

COMPARTECIPAZIONE PSICHICA E DOMINIO
SUL FATTO: UNA PROPOSTA *DE IURE CONDITO*
E *DE IURE CONDENDO*



Roberto D'Andrea *

SOMMARIO 1. Il concorso morale ed i principi fondamentali in materia penale. – 2. Il problema della causalità psichica: cenni. – 3. Un esempio delle possibili insidie legate al concorso morale: la vicenda relativa alla c.d. 'trattativa Stato-mafia'. – 4. La *pars construens*: il recupero – con conseguente inevitabile adattamento – dei principi fondamentali in materia penale. – 4.1. L'idoneità del condizionamento. – 4.2. Il legame col fatto di reato e la 'quota di controllo' sul medesimo. – 5. Breve spunto di diritto comparato: l'ordinamento tedesco. – 6. Conclusione.

1. Il concorso morale ed i principi fondamentali in materia penale

L'istituto del concorso morale¹ nel reato tradisce subito – già col suo *nomen omen* – il proprio carattere fondante: trattasi di una connotazione marcatamente

* Perfezionando nella Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa

¹ Su cui si richiamano, in via generale e senza pretesa di esaustività, BIANCHI M., *La "complicità" mediante condotte quotidiane. Apparente neutralità, psichica connivenza, adeguatezza sociale, ruolo istituzionale*, in *Indice penale*, 2009, p. 37 ss.; BILLI M., *La causalità psichica nei reati colposi. Il caso del processo alla Commissione Grandi Rischi*, Aracne Editrice, Roma, 2017; BRUNELLI D., *Spunti di riflessione su interazione psichica e tentativo*, in BRUNELLI D.-CANESTRARI S.-BASILE F. (a cura di), *Studi in onore di Franco Coppi*, I, Giappichelli, Torino, 2011, p. 47 ss.; BRUSCO C., *Il principio di precauzione nell'ordinamento penale. La causalità psichica*, in *Il Foro Italiano*, 2017 (n. 2), p. 224 ss.; CALLIERI G.-FLICK G.M., *I comportamenti indotti: aspetti psichiatrici e giuridici*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1973, p. 800 ss.; CASTALDELLO C., *Condotte di tipo comunicativo ed eventi di natura psichica: l'accertamento della causalità in mancanza di leggi scientifiche di copertura*, in *Indice penale*, 2016, p. 435 ss.; ID., *Fattispecie "ad evento psichico". In particolare, le ipotesi di corruzione, concussione e di induzione indebita a dare o promettere utilità: davvero possibile tracciare un discrimen definitivo?*, in *Rivista trimestrale di diritto penale economico*, 2016, p. 65 ss.; CINGARI F., *Causalità psichica e massime di esperienza: un modello differenziato di causalità?*, in *Diritto penale e processo*, 2009, p. 767 ss.; CORNACCHIA L., *Il problema della causalità psichica rispetto ai condizionamenti mentali*, in CANESTRARI S.-FORNASARI G. (a cura di), *Nuove esigenze di tutela nell'ambito dei reati contro la persona*, Zanichelli, Bologna, 2001, p. 187 ss.; CORVI A., *Regole di esperienza e prova del concorso morale dei vertici dell'associazione mafiosa nei delitti commessi dagli altri sodali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2006, p. 782 ss.; DEL RE M.C., *Modellamento psichico e diritto penale: la tutela penale dell'integrità psichica*, in *Giustizia penale*, 1983 (n. 2), p. 169 ss.; DE FRANCESCO G.-PIEMONTESE C.-VENAFRO E. (a cura di), *La prova dei fatti psichici*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 204 ss.; DONINI M., *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1984, p. 1358 ss.; FLOR R., *La rilevanza causale delle interazioni psichiche nel diritto penale. La causalità psichica nelle fattispecie*

eticizzante, cui poi, ineluttabilmente, si riannoda anche una responsabilità giuridico-penale. Se nella fattispecie monosoggettiva fra la prima e la seconda intercorrono plurimi filtri e mediazioni, nell'ambito del concorso morale sembra di trovarsi di fronte ad un *salto diretto* dalla responsabilità morale alla responsabilità penale².

Il triplo salto dalla responsabilità morale a quella giuridico-penale sembra derivare, nel concorso morale, dalla polverizzazione di tutti i principi fondamentali del diritto penale sostanziale. In primo luogo, infatti, si è già ampiamente e autorevolmente rimarcato il tendenziale contrasto fra il concorso di persone (in generale, ma

monosoggettive, E.S.I., Napoli, 2021; GALLUCCIO A., *Comunicazione (scientifica) e responsabilità penale: riflessioni sulla causalità psichica a margine della sentenza "Grandi Rischi"*, in AMATO A.-CERASE F.-GALADINI F. (a cura di), *Terremoti, comunicazione, diritto. Riflessioni sul processo alla "Commissione Grandi Rischi"*, FrancoAngeli, Milano, 2015, p. 293 ss.; GOLDONI D., *Complicity e concorso morale*, Cedam, Padova, 2004; GRILLO P., *I connotati del concorso morale secondo la Cassazione*, in *Diritto & Giustizia*, 2017; INTRIERI C., *Il nesso di causalità psichica: il fantasma del reato di plagio nell'età del contagio mediatico*, in TUZET G.-CARLIZZI (a cura di), *La prova scientifica nel processo penale*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 425 ss.; MESSINA G., *Concorso morale e causalità psichica nel diritto penale. Percorsi giurisprudenziali e nuovi orizzonti di confronto tra scienza e diritto*, in BERTOLINO M.-EUSEBI L.-FORTI G. (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, II, Jovene, Napoli, 2011, p. 1111 ss.; NISCO A., *La tutela penale dell'integrità psichica*, Giappichelli, Torino, 2012; PONTEPRINO G., *Le perduranti incertezze nella declinazione giurisprudenziale del concorso morale nel reato*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2022, p. 1626 ss.; ID., *Il concorso morale nel reato. Il problematico riscontro della causalità psichica*, Giappichelli, Torino, 2024; PADOVANI T., voce *Costringimento fisico e psichico*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, III, Utet, Torino, 1989, p. 209 ss.; ID., *La concezione finalistica dell'azione e la teoria del concorso di persone nel reato*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2003, p. 395 ss.; PEDRAZZI C., *La disciplina del concorso di persone*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2001, p. 1083 ss.; SERENI A., *Istigazione al reato e autoresponsabilità. Sugli incerti confini del concorso morale*, Cedam, Padova, 2000; RISICATO L., *Colpa e comunicazione sociale del rischio sismico tra regole cautelari "aperte" e causalità psichica*, in *Giurisprudenza italiana*, 2016, p. 1228 ss.; ID., *Meritevolezza di pena e concorso di persone nel reato*, in DE FRANCESCO G.-VENAFRO E. (a cura di), *Meritevolezza di pena e logiche deflattive*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 87 ss.; ID., *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Giappichelli, Torino, 2007; ID., *Rileggendo Cesare Pedrazzi. Il concorso di persone nel reato, Palermo, 1952*, in *Discrimen*, 2021; RONCO M., *Le interazioni psichiche nel diritto penale: in particolare sul concorso psichico*, in *Indice penale*, 2004, p. 815 ss.; SEMINARA S., *Accessorietà e fattispecie plurisoggettiva eventuale nel concorso di persone nel reato. Considerazioni sul senso di una disputa dottrinale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2021, p. 421 ss.; ID., *Sul dogma dell'unità del reato concorsuale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2021 (n. 3), p. 789 ss.; USAI A., *Profili penali dei condizionamenti psichici. Riflessioni sui problemi penali posti dalla fenomenologia dei nuovi movimenti religiosi*, Giuffrè, Milano, 1996.

² Per altro verso, tuttavia, è pur vero che l'istituto del concorso morale sembra esasperare talune tendenze di fondo anti-garantistiche proprie dell'intero sistema penale, dall'ipertrofia delle incriminazioni come strumento di risoluzione dei problemi sociali alla tendenza a voler colmare qualunque 'lacuna punitiva', in ossequio ad improbabili istanze securitarie (contro cui si erge l'opera di RISICATO L., *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un binomio invincibile?*, Giappichelli, Torino, 2019) o neo-retribuzionistiche (sulle quali si veda, da ultimo, FORNASARI G., *'Right to punishment' e principi penalistici. Una critica della retorica anti-impunità*, E.S.I., Napoli, 2023).

vieppiù quello morale) ed il principio di legalità penale³, in quanto nessuna disposizione incriminatrice specifica con sufficiente grado di determinatezza quali siano le condotte concorsuali penalmente perseguibili.

In seconda battuta, pare esservi da sempre una profonda tensione irrisolta fra l'incriminazione del contributo morale al reato ed il principio di autodeterminazione ed autoresponsabilità, direttamente discendente dal più ampio principio di personalità della responsabilità penale⁴ già nel suo c.d. nucleo minimo, ovvero sia il divieto di punire un soggetto per un fatto posto in essere da altri. Non essendo, difatti, nell'ambito del concorso, sufficientemente delineati gli elementi minimi atti a rendere un fatto di reato intimamente *proprio*, il sistema positivo non può, per conseguenza, che esporsi alla violazione del principio costituzionale in parola, talora punendo surrettiziamente i consociati per fatti commessi da altri sulla base di un mero *coinvolgimento* negli stessi.

Meno sottolineata, ma non meno rilevante, è l'inosservanza, nell'ambito del concorso morale, di quello che si potrebbe definire il 'pentafarmaco' contro la bulimia

³ Su cui SEMINARA S., *Accessorietà e fattispecie plurisoggettiva eventuale nel concorso di persone nel reato*, cit., p. 424: "è innegabile che attraverso la responsabilità a titolo di concorso la legalità subisce le maggiori torsioni, sul piano dei meccanismi dell'incriminazione e su quello dell'individuazione dei contributi punibili"; il medesimo autore intende pertanto il concorso di persone come uno "snodo centrale della teoria generale del reato".

⁴ Art. 27, comma 1, Cost. Sulla ricerca di "*criteri obiettivi di imputazione dell'evento*, idonei a soddisfare – in forza appunto della loro *obiettività* – i principi di materialità e di personalità della responsabilità penale", RISICATO L., *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, cit., p. 54. Si riprendono altresì le acute considerazioni di PONTEPRINO G., *Il concorso morale nel reato. Il problematico riscontro della causalità psichica*, cit., p. 56 ss., ove l'Autore lucidamente evidenzia il generale problema di selezione delle condotte punibili a titolo concorsuale nel rispetto del principio di personalità della responsabilità penale scolpito dal dettato dell'art. 27, comma I, Cost. L'Autore rileva inoltre che il concorso morale presenta maggiori problemi rispetto a quello materiale in ragione delle difficoltà insite nel sondare le interazioni psichiche ed in considerazione del fatto che la fattispecie concorsuale è qui pregna di elementi valutativi, così alimentando la discrezionalità del potere giudiziario. Si tratta, all'evidenza, di uno dei possibili 'capi morti' della materia penale. Ulteriori, ed altrettanto spinose, problematiche che non si possono approfondire in questa sede attengono ai diversi profili legati all'elemento soggettivo da un lato, ed al concorso in reato proprio dall'altro, su cui si rinvia, per tutti, a ARGIRÒ F., *I rapporti fra dolo e tipicità concorsuale al vaglio della Suprema corte: "revival" di finalismo o semplice petizione di principio?*, in *Il Foro Italiano*, 2004 (n. 2), p. 631 ss.; GULLO A., *Il reato proprio. Dai problemi "tradizionali" alle nuove dinamiche d'impresa*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 237 ss.; CINGARI F., *Sul concorso dell'extraneus nel reato proprio*, in *L'indice penale*, 2006, p. 961 ss.; CONSULICH F., *L'"infedeltà condivisa": il concorso in reato proprio tra ruolo, fatto e dolo dell'intraneo*, in *Le Società*, 2010 (n. 6), p. 745 ss.; LATAGLIATA A.R., *I principi del concorso di persone nel reato*, Morano, Napoli, 1964, p. 238 ss.); SEMINARA S., *Accessorietà e fattispecie plurisoggettiva eventuale nel concorso di persone nel reato. Considerazioni sul senso di una disputa dottrinale*, cit., p. 431 ss.; PADOVANI, *La concezione finalistica dell'azione e la teoria del concorso di persone nel reato*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, cit., p. 405; PELISSERO M., *Il concorso nel reato proprio*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 274 ss.

punitiva del legislatore, e cioè l'insieme dei principi di materialità⁵, offensività⁶, frammentarietà⁷, *extrema ratio*⁸ e meritevolezza di pena⁹.

⁵ Su cui, per tutti, BRICOLA F., *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Il Mulino, Bologna, 1997, secondo cui il principio in parola non deve limitarsi al consueto brocardo *nullum crimen sine actione*, ma deve accogliere nel proprio alveo semantico anche i contigui sotto-concetti di 'tangibilità' ed 'afferrabilità'.

⁶ Sul principio in parola, si vedano, *ex multis*, i contributi di BARTOLI R., *Offensività e ragionevolezza nel sindacato di costituzionalità sulle scelte di criminalizzazione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2018, p. 1540 ss.; Id., *Ragionevolezza e offensività nel sindacato di costituzionalità dell'aiuto al suicidio*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2018, p. 97 ss.; CAVALIERE A., *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, in GIOSTRA G.-INSOLERA G. (a cura di), *Costituzione, Diritto e processo penale. I quarant'anni della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 133 ss.; DONINI M., *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2013 (n. 4), p. 4 ss.; ID., *Prospettive europee del principio di offensività*, in CADOPPI A. (a cura di), *Offensività e colpevolezza. Verso un codice modello per l'Europa*, Cedam, Padova, 2002, p. 109 ss.; FIANDACA G., *Note sul principio di offensività e sul ruolo della teoria del bene giuridico tra elaborazione dottrinale e prassi giudiziaria*, in A.M. STILE (a cura di), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Jovene, Napoli, 1991, p. 63 ss.; FIORE C., *Il principio di offensività*, in *L'Indice penale*, 1994, p. 275 ss.; FORNASARI G., *Offensività e postmodernità. Un binomio inconciliabile?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2018, p. 1514 ss.; MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Giappichelli, Torino, 2005; ID., *Introduzione ai principi costituzionali in materia penale*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 161 ss.; ID.-NAPOLEONI V., *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Giappichelli, Torino, 2019; MONGILLO V., *Sullo stato del principio di offensività nel quadro del costituzionalismo penale. Il banco di prova della coltivazione di cannabis*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2016, p. 941 ss.; NEPPI MODONA G., *Il lungo cammino del principio di offensività*, in *Studi in onore di Marcello Gallo. Scritti degli allievi*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 89 ss.; PALAZZO F., *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1998, p. 350 ss.; ID., *Meriti e limiti dell'offensività come principio ricodificazione*, in CNPDS (a cura di), *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 73 ss.; PULITANÒ D., (voce) *Offensività del reato (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali VIII, 2015, p. 665 ss.; VASSALLI G., *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Scritti in memoria di Ugo Pioletti*, Giuffrè, Milano, 1982, p. 617 ss. ZUCALÀ G., *Sul preteso principio di necessaria offensività del reato*, in *Scritti in memoria di Giacomo Delitala*, Vol. III, Giuffrè, Milano, 1984, p. 1689 ss.

⁷ Sia consentito il rinvio a D'ANDREA R., *L'analogia in bonam partem nel diritto penale. Una riflessione sulla natura "eccezionale" delle norme penali di favore*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2024, p. 22: il principio di frammentarietà potrebbe contrassegnarsi per la sua vocazione ad *escludere* le incriminazioni dal mondo del diritto regolare, e di conseguenza ad espungere le cause di non punibilità in senso stretto dalla sfera di operatività del diritto eccezionale (con il correlato divieto disposto dall'art. 14 *Preleggi*: "[s]i può infatti, oltretutto, lapidariamente, domandare: se si vuol prendere sul serio il principio di frammentarietà, che cos'altro starebbe a significare, se non eccezionalità delle norme penali?").

⁸ Su cui COCCO G., *Riflessioni su punibilità, sussidiarietà e teoria del reato. Tra vecchi e nuovi istituti*, in E. M. AMBROSETTI (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino, Giappichelli, Torino, 2017, p. 262 ss.; DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, Milano, 2004; ID., *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2003, p. 141 ss.; GARGANI A., *Il diritto penale quale extrema ratio tra post-*

La materialità sarebbe già di per sé implicitamente esclusa dalla netta dicotomia tralattizia fra concorso materiale e concorso morale, la quale sembrerebbe così lasciare intendere che il secondo si caratterizza proprio per l'*assenza di un apprezzabile substrato materiale*, e per la speculare *netta prevalenza della componente ideologico-intellettuale*. Appare, in altre parole, perlomeno problematico il rapporto fra l'istituto in analisi ed il tradizionale brocardo *nullum crimen sine actione*: qual è l'*actio* necessariamente richiesta dal sistema penale affinché non si violi il principio di materialità?

Lo stesso dicasi in ordine al profilo dell'*offensività* del contributo morale, che non risulta chiaro dove esattamente risieda l'offesa al bene giuridico: non sono, da un lato, perimetrati i contorni della lesività insita negli atti di determinazione ed istigazione; né vengono, dall'altro lato, stabiliti i connotati di un'*autonoma*¹⁰, 'sufficiente' messa in pericolo del bene tutelato.

Ancor meno rispettato il principio di frammentarietà¹¹. Si potrebbe anzi affermare che in materia di concorso morale¹² vige la regola di segno esattamente opposto: per quanto infatti concerne la responsabilità penale dei concorrenti, nel vastissimo mare della illiceità penale si stagliano (neppure isole, bensì) soltanto sparuti scogli di impunità, riconducibili a casi davvero estremi e, forse, addirittura di scuola, come ad esempio¹³ l'istigazione di un soggetto c.d. *omnimodo facturus*¹⁴. La frammentarietà opera così *al contrario*: il carattere frammentario è qui rivestito non dalla punizione, ma dall'assenza di punizione. Ciò si può evincere, ricorrendo al classico *argumentum a fortiori*, anche da un preciso dato di diritto positivo: quando il concorrente sia in qualunque modo coinvolto nel fatto di reato, egli sarà, nell'assoluta maggioranza dei casi, punito al pari di tutti gli altri (salva, eventualmente, al più una diversa commisurazione del

modernità e utopia, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2018, p. 1488 ss.; MARRA G., *Extrema Ratio ed ordini sociali spontanei. Un criterio di sindacato sulle fattispecie penali eccessive*, Giappichelli, Torino, 2018; ID., *Extrema ratio ed ordini sociali spontanei. Un criterio di sindacato sulle fattispecie penali eccessive*, Giappichelli, Torino, 2018; PALIERO C.E., *Extrema ratio: una favola raccontata a veglia? Pragmatica e paradigmatica della clausola di 'extrema ratio'*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2018, p. 1147 ss.

⁹ Nel nucleo duro dei principi fondamentali in materia penale, trattasi senza dubbio di quello sinora meno indagato in via autonoma ed organica. In letteratura si segnalano DE FRANCESCO G.A.-VENAFRO E., *Meritevolezza di pena e logiche deflattive*, cit.; ROMANO M., «*Meritevolezza di pena*», «*bisogno di pena*» e *teoria del reato*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1992, p. 39 ss.

¹⁰ Ossia non parassitariamente dipendente dall'altrui commissione del reato, e quindi frutto di un altrui valido atto di autodeterminazione

¹¹ Cfr. nota 7.

¹² Come in realtà, forse, in materia di concorso nel reato *tout court*.

¹³ Oltre, naturalmente, alla *totale estraneità* al fatto di reato.

¹⁴ Cfr. RISICATO L., *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, cit., p. 45.

trattamento sanzionatorio *ex art.* 133 c.p.); solo in rarissimi casi potrà essere applicata la circostanza attenuante di cui all'art. 114 c.p. in ragione della “minima importanza” dell’opera prestata, giusta, peraltro, la sostanziale *interpretatio abrogans* della disposizione *de qua* adottata dalla giurisprudenza dominante¹⁵. Se risulta già, infatti, per così dire ‘indigesta’ al sistema penale una mera *riduzione* della risposta punitiva alla partecipazione al reato, a maggior ragione si rivela del tutto indigeribile l’idea, sicuramente più radicale, della possibilità di una *esenzione* dalla medesima.

Ciò non può, poi, che riverberarsi sul piano del principio di sussidiarietà ed *extrema ratio* del diritto penale: l’ipotesi di partenza in ambito concorsuale è, infatti, che chiunque abbia in qualche modo preso parte al reato debba essere ritenuto penalmente responsabile; proprio al contrario di ciò che prescrive la sussidiarietà, l’assenza di sanzione penale si ha soltanto quando non vi sia modo alcuno per incriminare il soggetto coinvolto, vuoi per carenze probatorie vuoi perché il suo coinvolgimento è talmente basso da rasantare (se non toccare) la totale estraneità al fatto. L’*extrema ratio* diventa, pertanto, la libertà da sanzione penale, scaturente dall’assoluta impossibilità di punire.

Il principio, infine, di meritevolezza di pena¹⁶, ancora poco indagato in via autonoma e ben lontano dall’aver dispiegato tutte le sue autonome energie precettive¹⁷, non è semplicemente violato, ma non viene forse, a monte, neppure preso in considerazione: chi concorre nel reato, a prescindere dalla natura e dall’entità del relativo contributo, nel sistema normativo attuale (e nell’impostazione giurisprudenziale che lo inverte ed implementa) *merita la pena*. E con riguardo, più specificamente, al contributo di natura morale, le teorie elaborate dalla dottrina d’oltralpe sul relativo fondamento si incentrano proprio sulla meritevolezza di pena che connota la ‘solidarizzazione’ col crimine¹⁸.

¹⁵ PONTEPRINO G., *Il concorso morale nel reato. Il problematico riscontro della causalità psichica*, cit., p. 47 ss.

¹⁶ Cfr. nota 9.

¹⁷ Si potrebbe anche parlare della necessità che il principio in parola acquisisca una valenza ‘dimostrativa’ e non più meramente argomentativa, per riprendere una nota distinzione elaborata da DONINI M., *Teoria del reato. Una introduzione*, Cedam, Padova, 1996, p. 25 ss. e sviluppata in ID., *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. L’insegnamento dell’esperienza italiana*, in *Il Foro Italiano*, 2001 (n. 5), p. 29 ss. e, da ultimo, in ID., *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, cit., p. 16 ss. Per una critica alla suddetta distinzione, FIANDACA G., *Sull’approccio costituzionale al diritto penale: attualità e limiti*, relazione svolta a Modena al Convegno svoltosi l’8-9 ottobre 2010 sul tema: “L’approccio costituzionale al diritto penale del XXI secolo: le esperienze italiana e spagnola a confronto” (dattiloscritto, pp. 18-20), a sua volta oggetto di contro-obiezione in DONINI M., *op. ult. cit.*, p. 17, nt. 35.

¹⁸ Così SCHUMANN H., *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung*

La tensione fra il dover essere dei principi fondamentali in materia penale e l'essere della normativa vigente in materia di concorso morale rappresenta – come si anticipava – solo la versione esasperata di una problematica che attraversa l'intero sistema penale. Essa costituisce infatti il precipitato di una più profonda tensione assiologica fra due insopprimibili istanze: da una parte si pone un formidabile impulso *repressivo*; dall'altra si colloca una irrinunciabile esigenza *garantistica*. Se il primo si ricollega¹⁹ al primordiale bisogno di *difesa sociale*²⁰ ed²¹ all'addomesticamento di un'ancestrale *pulsione di vendetta*²², la seconda mira²³ ad evitare che si generi una (peraltro irraggiungibile nella sua pienezza) superiore armonia sociale al prezzo di infliggere un'eccessiva ed ingiusta sofferenza a carico di chi turbi tale armonia²⁴.

Le due istanze appena riferite si traducono in due consequenziali ed opposte esigenze: da un lato quella di colmare quanto più possibile eventuali lacune di tutela;

der Anderen, Mohr, Tuebingen, 1986, p. 42 ss., il quale tende così, nella sostanza, a rendere il concorso morale un istituto di coloritura meramente socio-psicologica, smarrendo del tutto ogni suo ancoraggio oggettivistico. Critico della teoria appena richiamata – *ex aliis* – ROXIN C., *Zum Strafgrund der Teilnahme*, in *Festschrift fuer W. Stree und J. Wessels*, Mueller, Heidelberg, 1993, p. 368 ss.

¹⁹ Sotto il profilo della prevenzione, generale e speciale.

²⁰ Antropologicamente ben spiegato da BOBBIO N., *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990, p. 54 ss., secondo cui l'umanità ha per millenni guardato ai rapporti intersoggettivi non già dall'angolatura dell'individuo e delle relative pretese bensì da quella della società, del gruppo di riferimento e, appunto, delle sue esigenze di difesa rispetto ad eventuali minacce di altri gruppi. Ragion per cui, spiega l'Autore, la figura deontica originaria non è quella del diritto, ma quella del dovere, e, se le due posizioni giuridiche soggettive possono paragonarsi metaforicamente al dritto e rovescio di una medaglia, l'Autore spiega che si è – almeno fino al costituzionalismo del Secondo Dopoguerra – sempre guardato alla medaglia dal lato del rovescio. Ciò vale, ad avviso di chi scrive, anche e soprattutto nell'ambito del diritto penale, che risente ancora di questo approccio culturale di carattere primitivo.

²¹ Sotto il profilo della retribuzione.

²² Su tutti questi profili si veda, da ultimo, FIANDACA G., *Punizione*, Il Mulino, Bologna, 2024, p. 10 ss.

²³ Come rilevato da STELLA F., *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 25 ss., che riprende poi [*ivi*, p. 26] un folgorante passaggio bergsoniano (tratto da BERGSON H., trad. it. *Le due fonti della morale e della religione*, SE, Milano, p. 78): “poniamoci la famosa domanda: che faremmo se apprendessimo che per la salvezza del popolo, per l'esistenza stessa dell'umanità, c'è in qualche posto un uomo, un innocente, che è condannato a subire torture eterne? Noi vi consentiremmo forse, se fosse inteso che un filtro magico ce lo farà dimenticare e che non ne sapremo mai più niente; ma se bisognava saperlo, pensarci, dirci che questo uomo è sottoposto a supplizi atroci perché noi possiamo esistere, che è quella una condizione fondamentale dell'esistenza in generale, ah no, piuttosto accettare che più nulla esista! Piuttosto lasciar saltare in aria il pianeta!”.

²⁴ Ammesso che tale armonia si generi: non di rado accade soltanto un mero *raddoppio del male*, per riprendere la felice espressione di DONINI M., *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, p. 1162 ss.

dall'altro quella di rispettare il bagaglio dei diritti inviolabili²⁵ della persona umana attraverso il ricorso ai principi fondamentali. Ogni sistema penale autenticamente liberaldemocratico, tuttavia, non attribuisce prevalenza alla prima né, invero, opera alcun bilanciamento fra completezza di tutela e principi fondamentali, in quanto questi ultimi, come si è lucidamente rilevato²⁶, costituiscono essi stessi già l'esito di un bilanciamento. Ne deriva che il rispetto dei principi fondamentali in materia penale impone di accettare proprio il costo²⁷ legato all'indefettibilità di lacune di tutela che pur ogni politica criminale aspira a colmare. Non si tratta, tuttavia, dell'approccio adottato dall'ordinamento penale nel concorso morale, che sembra, per converso, improntato all'opposta idea di accettare – in nome dell'aspirazione spiccatamente repressiva a sopperire per quanto possibile a qualunque vuoto di tutela – il sacrificio, o forse addirittura l'obliterazione, di tutti i pilastri del diritto penale liberale.

2. Il problema della causalità psichica: cenni

Un altro cronico problema del concorso morale attiene al tema della c.d. causalità psichica, ed alle relative, forse ancora insuperate asperità. Esso è stato già diffusamente trattato dalla dottrina²⁸, ragione per la quale ci si limiterà, in questa sede, a ripercorrere brevemente soltanto i punti essenziali della questione. Il dato da cui prendere le mosse è che si tratta di una “categoria infida”²⁹, assai meno solida della causalità naturalistica.

²⁵ Si riprende questa fortunata immagine da Corte cost., sent. n. 26 del 1999, punto 3.1 *Considerato in diritto*.

²⁶ CAVALIERE A., *'Diritti' anziché 'beni giuridici' e 'principi' in diritto penale? A proposito di un saggio di Francesco Viganò*, in *Sistema penale*, 2023 (n. 10), pp. 87-88.

²⁷ Si riprende un ragionamento svolto da Vittorio Manes nella lezione agli studenti tenuta in Bologna in data 17 aprile 2024.

²⁸ Ossia sostanzialmente in tutti i lavori menzionati alla nota 1. Si vedano anche DI GIOVINE O., *Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause sufficienti e condizioni necessarie*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2002, p. 633 ss.; FIANDACA G., voce *Causalità*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. II, Utet, Torino, 1988, p. 115 ss.; DI MARTINO A., *Il nesso causale attivato da condotte omissive tra probabilità, certezza e accertamento*, in *Diritto penale e processo*, 2003, p. 58 ss.; FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2019, p. 475 ss.; ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, III ed., vol. II, Giuffrè, Milano, 2005, p. 12 ss. Nella dottrina tedesca, si vedano almeno ENGISCH K., *Das Problem der psychischen Kausalitaet beim Betrug*, in *Festschrift fuer H. von Weber*, Roehrscheid, Bonn, 1963, p. 255 ss.; HOYER A., *Kausalitaet und/oder Risikoerhoehung*, in *Festschrift fuer H.J. Rudolphi*, Luchterhand, Neuwied, 2004, p. 95 ss.; SAMSON E., *Hypothetische Kausalverlaeuft im Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Kausalitaet der Beihilfe*, Keip, Frankfurt a.M., 1972, p. 183 ss.; ROXIN C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Band 1, Verlag C.H. Beck, Muenchen, 1997, par. 11 ss.

²⁹ PADOVANI T., *La concezione finalistica dell'azione e la teoria del concorso di persone nel reato*,

Due, sul punto, i macro-orientamenti dottrinali: se da una parte si colloca chi³⁰ nega recisamente la possibilità stessa di rinvenire, o comunque di applicare, leggi scientifiche di copertura sufficientemente affidabili e dunque processualmente fruibili, dall'altra invece si schierano coloro che attribuiscono alla causalità psichica cittadinanza nell'ordinamento, pur differenziandola in modo netto dalla causalità naturalistica; questi ultimi ritengono al riguardo irrinunciabile³¹ il ricorso al sapere extragiuridico³² ed alle massime di esperienza in ordine alla prevedibilità e ripetibilità delle condotte umane³³.

Va, inoltre, rilevato come una vera e propria costante nell'ambito del concorso morale consista nel tentativo, variamente esperito da chi si è dedicato al tema, di sostituire il modello eziologico con diversi paradigmi di natura probabilistico-prognostica³⁴.

cit., p. 406: “in tutte le forme concorsuali basate sulla comunicazione (istigazione, determinazione, consiglio) la causalità dovrebbe esprimersi in termini di causalità “psichica”: una categoria quanto meno infida, destinata a tradursi in apriorismi concettuali indimostrabili. Che tipo di processo eziologico dovrebbe attivare l'istigazione per assumere un ruolo “causale”? La causalità “psichica” è in realtà figlia di una psicologia indeterministica che ha fatto il suo tempo, se mai ne ha avuto uno, e che sopravvive soltanto nelle pagine di qualche manuale penalistico o di qualche sentenza proclive a motivare ricorrendo a *tópoi* frusti e bislacchi. D'altra parte, quali sarebbero le leggi scientifiche di copertura destinate a fornire la spiegazione del nesso tra una condotta comunicativa e la psiche, o, peggio ancora, l'evento eventualmente provocato? [...] Si tratterebbe semmai di una causalità “storica” [...]. Ma la causalità “storica” non fornisce spiegazioni; al contrario, le presuppone”. Analogamente DE FRANCESCO G.A., *Il concorso di persone nel reato*, in *Introduzione al sistema penale*, Giappichelli, Torino, vol. II, p. 328 ss.

³⁰ Cfr. nota precedente.

³¹ Quand'anche si esuli dalle cc.dd. ‘scienze esatte’.

³² Ed in particolare psicologico e sociologico.

³³ Così, su tutti, RISICATO L., *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, cit., pp. 26-27: pur non sottacendo i “limiti intrinseci” e l’“insondabile base ricognitiva” della categoria della causalità psichica, l'Autrice riconosce che “[a]i meccanismi di interazione personale sarebbe nondimeno possibile, soprattutto per ovviare al problema della *probatio diabolica* della causalità psicologica, applicare criteri di generalizzazione e di riconduzione entro leggi statistiche di copertura, in virtù della ribadita possibilità di qualificare anche i comportamenti umani di condizionamento psicologico entro schemi ripetibili e definiti: la prevedibilità dei comportamenti umani, in presenza di fattispecie condizionanti, consentirebbe quindi nella materia *de qua* un'altrimenti impossibile coerenza ed un adeguato livello di affidabilità”. Analogo il giudizio di PONTEPRINO G., *Il concorso morale nel reato. Il problematico riscontro della causalità psichica*, cit., *passim* ma soprattutto p. 317 ss., secondo cui “la rinuncia al paradigma causale-condizionalistico non [è] realmente predicabile, nemmeno nella tipizzazione del concorso morale”. L'Autore si sofferma poi diffusamente sulle ragioni per le quali non può rivelarsi persuasiva alcuna teoria volta a sostituire tale paradigma con diversi canoni ermeneutici.

³⁴ Cfr. nota precedente; per una panoramica generale e completa sulle teorie in parola; in questa sede ci si limiterà ad un mero campione rappresentativo, evidenziando come le principali teorie tese a superare il paradigma di causalità sono (riprendendo l'ordine seguito nell'ordinata ‘mappatura’ di PONTEPRINO G., *op. et loc. ult. cit.*, p. 283 ss.): la teoria volta a sostenere il criterio del mero “aumento del rischio” (cfr. ad es. MORSELLI E., *Dispense di diritto penale*, III ed., CUSL, Perugia, 1998, p. 556 ss.; GALIANI F.M., *Aspetti problematici del concorso di persone*, in AA.VV., *Evoluzione giurisprudenziale nelle decisioni della Corte di cassazione. Raccolta di studi*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 260 ss.;

La dottrina più avvertita, tuttavia, ha puntualmente confutato simili ricostruzioni, non soltanto in quanto meno garantistiche della classica impostazione causalistica, ma anche in quanto non suffragate, ed anzi talora smentite, dal diritto positivo³⁵. Si è anche, talvolta, evidenziato come dietro la parvenza di un superamento del modello causale si celi una sostanziale, e in parte inconsapevole, adesione al medesimo³⁶.

A giudizio di chi scrive, ai fini di una ricostruzione dell'istituto del concorso morale conforme a Costituzione, il nesso eziologico fra il contributo morale ed il fatto di reato, se per un verso rappresenta un ineludibile presidio garantistico e non cozza con il diritto positivo, per altro verso si rivela ancora insufficiente a sciogliere i veri nodi gordiani che la materia presenta. Se anche, cioè, fosse provato il collegamento causale fra la condotta del concorrente morale e la commissione del reato³⁷, non si potrebbe, per ciò solo, concludere che siano risolti i problemi inerenti al rispetto dei principi fondamentali del diritto penale. Una condotta eziologicamente connessa al reato può infatti ben consistere in sé e per sé in un puro, ed abile, esercizio dialettico sorretto dalla malevola intenzione che sia commesso un reato e, magari, anche idoneo ad alterare l'altrui volontà³⁸: in quanto tale, un'incriminazione dello stesso

ONDEI E., *Correità e rapporto di causalità*, in *Cassazione penale*, 1946 (n. 1), p. 50; CONTENTO G., *Concorso di persone e principio di legalità*, in CNR-CNPDS, *La riforma della parte generale del codice penale. Concorso di persone nel reato*, Giuffrè, Milano, 1983) e quella legata alla c.d. 'realizzazione del volere' (formulata da PAGLIARO A., *Causalità e diritto penale*, in *Cassazione penale*, 2004, p. 1037 ss.); infine, la teoria del contributo morale come 'reato di pericolo' (su cui RONCO M., *Le interazioni psichiche nel diritto penale: in particolare sul concorso psichico*, cit., p. 845 ss.); per una ulteriore critica, sotto il profilo della tipicità, alle teorie in discorso, INSOLERA G., *Profili di tipicità del concorso: causalità, colpevolezza e qualifiche soggettive nella condotta di partecipazione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1998, p. 442 ss. Vanno infine menzionate la teoria che valorizza il dettato dell'art. 115 c.p. (VIGNALE L., *Ai confini della tipicità: l'identificazione della condotta concorsuale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1983, p. 1370 ss.); la teoria della c.d. 'partecipazione circostanziale' (propugnata da DONINI M., *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, cit., p. 213 ss.); la teoria dell'organizzazione (ideata da INSOLERA G., *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, Giuffrè, Milano, 1986) e quella del c.d. 'nesso di strumentalità' (si vedano, oltre alla nota 56 sulla posizione di Padovani, anche MEZZETTI E., *Diritto penale. Dottrina, casi e materiali*, III ed., Zanichelli, Bologna, 2020, p. 615 ss.; GARGANI A., *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa. Profili sistematici del concorso omissivo nelle organizzazioni complesse*, Pisa University Press, Pisa, 2022, p. 180 ss.).

³⁵ PONTEPRINO G., *op. et loc. ult. cit.*, p. 283 ss.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Sulla necessità che la condotta condizionante sia causalmente ricollegata (non soltanto all'insorgere della volontà criminosa, bensì anche) alla commissione del reato, DONINI M., *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, cit., p. 1360 ss.

³⁸ Si anticipa qui quanto si dirà al paragrafo 4.1.

sembrerebbe comunque porsi in frizione con i principi di materialità³⁹, offensività⁴⁰, frammentarietà⁴¹, sussidiarietà⁴², meritevolezza di pena⁴³, personalità della responsabilità penale⁴⁴ e, in ultima analisi, legalità⁴⁵. Si tornerà sul punto al paragrafo 4, per vedere come si possa tentare di risolvere almeno alcuni di tali aspetti problematici.

3. Un esempio delle possibili insidie legate al concorso morale: la vicenda relativa alla c.d. ‘trattativa Stato-mafia’

Una vicenda emblematica delle strumentalizzazioni cui può prestarsi l’istituto in commento è quella legata alla c.d. (impropriamente) ‘trattativa Stato-mafia’⁴⁶. Lungi dall’addentrarsi nei relativi meandri, si mira in questa sede esclusivamente a riportare in maniera molto sintetica i passaggi fondamentali ai nostri fini, in punto di concorso morale, della sentenza emessa dalla Suprema Corte⁴⁷, addensati nello spazio di poche pagine⁴⁸. Gli imputati Mori, De Donno e Subranni “avrebbero concorso nel reato di minaccia ad un corpo politico” (di cui all’art. 338 c.p.) mediante varie condotte ivi descritte⁴⁹. Secondo l’impostazione accusatoria, “[I]niziativa dei Carabinieri del

³⁹ Tale esercizio dialettico è per ciò solo assurdo ad azione penalmente rilevante?

⁴⁰ si è per ciò solo di fronte ad un atto sufficientemente offensivo del bene giuridico?

⁴¹ In ragione della totale assenza di selezione dei tipi di condotte determinative o istigatorie punibili.

⁴² Poiché si ricorre subito allo strumento penale, senza neppure porsi – né tantomeno risolvere – l’interrogativo se sia effettivamente una *extrema ratio*.

⁴³ Anche qui in virtù di una scelta di criminalizzazione delle condotte punibili omnicomprensiva, e quindi inadatta a vagliare quelle realmente meritevoli di sanzione.

⁴⁴ Perché si accolla, indifferenziatamente, su di un soggetto tutto il peso di azioni commesse da un altro soggetto.

⁴⁵ In quanto si smarrisce del tutto ogni aspetto di tipizzazione.

⁴⁶ Sulla quale – come bibliografia essenziale – possono qui richiamarsi AMARELLI G., *La sentenza sulla trattativa Stato-mafia: per il Tribunale di Palermo tutti i protagonisti sono responsabili del delitto di minaccia a un corpo politico dello Stato di cui all’art. 338 c.p.*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2018 (n. /), p. 193 ss.; ID., *La sentenza d’appello sulla c.d. trattativa Stato-mafia: dalla condanna mediatico-giudiziaria al proscioglimento dei co-imputati ‘istituzionali’*. *Pregi e limiti di un revirement prevedibile*, in *Sistema penale*, 2022; CICOLELLA G., *La trattativa stato-mafia. Il volto “eticizzante” della responsabilità penale*, in *Archivio penale*, 2019 (n. 1); FIANDACA G., *La trattativa Stato-mafia tra processo politico e processo penale*, in *Discrimen*, 2019; ID.-LUPO S., *La mafia non ha vinto. Il labirinto della trattativa*, Laterza, Bari, 2014; GIGLIO V., *La trattativa Stato-Mafia*, Associazione “Diritto Penale e Condizione Umana” Editore, Milano, 2020; MAGGIO P., *“La trattativa che non c’è”. La Corte di appello di Palermo conferma l’assoluzione per l’ex ministro Mannino*, in *Sistema penale*, 2020 (n. 2).

⁴⁷ Il riferimento è a Cass. pen., sez. VI, 27/04/2023, n. 45506.

⁴⁸ Cass. pen., sez. VI, 27/04/2023, n. 45506, pp. 76-83.

⁴⁹ *Ivi*, p. 77, e cioè: “a) contattando, dopo la strage di Capaci del 23 maggio 1992, Vito Ciancimino nella sua veste di tramite con uomini di vertice di “cosa nostra” e “ambasciatore” delle loro richieste, e

R.O.S. di aprire un dialogo con gli esponenti apicali di “cosa nostra”, con la mediazione di Vito Ciancimino, al fine di farli desistere dalla strategia stragista, sarebbe stata, dunque, determinante per l’attuazione del proposito criminoso minatorio e ricattatorio dei mafiosi, in quanto avrebbe segnato l’abbandono della “linea della fermezza”, che sino a quel momento aveva contrassegnato l’azione dello Stato. La stessa apertura della “trattativa”, al contempo, avrebbe fatto sorgere, o comunque rafforzato, quanto meno rendendo concreto, il proposito criminoso del Riina di ricattare lo Stato”⁵⁰.

Senza voler qui riprendere l’iter motivazionale che ha condotto la Corte di assise di appello a ritenere sussistente l’elemento oggettivo del reato ascritto agli imputati, ma non anche quello soggettivo, è opportuno esaminare direttamente il ragionamento del giudice di legittimità: nell’escludere anche l’elemento oggettivo del reato di minaccia ad un corpo politico, si sottolinea che “[i]l codice penale ha [...] scelto di non descrivere normativamente le forme di concorso punibile, materiale o morale, e l’art. 110 cod. pen. ha posto, *quale unico criterio giuridico per selezionare i contributi rilevanti* rispetto all’evento che costituisce il reato, *quello dell’accertamento della loro concreta incidenza causale* [corsivo nostro]”⁵¹. Già dal passo appena menzionato si evince lo scarto fra il dover essere dei principi costituzionali in materia penale e l’essere della legislazione vigente e della lettura che se ne dà nel diritto vivente: perché mai l’accertamento della concreta incidenza causale dei contributi al reato (pur, lo si ripete, imprescindibile) dovrebbe costituire l’“unico criterio giuridico” di selezione delle condotte concorsuali penalmente rilevanti? Sembra così obliterarsi il riferimento a tutti gli altri fondamentali riferimenti limitativi della penalità.

Segue un passaggio dai contorni apparentemente chiari sotto il profilo teorico- astratto, ma forse, in fin dei conti, evanescenti – da soli – dal punto di vista pratico- concreto: “[l]a circostanza che il contributo causale del concorrente morale possa manifestarsi attraverso forme differenziate e atipiche della condotta criminosa (istigazione o determinazione all’esecuzione del delitto, agevolazione alla sua preparazione o consumazione, rafforzamento del proposito criminoso di altro concorrente, mera

instaurando un canale di comunicazione con i capi del predetto sodalizio criminale, finalizzato a sollecitare eventuali richieste per far cessare la strategia omicidiaria e stragista; b) favorendo lo sviluppo della “trattativa” fra lo Stato e la mafia, attraverso reciproche parziali rinunce in relazione, da una parte, alla prosecuzione della strategia stragista e, dall’altra, all’esercizio dei poteri repressivi dello Stato; c) assicurando, altresì, il protrarsi dello stato di latitanza di Bernardo Provenzano, principale referente mafioso di tale “trattativa””.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ *Ivi*, p. 78.

adesione o autorizzazione o approvazione per rimuovere ogni ostacolo alla realizzazione di esso) non esime, infatti, il giudice di merito dall'obbligo di motivare sulla prova dell'esistenza di una reale partecipazione nella fase ideativa o preparatoria del reato e di precisare sotto quale forma essa si sia manifestata, in rapporto di causalità efficiente con le attività poste in essere dagli altri concorrenti, *non potendosi confondere l'atipicità della condotta criminosa con l'indifferenza probatoria circa le forme concrete del suo manifestarsi nella realtà* [corsivo nostro]⁵².

La Suprema Corte tocca così il delicato tema che attiene al rapporto fra prova della fattispecie e strutturazione della medesima. Il perno concettuale dal quale sembra prendere le mosse la Corte di cassazione sembra lo stesso che orienta anche il nostro Giudice delle leggi, ovverosia la drastica dicotomia fra i due termini del rapporto, quasi costituissero compartimenti stagni anziché vasi intercomunicanti. Anche la Corte costituzionale, difatti, pronunciandosi oltre un lustro fa su tutt'altra materia, ha avuto modo di affermare che “occorre subito eliminare ogni equivoca sovrapposizione tra il concetto di tassatività sostanziale, relativa al *thema probandum*, e quello di cosiddetta tassatività processuale, concernente il *quomodo* della prova. Mentre il primo attiene al rispetto del principio di legalità al metro dei parametri già sopra richiamati, inteso quale garanzia di precisione, determinatezza e prevedibilità degli elementi costitutivi della fattispecie legale che costituisce oggetto di prova, il secondo attiene invece alle modalità di accertamento probatorio in giudizio”⁵³. Eppure, come è stato prontamente rilevato da autorevole dottrina⁵⁴, l'assenza o l'inconsistenza – per attenersi alla dubbia categorizzazione operata dalla Corte costituzionale – della ‘tassatività sostanziale’ non può che riverberarsi anche sulla c.d. ‘tassatività processuale’, fagocitandola. Se, d'altronde, si dissolve il fatto da provare, viene a mancare lo stesso *oggetto* della prova, la quale diviene così del tutto *cieca e vacua*.

Tornando così allo specifico piano del concorso morale, quand'anche possa sembrare rassicurante scongiurare a parole l'‘indifferenza probatoria’ in ordine alle concrete forme di manifestazione empirica del contributo psichico (e quand'anche, nel

⁵² *Ivi*, pp. 78-79.

⁵³ Corte cost., sent. n. 24 del 2019, punto 12.1. *Considerato in diritto*.

⁵⁴ Tullio Padovani ha infatti, in ogni suo intervento incentrato sulle misure di prevenzione, messo a fuoco quanto subito si dirà nel testo. A titolo meramente esemplificativo, ci si riferisce al contenuto della relazione tenuta in occasione del trentesimo anniversario dalla scomparsa di Franco Bricola, svoltosi a Bologna nei giorni 28-29 maggio 2024 (l'intervento di Padovani si è tenuto la mattina del 29 maggio) ed intitolato *Ricordando Franco Bricola. L'eredità scientifica e culturale di un Maestro a trent'anni dalla sua scomparsa*.

caso concreto, la Suprema Corte abbia utilizzato, a differenza della Corte costituzionale nel caso delle misure di prevenzione, siffatta distinzione dogmatica *in bonam partem*), permane forte la sensazione che difficilmente in futuro la bislacca categoria della 'tassatività processuale' possa rappresentare un solido argine garantistico all'onnipervasività della (non-)fattispecie di reato concorsuale.

La Corte di cassazione, in ogni caso, procede nel proprio ragionamento sul concorso morale e, negli altri passaggi in sentenza sul punto, sostanzialmente si richiama alla vulgata tradizionale, che individua l'autentica chiave di volta garantistica in tema di interferenza psichica nel "nesso di causalità tra la condotta dell'istigatore e quella dell'istigato", appurato il quale "il giudice possa pervenire sulla base delle prove raccolte e di un giudizio controfattuale, alla conclusione razionale, oltre ogni ragionevole dubbio, che la concreta condotta dell'istigato sia stata realmente determinata dall'istigatore", e quindi che quest'ultimo "abbia effettivamente fatto sorgere il proposito criminoso ovvero lo abbia anche soltanto rafforzato, esercitando un'apprezzabile sollecitazione idonea ad influenzare la volontà altrui [...]. Può, del resto, assumere rilievo, quale condotta di concorso morale nel reato, solo il comportamento che rafforzi e renda definitivo un proposito criminoso già esistente, ma non ancora consolidato, in modo da aumentare la possibilità di commissione del reato"⁵⁵. Più in generale, la Suprema Corte sostiene – sotto il profilo della ricostruzione dogmatica dell'istituto coinvolto – che "[s]econdo il costante orientamento della giurisprudenza di legittimità [...] per la configurabilità del concorso di persone nel reato è necessario che il concorrente abbia posto in essere un comportamento esteriore idoneo ad arrecare un contributo apprezzabile alla commissione del reato, mediante il rafforzamento del proposito criminoso o l'agevolazione dell'opera degli altri concorrenti e che il partecipe, per effetto della sua condotta, idonea a facilitarne l'esecuzione, abbia *aumentato la possibilità della produzione del reato* [corsivo nostro]"⁵⁶.

⁵⁵ Cass. pen., sez. VI, 27/04/2023, n. 45506, pp. 79-80.

⁵⁶ *Ivi*, p. 80. La Corte di cassazione sembra qui, con l'espressione messa in rilievo in corsivo, implicitamente richiamarsi ai noti paradigmi (non pienamente garantistici) improntati (non tanto alla necessità di ravvisare fra istigazione e fatto di reato un vero e proprio nesso eziologico quanto piuttosto) a criteri probabilistico-prognostici (per una analisi critica dei medesimi, PONTEPRINO G., *Il concorso morale nel reato*, cit., p. 283 ss.). Una posizione a sé – che pur comporta l'abbandono della causalità – è adottata da PADOVANI T., *La concezione finalistica dell'azione e la teoria del concorso di persone nel reato*, cit., p. 407: "[i]l criterio di tipicità delle condotte concorsuali sembra [...] emergere dal nesso di congruenza strumentale, impostando l'analisi non secondo le categorie della causa e dell'effetto, bensì secondo quelle del mezzo e dello scopo, e per concludersi in termini positivi deve accertare che le condotte siano correlate teleologicamente in una dimensione unitaria. Questo pare il senso del

L'ultimo passo della sentenza in parola che si intende riprendere aggiunge una importante precisazione, che si approfondirà nel cuore del presente lavoro (ossia al paragrafo 4.2.) “[s]ul piano strettamente giuridico, del resto, sia l’istigazione, che il rafforzamento di un altrui proposito criminoso, richiedono che ne sia determinato l’oggetto, che deve concernere un reato specifico, anche se indicato in via alternativa o non individuato in tutte le sue concrete modalità. Deve, pertanto, essere esclusa la responsabilità a titolo di concorso morale nel reato realizzato, quando l’oggetto dell’istigazione o del rafforzamento dell’altrui proposito criminoso, come nel caso di specie, per quanto emerso dalla sentenza impugnata, sia del tutto generico e indeterminato”⁵⁷. La rilevanza delle considerazioni appena riportate si incentra sull’evidenziata necessità di un *collegamento fra contributo morale e fatto tipico*; a differenza, tuttavia, dello sviluppo che si cercherà di delineare più avanti (paragrafo 4.2.) nel presente lavoro, l’attenzione della Corte si concentra più sull’individuazione di un fatto *specifico* che sulla natura e la portata del *collegamento*; mentre, dunque, la Cassazione, nel passo testé menzionato, si sofferma su uno dei due poli della relazione (ossia sul reato), in questa sede si cercherà di indagare proprio *il legame* che avvince lo specifico fatto di reato ed il contributo concorsuale.

Per un sintetichissimo giudizio di insieme sulla sentenza che ha chiuso l’annosa vicenda della “trattativa Stato-mafia”, si ritiene che, pur a fronte di un esito – a giudizio di chi scrive – quanto mai condivisibile, il percorso argomentativo che ha condotto al medesimo risulti complessivamente deficitario, e non consenta quindi, soprattutto *pro futuro*, di scongiurare a sufficienza eventuali derive ‘giustizialistiche’ o l’esercizio di veementi pulsioni punitive: a fronte di una *species facti*, in ambito concorsuale, *atipica* e perciò *evanescente*, e della correlata e inevitabile (sebbene assertivamente negata) *polverizzazione probatoria* della stessa, appare impresa improba poter sensatamente discernere le condotte punibili da quelle non punibili, ed ogni valutazione al

concorrere nel “medesimo” reato da parte di più concorrenti (art. 110 c.p.): il reato è il “*medesimo*” quando, e solo se, corrisponde ad un insieme strumentalmente interconnesso in funzione del reato rispetto al quale il concorso si assume. Un tale approccio metodologico può trarre respiro e consistenza dalla categoria della “signoria sul fatto” [...]. Non si tratta [...] di stabilire se taluno abbia la “signoria sul fatto”, ma se sussiste una finalità obiettiva rispetto alla quale i singoli contributi siano mezzi ad essa funzionali” [...]. [S]trumentale può risultare la condotta di per sé tipica rispetto a quella originariamente atipica. L’istigazione e la determinazione sono condotte concorsuali se ed in quanto il reato da altri commesso corrisponda a quello al quale esse funzionalmente miravano” (cfr. anche, sul congedo della causalità, ID., *Il concorso dell’associato nei delitti-scopo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1998, p. 90, secondo cui la causalità in ambito psichico sarebbe una mera “formula liturgica”).

⁵⁷ *Ivi*, p. 81.

riguardo non potrà che risultare fondamentalmente *arbitraria*, dipendendo dalla contingente sensibilità dei singoli giudici. D'altronde, non pare neppure un caso che proprio la saga della "trattativa Stato-mafia" abbia visto, nel corso dei tre gradi di giudizio, gli esiti più disparati: condanna in primo grado; assoluzione per carenza dell'elemento soggettivo in secondo grado; assoluzione per evidente carenza, a monte, anche dell'elemento oggettivo in Cassazione. Simili incertezze, allo stato, non sembrano destinate a sopirsi, ma semmai ad accentuarsi.

4. La *pars construens*: il recupero – con conseguente inevitabile adattamento – dei principi fondamentali in materia penale

La parte ricostruttiva del presente lavoro mira al (tentativo di) recupero, nell'ambito del concorso morale, di tutti i principi fondamentali che presiedono alla materia penale. In particolare, giova innanzitutto abbandonare l'idea⁵⁸ che quest'ultimo debba costituire una zona sostanzialmente sottratta alle rigide garanzie penali discendenti dal principio di legalità; in secondo luogo, e di conseguenza, occorre, anziché stemperare il rigore garantistico, piuttosto *conformarlo* alle innegabili peculiarità che connotano l'istituto in parola.

⁵⁸ Cui talora pare in qualche modo rassegnarsi anche la migliore dottrina penalistica: cfr. nota 3. *Amplius*, sulle frizioni fra legalità e concorso di persone (in ragione della relativa funzione *estensiva* della fattispecie incriminatrice), ZIMMERL L., *Grundsatzliches zur Teilnahmelehre*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1929, p. 46 ss.; GALLO M., *Diritto penale italiano*, Giappichelli, Torino, vol. II, 2019, p. 100 ss.; ID., *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Giuffrè, Milano, 1957, p. 100 ss.; DELL'ANDRO R., *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1956, p. 40 ss.; PEDRAZZI C., *Il concorso di persone nel reato*, Priulla, Palermo, 1952 (con recensione di RISCATO L., *Rileggendo Cesare Pedrazzi. Il concorso di persone nel reato, Palermo, 1952*, cit.) e ID., *Diritto penale. Scritti di parte generale*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2003, p. 9 ss.; GRASSO G., *Pre-Art. 110*, in ROMANO M.-GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 147 ss.; ARGIRÒ F., *Le fattispecie tipiche di partecipazione*, Jovene, Napoli, 2012, p. 210 ss.; CADOPPI A.-VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale. Parte generale*, Cedam, Padova, 2018, p. 476 ss.; CORNACCHIA L., *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 465 ss.; DI MARTINO A., *Concorso di persone*, in DE FRANCESCO G., *Le forme di manifestazione nel reato*, in PALAZZO F.-PALIERO C.E., *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, vol. II, Giappichelli, Torino, 2011, p. 157 ss.; HELFER M., *Il concorso di persone nel reato*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 64 ss.; LOSAPPIO G., *Plurisoggettività eventuale colposa*, Cacucci Editore, Bari, 2012, p. 237 ss.; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, Padova, 2020, p. 586 ss.; PADOVANI T., *Diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 339 ss.; PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2020, p. 618 ss.; PULITANÒ D., *Diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 425 ss.; STORTONI L., *Agevolazione e concorso di persone nel reato*, Cedam, Padova, 1981, p. 33 ss.

In quest'ottica, sembra che un possibile punto di partenza da cui prendere le mosse per soddisfare le insopprimibili esigenze garantistiche del diritto penale ed al contempo non obliterare il *proprium* del concorso morale risieda nell'individuazione di *due grandi pilastri* in assenza dei quali non dovrebbe potersi ritenere costituzionalmente lecita la punizione del concorrente morale: il primo – già messo in luce dalla dottrina più avvertita in argomento⁵⁹ – si potrebbe riassumere con l'espressione di '*idoneità del condizionamento psichico*'. Per evitare, infatti, di incorrere nella violazione del divieto di responsabilità penale *per fatto altrui*, da una parte, e nella violazione del diritto alla libera manifestazione del pensiero, dall'altra, si rende necessario definire con la maggiore chiarezza possibile il *contenuto d'azione* dell'interferenza psichica.

Le suaccennate peculiarità del concorso morale si compendiano del resto proprio in questi due profili: per un verso, bisogna fare inevitabilmente i conti con il principio di autoresponsabilità, e quindi con la sussistenza di una sfera giuridicamente riconosciuta di autodeterminazione in capo a colui che esegue il fatto; per altro verso, non si può non prendere in considerazione un dato centrale, e cioè che il contributo morale si sostanzia sempre innanzitutto in una *manifestazione di pensiero*, in quanto, in linea di principio, la materialità del fatto è interamente dispiegata da un altro soggetto. Quanto al versante dell'autodeterminazione altrui, poiché essa *non può umanamente intendersi come assenza di fattori che la condizionano*⁶⁰, diventa centrale la definizione dei *fattori umani di condizionamento* tali da assurgere al grado di penalmente rilevanti, in quanto idonei a *comprimere*, o ad *alterare sensibilmente*, la volontà altrui, indirizzandola verso un reato.

⁵⁹ Il riferimento è principalmente a SERENI A., *Istigazione al reato e autoresponsabilità*, cit., p. 141 ss. Vale la pena di ripercorrere qui i passaggi più significativi del testo in parola, fondamentale in materia. L'Autore comincia il discorso rilevando che “[è] in sede [...] di bilanciamento dei valori normativi implicati, che occorre chiarire a quali condizioni sia ascrivibile *anche* all'istigatore la decisione criminosa del soggetto agente e viceversa a quali condizioni tale decisione sia da porre a carico *esclusivo* di chi esegue il reato [...]”. [N]e segue che la corresponsabilità di altri per la scelta operata dipende dal *tipo* di interferenza o di condizionamento esercitato [...]. La definizione tuttavia del *tipo* di condizionamento rilevante, ai fini del passaggio dall'autoresponsabilità alla responsabilità in concorso, non può non tener conto anche dei contenuti delle libertà costituzionali, prima fra tutte, per i condizionamenti psichici, della libertà di opinione [...]. Ne segue in linea di principio [...] che di fronte a una comunicazione semplicemente persuasiva, la decisione del “soggetto responsabile” è da ritenersi giuridicamente libera e in virtù di tale libertà non ascrivibile al persuasore”. Viene allora (*ivi*, p. 148) valorizzato il riferimento ad un “mezzo ([o ad] una modalità) che, secondo parametri medi di valutazione sociale, condizioni significativamente la libertà di scelta del destinatario, scuotendo il meccanismo di supremazia della norma giuridica, entrando per così dire in concorrenza con essa e con il suo arsenale sanzionatorio”.

⁶⁰ Tanto in virtù della ‘relazionalità’ dell'essere umano, quanto in ragione del turbine delle circostanze storico-concrete in cui si maturano le nostre deliberazioni volitive.

4.1. – *L'idoneità del condizionamento*

In caso di *compressione*, a voler essere pignoli, non si tratterebbe neppure di un'altrui *valida*⁶¹ sfera di autodeterminazione, quanto, piuttosto, ora di una sostanziale *eterodeterminazione* (qualora la volontà criminosa sia il frutto di un'altrui *violenza fisica*), ora di un'autodeterminazione *giuridicamente invalida* (poiché a vario titolo *viziata*, come avviene tradizionalmente nei casi di violenza morale, minaccia, suggestione o inganno); eventualità di questo tipo si potrebbero quindi accomunare alle ipotesi in cui taluno istighi al reato un soggetto *non imputabile*, in quanto anche in quel caso *difetta una sfera di autodeterminazione giuridicamente valida*. In tutte queste casistiche, anche qualora si intenda continuare a mettere al bando la figura, di matrice teutonica⁶², dell'autore mediato, si può comunque rilevare che sussiste un assai più stretto legame fra concorrente morale e fatto di reato. In assenza, infatti, di una valida sfera di autodeterminazione in capo all'esecutore materiale, quest'ultimo è stato ridotto dal concorrente morale ad un puro mezzo per la realizzazione del proprio scopo criminale.

Quanto, poi, alla *sensibile alterazione*, sono state già avanzate da sensibile dottrina⁶³ alcune coordinate irrinunciabili: trattasi del ricupero in via ermeneutica, *de*

⁶¹ Si precisa che si è adoperato aggettivo in senso *non tecnico-civilistico*: per 'valida' si intende semplicemente 'riconosciuta dall'ordinamento come appartenente al soggetto', o, se si vuole, 'formatasi in maniera comunque autonoma' (anche se eventualmente 'filtrata' anche da pressanti condizionamenti). Mentre, infatti, una volontà anche fortemente alterata, può rientrare nell'antico brocardo dell'"*etsi coactus, tamen voluit*", una volontà del tutto compressa e conculcata fuoriesce dal medesimo, ed appartiene ad un soggetto *diverso* da colui della cui autodeterminazione si discute.

⁶² Cfr. nota 77.

⁶³ SERENI A., *op. ult. cit.*, p. 148 ss.; RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, cit., pp. 27-28: "[l]a tipizzazione delle specie di condizionamento psicologico (es.: consiglio tecnico, promessa, offerta di aiuto o di denaro) consentirebbe, finalmente, la riconduzione della causalità psicologica entro definiti parametri di verificabilità sociale e giuridica, liberando l'interprete dall'arduo compito di individuare da sé un nesso di condizionamento tra la parola e l'atto, tra il consiglio e la risoluzione, tra il suggerimento e l'attuazione di un proposito criminoso". L'Autrice prosegue poi (*ivi*, p. 77 ss.) sottolineando l'opportunità di "un'*autentica* rivisitazione strutturale dell'istituto della partecipazione criminosa" e rimarcando che "[l]'auspicabile adozione di un modello di tipizzazione differenziata degli apporti criminali dovrebbe consentire una più accurata tipizzazione delle singole tipologie di concorso e, nel contempo, una più congrua determinazione legale della pena [...]. [Inoltre,] le concrete difficoltà nell'individuazione di un valido *discrimen* tra compartecipazione psichica e mera contiguità dovrebbero [...] spingere il legislatore a vincolare in modo espresso e *tassativo* la punibilità delle forme di concorso morale solo alla realizzazione di reati di una certa gravità. In generale, la complicità psichica penalmente rilevante dovrebbe [...] essere a sua volta ancorata a modalità tipiche e tendenzialmente tassative di attuazione [...]. È bene ribadire, a questo proposito, che la tipizzazione delle modalità esplicative delle condotte istigatorie – caratterizzate da un *deficit* congenito di causalità – sarebbe del tutto coerente con i principi di materialità e di personalità della responsabilità penale ove

iure condito, e della tipizzazione legislativa, *de iure condendo*, dei *fattori di condizionamento* idonei, appunto, a determinare od orientare l'altrui proposito criminale. Ai fini di un'adeguata *selezione* dei medesimi, si è sostenuta l'idea che essi debbano essere tali, per intensità e/o perseveranza, da fungere da contropinta rispetto all'efficacia deterrente insita nella stessa sanzione penale⁶⁴. Ad avviso di chi scrive, una simile, e corretta ricostruzione dogmatica e politico-criminale si rivela funzionale a riattrarre nell'orbita dell'istituto del concorso morale il fondamentale principio di offensività: solo alla suddetta condizione sembrerebbe infatti lecito affermare che il contributo del concorrente morale rappresenti quantomeno un pericolo *tangibile*⁶⁵, e non evanescente, per il bene giuridico.

La stessa dottrina che ha suggerito questo primo ed utile presidio garantistico giunge poi a definire in maniera chiara e persuasiva le ipotesi di condizionamento penalmente rilevante, ossia, da una parte, "la dazione o la promessa di denaro, di aiuto o di altra utilità come ricompensa per la commissione del reato", e, dall'altra, "l'ordine o invito di eseguire il fatto criminoso, quando l'eventuale inosservanza possa far temere una reazione punitiva, o una qualche ritorsione; [...] la minaccia di un male ingiusto; [...] l'abuso di potere, legale o di fatto, nella misura in cui esso sia fondato su un meccanismo latente (o implicito) di "sanzione" nel caso che l'aspettativa di condotta venga disattesa"⁶⁶. Si condividono tanto la premessa del ragionamento⁶⁷ quanto la sua conclusione⁶⁸. Resta ancora da porre in evidenza un importante passaggio giuridico-concettuale. Se, infatti, il criterio adottato nella formulazione delle ipotesi fosse legato soltanto alla mera idoneità dei fattori di condizionamento a fungere da contropinta rispetto alla norma penale, non si vedrebbe perché escludere *a priori*, ad esempio, la rilevanza penale di abili, insidiose ed efficaci manifestazioni di pensiero vittoriosamente tese a persuadere l'esecutore a commettere il reato; il puntuale elenco appena delineato, pertanto, rischierebbe quasi di sembrare irragionevole, in quanto finirebbe per escludere, senza alcuna apprezzabile motivazione, dall'alveo della penalità contributi parimenti idonei a persuadere l'esecutore a commettere il reato.

fosse accompagnata dall'introduzione di una clausola [...] che subordini la punibilità dell'istigazione- agevolazione *ai soli casi* in cui il reato è *commesso*".

⁶⁴ Cfr. nota 59, con riferimento al saggio di Sereni.

⁶⁵ Si utilizza tale aggettivo anche per non addentrarsi nella nota famiglia del pericolo penalmente rilevante (concreto, astratto, ipotetico, indiretto etc.), rappresentando semplicemente, in questa sede, la necessità che esso risulti tangibile, non evanescente o meramente ipotetico (cfr. in proposito nota 5).

⁶⁶ SERENI A., *op. ult. cit.*, p. 148.

⁶⁷ Ossia la necessità di una idonea contropinta rispetto alla norma penale.

⁶⁸ E cioè un elenco sufficientemente puntuale delle ipotesi di condizionamento penalmente rilevanti.

Appare dunque importante sottolineare, a complemento di quanto appena suggerito, un ulteriore criterio delimitativo del novero dei contributi penalmente rilevanti: si potrebbe cioè suggerire che, ai fini dell'incriminazione, un contributo debba anche costituire quantomeno un *principio di azione*, così non esaurendosi in una mera, per quanto magistralmente abile ed efficace, manifestazione di pensiero⁶⁹. Proprio un simile criterio risulta in grado di spiegare esaustivamente la scelta delle suaccennate ipotesi: non si tratta di sanzionare pure estrinsecazioni dialettiche, bensì di punire *condotte almeno potenzialmente dotate di autonomo disvalore penale* come la violenza morale, la minaccia o l'offerta di somme di danaro per la commissione di un reato. Ogni futuro ed eventuale ampliamento del novero dei fattori di condizionamento rilevanti dovrà senza dubbio tener conto anche delle leggi di causalità psichica (come si è detto, certamente meno rigorose rispetto a quella naturalistica, ma non per questo irrilevanti) in ordine alla ripetibilità delle condotte umane. Solo questo criterio, inoltre, appare rispettoso tanto del diritto costituzionale alla libera manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.), quanto dei principi fondamentali in materia penale sopra riferiti⁷⁰.

Si può dunque così compiutamente edificare il primo pilastro atto a sorreggere l'incriminazione del contributo morale: solo selezionando, *in primis* a livello ermeneutico, ed in un successivo momento, per esigenze di certezza del diritto e di solidità sistemica, sul fronte legislativo, un ristretto ma esaustivo novero dei fattori di condizionamento dell'altrui autodeterminazione diventa possibile restituire all'istituto del concorso morale un primo solido argine garantistico che rievochi a sé, riadattandoli, i principi cardine della materia penale.

4.2. – *Il legame col fatto di reato e la 'quota di controllo' sul medesimo*

Il secondo pilastro su cui erigere il garantismo nell'ambito del concorso morale

⁶⁹ Cfr., in tal senso, FOIS S., *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Giuffrè, Milano, 1957, p. 113, nonché PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Cedam, Padova, 1992, p. 414 ss.; SERENI A., *op. ult. cit.*, pp. 144-145 (che ha il merito di non confinare la sfera operativa dell'azione istigatrice ai soli due poli di "intenzione e causalità", ma di farle ricomprendere anche, come "reale salto di qualità", ossia appunto l'impiego di "mezzi qualificati" quali quelli testé delineati nel testo).

⁷⁰ Ovverosia di materialità (*nullum crimen sine actione*), frammentarietà (le isole di illiceità sono infatti circoscritte ad azioni idonee a fungere da controspinta rispetto alla disposizione incriminatrice), sussidiarietà (poiché solo con riguardo a condotte così definite pare potersi fondatamente sostenere l'insufficienza di misure diverse dalla sanzione penale) e meritevolezza di pena (*non* meritevole di pena sembra, infatti, dal punto di vista delle garanzie costituzionali in materia penale, tanto una mera manifestazione dialettica quanto un'azione inidonea a fungere da controspinta rispetto alla norma penale).

non poggia, a differenza del primo, soltanto sulla condotta, ma si aggancia all'evento, ovvero al fatto di reato verso cui il contributo si indirizza. Se così si può dire, esso rappresenta esattamente la cinghia di trasmissione fra azione ed evento, fra condotta istigatoria e fatto di reato, e si può riassumere nell'espressione '*legame col fatto*'⁷¹. In altri termini, è necessario, ai fini di un'incriminazione costituzionalmente non illegittima del contributo morale, che sussista un legame sufficientemente saldo fra il medesimo ed il fatto di reato. Tale legame si scompone, a sua volta, in almeno tre distinti ed autonomi elementi.

Il primo, di gran lunga il più indagato sino ad ora dalla dottrina⁷², è, come si è detto, il nesso di causalità psichica; non soltanto, si badi, fra contributo e insorgere della volontà, ma, dato imprescindibile, fra contributo concorsuale e reato⁷³. Diversamente, tuttavia, da quanto, almeno implicitamente, sembra emergere dalla maggior parte delle ricostruzioni dottrinali, il legame col fatto sicuramente presuppone, ma certo non si esaurisce nel nesso eziologico. Ché infatti un'istigazione può ad esempio risultare causa di un reato ma non assurgere ancora alla soglia della rilevanza penale. Se è vero, infatti, che una concausa può essere, a norma dell'art. 41 c.p., il fatto illecito altrui (che in sé dunque non elide il nesso eziologico fra condotta istigatoria e reato), è altrettanto vero che la medesima disposizione prescrive anche che "[l]e cause sopravvenute escludono il rapporto di causalità quando sono state da sole sufficienti a determinare l'evento"⁷⁴, e tale sembra essere, a tutti gli effetti, un successivo fatto illecito altrui commesso da soggetto imputabile e che costituisca il frutto di un valido – per quanto, appunto, condizionato – atto di autodeterminazione criminale. Occorre pertanto procedere nell'analisi e mettere in luce gli altri due imprescindibili elementi affinché si possa parlare di contributo a titolo di concorso morale penalmente rilevante.

Il secondo elemento si riannoda, invero, al primo, ed è stato parimenti già

⁷¹ Con simile accento, ANDENAES J., *Introduzione al codice penale norvegese*, in *Il codice penale norvegese*, Cedam, Padova, 1998, p. 10 secondo cui il "singolo partecipe" sarebbe "punito [...] sulla base della propria relazione con il precetto penale".

⁷² V. note 1 e 28; cfr. anche, sul tema della causalità psicologica, PEDRAZZI C., *La disciplina del concorso di persone*, cit., p. 1085: "[m]i sembra [...] fin troppo evidente che in materia di concorso la problematica causale non è esorcizzabile e postula una soluzione chiara e univoca. Il problema del "requisito minimo" è essenzialmente un problema di collegamento causale fra il singolo apporto e l'opera comune, ben più che di incasellamento in questa o quella sottospecie".

⁷³ Così DONINI M., *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, cit., p. 213 ss.

⁷⁴ Su cui, per tutti, VALLINI A., *"Cause sopravvenute da sole sufficienti" e nessi tra condotte*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2010.

enucleato dalla dottrina⁷⁵: esso consiste nella corrispondenza fra fatto istigato e fatto commesso⁷⁶, che debbono quindi, se non identificarsi totalmente, perlomeno, appunto, corrispondere in tutte le loro componenti fondamentali, soggettive ed oggettive⁷⁷. Ad un attento scrutinio, come si anticipava, senza questo secondo elemento non può neppure esservi il primo, poiché in tanto un contributo morale è causa del fatto di reato, in quanto quest'ultimo corrisponda, in tutte le sue componenti essenziali, al fatto istigato; una eventuale marcata eterogeneità strutturale deporrebbe infatti per un'autonomia del soggetto istigato tale da escludere un suo sufficiente condizionamento ad opera del concorrente morale.

Il terzo ed ultimo elemento costitutivo del legame col fatto si staglia nella sua indipendenza dagli altri due, e non sembra essere stato sinora oggetto di trattazione

⁷⁵ Ancora una volta, RISICATO L., *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, cit., p. 76, ove ci si sofferma sulla necessità di una “concreta corrispondenza tra contributo istigatorio e fatto commesso”.

⁷⁶ Nondimeno, sul piano generale, contro il dogma dell'unità del reato concorsuale, SEMINARA S., *Sul dogma dell'unità del reato concorsuale*, cit., p. 789 ss., nonché DEMURO G.P., *Il concorso colposo in delitto doloso, alla luce dei principi di colpevolezza e frammentarietà*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2019, p. 951 ss.; ancora, DELL'ANDRO R., *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, cit., p. 110: “[i] contributi diversi [...] recati al fatto comune dai concorrenti [...] sono [...] tutti unificati dalla comune, unitaria lesione provocata all'interesse penalmente tutelato”; similmente, AL-BEGGIANI F., *I reati di agevolazione colposa*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 202, secondo cui “non si concorre necessariamente nel “medesimo” reato, ma esclusivamente nel medesimo accadimento materiale rilevante ai fini della lesione o messa in pericolo di un certo bene oggetto di tutela penale” e ancora, similmente, SEVERINO DI BENEDETTO P., *La cooperazione nel delitto colposo*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 224 ss.; cfr. poi MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, Utet, Torino, vol. II, 1933, p. 416: “[i] reato, invero, è unico non solo nel suo titolo, ma altresì come evento dannoso o pericoloso, mentre la pluralità si ha soltanto nelle cause che lo hanno cagionato”. Sul concorso colposo, è opportuno da ultimo richiamare CONSULICH F., *Il concorso di persone nel reato colposo*, Giappichelli, Torino, 2023.

⁷⁷ Si possono riprendere le suggestive osservazioni di PONTEPRINO G., *Il concorso morale nel reato. Il problematico riscontro della causalità psichica*, cit., pp. 124-125: “bisogna procedere, innanzitutto, ad un serrato confronto tra il fatto effettivamente verificatosi e quello oggetto dell'istigazione o dell'accordo. Deve, insomma, esservi una corrispondenza tra il reato istigato e il reato commesso, non limitata al semplice *nomen iuris*, ma apprezzabile – per lo meno nei lineamenti essenziali – nel concreto sviluppo dell'*iter criminis*: quanto maggiore sarà l'aderenza dell'azione delittuosa rispetto alle modalità precedentemente concordate, tanto più sarà agevole dimostrare l'integrazione del concorso morale”. L'Autore prosegue rilevando che “[è] però vero che la realtà fenomenica conosce mille variabili e molteplici sono gli imprevisti che potrebbero imporre all'esecutore materiale di apportare *sua sponte* delle modifiche più o meno significative all'originario progetto delittuoso. Questa eventualità è, a ben vedere, connaturata alla scelta stessa di demandare a un'altra persona il compimento di un crimine, poiché tale soggetto – salvo i casi limite riconducibili all'autoria mediata – gode di un ineliminabile spazio di autonomia decisionale ed operativa o, magari, di peculiari abilità o competenza, che possono eventualmente tornargli utili proprio nell'esecuzione del reato”. Cfr., nello stesso senso, SEMINARA S., *Riflessioni sulla condotta istigatoria come forma di partecipazione al reato*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1983, p. 1134 ss.

nel panorama domestico. Per introdurlo, ci si ponga preliminarmente un quesito. Si prendano due casi: nel primo, un soggetto persuade un altro, nella maniera più abile ed insidiosa che si riesca ad immaginare, a commettere un reato; nel secondo – per formulare un esempio ormai di scuola – un mandante assolda uno spietato killer per l’uccisione di un ricco parente, così da ereditarne le sostanze; poniamo, infine, che in entrambi i casi il fatto commesso sia stato esclusivamente riconducibile e decisamente condizionato dall’istigatore, e corrisponda altresì pienamente al fatto istigato. Pare, cionondimeno, potersi avere l’impressione di una netta differenza di disvalore penale fra le due ipotesi; differenza che ad avviso di chi scrive non dovrebbe circoscriversi ad una dimensione *quantitativa*, e relativa cioè al mero profilo della dosimetria sanzionatoria, bensì al contrario si dovrebbe estendere ad una dimensione squisitamente *qualitativa*, inerente cioè all’*an* della punizione: mentre nel primo caso non sembrerebbe ancora costituzionalmente legittima la punizione del concorrente morale, nel secondo parrebbe, al contrario, francamente assurdo, e socialmente inaccettabile, lasciare impunito il mandante di un omicidio. Come si spiega, dunque, l’eterogeneità delle due ipotesi, pur a fronte di una parità di nesso eziologico e corrispondenza fra fatto commesso e fatto istigato?

Da una parte, come si è detto, la differenza si incentra sulla modalità di condizionamento: puramente dialettica da una parte, carica di un principio di azione dall’altra. Ancora, si potrebbe dubitare anche della possibilità di riscontrare attendibilmente sul piano probatorio, nel caso del contributo dialettico insidioso, il nesso di causalità – ambiguo nella sua natura e nei suoi effetti – con la successiva condotta dell’esecutore materiale del reato. Tuttavia, si può guardare alla problematica anche da una diversa angolatura, e cioè non da quella relativa alla condotta ma da quella inerente al suo esito, ossia al fatto di reato. Come subito si vedrà, questa seconda prospettiva arricchirà ulteriormente l’istituto del concorso morale e ne completerà i presidi garantistici. Si può spiegare proprio attraverso il ricorso al terzo elemento del legame col fatto: si tratta della figura del *controllo sul fatto*. Come è noto, il requisito in questione nasce in un più vasto ambito e con altri fini⁷⁸. Se, tuttavia, esso ha generato infiniti dibattiti

⁷⁸ Per uno studio sulla categoria in parola, PADOVANI T., *La concezione finalistica dell’azione e la teoria del concorso di persone nel reato*, cit., p. 395 ss.: “[l]a dottrina finalistica dell’azione irrompe nella teoria del concorso di persone con il fondamentale concetto di “signoria finalistica sul fatto [...] [S]ignore del fatto è colui che lo realizza in funzione di uno scopo sulla base della sua risoluzione di volontà. L’“autore” viene così svincolato dal riferimento necessario all’esecuzione della fattispecie [...] e si spalancano le porte alla figura dell’autore mediato, cui viene fornito un fondamento dogmatico di matrice ontologica”; l’Autore poi, traducendo WELZEL H., *Das deutsche Strafrecht*, De Gruyter, Berlin,

e controversie con riguardo all'autorità, e se è peraltro, sotto questo profilo, inapplicabile nel nostro ordinamento che ignora – almeno secondo la vulgata dominante – la figura dell'autore mediato, si ritiene che la teoria del controllo sul fatto possa trovare un più solido ancoraggio e riscuotere un più duraturo successo proprio nell'alveo del concorso morale, e non già al fine di distinguere autore e complice, bensì al più ristretto scopo di differenziare, in buona sostanza, il concorrente morale dal mero conivente, apologeta o persuasore.

Solo chi promette una somma di danaro o un'altra utilità al fine di determinare taluno al reato, o chi lo minaccia per indurlo a commetterlo e via discorrendo, conserva perlomeno un margine o, meglio, una *quota di controllo* sul fatto. A differenza, infatti, di quanto avviene con riferimento alla teoria tedesca volta a distinguere autore e complice, il controllo sul fatto non dovrebbe concepirsi in via esclusiva, cioè come la mera preminenza di un soggetto su altri, ma anche in via condivisa. È cioè possibile che su di un fatto esercitino un grado di controllo più o meno ampio più soggetti, ciascuno secondo il proprio ruolo e le proprie prerogative. Si ipotizzi, ad esempio, che chi formula una promessa o prospetta una minaccia *revochi* l'una o l'altra prima della commissione del fatto: appare chiaro che, in una simile eventualità, l'esecutore materiale *rinuncerà a commettere il fatto*, divenuto ormai privo di una sua ragion d'essere, della tensione teleologica che lo orienta; qualora venga, invece, comunque commesso, sarà in ogni caso smarrita l'impronta che su di esso reca il contributo morale.

1969, p. 101 ss., asserisce: “[l]’autore [...] può servirsi non soltanto di strumenti meccanici, ma anche impiegare per i propri scopi la condotta di un altro, nel mentre mantiene presso di sé la signoria sulla realizzazione del fatto”, per poi (terminata la citazione) proseguire: “[n]el contempo, il possesso della signoria finalistica sul fatto rappresenta il criterio distintivo tra l'autore e le figure concorsuali dell'istigatore e del complice”, in quanto tali “figure concorsuali satellitari [...] ‘accedono alla [...] condotta [dell'autore], nel senso che da essa traggono rilevanza secondo il canone della c.d. tipicità indiretta”. Sulla tematica della signoria finalistica sul fatto quale espressione concorsuale della concezione finalistica dell'azione, più ampiamente MORSELLI E., *Un breve bilancio di fine-secolo sul finalismo e le sue prospettive di sviluppo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1999, p. 1319 ss.; per un riferimento all'applicazione per la prima volta della espressione “signoria sul fatto”, HEGLER A., *Die Merkmale des Verbrechens*, in *Zeitschrift fuer die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1915, p. 19 ss. e successivamente ID., *Zum Wesen der mittelbaren Taeterschaft*, in *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben*, 1929, p. 307 ss.; cfr. anche SCHMIDT E., *Die mittelbare Taeterschaft*, in *Frank-Festschr.*, 1930, p. 121 ss.; ROXIN C., *Taeterschaft und Tatherrschaft*, De Gruyter, Berlin/New York, 2000, p. 60 ss.; WELZEL H., *Studien zum System des Strafrechts*, in *Zeitschrift fuer die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1939, p. 537 ss.; ID., *Das deutsche Strafrecht*, cit., p. 101 ss. (sul pensiero di quest'ultimo, HIRSCH J., *Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel*, in *Der Rechtswissenschaftlichen Fakultat zur 600 Jahr-Feier der Universitaet zu Koeln-Festschr.*, 1988, p. 420 ss.).

Non sembra dunque sufficiente che il contributo morale sia eziologicamente collegato all'insorgere della volontà criminale, né che esso sia *condicio sine qua non* dello stesso fatto di reato; si rende invece necessario che esso – per dir così – rechi appunto la sua impronta lungo tutto il lasso di tempo che intercorre fra l'interferenza psichica e la consumazione del fatto. Qualora si neutralizzi il proprio contributo al reato, pertanto, non sembrerebbe necessaria l'operatività del tentativo e degli istituti allo stesso connessi (desistenza volontaria e recesso attivo)⁷⁹; *la neutralizzazione del proprio contributo parrebbe piuttosto configurare, più semplicemente, il fattore che impedisce la stessa formazione della tipicità concorsuale.*

Laddove invece la neutralizzazione non fosse possibile, ciò significherebbe che il fatto di reato fuoriesce dalla sfera di controllo del concorrente; e in assenza di controllabilità, e quindi di dominabilità, viene anche meno, radicalmente, la stessa

⁷⁹ Per un approfondimento di tale fitto novero di tematiche (su cui non ci si può attardare in questa sede), BETTIOL G., *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, Padova, 1982, p. 441 ss.; CAMAIONI S., *Riflessioni sul "tentativo di concorso nel reato" e "tentativo di reato in concorso"*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2005, p. 1086 ss.; DI MARTINO A., *Concorso di persone*, cit., p. 164; FALCINELLI D., *L'attualità dell'offesa. Desistenza volontaria e genesi del disvalore penale*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 237 ss.; FONTANA I., *La desistenza volontaria e il recesso attivo nel concorso di persone nel reato: quali ponti d'oro al concorrente che fugge?*, in *Giurisprudenza penale*, 2022 (n. 3), p. 5 ss.; FORNASARI G., *Per un diverso inquadramento dogmatico delle ipotesi di desistenza e di recesso in un nuovo codice penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1994, p. 1336 ss.; GALLO M., *Diritto penale italiano*, cit., p. 82 ss.; GRASSO G., *Sub art. 110*, in ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 208; LATAGLIATA A.R., *I principi del concorso di persone nel reato*, Morano, Napoli, 1964, p. 24 ss.; MORMANDO V., *L'istigazione. I problemi generali della fattispecie ed i rapporti con il tentativo*, Cedam, Padova, 1995, p. 85 ss.; MANTOVANI F., *Diritto Penale. Parte Generale*, cit., p. 495 ss.; PEDRAZZI C., *Il concorso di persone nel reato*, cit., p. 32 ss.; PROSDOCIMI S., *Profili penali del postfatto*, Giuffrè, Milano, 1982, p. 98 ss.; RANIERI S., *Il concorso di più persone in un reato*, Giuffrè, Milano, 1949, p. 177 ss.; ZAGNONI P., «Desistenza volontaria» e riparazione del danno non patrimoniale, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1983, in *Dejure*, p. 1302 ss. Ci si limita poi, in questa sede, a riportare, sull'illiberale figura del c.d. tentativo di concorso, le considerazioni, che si condividono, di RISICATO L., *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 217-218, secondo cui "[n]el tentativo di concorso il fenomeno dell'interferenza, con la conseguente amplificazione incontrollata degli effetti estensivi della punibilità propri delle clausole generali di incriminazione suppletiva, nascerebbe dall'applicazione cumulativa e contemporanea ad una fattispecie-base dell'art. 56 e della disposizione di cui all'art. 110 c.p., sì da rendere punibili a titolo di tentativo atti idonei e diretti in modo non equivoco non già a realizzare, ma a partecipare ad un fatto delittuoso, indipendentemente dalla sua commissione: il momento iniziale dell'attività punibile arretrerebbe, in tal modo, fino alla soglia dell'accordo o dell'istigazione accolta, della manifestata disponibilità o addirittura dell'istigazione non accolta a commettere un delitto, anche in assenza di veri e propri atti di tentativo. Il processo di criminalizzazione di condotte originariamente atipiche si spingerebbe, così, fino alla repressione della mera *Gesinnung*, come accade peraltro in Germania con la discussa fattispecie di cui al § 30 *StGB*. [Tale] nuova ed atipica clausola estensiva [...] dissolve ogni contenuto di tipicità e materialità originario".

appartenenza – sia pure *pro quota* – del reato al concorrente: perché, d'altronde, la *suitas*, da sempre valorizzata nel reato monosoggettivo, dovrebbe essere del tutto obliterata nel concorso di persone? Non si tratterà sicuramente della medesima specie di *suitas* legata alla fattispecie monosoggettiva, ma la figura in parola non sembra potersi dissolvere totalmente in presenza di una plurisoggettività.

Così, dunque, per tornare all'esempio che si è formulato in partenza, nel caso di una mera persuasione, il concorrente morale può certo successivamente *tentare* altrettanto abilmente di dissuadere l'esecutore, ma ciò sembra, almeno per gran parte (giusta la peculiarità, l'inafferrabilità e l'imprevedibilità delle interferenze psichiche) sottratto al suo controllo sul fatto; viceversa, nel caso di minaccia o promessa di danaro, la revoca delle medesime, precedente al fatto, sarà di norma necessaria e sufficiente per impedirne il compimento: il concorrente morale esercita così un assai più pregnante controllo sul fatto. Solo in questa ultima ipotesi, e non anche nella prima, sembra pertanto costituzionalmente fondato (in quanto conforme ai principi fondamentali sopra enunciati in materia penale) parlare di concorso morale: solo, cioè, quando il concorrente ponga in essere un condizionamento idoneo nei termini sopra indicati, e quando tale condizionamento sia avvinto da un legame col fatto del tipo appena delineato, può apparire costituzionalmente compatibile sanzionare penalmente l'autore del condizionamento. In tutti gli altri casi, per quanto il contributo al reato possa risultare moralmente abominevole, esso dovrebbe rimanere al di fuori delle forche caudine della penalità e rivestire natura civile o amministrativa o, ancor più radicalmente, addirittura esclusivamente extragiuridica, ovverosia morale o sociale⁸⁰.

⁸⁰ Sembra peraltro che in seno alla giurisprudenza di legittimità italiana degli ultimi anni possano rinvenirsi spunti interessanti che depongono, almeno in parte, nel senso auspicato dal presente lavoro: cfr., ad es., Cass. pen., sez. VI, ud. 22/06/2023, dep. 04/10/2023, n. 40428, secondo cui, con riguardo all'ormai abrogato reato di abuso di ufficio, "la mera "raccomandazione" o "segnalazione" non ha di per sé un'efficacia causale sul comportamento del soggetto attivo, il quale è libero di aderirvi o meno secondo il suo personale apprezzamento, salvo che essa sia caratterizzata da ulteriori comportamenti positivi o coattivi, nella specie non dimostrati, che abbiano efficacia determinante sulla condotta del soggetto qualificato, costituendo in tale caso una forma di concorso morale nel reato"; nonché, nell'ambito dei reati di associazione a delinquere di stampo mafioso, Cass. pen., sez. I, ud. 10/06/2022, dep. 09/08/2022, n. 30906, secondo cui sarebbe "necessario dimostrare che la posizione verticistica dell'imputato si accompagni a dati circostanziali concreti, non predeterminabili ma valutabili caso per caso, che consentano, come per il ricorrente, di ritenerlo effettivamente coinvolto nel processo decisionale a conclusione del quale viene deliberata l'uccisione della vittima" (*contra*, tuttavia, Cass. pen., sez. V, ud. 10/12/2021, dep. 18/03/2022, n. 9395); ancora, Cass. pen., sez. I, ud. 15/09/2021, dep. 22/02/2022, n. 6237, la quale ha affermato che "il contributo psichico, al di là della ipotesi dell'istigatore o del mandante, deve essere espressivo di condivisione rispetto all'evento preso di mira e deve - in qualsiasi modo - risultare idoneo a realizzare una semplificazione o una agevolazione, in sede progettuale o esecutiva,

La futura indagine in ordine al controllo sul fatto in ambito concorsuale potrà essere sviluppata in ulteriori lavori, anche eventualmente di respiro monografico, principalmente al fine di meglio delineare ciò che vi possa rientrare e ciò che invece fuoriesca dal medesimo, e dunque di sviluppare adeguati criteri atti a perimetrarne il campo di operatività. Naturalmente, potranno residuare più o meno ampie zone grigie, ove una quota di controllo potrà non risultare integralmente esclusa e neppure indubbiamente sussistente. Si tratterà, tuttavia, delle ordinarie incertezze ermeneutiche che presiedono alla quasi totalità degli istituti giuridici.

5. Breve spunto di diritto comparato: l'ordinamento tedesco

L'applicazione della teoria del dominio sul fatto all'istituto del concorso morale ha trovato spazio nell'ordinamento tedesco, che si presenta al riguardo più articolato rispetto a quello domestico. Come è noto, infatti, esso modula in maniera differente il grado di responsabilità del concorrente, sanzionando, da una parte, l'*Anstifter* (ovverosia l'istigatore) alla stregua dell'autore del reato (art. 26 *StGB*); e, dall'altra, il mero partecipe, punito come complice (art. 27 *StGB*)⁸¹. Tale differenziazione, ignota al

dell'azione collettiva"; cfr. poi Cass. pen., sez. I, ud. 09/07/2021, dep. 26/11/2021, n. 43693, per cui "il concorso morale ricorre tutte le volte che un soggetto, diverso da quello il quale curerà materialmente l'esecuzione del reato, si profila nella fase preparatoria ed ideativa del reato, rafforzando nell'altro il proposito ed il disegno criminoso, indicando i mezzi per portarlo a compimento ovvero assicurando l'assistenza e l'aiuto prima o dopo la sua consumazione"; infine, si può ricordare Cass. pen., sez. I, ud. 12/01/2021, dep. 06/05/2021, n. 17541, ove si sostiene che "un accordo preventivo alla commissione del delitto presupposto, tra l'autore materiale e colui che promette un'attività di assistenza ed aiuto *post delictum*, consapevolmente determinatrice, istigatrice o rafforzatrice della volontà criminosa altrui, realizza un'ipotesi di concorso morale in tale delitto". Va in ogni caso ricordato come la giurisprudenza appena richiamata non sia del tutto esente (come in parte si è anche mostrato) da qualche oscillazione e da taluni scivolamenti anti-garantistici. Nondimeno, pare potersi ragionevolmente ritenere che il *trend* presenti, sotto il profilo delle garanzie individuali in materia concorsuale, diversi aspetti da valutarsi, ad un giudizio complessivo, positivamente.

⁸¹ L'art. 26 *StGB* dispone che "allo stesso modo dell'autore è punito come istigatore colui che ha determinato dolosamente taluno a commettere dolosamente un fatto antigiuridico"; l'art. 27 *StGB*, dal canto suo, prevede che: "1) è punito come complice chi dolosamente aiuta taluno alla commissione di un fatto antigiuridico doloso. 2) La pena prevista per il complice si misura in relazione alla pena prevista per l'autore. Essa deve essere ridotta a norma del § 49, comma 1". Sull'ordinamento tedesco in punto di concorso morale nel reato, cfr., nella dottrina italiana, fra gli altri ARGIRÒ F., *Le fattispecie tipiche di partecipazione*, cit., p. 153 ss.; HELFER M., *Il concorso di persone nel reato*, cit., p. 63 ss.; PONTEPRINO G., *Il concorso morale nel reato*, cit., p. 212 ss.; RISICATO L., *Tentativo e compartecipazione criminosa nella più recente dottrina di lingua tedesca. Una lettura sistematica dei saggi contenuti nella Festschrift für Claus Roxin*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2002, p. 290 ss.; SAMMARCO G., *Il concetto di autore e di partecipe*

sistema italiano, può offrire qualche ulteriore spunto di riflessione sulla latitudine applicativa del concorso morale e sollecitare lo studioso a porsi il più generale ed arduo interrogativo in ordine alla riconducibilità o meno della mera complicità psichica alla estensione tentacolare dell'art. 110 c.p.

Nell'alveo del § 26 *StGB* rientrano tradizionalmente contributi ritenuti di particolare disvalore, in guisa di “scintille” e “forze motrici”⁸², e tali da risultare “un fattore essenziale e preponderante⁸³” nell'economia generale del reato; la norma in parola, tuttavia, non seleziona il tipo di interferenza penalmente rilevante, talché, come è stato prontamente rilevato dalla dottrina, “se da un lato scongiura possibili lacune di tutela, dall'altro porta a un allargamento del suo perimetro operativo ed aumenta il tasso di aleatorietà del giudizio, i cui esiti dipendono – in definitiva – dall'indagine sul *se* e sul *quantum* dell'interazione psichica realizzatasi tra i soggetti coinvolti nella vicenda delittuosa”⁸⁴.

Non sono mancate proposte, di carattere minoritario, che mirano a delimitare in via ermeneutica il novero dei contributi rilevanti a titolo di istigazione. La principale ha inteso sussumere nell'art. 26 *StGB* esclusivamente le condotte avvinte al reato da un ‘patto illecito’, riconducendo la punibilità dell'istigatore, essenzialmente, al ruolo centrale dallo stesso ricoperto nella dinamica del reato: l'esecutore materiale commetterebbe il reato, secondo questa impostazione, perché legato da un vincolo sinallagmatico con concorrente morale⁸⁵. La teoria in questione è stata recentemente criticata dalla dottrina italiana sulla base di un duplice ordine di ragioni: innanzitutto, essa

nel reato nella più recente dottrina tedesca, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1979, p. 1026 ss. Nella dottrina d'oltralpe, si vedano, *ex plurimis*, AMELUNG K., *Die Anstiftung als korrumpierende Aufforderung zu strafbedrohtem Verhalten*, in AA.VV., *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, De Gruyter, Heidelberg, 2006, p. 150 ss.; HRUSCHKA J., *Prohibición de regreso y concepto de inducción. Consecuencias*, in *Revista de derecho penal y criminología*, 2000, 199 ss.; JESCHECK H.H.-WEIGEND T., *Lehrbuch de Strafrechts, Allgemeiner Teil*, V ed., Duncker und Humblot, Berlin, 1996, p. 680 ss.; ROXIN C., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, vol. II, *Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, C.H. Beck, München, 2003, p. 205 ss.; ID., *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2016, p. 660 ss. (versione Spagnola di ID., *Täterschaft und Tatherrschaft*, De Gruyter, Berlin-Boston, 1962); SCHUENEMANN B., *§§ 26-30. Anstiftung*, in *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, vol. I, XII ed., Berlin, 2006, p. 1985 ss.; STEIN U., *Die Strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, Duncker und Humblot, Berlin, 1988, p. 270 ss.

⁸² Si riprende l'icastica immagine da PONTEPRINO G., *op. ult. cit.*, p. 216.

⁸³ *Ivi*, pp. 216-217.

⁸⁴ PONTEPRINO G., *op. ult. cit.*, p. 220.

⁸⁵ La ricostruzione è opera di PUPPE I., *Die Architektur der Beteiligungsformen*, in *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2013, p. 516 ss., che in parte converge con la prospettiva di JAKOBS G., *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, De Gruyter, Berlin, 1991, p. 665 ss.

invertirebbe il ruolo di complice ed autore, poiché il vero dominio sul fatto apparterebbe non già all'esecutore materiale, bensì all'istigatore, pur formalmente relegato al rango di mero complice; in secondo luogo, cozzerebbe con il tenore letterale del § 26 *StGB*, che non prevede alcun accordo e alcun vincolo⁸⁶.

Ai nostri fini, si potrebbe invece sostenere che la teoria appena esposta, per quanto non interamente accoglibile, sia ispirata alla fondamentale esigenza di assicurare proprio una adeguata selezione di idonei fattori di condizionamento, da un lato, ed un più stretto legame fra concorrente e fatto di reato, dall'altro lato, e che dunque, fino a questo punto, essa sia da condividere.

Né, d'altronde, l'ostacolo legato alla *littera legis* del § 26 sembra del tutto insormontabile: il silenzio della legge, infatti, non sempre depone nel senso di un implicito diniego, e non può ritenersi di per sé inibita all'interprete un'esegesi della norma in senso restrittivo. Quanto, poi, all'inversione di vesti fra autore e complice, se è vero che la stessa può risultare più problematica in ordinamenti, come appunto quello tedesco, orientati verso una rigorosa distinzione dei ruoli nell'ambito di un reato⁸⁷, pare altrettanto vero che la sua rilevanza è destinata a dissolversi in ordinamenti, come quello italiano, ispirati all'idea di fondo di ricondurre ogni contributo all'onnivoro calderone del "concorso nel reato" (art. 110 c.p.): l'onnicomprendività della disposizione in parola può assolvere quindi, per una volta, paradossalmente ad una funzione garantistica. La critica che sembra invece più opportuno muovere alla teoria del sinallagma è legata alla sua *insufficiente selezione* delle condotte istigatorie punibili, poiché il vincolo sinallagmatico fra concorrenti non sembra l'unico possibile elemento in grado di fondare una responsabilità penale a titolo di concorso morale.

Ancor più delicato è l'altro fronte della responsabilità concorsuale in Germania, ossia quello della mera complicità psichica, disciplinato dal § 27 *StGB*: sebbene il confine con la più intensa incriminazione di cui al § 26 sia alquanto labile⁸⁸, la partecipazione 'secondaria' consiste in condotte dalla meno pregnante valenza agevolativa⁸⁹, i cui contorni risultano ben poco delineati soprattutto in giurisprudenza, come

⁸⁶ Così PONTEPRINO G., *op. ult. cit.*, p. 223.

⁸⁷ Discendente dalla teoria dell'accessorietà, su cui, nel contesto italiano, ci si limita qui a rinviare a BETTIOL G., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 595 ss.; PADOVANI T., *Le ipotesi speciali di concorso nel reato*, Giuffrè, Milano, 1973, p. 18 ss.; RISICATO L., *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, cit., p. 9 ss.; SEMINARA S., *Accessorietà e fattispecie plurisoggettiva eventuale nel concorso di persone nel reato*, cit., p. 437 ss.

⁸⁸ Sul punto, RISICATO L., *Tentativo e compartecipazione criminosa nella più recente dottrina di lingua tedesca. Una lettura sistematica dei saggi contenuti nella Festschrift für Claus Roxin*, cit., p. 295.

⁸⁹ Che possono essere tanto di natura materiale, quanto, per quel che qui rileva, di ordine morale.

segnalato anche dalla migliore dottrina d'Oltralpe⁹⁰. La gamma di posizioni dottrinali formatesi con riguardo alla figura in parola oscilla da quella di chi mira ad abbandonare il paradigma eziologico⁹¹ a quella di chi intende eliminare del tutto dal tessuto prescrittivo del § 27 ogni forma di concorso morale⁹², passando dalla ricostruzione intermedia volta a recuperare il modello causale integrandolo con il criterio prognostico⁹³. Ad ogni buon conto, come si è autorevolmente rilevato, “[s]ebbene in alcuni

⁹⁰ *Ex plurimis*, ROXIN C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Band 2, Verlag C.H. Beck, Muenchen, 1997, p. 200 ss., ma anche ID., *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*, in *Festschrift für Richard M. Honig. Zum 80. Geburtstag 3. Januar 1970*, Schwartz, Göttingen, 1970, p. 137 ss., ripreso anche da BASILE E., *Consiglio tecnico e responsabilità penale. Il concorso del professionista tramite azioni “neutrali”*, Giappichelli, Torino, 2018, nt. 52, p. 31, ove si fa riferimento al concetto di “*Hilfskonstruktion der psychischen Beihilfe*”, ovverosia una sorta di “costruzione ausiliaria” mediante cui si inserisce nell’ampio calderone del concorso morale finanche il puro presenziare sul luogo del reato. Vale la pena poi rammentare che, in un classico del diritto penale, sono considerati “contributi di minima importanza”: “generici consigli, incoraggiamenti di chi è già ben risoluto, fornitura di strumenti agevolmente reperibili altrove ecc.” (FLETCHER G.P., *Grammatica del diritto penale*, Il Mulino, Bologna, 2004 [*Basic Concepts of Criminal Law*], Oxford University Press, New York-Oxford, 1998), p. 293.

⁹¹ Per una ricostruzione di tale dottrina, BAUN L., *Beihilfe Zu Ns- Gewaltverbrechen: Zugleich Eine Untersuchung Zu Den Abstrakten Kriterien Der Beihilfe Durch Neutrales Verhalten*, Nomos, Baden-Baden, 2019, p. 84 ss.

⁹² HRUSCHKA J., *Alternativfeststellung zwischen Anstiftung und sogenannter psychischer Beihilfe*, in *JR*, 1983, p. 177 ss. L’Autore, in particolare, ritiene che il concorso morale si dissolva, sostanzialmente, in quello materiale, in quanto, laddove esulasse da ogni aspetto di materialità, risulterebbe del tutto insuscettibile di verifica empirica (l’argomento, si potrebbe aggiungere, sembra pertanto far leva, a monte, su di una carenza ontologica di determinatezza del concorso morale, declinata, quest’ultima, appunto nella sua dimensione di *verificabilità empirica*, richiesta dalla nostra Corte costituzionale, a partire dalla celeberrima sentenza sul reato di plagio (Corte cost., sent. n. 96 del 1981, punti 2 ss. *Considerato in diritto*). Cfr. anche ID., *Strukturen der Zurechnung*, De Gruyter, Berlin-New York, 1976, p. 39 ss. Più moderata, e non meno autorevole, l’opinione di ROXIN C., *op. ult. cit.*, p. 202, secondo cui il concorso morale, pur essendo empiricamente suscettibile di concreta verifica, ha nondimeno carattere *eccezionale* rispetto a quello materiale. È poi interessante che il medesimo autore (*ivi*, p. 208 ss.), ritenga, diffondendosi nell’esegesi dell’art. 27 *StGB*, che il contributo morale possa essere penalmente rilevante a condizione che presenti comunque dei connotati di carattere *materiale*: un simile rilievo sembra, del resto, supportare quanto si tenta di argomentare nel presente lavoro.

⁹³ Così PONTEPRINO G., *op. ult. cit.*, pp. 228-229: anche in terra tedesca, il ricorso a criteri di stampo prognostico in materia di concorso non va immune da obiezioni: il loro riconoscimento consacrerrebbe la punibilità di un mero tentativo di complicità, la cui integrazione è, però, implicitamente esclusa dal § 30 *StGB*, che – come noto – incrimina unicamente l’istigazione inefficace e l’accordo sterile. A ciò si aggiunga che l’aprioristica rinuncia a una ricostruzione del decorso causale reale in favore di valutazioni probabilistiche totalmente incentrate sul disvalore di azione rischia di produrre soluzioni inaccettabili, da un lato conferendo rilevanza a condotte prive di ogni peso rispetto all’azione criminosa, e dall’altro negando quella di contributi solo apparentemente neutri, ma in realtà decisivi rispetto alla realizzazione dell’offesa all’interesse protetto. Il parametro dell’aumento del rischio potrebbe semmai operare sinergicamente con quello eziologico, svolgendo una prima funzione selettiva, così da escludere dal perimetro di tipicità del § 27 i comportamenti che, per quanto naturalisticamente causali rispetto alla

ordinamenti giuridici la distinzione tra autore [cui equiparasi in Germania l'*Anstifter*] e [mero] complice non trovi riscontro nel diritto positivo, né generi comunque conseguenze sanzionatorie differenziate [si pensi appunto all'art. 110 c.p.p. italiano, contrapposto, sotto questo aspetto, al modello tedesco], essa viene sicuramente avvertita in ogni sistema penale"⁹⁴.

Alla luce delle argomentazioni avanzate nel presente lavoro, sembra che l'opzione da preferire, quanto all'ordinamento italiano, sia, *de iure condendo*, senz'altro quella prescelta da chi intende radicalmente espungere ogni interferenza psichica di poco momento, o di secondaria importanza, come ad es., "generici consigli, incoraggiamenti di chi è già ben risoluto, fornitura di strumenti agevolmente reperibili altrove"⁹⁵; come si è già detto con riguardo al controllo sul fatto, anche qui resta aperta, naturalmente, la possibilità di 'zone grigie', ove il carattere di secondaria importanza dell'apporto concorsuale potrà restare affidato alla discrezionalità dell'interprete, ma parrebbe, ad avviso di chi scrive, entro una certa misura fisiologica che una disposizione legislativa non possa coprire tutti i casi possibili e immaginabili, e che rimanga sembra una (più o meno ampia) zona di incertezza in ordine alla sussumibilità di determinati casi concreti sotto fattispecie astratte. Si badi: con riferimento alla futura eliminazione della complicità dal penalmente rilevante, le preoccupazioni avanzate da attenta e sensibile dottrina⁹⁶ non possono certamente essere sottaciute né trascurate; nondimeno, si ritiene che un garantismo rispettoso dei principi costituzionali di

consumazione dell'illecito, non si risolvono in una "prestazione di aiuto" e, pertanto, non accrescono in alcun modo il pericolo di aggressione al bene giuridico protetto".

⁹⁴ FLETCHER G.P., *op. et loc. ult. cit.*

⁹⁵ Cfr. nota n. 90. Sarebbe poi interessante delineare il tipo di rapporto che intercorre fra tali apporti concorsuali "di secondaria importanza" (non sempre, come si è visto, adeguatamente circoscritti in dottrina e in giurisprudenza), e quelli di "minima importanza" di cui all'art. 114, comma I, del codice penale italiano. Parrebbe, in ogni caso, che il novero dei primi sia o possa essere notevolmente più ampio di quello dei secondi, in ragione della sostanziale e nota *interpretatio abrogans* da parte della giurisprudenza italiana della circostanza attenuante in parola, tale da rendere quasi impossibile il verificarsi di contributi valutati da un giudice come di "minima importanza", che, semmai potessero darsi, dovrebbero davvero, nell'impostazione pretoria ad oggi dominante, rasentare la totale estraneità al fatto. Come volevasi dimostrare, il meccanismo che presiede al concorso di persone del reato (non soltanto, invero, di natura morale) sembra operare in senso diametralmente opposto rispetto ai principi – *inter alia* – di sussidiarietà ed *extrema ratio* del diritto penale.

⁹⁶ Ancora PONTEPRINO G., *op. ult. cit.*, p. 230, che, riprendendo alcune considerazioni di ROXIN C., *Strafrecht*, cit., p. 281, asserisce: "[u]na concezione del genere, di sicura ispirazione garantista, non tiene però adeguatamente conto del dato di realtà: negli sviluppi della dinamica concorsuale è assolutamente ipotizzabile che l'apporto del complice produca i suoi effetti sulla psiche dell'autore primario e solo in via mediata sulla consumazione dell'illecito. Sicché, lasciare impunti siffatti contributi appare inaccettabile a livello politico criminale e di dubbia coerenza sistematica".

frammentarietà e materialità comportamenti, come prezzo da pagare, l'accettazione di inevitabili lacune di tutela sul piano politico-criminale⁹⁷.

Quanto al versante, tuttavia, *de iure condito*, il discorso si rende inevitabilmente più complesso. L'art. 110 c.p., infatti, risente ancor oggi della temperie culturale autoritaria in cui è stato concepito, e sembra non lasciare valichi di impunità ad ogni tipo di apporto, anche di carattere, come sopra detto, secondario, che non può, pertanto, essere *sic et simpliciter* escluso dall'alveo della penalità, a pena di una sostanziale *risrittura* della tentacolare norma codicistica. Si potrebbe, al più, sollevare questione di legittimità costituzionale della medesima nella parte in cui non prevede l'esclusione dall'ambito del concorso di persone forme di contributo 'secondarie' (per come sopra definite), ma sembrerebbe trattarsi di una modifica di tale portata, da richiedere, almeno prioritariamente, un intervento di fonte legislativa. Non si potrà dunque, frattanto, che adottare (non, appunto, una sostanziale riscrittura, bensì) una interpretazione di tipo restrittivo dell'art. 110 c.p.

6. Conclusione

La "selva oscura" del concorso morale non può costituire una sostanziale '*rights-free-zone*'⁹⁸, ma deve essere pienamente restituita, sia sul piano ermeneutico che sul piano legislativo, alla legalità costituzionale. La maniera che è parsa, nel presente lavoro, più consentanea al raggiungimento di tale scopo, è legata alla combinazione⁹⁹ di due indispensabili criteri critico-limitativi dell'incriminabilità del contributo morale, ovvero sia la necessità che la condotta del concorrente costituisca un fattore idoneo a comprimere o alterare significativamente la sfera di autodeterminazione dell'esecutore, fungendo da contro-spinta rispetto alla norma penale, e la sussistenza di un legame fra contributo e fatto di reato che racchiuda in sé il nesso eziologico fra il primo ed il secondo, la loro corrispondenza in tutte le componenti fondamentali ed una *quota di controllo* sul fatto da parte del concorrente.

La prima si potrà incentrare sull'insieme dei mezzi di persuasione che

⁹⁷ Una prospettiva politico-criminale suggestiva, ed improntata a circoscrivere la portata penale della complicità psichica è offerta da RISICATO L., *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, cit., p. 81.

⁹⁸ Ove il potere penale, purché vi sia una fattispecie di reato plurisoggettiva, sia lasciato del tutto libero da ogni limite o vincolo di diritto positivo, a detrimento dei principi e dei diritti fondamentali del reo.

⁹⁹ Ad oggi soltanto in via ermeneutica; in futuro – ci si augura – anche a livello legislativo.

costituiscono non soltanto pure, sebbene insidiose, manifestazioni dialettiche, ma anche e soprattutto un principio di azione (come ad es. la promessa di denaro o la minaccia), tale da riavvicinare il contributo a titolo di concorso morale, in particolare, ai principi costituzionali di materialità, frammentarietà ed offensività: il primo sarebbe rispettato in quanto non verrebbero più punite mere manifestazioni di pensiero; il secondo godrebbe di maggiori spazi applicativi in ragione della più accurata selezione degli apporti penalmente rilevanti; il terzo vedrebbe quantomeno concretizzata la messa in pericolo del bene giuridico. Solo per questa via, peraltro, si ritiene di poter 'rimettere in campo' il principio di meritevolezza di pena e quello di sussidiarietà od *extrema ratio*. Va infine ricordato come il catalogo dei contributi punibili non dovrebbe rimanere eternamente ingessato, ma dovrebbe essere aperto ad eventuali integrazioni ed evoluzioni, anche suggerite dallo sviluppo delle scienze sociali e da nuovi spunti in tema di causalità psichica.

Quanto, poi, al(la quota di) controllo sul fatto, esso dovrà fungere da anello di congiunzione fra i contributi idonei a fungere da contropinta rispetto alla norma penale ed il fatto di reato, affiancando la causalità psichica (in sé troppo debole per potersi rivelare sufficiente, a differenza di quella naturalistica), oltre alla corrispondenza fra fatto istigato e fatto commesso. Attraverso l'elaborazione di tale requisito, si rafforzerà ulteriormente la componente oggettivistica del concorso morale e si garantirà quantomeno un *minimum* di dominabilità del fatto da parte del concorrente, così, dunque, riadattando anche la *suitas* all'istituto concorsuale. Vi è, infine, la piena consapevolezza del carattere ancora embrionale delle osservazioni che si sono svolte, ma si auspica lo sviluppo e l'integrazione, in futuro, di criteri in grado di tracciare un'*actio finium regundorum* fra fattori che depongono a favore di un controllo sul fatto e fattori che invece lo escludono; la revocabilità sembra essere al riguardo soltanto uno dei possibili modi di distinguere gli uni dagli altri, magari altamente significativo, ma non certo esaustivo. Si ritiene, in proposito, che il lungo collaudo dell'esperienza ed una più vasta casistica potranno offrire un apporto cruciale.

Per concludere, solo mediante requisiti così stringenti si potrà quantomeno aspirare a sottrarre l'istituto in esame all'infausto destino normativo che sembra imposto dal suo stesso nome.

ABSTRACT

Il presente lavoro si propone di rivisitare l'istituto del concorso morale, al fine di riadattare alle relative peculiarità i principi fondamentali in materia penale, sinora in larga parte inoperanti. Dopo un'analisi dello scollamento attuale fra il primo ed i secondi, si tenterà di suggerire una possibile via che conduca al risultato che si ha di mira: essa consiste nella combinazione di due criteri critico-delimitativi dell'incriminabilità del concorso morale, e cioè, essenzialmente, da un lato l'idoneità del condizionamento psichico a fungere da controspinta rispetto alla norma penale; dall'altro un legame del contributo morale con il fatto di reato che non si esaurisca nel mero nesso eziologico fra i medesimi, ma si spinga fino a ricomprendere, oltre alla tendenziale corrispondenza fra fatto commesso e fatto istigato, anche l'esercizio, da parte del concorrente, di una quota di controllo sul fatto criminoso.

PAROLE CHIAVE

Principi fondamentali – Concorso morale – Idoneità del condizionamento –
Controspinta – Legame col fatto – Controllo sul fatto

* * *

PSYCHIC PARTICIPATION AND DOMINION OVER THE FACT:
A PROPOSAL *DE IURE CONDITO* AND *DE IURE CONDENDO*

ABSTRACT

The present work aims at revisiting the institution of moral complicity in crime, in order to re-adapt to its peculiarities the fundamental principles of criminal law, hitherto largely inoperative. After an analysis of the current mismatch between the former and the latter, an attempt will be made to suggest a possible way that will lead to the aim in question: it consists in the combination of two critical and limiting criteria for the incriminability of moral aiding and abetting, and namely, essentially, the suitability of the psychological conditioning to act as a counterforce to the criminal law norm and a link between the moral contribution and the criminal act that is not limited merely to the aetiological link between those two, but goes so far as to include – in addition to the tendential correspondence between the act committed and the act instigated – the exercise by the accomplice of a control-share over the fact.

KEYWORDS

Fundamental principles – Moral complicity – Suitability of conditioning –
Counterforce – Connection with the fact – Control over the fact