delle cosiddette “azioni neutrali”, si finirebbe per riconoscere dei veri e propri privilegi ad alcune categorie di soggetti, immunità fondate, peraltro, non già su precise scelte legali, bensì su considerazioni di giustizia materiale.

§ 11. Teorie soggettive.

In generale, può dirsi che tratto comune delle teorie soggettive, oltre alla loro chiara derivazione dalla concezione finalistica dell'azione, è certamente l'acquisita consapevolezza del fatto che il mero approccio causale, ossia naturalistico, poc'anzi preso in esame, si rivela insufficiente, perché non comprende che anche azioni dotate di un'effettiva efficienza agevolatrice rivestono tuttavia un diverso significato a seconda del disvalore d'azione che le connota di volta in volta.

Ebbene: secondo i fautori delle teorie di matrice soggettiva, tale disvalore d'azione consisterebbe, però, essenzialmente, nella finalità perseguita in concreto dal complice, o addirittura nell'atteggiamento interiore serbato dal medesimo, non già invece nelle modalità della condotta tenuta. Sicché è reale il rischio di scadere, a voler abbracciare una simile prospettiva, in sottili distinzioni scavate nella psiche, quando non aprioristicamente desunte dal tipo criminologico o più semplicemente da un rapido giudizio etico.

Il foro interno è infatti l'usuale rifugio di operatori pratici forse troppo sbrigativi o di studiosi un po' miopi rispetto alla pluralità di beni giuridici celati dietro casi solo apparentemente semplici, perché di quotidiana frequenza.

I. Teoria della solidarietà illecita. – Il punto di vista più estremo, nell'ambito di un simile ordine di idee, è stato senz'altro espresso, limitandoci alla più

²⁶⁰ Così, riassumendo la posizione dei fautori di tale corrente, T. HILLENKAMP, *32 Probleme aus dem Strafrecht*, cit., p. 159 (1. Argument).

recente letteratura, da Heribert SCHUMANN. Il quale, dalla constatazione che il concetto di autore accolto dalla pressoché unanime dottrina è restrittivo e basato sul criterio della *Tatherrschaft*, desume che non si può pretendere di fondare il contenuto illecito della partecipazione su base meramente causale-estensiva, ossia sulla lesione accessoria del medesimo bene giuridico violato dal fatto tipico principale, ma occorre fornirne una giustificazione punitiva più profonda, incidente sul disvalore d'azione dell'essersi resi complici, e ravvisabile essenzialmente nel rappresentare, così facendo, un "esempio intollerabile" per la comunità giuridica, una "caduta morale", un elemento di solidarietà all'illecito altrui.²⁶¹

Ora, un primo strumento di verifica di tale fattiva connivenza sarebbe quello della "prossimità al fatto", posto che corre indubbiamente una sensibile differenza tra l'aiuto prestato in fase preparatoria e quello allo stadio del tentativo o – peggio – dell'esecuzione del delitto.²⁶² In particolare, si connoterebbe senz'altro in termini delittuosi il cambiamento dei propri programmi o delle proprie abitudini soltanto dopo aver conosciuto gli altrui propositi criminosi.²⁶³

Un secondo indizio potrebbe invece desumersi dal fatto che il contributo agevolatore sia rivolto "al nucleo" dell'illecito altrui e non già semplicemente ad un suo qualunque aspetto marginale.²⁶⁴

Peraltro, seguendo un antico insegnamento formulato in relazione all'ipotesi del favoreggiamento, all'epoca ancora inteso come *Teilnahme nach der Tat* (complicità *ex post*), tali caratteristiche dovrebbero emergere evidenti dalla stessa morfologia del fatto, estrinsecandosi in esso, senza restare confinate al ruolo di propensioni interiori, di mere intenzioni inesprese.²⁶⁵

²⁶¹ Cfr. H. SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Mohr, Tübingen 1986, pp. 46-47, 49-51. In quest'ordine di idee che, come testimoniano i numerosi richiami contenuti in nota al volume appena citato, si approssimano alquanto al pensiero welzeliano, arretra, evidentemente, la prospettiva dell'offensività: «per giudicare un'azione come socialmente dannosa la lesione o la concreta od astratta messa in pericolo di un bene giuridico obiettivo non è né l'unico né un necessario criterio» (*ivi*, p. 49).

²⁶² *Ivi*, p. 57.

²⁶³ *Ivi*, p. 67.

²⁶⁴ *Ivi*, p. 57.

²⁶⁵ Ancora H. SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht*, cit., p. 59; l'insegnamento richiamato è quello del VON BAR.

Per questa via, quindi, la determinazione della condotta di complicità punibile finisce per mutuare molto dalla concezione finalistica dell'azione, tanto che la compartecipazione criminosa pare assumere il volto di una specie di autorità secondaria, dotata di un "dominio sul fatto" non originario, ma derivato.

II. Teoria della non punibilità per dolo eventuale. – Di sapore finalistico è senz'altro anche quella dottrina che richiede, per la punibilità delle azioni professionali od ordinariamente commerciali, una sorta di dolo diretto.

Non sarebbe sufficiente, in sintesi, una rappresentazione della mera eventualità che il proprio consiglio tecnicamente qualificato o la dazione di uno strumento di lavoro acuminato possano essere utilizzati per fini delittuosi o comunque possano costituire una forma di aiuto a chi delinquito ha già: occorrerebbe invece la positiva consapevolezza di un loro effettivo ed attuale impiego in tal senso.

Il fatto che anche il legislatore, che pure certamente possiede contezza del fatto che di simili azioni si possa abusare, non abbia provveduto né a vietarle, né tanto meno a regolamentarle, non può di certo andare a detrimento del reo; anzi, è la plastica dimostrazione del fatto che solo una compiuta rappresentazione del loro reale sviamento a fini delittuosi può produrre effetti in termini di responsabilità penale.

Tuttavia, anche quando il legislatore provvedesse con una regolamentazione positiva a disegnare le regole dello specifico mestiere o professione, il discrimine resterebbe sempre il medesimo: non potrebbe, per ciò solo, andare assolto chi possieda la piena contezza del fatto che la sua attività sia o sarà utilizzata a fini illeciti, mentre non risponderà penalmente chi, seguendo scrupolosamente le regole impostegli dall'alto, abbia dato prova di non assecondare anche il solo rischio di una siffatta eventualità.

Altrimenti opinando, si onererebbe il soggetto agente di un dovere di controllo sulle azioni altrui – con cui quotidianamente entra in contatto – tanto oppri-

mente da vanificare praticamente il diritto al libero e fruttifero svolgimento del proprio ruolo professionale, così come garantito dal costituente.²⁶⁶

III. Teoria della volontà agevolatrice. – Assai simile la prospettiva del c.d. *Tatförderungswillen*. Anzi, qui le somiglianze col finalismo sono forse persino accentuate, perché si richiede che l'azione di sostegno persegua intenzionalmente lo scopo di facilitare la realizzazione del fatto principale.

Chi, oltr'alpe, condivide questa prospettiva è solito citare una pronuncia assai risalente del Tribunale regio (1904)²⁶⁷ che, dettando le – sino ad allora – più stringenti regole per la determinazione dei confini della complicità dell'avvocato, aveva ritenuto che occorresse provare che l'intenzione e la volontà del professionista fossero chiaramente dirette non già soltanto all'adempimento del proprio dovere professionale, bensì all'incoraggiamento ed al sostegno di un fatto penalmente rilevante.

Oggi, tuttavia, anche chi presta adesione a tali moduli applicativi ritiene di dovere estendere l'ambito della rilevanza penale ai casi di dolo eventuale. Ad esempio: si ponga il caso dell'attività di consulenza prestata da avvocati ed altri professionisti (commercialisti, fiscalisti) in situazioni di crisi aziendale, quando i

²⁶⁶ Si è qui riferita la posizione di Harro OTTO, *Der Strafbarkeitsrisiko berufstypischen, geschäftsmäßigen Verhaltens*, in *JZ*, 2001, pp. 436-444, che peraltro limita esplicitamente l'illustrata distinzione in base all'elemento soggettivo al solo ambito delle attività professionali, nella consapevolezza, appunto, che ben diverso è il livello del rischio di incorrere nella sanzione penale a seconda che ad agire sia il comune cittadino o invece colui che abitualmente – perché istituzionalmente, cioè per motivi legati al ruolo rivestito – viene a contatto con i potenziali fruitori criminali del proprio contributo. Non va trascurato, altresì, che la legge fondamentale appresta una specifica tutela a talune attività umane. Conclude infatti OTTO: «Il libero esercizio della professione, diritto contemplato all'art. 12 co. 1 GG, legittima l'attività professionale anche quando l'esercente è consapevole che la propria azione potrebbe rivestire un carattere criminoso attraverso il comportamento del proprio partner negoziale». Molto simile l'impostazione di Knut AMELUNG, *Die „Neutralisierung“ geschäftsmäßiger Beiträge zu fremden Straftaten im Rahmen des Beihilfetatbestands*, in E. SAMSON, G. GRÜNWARD (hrsg.), *Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag*, Nomos, Baden-Baden 1999, pp. 9-30, in particolare a pag. 23, laddove spiega che la società non può permettersi di addossare al singolo rischi che essa stessa ordinariamente accetta. Il bilanciamento delle contrapposte esigenze della repressione dei reati e della libera esplicazione delle attività umane rinviene il proprio punto critico nell'elemento psicologico del complice: se per regola generale è sufficiente il dolo eventuale, quando il *Gehilfe* venga in contatto con l'autore nello svolgimento del proprio mestiere o professione, occorrerà provare un più pregnante dolo diretto, la consapevolezza certa ed inequivoca della strumentalizzazione del proprio contributo a fini delittuosi.

²⁶⁷ Cfr. ad esempio C. BAUMGARTE, *Die Strafbarkeit von Rechtsanwälten und anderen Beratern wegen un-terlassener Konkursanmeldung*, in *Wistra*, 1992, pp. 41-47, a pag. 43.

vertici del consiglio d'amministrazione decidano di tentare manovre di salvataggio per evitare un imminente fallimento, incuranti del fatto di incorrere, in tal guisa, in un fatto di rilievo penale.²⁶⁸ Se il consulente non semplicemente si limita a prospettare o suggerire alternative, ma pianifica o conduce attività di reperimento liquidi o transazioni stragiudiziali con creditori onde temporeggiare il più possibile, nella piena consapevolezza della situazione patrimoniale della società ed in totale spregio del precetto penale che impone di chiedere l'apertura della procedura concorsuale non oltre le tre settimane dalla verifica dello stato di insolvenza, può senz'altro ravvisarsi un dolo indiretto, sicché la punibilità non è esclusa.²⁶⁹

IV. Teoria del (rapporto di) significato delittuoso. – Claus ROXIN, che fra i primi ha segnalato il deprecabile oblio in cui il tema delle azioni quotidiane era caduto dopo il suo splendore welzeliano, pone in primo piano una fondamentale partizione a seconda che l'agevolatore agisca con dolo diretto (*der Beitragende kennt den Deliktsentschluß des Täters*) o piuttosto con dolo eventuale (*der Beitragende rechnet lediglich mit einem deliktischen Verhalten des Täters*).²⁷⁰

Immediatamente dopo, nell'ambito della prima ipotesi, formula il proprio basilare criterio di riconoscimento della complicità punibile: l'azione accessoria di sostegno deve rivestire un chiaro significato delittuoso per l'autore (*einen eindeutigen "deliktischen Sinnbezug" für den Täter*) e ciò avviene quando l'agevolazione acquisisce valore soltanto alle condizioni della realizzazione del piano criminale. Ad esempio: se il tassista sa che la corsa è finalizzata unicamente alla fuga o a raggiungere il luogo del programmato delitto, allora la complicità deve ritenersi sussistente, perché l'attività del trasportatore, nel caso di specie, non riveste altro significato che quello criminale, non è cioè utile in sé, ma serve solo scopi illeciti. Al contrario, la fornitura di materia prima all'industriale che, nel relativo processo di lavorazione, viola abitualmente la normativa penale sulla protezione dell'ambiente, ha valore anche in sé, a prescindere dall'utilizzo che ne

²⁶⁸ L'esempio è oggetto del citato studio di C. BAUMGARTE.

²⁶⁹ Ancora C. BAUMGARTE, *op. cit.*, p. 47.

²⁷⁰ ID., *Was ist Beihilfe?*, in *Festschrift für Koichi Miyazawa*, Nomos, Baden-Baden 1995, pp. 501-517, a pag. 513. Si veda anche ID., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. II*, cit., pp. 206 e ss., dove ROXIN discute più approfonditamente le soluzioni proposte da altri autori, specie quelle espresse dopo il 1995.

sarà fatto, sicché nemmeno la consapevolezza di tale prassi nuoce al fornitore sino al punto di poterlo ritenere concorrente nel reato. Lo stesso vale per le commesse inoltrate all'artigiano, noto evasore delle imposte.

Viene quindi citata, a suffragio della tesi proposta, la decisione della Corte di Cassazione svizzera, recante data 13.10.1993, con la quale è stata confermata la condanna di alcuni grossisti africani di carne d'antilope, i quali l'avevano venduta sotto l'appropriato marchio a dei rivenditori, che a loro volta l'avrebbero dichiaratamente diffusa sul mercato con il marchio fasullo di "carne di selvaggina europea". Ora: poiché lo smercio del prodotto avrebbe potuto essere redditizio e conveniente per ambedue le parti alla sola condizione del mutamento truffaldino dell'etichetta e la fornitura, in definitiva, senza l'azione di penale rilievo, sarebbe rimasta priva di qualsivoglia significato ed utilità, la corte ha ritenuto la vendita all'ingrosso punibile come *Beihilfe* nella frode al mercato.

Quando il presunto complice, di converso, non abbia certezza dell'utilizzo delittuoso del proprio contributo, ma ne tenga semplicemente conto come una delle possibili alternative, allora la rilevanza penale dello stesso è nella generalità dei casi da escludere, in base al principio di affidamento²⁷¹. Soltanto qualora l'eventualità del delitto si prospetti, secondo le circostanze del caso, assai probabile e concreta²⁷², superando la soglia di un'astratta possibilità, potrebbe invece formularsi un giudizio di rilevanza penale. Altrimenti si permarrebbe nell'ambito di un rischio consentito.

Ora, il qui esposto criterio del significato delittuoso dell'azione agevolatrice sembrerebbe, di primo acchito, muoversi nel campo della semantica.²⁷³ Resta tuttavia, in fondo, un criterio soggettivo, se è vero che lo stesso suo insigne e princi-

²⁷¹ Qui, dunque il *Vetraunsgrundsatz* è utilizzato, in maniera per molti versi stravagante, per segnare il confine tra concorso con dolo eventuale e con dolo diretto. Cfr., sul tema, M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Giuffrè, Milano 1997, pp. 165-170, il quale, pur occupandosi della questione in senso più tradizionale, vale a dire studiando il concorso colposo nell'altrui reato doloso, ravvisa comunque una legittima aspettativa dell'ordinamento all'osservanza di tutti i precetti penali, anche di quelli puniti secondo l'intenzione.

²⁷² In particolare, quando la condotta si presenti, secondo le circostanze fattuali di contorno, dotata di una riconoscibile inclinazione al fatto illecito (*erkennbare Tatgeneigtheit*): spiega il concetto, L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., p. 297.

²⁷³ Si v. infatti il giudizio di L. CORNACCHIA: «L'orientamento sembra inoltre sintomatico di una certa attenzione (pur pregna di pregiudizi indimostrati) al *significato sociale* riconosciuto alle diverse attività umane» (*ivi*, p. 301).

pale sostenitore afferma a chiare lettere che nessuna azione è neutrale o quotidiana “in sé”, ma che acquisisce senso unicamente a seconda del diverso scopo cui è diretta.²⁷⁴ Si rimane allora, anche in questo caso, nel grande orizzonte del finalismo, ancorché si tenti di ancorare la valutazione della direzionalità intrinseca della condotta a dati il più possibile oggettivi, come la sua utilità sociale ed economica.

§ 12. Teorie oggettive materiali.

Un simile tentativo è pure all’origine delle concezioni che, fondate su un concetto materiale di antiggiuridicità e su di un approccio giusfilosofico di tipo cognitivistico, hanno creduto, nel corso dei decenni, di poter porre rimedio alla vaghezza o alla vetustà del dettato legislativo mediante l’utilizzo di parametri di giudizio extralegali, fossero essi ontologici o valoriali, comunque ritenuti meritevoli del sigillo dell’oggettività.

L’impiego di criteri di tal fatta venne considerato, dai fautori di un simile *modus procedendi*, come la migliore risposta all’indeterminatezza delle teorie soggettive, che, denunciata con sempre maggiore frequenza anche nell’applicazione giurisprudenziale, ne aveva lentamente determinato l’inesorabile declino.

Tuttavia, per una sorta di contrappasso storico, fu proprio il difetto di certezza, insieme alla violazione di principi più squisitamente penalistici, il principale argomento brandito dalla successiva dottrina contro le teorie “oggettive” materiali.

I. Teoria dell’adeguatezza sociale dell’azione. – Così, nasceva “oggettiva” la teoria che per prima, storicamente, ha posto il problema della sot-

²⁷⁴ Così l’autore a pag. 515, in *Was ist Beihilfe?*, cit.. Concorda Kai AMBOS, *Beihilfe durch Alltagshandlungen*, in *JA*, 2000, 720-725, che afferma a pag. 724: «*es Alltagshandlungen per se nicht gibt, vielmehr jede an sich neutrale Handlung durch eine entsprechende Zweckbestimmung zu einer deliktischen gemacht werden kann*».

trazione al piano della tipicità penale delle azioni “normali”²⁷⁵, perché conformi all’ordinamento pratico consolidato dell’agire socialmente accettato.

In polemica con il dominante eziologismo positivistico, ma senza voler sconfinare nel diritto penale dell’atteggiamento interiore, Hans WELZEL rivestì le umane condotte di una sovrastruttura assiologica, di modo che la produzione causale di un evento dannoso, la lesione naturalistica del bene giuridico²⁷⁶, non sarebbe stata sufficiente – ai fini dell’affermazione di responsabilità – ove non fosse originata da un comportamento in contrasto con i valori di fondo della comunità.

Erano le prevedibili, ancorché estreme, conseguenze teoriche dell’aver condensato e confuso, nella categoria dell’*Unrechtstypus*, il tipo e l’antigiuridicità, la rilevanza penale e la sua giustificazione, il bene giuridico protetto e i beni con funzione scriminante.²⁷⁷ Tale indebita commistione conduceva, come si è cercato di segnalare più volte nel corso della trattazione, a tendenze applicative, tra loro anche opposte, ma tutte sicuramente fuorvianti. Da un lato, la propensione ad asserire, in presenza di una causa di giustificazione, l’assenza di offesa in senso giuridico, riducendo così la lesione naturalistica prodotta dal fatto tipico a mera *quantité négligeable* ed enfatizzando oltre misura le oggettività giuridiche sottese al motivo esimente; dall’altro, all’inverso, quella a neutralizzare ogni “capacità scriminante” dei beni giuridici contrapposti a quello leso, quando della norma in-

²⁷⁵ Socialmente adeguate, secondo la definizione di Hans WELZEL, sono le azioni che «si muovono funzionalmente all’interno dell’ordinamento storicamente determinato della vita della comunità di un popolo» («*die sich funktionell innerhalb der geschichtlich gewordenen Ordnung des Gemeinschaftslebens eines Volkes bewegen*») (Id., *Studien zum System des Strafrechts*, in *ZStW*, 1939, pp. 491-566, a p. 516).

²⁷⁶ Nel citato saggio, che per i toni altisonanti e per la perspicuità dello stile voleva senz’altro costituire una sorta di teoria generale del reato, l’illustre autore ripete costantemente che la teoria dell’offensività «nient’altro è che il completamento del dogma causale nel campo dell’antigiuridicità» («*nichts anders ist als das Korrelat des Kausaldogmas auf dem Gebiet der Rechtswidrigkeit*») (*ivi*, a p. 509).

²⁷⁷ La dottrina successiva superò agevolmente e in tempi relativamente brevi l’idea dell’adeguatezza sociale dell’azione, messa peraltro in crisi dai numerosi ripensamenti teorici dello stesso WELZEL: il quale la qualificò in un primo momento come causa di esclusione del fatto tipico, poi come scriminante di natura consuetudinaria, infine come ragione di elisione del normale effetto indiziante della tipicità penale (c.d. *mangelde Unrechtsindizierung*). Sugli andirivieni dommatici di Hans WELZEL, a questo proposito, si diffondono G. GREGORI, *Adeguatezza sociale e teoria del reato*, Cedam, Padova 1969, pp. 51 e ss.; C. FIORE, *L’azione socialmente adeguata nel diritto penale*, Morano, Napoli 1966, pp. 201 e ss.. Rimase fermo, al contrario, il fattore che l’aveva generata – l’ “illecito”, il “fatto tipico antigiuridico”, l’*Unrechtstatbestand* – il quale inevitabilmente continuò, perpetuando tuttora, a diffondere una serie di effetti distorsivi, autentiche forze centrifughe rispetto al principio di legalità, sull’intera teoria del reato.

criminatrice si voglia fornire una lettura estensiva e rigoristica; infine, in generale, la tendenza a considerare requisito della condotta penalmente rilevante un conflitto con valori non riconosciuti dal diritto positivo.

La conclamata vetustà ed inadeguatezza dell'ordinamento vigente all'epoca della formulazione della teorica in esame, veniva quindi superata e corretta postulando l'in/adeguatezza della condotta, ma secondo i parametri di una giustizia materiale, extralegale. Lo svilimento della funzione garantistica di una legge penale che si avverte lontana dal rinnovato sentire popolare si esprime nell'avversità e nella sfiducia rispetto all'opera del legislatore, sensazioni che emergono nitidamente in affermazioni come le seguenti: «il concetto di autore deve essere costruito indipendentemente dalle disposizioni positive sulla partecipazione»²⁷⁸; «il legislatore positivo può senz'altro equiparare la partecipazione all'autoria per ciò che concerne le conseguenze sanzionatorie, ma non può per ciò solo credere di aver tramutato il concorso nel fatto altrui in vera e propria autoria»²⁷⁹.

Nonostante, all'epoca, la teoria dell'adeguatezza sociale dell'azione dovesse apparire come un frutto del pensiero moderato e un limite alla discrezionalità giudiziale, visto che, ben prima, idee come quella del tipo d'autore normativo avevano spalancato le porte dell'arbitrio, è comunque agevole cogliere in essa il tentativo di imporre una pericolosa visione di fondo: l'essenza – reale o valoriale – delle cose precede e fonda il precetto della legge, la quale non può far altro che riconoscerla.

In effetti, la nuova idea si legava alla concezione finalistica dell'azione²⁸⁰. Se quest'ultima intendeva esprimerne la struttura ontologica (*das Sein*), il giudizio di in/adeguatezza – nelle intenzioni del suo demiurgo WELZEL – avrebbe dovuto costituirne l'abito deontologico (*das Sollen*).

Essa, inoltre, pur pretendendo di spandere i propri effetti su tutto il sistema, vantava un campo di applicazione privilegiato nella dottrina della partecipazione criminosa.²⁸¹ Il che è facilmente comprensibile ove si ponga mente all'indetermi-

²⁷⁸ Affermazione del LANGE, riportata a suffragio da WELZEL a pag. 494, *op. cit.*

²⁷⁹ *Ivi*, p. 540.

²⁸⁰ Sulla quale si v. altresì H. WELZEL, *Il nuovo volto del sistema penale*, trad. it. di Cesare Pedrazzi, in *Jus*, 1952, pp. 31-70, *passim*.

²⁸¹ «La struttura esistenziale dell'azione, pur trascurata come questione, fa tuttavia ancora sentire il proprio peso da qualche parte all'interno del sistema, ancorché non si sappia donde la pressione provenga.

natezza ed elasticità delle clausole incriminatrici solitamente operanti in questo settore.

Proprio da quest'ultima notazione prende spunto oggi un altro autore per raffinare, e adattare all'attualità, l'ormai ammuffita costruzione welzeliana. Occupandosi del fenomeno del trasferimento di capitali all'estero a fini di evasione fiscale e, in particolare, della complicità di banche e consulenti, Klaus LÜDERSSEN coglie con grande acutezza il nodo centrale sotteso al problema delle azioni socialmente adeguate.

Celata dietro una semplice formuletta concettuale –la c.d. *Sozialädaquanz* appunto – starebbe, specialmente se si accolga una lettura della complicità delittuosa come fattispecie ampia ed aperta, una questione assai scottante e peraltro fondamentale: quella del necessario bilanciamento fra beni giuridici convergenti. Da una parte il valore della libertà d'agire, giustamente specificata dalle varie libertà professionali riconosciute dall'ordinamento; dall'altra, il bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice.²⁸²

Non basta dunque che il comportamento agevolatore abbia incrementato il rischio della lesione del bene giuridico; occorre muovere un secondo passo. Bisogna cioè verificare se tale potenziale compromissione dell'oggetto di tutela penale non sia per altro verso giustificata (*bilanciert*) a favore della sfera di competenza di altri beni, altrettanto degni della considerazione del sistema giuridico.²⁸³

Così, dopo aver ammiccato non poco all'idea dell'adeguatezza professionale coniata da HASSEMER, di cui si dirà nel prosieguo, LÜDERSSEN decide, a conclusione delle proprie riflessioni, di proporre una nuova formula:

«se un bene giuridico è assai pregiato, molte e più remote vie per attaccarlo verranno ad esser normativamente bloccate (tramite la fissazione della punibilità in una fattispecie), e ciò ad aggravio della contestualmente violata libertà d'agire. Se invece il bene giuridico è meno pregiato, allora saranno meno e più prossime

Ciò, in nessun ambito si evidenzia più chiaramente che nella dottrina della partecipazione» (H. WELZEL, *Studien zum System des Strafrechts*, cit., a pag. 493).

²⁸² Così, K. LÜDERSSEN, *Beihilfe, Strafvereitelung und objektive Zurechnung*, in E. SAMSON, G. GRÜNWARD (hrsg.), *Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag*, cit., pp. 329-350, a p. 339.

²⁸³ Continuiamo parafrasando ID., *op. ult. cit.*, p. 341.

le vie di lesione ad esser normativamente bloccate, e ciò a vantaggio delle libertà d'agire, non intaccate da questi vincoli»²⁸⁴.

II. Teorie dell'imputazione oggettiva. – Tacciata di vaghezza la teoria del maestro Hans WELZEL, Günther JAKOBS²⁸⁵ individua la corretta collocazione sistematica della c.d. partecipazione apparente trattandola nell'ambito tematico del *Regreßverbot*.

JAKOBS postula anzitutto una posizione di garanzia anche per i reati commissivi; o, più esattamente, ritiene che anche in questo caso si possa e si debba fare riferimento, per spiegare la non punibilità delle “azioni neutrali”, alla teoria dei ruoli. In altri termini, così come per i delitti d'omissione impropria non è sufficiente appurare l'evitabilità dell'evento, ma occorre dimostrare la sussistenza in capo al reo di una specifica sfera di competenza in relazione ad esso, così anche per i delitti d'azione occorrerebbe ricostruire uno specifico settore di responsabilità, una capacità di imputazione per le conseguenze del proprio comportamento.

Si tratta, poi, di vedere in quali casi colui che con la propria condotta attiva abbia prodotto un decorso causale dannoso possa essere “distanziato”²⁸⁶ dai risultati del medesimo. Ciò potrebbe accadere soltanto, sulla base – appunto – del divieto di regresso, quando l'agevolazione, al momento della sua esecuzione, risulti dotata di un significato autonomo e non dipenda invece unicamente dal fatto che a suo seguito venga di regola realizzata l'azione principale.²⁸⁷

Simile autonomia sarebbe riscontrabile se, ad esempio, taluno venda ad altri un normale cacciavite, il quale venga in seguito utilizzato per un'effrazione. Siccome è del tutto inverosimile che un furto o una rapina restino intentati per la mancata disponibilità di un simile comune utensile di lavoro, ovunque reperibile,

²⁸⁴ *Ibidem*, u.cpv..

²⁸⁵ Sul pensiero di questo Autore, *vide* la dotta esposizione di L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., in partic. alle pp. 238 e ss., 303 e ss..

²⁸⁶ Sull'evoluzione del pensiero di Jakobs, a riguardo di tale concetto, cfr. ancora L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., p. 305, nota 102.

²⁸⁷ Così, pressoché testualmente, G. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlegung und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 2. Auf., Walter de Gruyter, Berlin-New York 1991, Abs. 24/15.

l'ordinamento non può stabilire l'aspettativa che nessuno venda cacciaviti al soggetto riconoscibilmente intenzionato a compiere un reato del genere.²⁸⁸

Come è evidente, e come del resto riconosce lo stesso JAKOBS, si tratta di argomentazioni simili a quelle normalmente impiegate nell'ambito teorico dell'imputazione oggettiva, del rischio consentito, dello scopo della norma violata, del principio di affidamento, dell'ingerenza criminosa. In effetti, quando aveva affrontato specificamente il tema dei reati attivi, ricercandone il fondamento sul piano dell'imputazione oggettiva dell'evento, l'illustre studioso si era scagliato contro la prospettiva eziologica, qui più sopra descritta, che, azzerando qualsiasi differenziazione intersoggettiva per settori di imputazione, considera provato il primo requisito per l'affermazione della responsabilità penale sol che si dimostri l'attivazione di un decorso causale nel senso richiesto dalla norma e ciò anche quando tale messa in moto «fosse mediata dal comportamento di altre persone».²⁸⁹

²⁸⁸ G. JAKOBS, *Regreßverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung für Begehung*, in *ZStW*, 1977, pp. 1-35, a pag. 20. L'idea è sostanzialmente che la vendita di tale strumento non innalza il rischio del compimento di delitti rispetto all'ordinario corso degli affari, giacché, perlomeno se il rapinatore è realmente determinato al delitto, non si farà certo scoraggiare dal rifiuto impostogli da "questo" commerciante e si rivolgerà ad altri. Ribatte peraltro il ROXIN, con argomento cristallino, che il modo in cui si sarebbe altrimenti compiuto il reato programmato non interessa al diritto penale, perché ciò rimane sul piano delle ipotesi ed è regola metodologica assai consolidata, se vuoi permanere nell'ambito di un diritto penale del fatto, che nessun rilievo hanno decorsi causali solo ipotetici: «hier wird ein hypothetischer Kausalverlauf (die auch anderweit mögliche Beschaffung eines Schraubenziehers) in unzulässiger Weise zur Ablehnung der Beihilfe herangezogen» (C. ROXIN, *Was ist Beihilfe?*, cit., p. 514). A sua volta, però, Thomas WEIGEND, che qui abbiamo annoverato, seguendo la classificazione di HILLENKAMP, fra i sostenitori di una teoria estensiva, che tuttavia egli arricchisce con argomenti tratti dalle teorie dell'imputazione, replica: «Non è in questione [...] il rapporto causale fra la dazione dello strumento e il fatto concreto, ma la misura dell'innalzamento del rischio per il bene giuridico minacciato» (Id., *Grenzen strafbarer Beihilfe*, cit., p. 211).

²⁸⁹ G. JAKOBS, *Regreßverbot beim Erfolgsdelikt*, cit., a pag. 1 e a pag. 6, ove afferma chiaramente: «I risultati della teoria dell'equivalenza sono da abbandonare, secondo la dottrina del divieto di regresso, in relazione a quelle condizioni che rispetto all'evento sono mediate dal comportamento doloso e responsabile di un terzo. Tali condizioni non integrano alcun fatto tipico obiettivo; per ciò che concerne la colpa, la loro posizione è allora penalmente irrilevante; riguardo al dolo, esse vengono catturate dagli ampliamenti della fattispecie: cioè dalle previsioni sulla partecipazione». In seguito, però, l'autore spiega che il *Regreßverbot* non può valere unicamente per l'interazione fra un comportamento doloso ed uno colposo e che esso opera invece anche tra comportamenti tutti dolosi. Nel qual caso, tuttavia, come indica anche l'analisi del principio di affidamento, la via per una selezione del penalmente rilevante è quella di una ripartizione dei ruoli, vale a dire delle sfere di responsabilità penale secondo lo stesso schema della posizione di garanzia valevole nell'ambito dei delitti omissivi impropri.

Invece, quando alla produzione di un risultato penalmente rilevante concorrono più soggetti ed uno di essi sia l'autore principale, l'esecutore doloso ed immediato del fatto, gli altri che abbiano soltanto cooperato causalmente alla produzione dell'evento, specie qualora il loro comportamento sia colposo – ma le conclusioni non muterebbero ancorché si trattasse di dolo²⁹⁰ – potrebbero rispondere unicamente quando i propri comportamenti fuoriescano dal mondo delle mere eziologie lesive (il mondo della libera azione, del rischio permesso) e si dirigano o si adattino univocamente al mondo dei propositi delittuosi, essendone motivati in maniera esclusiva e determinante.²⁹¹

Orbene: non sembra però che i criteri così formulati (ripartizione dell'imputazione per sfere di responsabilità, in/fungibilità del contributo, suo univoco finalismo criminoso in mancanza di un significato autonomo) conducano molto più in là, lungo la via della determinatezza, rispetto al paradigma welzeliano: all'atto pratico, nella formulazione della casistica, JAKOBS non fornisce concreti ed ulteriori moduli operativi, sufficienti per una convincente soluzione dei casi e giunge sempre ed invariabilmente alla conclusione della non punibilità dell'autore del contributo "socialmente adeguato".²⁹²

Allora, come le teorie naturalistiche o causali peccano senz'altro per eccesso, conducendo sistematicamente all'affermazione della responsabilità dell'autore del contributo accessorio, così una teoria tutta normativa, come quella ora esposta, pare simmetricamente difettare nel senso inverso, tanto da insinuare un'illusione: sembra infatti che, come per la teoria organica nel generale ambito giuspubblicistico, anche per la teoria dei ruoli, in ambiente strettamente penalistico, il dolo altrui sia un fattore in grado di spezzare il vincolo di responsabilità so-

²⁹⁰ «[...] invero il dolo può anche essere conseguenza di particolare attenzione e la colpa, rispettivamente, conseguenza di indifferenza rispetto alla realtà. Che nel caso dell'operare congiunto di più persone l'attento debba rispondere sempre, il disattento mai, non è possibile sostenere» (G. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 697, II cpv.).

²⁹¹ G. JAKOBS, *Regreßverbot beim Erfolgsdelikt*, cit., p. 24, in partic. u.cpv..

²⁹² Solo in una ipotesi, relativa al consiglio formulato dall'avvocato, che non semplicemente si limiti a riferire – peraltro conformemente al vero – che il bottino criminoso, in una determinata zona, è sfuggito per un non nulla gli organi inquirenti, ma fornisca l'informazione materiale su dove meglio collocarlo al sicuro, lo JAKOBS si pronunzia per la punibilità (Id., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 699). Ma, come è palese, la fattispecie è quella in assoluto meno problematica: tradizionalmente e pacificamente, il caso viene infatti risolto in base alla distinzione tra informazioni *durch Rat* e *durch Tat*, delle quali solo le prime si manterrebbero nei confini del penalmente lecito.

lidale (nel diritto amministrativo, il c.d. rapporto di immedesimazione organica). Soltanto qualora i fini del soggetto “retrostante” si leghino in modo evidente, combaciandovi, con quelli dell’immediato esecutore si potrà ammettere un’affermazione congiunta di responsabilità.

Manca, quindi, a quanto sembra, una chiara considerazione delle oggettività giuridiche implicate nel caso da risolvere. Anziché tentare di dirimere un urgente e reale contrasto fra beni giuridici, quello protetto e quello che, a seconda della vicenda, si profili in funzione esimente, JAKOBS disegna un astratto mondo di sfere normative di responsabilità, ove ogni conflitto è docilmente composto già prima di verificarsi.

L’apprezzamento del bene giuridico protetto, invece, non è affatto assente in FRISCH, il quale fonda la sua dottrina proprio sull’aumento del rischio della *Rechtsgutverletzung*.²⁹³

Premesso che un giudizio in termini di innalzamento del rischio è possibile solo immaginando per ipotesi l’alternativo corso degli accadimenti, in assenza del contributo realmente prestato²⁹⁴, un divieto di agevolare il fatto criminoso altrui si giustificerebbe unicamente in relazione ad un peggioramento della condizione d’integrità del bene giuridico minacciato. Ed i criteri per la verifica di una tale compromissione sarebbero interamente oggettivi.

È così che FRISCH conia – primo fra tutti – il concetto di *deliktischer Sinnbezug*: le intenzioni soggettive dell’agevolatore non producono effetto alcuno in termini di rischio per il bene giuridico, rimangono confinate nella sfera interiore e la loro proibizione, pertanto, non guadagnerebbe nulla alla causa del bene protetto.

Ecco le parole dell’autore:

« Laddove si tratti di oggetti o di prestazioni che di per sé possano sicuramente essere alienati, noleggiati, o altrimenti smerciati o consegnati, un divieto

²⁹³ W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Müller, Heidelberg 1988, pp. 74 ss.. Non manca neppure, come diremo più avanti, la consapevolezza della presenza di controinteressi, dalla generica libertà d’azione, alla libertà di lavoro, a quella di commercio, alla proprietà. Essa resta tuttavia implicita, sfumata e, a nostro avviso, non sufficientemente sviluppata. Ciò è forse dovuto al fatto che, nonostante l’intuizione del meccanismo del bilanciamento quale criterio risolutivo del problema delle azioni quotidiane, non si rinvengono nell’ordinamento tedesco concreti strumenti per assicurarne una soddisfacente operatività pratica.

²⁹⁴ *Ivi*, p. 294, nota 218.

ritagliato su misura sul soggetto che operi accidentalmente con cattive intenzioni non apporta alcun sensibile effetto in termini di protezione all'universo del bene giuridico, dato che l'interessato dalle ripercussioni del divieto potrebbe in ogni tempo, e del tutto innocuamente, ripiegare su altre persone, dalle quali poter ricevere le medesime prestazioni senza alcuna fatica. Questo ripiego tuttavia non funziona più qualora l'agire corrispondente possieda già, come tale, a prescindere dalle contingenti finalità dell'agevolatore, un significato delittuoso ».²⁹⁵

L'ancoraggio di un criterio originariamente soggettivo – quale quello dello scopo perseguito dall'agente – agli schemi argomentativi della teoria del rischio schiude senza dubbio prospettive interessanti, ma sarebbe forse ingenuo ritenere che si tratti di un'autentica rivoluzione rispetto al tradizionale approccio finalistico. Decisiva, invero, appare la seguente riflessione: la determinazione del concetto di “chiaro significato delittuoso” avviene prima e a prescindere dalla valutazione del rischio creato²⁹⁶; anzi, è proprio la presenza o meno di una chiara connotazione delittuosa dell'azione ausiliaria ad influenzare il giudizio circa la creazione o meno di una situazione di pericolo disapprovato per il bene protetto, quando, a ben vedere, onde produrre autentici progressi teorici, l'ordine metodologico seguito avrebbe dovuto essere inverso.

Quando l'azione ausiliaria, invece, non risulti connotata d'inequivoco significato criminoso, allora, secondo FRISCH, occorrerebbe trovare una seconda ed alternativa ragione fondativa per poterla legittimamente²⁹⁷ vietare. Questa potrebbe ravvisarsi, ad esempio, nei casi in cui l'agente versi nelle situazioni tipiche presupposte dai §§ 138 e 323 c StGB. Le due norme, che l'autore considera appartenenti alla maggiore costellazione dello stato di necessità, prevedono rispettivamente l'omessa denuncia di un reato programmato, o comunque in fase esecutiva iniziale, e l'omissione di soccorso. L'argomentazione addotta segue la tipica cadenza *a fortiori*: se l'agevolatore è onerato di specifici doveri di solidarietà in vista della salvaguardia del bene giuridico minacciato da un incombente pericolo, a

²⁹⁵ *Ivi*, p. 286.

²⁹⁶ Cfr. infatti *op. cit.*, pp. 289 e ss., ove l'inventario della casistica sul concetto di “chiaro significato delittuoso” viene condotto in base a constatazioni di concreta prossimità (spaziale, logica, cronologica) del contributo agevolatore rispetto al fatto principale, che precedono ogni valutazione ipotetica in termini di aumento del rischio.

²⁹⁷ Ovverosia senza confliggere con i principi di sussidiarietà e di meritevolezza di pena.

maggior ragione gli sarà preclusa qualsiasi condotta attiva indirizzata ad acuirne la crisi.²⁹⁸ In questo modo, il legislatore fornirebbe all'interprete, tramite le indicate disposizioni, due valutazioni normative anticipate (*Vorwertungen*) circa il carattere riprovevole del rischio creato.

Pungente l'obiezione a tale ragionamento escogitata dalla dottrina successiva: dai §§ 138 e 323 c StGB discendono eccezionalmente dei doveri d'attivarsi per la tutela del bene giuridico dalle minacce altrui, mentre il modello della complicità contempla, di regola, un proprio ed autonomo attacco al bene – ancorché mediato dal comportamento di altre persone.²⁹⁹

Un terzo ed ultimo criterio per segnare il confine tra azione “neutrale” e comportamento penalmente rilevante risiederebbe, infine, nel concetto di “sfera di dominio”, o “ambito organizzativo”. In sostanza, quando l'azione agevolatrice si compia interamente nel settore di competenza dell'ausiliatore, il giudizio dell'ordinamento propenderebbe già astrattamente a favore del libero agire, a scapito della protezione ad oltranza delle oggettività giuridiche, posto che l'autore principale, onde poter usufruire di tale contributo, dovrebbe introdursi – di regola in modo illecito – in tale spazio ideale di pertinenza altrui.³⁰⁰

Qui la posizione di FRISCH si approssima alquanto a quella di JAKOBS, ancorché la formulazione del criterio appaia invero invertita. Il primo mira a costruire un ambito immune da responsabilità penale, mentre il secondo ad individuare settori di imputazione che identifichino i soggetti destinatari della norma incriminatrice.

III. Teorie eclettiche. – Il già spiccato eclettismo delle teorie dell'imputazione viene, se possibile, ulteriormente enfatizzato dalle concezioni espresse recentemente in alcuni studi monografici.

²⁹⁸ Cfr. *op. cit.*, pp. 308 e ss..

²⁹⁹ Per questa critica, si v. H. NIEDERMAIR, *Straflose Beihilfe durch neutrale Handlungen?*, cit., p. 521 e s., nonché H. KUDLICH, *Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten*, Duncker & Humblot, Berlin 2004, p. 106.

³⁰⁰ Cfr. W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, cit., pp. 251 e ss..

Un approccio proteiforme, peraltro, sarebbe giustificato sia da ragioni filosofiche, quali la necessità di tener conto di tutti gli interessi e gli aspetti sottesi al caso da risolvere, sia dall'esigenza costituzionale di trattare in modo diverso situazioni di fatto difformi. Inoltre, dal punto di vista pratico, un unico criterio risolutore non sarebbe in grado di fornire risposte sempre soddisfacenti.³⁰¹

Così, avvertita la sotterranea presenza ed operatività di una causa di giustificazione alla quale, tuttavia, non si riesce a dare un nome, si costruisce un complesso meccanismo di bilanciamento degli interessi, funzionante secondo le cadenze dell'analisi costi-benefici, in cui la rappresentazione psichica dell'agente è l'"oggetto" della valutazione compiuta dall'ordinamento, il quale a sua volta funge da "soggetto" di un giudizio di prevalenza comunque sempre largamente dipendente dalla fattura del caso concreto.³⁰² Solo la massima attenzione alle circostanze fattuali consentirà infatti al giudice di addossarsi il peso dell'argomentazione. Solo il duro cozzare dei suoi pregiudizi contro la realtà delle cose ne farà scaturire la decisione giusta.³⁰³

Non solo: poiché può constatarsi la tendenza dogmatica e giurisprudenziale ad affermare la responsabilità del complice ogniqualvolta questi conosca i propositi delittuosi altrui, il giudice che volesse discostarsi da questo consolidato insegnamento dovrebbe farsi carico di motivare la "nuova" soluzione, magari valorizzando la particolare tenuità dei "costi" nel caso sottoposto al suo esame o, al contrario, la particolare consistenza dei "vantaggi".³⁰⁴

Viene quindi formulato un elenco di criteri guida per la definizione delle vicende concrete.³⁰⁵

(a) Il grado di certezza della verifica del fatto-reato da parte dell'agente. In questo preciso senso, l'intima rappresentazione del soggetto è l'"oggetto" del giudizio di valore dell'ordinamento, nella misura in cui, ovviamente, quanta maggiore contezza abbia quegli circa la saldezza delle altrui intenzioni delittuose, tanto più grave sarà la valuta-

³⁰¹ Così, ad esempio, si esprime M. WOHLLEBEN, *Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen*, Beck, München 1996, p. 100 e ss..

³⁰² *Ivi*, pp. 117-120.

³⁰³ *Ivi*, pp. 124-125, richiamando ALEXY.

³⁰⁴ *Ivi*, p. 126-127, citando, questa volta, PERELMAN.

³⁰⁵ Si leggano, a proposito, le pp. 127 e ss. del volume di M. WOHLLEBEN.

zione penalistica del suo comportamento da pesare sul piatto del meccanismo di bilanciamento.

(b) *La dipendenza costitutiva dell'azione agevolatrice dal susseguente delitto.* Si adduce il seguente esempio: se un condominio viene fabbricato su commissione di chi notoriamente pretenda fitti usurari ed unicamente per tale ragione e scopo, non c'è interesse che giustifichi la nuova costruzione, né quello di creare posti di lavoro né quello della libertà d'impresa dell'appaltatore.

(c) *La ragionevolezza dell'omissione del sostegno accessorio.* Questo criterio, che evoca immediatamente questioni nostrane circa il rapporto bivalente fra imprenditori e criminalità organizzata (complici o vittime?), si sposa a quello dell'esigibilità del comportamento alternativo lecito. Ci si chiede, in sostanza, se il garagista o il meccanico debbano rifiutare le commesse di riparazione delle autovetture quando il proprio capo non paghi le imposte sulle entrate, anche a costo di rischiare, in tal modo, un licenziamento; o se il concorso oggettivo in evasione fiscale non sia invece giustificato dal conflitto interiore così sperimentato.

(d) *Il pericolo sociopsicologico di emulazione.* Poiché ogni caratteristica esteriore di una condotta reca con sé un messaggio comunicativo, dovrà considerarsi particolarmente dannoso, perché diseducativo, il nocumento consapevolmente arrecato, sia pure in via ancillare e secondaria, alla vittima del delitto. Il fatto stesso che accadano comportamenti simili avrebbe infatti l'effetto di fiaccare le difese inibitorie sociali contro il crimine.

(e) *Il valore sociale relativo degli interessi contrapposti nel caso concreto.* Per stabilire a quale a quale dei due poli assegnare prevalenza, se a quello dei costi o a quello dei vantaggi, determinati dall'azione incriminata, è decisivo indagare quale consistenza sociale rivestano, dal punto di vista fattuale, le due opposte costellazioni. Ad esempio, per dirla con JAKOBS, c'è differenza se a trasportare il ladro sul luogo del furto sia il tassista o il comune cittadino: «il tassista attende alla propria occupazione, la

quale, nelle sue forme, è socialmente consentita in quanto utile, il “ruolo” del tassista gode di riconoscimento sociale»³⁰⁶.

Combinando i criteri così esposti, vengono poi elaborate quindici regole³⁰⁷ per la risoluzione di trentacinque casi di scuola³⁰⁸ elencati giusta in apertura del saggio, nella pretesa – forse eccessiva – di aver come forgiato *ex novo* una sorta di sottosistema positivo.

Ma a parte questa notazione, ciò che ovviamente non convince è l’eterogeneità della soluzione proposta da WOHLLEBEN, che attinge un po’ da tutte le teorie che più sopra studiate, inserendole nell’unico “calderone” del bilanciamento, il quale, peraltro, avrebbe la funzione di operare sul piano dell’illiceità, non certo su quello della colpevolezza, al cui ambito tuttavia parrebbero più propriamente inerire alcuni dei criteri appena visti, primo fra tutti il tema dell’esigibilità.

Anche HANS KUDLICH, in quello che sinora è senza dubbio il più completo contributo sul tema delle azioni professionalmente condizionate, parte dichiaratamente da un approccio composito.³⁰⁹ Preliminarmente, viene sgombrato il campo da una – a suo dire – troppo facile conclusione: la molteplicità di regole che disciplinano le condotte professionali, nei più disparati settori e ai più differenti livelli nel sistema delle fonti, valgono genuinamente solo per il contesto in cui nascono e cui si riferiscono, sicché non possono essere trasportate, *sic et simpliciter*, in ambito penalistico, onde segnare il confine del lecito³¹⁰, ancorché non se ne possa negare, ove pertinenti, l’indubbia efficacia ausiliaria.³¹¹ In particolare,

³⁰⁶ *Ivi*, p. 134.

³⁰⁷ *Ivi*, p. 159 e ss..

³⁰⁸ *Ivi*, p. 169 e ss..

³⁰⁹ *Id.*, *Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten*, cit., p. 20.

³¹⁰ *Ivi*, alle pp. 217 e ss.; nonché a p. 240, ove l’autore puntualizza: «In linea di massima si potrebbe tener per fermo che alla mancata violazione di divieti extrapenali corrisponde a stento un’anticipata valutazione per ciò che concerne la questione della punibilità, mentre la positiva osservanza di analoghe prescrizioni extrapenali può essere di ben maggior significato». Il che, si badi, è perfettamente assentibile, ma forse, al tempo stesso, altrettanto ovvio. È infatti palese che, nell’interpretazione del divieto penale, non assuma alcun rilievo il fatto che non siano infrante proibizioni d’altro genere, sempre che non si acceda all’idea che l’*Unrecht*, l’illecito penale, postuli costitutivamente anche la simultanea violazione di precetti extrapenali. È invece di grande interesse che una norma non penale, che agisca in direzione convergente – ancorché non necessariamente secondo la logica del conflitto –, facultizzi o addirittura prescriva il comportamento penalmente tipico.

³¹¹ *Ivi*, p. 23.

«l'ipotesi di una non punibilità non dovrebbe automaticamente condurre a ciò, che il comportamento agevolatore sia anche positivamente da inquadrare come conforme al diritto (e perciò anche civilmente o costituzionalmente non interdittibile)»³¹².

Di più: la maggior parte dei precetti del *Kernstrafrecht* si rivolgerebbe a chiunque, ossia al cittadino considerato in quanto tale e non già per il mestiere eventualmente svolto. Certo, non potrebbe negarsi che, quando in tali divieti incappi anche l'attore professionale, il suo particolare stato possa assumere una qualche rilevanza. Ma, in ogni caso, non in quanto tale, bensì soltanto se inquadrabile sotto un principio generale di esclusione della pena o di mitigazione della risposta sanzionatoria.³¹³

Sulla base di queste considerazioni introduttive, KUDLICH organizza un sistema di imputazione oggettiva assistito da correttivi, in cui il meccanismo base, però, è pur sempre quello della creazione di un rischio vietato per il bene giuridico, seguito dalla sua concretizzazione nell'evento tipico. Pertanto, non può escludersi l'utilizzo di riflessioni fondate sul decorso alternativo ipotetico degli accadimenti, quantomeno onde asserire che, di regola, le prestazioni cc.dd. "neutrali" implicano un reale aumento del rischio, consistente nel fatto che «l'autore ha *effettivamente* ricevuto la prestazione necessaria, mentre modalità alternative di procurarsela potrebbero in ogni caso far emergere delle difficoltà imprevedute»³¹⁴.

³¹² *Ivi*, p. 240. Anche in questa asserzione può notarsi una certa inversione dei termini del problema che ci affatica. In quest'ottica, infatti, non è tanto rilevante riaffermare la funzione sussidiaria dell'intervento penale, quanto piuttosto indagarne i collegamenti con l'ordinamento giuridico complessivo, onde ricavarne argomenti in ordine alla possibilità di attribuire alle azioni quotidiane o professionali la doppia qualifica di condotte lecite sebbene penalmente tipiche.

³¹³ H. KUDLICH, *Die Unterstützung fremder Straftaten*, cit., *passim*, ma in partic. le pp. 35-36 e 65, dove l'autore propone i seguenti esempi: il tassista risponde di omicidio colposo o di guida in stato di ebbrezza esattamente al pari del *quisque de populo*; il commerciante che inganna il cliente sulla qualità della merce può parimenti rispondere di truffa; così, il medico che alteri i dati di una cartella clinica può commettere un falso documentale. Tuttavia, a parte la notazione che gli esempi addotti appaiono un po' "fuori tema", in quanto incentrati su ipotesi di responsabilità monosoggettiva, potrebbe sulla stessa linea parimenti replicarsi: il fatto che in alcuni casi lo statuto giuridico dell'attore professionale coincida con quello del comune cittadino, non significa che ciò accada in tutti. Si supponga infatti che il tassista, nello stesso istante in cui si accorga di una persona in pericolo sul ciglio della strada, riceva la chiamata per un'altra corsa: il mancato immediato avviso all'Autorità integra omissione di soccorso?

³¹⁴ *Ivi*, p. 449.

(a) Un primo correttivo è il seguente: non può rispondere penalmente chi abbia semplicemente contribuito alla produzione dell'oggetto materiale del reato o alla formazione del bene giuridico protetto. Ad esempio: gli operatori bancari che collaborino all'investimento del danaro di un cliente, non si rendono, per ciò solo, complici nell'evasione delle imposte sui profitti commessa da quest'ultimo. Il contributo all'insorgenza di una pretesa erariale non può essere equiparato ad una partecipazione alla sua elusione.³¹⁵

(b) In secondo luogo, il fatto tipico obiettivo neppure potrebbe dirsi integrato quando il comportamento dell'attore professionale consista unicamente nell'omettere una variazione rispetto al suo modo d'agire uniforme e consueto. Ad esempio: l'offerta di beni o servizi attraverso distributori automatici o la semplice messa a disposizione di infrastrutture fruibili da un numero indefinito di persone reca senz'altro con sé il rischio che taluno ne possa abusare per scopi criminosi, ma l'utilità sociale di cui tali prestazioni sono intrinsecamente dotate osterebbe comunque alla configurabilità di un dovere di interromperle, ancorché a beneficiarne sia il delinquente, anziché l'onesto cittadino.³¹⁶

(c) Una complicità psichica, poi, dovrebbe ritenersi generalmente esclusa, essendo l'azione "neutrale" normalmente priva della necessaria "significanza espressiva", consistendo essa non già in «un rafforzamento istigatorio dell'autore, bensì nell'esercizio dell'attività professionale»³¹⁷.

(d) Un correttivo di natura soggettiva, infine, risiederebbe nella più volte indicata distinzione tra dolo diretto e dolo eventuale. Se chiunque svolga un mestiere o una professione dovesse rispondere anche solo per aver dubitato, in generale, del possibile e remoto utilizzo delittuoso della propria prestazione, allora la libera esplicazione di qualsivoglia attività umana, pur garantita sulla carta costituzionale, sarebbe di fatto irrimediabilmente conculcata. Opposte, però, dovrebbero essere le conclusioni – tratte sulla base del principio di affidamento³¹⁸ – laddove il dubbio dell'agevolatore si appunti su di un indizio concreto e specifico circa l'attuale e prossimo impiego criminoso dello strumento fornito o del contri-

³¹⁵ *Ivi*, p. 450.

³¹⁶ *Ivi*, p. 451.

³¹⁷ *Ibidem*.

³¹⁸ Cfr., *retro*, nota 271.

buto prestato. Solo tramite questo doppio giuoco di regole ed eccezioni potrebbe realizzarsi l'ottimo bilanciamento fra protezione dei beni giuridici e libertà individuali.³¹⁹

Le considerazioni sopra svolte in merito all'opera di WOHLLEBEN, possono essere sostanzialmente riprodotte per il lavoro del KUDLICH, senza mancare di sottolineare, da un lato, la maggiore profondità e raffinatezza di quest'ultimo e, dall'altro, la strisciante presenza al suo interno di alcune incongruenze che ci riproiettiamo di indicare nel prosieguo.

IV. Teoria dell'adeguatezza professionale. – Per molti versi eclettica, costituisce a nostro avviso un perfezionamento ed al tempo stesso un superamento delle teorie dell'imputazione oggettiva l'impostazione che ravvisa nel corretto svolgimento del proprio mestiere, professione o comunque del proprio ruolo giuridicamente riconosciuto³²⁰ una vera e propria causa di giustificazione. Nonostante i fautori di questa prospettiva facciano talvolta esplicito riferimento alla nomenclatura dell'imputazione oggettiva, pare quindi opportuno seguire anche questa volta la classificazione di HILLENKAMP, che – per l'appunto – le riconosce invece un ambito autonomo³²¹.

Fra i primi a richiamarsi all'idea di "*Rechtfertigungsgrund*" è stato Klaus VOLK, il quale ha altresì precisato che si tratterebbe di una scriminante tutta particolare, in quanto dipendente dalla forma di dolo di cui è rivestito, in concreto, il contributo agevolatore. In un saggio concernente il rischio penale dell'avvocato e del notaio³²², VOLK ritiene infatti insufficiente lo stato di dubbio del professioni-

³¹⁹ Ivi, p. 458 e ss. e in particolare p. 460, dove l'autore, espressivamente, considera: «Può essere assolutamente chiaro se il cliente di turno voglia *pugnalar* la vittima *con il coltello venduto* (o ammazzarla in altra maniera), *forzare* la porta *con il cacciavite venduto* (o entrare nella casa per altra via) commettere una truffa proprio al termine di *questa* corsa in Taxi (o un altro giorno)».

³²⁰ Si pensi al debitore che saldi i propri debiti o all'imputato che eserciti i propri diritti in sede processuale.

³²¹ T. HILLENKAMP, *32 Probleme aus dem Strafrecht*, cit., p. 162. Sul pensiero di HASSEMER, si v. pure L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., pp. 301-303, che ne segnala una possibile deriva in senso discriminatorio, giusta l'asserita funzionalità della stessa a costituire "sacche di privilegio": ma, sul punto, si v. invece *infra*.

³²² K. VOLK, *Zum Strafbarkeitsrisiko des Rechtsanwalts bei Rechtsrat und Vertragsgestaltung*, in *BB*, 1987, pp. 139-145.

sta. Laddove questi agisca, magari mediante la formazione o la stipula di contratti, anche a costo di rendere possibile la commissione di un reato da parte del proprio mandante, ma senza che di tale eventualità possieda la soggettiva certezza, allora sarà certo possibile verificare un incremento del rischio di violazione della norma penale, ma si tratterà di un rischio lecito, non giuridicamente disapprovato, perché il comportamento del legale risulterebbe normativamente giustificato.³²³

Le norme da cui desumere tale effetto esimente sarebbero rinvenibili nello statuto di categoria dell'agente, fra le prescrizioni che, più adeguate al caso di specie, ne regolano dettagliatamente lo *status*.³²⁴

Punto di partenza delle riflessioni di Winfried HASSEMER sono invece alcune tipiche ed usuali operazioni bancarie (trasferimento di capitali all'estero, apertura di un doppio conto corrente, pagamento in contante di assegni da accreditare, transazioni effettuate sotto la copertura di una semplice operazione di sportello, etc.)³²⁵, le quali oggi, giusta il ruolo attivo che le banche hanno progressivamente assunto per via della legislazione antiriciclaggio, finiscono per incappare sempre più spesso nelle maglie della complicità penalmente rilevante (in evasione fiscale, ad esempio)³²⁶.

Sinora – spiega l'insigne autore – la dottrina ha ricercato principalmente sul piano dell'elemento soggettivo la ragione della non punibilità delle azioni neutrali. Ma in questo modo la “scusa” arriverebbe troppo tardi.³²⁷ Il diritto penale di

³²³ «Non solo fa parte del rischio professionale dell'avvocato il fatto di vivere col pensiero di questo pericolo, ma è suo dovere professionale mettere in guardia contro questo rischio di conseguenze penalmente rilevanti ed è suo diritto tuttavia continuare, se del caso, la propria attività» (K. VOLK, *op. cit.*, p. 145). Sotto il punto di vista indicato nel testo, la dottrina di VOLK appare pertanto anche un'evoluzione della teoria della non punibilità per dolo eventuale.

³²⁴ VOLK cita ad esempio il § 45 dell'ordinamento federale forense (BRAO) e il § 14 dell'ordinamento federale notarile (BNotO).

³²⁵ W. HASSEMER, *Professionelle Adäquanz. Bankentypisches Verhalten und Beihilfe zur Steuerhinterziehung*, in *Wistra*, 1995, pp. 41-46 (in 2. Heft) e pp. 81-87 (in 3. Heft).

³²⁶ «Il legislatore, tramite le prescrizioni sul riciclaggio, ha posto un nuovo accento sul rapporto delle banche con la criminalità e con il diritto penale. Le banche passano da una posizione passiva ad una attiva» (W. HASSEMER, *Professionelle Adäquanz*, cit., p. 41).

³²⁷ Particolarmente bello l'esempio addotto: se taluno trova un portafogli, in cui, insieme a documenti personali, sono contenute le chiavi di un appartamento e, prima di consegnare il tutto all'ufficio oggetti smarriti, si cura di far fare un doppione delle chiavi presso la più vicina ferramenta, per poi andare a sva-ligiare l'abitazione del distratto malcapitato, l'operaio che ha realizzato la copia delle chiavi non risponde

uno stato di diritto è diritto penale del fatto e pertanto il presupposto ultimo di ogni addebito deve necessariamente essere ricercato sul piano obiettivo.

In quest'ottica, di assoluto pregio sono i risultati pratici cui conduce l'idea dell'adeguatezza sociale dell'azione, la quale, come diamante grezzo (*ungeschliffener Diamant*), deve soltanto essere raffinata sul piano metodologico, onde ricondurne l'afflato materiale entro i confini della normatività.

Se ci si limitasse all'aspetto "sociale", infatti, tutto quell'insieme di "norme" favorevoli all'agente che ne descrivono specificamente la posizione e il ruolo resterebbero astratte ed inoperanti. Il problema è allora quello di conciliare l'impersonalità, l'ubiquitarietà (*ubiquitär geltend*), che necessariamente, già per ragioni costituzionali, caratterizza la norma penale con la specificità e la dipendenza dal caso concreto delle norme che si riferiscono al gruppo sociale di appartenenza.

Scrive HASSEMER:

«Di conseguenza, si progredisce lungo la via di una dottrina dell'adeguatezza normativamente determinata solo se si differenziano gli ambiti dell'agire adeguato e se poi li si reintroduce nuovamente all'interno del concetto giuridico ubiquitario di illecito: quando, cioè, la dogmatica penalistica della complicità, che – in quanto penalistica – può valere soltanto ubiquitariamente e in maniera uguale per tutti, venga rapportata ai diversi ambiti delle norme sociali.

Concretamente ciò significa che da una un'adeguatezza "sociale" si deve passare ad una adeguatezza "settoriale" (*regional*), "professionale"».³²⁸

Il caso più chiaro ed emblematico, a questo proposito, è quello dell'avvocato accusato di *Strafvereitelung*. Poiché la professione legale è riconosciuta e garantita in qualsiasi stato di diritto, il difensore che si mantenga nell'ambito del suo compito istituzionale, va esente da pena, anche quando, oggettivamente (*i.e.* dal punto di vista causale, naturalistico), realizzi gli estremi della fattispecie. Lo stesso vale, peraltro, per la figura del medico o per il titolare di un ufficio pubbli-

di nulla. Ma ciò non tanto in ragione del fatto che non conosceva i propositi criminosi altrui, bensì per il semplice motivo che egli si è limitato a svolgere il proprio onesto lavoro, che – come tale – è riconosciuto ed accettato dall'ordinamento (*ivi*, p. 42).

³²⁸ ID., *Professionelle Adäquanz*, cit., p. 81.

co o per chi aderisca ad uno sciopero, essendo questo un istituto regolato dal diritto del lavoro.

L'apprezzamento per la teorica in esame vorrebbe essere massimo, visto che essa coglie – sia pure senza esplicitarlo – il nucleo essenziale del problema delle azioni “quotidiane”, vale a dire la diversa entità di rischio penale incombente sul soggetto agente a seconda del ruolo professionale o sociale rivestito. Restano però le perplessità suscitate, perlomeno nella versione dello HASSEMER³²⁹, dall'indulgenza nell'ammettere, quali regole disciplinanti lo statuto penalistico dell'individuo, anche norme di fonte extrapositiva, informale, addirittura extragiuridica.³³⁰ Ciò è probabilmente il frutto sia di una carenza legislativa di cui, rispetto al nostro, è affetto il codice penale tedesco, sia dell'esigenza – pratica – di disporre di *leges professionis* il più possibile duttili ed adattabili al caso di specie.

§ 13. Tesi: teorie oggettive formali.

Con la nomenclatura di teorie oggettive formali intendiamo riferirci a quelle metodiche che, sviluppatesi in Italia piuttosto che oltr'alpe per le ragioni che chiariremo, cercano di dare risposta al problema equitativo posto dalle cc.dd. azioni “neutrali” mediante l'interpretazione sistematica delle norme presenti nell'ordinamento giuridico, rifuggendo al tempo stesso dalla tentazione di desumere il carattere di una condotta dalle sfumature dell'atteggiamento soggettivo di chi l'ha posta in essere.

I. Gruppi sociali, soggetti penalmente deboli, principio di ragionevolezza e “bisogno di differenza”³³¹. – La questione equitativa sollevata dalle condot-

³²⁹ Da questo punto di vista, l'impostazione di Klaus VOLK appare ben più rigorosa, poiché dotata di un grado di formalismo sensibilmente più elevato.

³³⁰ «Queste regole di condotta sono tipicamente di origine non giuridica e comunque non penalistica»; e ancora: «Se queste regole siano state poste in vigore per iscritto, formalmente, oppure tramandate oppure se esse valgano solo informalmente, è del tutto indifferente» (W. HASSEMER, *Professionelle Adäquanz*, cit., p. 82).

³³¹ L'espressione è di V. ONIDA, *Ragionevolezza e “bisogno di differenza”*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Giuffrè, Milano 1994, p. 253 e ss..

te oggetto del presente studio è legata alla disparità di rischio penale incombente sull'agente concreto a seconda del gruppo sociale di appartenenza.³³²

Ora: la proliferazione di gruppi di interesse e di formazioni di vario genere³³³, il pullulare dell'associazionismo di categoria³³⁴, la frantumazione della classe in cerchie comunitarie di minor raggio³³⁵, la divisione del lavoro per figure altamente specializzate³³⁶ è la comune constatazione di chiunque abbia analizzato il passaggio dallo Stato borghese, con la sua monolitica società monoclasse³³⁷, a quello democratico-sociale contemporaneo.

A fronte di questa vasta differenziazione dei compiti e delle condizioni personali, tuttavia, si ergono ancora, beffarde, le vecchie fattispecie coniate in epoca liberale. Spesso ampie ed uniformanti, l'applicazione giurisprudenziale le aveva confinate, in un primo tempo, alla repressione delle condotte dei soggetti "marginali" o "devianti". Oggigiorno, invece, il loro raggio d'azione si estende fino a colpire le categorie centrali del sistema produttivo e sociale, i soggetti "normali",

³³² Sul concetto e la distribuzione del "rischio penale", F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Il Mulino, Bologna 1990, *passim* e, per il tema qui specificamente trattato, p. 9 (ove si afferma: «Emerge così un nuovo particolarismo giuridico-penale, ove lo statuto penale di un individuo varia in relazione al ruolo, gruppo, categoria a cui l'individuo stesso appartiene») e p. 32 («Statuti penali differenziati in continua trasformazione: perché si tratta di una comunità policentrica e neocorporativa, dove manca una forte volontà dominante, eticamente legittimata, che trascina le componenti sociali verso il bene comune»).

³³³ Sul tema, G. BOGNETTI, *Lo stato e i gruppi di interesse negli ordinamenti borghesi*, Giuffrè, Milano 1998, in partic. pp. 39 e ss., dove l'autore, nel descrivere il passaggio alla formula politica dello stato democratico sociale, insiste sul rinnovato interesse per gli strati più deboli della popolazione.

³³⁴ «Da alcune parti si addita un pericolo di "neofeudalesimo" cui si incorrerebbe negli stati moderni per effetto di formazioni sociali sempre più corporativizzate, invadenti, capaci di condizionare e limitare lo Stato, facendo trionfare interessi particolari che soppiantano l'interesse generale» (A. BARBERA, *Le situazioni soggettive. Le libertà dei singoli e delle formazioni sociali. Il principio di eguaglianza*, in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico. I. Diritto pubblico generale*, Il Mulino, Bologna 1997, p. 296).

³³⁵ Cfr., in tal senso, F. FERRAROTTI, *Dalle ideologie all'individualismo gregario*, in P. ARIÈS, G. DUBY (a cura di), *La vita privata. Il Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 1988, p. 431, ove si discorre del «frantumarsi degli schemi ideologici formali a favore dell'insorgere di esigenze a breve raggio, collegate agli interessi di gruppi sociali differenziati».

³³⁶ Suggestivo l'*incipit* del saggio di H. KUDLICH, *Die Unterstützung fremder Straftaten*, cit., p. 19: «In un moderno sistema economico, modellato attraverso la divisione del lavoro e gli scambi di massa, nessuno vive in modo autarchico. Per la soddisfazione della maggior parte dei bisogni e per la realizzazione della maggior parte dei programmi vengono prese in considerazione prestazioni di terzi che specialisticamente e serialmente forniscono proprio queste attività».

³³⁷ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi, Torino 1992, a p. 35 definisce la società italiana della prima metà del Novecento "monista" e "monoclasse".

prima *stricto sensu* privilegiati, i colletti bianchi, i professionisti, gli imprenditori, i politici e chiunque svolga un mestiere normativamente riconosciuto.³³⁸ Sorge quindi il problema di come sottrarre alla macchina punitiva comportamenti che, ancorché ricadenti nelle maglie di una qualche incriminazione, costituiscano tuttavia l'espressione funzionale tipica di simili figure istituzionali.

Senonché, poiché in una società pluralista i beni giuridici, còlti nella propria dimensione deontica di principi di tutela, stanno fra loro non già in rapporto di gerarchia, cioè di “secca” prevalenza – giacché questo si addice alle sole regole³³⁹ –, bensì in relazione di competenza per sfere di vigenza, oggi non si danno più così frequentemente casi di illiceità intrinseca o a s s o l u t a del comportamento e diviene fondamentale, piuttosto, vagliare l'eterodossia r e l a t i v a di una condotta, il suo disvalore d'azione rispetto ad un *genus* di appartenenza, marcato per settori d'attività.³⁴⁰

³³⁸ Si tratta di un'estensione particolarmente evidente nel cd. diritto penale dell'economia, ove l'ampliamento dell'area di rischio avviene per via legislativa, attraverso la moltiplicazione “impazzita” di provvedimenti eterogenei e contingenti: si v. F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, cit., p. 64 e ss.. Nel campo dei delitti oggetto delle nostre riflessioni (concorso esterno, favoreggiamento, ricettazione – non, però, riciclaggio), invece, la dilatazione delle “zone grigie” è più che altro il frutto di un rinnovato rigorismo giudiziale, non più disposto a “risparmiare” i soggetti appartenenti ai ceti socialmente “protagonisti”, apprestando loro sfere di sostanziale immunità. Sul concetto di “normalità” degli autori nel diritto penale odierno, cfr. altresì M. DONINI, *La sintassi del rapporto fatto/autore nel progetto “Grosso”*, in AA.VV., *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul progetto Grosso*, a cura di A. M. Stile, Jovene, Napoli 2003, p. 60 e ss..

³³⁹ Doveroso il riferimento a R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio* (1977), ed. it. a cura di Giorgio Rebuffa, Il Mulino, Bologna 1982, p. 93 e ss.. Inoltre, sul concetto di principio come aspetto normativo di un interesse o di un bene, cfr., *ivi*, alla p. 177: «Un argomento di principio si fissa su qualche interesse presentato da chi sostiene il diritto che esso descrive, un interesse che si ritiene abbia caratteristiche tali da rendere inopportune le discriminazioni basate su argomenti di politica». La questione se tra principi possa darsi una relazione gerarchica in senso stretto costituì un punto di vivace diatriba in occasione del seminario tenutosi a Palazzo della Consulta nel 1992, in particolare tra il professor FOIS e il professor ZAGREBELSKY. Quest'ultimo sostenne, in risposta al primo, che, concretizzandosi i principi solo a contatto col caso concreto, fra essi non è concepibile una gerarchia in senso tradizionale: cfr. G. ZAGREBELSKY, *Su tre aspetti della ragionevolezza*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza*, cit., p. 179 e ss..

³⁴⁰ Nell'ambito tematico della colpa e in quello della colpevolezza sono risultati acquisiti: la figura dell'*homo eiusdem professionis* e la sua proiezione normativa – le *leges artis* – costituiscono i parametri cui ancorare la misura di diligenza oggettiva richiesta nell'adempimento di doveri precauzionali o informativi. Si vedano rispettivamente, al riguardo, G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Giuffrè, Milano 1965, p. 194: «quel che conta, invero, è il fatto che una persona abbia agito come membro di un determinato gruppo sociale» e Corte Cost., sent. n. 364 del 1988, § 28: «in evitabile, rimproverabile ignoranza della legge penale versa chi, professionalmente inserito in un determinato campo d'attività, non s'informa sulle leggi penali disciplinanti lo stesso campo». Sulla diffusione in tutto il sistema dei modelli di responsabilità differenziati e di reati a contesto di base lecito, si veda il dettagliato resoconto di M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*,

Altrimenti, in assenza di una tale opera di differenziazione del trattamento penale, in mancanza di una simile strutturazione di appropriati modelli di responsabilità, la norma incriminatrice finirebbe per concretizzarsi sul capo dei soggetti più “deboli”, quelli più esposti al rischio penale, con una frequenza effettivamente intollerabile e, quel che più conta, giuridicamente irragionevole.³⁴¹

In sostanza:

«(m)entre prima si chiedeva al diritto di parificare, di trattare tutti allo stesso modo, di non discriminare, di eliminare le differenze di *status*, di regimi personali etc., adesso si chiede al diritto di realizzare delle disparità giuridiche al fine di realizzare l’eguaglianza sostanziale o di ridurre le differenze di fatto»³⁴².

Al volto severo di un’eguaglianza rigorosamente formale, che non ammette distinzioni di sorta, deve affiancarsi quello, più mite, di un sistema penale ispirato al carisma benigno dell’equità, tramite il cuneo della ragionevolezza.

Così, ad esempio l’avvocato, che è soggetto debole riguardo al reato di favoreggiamento personale, perché costantemente a contatto con soggetti indagati o associazioni criminali, per ragioni per così dire istituzionali, perché legate al suo compito di garanzia di un bene giuridico costituzionale, quale la difesa nel processo, dovrebbe poter godere di uno statuto penalistico differenziato rispetto al *quisque de populo*.

Così, il giornalista, particolarmente esposto al rischio di incorre nelle previsioni dei delitti contro l’onore, dovrebbe esser destinatario di un trattamento ap-

Giuffrè, Milano 2004, p. 104 e ss..

³⁴¹ Infatti, se una norma incriminatrice non può essere incostituzionale per irragionevole esclusione dal novero dei destinatari di alcuni soggetti, giusta ovviamente il principio di legalità (cfr., in tal senso, G. INSOLERA, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale. Vol. I*, a cura di G. INSOLERA, N. MAZZACUVA, M. PAVARINI, M. ZANOTTI, 2^a ed., Giappichelli, Torino 2001, p. 291) essa rimane tuttavia sicuramente censurabile per irragionevolezza “intrinseca”, ossia per disparità di trattamento “fra” i destinatari, quando il suo dettato, eccessivamente indeterminato, spieghi un effetto talmente lato da parificare situazioni soggettive affatto difformi. Sui rapporti tra ragionevolezza e determinatezza del precetto penale, V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Giappichelli, Torino 2005, p. 240, ove si riconosce come intuitivo che la garanzia di uniformità del trattamento di casi concreti sia «direttamente proporzionale al coefficiente di determinatezza della fattispecie», nonché ID., *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it dir. e proc. pen.*, 2007, pp. 739-789, spec. p. 755 e ss.. Sul tema cfr. anche A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Giappichelli, Torino 1999, p. 267 e ss..

³⁴² Così, V. ONIDA, *Ragionevolezza e “bisogno di differenza”*, cit., p. 254.

propriato, senza che ciò trasformi il diritto di cronaca in un regime privilegiato rispetto alla comune e libera manifestazione del pensiero.

Così, l'imprenditore dovrebbe poter conoscere preventivamente i canoni comportamentali di categoria, cui uniformarsi dinanzi alle pressanti insinuazioni delle associazioni criminali.

Eppure, l'interprete dispone soltanto degli antichi precetti, fattispecie costruite a mo' di peccato più che di reato, divieti generalizzati di una disarmante durezza. Come tradurre allora in termini giuridici formali, *de jure condito*, queste che, così per come poc'anzi esposte, parrebbero di primo acchito niente più che mere esigenze politico-criminali? È a questa domanda cruciale che tenteremo di dare risposta nel corso della prossima sezione.

II. La “neutralità” della condotta quale limite ermeneutico di applicazione dell'art. 51 c.p.. I ruoli giuridici scriminanti. – Molto probabilmente, all'origine delle varie opzioni teoriche “soggettive” o “materiali” sbocciate in seno alla letteratura tedesca nel secolo appena trascorso, sta una carenza legislativa: nel codice penale tedesco è infatti assente, siccome lo era nel codice regio del 1871, una norma analoga alla causa di giustificazione prevista all'art. 51 del nostro codice. Ciò ha appunto indotto, colà, ad elaborare altri meccanismi risolutivi di quell'apparente conflitto che si delinea ogniqualvolta alla norma penale se ne opponga un'altra con previsione prescrittiva o facultizzante: il bilanciamento di interessi, l'adeguatezza sociale dell'azione, il rischio consentito, etc..³⁴³

Oggi, però, anche in Germania, giusta una coscienza giuridica più evoluta e più attenta alle garanzie formali, si avverte una sensibile tendenza ad orientare il giudizio sul disvalore della condotta a parametri più strettamente giuridico-positivi, quando non addirittura ad appuntarlo esplicitamente ad una causa di giustificazione, purtroppo senza nome né rubrica. In questo senso vanno letti: i frequenti

³⁴³ Chiara intuizione di ciò esprime I. CARACCIOLI, *L'esercizio del diritto*, Giuffrè, Milano 1965, sin dall'introduzione, a pag. 1 e ss., nonché alle pp. 186 e ss.. Si veda anche A. LANZI, *La scriminante dell'art. 51 c.p. e le libertà costituzionali*, Giuffrè, Milano 1983, il quale, discorrendo dell'esperienza giuridica tedesca, afferma a p. 19, che la mancata introduzione di una scriminante dedicata all'esercizio di un diritto, in sede di riforma della parte generale, «si inquadra in una ormai ben delineata tradizione giuridica di quel Paese, secondo la quale, dal principio fondamentale dell'unità dell'ordinamento giuridico, discende il significato unitario dell'antigiuridicità».

richiami, ancorché non elevati alla dignità di criteri determinativi, che FRISCH dedica alla conformità al diritto della situazione creata (*die Schaffung eines als solchen rechtskonformen Zustands*)³⁴⁴; la constatazione di WOHLLEBEN che le cause di giustificazione costituiscono le fondamenta su cui è edificato il concetto di rischio consentito, che a sua volta è la condizione di operatività di ogni meccanismo di imputazione, compreso quello del bilanciamento³⁴⁵; il lungo indugiare di KUDLICH, pur con esiti negativi, sulle norme di categoria come possibili strumenti di concretizzazione dei precetti (interdittivi o autorizzatori) di rischio penale³⁴⁶; i raffinati tentativi di VOLK e HASSEMER di ricondurre in un alveo normativo l'adeguatezza sociale dell'azione³⁴⁷. E si potrebbe continuare.

Il genio penalistico italico, d'altro canto, e non solo perché forte della presenza di una simile esimente, ha sempre opposto un fiero ripudio a concezioni che, quantomeno sotto mentite spoglie, non sembrassero più che ossequiose rispetto al canone della riserva assoluta di legge ed ha abitualmente mantenuto livelli più elevati di formalismo.³⁴⁸

E tuttavia ha costantemente interpretato la norma *de qua* in maniera scissa e, per dir così, un po' asettica: ha cioè sempre ricondotto l'effetto scriminante, alternativamente, o all'esercizio di un diritto o all'adempimento di un dovere. Mai ha provato ad immaginarne – per quanto ci consta – l'operatività congiunta.³⁴⁹

Eppure, pare proprio che la giurisprudenza qui esaminata nel corso del primo capitolo, allorché indagammo una seconda ragione di indifferenziazione – e

³⁴⁴ W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, cit.: ad es. p. 299, p. 302.

³⁴⁵ M. WOHLLEBEN, *Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen*, cit., p. 117, u.cpv..

³⁴⁶ H. KUDLICH, *Die Unterstützung fremder Straftaten*, cit., p. 436 e ss..

³⁴⁷ Cfr. *retro*.

³⁴⁸ Tale formalismo si espresse talora ipotizzando limiti scriminanti di natura consuetudinaria (P. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale* (1947), rist. Cedam, Padova 1972, p. 149: «Fissato come criterio inderogabile di individuazione delle fonti giuridiche quello della conoscibilità oggettiva non è possibile prendere in esame altri limiti legislativi se non quelli che hanno il loro fondamento nella consuetudine o nella struttura dell'istituzione»); altre volte ammettendo l'applicazione analogica delle cause di giustificazione codificate (G. VASSALLI, voce *Analogia nel diritto penale*, in *Dig. pen.*, vol. I, 1987, pp. 158 e ss., in partic. p. 169).

³⁴⁹ Si v., nell'ordine, I. CARACCIOLI, *L'esercizio del diritto*, cit., p. 6: «Tralasciando di esaminare, se non per quei riferimenti che di volta in volta saranno necessari, la problematica relativa all'adempimento di un dovere, che è causa di giustificazione del tutto distinta da quella che ci occupa»; A. LANZI, *La scriminante dell'art. 51 c.p.*, cit., *passim*; D. PULITANÒ, voce *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere*, in *Dig. pen.*, vol. IV, Utet 1990, pp. 320 e ss., *passim*.

quindi di spersonalizzazione – del trattamento penale, avesse a che fare con un tal genere di casi. Pare, cioè, che i soggetti, imputati nelle singole vicende concrete, alle volte (il più delle volte) non semplicemente esercitassero un diritto, ma desidero altresì il giusto adempimento ad un obbligo. Essi erano quindi titolari di un potere-dovere, vale a dire di una funzione, di un ruolo.

Esemplificando: la tutela della salute non soltanto è l'orizzonte del diritto professionale del medico, ma contenuto di un suo preciso dovere. Ciò vale reciprocamente per il diritto di difesa in giudizio rispetto all'avvocato così come per i vicendevoli benefici del lavoro subordinato rispetto alla collaboratrice domestica, per il mandato elettivo rispetto all'uomo politico così come per l'ufficio religioso rispetto al sacerdote del culto cattolico.

Un ruolo, però, questo di cui discorriamo, non già “sociale” o “normativo-sociale”³⁵⁰, bensì un ruolo giuridico, vista l'indubbia giuridicità della coppia diritto-dovere, riconosciuto quindi dal diritto positivo per il tramite di quel fondamentale raccordo fra sistema penale e sottosistemi extrapenali che è l'art. 51 c.p..

Ora: si potrebbe esser tentati di definire tali ruoli come posizioni di garanzia. In senso tecnico, tuttavia, queste sono delle funzioni di presidio di un bene penalmente protetto, onde impedirne la menomazione ad opera di quegli eventi di previsione legale, che la situazione concreta fa ritenere prevedibili ed evitabili, ex art. 43 III comma c.p., adottando le opportune misure preventive. Certo, non si nega che anche nelle situazioni da noi esaminate si possa dare la previsione legale di un evento che il soggetto agente sia *stricto sensu* tenuto ad impedire, in quanto investito di un autentico ruolo di garante.³⁵¹

Tuttavia, anche a prescindere dalle ipotesi in cui un simile evento non sia nemmeno configurabile, la posizione degli agenti, nei casi oggetto del presente studio, non acquista rilevanza in relazione al bene penalmente protetto, ma in re-

³⁵⁰ Espone ampiamente la riflessione sociologica sul tema, L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., p. 350, alla nt. n. 24.

³⁵¹ Si pensi al caso del medico che, ove non si fosse attivato per soccorrere il latitante ferito ad un piede, avrebbe potuto rispondere di lesioni dolose (mediante omissione).

lazione al bene scriminante, a garanzia cioè dell'oggetto giuridico sotteso alla norma esimente.

Il soggetto si è infatti attivato. La contestazione dell'omissione, quindi, non è più in discussione. Si tratta, invece, di giustificare l'indubbia rilevanza giuridica del comportamento attivo, sulla base delle proiezioni normative del potere-dovere di agire che delineano lo statuto giuridico del reo.

L'art. 51 c.p., rianimato grazie al principio di ragionevolezza, di cui quello di personalità rappresenta senza dubbio il primo precipitato in materia penalistica³⁵², consente dunque di istituire un ulteriore, secondo livello di personalizzazione della responsabilità penale e ciò senza peraltro sconfinare nel *mare magnum* delle fonti extragiuridiche e senza sprofondare negli abissi dell'interiorità, ma rimanendo saldamente ancorati all'interpretazione del dato positivo.

Ecco perché, allora, la “neutralità” delle umane condotte potrebbe veramente definirsi come limite ermeneutico di applicazione dell'articolo 51 c.p..

Perché, in tanto una condotta può dirsi usuale (*üblich*), quotidiana (*alltäglich*), professionale (*berufsbedingt*), socialmente adeguata (*sozialädaquat*), in quanto essa si mantenga nei limiti segnati dalle norme cui tale esimente codificata – autentico punto di chiusura dei riverberi sistematici del principio di legalità – rinvia. E si tratterà spesso di norme settoriali, prodotte dalle associazioni di categoria, di norme deontologiche. Ma *nulla quaestio*, perché quest'ultime si stanno emancipando dall'antica essenza di fonti contrattuali interpretate ed assurgono

³⁵² Cfr. V. MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza*, cit., p. 753, ove, discutendo la sentenza della Corte Cost. n. 27 del 2005, intervenuta sulla questione della decurtazione di punti dalla patente di guida, si indica «il principio di personalità come autonomo criterio o autentico *presupposto di ragionevolezza*».

ora al livello di vere e proprie fonti normative.³⁵³ Anzi, esse sono – ogni giorno di più – lo specchio positivo di un nuovo ed irrefrenabile particolarismo giuridico.³⁵⁴

Così il giudice, nella “penombra” della camera di consiglio, nell’opera di bilanciamento cui ogni causa di giustificazione per sua natura affatica, non sarà lasciato solo con i propri giudizi di valore³⁵⁵ o con le proprie intuizioni processuali³⁵⁶, ma disporrà di due poli normativi, due costellazioni apparentemente confliggenti e recanti ciascuna l’attuazione di un principio di tutela mediante un precetto di fonte primaria: da un lato il bene giuridico e la norma penale protettiva, dall’altro il bene scriminante e l’articolo 51 c.p., con il corredo di fonti da questo richiamate in via sussidiaria.

Egli traghetterà dunque ripetutamente dal fatto ad un polo, poi nuovamente al fatto e da questo all’altro polo e così di seguito, finché il caso concreto non risulti irrimediabilmente estraneo a uno dei due, secondo quell’andirivieni a mo’ di circolo che è la cifra autentica di ogni procedimento ermeneutico.³⁵⁷

III. Rilievo conclusivo. – I risultati sin qui acquisiti possono essere conservati solo a patto di un chiarimento metodologico. La dottrina che si è occupata

³⁵³ Così SS.UU. civ., 10 luglio 1997, n. 6254, in *Giust. civ., Mass.*, 1997, p. 1174 e ss., che assai significativamente affermano: «osserva la Corte, nel solco di precedenti sue decisioni, che la delineazione dell’illecito disciplinare (dalla legge ipotizzato con l’uso di espressioni di carattere generale, quali quelle di “fiducia”, di “considerazione”, o di “prestigio dell’ordine giudiziario”, caratterizzate dall’ampiezza e dall’indeterminatezza del loro significato) lascia all’interprete un ampio margine di valutazione nell’adattamento della previsione legale al caso concreto e rende possibile l’utilizzazione anche di fonti normative accessorie, tra le quali le circolari ministeriali ed i c.d. codici deontologici, che contribuiscono a determinare il concreto contenuto sia precettivo che sanzionatorio delle norme generali».

³⁵⁴ Stimolante la lettura di G. PIEPOLI, *Autodisciplina professionale e codici deontologici: una prospettiva europea*, in AA.VV., *Quaderni di diritto privato europeo*, a cura di A. Jannarelli, G. Piepoli, N. Scannicchio, Cacucci, Bari 1998, pp. 85-116. Si v. altresì F. SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, p. 1193 e ss., ove è detto, a pag. 1199: «*Il diritto penale diventa deontologia*»; nonché M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale*, cit., spec. cap. VI, ove si evidenzia il carattere “poli-centrico” – non più gerarchico piramidale – del nuovo sistema delle fonti.

³⁵⁵ Come sarebbe, invece, secondo l’idea del bilanciamento di interessi privi di una veste normativa certa.

³⁵⁶ Secondo l’irrazionalismo cui tipicamente conduce l’adesione ad un’interpretazione soggettiva del comportamento agevolatore.

³⁵⁷ Sul significato emblematico dell’ermeneutica giuridica, nel grande cerchio delle “scienze dello spirito”, H. G. GADAMER, *Verità e metodo* (1960), tr. e cura di G. Vattimo, Bompiani, Milano 1983, spec. pp. 376 e ss.; spiega il concetto di circolo ermeneutico, tra gli altri, O. DI GIOVINE, *L’interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Giuffrè, Milano 2006, p. 160 e ss..

del tema delle azioni “neutrali” ha spesso accomunato, nell’inventario della relativa casistica, condotte espressive di un determinato mestiere o di una certa attività professionale ad altre, pur sempre dotate del carattere della quotidianità, dell’usualità, ma tenute dal comune cittadino.³⁵⁸

Ciò è stato possibile a costo di un fraintendimento. La condotta del *quisque de populo*, che la realizzi in quanto tale e non già in esplicazione dell’attività eventualmente svolta, può certo andare esente da pena, ma se ciò accada sarà in conseguenza della sua esiguità lesiva, della sua innocuità, che non consente – ove ragionevolmente inteso – di ritenere integrato nemmeno il fatto tipico obiettivo della norma penale astrattamente applicabile, sicché il problema è risolto al livello di quella categoria dogmatica che esprime il requisito minimo della rilevanza penale (il *Tatbestand*, appunto). La questione sarà allora correttamente inquadrata nella cornice del principio di offensività.

Al contrario, di azioni “neutrali” pare possa unicamente parlarsi, in senso proprio, quando esse risultino professionalmente condizionate, manifestandosi come corretto svolgimento di un ruolo riconosciuto dal diritto.

³⁵⁸ Si pensi al caso di chi scrive la tesi di dottorato per conto di altri o a quello di chi coltivi rose in giardino che altri sottragga per commettere una truffa con promessa di matrimonio: cfr. M. WOHLLEBEN, *Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen*, cit., p. 8 e p. 9 (sono i *Fälle* 17. e 32.).

