

## QUESITI

---

**ALESSANDRO MORELLI**

***Diversi titoli di reato per un medesimo fatto concorsuale? Il rompicapo della disciplina del concorso eventuale di persone nel reato: osservazioni a margine di Cass., Sez. III, ord. n. 20563 del 12 maggio 2022***

La questione della possibile differenziazione dei titoli di responsabilità tra concorrenti a fronte di un medesimo fatto di reato realizzato plurisoggettivamente è tornata di attualità a seguito di una recente ordinanza di rimessione alle Sezioni unite, in relazione, in particolare, ai reati in materia di detenzione e traffico di sostanze stupefacenti (art. 73, D.P.R. n. 309/1990). La questione controversa affonda le proprie radici nella ricostruzione dogmatica dell'istituto del concorso eventuale di persone nel reato e si riferisce alla natura, unitaria o differenziata, del fatto realizzato plurisoggettivamente, specie nel caso in cui gli apporti concorsuali siano *ex se* apprezzabili come autonomi reati. A favore della soluzione pluralistica milita non solo il principio di colpevolezza, come secondo aspetto della legalità penale, ma anche ragioni sistematiche riconducibili a ipotesi legalmente previste di concorso di persone con coefficiente soggettivo eterogeneo.

*Concurrent forms of crime for the same fact of complicity in crime? The riddle of the rules of complicity in crime: remarks about Cass., Sect. III, 12 May 2022, ord. no. 20563*

*The question of whether different offenses can be assumed for the same act of aiding and abetting a crime has resurfaced following a recent order of referral to the Joined Chambers of the Court of Cassation to review a case involving the possession and trafficking of narcotics (as described in Article 73 of Presidential Decree No. 309/1990). This controversial issue relates to the interpretation of the rules governing complicity in crime and whether participation in a crime should be treated as a single offence or as multiple offenses, particularly in cases where the contributions of those involved are autonomous offenses in and of themselves. Those in favour of the latter approach argue that it is based not only on the principle of culpability, which is a key aspect of criminal law, but also on systematic considerations related to specific hypothetical scenarios of complicity with different mens rea of the crime.*

**SOMMARIO:** 1. L'attuale contrasto giurisprudenziale sulle fattispecie *ex art. 73 D.P.R. 309/1990*. - 2. Tra scissione ed unificazione del titolo di reato: il caso (affine, ma diverso) del concorso di persone con coefficiente soggettivo eterogeneo. - 3. *Segue:* i casi (ancora diversi) del concorso del terzo nel delitto di ragioni fattasi e del professionista nel fatto dell'autoriciclatore. - 4. I «mezzi, le modalità o le circostanze dell'azione» *ex art. 73, comma 5, t.u. stupefacenti*, da elementi accidentali a requisiti del fatto tipico. Una possibile soluzione.

1. *L'attuale contrasto giurisprudenziale sulle fattispecie ex art. 73 D.P.R. 309/1990.* Una recente ordinanza di rimessione alle Sezioni unite<sup>1</sup> ha reso nuovamente attuale uno dei problemi maggiormente dibattuti a proposito dell'istituto del concorso eventuale di persone nel reato. Si tratta, in particolare, di comprendere «se, in tema di concorso di persone nel reato di detenzione di stupefacenti, il medesimo fatto storico possa essere o meno qualificato ai sensi del D.P.R. n. 309 del 9 ottobre 1990, art. 73, comma 1 o 4, nei confronti di alcuni concorrenti e contemporaneamente ricondotto nell'ambito dell'art. 73, comma 5, nei confronti di altri».

È infatti noto che il legislatore, con il d.l. n. 146 del 23 dicembre 2013, convertito con modifiche dalla l. n. 10 del 21 febbraio 2014, ha trasformato la fattispecie del comma 5 da attenuante speciale ad effetto speciale a titolo autonomo di reato, al fine di mitigare il “furore” repressivo della previgente disciplina, sottraendo la disposizione al giudizio di prevalenza o equivalenza in rapporto ad altre eventuali aggravanti e garantendo così l'applicazione di pene meno severe per il c.d. “micro-spaccio”<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr. Cass., Sez. III, ord., 12 maggio 2022, n. 20563, in *Dejure*. La terza Sezione della Corte ha rimesso alle Sezioni unite il ricorso presentato dagli imputati contro la sentenza della Corte di Appello di Lecce del 26 febbraio 2021, di conferma della sentenza del Tribunale di Taranto del 22 novembre 2016, che aveva riconosciuto la penale responsabilità dei due ricorrenti per i reati di cui agli articoli 81 cpv, 110 c.p. e 73 D.P.R. n. 309/1990. Va precisato che la Corte leccese decideva in sede di rinvio, a seguito di annullamento della sentenza del 9 novembre 2018 della Sezione distaccata di Taranto della Corte di Appello di Lecce, disposto dalla Cassazione con sentenza del 16 ottobre 2019. Il giudice dell'appello, in veste di giudice del rinvio, valorizzando la «parvenza di una gestione organizzata sviluppata quasi con ruoli» e la «capacità offensiva del fatto in termini di mezzi, modalità e circostanze dell'azione», ha giustificato il diniego dell'ipotesi lieve, confermando, dunque, la sentenza di primo grado del Tribunale di Taranto del 22 novembre 2016; sul punto, cfr. i paragrafi 2.1. e 6. dell'ordinanza di rimessione citata.

Preme segnalare, peraltro, che la Presidente Aggiunto della Suprema Corte, con provvedimento del 7 giugno 2022, ha restituito gli atti relativi al processo oggetto di rimessione alla terza Sezione, affinché valuti la sussistenza di questioni preliminari alla decisione del ricorso, in particolare in relazione al computo del termine prescrizione nel caso di annullamento con rinvio riguardante la supposta erronea qualificazione giuridica del fatto; il provvedimento di restituzione, n. 20563/2022, è consultabile sul sito [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it).

<sup>2</sup> Ed invero è granitico l'orientamento della Suprema Corte che qualifica, dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 146/2013, conv. con mod. dalla l. n. 10/2014, la disposizione del comma 5 come ipotesi delittuosa autonoma rispetto ai reati di cui ai commi 1 e 4; cfr., tra le molte, Cass., Sez. IV, 21 maggio 2019, n. 38381, Rv. 277186); Cass., Sez. VII, 26 gennaio 2018, n. 22398, Rv. 272997; Cass., Sez. IV, 6 giugno 2017, n. 36078, Rv. 270806; Cass., Sez. VI, 8 gennaio 2014, n. 14288, Rv. 259057; Cass., Sez. IV, 9 gennaio 2014, n. 7363, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 4, 393 ss. con nota di CORBETTA, *La “nuova” fattispecie del fatto di lieve entità*; in dottrina, GAMBARDELLA, *La sequenza “invalidità” e “reviviscenza” della legge*

L'ordinanza da cui muovono le seguenti riflessioni lambisce, dunque, l'essenza dell'istituto del concorso eventuale di persone, perché al quesito appena riportato è sotteso l'ulteriore interrogativo se il reato (nella specie di detenzione e vendita di stupefacenti) commesso insieme da più persone sia unico, ovvero se possano configurarsi tanti reati (diversi) quanti sono i concorrenti che abbiano contribuito sinergicamente alla realizzazione del medesimo fatto. Dalla scelta tra le due soluzioni astrattamente prospettabili – quella della necessaria unicità della responsabilità concorsuale e quella della possibile diversificazione dei titoli di reato – derivano apprezzabili conseguenze soprattutto in punto di pena. Basti considerare, in proposito, il minimo edittale previsto dalle ipotesi dei commi 1 e 4 dell'art. 73 D.P.R. n. 309/1990 (rispettivamente sei e due anni di reclusione, a seconda che si tratti di droghe c.d. “pesanti” o “leggere”) e quello, sensibilmente più mite, previsto dalla ipotesi “lieve” del comma 5 (sei mesi di reclusione)<sup>3</sup>.

Due le tesi sul tappeto. Secondo un primo orientamento<sup>4</sup>, dall'interpretazione sistematica delle regole sulla compartecipazione criminosa si desume «la

---

*all'origine del “nuovo” sistema penale degli stupefacenti*, in *Cass. pen.*, 2014, 1132 ss.; v. anche, sul punto, PIFFER, sub *Art. 73*, in *Codice penale commentato*<sup>3</sup>, diretto da Dolcini-Gatta, Tomo IV, Milano, 2021, 1135 s.; ID., *Le novità di diritto penale in materia di sostanze stupefacenti*, in *Le nuove norme sulla giustizia penale*, a cura di Conti-Marandola-Varraso, Milano, 2014, 12; per un approfondimento sul problema del c.d. “rinvio mobile” ai «fatti» previsti dai commi precedenti, connesso agli effetti della declaratoria di incostituzionalità delle principali norme della legge Fini-Giovanardi del 2006 pronunciata dalla sentenza della Corte costituzionale n. 32/2014, v. VIGANÒ, *Dalla Cassazione un piccolo vademecum per il giudice di fronte al rompicapo creato dal d.l. n. 146/2013 e dalla sent. n. 32/2014 in materia di stupefacenti*, in *www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 1 aprile 2014, 1 ss.

Secondo le note Sez. un. “Murolo” del 2018 (Cass., Sez. un., 9 novembre 2018, n. 51063, in *Cass. pen.*, 2019, 1897 ss., con nota di TORIELLO, *Il fatto di lieve entità configurabile anche in caso di detenzione di sostanze stupefacenti di diversa specie: i principi di diritto affermati dalle Sezioni unite con la sentenza Murolo*), peraltro, la fattispecie incriminatrice autonoma prevista dal comma 5 è ipotesi unica di reato anche quando le sostanze oggetto di spaccio appartengono a tabelle eterogenee, eventualità in cui, se non venisse riconosciuta l'ipotesi lieve, si realizzerebbe un concorso di reati tra le autonome fattispecie di cui ai commi 1 e 4. Diversamente, se la condotta è qualificabile ai sensi del comma 5, ad avviso della Corte si viene a determinare un'ipotesi di concorso apparente di norme da risolvere in favore della (sola) configurabilità del comma 5, trovando applicazione l'art. 15 c.p.

<sup>3</sup> Ma rilevanti conseguenze si verificano anche in ordine al termine di prescrizione del reato, ridotto di quasi due terzi e al regime di applicabilità delle misure precautelari e cautelari; sul punto, v. TORIELLO, *Produzione e traffico di sostanze stupefacenti*, Milano, 2021, 69 ss.

<sup>4</sup> Patrocinato da ultimo da Cass., Sez. IV, 7 luglio 2021, n. 30233, in *Cass. pen.*, 2022, 1533 ss., con nota critica di SANTARELLI, *Unità e differenziazione dei titoli di reato nel caso di cessione o acquisto di stupefacenti commesso da più persone*; Cass., Sez. IV, 18 giugno 2019, n. 34413, in *Dejure*.

tendenziale necessità della parificazione della responsabilità dei concorrenti, attesa l'unicità del reato in cui concorrono»<sup>5</sup>. Gli articoli 116 e 117 c.p. confermerebbero tale impostazione, dato che essi sono funzionali a garantire l'omogeneità del titolo di responsabilità anche dove «sussistano elementi di differenziazione delle specifiche posizioni»<sup>6</sup>. Conseguentemente, posto che l'ipotesi di lieve entità del comma 5 dipende da una valutazione globale ed oggettiva della fattispecie concreta<sup>7</sup>, per questo indirizzo, una volta identificata un'unica condotta tipica realizzata in concorso<sup>8</sup>, la qualificazione giuridica deve rimanere unica per tutti i concorrenti.

Facendo proprio il «dogma» dell'unicità del reato concorsuale predicato dalla dottrina tradizionale<sup>9</sup>, parte della giurisprudenza<sup>10</sup> punta, dunque, l'attenzione sugli elementi costitutivi del reato di cui all'art. 73 comma 5, concludendo che la configurabilità di tale fattispecie «non può né dipendere da peculiarità

<sup>5</sup> In questi termini, in particolare, Cass., Sez. IV, 18 giugno 2019, n. 34413, cit.

<sup>6</sup> Cass., Sez. IV, 18 giugno 2019, n. 34413, cit.; analogamente, Cass., Sez. IV, 7 luglio 2021, n. 30233, cit.

<sup>7</sup> Sulla natura degli indici sintomatici che fondano l'ipotesi della lieve entità, v., per tutti, PIFFER, sub *Art. 73*, in *Codice penale commentato*<sup>5</sup>, cit., 1133 e ss.

<sup>8</sup> Diversamente, nel caso in cui le differenti azioni tipiche di acquisto, trasporto, detenzione, vendita e cessione appaiano distinte sul piano ontologico, cronologico, psicologico e funzionale, si configurano più reati, eventualmente unificati dalla continuazione. Solo in questo caso, dunque, sarebbe ipotizzabile che ciascun concorrente risponda a titolo diverso, non configurandosi, peraltro, un'ipotesi di concorso *ex art.* 110; v. Cass., Sez. IV, 7 luglio 2021, n. 30233, cit.; v. anche Cass., Sez. VI, 28 marzo 2017, n. 22549, Rv. 270266.

<sup>9</sup> Così, tra i molti, RANIERI, *Il concorso di più persone nel reato*, Milano, 1938, 116 ss., spec. 118-119 e 133 ss.; LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, Pompei, 1964, 11 e ss., spec. 264; MANZINI, *Trattato di diritto penale*, Vol. 2, Torino, 1981, 580, ove viene precisato che «[i]l reato è identico quando ciascuno dei concorrenti vuole il fatto che lo costituisce, nulla importando che se codesto fatto fosse stato commesso singolarmente da ciascuna delle più persone, per le une avrebbe dovuto qualificarsi sotto un titolo criminoso, e per le altre sotto un titolo diverso». Ancora, «[s]e si tratta di un reato, il cui titolo esige un dolo specifico (es.: furto), il compartecipe, che tale dolo specifico non abbia avuto, è tuttavia punibile per concorso nel detto reato, quando abbia agito con dolo generico»; più di recente, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*<sup>15</sup>, Milano, 2000, 553 s.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*<sup>3</sup>, Bologna, 2019, 537, che, in relazione al coefficiente soggettivo del concorso di persone, sostengono come l'ipotesi del concorso doloso in delitto colposo sia impedita, fra l'altro, anche dall'adesione codicistica alla teoria unitaria, o c.d. "monista" del concorso eventuale di persone nel reato. In generale, seppur con varie sfumature di pensiero, tali dottrine leggono il fenomeno concorsuale come processo criminale unitario, in cui i singoli apporti concorsuali perdono la loro individualità per diventare parti di un unico fatto delittuoso.

<sup>10</sup> Cass., Sez. IV, 18 giugno 2019, n. 34413, cit.; cfr. anche Cass., Sez. IV, 7 luglio 2021, n. 30233, cit., che fa salva la possibilità di differenziare la posizione di ciascun concorrente attraverso gli articoli 114 e 133, ovvero le disposizioni in materia di recidiva.

soggettive di uno dei concorrenti né configurarsi in modo frammentario rispetto soltanto ad uno di essi».

Questo orientamento<sup>11</sup>, tuttavia, riferendosi all'individuazione di una «unica condotta tipica», sembrerebbe dare rilievo alla sola condotta atipica del concorrente (senza che vi siano necessariamente più condotte tipiche), sicché, una volta individuata un'unica condotta, tra quelle alternativamente previste dalle fattispecie descritte dall'art. 73 t.u. stupefacenti, in virtù dell'art. 110 c.p. la qualificazione giuridica dell'atto di partecipazione “accessorio” posto in essere dagli altri concorrenti mutua sempre da quella del fatto principale<sup>12</sup>. Infatti, i reati descritti dall'art. 73 si atteggiavano come fattispecie miste alternative, posto che il legislatore ha tipicizzato diverse modalità con cui può essere alternativamente realizzato un fatto di spaccio<sup>13</sup>.

E proprio con riferimento a tale fattispecie, ad opposte conclusioni perviene un altro orientamento della suprema Corte<sup>14</sup>, laddove afferma che il medesimo fatto storico di spaccio, anche se contestato in regime di concorso di persone nel reato, si presta ad essere qualificato diversamente per ciascun correo, quando, alla luce di una valutazione globale, le condotte di ogni compartecipe, esprimendo un grado variabile di disvalore oggettivo e soggettivo, rimangono apprezzabili in termini differenziali sotto il profilo della qualificazione giuridica. In tal caso, quella dell'art. 110 non sarebbe una funzione di incriminazione<sup>15</sup>,

<sup>11</sup> Ci si riferisce ora, in particolare, a Cass., Sez. IV, 18 giugno 2019, n. 34413, cit.

<sup>12</sup> È quanto sostenuto dalla teoria della accessorialità, che, come noto, riesce a spiegare dal punto di vista dogmatico i casi in cui una condotta *ab origine* priva di tipicità si leghi indissolubilmente a quella dell'esecutore principale, mutuandone necessariamente la qualificazione giuridica; per un approfondimento di tale teoria, v., per tutti, PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1957, *passim* (ora anche in ID., *Diritto penale, scritti di parte generale*, vol. I, Milano, 2003, 5 ss., spec. 28 e ss.).

<sup>13</sup> Va evidenziato che si tratta di fattispecie miste alternative sul piano “orizzontale”, mentre sul piano “verticale”, i vari commi descrivono fattispecie miste cumulative; in giurisprudenza, per tutte, Cass., Sez. un., 9 novembre 2018, n. 51063, cit.; v., in dottrina, PIFFER, sub *Art. 73*, in *Codice penale commentato*, cit., 1106 ss.; cfr. anche TORIELLO, *Produzione e traffico di sostanze stupefacenti*, cit., 114 e ss.

<sup>14</sup> Cfr. Cass., Sez. VI, 9 novembre 2018, n. 2157, in *Dejure*; Cass., Sez. III, 20 febbraio 2020, n. 16598, in *Dejure*; Cass., Sez. III, 4 febbraio 2022, n. 20234, in *Dejure*.

<sup>15</sup> Come è noto, alla norma dell'art. 110 c.p. (al pari degli artt. 56 e 40 cpv. c.p.) si attribuisce una funzione incriminatrice nella misura in cui “moltiplica” la tipicità del singolo reato, calibrato sull'esecuzione monosoggettiva o plurisoggettiva necessaria, rendendo punibili quelle condotte atipiche che, pur non rientrando *ex se* nello schema legale descritto dalla fattispecie di parte speciale, siano teleologicamente orientate alla realizzazione dell'illecito. Cfr., tra la sterminata dottrina sul punto, GRASSO, sub *Art. 110*, in Romano-Grasso, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Milano, 2012, 160 s.; F.

ma essenzialmente di disciplina del fenomeno concorsuale, limitandosi a rendere applicabile ai concorrenti il regime delle circostanze del concorso<sup>16</sup> e quello dell'estensione delle cause di giustificazione<sup>17</sup>, essendo le condotte di alcuni compartecipi già di per sé tipiche, perché costituenti il reato autonomo di cui all'art. 73 comma 5<sup>18</sup>.

Secondo tale prospettazione, che rende indipendente il disvalore della condotta del singolo correo rispetto a quello delle condotte altrui, in particolare di quella di cui al comma 5 dell'art. 73, sarebbe lo stesso comma 5 a richiedere «una valutazione complessiva degli elementi della fattispecie concreta, selezionati in relazione a tutti gli indici sintomatici previsti dalla disposizione»<sup>19</sup>. Fra

---

MANTOVANI, *Diritto penale. Parte Generale*<sup>2</sup>, Milano, 2020, 551; GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*<sup>3</sup>, vol. II, Torino, 2020, 95, che distingue a seconda che «nel caso concreto le disposizioni sul concorso esplichino una funzione incriminatrice propria o, più modestamente, riducano le loro operazioni alla specificazione circostanziale di comportamenti già qualificati»; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*<sup>4</sup>, cit., 514; sulla funzione c.d. integrativa delle disposizioni sul concorso, v., per tutti, PEDRAZZI, *Diritto penale, scritti di parte generale*, cit., 5 ss.; per un approfondimento sulle diverse tecniche normative del concorso di persone, anche alla luce di altri ordinamenti, v. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milano, 1987, 29 ss.

<sup>16</sup> Ci si riferisce alle circostanze “del” concorso, di cui agli articoli 111, 112 e 114 c.p.; cfr. DE FRANCESCO, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*<sup>5</sup>, Torino, 2022, 687 s., che le tiene distinte dalle circostanze “nel” concorso, in quanto riferite al regime di comunicabilità delle circostanze aggravanti (o attenuanti) già previste per il singolo reato e a quello delle circostanze di esclusione della pena, descritti dagli articoli 118 e 119.

<sup>17</sup> Previsto dall'articolo 119, comma 2 c.p. Nessun rilievo, nel caso che ci occupa, all'effetto di estensione della querela previsto dall'art. 123 c.p., posto che si tratta di reati comunque procedibili d'ufficio.

<sup>18</sup> Come si avrà modo di approfondire, tale ultima affermazione non è però affatto pacifica. Si discute, infatti, se il «dogma» dell'unicità del reato concorsuale imponga, anche in presenza di condotte *ex se* costituenti autonomi reati, l'unicità della qualificazione giuridica per tutti i correi, così come postulato dai compilatori del codice del 1930, alla luce della pretesa funzione “tipizzante” del criterio dell'efficienza causale. La questione controversa di cui si discute, dunque, affonda le proprie radici sul piano della dogmatica, in relazione alla possibilità di ricostruire la scarna disciplina positiva del concorso eventuale di persone nel reato secondo un modello “unitario” o “differenziato”. Da ultimo, per l'opportunità di un abbandono di tale concezione, in favore di soluzioni più coerenti col sistema penale costituzionale, cfr. SEMINARA, *Sul “dogma” dell'unità del reato concorsuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 3, 789 ss.; PAPA, *Quale statuto condiviso per il concorso di persone nel reato?*, in *www.discrimen.it*, 1 dicembre 2022, 1 ss., spec. 20 ss. L'A., in particolare, conclude per un definitivo abbandono di un modello unitario di compartecipazione criminosa, proponendo, *de jure condendo*, una “autonomizzazione” dell'istituto – sia pure coerente con l'impianto dogmatico-garantista della parte generale del Codice – in grado di adattarsi alle «aree criminologiche, la cui autonomia e peculiarità richiede una regolamentazione separata e specifica della compartecipazione criminosa».

<sup>19</sup> In particolare, v. Cass., Sez. III, 4 febbraio 2022, n. 20234, cit., nella parte in cui viene riportata la massima delle Sezioni unite “Murolo” relativa all'unicità del reato di cui all'art. 73, comma 5, la cui configurabilità è subordinata ad una valutazione di minima offensività non solo per l'oggetto materiale del

questi, specialmente «i mezzi, le modalità e le circostanze dell'azione» costituirebbero elementi di fattispecie che, in quanto da non considerare esclusivamente oggettivi - come la qualità o la quantità di stupefacente - potrebbero atteggiarsi diversamente per ciascun concorrente nel reato, incidendo così in maniera variabile sull'offesa tipica.

Su tali premesse, pertanto, si è affermato, ad esempio, che pur in difetto di una contestazione per associazione a delinquere finalizzata al traffico di droga, il ruolo *lato sensu* apicale rivestito da taluni concorrenti nell'organizzazione o nella gestione dell'attività di spaccio impedisce, per tale posizione, il riconoscimento dell'ipotesi lieve di cui al comma 5 dell'art. 73 a favore di essi<sup>20</sup>.

Altre pronunce della Suprema corte, ancora a favore della differenziazione dei titoli di reato tra concorrenti, privilegiano invece argomentazioni squisitamente dogmatiche, affermando che «dalla combinazione delle norme di parte speciale con quelle sul concorso di persone nel reato discendono tante fattispecie plurisoggettive differenziate quanti sono i concorrenti». Conseguentemente, pur avendo in comune il medesimo sostrato materiale, i concorrenti possono distinguersi per il diverso atteggiarsi dell'elemento soggettivo o per «taluni aspetti esteriori, inerenti soltanto alla condotta dell'uno o dell'altro concorrente»<sup>21</sup>. Aderendo alla teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale<sup>22</sup>, elaborata da una parte della dottrina in chiave individualistica e personalizzante al

---

reato - qualità e tipo di sostanza stupefacente - ma anche per la condotta, dunque riferibile ai mezzi, alle modalità ed alle circostanze della stessa.

<sup>20</sup> V., sul punto, Cass., Sez. III, 4 febbraio 2022, n. 20234, cit., ove si legge che «[n]el caso in giudizio, infatti, la sentenza impugnata ha rilevato, con accertamenti in fatto insindacabili in sede di legittimità, che i due ricorrenti gestivano “ciascuno per conto proprio, e talvolta in collegamento tra loro, una vera e propria piazza di spaccio, a livello intermedio rispetto ai grossi trafficanti della zona ...”».

<sup>21</sup> V. Cass., Sez. III, 20 febbraio 2020, n. 16598, cit.; in termini analoghi anche Cass., Sez. VI, 9 novembre 2018, n. 2157, cit.

<sup>22</sup> Cfr. DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Milano, 1956, 38, 77 s., 84 ss. L'Autore, attraverso una nozione ampia di fattispecie, ipotizza la sussistenza di una nuova fattispecie concorsuale, frutto della combinazione degli articoli 110, 42 e 43, all'interno della quale i singoli contributi acquistano autonomia tipicità, riuscendo in tal modo a spiegare razionalmente la punibilità dell'esecuzione frazionata e del concorso nel reato proprio non esclusivo da parte dell'*extraneus*, v., in proposito, anche SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, cit., 287 e ss., in cui l'A., però, evidenzia i limiti di tale teoria, che, pur rimanendo valida limitatamente all'ambito entro cui è pensata, non soppianta totalmente quella dell'accessorietà.

fine di una differenziazione delle condotte concorsuali<sup>23</sup>, tale orientamento della Cassazione arriva a sostenere che, se la funzione degli articoli 116 e 117 c.p. è quella di garantire eccezionalmente l'unicità del titolo di reato in funzione aggravatrice<sup>24</sup>, a maggior ragione tale funzione spetta alla norma generale dell'art. 110 c.p., che quindi non potrebbe operare *in mitius* nei confronti di uno o più complici imponendo per tutti lo stesso titolo di reato (meno grave). Al di fuori dei casi di mutamento del titolo di reato o di reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti, pertanto, l'art. 110 aprirebbe la strada alla diversificazione dei titoli di responsabilità in relazione al medesimo fatto storico, soluzione, questa, che sarebbe da preferire perché ritenuta maggiormente calibrata sulla persona del colpevole, piuttosto che sul fatto tipico di concorso. Secondo un'altra pronuncia<sup>25</sup>, meno recente, militerebbe in favore di tale prospettiva anche l'ultimo comma dell'art. 112 c.p. La disposizione, non specificando le ragioni per cui taluno dei concorrenti non sia imputabile o punibile, sembrerebbe ammettere la configurabilità del concorso di persone anche nel caso della non punibilità "relativa", non quindi nel senso di una carenza assoluta di punibilità, ma di una punibilità per un diverso titolo di reato, che, unendosi a quello degli altri concorrenti, contribuisce alla produzione della medesima offesa tipica<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> La teoria delle fattispecie plurisoggettive differenziate, come è noto, è da ricondurre a PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte Generale*, Milano, 2000, 536 ss.; ID., *Il reato*, in *Trattato di diritto penale. Parte Generale*, diretto da Grosso-Padovani-Pagliari, vol. II, Milano, 2007, 371 ss. Secondo tale dottrina la sinergica collaborazione tra più persone che sfocia nella commissione di (almeno) un delitto va analizzata in maniera parcellizzata, alla luce dei singoli "fatti di concorso" commessi dai concorrenti. Breve: il sostrato materiale del fatto collettivo rimane unico per tutti, mentre eventuali differenze nell'elemento psicologico o in particolari note modali delle condotte, consentirebbero di sussumere i singoli contributi in titoli di reato diversi; critico, sul punto, GRASSO, sub *pre-Art. 110*, in Romano-Grasso, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., 148-149, secondo cui tale teoria confonderebbe il piano della valutazione del fatto concreto con la fattispecie astratta di reato.

<sup>24</sup> In particolare, Cass., Sez. VI, 9 novembre 2018, n. 2157, cit. e Cass., Sez. III, 20 febbraio 2020, n. 16598, cit.; per la dottrina, vd. nota n. 9, con particolare riferimento alla posizione di LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone*, cit., 264.

<sup>25</sup> Cfr. Cass., Sez. VI, 9 novembre 2018, n. 2157, in *Dejure*.

<sup>26</sup> In dottrina, tale argomentazione è sviluppata, in particolare, da GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, cit., 154 s.; ID., *Lineamenti di una teoria del concorso di persone nel reato*, Milano, 1957, 31 ss. Per l'A., l'ultimo comma dell'art. 112, laddove stabilisce che si ha concorso anche se i partecipanti non siano punibili o imputabili, sembrerebbe ammettere implicitamente che siffatta punibilità sia intesa nel senso più ampio, tale cioè da ricomprendere anche l'ipotesi della minore punibilità, in ragione,

2. *Tra scissione ed unificazione del titolo di reato: il caso (affine, ma diverso) del concorso di persone con coefficiente soggettivo eterogeneo.* La questione si presenta dunque controversa e ancora in attesa di una risposta convincente. E non potrebbe essere diversamente, dato che anche a proposito, in generale, del concorso di persone, il dibattito sul fenomeno della separazione dei titoli di reato tra concorrenti è acceso.

Su tale fenomeno si è infatti sviluppato un vivace confronto, in special modo intorno al problema della configurabilità del concorso eventuale di persone con diverso criterio di imputazione soggettiva, nel caso soprattutto del concorso doloso in delitto colposo e, nell'ipotesi opposta, del concorso colposo in un delitto doloso<sup>27</sup>.

Cominciando dal primo, sembra opportuno sottolineare preliminarmente che questa fattispecie non risulta completamente assimilabile a quella dell'art. 73 t.u. stupefacenti, in quanto il «dogma» che, a proposito del concorso doloso in un fatto colposo, viene ad essere progressivamente sgretolato da una parte della

---

dunque, di un diverso titolo di reato; in senso conforme anche GRASSO, sub *Art. 110*, in Romano-Grasso, *Commentario sistematico del codice penale*<sup>4</sup>, cit., 162, che, peraltro, ravvisa nell'art. 119 un'ulteriore conferma, nel senso che le circostanze soggettive che escludono la pena, da applicare al solo concorrente cui si riferiscono riguarderebbero non solo l'imputabilità o le qualità personali, ma «anche quelle che precludono un giudizio di colpevolezza»; diff. GALLO, *Lineamenti di una teoria del concorso di persone nel reato*, cit., 35.

<sup>27</sup> Da ultimo, v. Cass., Sez. V, 5 ottobre 2018, n. 57006, Curti, Rv. 274626; Cass., Sez. IV, 19 luglio 2018, n. 7032/2019, Sabatini, in *Dejure*; la dottrina maggioritaria sembra orientata verso la possibilità di ammettere il concorso di persone in presenza di differenti criteri di imputazione soggettiva, con riferimento al concorso doloso in reato colposo; v., in proposito, ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, *Raccolta di Studi di diritto penale fondata da Giacomo Delitala e Alberto Crespi*, Milano, 1984, spec. 21 ss.; GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, cit., 78; GRASSO, sub *Art. 110*, in Romano-Grasso, *Codice penale commentato*<sup>5</sup>, cit., 192 ss.; DE FRANCESCO, *Crepuscolo di dogmi? Apunti sparsi su una problematica "moderna"*, in [www.laegislazionepenale.eu](http://www.laegislazionepenale.eu), 11 luglio 2017, 16 s., sebbene l'A. propenda per una generalizzata ammissibilità del concorso di persone con diverso criterio di imputazione soggettiva, tanto nel caso del concorso doloso in altrui delitto colposo, che nell'ipotesi speculare; in tal senso anche DE FLAMMINEIS, *Forme e specie della partecipazione nel medesimo reato*, Napoli, 2011, 141 ss.; ID., *Il contributo colposo ad un reato doloso tra modello concorsuale e imputazione monosoggettiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 10, spec. 1433 ss.; cfr. più di recente, MASSARO, *Colpa penale e attività plurisoggettive nella più recente giurisprudenza: principio di affidamento, cooperazione colposa e concorso colposo nel delitto doloso*, in [www.laegislazionepenale.eu](http://www.laegislazionepenale.eu), 8 maggio 2020, 20; diff. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*<sup>6</sup>, cit., 537; per le posizioni contrarie si rinvia alla nota n. 10.

dottrina e della giurisprudenza è in prima battuta quello della (pretesa) omogeneità del coefficiente psicologico dei concorrenti, che si vuole eguale per tutti, e non tanto quello dell'unicità del reato in cui si concorre<sup>28</sup>. Tuttavia, è proprio dalla constatazione della diversità strutturale dei coefficienti psicologici del dolo e della colpa che si mette seriamente in dubbio la teoria monistica dalle sue fondamenta<sup>29</sup>, per una ricostruzione dell'istituto concorsuale in chiave pluralistica e personalizzante. Il caso più problematico sembrerebbe quello che ha ad oggetto due reati a forma vincolata, previsti tanto nella forma colposa quanto in quella dolosa, in cui, a fronte della condotta atipica del concorrente doloso, non troverebbe neppure applicazione l'ipotesi di induzione in errore di cui all'art. 48 c.p., come ad esempio accade quando l'agente istighi taluno, che già versa in errore inescusabile circa la tossicità di una sostanza, a sversarla in acque destinate all'alimentazione, allo scopo di provocare un avvelenamento<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> Cfr., su tale profilo, DEMURO, *Il concorso colposo nel delitto doloso, alla luce dei principi di colpevolezza e frammentarietà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 2, 952 s.; cfr. anche SEMINARA, *Sul "dogma" dell'unicità del reato concorsuale*, cit., 811 ss. Va poi osservato come, in realtà, tutte le principali teorie generali del concorso di persone ammettano la coesistenza di diversi criteri soggettivi di imputazione tra concorrenti, a condizione che l'obiettività dell'offesa rimanga la medesima; in questi termini, v. PELLISERO, *Il concorso nel reato proprio nel sistema penale italiano*, Milano, 2004, 29, dove osserva che «... sia la teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale, sia quella accessoria, hanno sciolto l'unità del titolo di reato solo al fine di ammettere la pluralità dei titoli "soggettivi" di imputazione, secondo le discusse forme del concorso doloso in fatto colposo e del concorso colposo in fatto doloso»; infatti, già PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, cit., 98, scriveva che «[u]na volta che l'accessorio desume dal principale la qualificazione del fatto, non importa se il titolo della responsabilità è diverso; purché naturalmente si riconosca che reato doloso e colposo hanno identica la fattispecie oggettiva»; v. anche SEMINARA, *Accessoriarietà e fattispecie plurisoggettiva eventuale nel concorso di persone nel reato. Considerazioni sul senso di una disputa dottrinale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 2, spec. 437 e ss.

<sup>29</sup> Come nel caso di chi, «assecondando la guida spericolata dell'autista, si rappresenti l'uccisione possibile e voluta anche del parroco che certamente è alla testa del corteo religioso di cui è nota la ricorrenza (rappresentazione che l'agente immediato non ha)». Esempio proposto da Cass., Sez. IV, 9 ottobre 2002, n. 39680, Rv. 223214, fattispecie in cui la Corte ha ritenuto però configurabile il concorso colposo anche rispetto al delitto doloso, nel caso di un soggetto che ha contribuito a cagionare l'incendio appiccato dolosamente da persona rimasta ignota; oppure quello proposto da PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte Generale*<sup>8</sup>, Torino, 2021, 479 ss. in cui due soggetti ledono un terzo, uno per percuotere, l'altro per uccidere; v. anche DONINI, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 234 ss.; ancora, cfr. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, cit., 81., per un esempio in cui la diversità di titoli di reato è dovuta al passaggio dalla consumazione al tentativo.

<sup>30</sup> L'esempio è riportato da FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*<sup>8</sup>, cit., 536, ma gli Autori negano la compatibilità del concorso doloso in un fatto colposo per la natura unitaria della fattispecie concorsuale; a favore di tale figura concorsuale, da ultimo, SEMINARA, *Sul "dogma" dell'unicità del reato*

In tale ipotesi, sarebbe infatti aberrante predicare l'unicità del reato (non solo, dunque, del coefficiente psicologico, ma anche del *nomen iuris*<sup>31</sup>), poiché si dovrebbe scegliere o di imputare a titolo di dolo un fatto che presenta tutti gli elementi costitutivi di un illecito colposo, o, viceversa, di non punirlo, perché esso sarebbe privo di tipicità originaria accedendo ad un illecito colposo a condotta vincolata<sup>32</sup>.

Se l'istigazione, in quanto consistente in un impulso psicologico, non potrebbe infatti essere punita come condotta autonoma dolosa, essendo di per sé priva di tipicità originaria, potrebbe invece acquisire rilevanza penale come partecipazione dolosa (atipica) a un fatto colposo.

Ragioni di coerenza sistematica depongono in tal senso, prevalendo su quelle a favore del dogma della necessaria unicità del titolo di responsabilità, che porterebbero, invece, a negare il concorso in questione. È prima di tutto l'art. 112 c.p.<sup>33</sup> a orientare a favore della tesi del concorso, poiché se in tale articolo -

---

*concorsuale*, cit., 812, secondo cui, negando l'ammissibilità del concorso doloso in reato colposo «si aprirebbero ingiustificabili lacune di punibilità»; cfr. anche GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone*, cit., 95 ss.; ANGIONI, *Il concorso colposo e la riforma del diritto penale*, in *Questa rivista*, 1983, 90 ss.

<sup>31</sup> Così ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, cit., 201 s.

<sup>32</sup> SEMINARA, *Sul "dogma" dell'unicità del reato concorsuale*, cit., 812; cfr. anche ANGIONI, *Il concorso colposo e la riforma del diritto penale*, cit., 91; GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993, 445 s.; SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione nel delitto colposo*, Milano, 1988, 233.

<sup>33</sup> Lucidamente, in tal senso, GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, cit., 31 s.; ID, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*<sup>2</sup>, cit., 154 ss. Oltre all'art. 112, altre ipotesi concorsuali legalmente previste in cui, a fronte di un medesimo fatto naturalistico, convivono diversi coefficienti psichici sono gli articoli 48, 111, 116, 117 e 119 comma 2. Più precisamente, parte della dottrina ha valorizzato tali previsioni normative nella prospettiva di distinguere concettualmente il requisito psicologico del concorso - *rectius*, la consapevolezza (anche unilaterale) di partecipare insieme ad altri alla realizzazione collettiva di un reato - rispetto al piano dell'imputazione soggettiva. Mentre il primo requisito assolverebbe alla funzione di unificare le attività dei soggetti in un fatto materiale collettivo, come tale assoggettabile alla disciplina degli articoli 111 e seguenti, il secondo - nel rispetto del principio costituzionale di colpevolezza e personalità della responsabilità penale - consentirebbe una risposta sanzionatoria adeguata rispetto al grado di compartecipazione psichica di ciascun concorrente. Le cornici edittali entro cui il giudice dovrà quantificare la pena per ciascun correo corrisponderebbero, infatti, rispettivamente a un illecito doloso e ad uno colposo; cfr., sull'argomento, DE FRANCESCO, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*<sup>2</sup>, cit., 675; v. anche DI MARTINO, *Concorso di persone*, in *Le forme di manifestazione del reato*, a cura di De Francesco, Torino, 2011, 201 ss.; PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte Generale*<sup>2</sup>, cit., 479 ss.; DEMURO, *Il concorso colposo nel delitto doloso, alla luce dei principi di colpevolezza e frammentarietà*, cit., 951 e ivi la bibliografia; sul coefficiente psicologico del concorso anomalo, v., però, in senso difforme, F. BASILE, *Condotta atipica e imputazione plurisoggettiva: alla ricerca del*

come è noto – si riconosce la rilevanza concorsuale dell’istigazione dolosa a un fatto incolpevole realizzato da un terzo, *a fortiori* si deve ammettere l’istigazione se sussiste una compartecipazione dolosa a un fatto già di per sé colposo<sup>34</sup>. Con la conseguenza dell’operatività dell’art. 110 c.p. nella sua funzione tipica di incriminazione, a patto che si riconosca la convivenza di due diversi titoli di reato, uno concorsuale e l’altro monosoggettivo<sup>35</sup>. E peraltro – è utile precisare – sotto il profilo dell’elemento psicologico del partecipe doloso, l’oggetto del dolo comprende *in toto* la condotta colposa dell’altro concorrente, che rimane ignaro di essere “strumentalizzato” a scopo delittuoso<sup>36</sup>.

---

*coefficiente di colpevolezza del concorrente “anomalo”, in Riv. it. dir. proc. pen., 2015, 3, 1359 ss.; sull’art. 48, in verità, si discute in dottrina se possa configurare un’ipotesi di reato ad esecuzione monosoggettiva, secondo un modello di autoria mediata, ovvero descriva un’ipotesi tipologica di concorso di persone; sul punto, v. DI MARTINO, *Concorso di persone*, cit., 155 ss. e ivi la bibliografia. La giurisprudenza, d’altro canto, pur sostenendo che l’art. 48 non configuri un caso di concorso di persone nel reato, quanto piuttosto una particolare forma di esclusione della punibilità con sostituzione della responsabilità, nondimeno applica, in alcuni casi, la disciplina del concorso, soprattutto in relazione a casi di induzione in errore di un soggetto qualificato; v., nel primo senso, Cass., Sez. V, 12 giugno 1985, n. 11413, Rv. 171232; nel secondo, v. Cass., Sez. V, 17 giugno 2015, n. 35006, Rv. 265019.*

<sup>34</sup> Con riferimento al profilo del *terminus ad quem* del concorso, tale orientamento ritiene, in definitiva, che si concorra non già in un «reato», ma in un’offesa tipica; per questa argomentazione, cfr., in particolare, PADOVANI, *Le ipotesi speciali di concorso nel reato. Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Pisa*, Milano, 1973, 105 ss.; GALLO, *Lineamenti di una teoria generale sul concorso di persone*, cit., 79; per una (ulteriore) variante interpretativa, v. SEMINARA, *Sul “dogma” dell’unicità del reato concorsuale*, cit., 809, secondo cui il l’oggetto rispetto a cui si concorre è unicamente il fatto materiale.

<sup>35</sup> Cfr. GRASSO, sub *Art. 110*, in Romano-Grasso, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., 194, ove l’A. precisa che «[è] possibile quindi che un soggetto risponda di un reato *a titolo di concorso* mentre un altro sia ritenuto responsabile della realizzazione *monosoggettiva dello stesso fatto*. Così, p.e., se A, conoscendo l’intenzione omicida di B, gli fa trovare un’arma con la quale quest’ultimo uccide C, A risponderà di concorso in omicidio, mentre B, se ignora il contributo fornitogli (p.e. perché ritiene casuale il ritrovamento dell’arma), sarà chiamato a rispondere di omicidio (realizzato monosoggettivamente)». *A fortiori*, dunque, anche nel caso del concorso doloso in reato colposo a forma vincolata, il concorrente che versa in colpa, ignaro del fatto di essere strumentalizzato a scopo doloso, risponde della corrispondente fattispecie monosoggettiva colposa, mentre il concorrente che versa in dolo risponderà a titolo di concorso doloso della fattispecie punita a titolo di dolo.

<sup>36</sup> SEMINARA, *Sul “dogma” dell’unicità del reato concorsuale*, cit., 813.

Passando al caso speculare del concorso colposo nel delitto doloso, sia la giurisprudenza più recente<sup>37</sup> che la dottrina maggioritaria<sup>38</sup> sembrano invece decise nell'affermare che è lo stesso principio di legalità ad impedire che si possa concorrere colposamente ad un delitto doloso commesso da terzi, mancando una specifica disciplina normativa alla quale fare riferimento. Non solo, infatti, sarebbe assente l'elemento psicologico caratterizzante ogni forma di concorso e di cooperazione, dato appunto dalla consapevolezza di interagire con altri<sup>39</sup>, ma la lettura congiunta degli articoli 42, comma 2 e 113 c.p.<sup>40</sup> limiterebbe

<sup>37</sup> Da ultimo, cfr. Cass., Sez. IV, 19 luglio 2018, n. 7032/2019, cit., che ha ripreso l'orientamento minoritario negando la possibilità che si possa concorrere colposamente in un delitto doloso commesso da terzi; in senso conforme, v. Cass., Sez. V, 5 ottobre 2018, n. 57006, cit.; v. *supra*, nota n. 27; per la giurisprudenza più risalente, favorevole all'ammissibilità di tale figura concorsuale, v. *postea*, sub nota n. 41.

<sup>38</sup> Cfr., fra i molti, DEMURO, *Il concorso colposo nel delitto doloso, alla luce dei principi di colpevolezza e frammentarietà*, cit., 960 ss.; ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, cit., 207; ORLANDI, *Concorso nel reato e tipicità soggettiva eterogenea. Il concorso colposo nel reato doloso*, in *Arch. pen.*, 2020, 2, 1 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*<sup>3</sup>, cit., 537 s.; MASSARO, *Colpa penale e attività plurisoggettive nella più recente giurisprudenza: principio di affidamento, cooperazione colposa e concorso colposo nel delitto doloso*, cit., 20 ss.; SERRAINO, *Il problema della configurabilità del concorso di persone a titoli soggettivi diversi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 1, 448 ss.; GRASSO, sub *Art. 113*, in Romano-Grasso, *Commentario sistematico del codice penale*<sup>3</sup>, cit., 247-248; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte Generale*<sup>3</sup>, cit., 580 s.; v. anche MANCUSO, *Il concorso a diverso titolo soggettivo e lo sgretolamento del dogma dell'unitarietà del reato concorsuale: alcune riflessioni critiche*, in [www.laegislazione-penale.eu](http://www.laegislazione-penale.eu), 28 maggio 2019, 28 ss.

<sup>39</sup> V., sul requisito soggettivo della cooperazione colposa, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte Generale*<sup>3</sup>, cit., 573 s.; *contra*, invece, v. DE FLAMMINEIS, *Il contributo colposo ad un reato doloso tra modello concorsuale e imputazione monosoggettiva*, cit., spec. 1433 ss.; ID., *Forme e specie della partecipazione nel medesimo reato*, cit., 142 ss.; cfr., nella stessa ottica, anche DE FRANCESCO, *Brevi riflessioni sulle posizioni di garanzia e sulla cooperazione colposa nel contesto delle organizzazioni complesse*, cit., 2; PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, cit., 71 ss., che pur ammettendo astrattamente la configurabilità di tale forma di concorso, manifesta alcune perplessità sulla concreta possibilità che taluno asseconi la condotta dolosa altrui, potendo effettivamente prevederla. In tali casi, peraltro, più che di concorso colposo in delitto doloso, ben potrebbero esservi gli estremi di un concorso doloso (in delitto doloso); in questi termini anche la giurisprudenza più recente; cfr. Cass., Sez. IV, 19 luglio 2018, n. 7032/2019, cit., per cui «risulta problematico, già sul piano concettuale, ipotizzare una consapevole interazione, sul piano soggettivo, tra la condotta dell'agente che versa in colpa e il comportamento doloso del terzo ... il termine "cooperazione", derivante dal latino *cooperari*, allude all'agire congiunto di più persone e implica la consapevolezza della convergenza del proprio e dell'altrui comportamento alla realizzazione di una condotta unitaria e comune».

<sup>40</sup> L'art. 42, comma 2 richiede infatti l'espressa previsione del delitto colposo, sicché, in mancanza di una esplicita previsione normativa che ammetta la possibilità di concorrere colposamente in un delitto doloso, stante l'inequivoca espressione «cooperazione nel delitto colposo», l'istituto va limitato alla sola cooperazione colposa; v., per esempio, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte Generale*<sup>3</sup>, cit., 581 s., che limita infatti il concorso colposo nelle contravvenzioni dolose; MASSARO, *Colpa penale e attività plurisoggettive nella più recente giurisprudenza: principio di affidamento, cooperazione colposa e concorso colposo nel*

consapevolmente l'istituto della cooperazione colposa alle sole ipotesi degli illeciti colposi. In assenza di una esplicita base normativa che preveda la cooperazione colposa nell'altrui delitto doloso, secondo l'intenzione del legislatore non basterebbero a legittimare tale forma concorsuale argomenti di ordine logico o sistematico<sup>41</sup>, pena la violazione del divieto di interpretazione analogica *in malam partem*<sup>42</sup>. Inoltre, riconoscere una funzione incriminatrice dell'art. 113 c.p. fuori dai casi della cooperazione in delitti colposi<sup>43</sup> implicherebbe l'accoglimento di una concezione dell'autoria di tipo sostanziale<sup>44</sup>, che contrasta,

---

*delitto doloso*, cit., 20; GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, cit., 150; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, cit., 537 ss.

<sup>41</sup> Si fa, in particolare, riferimento a quelle pronunce della Cassazione che hanno ritenuto ammissibile il concorso colposo nell'altrui fatto doloso sulla base delle seguenti argomentazioni: a) l'art. 42 comma 2 riferisce la necessità dell'espressa previsione ai soli illeciti disciplinati dalla parte speciale (non quindi agli articoli 110 e 113); b) il coefficiente doloso è solo un *quid pluris* rispetto a quello colposo, dunque, secondo la logica "il più comprende il meno", l'art. 113 farebbe implicito riferimento anche al concorso colposo in fatto doloso altrui; v., però, MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa. Morte dell'imputazione oggettiva dell'evento e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 3 ss., contributo in cui l'A., in realtà, utilizza la categoria del "non c'è dolo senza colpa" per affermare che nell'ipotesi della realizzazione dolosa di un fatto debbano pur sempre essere presenti gli estremi della rimproverabilità colposa, senza che da tale affermazione possa desumersi un rapporto di genere a specie tra dolo e colpa; per la giurisprudenza, v., per esempio, Cass., Sez. IV, 9 ottobre 2002, n. 39680, Capecchi, in *Cass. pen.*, 2005, 811 s., con nota di PIGHI, *La Cassazione e l'incerta autonomia della cooperazione colposa*; Cass., Sez. IV, 14 novembre 2007, n. 10795, Pozzi, in *Cass. pen.*, 2008, 4622, con nota di BARALDO, *Gli obblighi dello psichiatra, una disputa attuale: tra cura del malato e difesa sociale*.

<sup>42</sup> Così Cass., Sez. IV, 19 luglio 2018, n. 7032/2019, cit.

<sup>43</sup> Che è comunque oggetto di uno storico dibattito dottrinale; come è noto, la dottrina è divisa tra chi attribuisce all'art. 113 funzione di mera disciplina, postulando che l'illecito colposo è sostanzialmente congegnato, nella generalità dei casi, come reato a forma libera, causalmente orientato e chi, invece, ravvisa una funzione propriamente incriminatrice nell'art. 113; nel primo senso, v., ad esempio, BOSCARRELLI, *Contributo alla teoria del "concorso di persone nel reato"*, Padova, 1985, 95; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, cit., 616-617; nel secondo senso, v., DE FRANCESCO, *Brevi riflessioni sulle posizioni di garanzia e sulla cooperazione colposa nel contesto delle organizzazioni complesse*, cit., 2-3; DE FLAMMINEIS, *Il contributo colposo ad un reato doloso tra modello concorsuale e imputazione monosoggettiva*, cit., spec. 1433 ss.; COGNETTA, *La cooperazione nel delitto colposo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, 72 ss., spec. 74; RISICATO, *Il concorso colposo tra vecchie e nuove incertezze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 168; la giurisprudenza maggioritaria sembra orientata ad ammettere una generalizzata funzione incriminatrice dell'art. 113, nei casi in cui la violazione di norme cautelari "secondarie", non immediatamente produttive dell'evento lesivo (dunque, in un certo senso, atipiche rispetto alla classe di evento avverso che si verifica), si inserisca in un fascio cooperativo caratterizzato dalla comune gestione del rischio; v., per tutte, Cass., Sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343, Espenham e altri, in *Dejure*.

<sup>44</sup> V., fra i molti, F. MANTOVANI, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, cit., 550 e ss.; in giurisprudenza, cfr. Cass., Sez. III, 20 marzo 1991, n. 5017, Festa, Rv. 187331. Con tale pronuncia la Cassazione ha escluso la responsabilità del notaio, a titolo di concorso colposo nella contravvenzione dolosa di lottizzazione abusiva, proprio per l'assenza di una corrispondente fattispecie incriminatrice punita a titolo

come è noto, con il principio di legalità accolto dal nostro ordinamento penale, alla luce del quale l'incriminazione colposa è subordinata ad una espressa previsione normativa. Dove il legislatore ha voluto incriminare casi di concorso colposo in delitto doloso – si aggiunge *a fortiori* – ha previsto infatti fattispecie incriminatrici *ad hoc* di agevolazione colposa<sup>45</sup>.

Accedere a quest'ordine di idee non significa tuttavia assicurare l'impunità al concorso colposo in delitto doloso; infatti, il disvalore che promana dalla condotta del concorrente che versa in colpa risulta compiutamente esaurito da un'autonoma fattispecie incriminatrice colposa monosoggettiva causalmente orientata, come nel caso emblematico della responsabilità dello psichiatra per fatti eterolesivi commessi dal paziente<sup>46</sup>. La stessa conclusione – come si è anticipato – non è però compatibile con il caso, speculare, del concorso doloso in un reato colposo a condotta vincolata. Nel primo caso l'apparente lacuna di tutela lasciata dal principio di autoresponsabilità e di affidamento verrebbe infatti colmata dall'applicazione delle regole generali in materia di responsabilità colposa monosoggettiva, a condizione che la regola cautelare violata sia diretta ad impedire il fatto del terzo<sup>47</sup>. Come affermato dalla giurisprudenza più recente<sup>48</sup>, tali regole non soccorrono, invece, nel caso diverso del concorso doloso in delitto colposo, che si verifica nell'ipotesi in cui l'agente, a mezzo di istigazione, agevoli una condotta che *ex se* costituisce un illecito colposo di mera condotta.

---

di colpa. Sulla distinzione concettuale tra autorità e compartecipazione nella cornice, in particolare, dei reati plurisoggettivi impropri, v. MERENDA, *Reati a concorso necessario tra coautoria e partecipazione*, Roma, 2016, *passim*, spec. 105 ss.

<sup>45</sup> Ad esempio, quelle degli artt. 254, 259 e 350 c.p.; sul punto cfr., tra gli altri, ORLANDI, *Concorso nel reato e tipicità soggettiva eterogenea. Il concorso colposo nel reato doloso*, cit., 25 s.

<sup>46</sup> Sull'argomento, v., per tutti, CUPELLI, *La responsabilità penale dello psichiatra*, Napoli, 2013, *passim*, spec. 24 ss.

<sup>47</sup> MASSARO, *Colpa penale e attività plurisoggettive nella più recente giurisprudenza: principio di affidamento, cooperazione colposa e concorso colposo nel delitto doloso*, cit., 22 ss.; è del resto la soluzione offerta da Cass., Sez. IV, 19 luglio 2018, n. 7032/2019, cit., nel caso "Sabatini", ove la Corte condivisibilmente individua l'elemento di discrimine tra concorso di persone e concorso di cause indipendenti che sfociano nel medesimo evento nella «consapevolezza di cooperare con l'altrui condotta antiggiuridica».

<sup>48</sup> v. Cass., Sez. IV, 19 luglio 2018, n. 7032/2019, cit., spec. il paragrafo 5 del considerato in diritto.

3. Segue: *i casi (ancora diversi) del concorso del terzo nel delitto di ragion fattasi e del professionista nel fatto dell'autoriciclatore*. Vale la pena richiamare anche altre due fattispecie problematiche per il «dogma» dell'unicità del reato concorsuale che sembra vacillare, come nel caso del soggetto che riscuote con violenza o minaccia un credito, agendo su incarico e nell'interesse del preteso titolare del diritto. A venire in gioco sono i profili di interferenza tra l'istituto del concorso di persone e la stessa qualificazione giuridica del fatto.

Sulla questione è intervenuta di recente la Cassazione a Sezioni unite<sup>49</sup>, che sono state chiamate a pronunciarsi sulla possibile alternativa di qualificare l'intera vicenda materiale come concorso in tentata estorsione aggravata (art. 629 c.p.)<sup>50</sup> – nel caso *sub iudice* il terzo non era infatti riuscito ad ottenere il pagamento dalla persona offesa – ovvero come concorso nel delitto di ragion fattasi di cui all'art. 393 c.p.

Le Sezioni unite affrontano la questione circa la qualificazione giuridica del fatto realizzato plurisoggettivamente attraverso una raffinata operazione di ortopedia giuridica, finalizzata a perimetrare i confini dei due reati alla luce del diverso atteggiarsi dell'elemento psicologico e della non completa sovrapposibilità delle rispettive materialità<sup>51</sup>. Muovendo dalla natura di reato proprio non

<sup>49</sup> Cass., Sez. un., 16 luglio 2020, n. 29541, Filardo, in *Dejure*. La pronuncia è stata oggetto di vivace dibattito dottrinale, che si è orientato ora sul problema della natura giuridica del reato di ragion fattasi dell'art. 393 c.p., ora, più specificamente, sul problema della realizzazione plurisoggettiva del fatto; v., sotto il primo profilo, BRASCHI, *La natura dei reati di ragion fattasi e il loro rapporto con la fattispecie di estorsione: alcuni chiarimenti dalle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 3, 314 ss.; PICCARDI, *Le Sezioni unite individuano il www.discrimen.it fra l'esercizio arbitrario delle proprie ragioni e l'estorsione*, in *Cass. pen.*, 2021, 81 ss.; BERNARDI, *Le Sezioni unite sui contorni applicativi del delitto di esercizio arbitrario delle proprie ragioni mediante violenza alle persone in tema di rapporto con l'estorsione e concorso dell'extraneus: una pronuncia risolutiva?*, in *www.sistemapenale.it*, 11 novembre 2020, 1 ss.; sotto il secondo profilo, in particolare, PIERGALLINI, *L'esercizio arbitrario delle proprie ragioni: variazioni, a più tonalità, della fattispecie plurisoggettiva*, in *www.discrimen.it*, 2 settembre 2021, spec. 15 ss.; DI VETTA, *Esercizio arbitrario delle proprie ragioni e differenziazione dei titoli di responsabilità dei concorrenti*, in *www.discrimen.it*, 8 novembre 2021, spec. 4 ss.

<sup>50</sup> Dal c.d. metodo mafioso, ai sensi dell'art. 416 *bis*. I c.p. (ex art. 7, d.l. n. 152 del 13 maggio 1991). Sul punto, v. *infra*.

<sup>51</sup> Sul punto, in giurisprudenza si sono sviluppati diversi orientamenti. In estrema sintesi, alcune pronunce indicavano quale elemento differenziale tra i due reati l'elemento soggettivo. Mentre chi si fa ragione da sé agisce con lo scopo di conseguire un profitto che crede legittimo, l'estorsione richiede di agire nella consapevolezza dell'ingiustizia del profitto (Cass., Sez. II, 22 novembre 2018, n. 56400, in *Dejure*). Altre pronunce, invece, valorizzano la diversa materialità dei due reati. Quando la violenza viene esercitata con modalità talmente gravi e sproporzionate, la condotta «trasborda nei confini dell'estorsione» (Cass., Sez.

esclusivo del delitto previsto dall'art. 393 c.p.<sup>52</sup> e dalla diversa struttura dell'elemento soggettivo rispetto al reato di estorsione, la Corte ammette il concorso eventuale del terzo nel delitto di ragion fattasi, ma limitatamente all'ipotesi in cui il suo intervento *ad adiuvandum* sia sorretto dalla esclusiva finalità di esercitare il preteso diritto altrui<sup>53</sup>. In caso contrario, ove il contegno psicologico dell'*extraneus* trasmodi in una finalità ulteriore rispetto a quella di far valere arbitrariamente un diritto altrui, giudizialmente attivabile, l'intero fatto rientrerebbe, secondo la Corte, nel più grave delitto di estorsione, di cui risponde in concorso anche il creditore «per avere agevolato il perseguimento (anche o soltanto) di una finalità (anche soltanto *lato sensu*) di profitto di terzi», in quanto

---

VI, 28 ottobre 2010, n. 41365, in *Dejure*). Altre sentenze ancora, invece, affermano che solo nell'estorsione la condotta dell'agente determina un effetto totalmente costrittivo della volontà del soggetto passivo (Cass., Sez. II, 4 luglio 2018, n. 36928, in *Dejure*). La Corte aderisce alla prima impostazione, optando però per la tesi del reato proprio non esclusivo, soluzione confortata anche dai lavori preparatori al Codice Zanardelli, da cui si evince che l'espressione «da sé medesimo» esprima unicamente «la surrogazione dell'arbitrio individuale al potere della pubblica Autorità»; v., sulla divisione tra reati propri non esclusivi, semiesclusivi e esclusivi, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte Generale*<sup>3</sup>, cit., 121 ss.

<sup>52</sup> Mentre per la dottrina tradizionale l'avverbio «Chiunque», con cui si apre la norma, starebbe ad indicare inequivocabilmente un reato comune; v., ad esempio, MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. V, Torino, 1986, 1125; ROCCHI, *L'esercizio arbitrario delle proprie ragioni*, in *Trattato di diritto penale. I delitti contro l'amministrazione della giustizia. I delitti contro il sentimento religioso e la pietà dei defunti. I delitti contro l'ordine pubblico*, a cura di Cadoppi-Canestrari-Manna-Papa, vol. III, Torino, 2009, 372; KOSTORIS, *L'esercizio arbitrario delle proprie ragioni*, Napoli, 1965, 67 ss. Per un'analisi complessiva della fattispecie, v. ARDIZZONE, voce *Esercizio arbitrario delle proprie ragioni*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IV, Torino, 1990, 311 ss.; più di recente, cfr. BERTOLINO, *Analisi critica dei delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Torino, 2015, 225 ss.; PELISSERO, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, in Bartoli-Pelissero-Seminara, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Torino, 2021, 713 ss.; secondo la Corte, invece, si tratterebbe di un reato proprio (non esclusivo) in quanto ipotesi speciale di violenza privata (o di danneggiamento, per l'art. 392), in cui il più mite trattamento sanzionatorio si spiega alla luce della peculiare condizione soggettiva in cui si trova chi agisce nella convinzione di esercitare un diritto; v., sul punto, in dottrina, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte Speciale*, vol. II, Milano, 2008, 608 ss.

<sup>53</sup> In senso critico, sul punto, PIERGALLINI, *L'esercizio arbitrario delle proprie ragioni: variazioni, a più tonalità, della fattispecie plurisoggettiva*, cit., 14, che evidenzia una indebita «trasformazione del titolo di reato anche per l'*intraneus*», che comunque ben può essere animato dal solo fine di realizzare un proprio interesse; v., sul punto, anche BERNARDI, *Le Sezioni unite sui contorni applicativi del delitto di esercizio arbitrario delle proprie ragioni mediante violenza alle persone in tema di rapporto con l'estorsione e concorso dell'extraneus: una pronuncia risolutiva?*, cit., 1 ss., che ipotizza l'operatività dell'art. 116, se il presunto creditore ignori il fine ulteriore dell'incaricato; critiche analoghe sono mosse anche da DI VETTA, *Esercizio arbitrario delle proprie ragioni e differenziazione dei titoli di responsabilità dei concorrenti*, cit., 17. In ogni caso, sembra utile evidenziare che difficilmente l'*extraneus* potrebbe agire al solo ed unico scopo di far valere il diritto del creditore.

«l'eventuale fine di soddisfazione di un diritto del preteso creditore» verrebbe assorbito nell'altro fine di profitto illecito che persegue l'incaricato alla riscossione<sup>54</sup>. *Tertium non datur*, nonostante la condotta di chi vanta il diritto ben possa rimanere diretta a realizzare solo l'interesse personale di farsi giustizia da sé.

Sembra dunque che la soluzione patrocinata dalle Sezioni unite, seppur implicitamente, presupponga il «dogma» dell'unicità del reato concorsuale, non rappresentandosi neppure la possibilità che ciascun concorrente possa andare incontro a qualificazioni giuridiche del fatto del tutto differenziate, soluzione quest'ultima che sarebbe maggiormente aderente al principio di colpevolezza nei casi, più frequenti, in cui il riscossore persegua anche un interesse personale<sup>55</sup>. Proprio il diverso contegno psicologico dei due concorrenti e la differente direzionalità delle loro condotte spingerebbero a distinguere le due condotte che, sebbene teleologicamente orientate alla realizzazione di un unico fatto naturalistico, manterrebbero intatto il disvalore di entrambe le ipotesi delittuose.

Il caso affrontato dalle Sezioni unite sembra avvicinarsi all'esempio, proposto dalla dottrina che segue la teoria della fattispecie plurisoggettiva differenziata<sup>56</sup>, dei due soggetti che insieme danneggiano una bandiera, ma il primo per vilipendere, il secondo per danneggiare<sup>57</sup>. In tal caso le posizioni dei due

<sup>54</sup> Nella specie, peraltro, ricorreva l'aggravante della c.d. finalità mafiosa (art. 416 *bis*.1), circostanza che, secondo la Corte, orienta l'intera qualificazione giuridica verso l'estorsione poiché l'*intraneus* ha agevolato il perseguimento di una finalità ultronea rispetto a quella di farsi ragione da sé.

<sup>55</sup> «[S]ull'altare del dogma dell'unicità del reato si è così sacrificato il principio costituzionale di colpevolezza», così, efficacemente, SEMINARA, *Sul "dogma" dell'unicità del reato concorsuale*, cit., 803; v., anche, PIERGALLINI, *L'esercizio arbitrario delle proprie ragioni: variazioni, a più tonalità, della fattispecie plurisoggettiva*, cit., 19 ss. che propone infatti la qualificazione dell'art. 393 come reato a soggettività ristretta o differenziata, soluzione che ammetterebbe la differenziazione dei titoli di reato quando l'*extraneus* persegue un interesse egoistico, a condizione di aderire, però, alla teoria dottrinale delle fattispecie plurisoggettive differenziate; v., sul concetto di reato a soggettività ristretta, PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio*, cit., 269.

<sup>56</sup> V. *retro*, nota n. 23.

<sup>57</sup> L'esempio è riportato da PAGLIARO, *Il reato*, in *Trattato di diritto penale. Parte Generale*, cit., 371; mentre DONINI, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, cit., 234, indica l'esempio di Tizio che istiga Caio a ledere Mevio, ma mentre Tizio ha il dolo di lesioni, Caio agisce con intenzione omicida, non riuscendo, però, nell'intento. Posto che la «diversa colpevolezza di Caio non vale, da sola, a rendere 'diverso' il reato in cui concorre Tizio», l'inoperatività dell'art. 116 non lascia altra via d'uscita se non quella di differenziare i rispettivi titoli di reato, nel senso

concorrenti sarebbero autonomamente apprezzabili essenzialmente per il diverso atteggiamento del loro contegno psicologico, il che varrebbe a tenere separate le due fattispecie incriminatrici, che, fino al 2016<sup>58</sup> condividevano, in parte, la stessa condotta materiale<sup>59</sup>. In entrambe le ipotesi, la realizzazione plurisoggettiva consiste in un fatto che solo accidentalmente – cioè proprio in ragione del fenomeno concorsuale – rientra nel fuoco di due delitti completamente diversi sotto il profilo del bene giuridico tutelato<sup>60</sup>. In particolare, a proposito degli articoli 393 e 629 c.p., a favore della tesi della differenziazione del titolo di reato milita anche il fatto che, se il riscossore ha agito con il c.d. metodo mafioso, ciò non dovrebbe comunque implicare, per ciò solo, che il dolo del preteso creditore comprenda necessariamente quello dell'estorsione, ancorché aggravata. E ciò alla luce della differenziazione dei titoli di reato, secondo la teoria delle fattispecie plurisoggettive differenziate<sup>61</sup>.

Vale la pena affrontare anche l'altro caso problematico di concorso di persone, quello della condotta del professionista che abbia agevolato un fatto di autoriciclaggio (art. 648 *ter. I*), realizzato insieme a chi abbia commesso o concorso a commettere il delitto presupposto, eventualità tutt'altro che marginale nella

---

che Tizio risponderà per lesioni consumate, mentre Caio per tentato omicidio.

<sup>58</sup> L'ipotesi del danneggiamento "semplice" è infatti stata oggetto di depenalizzazione con il d.lgs. n. 7 del 15 gennaio 2016; per un commento a tale provvedimento v., fra gli altri, GULLO, *Commento ai d.lgs. nn. 7 e 8 del 2016*, in [www.la-legislazione-penale.eu](http://www.la-legislazione-penale.eu), 29 luglio 2016, 1 ss., spec. 40 s.

<sup>59</sup> Mentre nel caso del terzo che agisce con violenza per riscuotere il credito altrui, non solo è diverso l'elemento psichico che anima i due concorrenti, ma anche la «rilevanza obiettiva degli atti posti in essere», nella misura in cui – come peraltro viene affermato dalle stesse Sezioni unite – la coartazione della vittima è evento psicologico che differenzia l'estorsione dal delitto di ragion fattasi di cui all'art. 393; cfr. Cass., Sez. un., 16 luglio 2020, n. 29541, cit., dove si afferma che «[l]a materialità dei reati di esercizio arbitrario delle proprie ragioni e di estorsione non appare esattamente sovrapponibile ... poiché soltanto ai fini dell'integrazione tipica di estorsione è normativamente richiesto il verificarsi di un effetto di "costrizione" della vittima, conseguente alla violenza o minaccia, queste ultime costituenti elemento costitutivo comune di entrambi i reati». In dottrina, cfr. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, cit., 82, in riferimento all'esempio di chi, animato da intenzione omicida, incarica un terzo di percuotere la vittima, ben sapendo, però, di una sua grave patologia cardiaca per cui anche un lieve spavento può cagionarne la morte.

<sup>60</sup> Quanto all'art. 393, per la tesi del reato monoffensivo, v., per tutti, CIRILLO, *I delitti di esercizio arbitrario delle proprie ragioni*, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da Palazzo-Paliero, Torino, 2011, 645 ss.; per la tesi della plurioffensività, v. KOSTORIS, *L'esercizio arbitrario delle proprie ragioni*, cit., 42 s.

<sup>61</sup> PAGLIARO, *Il reato*, in *Trattato di diritto penale. Parte Generale*, cit., 371 ss.; v. anche *supra*, sub nota n. 23.

fenomenologia del *money laundering*<sup>62</sup>. Nella ormai nota sentenza “Tucci”<sup>63</sup>, la Cassazione ha concluso per la separazione dei titoli di reato, di autoriciclaggio per l'*intraneus* e di riciclaggio per l'*extraneus*, escludendo, perciò, che anche quest'ultimo potesse beneficiare del trattamento sanzionatorio più mite, che il legislatore del 2014 ha invece riservato all'autoriciclatore<sup>64</sup>. Così decidendo, la Corte è risultata in sintonia con la *ratio* della riforma del 2014, volta a colmare una lacuna, assicurando una disciplina in grado di colpire i diversi fenomeni di sfruttamento economico del denaro illecitamente conseguito, senza peraltro negare il minore disvalore della condotta di riciclaggio, se posta in essere dallo stesso responsabile del delitto presupposto<sup>65</sup>.

---

<sup>62</sup> La dottrina maggioritaria sottolinea infatti la natura “reticolare” del *money laundering*. Cfr., tra i molti, D'ALESSANDRO, *Il delitto di autoriciclaggio (art. 648-ter.1 c.p.), ovvero degli enigmi legislativi riservati ai solutori «più che abili»*, in *Il nuovo volto della giustizia penale*, a cura di Baccari-La Regina-Mancuso, Padova, 2015, 38; DELL'OSSO, *Riciclaggio di proventi illeciti e sistema penale*, Torino, 2017, 216 s.; ID., *Il reato di autoriciclaggio: la politica criminale cede il passo a esigenze mediatiche e investigative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 2, 817 s.; PIERGALLINI, *Autoriciclaggio, concorso di persone e responsabilità dell'ente: un groviglio di problematica ricomposizione*, in *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, a cura di M. Mantovani-Curi-Tordini Cagli-Torre-Caianello, Bologna, 2016, 746; E. BASILE, *L'autoriciclaggio nel sistema penalistico di contrasto al money laundering e il nodo gordiano del concorso di persone*, in *Cass. pen.*, 2017, 1292; SEMINARA, *Spunti interpretativi sul delitto di autoriciclaggio*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 12, 1646.

<sup>63</sup> v. Cass., Sez. II, 18 aprile 2018, n. 17235, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 10, 1307 ss., con nota di MERENDA, *Autoriciclaggio e concorso di persone: per la Cassazione la strada è obbligata, ma i conti non tornano*, che propone, criticando la decisione della Corte, la ricostruzione del riciclaggio come reato a concorso necessario, soluzione che «sembra meglio conciliare le esigenze perseguite dal legislatore della riforma con l'assetto normativo vigente»; cfr., analogamente, anche BRUNELLI, *Autoriciclaggio: profili del concorso di persone*, in *Punire l'autoriciclaggio*, a cura di Mezzetti-Piva, Torino, 2016, 24; tra gli altri commentatori anche GULLO, *Realizzazione plurisoggettiva dell'autoriciclaggio: la Cassazione opta per la differenziazione dei titoli di reato*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 6, 262 ss.

<sup>64</sup> Si tratta della legge n. 186 del 15 dicembre 2014, con cui è stato introdotto l'art. 648 *ter.1*, che punisce più lievemente del riciclatore colui che ha commesso o concorso a commettere il delitto presupposto, se pone in essere condotte finalizzate alla “ripulitura” dei proventi delittuosi.

<sup>65</sup> La Corte dà infatti una lettura della disposizione teleologicamente orientata alla salvaguardia della *ratio* della legge n. 186 del 15 dicembre 2014, che, attraverso l'obliterazione del c.d. “privilegio dell'autoriciclatore”, tutto volle tranne che una risposta sanzionatoria più mite nei confronti del riciclatore, già autonomamente punibile ai sensi dell'art. 648 *bis*; cfr., sul punto, per tutti, BRICCHETTI, sub *Art. 648 ter.1*, in *Codice penale commentato*, diretto da Dolcini-Gatta, Tomo III, Milano, 2021, 2869 ss.

Decidendo in tal senso, la Corte assimila la fattispecie di autoriciclaggio ai reati “a soggettività ristretta”<sup>66</sup>, categoria che richiederebbe necessariamente il compimento della condotta tipica da parte dell’executore materiale del reato<sup>67</sup>.

Ai nostri fini giova rilevare come la soluzione patrocinata dalla Suprema Corte sembri confermare il crepuscolo del «dogma» dell’unicità del reato concorsuale.

Ma proprio con riferimento alla fattispecie in esame si pone un ulteriore interrogativo, sollevato da una parte della dottrina ancor prima di tale pronuncia<sup>68</sup>, circa la ragione per cui l’*extraneus*, il professionista, debba rispondere per un reato diverso rispetto a quello a cui ha effettivamente preso parte, problema che rinvia a quello al centro della nostra attenzione. Nei rapporti tra riciclaggio e autoriciclaggio, invero, la risposta a tale quesito andrebbe necessariamente indagata alla luce della ritenuta inapplicabilità della disciplina “unificante” prevista dagli articoli 110 o 117 c.p.<sup>69</sup>, se si ritiene, come fa la Cassazione<sup>70</sup>, che la

<sup>66</sup> Cfr. PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio*, cit., 269 ss.: la categoria starebbe ad indicare un *tertium genus*, che si aggiunge alla tradizionale dicotomia tra il reato comune e il reato proprio. Il reato a soggettività limitata richiede, ai fini della configurabilità, specifici e ulteriori requisiti rispetto al reato proprio, tra cui, in particolare, la necessità che la condotta tipica venga realizzata dall’executore materiale; la fattispecie peraltro non è ignorata dal legislatore, che talvolta “spezza” l’unicità del reato concorsuale in favore di autonome fattispecie incriminatrici con cui vengono punite condotte agevolatrici che, altrimenti, confluirebbero nella fattispecie delittuosa “base” in forza dell’art. 110 c.p.; cfr. anche CAVALLINI, *La “quadratura” impossibile: l’opzione minimal della Cassazione sul concorso di persone nell’(auto-)riciclaggio*, in *Giur. it.*, 2018, 2480; DEMURO, *Il bene giuridico proprio quale contenuto dei reati a soggettività ristretta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 2, 846 ss.

<sup>67</sup> Cfr. Cass., Sez. II, 18 aprile 2018, n. 17235, cit., paragrafo 2.1. del considerato in diritto, dove si specifica che il professionista aveva materialmente realizzato una serie di operazioni commerciali con cui «ha fatto rientrare in Italia ingenti somme (di illecita provenienza) che l’autoriciclatore deteneva all’estero».

<sup>68</sup> V. principalmente DELL’OSSO, *Riciclaggio di proventi illeciti e sistema penale*, cit., 225; cfr., analogamente, SEMINARA, *Spunti interpretativi sul delitto di autoriciclaggio*, cit., 1646; D’ALESSANDRO, *Il delitto di autoriciclaggio (art. 648-ter. I c.p.), ovvero degli enigma legislativi riservati ai solutori «più che abili»*, cit., 40 ss.

<sup>69</sup> Sia consentita una precisazione. Premesso che in dottrina è dibattuta la effettiva funzione dell’art. 117, il riferimento (anche) a tale norma, oltre all’art. 110, si spiega alla luce della prevalenza del reato proprio rispetto a quello comune, quando l’*extraneus* conosca la qualifica dell’*intraneus*, secondo lo schema della specialità unilaterale in astratto ex art. 15; sul punto, v. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, cit., pp. 394 ss.; PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio*, cit., 34 s.

<sup>70</sup> La dottrina, sulla questione della realizzazione concorsuale di autoriciclaggio e riciclaggio, ha proposto varie soluzioni in favore della differenziazione dei titoli. Alcuni hanno sostenuto la natura di reato proprio esclusivo dell’autoriciclaggio (v., per tutti, MUCCIARELLI, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 1, 119 e ivi la bibliografia); altri, invece, partendo dal dato criminologico della manifestazione concreta del fenomeno del riciclaggio, inquadrano l’art. 648 *bis* come reato

particolare condizione soggettiva dell'autoriciclatore non possa essere, per così dire, "comunicata" al professionista, anche quando questi sia conscio della qualifica dell'altro concorrente<sup>71</sup>. A questo proposito tale dottrina inquadra allora il problema della realizzazione plurisoggettiva dell'autoriciclaggio entro gli schemi del concorso apparente di norme, declinato all'interno di una complessa fattispecie concorsuale. Breve: quando il professionista contribuisce al fatto dell'autoriciclatore, si invererebbero due fattispecie plurisoggettive eventuali all'interno delle quali coesistono due fatti di concorso "bidirezionali", in cui professionista e autoriciclatore sono al contempo complici e/o autori. Così impostata la questione, allora, il professionista dovrebbe rispondere sia per concorso in autoriciclaggio, sia per concorso in riciclaggio, perché la sua condotta rientra contestualmente, come contributo concorsuale, tanto nel reato di cui all'art. 648 *bis*, quanto in quello previsto dall'art. 648 *ter. I* c.p. Mentre l'autoriciclatore continuerebbe a rispondere sempre e solo ai sensi dell'art. 648 *ter. I*, in virtù della clausola di non punibilità con cui si apre l'art. 648 *bis*<sup>72</sup>.

---

necessariamente plurisoggettivo, concludendo che l'introduzione dell'art. 648 *ter. I* rende punibile tanto la condotta di chi ricicla "in proprio", quanto quella tipica del concorrente necessario (prima non punibile) del riciclaggio (v., BRUNELLI, *Autoriciclaggio: profili del concorso di persone*, cit., 24); altra parte della dottrina, invece, recupera la teoria, di matrice tedesca, del dominio finalistico sul fatto, sostenendo che «nei casi in cui la condotta tipica sia materialmente realizzata dall'intermediario professionale ... i concetti di impiego, sostituzione e trasferimento vanno intesi in senso non solo naturalistico, ma anche come espressione di una signoria sul fatto» (v. SEMINARA, *Spunti interpretativi sul delitto di autoriciclaggio*, cit., 1647); altri ancora, invece, ritengono che il minor disvalore della condotta dell'autoriciclatore non sia suscettibile di essere comunicata al professionista (v., in particolare, E. BASILE, *L'autoriciclaggio nel sistema penalistico di contrasto al money laundering e il nodo gordiano del concorso di persone*, cit., 1300). Minoritaria, ma condivisibile, la dottrina che ritiene applicabile la disciplina dell'art. 117 in quanto correlata al rapporto di specialità tra le norme, se l'*extraneus* conosce la qualifica dell'autoriciclatore (cfr. CAVALLINI, *La "quadratura" impossibile: l'opzione minimal della Cassazione sul concorso di persone nell'(auto-)riciclaggio*, cit., 2482 ss., in cui si afferma la natura di reato proprio non esclusivo dell'autoriciclaggio). Analogamente, GULLO, *Realizzazione plurisoggettiva dell'autoriciclaggio: la Cassazione opta per la differenziazione dei titoli di reato*, cit., sottolinea come la qualificazione di reato a soggettività ristretta dell'art. 648 *ter. I* manchi di una giustificazione normativa, per cui *ubi lex dixit voluit, ubi noluit tacuit*.

<sup>71</sup> Questa, in particolare, la tesi sostenuta da E. BASILE, *L'autoriciclaggio nel sistema penalistico di contrasto al money laundering e il nodo gordiano del concorso di persone*, cit. 1300, che, però, espone il fianco al fatto che manchi, nel caso di specie, un aggancio normativo che giustifichi la natura di reato a soggettività ristretta dell'art. 648 *ter. I*.

<sup>72</sup> «... il tema è destinato a porsi esclusivamente in relazione alla posizione del terzo: le condotte dell'autore del reato presupposto possono acquisire rilevanza esclusivamente alla luce dell'art. 648-*ter. I* in forza della perdurante operatività della clausola di non punibilità dell'art. 648-*bis* c.p.»; v. DELL'OSSO, *Riciclaggio di*

Rispetto al professionista, pertanto, si configurerebbe prima di tutto un concorso apparente di norme, che andrebbe risolto, secondo la soluzione offerta da questa dottrina, alla luce dei criteri di valore dell'assorbimento o della consunzione. Colui che aiuta, tipicamente o atipicamente<sup>73</sup>, il *self-launderer*, realizza al contempo un fatto plurisoggettivo di riciclaggio e uno di autoriciclaggio, ma, per evidenti ragioni di giustizia sostanziale il concorso apparente tra i due reati andrebbe risolto con il criterio dell'assorbimento (o della consunzione), di modo che il fatto più grave - quello di riciclaggio - assorba quello meno grave di autoriciclaggio.

Percorrendo la via del concorso apparente di norme si giungerebbe, così, al risultato della coesistenza di due titoli di reato diversi che contribuiscono alla stessa offesa tipica, risolvendo il concorso apparente tra due fattispecie plurisoggettive eventuali in armonia con le regole generali del concorso di persone nel reato. Tale teoria, come si intuisce, parte però dal presupposto che il conflitto apparente di norme possa essere risolto ricorrendo ai criteri di valore della sussidiarietà<sup>74</sup> o dell'assorbimento<sup>75</sup>, non essendo delineabile un rapporto di specialità unilaterale in astratto *ex art. 15* tra riciclaggio e autoriciclaggio<sup>76</sup>.

Ma è proprio tale soluzione interpretativa che consente, nell'economia della riflessione qui sviluppata, di mettere bene a fuoco il problema posto dalla realizzazione plurisoggettiva di un fatto che, astrattamente, convergerebbe tanto

---

*proventi illeciti e sistema penale*, cit., 217, spec. 232 ss.

<sup>73</sup> Mentre in una prima variante di tale teoria l'A. affrontava la questione assumendo implicitamente che il professionista realizzasse una condotta già tipica, autonomamente rilevante come riciclaggio, nel senso che monosoggettivamente integrasse riciclaggio e plurisoggettivamente l'autoriciclaggio; v. DELL'OSSO, *Il reato di autoriciclaggio: la politica criminale cede il passo a esigenze mediatiche e investigative*, cit., 812 ss., spec. 815; soluzione criticata da PIERGALLINI, *Autoriciclaggio*, cit., 748; secondo la versione più recente, invece, ad incontrarsi non sono un reato monosoggettivo e uno plurisoggettivo (eventuale), bensì due fattispecie plurisoggettive eventuali in cui il terzo, tipicamente ovvero anche atipicamente, "aiuta" l'autoriciclatore; cfr. DELL'OSSO, *Riciclaggio di proventi illeciti e sistema penale*, cit., 232 ss.

<sup>74</sup> In tal senso DELL'OSSO, *Riciclaggio di proventi illeciti e sistema penale*, cit., 232 ss.

<sup>75</sup> Così, invece, D'ALESSANDRO, *Il delitto di autoriciclaggio (art. 648-ter.1 c.p.), ovvero degli enigmi legislativi riservati ai solutori «più che abili»*, cit., 42.

<sup>76</sup> Come è noto è discusso l'ambito di validità dei criteri di valore per risolvere il concorso apparente di norme; in giurisprudenza sembra prevalere la tesi che subordina l'apparenza del concorso al solo principio formale-codicistico della specialità unilaterale in astratto; v., per tutte, Cass., Sez. un., 22 giugno 2017, n. 41588, La Marca, in *Dejure*; in generale, sull'argomento del concorso apparente di norme, cfr. MORO, *Unità e pluralità di reati*, Padova, 1954, 70 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte Generale*, cit., 507 e ivi la bibliografia.

nel reato descritto dal comma 1 o 4, quanto nel fatto di tenue entità di cui al comma 5 dell'art. 73 t.u. stupefacenti.

A proposito di tale articolo occorre ricordare che tutti i reati descritti dall'art. 73, commi 1 e 4, ivi compresa l'autonoma fattispecie di cui al comma 5, sono congegnati come delitti comuni<sup>77</sup>, a condotta mista alternativa, puniti a titolo di dolo generico<sup>78</sup>. Non v'è dunque alcuna possibilità di giustificare la configurabilità di diversi titoli di reato sulla base del differente contegno psicologico che anima ciascun concorrente, né di una diversa direzionalità della condotta verso altre ipotesi delittuose, stante il rinvio del comma 5 agli stessi «fatti» puniti ai commi precedenti<sup>79</sup>.

Il comma 5, però, a partire dal 2013 rende punibili in via autonoma le condotte di spaccio<sup>80</sup>, se la loro valutazione unitaria e complessiva è espressione di una minima offensività. Ma fino a che punto – ci si può chiedere – una valutazione di offensività del fatto può dare vita ad una autonoma fattispecie incriminatrice e, di conseguenza, differenziare le posizioni dei singoli concorrenti, dato che l'eventuale diversificazione dei titoli di reato sembra indissolubilmente legata ad una valutazione di minima offensività della condotta di alcuni concorrenti, deducibile dagli indici di valutazione previsti dal comma 5<sup>81</sup>?

<sup>77</sup> Ad eccezione delle ipotesi previste dai commi 2 e 3, che configurano reati propri, potendo essere realizzati solo da chi è titolare dell'autorizzazione ministeriale di cui all'art. 17; cfr. AMATO, *Stupefacenti. Teoria e pratica*<sup>5</sup>, Roma, 2005, 128; PALAZZO, *Consumo e traffico degli stupefacenti (Profili penali)*<sup>6</sup>, Padova, 1994, 159.

<sup>78</sup> Cfr., tra la molta dottrina, PIFFER, sub *Art. 73*, in *Codice penale commentato*<sup>5</sup>, cit., 1227; v. PALAZZO, *Consumo e traffico degli stupefacenti (Profili penali)*<sup>6</sup>, cit., 158; cfr. anche, di recente, TORIELLO, *Produzione e traffico di sostanze stupefacenti*<sup>7</sup>, cit., 199; in giurisprudenza, per tutte, Cass., Sez. IV, 28 novembre 1995, n. 12807, Rv. 203571.

<sup>79</sup> cfr. PIFFER, sub *Art. 73*, in *Codice penale commentato*<sup>5</sup>, cit., 1132 ss.; la clausola di rinvio ai «fatti» puniti ai commi precedenti indica, infatti, una sostanziale coincidenza delle condotte punite dai due reati, che differiscono unicamente per una diversa graduazione dell'offensività del fatto, globalmente considerato.

<sup>80</sup> v. *supra*, nota n. 3; cfr. anche DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, Milano, 2014, 62 ss.

<sup>81</sup> «La trasformazione della fattispecie in titolo autonomo di reato non ha comportato alcun mutamento nei caratteri costituiti del fatto di lieve entità», così PIFFER, sub *Art. 73*, in *Codice penale commentato*<sup>5</sup>, cit., 1134. Nonostante l'ampia discrezionalità del giudice nella valutazione della minima offensività del fatto, la giurisprudenza costante afferma che la configurabilità del reato meno grave dipende dalla modesta entità del danno e del pericolo causati dalla condotta dell'agente, ovvero quando il fatto non lumeggia una rilevante pericolosità sociale; cfr., tra le molte, Cass., Sez. III, 6 febbraio 2021, n. 13115, Rv. 279657; Cass., Sez. VI, 28 novembre 2019, n. 7464/2020, Rv. 278615; Cass., Sez. III, 29 aprile 2015, n. 23945, Rv. 263651; in dottrina, v. DONELLI, *Circostanze del reato e «tipicità negata» nella recente riforma del diritto penale degli stupefacenti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1879; cfr. anche BANDINI-STALLONE-

Dunque, da tali indici e dal modo di concepirli dipendono gli elementi differenziali tra il “nuovo” reato previsto dall’ultimo comma dell’art. 75 e le altre ipotesi delittuose dell’art. 73 t.u.

4. *I «mezzi, le modalità o le circostanze dell’azione» ex art. 73, comma 5, t.u. stupefacenti, da elementi accidentali a requisiti del fatto tipico. Una possibile soluzione.* In proposito sembrano ancora attuali (e condivisibili) le perplessità di quella parte della dottrina minoritaria<sup>82</sup> che dubita, nonostante la dichiarata volontà del legislatore, che la fattispecie del comma 5 descriva un titolo autonomo di reato anziché una circostanza attenuante, come era in effetti prima dell’entrata in vigore del “pacchetto svuota-carceri” del 2013<sup>83</sup>. Ed invero il testo del comma 5 – a valle della tortuosa evoluzione normativa che, in definitiva, ha comportato la reviviscenza dell’originaria disciplina di cui alla legge Iervolino-Vassalli del 1990<sup>84</sup> – è rimasto sostanzialmente immutato sin dal momento della

---

ZANACCA, *Le condotte punite dall’art. 73 D.P.R. 309/1990, Le aggravanti e le attenuanti*, in *I reati in materia di sostanze stupefacenti*, a cura di Insolera-Spangher-Della Ragione, Milano, 2019, 291 ss., spec. 308 ss. e ivi la bibliografia. Peraltro, la valutazione richiesta ai fini della configurabilità dell’ipotesi lieve è unitaria, globale e omnicomprensiva, sicché quand’anche il giudice ravvisi un elemento di segno negativo, è esclusa la configurabilità del reato; così Cass., Sez. un., 21 giugno 2000, n. 17, Primavera, Rv. 216668; conf. Cass., Sez. un., 24 giugno 2010, n. 35737, Rico, Rv. 247911.

<sup>82</sup> V., in particolare, LEOPIZZI, *Minima poenalia. Stupefacenti, questioni attuali (e urgenti) in tema di fatto di lieve entità*, in *Giust. pen.*, 2014, 2, 129 ss.

<sup>83</sup> Cfr. art. 2 d.l. n. 146 del 24 dicembre 2013, cit., convertito (senza modifiche per quanto riguarda la disposizione in parola), dalla legge n. 10 del 21 febbraio 2014. La dottrina maggioritaria e la giurisprudenza ritenevano infatti che il comma 5, prima di tale intervento normativo, integrasse un’attenuante speciale ad effetto speciale; cfr. PALAZZO, *Consumo e traffico degli stupefacenti (Profili penali)*, cit., 164 ss.; AMATO, *Stupefacenti. Teoria e pratica*, cit., 165; FORTUNA, voce *Stupefacenti (dir. interno)*, in *Enc. dir.*, vol. XLIII, 1990, 1202; per la natura di reato autonomo, minoritaria la posizione di LA MONICA, *Produzione e traffico*, in *Stupefacenti, sostanze psicotrope, stati di tossicodipendenza. Il nuovo regime sanzionatorio*, a cura di Marini-La Monica-Mazza-Riondato-Pistorelli-Dini-Roberti, Torino, 1990, 61 ss., spec. 88 s.; l’orientamento maggioritario considerava peraltro la circostanza di natura oggettiva; cfr., per tutte, Cass., Sez. VI, 28 febbraio 1992, n. 3820, in *Cass. pen.*, 1992, 3136 s.

<sup>84</sup> Complessa appare invero l’evoluzione normativa della disciplina del D.P.R. n. 309/1990, in cui l’art. 73 ne costituisce la principale disposizione sanzionatoria, all’esito di innumerevoli interventi del legislatore e pronunce della Corte costituzionale; cfr., per un’analisi approfondita della questione, PIFFER, *Le novità di diritto penale in materia di sostanze stupefacenti*, in *Le nuove norme sulla giustizia penale*, cit., 9 ss.; ID., sub *Art. 73*, in *Codice penale commentato*, cit., 1135 ss.; TORIELLO, *Produzione e traffico di sostanze stupefacenti*, cit., 44 ss.; GAMBARDILLA, *La sequenza “invalidità” e “reviviscenza” della legge all’origine del “nuovo” sistema penale degli stupefacenti*, cit., 1132 ss.; LEOPIZZI, *Minima poenalia, Stupefacenti, questioni attuali (e urgenti) in tema di fatto di lieve entità*, cit., 129 ss.

sua entrata in vigore, ad eccezione del nuovo *incipit* della norma che introduce una clausola di riserva che recita «salvo che il fatto costituisca più grave reato» e della riduzione del massimo edittale da sei a quattro anni e del minimo da un anno a sei mesi.

Sebbene giurisprudenza e dottrina largamente maggioritarie<sup>85</sup> abbiano letto nel riferimento al “reato” un indice testuale inequivoco<sup>86</sup>, che depone nel senso della rilevanza autonoma della fattispecie, non può tacersi come le condizioni che rendono i fatti dei commi precedenti di lieve entità implicino la valutazione di «elementi secondari e accidentali (qualità e quantità delle sostanze; mezzi, modalità e circostanze dell’azione), attinenti in definitiva alla offensività del fatto»<sup>87</sup>. In considerazione di ciò, rimanendo inalterate le modalità di tipizzazione astratta delle condotte di cui al comma 5 rispetto alle altre ipotesi di reato, i criteri valutativi della lieve entità, pur atteggiandosi come elementi specializzanti della “nuova” fattispecie attenuata<sup>88</sup>, non sembrano in grado di incidere sull’essenza del reato. La valutazione di minima offensività del fatto sembra, piuttosto, espressiva del ruolo tipico dell’elemento circostanziale, che è

---

<sup>85</sup> PIFFER, *Le novità di diritto penale in materia di sostanze stupefacenti*, in *Le nuove norme sulla giustizia penale*, cit., 12-13; TORIELLO, *Produzione e traffico di sostanze stupefacenti*, cit., 315-316; GAMBARDELLA, *La sequenza “invalidità e “reviviscenza” della legge all’origine del “nuovo” sistema penale degli stupefacenti*, cit., 1132; DI TULLIO D’ELISIS-LAUDONIA-ESPOSITO-D’ALOSIO, *I reati in materia di sostanze stupefacenti*, Milano, 2020, 61 ss.; cfr. anche *Atti parlamentari della Camera dei deputati* relativi al progetto di legge n. 1921, consultabili sul sito [www.camera.it](http://www.camera.it), ove si esplicita che «si ritiene ragionevole e conforme al principio di proporzionalità della pena prevedere una fattispecie di reato con una disciplina sanzionatoria autonoma rispetto alle ipotesi tipizzate nei primi quattro commi dell’art. 73»; in giurisprudenza, cfr., per tutte, Cass., Sez. IV, 9 gennaio 2014, n. 7363 cit., 393 ss. con nota di CORBETTA, *La “nuova” fattispecie del fatto di lieve entità*.

<sup>86</sup> Oltre ad altre argomentazioni testuali e sistematiche che lumeggiano la *voluntas legis* di voler tipizzare un autonomo reato; cfr., per tutti, PIFFER, sub *Art. 73*, in *Codice penale commentato*, cit., 1133 e ivi la giurisprudenza riportata.

<sup>87</sup> LEOPIZZI, *Minima poenalia. Stupefacenti, questioni attuali (e urgenti) in tema di fatto di lieve entità*, cit., 142; in senso conforme anche TORIELLO, *Produzione e traffico di sostanze stupefacenti*, cit., 67.

<sup>88</sup> Sulla specialità quale criterio valutativo per verificare se un dato elemento si attegga quale circostanza o elemento costitutivo del reato, cfr. F. MANTOVANI, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, 437 s.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, cit., 440. Quanto ai (numerosi) criteri di identificazione delle circostanze non esplicitate, la dottrina non è univoca; cfr., BRICOLA, *Le aggravanti indefinite. Legalità e discrezionalità in tema di circostanze del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, 1013 ss.; più di recente, MELCHIONDA, *Le circostanze del reato: origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, 2000, *passim*, v. anche F. BASILE, *Reato autonomo o circostanza? Punti fermi e questioni ancora aperte a dieci anni dall’intervento delle sezioni unite sui “criteri di distinzione”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 4, 1564 ss.; v. anche *infra*.

appunto quello di modulare la gravità del reato, che, nella sua materialità, rimane immutato<sup>89</sup>.

Da questo punto di vista, interessante diventa il confronto con l'ipotesi affine della ricettazione di minore gravità, in cui la complessiva valutazione di minore disvalore (oggettivo e soggettivo) della condotta tenuta dal soggetto attivo tinteggia, invece, una circostanza attenuante indipendente<sup>90</sup>. Se così fosse, anche per la realizzazione plurisoggettiva del fatto di spaccio si dovrebbe necessariamente concludere per la natura unitaria del concorso, proprio per l'assenza di altre fattispecie incriminatrici che astrattamente potrebbero qualificare autonomamente la condotta di alcuni dei concorrenti. In tal caso, peraltro, ai fini di un'eventuale esclusione della comunicabilità, l'art. 118 c.p. imporrebbe di individuare la natura di tale circostanza, che, secondo la giurisprudenza precedente al 2013 aveva natura oggettiva e si sottraeva, perciò, all'ambito di operatività delle circostanze soggettive di cui all'art. 118<sup>91</sup>. Tuttavia, trattandosi comunque di elemento accidentale, la circostanza potrebbe essere neutralizzata nel giudizio di valenza con altre possibili aggravanti<sup>92</sup>.

Senonché, un monolitico indirizzo giurisprudenziale, consolidatosi dopo una pronuncia delle Sezioni unite del 2001<sup>93</sup>, conclude che l'unica soluzione atta a

<sup>89</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, cit., 437.

<sup>90</sup> Un orientamento granitico della Cassazione propende infatti per la natura circostanziale della fattispecie attenuata della ricettazione, cfr., per tutte, Cass., Sez. II, 21 marzo 2017, n. 14767, Rv. 269492; più di recente, Cass., Sez. II, 13 maggio 2021, n. 25121, Rv. 281675; in dottrina, *ex multis*, BARTOLI, *I delitti contro il patrimonio*, in Bartoli-Pelissero-Seminara, *Diritto penale, lineamenti di parte speciale*, Torino, 2021, 380, che evidenzia che il riconoscimento dell'attenuante è subordinato a una «valutazione complessiva del fatto, avendo riguardo non soltanto al valore economico della cosa, ma anche alle modalità della condotta e alla componente soggettiva», tanto è vero che il legislatore utilizza il termine «fatto» e non «damno». Tuttavia, non si vuole certo ignorare che sussistono anche esempi di segno contrario, come nel caso dell'incendio boschivo, che, sebbene fino al 2000 fosse circostanza aggravante rispetto al delitto di incendio, oggi è qualificato come autonomo reato *ex art. 423 bis*, cfr. F. BASILE, *Reato autonomo o circostanza? Punti fermi e questioni ancora aperte a dieci anni dall'intervento delle sezioni unite sui "criteri di distinzione"*, cit., 1568.

<sup>91</sup> Cfr., per tutte, Cass., Sez. VI, 4 febbraio 1998, n. 2888, Rv. 210386.

<sup>92</sup> Proprio questa è l'eventualità che il legislatore del 2013 voleva evitare, optando per il titolo autonomo di reato; cfr. TORIELLO, *Produzione e traffico di sostanze stupefacenti*, cit. 69; DELLA BELLA-VIGANO, *Convertito il d.l. n. 146/2013 sull'emergenza carceri: il nodo dell'art. 73, comma 5, t.u. stup.*, in *www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 19 maggio 2014, 1 ss.

<sup>93</sup> Cass., Sez. un., 26 giugno 2002, n. 26351, Rv. 221663; la pronuncia è stata oggetto di vivace dibattito dottrinale; cfr., tra la molta dottrina, AMATO, *Con l'addio alla giurisprudenza prevalente la Cassazione dimentica i differenti beni tutelati*, in *Guida dir.*, 2002, 42, 64 ss.; BARTOLI, *Truffa aggravata per*

stabilire se una fattispecie costituisca circostanza o titolo autonomo sia quella di indagare la *voluntas legis*, posto che il principio di specialità tra un elemento normativo e una norma incriminatrice di carattere generale non costituisce *ex se* un criterio strutturale univoco per dirimere i casi dubbi. Solo al legislatore, dunque, spetterebbe l'ultima parola sulla scelta di elevare un determinato dato materiale a elemento costitutivo ovvero a circostanza del reato, in assenza di criteri risolutivi, strutturali o ontologici, univoci<sup>94</sup>.

Se quindi occorre rispettare la volontà legislativa, libera «di assumere un dato fattuale nell'una o nell'altra categoria»<sup>95</sup>, anche il problema della realizzazione concorsuale dello spaccio va inevitabilmente affrontato alla luce del dato legislativo. Da tale prospettiva emergerebbe inequivocabilmente la natura di elementi costitutivi di reato degli indici sintomatici che fondano l'ipotesi della lieve entità. Peraltro, il raffronto strutturale tra la norma generale (alternativamente i commi 1 o 4 dell'art. 73) e la norma speciale (il comma 5) consente di concludere che tali indici siano gli elementi specializzanti dalla cui sussistenza deriva la configurabilità della (sola) fattispecie autonoma di lieve entità. Questo dato, che non può essere ignorato, consente di affermare che è proprio a partire dal rapporto di specialità tra i due reati, avallato anche dalle Sezioni unite del 2018<sup>96</sup>, che va ricercata la soluzione al problema della diversificazione dei

---

*conseguire erogazioni pubbliche: una fattispecie davvero circostanziale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 603 ss.; cfr. anche il contributo, più recente, di F. BASILE *Reato autonomo o circostanza? Punti fermi e questioni ancora aperte a dieci anni dall'intervento delle sezioni unite sui "criteri di distinzione"*, cit., spec. 1587 ss., ove l'A., in particolare, sottolinea che tale pronuncia, seppur implicitamente, operi una sorta di "gerarchizzazione" dei criteri di distinzione.

<sup>94</sup> Secondo Cass., Sez. un., 26 giugno 2002, n. 26351, cit., infatti «non esiste alcuna differenziazione ontologica tra elementi costitutivi (o essenziali) e elementi circostanziali (o accidentali) del reato, atteso che questi elementi si possono distinguere solo in base alla disciplina positiva che ne stabilisce il legislatore».

<sup>95</sup> Cass., Sez. un., 26 giugno 2002, n. 26351, cit.; concorde anche la dottrina; cfr., per tutti, ROMANO, sub *pre-Art. 59*, in Romano-Grasso, *Commentario sistematico del codice penale*<sup>3</sup>, vol. I, Milano, 2004, 634; cfr. anche MELCHIONDA, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, cit., 564.

<sup>96</sup> In dottrina, in questi termini, esplicitamente, GAMBARDELLA, *La sequenza "invalidità" e "reviviscenza" della legge all'origine del "nuovo" sistema penale degli stupefacenti*, cit., 1137; cfr. Cass., Sez. un., 9 novembre 2018, n. 51063, cit., dove affermano altrettanto esplicitamente che l'ipotesi lieve si pone «in rapporto di specialità unilaterale con le altre disposizioni menzionate, essendo indiscutibile che, qualora dovesse venire meno l'ipotesi di lieve entità, *N.d.R.*, i medesimi fatti tornerebbero a ricadere nell'ambito di incriminazione di queste ultime»; ancora, «[a]ttraverso la specializzazione viene però selezionata la reazione punitiva più conforme, individuando la norma che risulta meglio aderente alla fattispecie

titoli di reato tra i concorrenti nello spaccio. Soluzione, questa, che potrebbe risultare più in linea con le regole generali in tema di compartecipazione criminosa.

Ebbene, nel caso in cui più persone insieme contribuiscano a realizzare, con più condotte, un unico episodio delittuoso di spaccio di sostanza stupefacente, la diversificazione del titolo di reato solo per alcuni concorrenti e non per altri potrebbe spiegarsi anzitutto alla luce del concorso apparente di norme tra due fattispecie concorsuali, così come si è visto essere affermato dalla dottrina per sostenere la separazione dei titoli di responsabilità fra autoriciclatore e terzo in base appunto all'istituto del concorso apparente di norme tra fattispecie pluri-soggettive eventuali<sup>97</sup>. Ma anche un ulteriore indicatore – non meno significativo – sembra confermare la tesi della differenziazione dei titoli di reato. Si tratta, in particolare, della autonoma tipicità delle condotte di detenzione illecita, da una parte, e di vendita a fini di spaccio, dall'altra. Già sul piano della tipizzazione astratta, infatti, l'art. 73 t.u. descrive ipotesi di reato a condotta vincolata e alternativa, sicché la realizzazione di un fatto di detenzione illecita da parte di alcuni e di un fatto di vendita da parte di altri già dovrebbe orientare l'interprete verso una possibile diversa qualificazione giuridica delle posizioni dei concorrenti, proprio per l'autonomo significato delittuoso che le singole condotte realizzate finiscono con l'assumere alla luce della stessa descrizione legislativa del fatto tipico.

Dall'art. 73, infatti, si desume il ruolo che effettivamente viene rivestito da ciascun partecipante nell'impresa collettiva di spaccio, come emerge chiaramente dall'ordinanza di rimessione alle Sezioni unite<sup>98</sup>. In essa si legge che i due imputati rivestivano un ruolo *lato sensu* apicale nella gestione e nell'organizzazione della piazza di spaccio, servendosi di due collaboratori, addetti alla vendita al minuto, per finalizzare il traffico di droga. In particolare, uno dei due soggetti era l'addetto all'approvvigionamento della droga, mentre l'altro era

---

concreta dal punto di vista genuinamente strutturale, sul presupposto implicito che quanto più la valutazione normativa tiene conto dei caratteri distintivi di un determinato fatto, tanto più si presta a rispecchiare, per l'appunto, l'effettivo disvalore».

<sup>97</sup> Cfr. DELL'OSSO, *Riciclaggio di proventi illeciti e sistema penale*, cit., 232 ss.; v. anche *supra*, sub par. 3.

<sup>98</sup> Cass., Sez. III, ord., 12 maggio 2022, n. 20563, cit.

dedito alla gestione della vendita al dettaglio, attività che veniva svolta con l'aiuto di vari collaboratori che, concretamente, provvedevano allo spaccio. Tuttavia, ad orientare a favore di una descrizione così differenziata del fatto concreto è la stessa tipicità astratta della condotta illecita. In base alla descrizione normativa è possibile infatti distinguere la condotta dei “gestori”, che rileva autonomamente come fatto tipico di detenzione illecita finalizzata alla vendita ai sensi del comma 4 dell’art. 73 t.u. stupefacenti. Ma al contempo, tale condotta rileva anche come contributo morale<sup>99</sup> – assimilabile a un “mandato a vendere” – alla condotta, parimenti tipica ai sensi dell’art. 73, comma 5, realizzata dagli addetti alla vendita al dettaglio. Nel caso di specie, tale ultima circostanza sembra essere confermata dal fatto che i due venditori si impegnavano a restituire i proventi del traffico di droga, in particolare a uno dei due ricorrenti<sup>100</sup>.

Stando così le cose, si può quindi affermare che la condotta dei due “gestori” rilevi sia come fatto tipico di detenzione illecita, sia come contributo concorsuale atipico alla vendita, realizzata materialmente dagli altri concorrenti. Torna allora utile, ai nostri fini, la tesi sostenuta da una parte della dottrina a proposito della scissione dei titoli di reato tra autoriciclatore e terzo. Come nel caso del concorso del professionista nell’autoriciclaggio, infatti, anche nella realizzazione plurisoggettiva dello spaccio si verifica, anzitutto, un concorso apparente di norme: la prima, di detenzione illecita, realizzata in coautoria dai “gestori”

---

<sup>99</sup> In tal caso occorre precisare che la corretta qualificazione giuridica dei contributi concorsuali dei singoli concorrenti venga a dipendere, soprattutto, dalla tecnica di formulazione del capo di imputazione; sul punto, cfr. GIULIANI BALESTRINO, *Sulla contestazione del contributo individuale al concorso di persone nel reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 3, 768 ss., che evidenzia la necessità di una contestazione specifica della condotta del singolo concorrente nel reato; analogamente, DI MARTINO, *Concorso di persone*, in *Le forme di manifestazione del reato*, a cura di DE FRANCESCO, cit., 158 ss. La giurisprudenza, d’altro canto, è contraria all’obbligo di contestazione specifica; v., ad esempio, Cass., Sez. I, 21 gennaio 2014, n. 7845, Rv. 262532, fattispecie in cui la Corte ha stabilito che, nel caso in cui all’imputato sia stata contestata sia la partecipazione materiale che quella morale al reato (nella specie un omicidio), la condanna solo per concorso morale non comporta pronunzia assolutoria parziale rispetto al contributo materiale «poiché la statuizione sul ruolo assunto dal giudicabile non costituisce punto di decisione, in relazione al quale può formarsi una preclusione processuale o può operare il divieto di “reformatio in peius”».

<sup>100</sup> Cfr. Cass., Sez. III, ord., 12 maggio 2022, n. 20563, cit., spec. al paragrafo n. 6.2.

(art. 73, comma 4), la seconda, di concorso nella vendita, eseguita materialmente, su “mandato”, dagli altri concorrenti (art. 73, comma 5).

Più specificamente, se la condotta dei “gestori” rileva al contempo come fatto tipico di detenzione illecita e come contributo concorsuale atipico alla vendita<sup>101</sup>, allora essi dovrebbero rispondere dei due reati, fra loro in concorso, di detenzione illecita ai sensi del comma 4 e di spaccio di stupefacente ai sensi del comma 5, senza che ciò comporti che il riconoscimento della ipotesi lieve alla sola condotta di vendita di droga – compiuta da altri soggetti<sup>102</sup> - implichi, di per sé, necessariamente una valutazione di minima offensività anche per la condotta contestata ai mandanti. Si tratta, infatti, di due condotte tipiche alternative che, già sul piano dell’astratta previsione normativa, mantengono un autonomo nucleo di disvalore oggettivo e soggettivo, ancorché alternativamente previste ai fini della configurabilità del reato di spaccio. L’elemento specializzante del reato di cui al comma 5, dato dalla sussistenza degli indici della lieve entità, dunque, è in definitiva ancorato a una valutazione concreta delle singole condotte di detenzione illecita o di vendita (o delle altre condotte tipizzate dalla norma), a prescindere dal fatto che il riconoscimento dell’ipotesi attenuata per l’una debba per forza estendersi all’altra condotta, soprattutto in un contesto in

---

<sup>101</sup> Tale soluzione è peraltro allineata con la posizione della dottrina che sostiene come l’istigazione debba avere ad oggetto un reato determinato quanto meno nelle sue linee essenziali, anche se alternativamente identificato e non precisato nelle sue concrete modalità esecutive; v., sul punto, DI MARTINO, *Concorso di persone*, in *Le forme di manifestazione del reato*, a cura di DE FRANCESCO, cit., 183; GRASSO, sub *Art. 110*, in Romano-Grasso, *Codice penale commentato*, cit., 170-171; cfr. SEMINARA, *Riflessioni sulla condotta istigatoria come forma di partecipazione al reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 3, 1121 ss. Ancora attuali, in particolare, le riflessioni dell’A. a pagina 1128, ove si specifica che «sembra veramente riduttivo (nonché semplicistico) ritenere che l’istigatore risponda solo di quel particolare fatto – in senso storico e naturalistico – da lui voluto. Nel caso che ci occupa, peraltro, il reato commesso dai venditori, oltre a condividere la medesima condotta rispetto alle ipotesi “base” dell’art. 73, ha in comune anche il medesimo oggetto materiale. Si potrebbe addirittura sostenere che, a ben vedere, non si tratti di un fatto “diverso” rispetto a quello voluto dai mandanti, posto che la differenza coincide – per scelta del legislatore – con una valutazione di minima offensività della condotta, rimessa in definitiva all’organo giudicante.

<sup>102</sup> Ancora diverso sarebbe il caso – che però non sembra ricorrere nell’ordinanza di remissione – in cui vi sia un’unica condotta principale tra quelle miste alternative punite dall’art. 73 a cui accede una condotta atipica, realizzata da un concorrente (si pensi, ad esempio, al caso di chi, d’accordo con l’esecutore principale, metta a disposizione l’automobile per concludere un fatto di vendita di droga). In tal caso è la teoria dell’accessorietà a spiegare dogmaticamente il fenomeno concorsuale, in quanto la condotta atipica mutua necessariamente la qualificazione giuridica dal fatto principale.

cui più soggetti pongono in essere più condotte tra loro alternative, espressive di un differente grado di disvalore.

Non solo, ma la posizione dei due “gestori” – a differenza dei semplici collaboratori – è contrassegnata da una serie di indicatori che, anche indipendentemente dal dato quantitativo della sostanza stupefacente oggetto prima di detenzione e poi di vendita, rivelano una «più ampia e comprovata capacità» di diffusione della droga, come dimostrerebbe la vasta disponibilità di stupefacente da parte di chi gestiva le operazioni di vendita<sup>103</sup>.

La tesi della separazione dei titoli di reato, tuttavia, si deve confrontare con un'altra questione, data dall'interferenza dei principi generali sull'unità e la pluralità dei reati e il concorso di persone nel reato<sup>104</sup>, proprio nell'ipotesi di condotte miste alternative, come previste dall'art. 73.

Su quest'ultimo punto, l'orientamento maggioritario della Suprema Corte<sup>105</sup> è nel senso della unicità del reato, qualora l'agente realizzi più condotte tra quelle alternativamente previste dall'art. 73, a condizione che l'oggetto materiale sia il medesimo – come è nell'esempio su cui ci si è concentrati – e che le azioni tipiche siano contestuali sotto il profilo ontologico, cronologico e funzionale, da intendersi come «il ravvicinato susseguirsi di atti diversi, ma diretti ad un unico fine»<sup>106</sup>.

Mentre per quanto attiene all'elemento di interferenza, dato dalla presenza di più soggetti, alcuni dei quali realizzano l'azione tipica di detenzione illecita,

---

<sup>103</sup> Cfr. Cass., Sez. III, ord., 12 maggio 2022, n. 20563, cit.

<sup>104</sup> Goverrà precisare che agli imputati veniva riconosciuta, in regime di concorso eventuale di persone, la continuazione di plurimi episodi di detenzione e di vendita, dipanatasi nel corso di un anno, per cui la soluzione appena proposta si lega indissolubilmente alla concreta manifestazione dei singoli episodi di detenzione e vendita. Tale circostanza non sembra però scalfire la soluzione che si sta proponendo, posto che la continuazione non è in grado di obliterare l'autonomo significato delittuoso di ogni episodio in contestazione, rilevando, al più, in punto di pena. Più problematico, invece, sembra il riconoscimento dell'ipotesi lieve ai due collaboratori per addirittura un anno (previo riconoscimento della continuazione) di episodi di cessione o vendita di droga.

<sup>105</sup> Cfr., da ultimo, Cass., Sez. III, 17 novembre 2021, n. 3323/2022, Rv. 282699, che afferma come le condotte previste dall'art. 73 perdano «la propria individualità quando si riferiscono alla stessa sostanza stupefacente e sono indirizzate ad un unico fine, sicché, se consumate senza un'apprezzabile soluzione di continuità, devono considerarsi come condotte plurime di un unico reato».

<sup>106</sup> Cfr. TORIELLO, *Produzione e traffico di sostanze stupefacenti*, cit., 188-189 e ivi la giurisprudenza riportata; BANDINI-STALLONE-ZANACCA, *Le condotte punite dall'art. 73 D.P.R. 309/1990, Le aggravanti e le attenuanti*, cit., 222.

altri, invece, quella di vendita, occorre osservare quanto segue. Se nel caso dell'esecuzione monosoggettiva la condotta in concreto più grave assorbe quella meno grave tra quelle realizzate in un contesto unitario, in quella pluri-soggettiva eventuale il medesimo principio di assorbimento consente, al contrario, di "spezzare" le condotte, e di conseguenza il titolo di reato per i concorrenti<sup>107</sup>. In tale ottica, la condotta di istigazione alla vendita dei gestori della piazza di spaccio, infatti, «anche in considerazione del soggetto cui viene rivolta e delle motivazioni in lui preesistenti o successive, può sortire esiti diversi, relativi sia all'effettivo accoglimento di essa sia alle modalità con cui 'trapassa' nella psiche del soggetto istigato»<sup>108</sup>, oppure in ragione delle differenti modalità con cui il reato viene effettivamente realizzato dall'istigato. Ed è proprio tale diversa - e meno grave - modalità di esecuzione della vendita di droga a fondare l'ipotesi autonoma della lieve entità.

Beninteso, come si è anticipato, di tale ultimo reato dovrebbero rispondere a titolo di concorso eventuale anche gli istigatori - già punibili per la detenzione ai sensi del comma 4 - senonché, applicando il principio di diritto affermato dalla giurisprudenza maggioritaria sull'unicità del reato in presenza di più condotte alternative realizzate monosoggettivamente, la condotta meno grave di vendita "su mandato" deve ritenersi assorbita, per i "gestori", in quella più grave di illecita detenzione (art. 73, comma 4, t.u. stupefacenti). Tale ultima condotta esaurisce invero completamente i profili di disvalore del fatto commesso dai due ricorrenti, la cui potenzialità offensiva, come si è evidenziato, appare sensibilmente superiore rispetto a quella dei collaboratori<sup>109</sup>.

---

<sup>107</sup> È chiaro che invece, partendo dal presupposto della unicità del reato concorsuale, è agevole obiettare che le condotte congiunte dei concorrenti, teleologicamente orientate verso la finalità di spaccio, scopo comune a tutti i compartecipi, impongano l'omogeneità della qualificazione giuridica del fatto, tanto più se si considera che l'oggetto materiale del reato è lo stesso, perché concerne la disponibilità della medesima sostanza, prima illecitamente detenuta dai "gestori", poi venduta dai collaboratori.

<sup>108</sup> Così, SEMINARA, *Riflessioni sulla condotta istigatoria come forma di partecipazione al reato*, cit., 1127.

<sup>109</sup> Ed infatti, la spiegazione razionale dell'assorbimento della condotta meno grave in quella più grave, nella specie sembra perfettamente compatibile con la logica dell'*id quod plerumque accidit*, che viene reinterpretata da una recente dottrina alla luce della prossimità e omogeneità dei beni giuridici attinti dai reati concorrenti (con particolare riferimento alla contemporanea detenzione di più sostanze tabellarmente eterogenee). Ma anche nella fattispecie plurisoggettiva di spaccio, in cui alcuni detengono e altri vendono la stessa sostanza, v'è un rapporto di stretta connessione oggettiva e soggettiva tra le condotte dei concorrenti che consente, pur a fronte di una frammentazione di ruoli, l'assorbimento di quelle meno

Il medesimo problema qualificatorio, invece, non si pone per la posizione degli addetti alla vendita, per la decisiva considerazione che essi realizzano pur sempre un'unica condotta, che è appunto quella di vendita. Sebbene sul punto si potrebbe obiettare che la loro condotta presupponga necessariamente una prodromica attività di detenzione illecita (che si unisce a quella dei "gestori"), a ciò si potrebbe replicare - in conformità all'orientamento maggioritario della Cassazione<sup>110</sup> - che l'illecita detenzione di singole partite di droga destinate allo spaccio, viceversa, venga assorbita nella condotta di vendita, realizzata dai collaboratori. Tale conclusione non appare peraltro illogica rispetto alla posizione dei "gestori", se si ritiene, in particolare, che la condotta dei venditori, nella parte in cui corrisponde a una prodromica detenzione illecita, perde la propria autonomia in favore della successiva vendita, proprio per il carattere strettamente strumentale, e limitato nel tempo, della disponibilità della droga nelle mani dei collaboratori.

In conclusione, l'episodio oggetto dell'ordinanza di rimessione da cui sono originate le presenti riflessioni costituisce un tipico esempio di realizzazione "reticolare" dello spaccio di stupefacenti, attività fisiologicamente contrassegnata da dinamiche interattive in cui la logica della «divisione del lavoro»<sup>111</sup> criminale pone in rilievo i limiti della disciplina positiva. L'intervento del legislatore del 2013, in particolare, nel trasformare la fattispecie di cui al comma 5 da attenuante speciale ad effetto speciale a titolo autonomo di reato, sembra calibrato sulla (sola) ipotesi della realizzazione monosoggettiva dello spaccio, trascurando l'eventualità, ben più frequente, in cui lo spaccio è frutto di un'attività collettiva. L'istituto del concorso eventuale di persone nel reato, infatti, sebbene si atteggi come duttile strumento in grado di colpire ogni forma di manifestazione dello spaccio collettivo, pone - come si è visto - non pochi problemi

---

gravi in quelle più gravi. Cfr. GIACONA, *Concorso apparente di reati e istanze di ne bis in idem sostanziale*, Torino, 2022, 134 s.

<sup>110</sup> V., per esempio, Cass., Sez. VI, 28 marzo 2017, n. 22549, Rv. 270266, caso in cui la Corte ha precisato che in materia di reati concernenti sostanze stupefacenti, «in presenza di più condotte riconducibili a quelle descritte dall'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990, quando unico è il fatto concreto che integra contestualmente più azioni tipiche alternative, le condotte illecite minori perdono la loro individualità e vengono assorbite nell'ipotesi più grave».

<sup>111</sup> Cfr. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*<sup>45</sup>, cit., 552.

di compatibilità con l'ipotesi autonoma di cui al comma 5 dell'art. 73 t.u. stupefacenti.

In definitiva, la norma eccede nell'attribuire alla minore offensività di un fatto, già autonomamente punito, la funzione di fondare una ulteriore ipotesi autonoma di reato, mentre i criteri misti, oggettivi e soggettivi, per la loro formulazione vaga e indeterminata finiscono per conferire al magistero penale un'eccessiva discrezionalità nell'applicazione della norma. Il che rischia di vulnerare la certezza del diritto e la prevedibilità delle condanne, non rinvenendosi, nella disciplina positiva, alcun elemento certo di differenziazione tra l'ipotesi lieve e quelle - punite ben più rigorosamente - degli altri commi dell'art. 73.

Tale ultima circostanza, del resto, emerge chiaramente dal perdurante oscillare degli orientamenti della Suprema corte<sup>112</sup>. Nel tentativo di conferire un'interpretazione tassativizzante della disposizione in parola, la giurisprudenza sembra infatti surrogare la scarsa determinatezza del dato positivo con l'enucleazione di parametri di valutazione della lieve entità che, pur avendo il pregio di adattarsi alla plasticità del fenomeno di spaccio, rischiano di essere subordinati ad una imprevedibile intuizione giudiziale<sup>113</sup>.

---

<sup>112</sup> È significativo, ad esempio, che tra i «mezzi, le modalità e le circostanze dell'azione» fondativi della lieve entità la giurisprudenza sia giunta a contemplare anche una rudimentale organizzazione dell'attività di spaccio, che non impedisce il riconoscimento dell'ipotesi del comma 5. In tal modo, però, il criterio in questione sembra essere illogico rispetto a quello della potenzialità diffusiva dello stupefacente, posto che, sebbene in forma rudimentale, una pur minima gestione organizzata dello smercio di stupefacenti è certamente più offensiva rispetto allo spaccio comune. In assenza di un sicuro criterio orientativo, infatti, Cass., 17 dicembre 2015, n. 9155/2016, in *Dejure*, riconosce l'ipotesi lieve, mentre, di segno opposto, impiegando *a contrario* il medesimo criterio, Cass., Sez. IV, 18 gennaio 2022, n. 13203, in *Dejure*, nega l'ipotesi lieve anche alla luce di una improvvisata e rudimentale attività di spaccio realizzata dagli imputati. Tale profilo di irragionevolezza è peraltro confermato da un costante orientamento della giurisprudenza che ammette la configurabilità dell'associazione per delinquere finalizzata allo spaccio anche in presenza di una forma minima, rudimentale, di gestione organizzata dello spaccio, cfr., da ultimo, Cass., Sez. VI, 12 ottobre 2021, n. 2394/2022, Rv. 282677.

<sup>113</sup> Cfr., sul punto, l'interessante indagine empirica di LANCIA-PACELLA, *Il fatto di lieve entità ex art. 73, quinto comma, D.P.R. 309/1990: alla ricerca di un'interpretazione tassativizzante. Un'indagine empirica della giurisprudenza di legittimità nel triennio 2020-2022*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 22 novembre 2022, spec. 26 ss., ove viene proposto, quanto meno al fine di ridurre «l'area di interferenza» tra il comma 5 e le altre ipotesi di cui all'art. 73, un criterio di tipo logico-statistico. Tale criterio, di natura chiaramente oggettiva, dovrebbe ricavarsi a partire dal quantitativo lordo che «delimita, nel massimo, l'area di maggiore interferenza tra le fattispecie», poi convertito nel valore di principio attivo della sostanza, a cui applicare, infine, la percentuale di purezza media nel mercato nazionale.

Tuttavia, se da una parte la scarsa tassatività del precetto appare insufficiente a fondare un'ipotesi autonoma di reato, dall'altra tale scarsa tassatività risulta perfettamente compatibile con la logica di una circostanza attenuante. Appare, dunque, auspicabile che il legislatore futuro ritorni sui propri passi, configurando il comma 5 come circostanza attenuante speciale indipendente. Ciò non sarebbe unicamente preordinato ad una applicazione più lineare dell'istituto del concorso di persone nel reato, ma potrebbe comunque salvaguardare la ratio dell'intervento legislativo del 2013. L'attenuante in questione, infatti, ben potrebbe essere "blindata" - come del resto accade per numerose ipotesi di circostanze aggravanti<sup>114</sup> - così da impedire, nel giudizio di bilanciamento ex art. 69 c.p., la neutralizzazione con altre eventuali circostanze aggravanti. In tal caso, peraltro, sempre in un'ottica teleologicamente orientata a compendiare esigenze deflative e di attuazione dei principi costituzionali di proporzionalità sanzionatoria e sussidiarietà, rimarrebbe in ogni caso possibile, laddove ne ricorrano i presupposti, l'applicazione della speciale causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131 *bis* c.p.

Secondo l'orientamento maggioritario della Suprema Corte, infatti, gli indici che fondano l'operatività della particolare tenuità del fatto - in particolare quelli afferenti al grado di colpevolezza, alla esiguità del danno e del pericolo e alla non abitualità del comportamento - non sono del tutto sovrapponibili ai parametri che, invece, informano la lieve entità del fatto di spaccio<sup>115</sup>. I due istituti muovendosi, dunque, su "binari" paralleli, non appaiono tra loro incompatibili, tanto più se si valorizza la concezione c.d. gradualistica del reato, accolta dalle Sezioni unite della Cassazione<sup>116</sup>. Tale interpretazione, invero, funzionale ad attualizzare il principio di offensività quale canone ermeneutico<sup>117</sup>

---

<sup>114</sup> Solo per fare un esempio, si pensi alla materia dei reati concernenti il terrorismo, in cui l'art. 280, commi 2 e 4 c.p. descrive delle circostanze aggravanti che, ai sensi dell'ultimo comma della disposizione, «non possono essere ritenute equivalente o prevalenti» rispetto alle attenuanti diverse da quelle previste dagli articoli 98 e 114 c.p.

<sup>115</sup> Cfr., in tal senso, Cass., Sez. III, 16 aprile 2021, n. 18155, Rv. 281572.

<sup>116</sup> Per questa impostazione, cfr., in particolare, Cass., Sez. un., 25 febbraio 2016, n. 13681, Tushaj, in *Dejure*.

<sup>117</sup> In contrapposizione alla concezione c.d. realistica dell'illecito penale, che, come è noto, postula una scissione tra il momento della tipicità e quello dell'offesa, di talché sarebbe possibile immaginare un fatto concreto conforme allo schema tipico della fattispecie incriminatrice, ma al contempo inoffensivo. In

che spiega i propri effetti sul piano della tipicità, consente al magistero penale di cogliere l'esatta dimensione offensiva del fatto concreto, concepita come grandezza scalare, modulata non solo dalle circostanze che considerano i profili della tenuità del danno o dell'offesa, ma anche, appunto, dalla speciale causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto, fino a giungere a una possibile radicale inoffensività del singolo episodio delittuoso. E del resto non potrebbe essere diversamente, a maggior ragione nel caso in cui lo spaccio lieve fosse ripensato nei termini di una circostanza attenuante indipendente, considerato che il comma 5 dell'art. 131 *bis* c.p. assicura la compatibilità di tale causa di non punibilità con altre eventuali attenuanti fondate sulla particolare tenuità del danno o del pericolo<sup>118</sup>.

---

giurisprudenza, la Corte costituzionale oscilla tra le due teorie. A favore della concezione realistica, cfr., per esempio, Corte cost., 7 luglio 2005, n. 265, che, dichiarando infondate le eccezioni di incostituzionalità dell'art. 707 c.p., afferma che «[l]a particolare configurazione della contravvenzione in esame lascia aperta la possibilità che si verifichino casi in cui alla conformità del fatto al modello legale non corrisponde l'effettiva messa in pericolo dell'interesse tutelato». In favore, invece, della concezione dell'offesa quale criterio interpretativo, v., fra le molte, Cass., Sez. un., 18 luglio 2013, n. 40354, Sciuscio, in *Dejure*; conf. Cass., Sez. un., 25 febbraio 2016, cit. In dottrina, per tutti, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte Generale*<sup>9</sup>, cit., 231, dove parla di «rivalutazione del reato alla luce del principio di offensività», il che implica il «riconoscimento dell'offensività come requisito tipico del reato».

<sup>118</sup> Del resto, cfr. Corte cost., 21 luglio 2020, n. 156, che, nel ritenere irragionevole la preclusione alla applicabilità dell'art. 131 *bis* ai reati, come quello di ricettazione attenuata, in cui il legislatore non prevede il minimo edittale, conferma *a fortiori* la compatibilità dell'istituto con una circostanza attenuante speciale che contempla, fra gli elementi costitutivi, una valutazione di minima offensività che attengono al profilo obiettivo (il profitto del reato) e alla capacità a delinquere dell'agente. Per un commento a tale pronuncia, cfr., di recente, GULLO, *La particolare tenuità del fatto ex art. 131 bis c.p.: una figura sotto assedio*, in *Studi in onore di Antonio Fiorella*, a cura di Catenacci-D'Ascola-Ramponi, *Studi in onore di Antonio Fiorella*, vol. I, Roma, 2021, 578 ss.