

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

1/2025

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Masera, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti.

COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI) Andrea Abbagnano Trione, Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Enrico Mario Ambrosetti, Ennio Amodio, Gastone Andrezza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Enrico Basile, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Francesca Biondi, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Carlo Bonzano, Matilde Brancaccio, Carlo Bray, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Gaia Caneschi, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Carlotta Conti, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Jacopo Della Torre, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Stefano Finocchiaro, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Dèsirèe Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Alessandra Galluccio, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Giorgio Lattanzi, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Adelmo Manna, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Francesco Mazzacuva, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Lorenzo Picotti, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Bartolomeo Romano, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Nicola Triggiani, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Maria Chiara Ubiali, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia.

REDAZIONE Francesco Lazzeri, Giulia Mentasti (coordinatori), Dario Albanese, Enrico Andolfatto, Silvia Bernardi, Patrizia Brambilla, Pietro Chiaraviglio, Beatrice Fragasso, Elisa Grisonich, Alessandro Malacarne, Cecilia Pagella, Emmanuele Penco, Gabriele Pontepino, Sara Prandi, Tommaso Trinchera.

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salvo le modifiche tecnicamente indispensabili). La licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen.* (o *SP*), 1/2023, p. 5 ss.

**RESPONSABILITÀ DEI CONCORRENTI A TITOLO DIFFERENZIATO E
L'UOVO DI COLOMBO DEL PRINCIPIO DI SPECIALITÀ:
TRA DOGMI ANTICHI E NUOVE PROSPETTIVE**

di Giovanni Grasso

Tema molto dibattuto in dottrina, la natura unitaria o pluralistica del concorso di persone nel reato ha interessato di recente le Sezioni unite della Corte di cassazione. Intervenute per dirimere un contrasto inerente alla possibilità che solo alcuni contributi concorsuali potessero essere valutati come di lieve entità, ai sensi dell'art. 73, co. 5 d.P.R. 309/1990, le Sezioni Unite, facendo leva sul principio di specialità, danno al quesito risposta affermativa, pur ribadendo la validità della tesi della unitarietà del reato concorsuale. Nonostante questa precisazione, l'approdo delle Sezioni Unite potrebbe rappresentare un'occasione per un nuovo approfondimento dogmatico di diversi aspetti della tematica generale del concorso di persone, atteso che sia la codificazione originaria sia la legislazione successiva si sono dimostrate aperte a una prospettiva qualificatoria multipla del fatto concorsuale. Inoltre, il richiamo ai principi di personalità della responsabilità penale e di proporzionalità della pena potrebbe condurre a rinverdire la previsione dell'art. 114 c.p., finora oggetto di un'interpretatio abrogans della giurisprudenza, ma meritevole di una migliore considerazione teorico-pratica. Qualche riflessione critica è stimolata anche dalla lettura dei criteri rilevanti per il riconoscimento della lieve entità, specialmente al fine di inquadrare nell'ottica del principio di offensività l'inserimento dello spaccio in circuito organizzativo. Infine, occorre interrogarsi sull'opportunità di mantenere o di rivedere l'attuale conformazione dell'art. 73, co. 5 d.P.R. 309/1990.

SOMMARIO: 1. Premessa: un “rompicapo dogmatico” alle Sezioni unite. – 2. Sintesi del contrasto interpretativo. – 2.1. La decisione delle Sezioni unite. – 3. Osservazioni a margine della pronuncia: mera specialità o pluralità dei titoli di reato? – 4. Spunti per una rivitalizzazione dell'art. 114 c.p. – 5. L'organizzazione come ostacolo alla lieve entità. – 6. Conclusioni. Riflessioni *de iure condendo* intorno ai *Regelbeispiele* del *Strafgesetzbuch*.

1. Premessa: un “rompicapo dogmatico” alle Sezioni unite.

La pronuncia delle Sezioni unite in commento è intervenuta per dirimere il contrasto giurisprudenziale concernente la differenziazione dei titoli di responsabilità nel caso di concorso di persone nei delitti in materia di stupefacenti. In particolare, la questione oggetto di rimessione ineriva alla possibilità di ritenere il fatto commesso di “lieve entità”, ai sensi dell'art. 73, co. 5 d.P.R. 309/1990, solo per taluni dei concorrenti e di applicare, invece, le cornici edittali di cui ai commi 1-4 per gli altri sodali. La sentenza

in esame si inserisce in un ambito teorico molto intricato, al punto da poter essere inteso come un vero e proprio “rompicapo dogmatico”: la diversa qualificazione giuridico-penale del fatto pur a fronte di un concorso nel medesimo fatto di reato¹.

Come si vedrà, le Sezioni unite affrontano il quesito specifico sottoposto alla loro attenzione senza affrontare macro-questioni di ordine speculativo, in coerenza con il compito nomofilattico della giurisprudenza di legittimità. Vero è che nei passaggi argomentativi della sentenza si legge che non è messa in discussione l’unitarietà del reato concorsuale, quasi che la Corte si schieri apertamente per l’impostazione monista. Sennonché, come si ribadirà oltre, quest’affermazione assume più la funzione di stabilizzare una certa lettura giurisprudenziale, piuttosto che definire un iter logico-argomentativo preliminare alla risoluzione del contrasto ermeneutico. Al contrario, la pronuncia offre un’occasione alla dottrina per rimeditare i tabù che nei vari decenni di vigenza del codice si sono opposti a una possibile lettura pluralistica del concorso di persone. A ciò si aggiungano gli ulteriori spunti di riflessione che le istanze di proporzionalità e di piena personalizzazione del trattamento sanzionatorio offrono circa il ruolo sistematico di una norma attualmente messa fuori gioco: l’art. 114 c.p.

2. Sintesi del contrasto interpretativo.

Prima di entrare nelle pieghe della pronuncia, occorre precisare che sulla questione si sono avvicendate ben due ordinanze di rimessione. Infatti, con ordinanza 12 maggio 2022, n. 20563, la terza Sezione della Corte di cassazione – che interveniva in sede di ricorso avverso la sentenza adottata dalla Corte di appello di Lecce quale giudice del rinvio – aveva tentato di investire le Sezioni unite *ex art.* 618 c.p.p. rispetto a una vicenda di gestione comune dello spaccio di stupefacenti. Tuttavia, l’allora Presidente Aggiunto della Corte ha adottato un provvedimento di restituzione degli atti alla Sezione perché valutasse, da un lato, l’esistenza di un’altra ragione di confronto giurisprudenziale sui rapporti tra annullamento con rinvio inerente alla qualificazione giuridica del fatto e

¹ In dottrina, per la tesi unitaria: V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, UTET, 1981, vol. 2, p. 580; G. BETTIOL, L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, 1986, p. 669; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2000, p. 552-553; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, 2019, p. 537. La tesi della responsabilità differenziata è da attribuire ad A. PAGLIARO, *I principi del diritto penale*, Giuffrè, 2020, p. 618. L’idea della moltiplicazione delle fattispecie di reato in presenza del concorso di persone presenta connessioni con la teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale di R. DELL’ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Giuffrè, 1956, p. 77 ss., p. 84 ss., il quale, partendo da tale costruzione, sostiene la configurabilità della responsabilità in concorso con differente coefficiente psicologico (R. DELL’ANDRO, *op. cit.*, p. 110). Nel senso della possibilità di distinguere i titoli di reato fra i concorrenti: M. GALLO, *Diritto penale italiano*, Giappichelli, 2020, vol. II, p. 130 ss.; G.A. DE FRANCESCO, *Diritto penale. Principi, reato e forme di manifestazione*, Giappichelli, 2018, p. 669; M. DONINI, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 233 ss.; S. SEMINARA, *Sul “dogma” dell’unità del reato concorsuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2021, p. 789 ss., anche in E. AMATI, L. FOFFANI, T. GUERINI (a cura di), *Scritti in onore di Nicola Mazzacova*, Pacini, 2023, p. 207 ss. In senso dubitativo sull’utilità della lettura pluralistica del concorso di persone nel reato F. MANTOVANI, G. FLORA, *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, 2023, p. 525.

declaratoria di prescrizione del reato e, dall'altro, per valutare se la questione giuridica rimessa fosse stata resa oggetto del giudizio di legittimità².

Le Sezioni unite (11 luglio 2024, n. 27727), invece, intervengono in seguito a una seconda ordinanza di rimessione (25 luglio, n. 32320), adottata sempre dalla Terza Sezione. In sintesi, in una vicenda relativa sempre a un gruppuscolo che si dedicava allo spaccio di strada, il quale a sua volta si inseriva all'interno di una più estesa organizzazione, uno dei ricorrenti contestava la contraddittorietà della motivazione nella parte in cui, pur a fronte del riconoscimento nei confronti degli altri due concorrenti della lieve entità del fatto, ne escludeva l'applicabilità nei suoi confronti. La tesi a cui aveva aderito la Corte d'appello di Roma era proprio quella della possibilità di differenziare i titoli di responsabilità fra i concorrenti. Ciò conduceva a un diverso destino processuale: il proscioglimento per prescrizione nei confronti dei concorrenti "di lieve entità" e l'esito esattamente opposto per il ricorrente. Dunque, in sede di critica della sentenza di appello, quest'ultimo invocava l'impossibilità di discostarsi dalla medesimezza del reato per tutti i concorrenti onde beneficiare anch'egli della declaratoria di estinzione del reato.

Per riassumere i termini del contrasto giurisprudenziale, le Sezioni unite lo inquadrano inizialmente nella discussione teorica sulla «*natura unitaria o differenziata del fatto di reato realizzato plurisoggettivamente*».

Secondo l'orientamento monista, non vi sarebbero spazi per il diverso inquadramento giuridico del fatto ascrivibile ai concorrenti, giacché ciò sarebbe imposto: a) dall'argomento letterale, posto che l'art. 110 c.p. assoggetta tutti i compartecipi alla medesima responsabilità; b) dall'argomento intenzionale, rappresentato dalla *voluntas legis* veicolata dal Guardasigilli nella Relazione al Progetto definitivo del codice³; c) dall'argomento sistematico, atteso che gli artt. 116 e 117 c.p. mantengono l'unitarietà del titolo di responsabilità fra i concorrenti⁴. L'unica possibilità per sfuggire dalle rigidità insite nell'unicità del reato a fronte di elementi individuali di lievità del fatto risiede nella possibilità di graduare diversamente la pena tra i concorrenti *ex art. 133 c.p.*, nella riconoscibilità dell'attenuante dell'art. 114 c.p. ovvero, all'opposto, nel riconoscere l'aggravante della recidiva solo verso taluno dei partecipi.

Peraltro, osterebbe alla differenziazione anche la "valutazione unitaria e globale di tutte le caratteristiche del fatto" richiesta ai fini dell'integrazione della figura di cui all'art. 73, co. 5 d.P.R. 309/1990, secondo la formula utilizzata dalle Sezioni unite *Murolo* del 2018⁵, sicché il giudizio di lieve entità non potrebbe essere diversificato in base alla posizione di un singolo concorrente.

L'orientamento opposto prende le mosse dalla concezione pluralistica del reato concorsuale (o teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale o differenziata), secondo

² Provvedimento di restituzione 7 giugno 2022, n. 20563.

³ *Relazione al progetto definitivo di codice penale*, in *Lavori Preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Tipografia delle Mantellate, 1929, vol. V, pt. I, p. 166.

⁴ Cass, Sez. IV, 6 ottobre 2022, n. 37732, *D'Aiello*; Cass. Sez. III, 31 gennaio 2022, n. 3327, *Farka*; Cass., Sez. IV, 3 agosto 2021, n. 30233, *D'Agostino*; Cass., Sez. IV, 29 luglio 2019, n. 34413, *Khess*.

⁵ Cass., Sez. un., 9 novembre 2018, n. 51063, *Murolo*.

cui, data la compartecipazione al medesimo fatto storico, le diverse caratteristiche assunte dal singolo contributo potrebbero condurre a conseguenze penali eterogenee. Gli argomenti a sostegno vengono così sintetizzati: a) l'argomento letterale non è decisivo, poiché il riferimento al "reato" non è impiegato univocamente nel codice penale, e quindi può essere inteso in senso storico-naturalistico e non giuridico; b) la lettura estensiva dell'art. 112, co. ultimo c.p., nel senso di ricomprendere, accanto al concorso con persona non imputabile o non punibile per altra causa, anche la "non punibilità relativa" e la punibilità per un diverso titolo di reato; c) il confronto sistematico con gli artt. 116-117 c.p. dovrebbe fare rinvenire, piuttosto che un riscontro della regola monistica, un'eccezione alla possibilità di differenziare, trattandosi di previsioni originariamente tese a fondare una responsabilità oggettiva e con "funzione di aggravamento" della responsabilità dei concorrenti, aggravamento dato proprio dalla unicità del titolo di reato⁶.

Per arricchire tale argomento con riferimenti all'evoluzione giurisprudenziale, si richiama altresì quell'orientamento che ha escluso la possibilità che il contributo del terzo *extraneus* favorevole all'autoriciclaggio possa configurare un concorso in tale delitto "a soggettività ristretta o differenziata", di guisa che ciascuno deve rispondere separatamente ai sensi dell'art. 648 *bis* e 648 *ter.1* c.p.⁷

2.1. La decisione delle Sezioni unite.

Al fine di risolvere il contrasto, l'argomentazione delle Sezioni unite trae l'abbrivio dal ribadire la salvezza della teoria unitaria, valorizzando sia la *littera legis* dell'art. 110 c.p. sia i lavori preparatori. A ciò viene giustapposta una considerazione sul significato del verbo "concorrere", di per sé non autosufficiente dal punto di vista logico, trattandosi di concetto di relazione che necessita di un riferimento normativo attorno al quale integrarsi: la norma incriminatrice di parte speciale. E tale natura di concetto di relazione è rinvenibile non solo nell'art. 110 c.p., ma anche nelle disposizioni che seguono, là dove si fa richiamo alla determinazione e all'istigazione a commettere un reato, alla cooperazione nel delitto, al reato commesso, e così via (artt. 111, 113, 115, 116 c.p.).

Dopo questa prima perentoria conclusione, la sentenza chiarisce subito che tale impostazione, però, deve essere adeguata al contesto dei principi costituzionali, così come interpretati dalla giurisprudenza della Corte costituzionale. In particolare, il richiamo è alle più importanti pronunce del Giudice delle leggi sul principio personalistico di cui all'art. 27, co. 1 Cost., che hanno tentato di condurre verso l'elaborazione di una responsabilità realmente colpevole, a fronte di un sistema originario imperniato sull'ammissibilità di modelli di responsabilità oggettiva⁸. Da tale

⁶ Cass., Sez. III, 3 giugno 2020, n. 16598, *Graziani*; Cass., Sez. IV, 17 gennaio 2019, n. 2157, *Sarr*; Cass., Sez. III, 25 febbraio 2022, n. 20234, *Marcarini*.

⁷ Cass., Sez. II, 18 aprile 2018, n. 17235, *Tucci*.

⁸ Si fa richiamo, in particolare, a Corte cost., 31 maggio 1965, n. 42; Corte cost., 24 marzo 1988, n. 364; Corte

evoluzione discende la necessità di consentire che la risposta sanzionatoria nei confronti della condotta del concorrente venga calibrata in base al proprio effettivo disvalore.

All'esito di una ricostruzione complessiva dell'evoluzione normativa sul contrasto agli stupefacenti, la Suprema Corte ripercorre i passaggi che hanno condotto alla trasformazione della fattispecie di lieve entità del fatto da circostanza attenuante in figura autonoma di reato. Tale modifica era dovuta all'intento di deflazionare la popolazione carceraria con riguardo agli autori di reati di minore gravità in materia di stupefacenti, specialmente in seguito ai moniti derivanti dalla sentenza della Corte EDU *Torreggiani c. Italia* dell'8 gennaio 2013. L'intento perseguito era quello di sottrarre la previsione al giudizio di bilanciamento per rendere certa l'applicazione di una pena più contenuta nei confronti di tali fatti, quale contrappeso dinnanzi ai vari incrementi punitivi che hanno coinvolto lo stesso art. 73. Difatti, con il d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, conv. con modificazioni dalla l. 21 febbraio 2014, n. 10: a) si è introdotta una clausola di sussidiarietà relativa («Salvo che il fatto non costituisca più grave reato»); b) si è riformulata la fattispecie in modo corrispondente al lessico adoperato dalle norme incriminatrici («Chiunque (...) commette (...))»; c) è stata sostituita la vecchia dizione «si applicano le pene» con «è punito con le pene»; d) si è fatto esplicito riferimento nella rubrica dell'art. 2 d.l. 146/2013 al «Delitto di condotte illecite in tema di sostanze stupefacenti o psicotrope di lieve entità»; e) la legge di conversione ha modificato l'art. 380, lett. h) c.p.p. introducendo il riferimento ai «delitti di cui al comma 5» in luogo della pregressa qualificazione come «circostanza». Tali i profili valorizzati dalle Sezioni unite *Murolo* del 2018 per affermare la natura di reato autonomo, piuttosto che di mera circostanza attenuante, in rapporto di specialità unilaterale con i delitti di cui agli artt. 73, commi 1-4 e quindi in grado di ridurre il confronto con tali fattispecie a un mero concorso apparente di norme. D'altro canto, la clausola di sussidiarietà relativa, per ragioni logico-sistematiche e per evitare di sterilire la *ratio* della novità del 2013, non è riferibile ai predetti reati, bensì va intesa come in grado di neutralizzare l'applicazione dell'art. 73, co. 5 laddove dovesse insorgere un potenziale concorso con più gravi figure di reato, diverse da quelle in materia di stupefacenti.

Dopo un ulteriore intervento nel 2014 volto a temperare le cornici edittali del co. 5, il d.l. 15 settembre 2023, n. 123 ha ripristinato il massimo edittale di cinque anni di reclusione previsto nel 2013 e ha introdotto una cornice autonoma più grave nel minimo edittale e nella pena pecuniaria per i casi di «non occasionalità» della condotta. Ciò, come scrivono le Sezioni unite, ha reso irreversibile la scelta di configurare come reato autonomo le ipotesi di lieve entità, atteso che si è innestata una nuova circostanza

cost., 13 dicembre 1988, n. 1085; Corte cost., 24 luglio 2007, n. 322. In particolare, si legge nella sentenza n. 364 del 1988: «L'uguaglianza di fronte alla pena viene a significare, in definitiva, "proporzione" della pena rispetto alle "personali" responsabilità ed alle esigenze di risposta che ne conseguano, svolgendo una funzione che è essenzialmente di giustizia e anche di tutela delle posizioni individuali e di limite della potestà punitiva statale».

aggravante riferita a tale previsione⁹ e, com'è noto, non può esistere un'aggravante di un'attenuante¹⁰.

La convergenza verso il reato autonomo è avvenuta nonostante gli elementi che qualificano la fattispecie del co. 5 non definiscano di per sé la struttura del reato, ma assumono tipicamente un significato accidentale. D'altra parte, l'art. 73, co. 5 costituisce l'unico caso, nel sistema attuale, in cui la lieve entità del fatto non si traduce in una mera circostanza del reato (si cfr. artt. 311, 323 *bis*, 609 *bis*, co. 3, 648, co. 4 c.p. e art. 5 l. 2 ottobre 1967, n. 895). Ed è proprio questa differente natura giuridica che ha posto dei problemi nuovi di fronte al concorso di persone – osservano le Sezioni unite – che non si sarebbero posti se avesse conservato la fisionomia circostanziale. Infatti, dal punto di vista normativo è perfettamente concepibile che le circostanze del reato possano essere applicate solo a taluni concorrenti e non ad altri (si cfr. art. 118 c.p.).

Similmente a quanto avviene in tali casi, le Sezioni unite concludono per la possibilità di una diversa operazione sussuntiva del fatto valorizzando il principio di specialità di cui all'art. 15 c.p. L'interpretazione del principio da cui si prende le mosse è quella più volte ribadita dalle Sezioni unite, secondo cui la specialità va intesa in senso strutturale, come relazione logico-formale tra norme, e solo se si atteggia in modo unilaterale, con esclusione della rilevanza del bene giuridico nonché dei casi di specialità bilaterale o reciproca¹¹. Ne deriva che perché una norma possa ritenersi speciale essa deve ripetere gli elementi costitutivi della previsione generale, con la presenza di componenti che la qualificano ulteriormente in termini additivi o di specificazione. Ciò che, come sopra osservato, è stato già ravvisato dalle Sezioni unite *Murolo* del 2018 nei rapporti tra i commi 1-4 e 5 dell'art. 73, la quale ultima disposizione non fa altro che evidenziare la valutazione della lievità dello stesso fatto dei commi precedenti in base alle peculiarità dell'azione («mezzi, delle modalità e delle circostanze dell'azione») ovvero dell'oggetto materiale («qualità e la quantità delle sostanze»), che assumono carattere specializzante.

In definitiva, il concorrente che commette dei fatti che presentino i caratteri della lieve entità ben potrà meritare l'applicazione della pena comminata dal co. 5, ancorché l'altro concorrente sia autore di un contributo non lieve, giacché la prima condotta presenta elementi specializzanti rispetto alla seconda tali da renderla meritevole di tale differenziazione. Conclusione, quest'ultima, che risulta coerente con la *ratio* dell'innovazione del 2013, che è stata quella di sottrarre i fatti di lieve entità dalle comminatorie deteriori dei commi 1-4, e che verrebbe frustrata se si imponesse un giudizio totalizzante per l'eventualità del concorso. Una finalità, quella perseguita dal legislatore, innervata dall'esigenza di assicurare l'attuazione dei principi di personalità

⁹ Cass., Sez. VI, 21 marzo 2023, n. 11896, *Bile*; Cass., Sez. III, 26 marzo 2018, n. 14017, *Caltabiano*; Cass., Sez. VI, 7 novembre 2016, n. 46627, *Bare*; Cass., Sez. III, 18 maggio 2015, n. 20410, *Marangione*.

¹⁰ Si cfr. Cass., Sez. un., 26 giugno 2002, n. 26351, *Fedi*.

¹¹ Cass., Sez. un., 12 settembre 2017, n. 41588, *La Marca*; Cass., Sez. un., 23 febbraio 2017, n. 20664, *Stalla*; Cass. Sez. un., 21 gennaio 2011, n. 1963, *Di Lorenzo*. Di recente, Cass., Sez. un., 22 luglio 2024, n. 30016, ha ribadito l'orientamento tradizionale e, di conseguenza, ha affermato la configurabilità del concorso tra il delitto di estorsione e quello di turbata libertà degli incanti.

della responsabilità penale e di proporzionalità della pena, perseguiti attraverso la sottrazione della previsione alla comparazione *ex art. 69 c.p.* che avrebbe potuto acquisire potenzialità obliteratrici.

Questione consequenziale all'*an* del diverso titolo di responsabilità è quella della *quomodo* attraverso il quale svolgere tale valutazione singolare nel contesto di quell'esame globale richiesto dalle Sezioni unite *Murolo*. Infatti, considerato il rapporto di specialità fra le norme, occorre considerare gli elementi che accomunano la posizione dei concorrenti e, ad un tempo, quelli che specializzano soltanto taluno dei contributi concorsuali.

Posto che qualità e quantità delle sostanze si appalesano uguali per tutti i concorrenti se si assume che il reato sia il medesimo, l'unico gruppo di criteri di valorizzare risulta quello dei mezzi, delle modalità e delle circostanze dell'azione.

Per quanto riguarda queste ultime, viene richiamato l'orientamento espresso dalle Sezioni Unite *Rico* del 2010¹² – temporalmente anteriore all'intervento del 2013, ma ritenuto valido dato il carattere inalterato della struttura normativa dopo la modifica – secondo cui in tale novero possono rientrare anche le “circostanze soggettive”, come la finalità delittuosa (es. una cessione occasionale) e lo stato di tossicodipendenza del reo. Circa quest'ultimo, le Sezioni unite precisano che l'onere della prova grava sull'imputato e che deve porsi in rapporto diretto con la condotta, come, per esempio, nel caso del piccolo spaccio funzionale al conseguimento di quegli utili necessari per acquistare altre sostanze per uso personale. Tuttavia, la rilevanza “positiva” dello stato di tossicodipendenza soccombe in presenza di cessioni sistematiche e indiscriminate.

Vengono considerate ininfluenti, invece, la collaborazione *post delictum* e i precedenti penali del reo, che non esprimono alcun significato sul grado di disvalore del fatto in sé e per sé considerato; a meno che non emergano dei collegamenti oggettivi con i fatti per i quali è già intervenuta condanna.

Una portata preclusiva del giudizio di lieve entità può avere – osservano concisamente le Sezioni unite – l'inserimento dello spaccio in un contesto organizzato, salvo che si tratti di soggetti che, pur nella consapevolezza dell'esistenza di un'associazione *ex art. 74*, non ne abbiano fatto parte.

In conclusione, le Sezioni unite affermano il seguente principio di diritto «*In tema di concorso di persone nel reato di cessione di sostanze stupefacenti il medesimo fatto storico può configurare, in presenza dei diversi presupposti, nei confronti di un concorrente, il reato di cui all'art. 73, comma 1 ovvero comma 4, del d.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309 e nei confronti di altro concorrente il reato di cui all'art. 73, comma 5, del medesimo d.P.R.*». Principio che, nel caso di specie, si presta ad un'applicazione sfavorevole per il ricorrente, il quale, per beneficiare della prescrizione scaturente dalla qualificazione meno grave, aveva contestato l'apertura alla distinzione operata dalla sentenza d'appello, validata, invece, dalla Suprema Corte.

Ciò non esclude che, in futuro, la pronuncia delle Sezioni unite potrà avere una portata favorevole per i concorrenti in relazione ai quali si possano riconoscere gli

¹² Cass., Sez. un., 5 ottobre 2010, n. 35737, *Rico*.

estremi degli artt. 110 c.p. e 73, co. 5 d.P.R. 309/1990, nonostante per gli altri sodali non sia possibile formulare un siffatto giudizio.

3. Osservazioni a margine della pronuncia: mera specialità o pluralità dei titoli di reato?

Volendo sintetizzare ulteriormente i principali passaggi argomentativi delle Sezioni unite: 1) l'impostazione unitaria della responsabilità concorsuale resta ferma; 2) nondimeno, il principio di personalità della responsabilità penale e di proporzionalità della pena richiedono di adeguare la pena per ogni singolo concorrente; 3) se ciò di regola avviene per mezzo dell'art. 133 c.p. e di fattispecie speciali di tipo circostanziale, posto che in questo caso il legislatore ha preferito dettare una fattispecie speciale di tipo delittuoso, questa va resa applicabile nei confronti del singolo concorrente, anche se non tutti i compartecipi ne possono beneficiare; 4) ciò si concilia con la valutazione globale richiesta dall'art. 73, co. 5, poiché possono essere valorizzati indici quali la finalità, lo stato di tossicodipendenza e, in via potenzialmente ostativa, l'inserimento della condotta in un circuito organizzato.

Ciascuno di questi profili consente di svolgere delle riflessioni più ampie.

Prima che ci si addentri nel dedalo della principale questione di interesse dogmatico, qual è quella della unità o pluralità di reati *ex art. 110 c.p.*, ci si dovrebbe porre una domanda preliminare, concernente l'utilità di discutere del concorso di persone in un reato caratterizzato dalla molteplicità alternativa delle forme di integrazione (ben ventidue, come evidenziato dalle Sezioni Unite). Ebbene, per la vicenda oggetto della prima ordinanza di rimessione, poi oggetto di provvedimento di restituzione, si era proposto in dottrina di risolvere la questione attraverso i principi in materia di concorso apparente di norme. Nello specifico, si era postulato il differente inquadramento giuridico delle condotte dei concorrenti, posto che la vendita di lieve entità – per i principi giurisprudenziali in materia di reati a condotta alternativa – avrebbe mantenuto la sua rilevanza autonoma, rispetto all'istigazione alla vendita da parte dei gestori dello spaccio, già autori della illecita detenzione delle sostanze *ex art. 73, co. 4*¹³.

Il caso che ha interessato le Sezioni unite risulta differente. Infatti, trattandosi di cessioni avvenute plurisoggettivamente, è la convergenza della pluralità dei contributi a dimostrare, da sé, l'utilità di discutere del concorso di persone, poiché il fatto attorno al quale si ragiona è, sotto il profilo del suo immediato riferimento giuridico, esattamente lo stesso. Ne consegue che se nel primo caso la funzione incriminatrice dell'art. 110 c.p. può apparire marginale, nel secondo, invece, riacquista la sua centralità¹⁴.

¹³ In questi termini, A. 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*, in *Arch. pen. web*, 1/2023, p. 32-34.

¹⁴ Analogamente dovrebbe ritenersi in ogni altro caso in cui il contributo dovesse acquisire rilevanza atipica rispetto alle varie condotte contemplate dall'art. 73. Inoltre, quando pur emerge la commissione in un

Venendo alle motivazioni della sentenza e volendo unificare le riflessioni relative ai passaggi 1) e 2), l'affermazione del principio di diritto annovera tra gli argomenti a supporto anche la necessità di rispettare appieno il principio di personalità della responsabilità penale, nella sua vocazione soggettiva, e nella necessità un trattamento punitivo che sia proporzionale rispetto a tale grado di responsabilità del concorrente. Di qui, la possibilità di differenziare i titoli di reato, nonostante nella lettura giurisprudenziale attuale, confermata dalle Sezioni unite, rimanga ferma l'impostazione della unitarietà delle conseguenze qualificatorie scaturenti dalla clausola di estensione dell'art. 110 c.p.

A ben guardare, quest'ultima statuizione viene espressa proprio come un dogma, al punto che nelle dieci righe in cui è contenuta, le Sezioni Unite effettuano un sintetico richiamo all'argomento letterale e ai lavori preparatori, senza diffondersi in un confronto critico fra le due opposte impostazioni. Al contrario, se si leggesse la sentenza con un'eliminazione mentale di questa componente e se ne astraessero le considerazioni successive, a parere di chi scrive potrebbe concludersi proprio per l'inverarsi della possibilità di distinguere l'incriminazione dei concorrenti. Infatti, al quesito sulla possibilità di una responsabilità eterogenea le Sezioni unite non fanno altro che rispondere affermativamente.

In altri termini, nel momento in cui si dichiara che è possibile differenziare, ci sembra che, dal punto di vista logico si possa riconoscere che – con una ripetizione intenzionale – si può differenziare.

Le Sezioni unite, invece, ripiegano sul principio di specialità, quale “uovo di Colombo” che consente di “dribblare” la macro-questione della natura del reato concorsuale¹⁵. Che gli artt. 73, commi 1-4 e 5 siano fattispecie in rapporto di specialità, per come declinato nella giurisprudenza di legittimità più recente, *nulla quaestio*. Invero, senza affrontare le fallacie che la ricerca del rapporto di specialità – quale criterio asseritamente strutturale e logico-formale – reca con sé¹⁶, si può osservare come in questo

contesto “reticolare” e organizzato, come accade spesso, dal punto di vista pratico e più in generale, il concorso di persone consente di incriminare tutte quelle forme di integrazione plurisoggettiva del rispetto alle quali, dal punto di vista probatorio e tecnico, non è possibile affermare gli elementi caratterizzanti un'associazione dedita al traffico di stupefacenti.

¹⁵ Sul punto, già così si era espresso A. MORELLI, *op. cit.*, p. 25 ss. Per un'analisi combinata fra la disciplina del concorso nella fattispecie monosoggettiva e i principi in materia di concorso apparente di norme, si cfr. R.A. FROSALI, *Sistema penale italiano*, pt. I, *Diritto penale sostanziale*, Utet, 1958, vol. III, p. 11 ss., spec. p. 14 ss.

¹⁶ Si v. l'analisi di S. ZORZETTO, *La norma speciale. Una nozione ingannevole*, Edizioni ETS, 2011, p. 326 ss., p. 566 ss., con riguardo al principio di specialità in materia penale. Per l'assenza di univocità nel criterio di specialità, anche alla luce della polisemia di tale termine nella teoria generale del diritto, si cfr. M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale. Contributo allo studio del concorso apparente di norme*, Giappichelli, 1997, p. 157 ss., p. 165.

Del resto, benché la giurisprudenza prevalente – e principalmente quella delle Sezioni Unite – abbia valorizzato a più riprese il criterio della specialità unilaterale, occorre dare atto che in alcuni orientamenti emergono aperture anche verso criteri risolutivi alternativi. Per esempio, si v. Cass., sez. II, 20 maggio 2019, n. 21987, che ha escluso il concorso fra i delitti *ex artt. 615-ter e 615-quater c.p.* facendo leva sul criterio dell'antefatto non punibile. Di recente, alcune pronunce giurisprudenziali hanno fatto leva sul criterio della specialità reciproca per concludere sì nel senso dell'integrazione di un solo reato, ma alla luce della concreta presenza di una clausola di riserva: si cfr. Cass., sez. I, 28 settembre 2023, n. 39489, in tema di rapporti fra il

caso, come in tutte le ipotesi (questa volta circostanziali) di lieve entità, essa si atteggi in modo peculiare, attesa la presenza di un ineliminabile apprezzamento giudiziale del caso concreto. La si potrebbe intendere come una “specialità discrezionale”, perché alla base non v’è una “fotografia” univoca scattata dal legislatore rispetto a una certa categoria tipica di accadimenti storici¹⁷, bensì una “tela” che può essere riempita da parte del giudice, in termini per l’appunto discrezionali, su ciò che possa essere considerato di lieve entità oppure no, sia pure attraverso alcuni strumenti messi a disposizione dal legislatore per indirizzare tale operazione valutativa¹⁸. In sintesi, si tratta di una

delitto di cui all’art. 512-*bis* e quello di cui all’art. 648-*ter.1* c.p. Talora, anche le Sezioni Unite si sono espresse in favore della riconducibilità al concorso apparente di norme della specialità bilaterale in parte per specificazione e in parte per aggiunta (per es. art. 641 c.p. e 218 l. fall.), ma non con quella reciproca per aggiunta (incidentalmente, Cass., Sez. Un., 28 ottobre 2010, n. 1963, *Di Lorenzo*; si cfr. anche Cass., Sez. Un., 22 giugno 2017, n. 41588, *La Marca*).

È noto che, a fronte del prevalente orientamento monista in giurisprudenza, buona parte della dottrina si fa promotrice di un’impostazione pluralista, volta a valorizzare la rilevanza di criteri ulteriori e di stampo valoriale. Per la manualistica più recente – pur nella diversità delle opinioni sui criteri rilevanti – su tutti, si v. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G. GATTA, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Giuffrè, 2023, p. 618 ss., spec. 624 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Zanichelli, 2019, p. 717 ss.; seguono un’impostazione sostanzialmente valoriale anche F. MANTOVANI, G. FLORA, *Diritto penale*, cit., p. 486 ss. e p. 489 ss.; B. ROMANO, *Diritto penale, Parte generale*, Giuffrè, 2020, p. 417 ss.; S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Il Mulino, 2017, p. 839 ss.; per la lettura estesa del principio di specialità, con l’esclusione della specialità reciproca per aggiunta, si v. G.A. DE FRANCESCO, *Diritto penale*, cit., p. 575 ss., spec. p. 581-582; ritiene, invece, che la specialità reciproca debba essere arricchita dai caratteri valutativi che innervano il criterio della specialità in concreto, specialmente al fine di identificare la fattispecie realmente speciale, M. GALLO, *Diritto penale italiano*, Giappichelli, 2020, vol. I, p. 179; converge verso la decisività della specialità in concreto anche A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, Giappichelli, 2018, p. 137-138.

Tra i lavori monografici più recenti, si segnalano: L. BIN, *Unità e pluralità di reati*, Giappichelli, 2022, *passim*, spec. p. 430 ss., per una proposta volta a valorizzare il reato eventualmente complesso; M. SCOLETTA, *Idem crimen. Dal “fatto” al “tipo” nel concorso apparente di norme penali*, Giappichelli, 2023, *passim*, spec. p. 420 ss. e p. 530 ss. – alla quale opera si rinvia in generale per un’analisi approfondita della giurisprudenza di legittimità in tema – il quale, nel richiamare il principio del *ne bis in idem* sostanziale e sovrapponendo l’*idem factum* di matrice europea con il concetto di *idem crimen*, propone una visione dei criteri valoriali dotata di fondamento legale; per dei richiami alla dimensione sostanziale del *ne bis in idem*, con particolare riferimento al criterio dell’unità dell’offesa, si v. C. SILVA, *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, Giappichelli, 2018, *passim*, spec. p. 186 ss.; si segnala anche I. GIACONA, *Concorso apparente di reati e istanze di ne bis in idem sostanziale*, Giappichelli, 2022, spec. p. 127 ss., con particolare riguardo al criterio di consunzione. Richiama un principio di ragionevolezza sanzionatoria in relazione alla tematica dell’unità o pluralità di reato nelle fattispecie di durata – sia pure escludendo che il tema possa essere attratto nell’area del concorso apparente di norme, discutendosi, al più, di un eventuale concorso di reati di tipo omogeneo, mentre il dibattito intorno al concorso fra norme pertiene al potenziale concorso di reati eterogeneo – A. AIMI, *Le fattispecie di durata. Contributo alla teoria dell’unità o pluralità di reato*, Giappichelli, 2020, *passim*, in part. p. 335-337.

¹⁷ Per la difficoltà crescente a concepire la norma come fotografia di un accadimento naturalistico, si cfr. M. PAPA, *op. cit.*, p. 204.

¹⁸ Secondo Cass., Sez. un., 23 dicembre 2005, n. 47164, *Marino* – intervenuta per risolvere il quesito della configurabilità del concorso tra il reato di ricettazione e quello di immissione in commercio di supporti contenenti fonogrammi o videogrammi di opere musicali, cinematografiche o audiovisive – «È vero che anche il criterio di specialità, in particolare nei casi di specialità per aggiunta, presuppone talora una discrezionalità nella selezione degli elementi da considerare rilevanti per la comparazione tra le fattispecie. Ma questa operazione di selezione rimane pur sempre nei limiti di un’attività interpretativa, che costringe nell’ambito degli elementi strutturali delle

specialità che, più che fissata una volta per tutte dal legislatore, è occasionata dalla discrezionalità del giudice che, secondo il suo prudente giudizio, riscontra, nel caso concreto, quegli elementi meno negativi che consentono di giungere all'affermazione di lievitazione dell'offesa.

Dunque, il giudice potrà decidere per la differenziazione dei titoli più per un apprezzamento equitativo del caso concreto, come avviene per le omologhe circostanze, piuttosto che per esservi "costretto" da ragioni di struttura logico-astratta¹⁹.

Tra l'altro, la specialità viene richiamata al di fuori della sua funzione precipua, che è quella di definire quale norma debba essere applicata dinanzi alla possibilità di una riconduzione multipla del fatto a più norme incriminatrici. Proprio per questo, essa non sembra offrire elementi utili, di per sé, ai fini della risoluzione della questione sul piano teorico, perché la problematica non attiene al concorso apparente o reale tra le norme rispetto a uno specifico problema di responsabilità, già escluso, peraltro, dalla natura della norma a più fattispecie; quanto, piuttosto, di comprendere se si possa distinguere tra la posizione dei vari concorrenti. Vero è che viene utilizzato come argomento per stabilire quale norma si applichi al singolo concorrente tra quella generale e quella speciale. Ma ciò appare come un immediato passaggio conclusivo che omette di affrontare una questione logicamente preliminare: si può differenziare?

Del resto, autorevoli studi dottrinali hanno messo in luce le disfunzioni del sistema dinanzi all'idea monolitica del titolo di reato, ancorata a una concezione, qual è quella causale del concorso, a cui si è dichiaratamente ispirato il legislatore del 1930²⁰, che appare desueta e oramai di fatto superata²¹.

Tali istanze, inoltre, appaiono rinforzate proprio dall'esigenza di assicurare la compiuta personalizzazione del trattamento sanzionatorio, rispetto alla quale la modulazione del trattamento punitivo *ex art. 133 c.p.* entro le strette maglie offerte dalla cornice edittale e, soprattutto, il riconoscimento dell'attenuante *ex art. 114 c.p.* – sulla quale si avrà modo di tornare poco oltre – sono apparse delle "valvole di respiro" insufficienti²².

Circa l'affermazione in punto di salvezza della unità del reato concorsuale, giova considerare che la stessa, più che supportata da una ricostruzione dogmatica compiuta alla quale fare richiamo – e infatti, come visto, anche parzialmente costruita in parte

fattispecie la inevitabile componente valutativa del raffronto, anziché rimuoverla o lasciarla priva di criteri davvero controllabili; mentre i criteri di assorbimento e di consunzione esigono scelte prive di riferimenti normativi certi, appunto perché dichiaratamente prescindono dalla struttura delle fattispecie». Nel caso dell'art. 73, co. 5, tuttavia, la discrezionalità si sposta dal terreno dell'interpretazione per atterrare su quello della pura valutazione.

¹⁹ "Equità del caso concreto" che, di regola, guida il giudice all'interno della naturale sede del giudizio discrezionale, qual è quella della determinazione della pena *ex art. 133 c.p.*: si cfr. F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, Giuffrè, 1965, p. 100.

²⁰ *Relazione*, cit., p. 165 ss. La concezione causale viene abbracciata anche da V. MANZINI, *op. cit.*, p. 416. Fa riferimento alla volontà di concorrere e al fenomeno associativo, invece, F. ANTOLISEI, *op. cit.*, p. 553.

²¹ Ne evidenziano l'inconciliabilità con il principio di legalità F. MANTOVANI, G. FLORA, *Diritto penale*, cit., p. 524.

²² Per l'art. 114 c.p. come "valvola di sicurezza", si v. R. GUERRINI, *Il contributo concorsuale di minima importanza*, Giuffrè, 1997, p. 2 ss.

motiva – appare un’affermazione di principio obbligata, atteso il ruolo tipico della giurisprudenza di legittimità, in generale, e delle Sezioni unite, in particolare. È bene rammentare che tale compito è quello di individuare le soluzioni che appaiano sì argomentativamente più convincenti al fine di persuadere la successiva interpretazione giurisprudenziale e renderla uniforme su tutto il territorio nazionale. Tuttavia, il perseguimento di tale obiettivo richiede di tenere conto degli orientamenti fino a quel momento stratificatisi nelle pronunce, suscettibili di applicazione immediata nelle aule giudiziarie, con il fine di stabilizzarne gli esiti²³.

Un’enunciazione dirimpente, come quella dell’adesione alla concezione pluralistica, in sede di risoluzione di una diatriba giurisprudenziale su una questione specifica non appariva, dunque, molto probabile, pur nella prevedibilità dell’esito a cui si addivene per il caso specifico dell’art. 73, co. 5. Piuttosto, spetta alla riflessione dogmatica cogliere tali segnali ed elaborare soluzioni teoriche che possano risultare persuasive e suscettibili di applicazione al punto da fare ingresso nella pratica giudiziaria.

In realtà, pur con maggiori resistenze per ragioni di garanzia in relazione al diverso tema del concorso colposo nel reato doloso, si stanno susseguendo nei percorsi giurisprudenziali le opzioni interpretative per una diversa operazione sussuntiva del fatto concorsuale tra i vari sodali.

Al di là di quelle esplicitamente contemplate dalla legge, come nell’art. 578, co. 2 c.p. e ancora negli artt. 385 e 386, basti dare menzione della *querelle* inerente alla responsabilità del terzo *extraneus* che dia un contributo utile all’autoriciclaggio, dopo l’innesto normativo del 2014²⁴. Soluzione, quest’ultima, ancorata a ragioni simili rispetto al citato art. 578, trattandosi, secondo la Suprema Corte, di “reato a soggettività differenziata o ristretta”. Anche in questo caso, peraltro, si era proposto di risolvere la questione attraverso un richiamo ai principi in materia di concorso apparente di norme²⁵, compresa la relazione di specialità, che, però, com’è stato osservato, si sarebbe atteggiata come forma di specialità in concreto, e quindi espressiva, nella logica giurisprudenziale, di un concorso effettivo di reati²⁶.

²³ Si cfr. l’intervento di R. BLAIOTTA, *Quasi un’interpretazione autentica*, al convegno *Le Sezioni Unite sul caso Thyssenkrupp. Analisi della sentenza Cass., Sez. Un., 24 aprile 2014*, Sessione 3, Modena, 19 giugno 2015, disponibile su *Youtube* (<https://www.youtube.com/watch?v=mUFaZInIOMg>) e *DisCrimen* (<https://discrimen.it/videos/le-sezioni-unite-sul-caso-thyssenkrupp/>), in part. min. 10:03 ss.: «Le Sezioni unite, oltre a stabilizzare la giurisprudenza, oltre a fare nomofilachia (...), devono anche indicare un itinerario; convincere i giudici che poi dovranno applicare quei principi». E ancora, min. 15:45 ss.: «Scrivere una sentenza delle Sezioni unite è cosa diversa da un articolo o da una monografia», poiché l’obiettivo è innanzitutto quello di stabilizzare il diritto vivente, specie alla luce dell’interpretazione offerta dalla giurisprudenza della C.E.D.U. del canone della c.d. prevedibilità delle conseguenze giuridico-penali del proprio comportamento.

²⁴ La già citata Cass., Sez. II, 18 aprile 2018, n. 17235, *Tucci*.

²⁵ Si v. F. D’ALESSANDRO, *Il delitto di autoriciclaggio (art. 648 ter.1 c.p.), ovvero degli enigmi legislativi riservati ai solutori “più che abili”*, in G.M. BACCARI, K. LA REGINA, E.M. MANCUSO (a cura di), *Il nuovo volto della giustizia penale*, Cedam, 2015, p. 51 ss., il quale argomenta in base al principio di assorbimento; A.M. DELL’OSSO, *Riciclaggio di proventi illeciti e sistema penale*, Giappichelli, 2017, p. 228 ss., ove si spiega la risoluzione della tematica attraverso il principio di sussidiarietà.

²⁶ Si cfr. A.M. DELL’OSSO, *op. cit.*, p. 222, p. 230 ss., Nel senso della impossibilità di configurare un concorso

Volendo spostare l'attenzione al di là della qualifica soggettiva, si potrebbe richiamare la problematica del concorso dell'*extraneus* nel delitto di cui all'art. 393 c.p., imperniato dalle Sezioni unite sull'elemento soggettivo, e quindi in grado di mutare il titolo di reato qualora siano diverse le finalità perseguite dal terzo incaricato di far valere il preteso diritto dall'*intraneus*²⁷. Sullo stesso fronte, si potrebbero menzionare altresì gli esempi magistrali del danneggiamento della bandiera con finalità distinte tra i concorrenti, ove taluno agisca per vilipendere e l'altro per danneggiare²⁸; ovvero ancora, del concorrente morale che istighi taluno a ledere la vittima, mentre l'autore materiale persegue una finalità omicida, ma senza realizzarla, arrendendosi alla soglia del tentativo²⁹.

L'ammissibilità di un concorso a titolo differenziato, in tali casi, non sembra creare conflitti con il principio di legalità, poiché è lo stesso legislatore ad aver contemplato la figura di reato quale veste che meglio si attaglia alla fisionomia specifica assunta dal contributo concorsuale. Pertanto, si può concorrere secondo una qualificazione diversa dove è presente una disposizione di legge che lo consenta. E non sembra che si possa relegare tale novero nell'angusta sede delle eccezioni, che quindi confermerebbero la regola dell'unicità, perché, all'opposto, possono condurre a contestare la validità di quest'ultima, come del resto avvenuto finora nei vari studi sull'argomento³⁰.

Certamente, le varie situazioni menzionate e quella oggetto dell'intervento delle Sezioni unite, presentano tra loro elementi di diversità³¹.

Nel primo gruppo di ipotesi dei reati a soggettività distinta, viene in rilievo un dato univoco, riconducibile alla qualifica soggettiva. Nel secondo caso viene in rilievo la componente psicologica, la quale, tuttavia, oltre ad avere già dal punto di vista

apparente di norme, S. SEMINARA, *Spunti interpretativi sul delitto di autoriciclaggio*, in *Dir. pen. proc.*, 12/2016, p. 1646; C. PIERGALLINI, *Autoriciclaggio, concorso di persone e responsabilità dell'ente: un groviglio di problematica ricomposizione*, in *DisCrimen*, 3 settembre 2018, p. 550, nonché in M. CAIANIELLO, F. CURI, M. MANTOVANI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE (a cura di), *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna University Press, 2016, p. 748-749.

²⁷ Cass., Sez. un., 23 ottobre 2020, n. 29541, *Filardo*, che hanno affermato il seguente principio di diritto: «1) I reati di esercizio arbitrario delle proprie ragioni hanno natura di reato proprio non esclusivo; 2) Il reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza o minaccia alle persone e quello di estorsione si differenziano tra loro in relazione all'elemento psicologico, da accertarsi secondo le ordinarie regole probatorie; 3) Il concorso del terzo nel reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza o minaccia alle persone è configurabile nei soli casi in cui il terzo si limiti ad offrire un contributo alla pretesa di chi abusa delle proprie ragioni senza perseguire alcuna diversa e ulteriore finalità». Con la conseguenza che, se il terzo dovesse perseguire finalità diverse, quali un profitto proprio ovvero un interesse ulteriore e distinto (ad es. ribadire la forza del sodalizio criminale in un dato territorio), il fatto ricadrà nell'alveo applicativo del delitto di estorsione.

²⁸ A. PAGLIARO, *op. cit.*, p. 618-619.

²⁹ M. DONINI, *La partecipazione al reato*, cit., p. 234; per un esempio analogo, M. GALLO, *Diritto penale italiano*, cit., p. 132.

³⁰ Discorre di deroga alla configurazione ordinaria del concorso di persone, D. BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, Giappichelli, 2019, p. 203 ss.

³¹ Per un compiuto esame delle distinzioni fra le varie ipotesi di concorso a titolo differenziato, si v. A. MORELLI, *op. cit.*, p. 9 ss., p. 16 ss.

strutturale quella attitudine ad arricchire il fatto tipico³², è suscettibile di accertamento attraverso quelle caratteristiche estrinseche da cui se ne può desumere l'esistenza³³.

Ancora diversa è l'ipotesi che ha interessato le Sezioni unite. Infatti, come si è osservato, l'art. 73, co. 5 denota i caratteri di una fattispecie discrezionale, in cui si proclama il "valore" della lieve entità, ma si rinuncia, per le difficoltà del legislatore ad afferrare la multiforme realtà dei reati in materia di stupefacenti, a fissarne una volta per tutte i tratti salienti³⁴. Dunque, la relazione di prevalenza del reato lieve – speciale – su quello non lieve – generale – si presenta fondata, più che su di un piano logico-formale, su un criterio assiologico-sostanziale, ma dai contenuti di incerta individuazione³⁵.

La devoluzione al giudice del compito di ricercarne le peculiarità nella vicenda concreta, per quanto arricchita da indici normativi³⁶, si appalesa ardua e con difficoltà appare in grado di assestarne l'interpretazione su uno specifico binario³⁷, come dimostra la variegata giurisprudenza formatasi in merito³⁸ e l'insorta esigenza, di recente, di sistematizzarla in via descrittiva all'interno di un'apposita Relazione del Massimario³⁹.

Le stesse Sezioni unite del 2024 colgono l'occasione per provare a uniformare la lettura di alcuni aspetti solitamente emergenti nella prassi applicativa, al fine di delinearne il modo di valutazione da parte dei giudici di merito.

Proprio per tali ragioni, il dato normativo in esame presenta alcune criticità. Difatti, tale previsione, pur mossa da intenti commendevoli, espone la differenziazione della responsabilità, invero, agli orientamenti dei giudici, più che a un mero accertamento di fatti, sì da avere ricadute sulla ricerca di un punto di equilibrio fra legalità e proporzionalità della pena. La legittimazione all'intervento diretto del giudice

³² Sui nessi tra fatto tipico e dolo specifico, si v., tra gli altri, C. PEDRAZZI, *Il fine dell'azione delittuosa*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1950, p. 259 ss.; G. MARINUCCI, *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale: uno schizzo dogmatico e politico-criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 11 ss.; D. BRUNELLI, *op. cit.*, p. 93.

³³ Per la centralità della prova nelle trattazioni relative al dolo, si cfr. M. GALLO, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, Giuffrè, 1953, p. 14 ss.; A. FIORELLA, voce *Responsabilità penale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Giuffrè, 1988, p. 1306 ss.

³⁴ Si cfr. F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 41-42, che si esprime in questi termini circa la scelta legislativa di dare rilievo a un certo dato come elemento essenziale, come circostanza propria ovvero come circostanza impropria. In termini simili, con riguardo alla disciplina sanzionatoria del concorso di persone nel reato, P. SEMERARO, *Concorso di persone nel reato e commisurazione della pena*, Cedam, 1986, p. 139-140.

³⁵ Sia pure su un diverso fronte, si è osservato che l'intera operazione ermeneutica circa il raffronto strutturale delle fattispecie è influenzata da valutazioni sostanzialistiche. In questi termini, L. BIN, *Unità e pluralità di reati*, Giappichelli, 2022, p. 225-226.

³⁶ Si potrebbe discutere di "fiducia temperata" del legislatore verso l'interprete, considerato che quando il legislatore detta norme definitorie ovvero sull'interpretazione si esprime in termini di "diffidenza" verso l'operatore del diritto: si cfr. F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, Giappichelli, 2021, p. 213.

³⁷ In questi termini, anche A. MORELLI, *op. cit.*, p. 35, spec. nt. 112; G. PIFFER, sub *Art. 73 D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309*, in E. DOLCINI, G.L. GATTA (dir.), *Codice penale commentato*, t. IV, Giuffrè, 2021, p. 1135.

³⁸ Si cfr. A. LANCIA, F. 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 *questa Rivista*, 22 novembre 2022, p. 1 ss., in part. p. 24 ss., p. 26 ss., ove si suggerisce di fondare il giudizio di lievità su basi quantitative e logico-statistiche.

³⁹ UFF. DEL MASSIMARIO, [Relazione tematica: Gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità in relazione al fatto di lieve entità di cui all'art. 73, comma 5, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309](#), 23/2023, in *questa Rivista*, 27 aprile 2023.

fa barcollare uno dei termini di questa complessa relazione, la legalità, al punto che, nel confronto con il principio di proporzione, essa arretra fino a “essere messa alle corde”, rinunciandosi a ricercare un punto di equilibrio. In questo modo, peraltro, tale fattispecie accentua i problemi che proprio in relazione al valore della legalità, secondo autorevole dottrina, si trasmettono al concorso per via della crisi della tipicità della fattispecie monosoggettiva su cui è imperniato il concorso⁴⁰.

Proprio per tali ragioni, deve convenirsi con chi ha osservato che la scelta del legislatore di trasformare la fattispecie di lieve entità da “accidente” a “invariante”⁴¹, opzione consolidatasi con il d.l. 123/2023, appare meritevole di un ripensamento in ottica *de iure condendo*⁴². Del resto, la costruzione di una circostanza “blindata”, sottratta al giudizio di bilanciamento, sarebbe stata sufficiente da sé a soddisfare l’esigenza di non obliterare tale valutazione di lieve entità in sede di commisurazione della pena⁴³.

Contestualmente, ci si potrebbe chiedere se sussistano ulteriori soluzioni tali da bilanciare le istanze di maggiore certezza applicativa con il mantenimento della via legalmente eletta della fattispecie autonoma. Nondimeno, per non interrompere lo svolgimento delle riflessioni a margine della pronuncia della Suprema Corte, si avrà modo di tornare sul tema in sede di riflessioni conclusive.

4. Spunti per una rivitalizzazione dell’art. 114 c.p.

Venendo congiuntamente ai punti 2) e 3) della nostra sintesi, le stesse Sezioni unite pongono alla base del proprio argomentare un’istanza basilare: rifuggire dalle rigidità della cornice edittale eguale per tutti, a fronte di un’attitudine del grado di rimprovero espresso dal singolo contributo a collocarsi al di sotto del minimo di legge.

È questo un bisogno a cui lo stesso legislatore del 1930 aveva pensato di far fronte con l’introduzione dell’attenuante generale della partecipazione di minima importanza (art. 114 c.p.)⁴⁴, per quanto influenzata, all’epoca, dalle spinte positivistiche che portavano a leggerla come valorizzazione della “ridotta capacità a delinquere” del

⁴⁰ Si cfr. M. PAPA, *Quale statuto condiviso per il concorso di persone nel reato?*, in *Criminalia*, 2021, p. 317 ss.

⁴¹ Si mutua la terminologia utilizzata in M. DONINI, *Punire e non punire. Un pendolo storico divenuto sistema*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2023, p. 1301 ss.

⁴² Sul punto, si v. A. MORELLI, *op. cit.*, p. 35 ss., che osserva come la scarsa tassatività della fattispecie appaia meglio conciliabile con la fisionomia circostanziale. Da ricordare che le stesse Sezioni unite sembrano adombrare l’anomalia della fattispecie quale causa della unicità del problema interpretativo del quale sono state investite.

⁴³ Si v. le osservazioni di A. MORELLI, *op. cit.*, p. 36.

⁴⁴ Di cui una replica è stata introdotta per la violenza sessuale di gruppo all’art. 609 *octies* c.p., co. 4.

concorrente⁴⁵. Sia che venga inquadrata alla luce della visione condizionalistica⁴⁶, sia di quella agevolatrice⁴⁷, che la previsione abbia fallito nel suo intento è un dato ormai acquisito, considerate le interpretazioni giurisprudenziali riduttive che ne hanno ristretto l'ambito applicativo al punto da realizzarsi una vera e propria *interpretatio abrogans*⁴⁸. Com'è noto, l'incidenza minima del contributo è stata intesa come una condotta marginale e del tutto trascurabile nell'economia del reato⁴⁹.

Per quanto le Sezioni unite non affrontino l'argomento, in quanto collocantesi fuori dell'oggetto della rimessione, nell'esporre la tesi unitaria, che nell'assioma di partenza intendono confermare, è presente un cenno proprio alla possibilità di differenziare (non i titoli, ma) la punizione fra i concorrenti proprio in base all'art. 114 c.p. Dunque, la pronuncia in esame e le istanze di cui si fa latrice possono far sorgere un interrogativo ulteriore: si può cogliere l'occasione di tale intervento per rivitalizzare la previsione dell'art. 114 c.p. e il dibattito intorno ad essa?

⁴⁵ In questi termini, la *Relazione*, cit., 170. Difatti, il passaggio verso la maggiore oggettività offerta dalla "minima importanza" del contributo, pur dopo l'abbandono della distinzione tra partecipazione primaria e partecipazione secondaria, nella spiegazione contenuta in sede di codificazione, sembra commistionare aspetti relativi alla graduazione della rilevanza eziologica del contributo, da un lato, e la valutazione di tali elementi per desumere la pericolosità dell'agente. Sottolineano l'influenza della Scuola Positiva, S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Giuffrè, 1987, p. 25 ss.; G. GRASSO in M. ROMANO, G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, Giuffrè, 2012, p. 225; M. DONINI, *La partecipazione*, cit., p. 240 ss. Per la natura eminentemente criminologica dell'attenuante e, più in generale, della disciplina delle circostanze del concorso, si v. M. HELFER, *Il concorso di più persone nel reato. Problemi aperti del sistema unitario italiano*, Giappichelli, 2013, p. 72 ss.

⁴⁶ G. GRASSO in M. ROMANO, G. GRASSO, *op. cit.*, p. 249 ss.

⁴⁷ F. MANTOVANI, G. FLORA, *Diritto penale*, cit., p. 533 ss., spec. p. 535-537; D. BRUNELLI, *op. cit.*, p. 176 ss.; R. GUERRINI, *op. cit.*, *passim*.

Secondo un'altra autorevole opinione, invece, l'art. 114 c.p. dimostrerebbe l'insostenibilità dogmatica della visione 'causale' del concorso di persone, il quale si comporrebbe di interazioni la cui rilevanza penale dipenderebbe da un "nesso di strumentalità" delle condotte concorsuali alla commissione del reato. In questi termini, si v. G.A. DE FRANCESCO, *Diritto penale*, cit., p. 677-678; in senso analogo, T. PADOVANI, *Diritto penale*, Giuffrè, 2023, p. 355.

I dubbi sulla possibilità di ricostruire efficacemente il concorso di persone attorno al modello eziologico hanno permeato soprattutto la discussione scientifica intorno alla struttura del concorso esterno nel reato associativo. Fra i diversi contributi, si segnalano G.A. DE FRANCESCO, *Il concorso esterno nell'associazione mafiosa torna alla ribalta del sindacato di legittimità*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 2552 ss.; ID., *Prospettive de lege ferenda in materia di criminalità organizzata: un'introduzione*, in *La criminalità organizzata tra esperienze normative e prospettive di collaborazione internazionale*, a cura dello stesso A., Giappichelli, 2009, p. 17; T. PADOVANI, *Note minime sul concorso esterno*, in *Arch. pen. web*, 2/2012, 12 ss.; G. AMARELLI, *La contiguità politico-mafiosa. Profili politico-criminali, dommatici ed applicativi*, *Dike giuridica*, 2017, p. 244. Si cfr. anche A. CENTONZE, *Contiguità mafiose e contiguità criminali*, Giuffrè, 2013, p. 27 ss.; I. GIUGNI, *Il problema della causalità nel concorso esterno*, in *Dir. pen. cont.*, 6 ottobre 2017, p. 29 ss.

⁴⁸ Così G. GRASSO in M. ROMANO, G. GRASSO, *op. cit.*, p. 250; F. MANTOVANI, G. FLORA, *op. cit.*, p. 562.

⁴⁹ Nella giurisprudenza più recente, si legge che l'attenuante può configurarsi solo a fronte dell'«assunzione di un ruolo di rilevanza davvero marginale, cioè di efficacia causale così limitata rispetto all'evento da risultare accessorio nel generale quadro del percorso criminoso di realizzazione del reato» (così, Cass., Sez. II, 8 luglio 2019, n. 29641). In senso conforme, sempre tra le più recenti, si segnalano: Cass., Sez. IV, 20 giugno 2023, n. 26525; Cass., Sez. VI, 26 settembre 2021, n. 34539; Cass., Sez. V, 31 maggio 2021, n. 21649; Cass., Sez. IV, 16 dicembre 2020, n. 35950.

Perché, se la necessità di dare soluzioni applicative coerenti con i principi costituzionali è immanente al sistema e va al di là dei singoli sotto-settori del diritto penale, dettare un trattamento sanzionatorio differenziato per i concorrenti in maniera rispondente al disvalore specifico della compartecipazione costituisce senz'altro espressione di un'esigenza altrettanto generale e che, in attesa di diverse soluzioni normative, potrebbe già trovare un "grimaldello" disponibile per l'interprete nella obliata previsione dell'art. 114, co. 1 c.p.⁵⁰.

La norma, tuttavia, sconta un deficit di determinatezza che, per alcuni aspetti, può consentire di incanalare quelle esigenze di proporzione, costrette all'interno della imputazione unitaria; per altri profili, invece, rappresenta probabilmente la causa della sua scarsa applicazione pratica⁵¹. Ciò ha condotto a diversi tentativi di reinterpretazione, tutti accomunati dalla finalità di accrescerne la vitalità.

Una prima impostazione è quella della comparazione fra i contributi, analizzati alla luce della complessiva fisionomia del reato commesso, e quella degli altri compartecipi, tale da ridurre l'applicazione ai casi di sostituibilità della condotta, che quindi possa essere apprezzata come trascurabile o marginale⁵². Dunque, tale visione, che si inquadra nella impostazione condizionalistica, esige che il punto di partenza dell'analisi sia quello della ricostruzione del decorso causale, al punto da concludere che il contributo di minima importanza sia quello che non muti l'inverarsi del fatto ragionando in via controfattuale.

Senonché, oltre a essere guidata da una siffatta logica rigida della causalità del concorso che, secondo altra dottrina, proprio l'art. 114 c.p. smentisce⁵³, la sua contiguità alla visione giurisprudenziale richiamata la espone alla critica della inattitudine a far ridestare l'art. 114 c.p. dall'oblio in cui è caduto.

Del resto, sembra che tutte le prospettive orientate verso il risultato criminoso che è stato prodotto, piuttosto che al contributo individuale in sé, possano risultare affette dal vizio del giudizio *ex post*, che, se costituisce sicuramente il modo di accertamento della causalità, al contempo rischia di far ritenere sempre di non minima importanza qualsivoglia partecipazione al reato concorsuale.

Per tali ragioni, anche la prospettiva di valutare la convergenza dei contributi verso l'offesa e, dunque, il grado di compartecipazione nella realizzazione della stessa, sembra solo sostituire il perno finale attorno al quale ruota un confronto tra i contributi che, ancora una volta, esprime una capacità di graduazione degli stessi ineffettiva. In

⁵⁰ Per l'esigenza connaturata all'art. 27, co. 1 Cost. di prevedere una clausola di estensione della punibilità al contempo orientata alla graduazione della responsabilità in base al significato assunto dai singoli contributi causali, si cfr. A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, Giappichelli, 2018, p. 525-526.

⁵¹ Si cfr. G. BETTIOL, *Diritto penale*, G. Priulla Editore, 1958, p. 449 ss.; S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, cit., p. 252.

⁵² G. GRASSO in M. ROMANO, G. GRASSO, *op. cit.*, p. 249 ss. In termini analoghi anche F. ANTOLISEI, *Manuale*, cit., p. 572. Per la comparazione tra i contributi, si cfr. anche E. CONTIERI, *Sull'attenuante della minima partecipazione*, in *Foro pen.*, 1969, p. 114 ss.

⁵³ In merito, si v. i richiami in nota 47.

sintesi, si sposta l'osservazione dall'evento storico a quello giuridico, ma non muta il metodo di accertamento, che è quello che presenta maggiori criticità applicative⁵⁴.

Si è allora proposto di attenzionare la compartecipazione in sé, come richiesto dall'art. 114 c.p., restringendo tale disposizione soltanto a chi ha prodotto un'agevolazione delle modalità storiche di integrazione del reato⁵⁵. D'altro canto, l'eco della distinzione tra partecipazione primaria e secondaria, nonché l'esclusione *ex lege* per coloro che debbano considerarsi "coautori" del reato (si cfr. art. 112 c.p.), richiamando le più risalenti categorizzazioni normative, ha condotto a sovrapporre la figura del concorrente di minima importanza a quella del solo "complice" nel reato⁵⁶.

Il ritorno a tale formula nominalistica, di per sé, non elimina le oscurità che aleggiano attorno alla fattispecie in esame, ma potrebbe riproporre quelle difficoltà che si erano create attorno alla differenziazione generale dei contributi concorsuali⁵⁷. Nondimeno, una parte della dottrina aveva provato a superare l'assenza di dati univoci nella "minima importanza", proponendo di rileggerla in modo da circoscriverne l'applicazione al contributo che presentasse sì rilevanza minima nell'ottica del fatto storico di reato, ma che fosse allogato in una sola fase della complessiva commissione del medesimo⁵⁸. Dunque, il contributo potrebbe presentare minima importanza allorquando esso si risolve in un comportamento che presenti elementi sì di concreta sostituibilità, ma non visto in una visione d'insieme, quanto piuttosto in relazione alla singola fase nella quale si è concorsi: quella preparatoria ovvero quella esecutiva, seguendo il dato letterale dell'art. 114 c.p. Tanto al fine di valorizzare uno strumento normativo utile per il giudice, ma reso inutile da letture neutralizzanti, forse spinte più da logiche generalpreventive che di proporzionalità della pena⁵⁹. Difatti, se è la valutazione in termini causali a porre problemi per le difficoltà di soppesare l'incidenza eziologica nella produzione di un fatto, allora la valutazione non deve coinvolgere l'intero fatto di reato, ma deve riguardare le fasi di commissione dello stesso⁶⁰.

Tuttavia, al di là dell'opzione ermeneutica che possa essere avanzata rispetto a una norma che continua a presentare complessità applicative, ci sembra significativo cogliere un dato. Fintantoché non muteranno le sensibilità giurisprudenziali verso la necessità di

⁵⁴ Specialmente se si considera la difficoltà di svolgere una valutazione individualizzata in termini di offensività rispetto a un contributo che risulta atipico. Per certi versi, analoghe obiezioni potrebbero muoversi a quell'impostazione che, analizzando il concorso di persone come fenomeno organizzativo, ha proposto di valutare l'importanza del contributo alla luce dell'incremento o meno dell'efficienza organizzativa del reato plurisoggettivo (G. INSOLERA, voce *Concorso di persone nel reato*, in *Dig. disc. pen.*, (Agg.), Utet, 2000, p. 462 ss.).

⁵⁵ Così, nella prospettiva del concorso come agevolazione, R. GUERRINI, *op. cit.*, p. 51 ss., p. 62 ss.

⁵⁶ C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Utet, 2020, p. 594.

⁵⁷ Si cfr. F. MANTOVANI, G. FLORA, *op. cit.*, p. 526 ss., spec. p. 527.

⁵⁸ Si allude alla proposta di M. DONINI, *Il concorso esterno "alla vita dell'associazione" e il principio di tipicità penale*, in *Dir. pen. cont.*, 13 gennaio 2017, p. 21 ss., nonché in E.M. AMBROSETTI (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino, 2017, p. 345 ss., nel senso proprio di valorizzare il contributo che assuma minima importanza in una fase, e non valutato integralmente rispetto al reato, proponendo l'esempio di un'attività (sostituibile) di studio delle abitudini della vittima preliminare al successivo sequestro.

⁵⁹ Logiche alla base della stessa scelta legislativa unificatrice: M. DONINI, *La partecipazione*, cit., p. 243.

⁶⁰ M. DONINI, *Il concorso esterno*, cit., p. 22-23.

garantire una forbice più estesa della graduazione delle responsabilità in relazione al concorso di persone, l'art. 114 c.p. resterà una norma non applicata, a prescindere dalla bontà dei tentativi di interpretazione che se ne possano offrire. Tale approccio potrebbe mutare proprio alla luce della necessità di dare piena attuazione ai principi costituzionali dei quali la stessa pronuncia delle Sezioni unite del 2024 fa menzione.

Non convince l'obiezione (invero, tautologica) per cui, per orientare la propria decisione al principio di proporzionalità, il giudice potrebbe disporre dell'art. 133 c.p.⁶¹ Infatti, da un lato, le circostanze improprie tentano di offrire al giudice quei criteri astratti in base ai quali consentirgli di cogliere ciò che può essere ravvisato solo in concreto e non trasformato in un dato tipico immediato⁶². Dall'altro lato, si ribadisce come il disvalore concreto del singolo contributo, quale frammento dell'intera vicenda criminosa, ben potrebbe essere meritevole di un diverso trattamento extraeditale che non trovi una sponda in altra previsione circostanziale. Oltretutto, si consideri anche come ad oggi la legislazione penale, seguendo spesso spinte populistiche, muova per lo più verso l'inasprimento delle cornici punitive, di fronte al cui irrigidimento il giudice può mostrare difficoltà a orientare il proprio giudizio solo sulla base dell'art. 133 c.p. D'altro canto, ne è dimostrazione lo stesso contesto degli stupefacenti, ove da parte legislativa – e adesso giurisprudenziale – si è riconosciuta l'insufficienza dell'art. 133 c.p. a offrire soluzioni adeguate al fine di distinguere ciò che, per la ridotta attitudine offensiva, merita di essere tenuto distinto.

In definitiva, sarebbe auspicabile, già *de lege lata*⁶³, che il principio di proporzione, al quale può essere riconosciuto il ruolo di canone ermeneutico⁶⁴, possa ri-porre le basi per restituire all'art. 114 c.p. il ruolo che gli spetta nel sistema, cioè quello di flessibilizzare il monismo di partenza nell'assolvere la funzione di disciplina della pena per i concorrenti nel reato⁶⁵. Altrimenti, tale disposizione, oltre che il vizio di inutilità pratica, presenterebbe quello dell'incostituzionalità nell'interpretazione offertane dal diritto vivente, per la sua incapacità a garantire un trattamento sanzionatorio fra i

⁶¹ Osserva ancora M. DONINI, benché al fine di sostenere la tesi pluralistica, che: «Chi si appella all'art. 133 o all'art. 62 bis c.p. [...] non solo sposta artatamente il problema dalla sua naturale sede, ma vuole in realtà coprire [...] quelle stesse indiscriminate finalità generalpreventive che, sole, da cinquant'anni sorreggono la regolamentazione del concorso di persone in Italia» (*La partecipazione*, cit., p. 245).

⁶² Si cfr. F. BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. 100.

⁶³ *De iure condendo*, è stato proposto di valorizzare il peso del contributo nell'ottica della maggiore o minore probabilità, prontezza e gravità nella realizzazione dell'evento offensivo (art. 28, co. 1 c.d. Progetto Pagliaro del 1991), al fine di garantire una migliore personalizzazione del trattamento punitivo del concorrente, senza fotografare, una volta per tutte, singole categorie concorsuali (A. FIORELLA, *Le strutture*, cit., p. 562).

⁶⁴ Per l'utilizzo del principio di porzione in chiave interpretativa della fattispecie, al fine di comporre i rischi di asimmetria fra disvalore e pena, si cfr. M. CATERINI, *La proporzione nella dosimetria della pena da criterio di legiferazione a canone ermeneutico*, in *Giust. pen.*, 2/2012, p. 49 ss. Per il principio di proporzione come canone ermeneutico, sia pure osservato nella sua dimensione "strutturale", si cfr. N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di incriminazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Giappichelli, 2020, p. 326 ss.

⁶⁵ Ciò avverrebbe senza che si ripropongano i conflitti con il principio di legalità sopra menzionati, giacché, questa volta, pur con i difetti di costruzione dell'attenuante, la fattispecie incriminatrice attorno alla quale opera la qualificazione del fatto concorsuale resterebbe ferma, salvo rimodularne il trattamento punitivo secondo la riduzione autorizzata e voluta dallo stesso legislatore.

concorrenti che sia compiutamente personale e proporzionato al grado di compartecipazione.

5. L'organizzazione come ostacolo alla lieve entità.

Tornando alla specifica tematica dell'integrazione dell'art. 73, co. 5 d.P.R. 309/1990 e, in particolare, venendo all'ultimo punto (5) della nostra sintesi, v'è un aspetto della riflessione interpretativa sugli indici rilevanti in termini di lievità che presenta elementi di interesse: il carattere ostativo a tale valutazione dell'inserimento dello spaccio in un circuito organizzativo⁶⁶.

Da un lato, in effetti, l'esistenza di un'organizzazione particolarmente articolata potrebbe essere espressiva di un'offesa non tenue. Dall'altro, sulla fondatezza del carattere immediato di tale preclusione potrebbe sorgere qualche dubbio. Difatti, se si osserva il singolo frammento concorsuale e la sua efficacia causale rispetto al fatto in cui si è concorsi, nonché considerata la valutazione globale che occorre svolgere delle sue caratteristiche, alla luce di tutti gli elementi dell'azione contemplati dall'art. 73, co. 5, ci si può domandare: l'organizzazione retrostante incrementa, di per sé, le concrete capacità offensive di quel contributo?

La soluzione negativa sembra incontrare, innanzitutto, un ostacolo di ordine logico-sistematico, rappresentato dall'art. 74, co. 6 d.P.R. 309/1990, che evoca la configurabilità di un fatto di lieve entità finanche rispetto all'associazione finalizzata alla commissione di delitti in materia di stupefacenti⁶⁷. Trattasi di fattispecie che, evidentemente riferita al piccolo spaccio organizzato⁶⁸, viene interpretata dalla giurisprudenza nel senso che (non il singolo contributo partecipativo, bensì) l'intero "fatto associativo" deve risultare dotato delle caratteristiche della lieve entità⁶⁹.

Orbene, se il fatto relativo all'associazione, caratterizzato dal *quid pluris* di quegli elementi organizzativi-strutturali che occorrono perché si possa avere associazione⁷⁰, può atteggiarsi a vicenda di lieve entità, non si vede per quale ragione il *quid minus* che sta alla base della fattispecie concorsuale, dotata di una valenza occasionale e priva di tali elementi, incontri tale causa ostativa, peraltro priva di un riferimento normativo. Né si potrebbe aggiungere che tali tratti associativi possano essere sintomatici di una non

⁶⁶ Rispetto al quale, peraltro, andrebbe compreso se inquadralo nella *ratio decidendi* della pronuncia ovvero in un mero *obiter dictum*.

⁶⁷ Anch'essa ritenuta quale fattispecie autonoma, e non mera circostanza attenuante, da Cass., Sez. un., 23 giugno 2011, *Valastro*.

⁶⁸ G. PIFFER, *op. cit.*, p. 1224 ss.

⁶⁹ Si cfr. Cass., Sez. III, 29 marzo 2022, n. 11313, nel senso che tutti i sodali devono aver commesso fatti di lieve entità; Cass., Sez. VI, 16 gennaio 2020, n. 1642.

⁷⁰ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, Zanichelli, 2012, vol. I, p. 488-489. Per una critica dell'impostazione giurisprudenziale che, per i reati associativi, si accontenta di un'organizzazione anche solo rudimentale, stante l'automatismo correlato a tale accertamento, si v. V.N. D'ASCOLA, *Impoverimento della fattispecie e responsabilità penale "senza prova"*. *Strutture in trasformazione del diritto e del processo penale*, Iiriti Editore, 2008, p. 127-128.

occasionalità del comportamento, poiché, già prima la giurisprudenza e oggi il d.l. 123/2023, hanno riconosciuto che ciò non impedisce il giudizio di lieve entità.

D'altra parte, risulta discutibile trasferire su un reato diverso la valutazione della contestuale partecipazione a un'associazione criminale, poiché la eterogeneità dei fatti accertati deve condurre a un diverso apprezzamento degli stessi, e non a "raddoppiare" la valutazione negativa inerente a un unico fatto di reato.

Per di più, questa lettura sembra richiamare implicitamente un discutibile ancoraggio, più che all'offensività del singolo fatto, alla pericolosità sociale dell'autore e quindi spingersi su un versante di tipo personologico, anziché materiale-teleologico, qual è quello che deve ispirare la punizione.

Sicché introdurre questo tipo di automatismo preclusivo, sia pure in via interpretativa, non appare fondato. Pertanto, tale passaggio argomentativo andrebbe inteso come volto a richiedere un apprezzamento non tanto della partecipazione all'organizzazione in sé, quanto piuttosto di appurare se la medesima sia in grado, concretamente, di accrescere le potenzialità offensive della salute pubblica da parte dell'occasione di spaccio. Difatti, la giurisprudenza di legittimità aveva evidenziato che l'organizzazione in sé non osta alla lieve entità del fatto *ex art. 73, co. 5* se sia possibile ravvisare ugualmente «una complessiva minore portata dell'attività dello spacciatore e dei suoi eventuali complici, con una ridotta circolazione di merce e di denaro nonché di guadagni», nonché del tempo in cui si protraggono le condotte⁷¹. Dunque, ciò che osta alla cornice più favorevole, in conformità ai principi, è pur sempre la valutazione della caratura offensiva in concreto della condotta, che dovrà risultare "non ridotta" per via della particolarità dei collegamenti esistenti con l'associazione, la quale dovrà assumere delle caratteristiche tali da collocarsi nei livelli di organizzazione del traffico di stupefacenti – come sembra sia stato ravvisato nella vicenda esaminata dalle Sezioni unite – tale da denotarne una pericolosità più elevata. In definitiva, non dovrà essere il "contesto di tipo organizzato", quanto il "tipo di contesto organizzato" e le connessioni intercorrenti con gli episodi di spaccio a poter condurre a una valutazione di entità non lieve.

6. Conclusioni. Riflessioni *de iure condendo* intorno ai *Regelbeispiele* del *Strafgesetzbuch*.

Per tirare le fila dell'analisi sin qui condotta, l'esito dell'approdo delle Sezioni unite potrebbe rappresentare un'occasione per un nuovo approfondimento dogmatico di diversi aspetti della tematica generale del concorso di persone, non solo in ottica *de iure condendo*, ma anche *de iure condito*. Il flusso dell'interpretazione giurisprudenziale, pur fedele al dogma che ha senz'altro ispirato il legislatore del 1930, sembra che stia gradualmente rompendo gli argini dell'impostazione unitaria che la lettura tradizionale

⁷¹ Cass., Sez. VI, 17 gennaio 2023, n. 1648; Cass., Sez. VI, 7 giugno 2017, n. 28251, *Mascoli*; Cass., Sez. VI, 15 aprile 2015, n. 15642, *Driouech*; Cass., Sez. VI, 4 ottobre 2013, n. 41090, *Airano*.

ritiene di far discendere dall'art. 110 c.p. È anche vero che lo stesso legislatore, come in molti altri casi, non si è schierato del tutto verso una bandiera teorica, ma ha elaborato una soluzione che fosse praticamente accettabile e agevolmente applicabile, ritenuta preferibile rispetto alla differenziazione generale della pena per i contributi concorsuali. Al contempo, tuttavia, sia la codificazione originaria sia la legislazione successiva si sono dimostrate aperte a una prospettiva qualificatoria multipla del fatto concorsuale.

Inoltre, proprio l'intervento in chiave di distinzione dei destini criminosi rispetto a una fattispecie che, benché sia delineata isolatamente come figura autonoma, presenta i tratti di un arcipelago di isole accomunate dalla natura circostanziale, richiama un'altra annosa questione. Difatti, detta natura è rinvenibile nella fattispecie di parte generale di cui all'art. 114 c.p., che, a questo punto, proprio per i principi di personalità della responsabilità penale e di proporzionalità della pena, apparirebbe meritevole di una migliore considerazione teorico-pratica.

Infine, perché anche l'ultima indicazione delle Sezioni unite in termini di valutazione possa assumere quella persuasione tale verso i giudici di merito tale da garantire «l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge», non si potrà trascurare la sua rilettura alla luce del principio di offensività.

Così sintetizzata la nostra analisi, non resta che porre un ultimo interrogativo sull'opportunità di mantenere l'attuale conformazione dell'art. 73, co. 5 d.P.R. 309/1990.

Come visto, la creazione di una fattispecie autonoma da parte del legislatore del 2013 ha destato alcune perplessità in dottrina anche per via della sua incidenza causale sulla genesi del problema affrontato dalle Sezioni unite. Al contempo, però, la stessa pronuncia ha osservato come le recenti modifiche del 2023 abbiano reso "irreversibile" questa scelta, o comunque abbiano consolidato l'allontanamento dal modello della rilevanza accidentale.

Se questa è la via intrapresa dalla legislazione, accanto alla proposta di un radicale ritorno alla fisionomia circostanziale, si potrebbe prospettare una soluzione alternativa: l'arricchimento definitorio del reato di lieve entità. Del resto, se si volge lo sguardo all'ordinamento tedesco, si noterà come la carenza delle circostanze tecniche a noi note venga compensata dal StGB attraverso ipotesi autonome di reato più gravi della fattispecie base. In alcuni casi, queste figure sono delineate attraverso una formulazione particolarmente ampia, latrice di incertezze a cui si tenta di ovviare attraverso i *Regelbeispiele* (o "esempi di norma"). Un esempio, benché in chiave aggravante, è rappresentato dal §243 StGB («*Besonders schwerer Fall des Diebstahls*»), ove il riferimento alla "particolare gravità del furto", punito da tre mesi a dieci anni di reclusione, è seguito dalla enumerazione di una serie di casi in funzione esemplificativa.

Benché tale categoria di "analogia legalizzata" abbia indotto la dottrina a sollevare alcune perplessità in punto di compatibilità con il principio di legalità, è altrettanto vero come sia stata riconosciuta la loro capacità di orientare le valutazioni che fondano l'operazione sussuntiva del giudice e, conseguentemente, la determinazione del trattamento punitivo⁷². D'altronde, il ruolo dei riferimenti esemplificativi è proprio

⁷² F. PALAZZO, M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, Giappichelli, 2013, p. 80-81.

quello di temperare una totale rimessione al giudice della identificazione di concetti di portata indeterminata.

Analogamente, per superare le criticità attuali dell'art. 73, co. 5 d.P.R. 309/1990 una soluzione di compromesso potrebbe essere quella di descrivere ulteriormente i profili che possono direzionare verso il riconoscimento della fattispecie di lieve entità. Dunque, il mero richiamo alle note materiali che il giudice deve apprezzare per verificare l'applicabilità di tale disposizione potrebbe essere accompagnato da una elencazione esemplificativa di "gruppi di casi" dotati di minore offensività, così rendendo legalmente indirizzata la discrezionalità che la connota. Tale sforzo di specificazione non dovrebbe risultare particolarmente intenso, poiché potrebbe essere compiuto attingendo dalla nutrita esperienza giurisprudenziale che, come visto, ha tentato da tempo ad ovviare a un'estensione della formula normativa apparsa alquanto incerta.

Editore

ASSOCIAZIONE
**"PROGETTO GIUSTIZIA
PENALE"**