

Piergiorgio Gualtieri

*L'autonomia sistematica dei concetti di 'preparazione' e di 'esecuzione' nella disciplina del concorso di più persone nel medesimo reato e nel delitto di violenza sessuale di gruppo*

ABSTRACT: Il contributo si propone di offrire una sistemazione analitica del significato dei termini 'preparazione' ed 'esecuzione' contenuti nella disciplina generale del concorso di più persone nel medesimo reato e, in particolare, nel delitto di violenza sessuale di gruppo. L'obiettivo è anche quello di superare alcune incoerenze che potrebbero discendere da singolari interpretazioni della fattispecie di responsabilità penale per concorso eventuale nell'art. 609-*octies* c.p., le quali si mostrano in antinomia con i principi di ragionevolezza e di conservazione degli atti normativi, oltre che con la relazione logica di specialità in astratto tra norme giuridiche.

*The essay offers an analytical exam of the meaning of the terms 'preparation' and 'execution' contained in the general discipline of the conspiracy and, in particular, in the crime of sexual violence. It also tries to overcome the incoherence that could arise from an incorrect interpretation of the 'conspiracy' in the article 609-*octies* of the Italian Criminal Code, which would be in contrast with the principles of reasonableness and conservation of acts, as well as with the principle of abstract speciality among legal rules.*

PAROLE CHIAVE: Concorso di persone nel reato – Preparazione ed esecuzione del reato – Violenza sessuale di gruppo

KEYWORDS: Conspiracy – Preparation and Execution of the Offence – Sexual Violence

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Questioni problematiche – 3. Il significato giuridico-normativo dell'inciso 'preparazione o esecuzione' del delitto di violenza sessuale di gruppo – 4. La relazione sistematica di reciproca esclusione tra le fattispecie circostanziate disciplinate agli artt. 114 e 609-*octies*, quarto comma c.p. – 5. Disposizioni generali di disciplina, concorso 'eventuale' e concorso 'necessario' di più persone nel medesimo reato.

1. *Premessa*

Nella dinamica applicativa che ha interessato l'art. 609-*octies* c.p., la norma reale – in uno dei molteplici significati giuridico-normativi che il concetto può assumere<sup>1</sup>, in particolare come interpretazione e, dunque, norma ‘autentica’ in quanto vigente perché effettivamente applicata in passato e prevedibilmente applicabile in futuro dagli organi giurisdizionali italiani<sup>2</sup> – sembra sistematicamente univoca nel qualificare la struttura e l'efficacia<sup>3</sup> della circostanza attenuante disciplinata al quarto comma, relativa al concorso o, meglio, all'opera di minima importanza nella preparazione o nella esecuzione del delitto di violenza sessuale di gruppo.

Al di là della (e tralasciando per il momento la) eventuale definizione del concetto di contributo concorsuale di ‘minima importanza’, secondo la giurisprudenza di legittimità l'elemento differenziale degli atti meramente preparatori rispetto agli atti esecutivi in senso stretto sarebbe offerto da un requisito implicito di natura temporale, che a sua volta rifletterebbe un diverso ambito applicativo della circostanza attenuante stessa. Nella fase esecutiva della violenza sessuale di gruppo, l'art. 609-*octies*, quarto comma sarebbe in grado di qualificare la condotta – di minima, lievissima, marginale efficacia eziologica, che deve distinguersi per essere del tutto trascurabile nell'economia dell'impresa criminosa<sup>4</sup> – posta in essere dal concorrente necessario, nel dettaglio da colui che, secondo il disposto del primo comma, partecipa con più persone riunite ad atti di violenza sessuale di cui all'art. 609-*bis* c.p., purché il contributo sia stato fornito in entrambe le fasi<sup>5</sup>; durante la mera preparazione, invece, la fattispecie circostanziata potrebbe ricevere applicazione solo avuto riguardo alle ipotesi di concorso eventuale

<sup>1</sup> Sulla esistenza di almeno due modi di intendere e qualificare il concetto di ‘norma penale reale’ cfr. M. TRAPANI, *La divergenza tra il “voluto” e il “realizzato”*, vol. I, Giappichelli, Torino 2006, p. 225 in nota.

<sup>2</sup> Così R. GUASTINI, *Il realismo giuridico ridefinito*, in «Revus (Online)», n. 19, 2013, p. 105.

<sup>3</sup> Per una ricognizione analitica dei molteplici significati del vocabolo ‘efficacia’ cfr. G. PINO, *Sul concetto di efficacia*, in *Le metamorfosi del diritto*, Mimesis Edizioni, Milano-Udine 2013, p. 181 ss..

<sup>4</sup> In questi termini, Cass., Sez. III pen., 2 aprile 2014, n. 31842, par. 3.3.: «sicché non è sufficiente, per la configurabilità dell'attenuante prevista dal quarto comma dell'art. 609-*octies* cod. pen., la minore efficienza causale dell'attività di un correo rispetto a quella degli altri correi, ma è necessaria la “minima” efficienza causale dell'attività compiuta».

<sup>5</sup> «Con la conseguenza che non potrà mai essere stimato di minima importanza il contributo prestato che, pur se minimo nella fase della preparazione, non lo sia altrettanto nel momento della esecuzione del delitto, tenuto conto dell'opera eventualmente prestata dal singolo agente»: Cass., Sez. III pen., 2 aprile 2014, n. 31842, par. 3.3..

(derivanti dall'innesto dell'art. 110 c.p. sull'art. 609-*octies*), considerate ad ogni modo compatibili con la fattispecie necessariamente plurisoggettiva<sup>6</sup>, sempre che alla fase esecutiva, comunque svoltasi senza l'intervento del concorrente, abbiano partecipato almeno due persone riunite.

Il perno di questa speciale, autonoma e qualificata incriminazione, in altri termini, ruoterebbe attorno alla cooperazione dei concorrenti necessari nella immediata esecuzione degli atti di violenza<sup>7</sup>, avendo comunque premura di ricordare come, per costante giurisprudenza, non risulti necessario che ciascun partecipe commetta la violenza o la minaccia o compia l'atto sessuale<sup>8</sup>; l'unica giustificazione razionale al significato dell'inciso 'preparazione del reato' nel contesto della proposizione linguistica in esame verrebbe così circoscritta al risultato di una coerente interpretazione sistematica in base alla quale, giuridicamente parlando, l'atto preparatorio non potrebbe non alludere, dal punto di vista logico, che ad un concorso eventuale, identificandosi con un atto a sua volta 'originariamente atipico' rispetto al delitto di violenza sessuale di gruppo perché posto in essere, anzitutto, in un arco temporale remoto o comunque prossimo alla fase esecutiva vera e propria, ma da questa necessariamente distinto, qualificato inoltre dalla necessaria non presenza fisica del concorrente 'atipico eventuale'.

Da un lato, l'esecuzione della violenza sessuale di gruppo sarebbe allora definita, più precisamente, dal luogo e dal tempo in cui vengono poste in essere le condotte tipiche ai sensi dell'art. 609-*octies*, primo e secondo comma – mentre la preparazione rimarrebbe delimitata in negativo e circoscritta per lo più ad una fase cronologicamente antecedente –, dall'altro lato, proprio l'estensione dell'ambito applicativo del quarto comma dell'art. 609-*octies* al concorrente eventuale che ha realizzato solamente atti preparatori presuppone (logicamente) che per la Corte di cassazione la 'riunione di più persone', quale elemento specializzante<sup>9</sup> costitutivo della fattispecie

<sup>6</sup> Così Cass., Sez. III pen., 8 luglio 2005, n. 33724, par. 2; Id., Sez. III pen., 29 gennaio 2004, n. 3384, par. 3.

<sup>7</sup> In questi termini, M. DONINI, *Commento all'art. 609-*octies* c.p.*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, a cura di A. Cadoppi, Cedam, Padova 2006, p. 774.

<sup>8</sup> Viceversa, T. PADOVANI, *Commento all'art. 1, l. n. 66 del 1996*, in «La legislazione penale», n. 3-4, 1996, pp. 417-418, interpreta l'art. 609-*octies*, primo e secondo comma nel senso che si tratterebbe di un reato collettivo, specializzato rispetto al comune concorso di persone in una violenza sessuale, per il fatto che l'esecuzione del delitto avviene nella forma della correatà o in quella dell'esecuzione frazionata, salvo poi utilizzare il quarto comma relativo alla preparazione del reato per concludere che, secondo la legge, «costituirebbe violenza sessuale di gruppo anche un comune concorso di persone a ruoli "dislocati"».

<sup>9</sup> Rispetto al delitto monosoggettivo di cui all'art. 609-*bis* c.p. e al concorso eventuale di più persone nel delitto di violenza sessuale. Sul punto cfr., a vario titolo e con imposta-

oggettiva, risulti legata in modo esclusivo al momento esecutivo: in altri termini, la condotta ‘preparatoria’ andrebbe qualificata, in negativo, come l’atto o gli atti posti in essere da colui che *non è* un concorrente necessario ai sensi dell’art. 609-*octies*, primo e secondo comma, cioè da una persona *non contestualmente riunita* nel luogo della violenza sessuale, e cronologicamente antecedenti rispetto all’esecuzione stessa, la cui figura ad ogni modo necessiterebbe, ai fini della responsabilità, della sussistenza dei normali requisiti costitutivi di un concorso eventuale di più persone nel medesimo reato; di conseguenza, al fine di salvare l’autonomia funzionale dell’art. 609-*octies*, non potendosi altrimenti spiegare razionalmente la maggiore gravità della fattispecie di violenza sessuale di gruppo a ruoli ‘dislocati’ rispetto ad un normale concorso di persone nel delitto di cui all’art. 609-*bis*<sup>10</sup>, ruoli ‘dislocati’ nel senso che non sarebbe necessaria la contestualità degli atti e dei soggetti attivi — potendo agire l’uno in un momento antecedente e l’altro nella fase della realizzazione, anche senza un successivo intervento del primo alla esecuzione del reato —, l’ambito applicativo dell’elemento di struttura rappresentato dall’attività di mera ‘preparazione’ andrebbe pertanto riferito alle sole condotte costitutive di un concorso eventuale in una violenza realizzata da almeno due persone riunite, in modo da giustificare così l’obbligatorietà della circostanza attenuante speciale ad effetto comune, specificamente predisposta perché il legislatore, nella fase della comminatoria legale, avrebbe valutato, appunto, con maggiore severità la partecipazione necessaria<sup>11</sup> rispetto all’opera prestata dal concorrente ‘non riunito’, di ‘minima importanza’ e, soprattutto, meramente eventuale.

Preparazione ed esecuzione, di conseguenza, dipenderebbero da ambiti spaziali e temporali ben delineati, soprattutto se ‘filtrati’ attraverso l’utilizzo di un criterio selettivo di tipo naturalistico su base temporale, empiricamente verificabile con una particolare facilità, se non addirittura ‘evidente’<sup>12</sup>.

---

zioni a volte sensibilmente differenti, G. DE FRANCESCO, *Commento all’art. 9, l. n. 66 del 1996*, in «La legislazione penale», n. 3-4, 1996, p. 473 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, t. I, *I delitti contro la persona*, Zanichelli, Bologna 2013, pp. 266-267; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, *Delitti contro la persona*, Padova, Cedam 2016, p. 446 ss.; G. MULLIRI, *Art. 609-*octies**, in *Codice penale*, vol. VII, *I delitti contro la persona*, Giuffrè, Milano 2015, pp. 876-880; T. PADOVANI, *Commento all’art. 1, l. n. 66 del 1996*, cit., p. 414 ss..

<sup>10</sup> G. DE FRANCESCO, *Commento all’art. 9, l. n. 66 del 1996*, cit., p. 478; R. GUERRINI, *Il contributo concorsuale di minima importanza*, Giuffrè, Milano 1997, p. 102; T. PADOVANI, *Commento all’art. 1, l. n. 66 del 1996*, cit., p. 418.

<sup>11</sup> Da otto a quattordici anni di reclusione, in seguito alla modifica legislativa di cui all’art. 13, quinto comma, l. 19 luglio 2019, n. 69.

<sup>12</sup> Utilizzo il termine in una accezione, fra le tante astrattamente ipotizzabili e differenziabili

## 2. Questioni problematiche

La tesi sostenuta dalla giurisprudenza di legittimità, tuttavia, presta il fianco ad alcuni rilievi critici di ordine sistematico. Si tratta, anzitutto, di una soluzione che, ispirata ad un sostanziale naturalismo del criterio selettivo scelto, sembra rispondere ad un approccio tipicamente 'emotivo' o 'emotivista': la linea di demarcazione tra gli atti preparatori e gli atti esecutivi, nel contesto del delitto di violenza sessuale di gruppo, verrebbe rimessa all'apprezzamento giudiziale del singolo interprete, veicolato e determinato solo da particolari reazioni emotive causate dalla percezione di fatti empirici<sup>13</sup>, di modo che al fine di comprendere il contenuto di significato dell'enunciato giudiziale che include la definizione e la spiegazione della coppia concettuale 'preparazione o esecuzione del reato' – non direttamente al livello linguistico-strutturale della norma penale generale e astratta<sup>14</sup>, identificabile con il contenuto di senso espresso o implicito in un documento normativo qualificabile come fonte del diritto<sup>15</sup> per come ricavato, ad esempio, dall'attività interpretativa della Corte di cassazione secondo il filtro del c.d. principio di diritto *ex artt.* 618 c.p.p. e 65 ord. giudiz., idonea ad assumere una efficacia persuasiva ed una portata generalizzante<sup>16</sup>, bensì sul piano individuale e concreto del singolo processo c.d. di sussunzione di un fatto storico nel modello di disciplina legale di una

---

a seconda della «misura media» del parametro scelto (cfr. F. CORDERO, *La decisione sul reato estinto*, in ID., *Ideologie del processo penale*, Giuffrè, Milano 1966, p. 110), tipicamente processualistica, nel significato 'proprio' dell'art. 129, secondo comma, c.p.p. laddove l'evidenza viene interpretata come sinonimo di constatazione di un *quid* rilevabile *ictu oculi*, escludendo così ogni attività di apprezzamento o approfondimento: Cass., Sez. III pen., 24 gennaio 2013, n. 10221.

<sup>13</sup> Così, sia pure riferendosi all'emotivismo morale, D. CANALE, *Conflitti pratici. Quando il diritto diventa immorale*, Editori Laterza, Bari 2017, p. 114.

<sup>14</sup> Sulla questione relativa alla esistenza di una norma generale e astratta o solo di quella individuale e concreta posta dal giudice nel momento in cui decide il significato di enunciati legislativi appartenenti al novero delle fonti del diritto penale italiano cfr., con diverse impostazioni, M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Giuffrè, Milano 2011, pp. 82-87, 96-99; M. TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico*, in «Archivio penale web», n. 1, 2017, pp. 40-44, 64 nota 134. Fondamentale sul punto l'approfondimento analitico di E. BULYGIN, *Sentenza giudiziaria e creazione di diritto*, in *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, vol. I, a cura di P. Comanducci, R. Guastini, Giappichelli, Torino 1987, pp. 309-325; ID., *Creazione e applicazione del diritto*, in ID., *Il positivismo giuridico*, a cura di P. Chiassoni, R. Guastini, G.B. Ratti, Giuffrè, Milano 2007, pp. 127-132, 144-146.

<sup>15</sup> R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano 2011, p. 15.

<sup>16</sup> E. BULYGIN, *Creazione e applicazione del diritto*, cit., p. 144.

specifica fattispecie di reato – sarebbe di conseguenza necessaria un’indagine sugli stati mentali del singolo giudice, difficilmente controllabili, in primo luogo, per via della presupposizione di un parametro ‘esterno’ rispetto al diritto positivo, dal momento che nulla, sul piano sistematico, sembra certificare la presenza, sia pure implicita, di un rinvio al suddetto criterio identificativo naturalistico a base temporale<sup>17</sup>, e rilevabili, tali stati mentali, in secondo luogo, nei limiti di significato delle formule linguistiche costitutive in concreto della giustificazione della parte motiva della sentenza, secondo il disposto dell’art. 546 c.p.p.. Se infatti il contenuto di significato di un enunciato assume i contorni determinati dallo stato mentale corrispondente<sup>18</sup>, di conseguenza la comprensione di un enunciato giudiziale valutativo sul senso da attribuire all’espressione ‘preparazione o esecuzione’ del delitto di violenza sessuale di gruppo risulta collegata a stati mentali non-cognitivi, associati all’intenzione, espressi dall’enunciato stesso<sup>19</sup> avente ad oggetto un fatto naturalistico potenzialmente rilevante per gli schemi qualificatori del diritto penale italiano; e se appare attendibile o quantomeno verosimile l’assunto<sup>20</sup> secondo cui il giudice prima decide e poi giustifica la sua decisione attraverso processi argomentativi il più possibile razionalmente<sup>21</sup> o, meglio, giuridicamente plausibili<sup>22</sup> – perché

<sup>17</sup> Per analoghe considerazioni, avuto però riguardo all’istituto del delitto tentato, cfr. M. SPASARI, *Profili di teoria generale del reato in relazione al concorso di persone nel reato colposo*, Giuffrè, Milano 1956, p. 26.

<sup>18</sup> Per la necessità di rivalutare «il ruolo delle emozioni in alcuni settori (la bioetica) in cui il ragionamento di tipo razionalistico è destinato per il momento a fallire» cfr. O. DI GIOVINE, *Dal costruttivismo al naturalismo interpretativo? Spunti di riflessione in materia penale*, in «Criminalia. Annuario di scienze penalistiche», 2012, p. 284; EAD., *Un diritto penale empatico?*, Giappichelli, Torino 2009 e, da ultimo, nell’ambito di un programma “ri-pensativo” delle categorie penalistiche – motivato anche dalla circostanza che «le emozioni sono divenute osservabili, addirittura “misurabili”» – EAD., *Ripensare il diritto penale attraverso le (neuro-)scienze?*, Giappichelli, Torino 2019, p. 35 ss..

<sup>19</sup> Così A. SARDO, *Emotivism is not Dead!*, in *L’arte della distinzione. Scritti per Riccardo Guastini*, vol. I, a cura di P. Chiassoni, P. Comanducci, G.B. Ratti, Marcial Pons, Madrid 2019, p. 343.

<sup>20</sup> Tipicamente ‘realista’, sul quale cfr. i riferimenti bibliografici in A. SARDO, *L’originalismo e la sfida del bilanciamento*, Marcial Pons, Madrid 2018, p. 232.

<sup>21</sup> M. TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale*, cit., p. 62. Anche se riferite alla fase commisurativa in senso stretto della pena, risultano ad ogni modo condivisibili le osservazioni di E. DOLCINI, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Cedam, Padova 1979, p. 66, secondo cui «se la commisurazione della pena è non soltanto libera, ma anzi opera di intuizione, i motivi su cui essa si fonda saranno inesprimibili».

<sup>22</sup> Per una critica alla tesi della natura cognitiva dell’attività giurisdizionale e sulla necessità di superare la contrapposizione ideologica tra razionalismo e irrazionalismo delle decisioni giudiziali, seguendo gli schemi esplicativi della logica ‘fuzzy’, cfr., per tutti, T. MAZZARESE,

relativamente, convenzionalmente corretti *pro tempore*<sup>23</sup> – ciò la dice lunga sulla possibilità di pervenire ad una più ampia condivisione e dunque ad un più ampio accordo sulle conseguenze – ad ogni modo indeterminate sotto il profilo della certezza del diritto intesa come ragionevole conoscibilità della norma penale e della ragionevole prevedibilità dell'esito giudiziario da parte di un uomo medio *eiusdem conditionis* anzitutto come limiti e vincoli all'attività giudiziale stessa e, soprattutto, sotto il profilo della conoscenza o conoscibilità del disvalore penale del fatto costitutivo di reato, nella sua dimensione negativa di errore di diritto inevitabile come limite stesso alla efficacia della norma giuridica penale<sup>24</sup> – che una simile proposta interpretativa comporta sul piano sistematico.

Da queste premesse deriva che, se in una prospettiva di stretto diritto positivo il criterio per stabilire quando comincia l'esecuzione non può che essere esclusivamente giuridico<sup>25</sup>, il principio naturalistico corrispondente al (e concretizzato nel) 'fattore tempo' non sembra possa essere seriamente preso in considerazione: in caso contrario, si valorizzerebbe un approccio metodologico in base al quale 'preparazione' ed 'esecuzione' sarebbero qualifiche naturali di un *quid* preesistente rispetto al diritto positivo, in qualche modo vincolanti l'autorità legislativa nel momento in cui predispone un reticolo normativo tale da disciplinare, appunto, la 'preparazione' o la 'esecuzione' del reato<sup>26</sup>, nel senso che (pre)esisterebbero

*Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, Giappichelli, Torino 1996, pp. 21 ss., 159 ss.; EAD., *Lógica borrosa y decisiones judiciales. El peligro de una falacia racionalista*, in EAD., *Lógica, derecho, derechos*, Editorial Fontamara, México 2012, pp. 125-127.

<sup>23</sup> Sul particolare significato di risultato interpretativo «corretto», in un contesto teorico per il quale la «base enunciativa» (sulla quale cfr. R. GUASTINI, *Produzione di norme a mezzo di norme*, in «Informatica e diritto», n. 11, 1985, pp. 8-9), più precisamente la «base legislativa pura», formata esclusivamente da enunciati di provenienza legislativa (così G.B. RATTI, *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, Giappichelli, Torino 2008, p. 234), è sempre suscettibile di essere interpretata in modi diversi, cfr. P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Il Mulino, Bologna 2019, capp. I, II; G.B. RATTI, A. DOLCETTI, *I disaccordi giuridici rivisitati*, in G.B. RATTI, *Studi sulla logica del diritto e della scienza giuridica*, Marcial Pons, Madrid 2013, pp. 153-159.

<sup>24</sup> Per questa rivalutazione della dimensione oggettiva dell'art. 5 c.p. anzitutto come limite della norma giuridica penale anziché come elemento di struttura della colpevolezza normativa cfr., per tutti, A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, ES, Napoli 2020, cap. II.

<sup>25</sup> B. PETROCELLI, *Il delitto tentato. Studi*, Cedam, Padova 1955, p. 120.

<sup>26</sup> In generale, sulla vincolatività della struttura ontologica del fatto nella disciplina del concorso di più persone nel medesimo reato, cfr. A.R. LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, Morano Editore, Pompei 1964, pp. 264-267. Per l'analisi degli argomenti interpretativi di tipo naturalistico cfr. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano 1980, pp. 378-380.

in natura momenti del ‘fatto’ realizzato dal concorso di persone – inteso qui come accadimento naturalistico oggetto di qualificazione giuridico-normativa – di per sé definibili come ‘preparatori’ o ‘esecutivi’ della violenza sessuale di gruppo, il cui significato verrebbe eventualmente filtrato secondo le determinazioni del linguaggio e del senso comune, a prescindere dal complesso di norme positivamente dettato in un particolare momento storico. L’obiettivo, piuttosto, è quello di ricostruire la disciplina ‘reale’ – tale non perché ‘autentica’ o ‘vera’ alla stregua di un modello naturalistico assoluto ma nel senso di norma, e dunque disciplina, ‘reale’ perché ricavata per via di interpretazione sistematica da tutte le disposizioni che convergono a qualificare un fatto, sia in positivo sia in negativo – di singoli istituti rilevanti per il diritto penale, solo se e nei limiti in cui l’ordinamento giuridico italiano ritiene meritevoli di tutela determinati interessi, in dipendenza funzionale rispetto alle modalità tipiche di lesione di volta in volta predisposte dall’autorità normativa<sup>27</sup>. Né, infine, sembra utile, sempre sul piano analitico-sistematico, evocare l’elemento delle ‘più persone riunite’ come requisito costitutivo di fattispecie per certificare di per sé l’esistenza di una fase esecutiva, dal momento che, così ragionando, sarebbe evidente la tautologia, dandosi in realtà per dimostrato ciò che occorre dimostrare: ossia l’incompatibilità logica che intercorre tra la partecipazione necessaria ai sensi dell’art. 609-*octies*, primo e secondo comma e l’attività preparatoria<sup>28</sup>.

### 3. *Il significato giuridico-normativo dell’inciso ‘preparazione o esecuzione’ del delitto di violenza sessuale di gruppo*

Se ragionare nell’ottica del concorso eventuale come modello di disciplina dell’attività di mera ‘preparazione’ del reato significa avvolgersi in una petizione

<sup>27</sup> Sull’illecito penale come illecito di modalità di lesione e sulla «giuridicità» di un interesse tutelato in funzione della struttura normativa della fattispecie di reato per come disciplinata dal singolo ordinamento giuridico cfr., rispettivamente, M. GALLO, *La teoria dell’azione «finalistica» nella più recente dottrina tedesca*, Giuffrè, Milano 1967, pp. 46-47; ID., *Sulla distinzione tra figura autonoma di reato e figura circostanziata*, in «Rivista italiana di diritto penale», 1949, pp. 563-564.

<sup>28</sup> Viceversa, nel senso della incompatibilità logica tra la partecipazione, da parte di più persone riunite, ad atti di violenza sessuale secondo l’art. 609-*octies*, primo e secondo comma e la condotta preparatoria, T. PADOVANI, *Commento all’art. 1, l. n. 66 del 1996*, cit., p. 418; Cass., Sez. III pen., 29 gennaio 2004, n. 3384, cit., par. 3.2., parla di «una incompatibilità logica tra il riferimento anche alla fase della “preparazione” e la configurazione della violenza di gruppo come una convergenza di condotte contestuali».



di principio perché trascura di dimostrare analiticamente l'incompatibilità logica tra il concorso necessario e la preparazione del delitto di violenza sessuale di gruppo, l'argomentazione tesa alla identificazione della struttura implicita del reato, che emerge da una ricognizione dei nessi significativi che legano le diverse disposizioni che contribuiscono a disegnare i confini della tutela penale<sup>29</sup>, non può che tenere conto dell'effettivo ambito applicativo del fatto di reato attraverso l'analisi delle relazioni sistematiche tra norme: si tratta, più esattamente, di quelle che predispongono il modello generale di disciplina del concorso di persone e l'ipotesi speciale di cui all'art. 609-*octies* nonché dei singoli frammenti di una medesima disposizione normativa in qualità di elementi costitutivi, necessari ma da soli non sufficienti per la giuridica rilevanza della figura complessa o, meglio, della fattispecie integrale<sup>30</sup> che qualifica, appunto, il delitto di violenza sessuale di gruppo.

La premessa, dunque, è che non esista una corrispondenza biunivoca tra la 'preparazione' o la 'esecuzione' per come ricavate implicitamente dal rinvio a principi naturalistici o sociali ricognitivi dell' 'essere' e la 'preparazione' o la 'esecuzione' del reato come elementi costitutivi strutturali di qualifiche giuridico-normative di un oggetto di qualificazione<sup>31</sup>, funzionali, tali qualifiche, all'applicazione di un certo tipo di disciplina e alla individuazione del 'dover essere' di un particolare accadimento. Se corrisponde alla tradizione storica, italiana e non<sup>32</sup>, che la distinzione tra atti preparatori e atti esecutivi è stata ampiamente approfondita a proposito dell'istituto del delitto tentato<sup>33</sup>, ciò non significa, anzitutto, che da una stessa formulazione linguistica possano trarsi le medesime considerazioni in punto di natura giuridica, collocazione dogmatica e, soprattutto, di struttura in relazione agli elementi costitutivi, oggettivi e soggettivi, positivi e negativi, di ciò che normativamente viene definito ora come 'preparazione' ora come 'esecuzione': la preparazione o l'esecuzione del reato come termini o sintagmi

<sup>29</sup> Praticamente in questi termini A. FIORELLA, *L'errore sugli elementi differenziali del reato*, Tipografica San Paolo, Tivoli 1979, p. 24.

<sup>30</sup> B. PETROCELLI, *Riesame degli elementi del reato*, in ID., *Saggi di diritto penale*, Cedam, Padova 1965, pp. 57-62. Sul punto v. anche A. PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Priulla Editore, Palermo 1960, pp. 120, 418 ss..

<sup>31</sup> Muove da premesse naturalistiche B. PETROCELLI, *Il delitto tentato*, cit., pp. 57-58, ad avviso del quale «Il legislatore può dare agli atti umani questo o quel regolamento giuridico; punire gli uni, non punire gli altri; trarre da ciascuno l'una piuttosto che l'altra conseguenza, ma non può modificare o sopprimere ciò che essi sono nella realtà. Può, in altri termini, sopprimere la distinzione di trattamento giuridico, non la distinzione che è nella natura delle cose».

<sup>32</sup> Sul punto, per tutti, S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, Giuffrè, Milano 2011.

<sup>33</sup> T. PADOVANI, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, Pisa University Press, Pisa 2014, p. 273.

che si rinvencono in determinate disposizioni del codice penale, come ad esempio in materia di concorso di più persone nella medesima offesa tipica secondo quanto dispone l'art. 114, primo comma – o, eventualmente, in particolari leggi penali 'speciali' ai sensi dell'art. 16 c.p. –, non necessariamente significano che il limite normativo di natura differenziale debba ricorrere alla presenza degli elementi costitutivi della idoneità e della direzione non equivoca degli atti, a meno che l'uguaglianza di significato e di trattamento giuridico, per determinate fattispecie di responsabilità penale, salvo controindicazioni normative, non rappresenti l'esito di un'attività interpretativa di tipo sistematico<sup>34</sup>, tale da conservare e garantire la coerenza dell'ordinamento giuridico nel suo complesso<sup>35</sup>. In altri termini, se da un lato la 'preparazione' e la 'esecuzione' del reato come oggetti di qualificazione e come elementi costitutivi di fattispecie rappresentano, storicamente, un frammento del più ampio e complesso argomento interpretativo legato alla struttura e alla funzione che nel sistema penale italiano assolve l'istituto del delitto tentato, dal punto di vista concettuale, più precisamente dal punto di vista giuridico-normativo e di stretto diritto positivo, è ben possibile sostenere come non esista alcuna relazione necessaria, e dunque esclusiva in termini di qualifiche normative, tra il delitto tentato e la condotta preparatoria o esecutiva di un *quid* penalmente rilevante – come tra l'altro emerge con particolare chiarezza dalle argomentazioni di coloro che hanno sostenuto, e tutt'ora sostengono, che l'attuale diritto penale italiano abbia segnato un passaggio ed un mutamento sostanziale di disciplina, non solo nominalistico, rispetto al codice Zanardelli<sup>36</sup>, nella definizione strutturale del delitto tentato – almeno laddove per relazione concettuale o necessaria s'intenda ogni relazione che intercorra tra due (o più) concetti, tale che uno di essi non possa essere definito senza fare ricorso all'altro (o agli altri)<sup>37</sup>: ogniquale volta in un documento legislativo compaia l'espressione 'preparazione' o 'esecuzione' del reato, non è detto che il senso da attribuire alle relative disposizioni debba essere dedotto in via inferenziale dalla norma

<sup>34</sup> Sulla idoneità e direzione non equivoca della condotta come requisiti di tipicità di tutte le fattispecie causalmente orientate cfr. M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, vol. I, Giappichelli, Torino 2014, pp. 288-290; M. RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Editore Tricceri, Torino 1979, pp. 252-259.

<sup>35</sup> G.B. RATTI, *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, cit., pp. 335-337.

<sup>36</sup> *Contra*, tra gli Autori più recenti, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano 2019, pp. 503-509 e, in giurisprudenza, Cass., Sez. I pen., 24 settembre 2008, n. 40058, par. 2, in «Cassazione penale», n. 9, 2009, p. 3359 ss., con nota di I. Giacona.

<sup>37</sup> Così R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, Giappichelli, Torino 2014, p. 22.

giuridica che disciplina il delitto tentato come sua conseguenza logica<sup>38</sup>.

Il dato normativo che conferma, o almeno sembrerebbe confermare, quanto sostenuto, cioè che la preparazione e l'esecuzione come termini o sintagmi che si rinvengono in particolari enunciati legislativi che disciplinano il concorso di più persone nel medesimo reato, sia dal punto di vista generale sia dal punto di vista speciale, è concettualmente differente dall'estensione delle qualifiche relative al delitto tentato, ruota attorno alla possibilità di definire di 'minima importanza' (anche) condotte costitutive del momento oggettivo di un'offesa penalmente rilevante identificative di una fattispecie di responsabilità per concorso o cooperazione in un delitto colposo, come si ricava sistematicamente dagli artt. 113 e 114, primo comma. La circostanza attenuante dell'opera di minima importanza nella preparazione o nella esecuzione del reato, in altre parole, presenta una struttura compatibile con la cooperazione di più persone nel delitto colposo, nel senso che nello schema regolativo previsto nella fattispecie circostanziata di cui all'art. 114, primo comma ricadono azioni od omissioni normativamente costitutive di illeciti colposi. Ora, a prescindere dalla più ampia questione relativa all'applicabilità della circostanza attenuante dell'opera concorsuale di minima importanza non solo ai delitti ma altresì alle contravvenzioni<sup>39</sup>, trattandosi a questo proposito di delitti colposi, se dal punto di vista naturalistico e del senso comune non sussistono ostacoli logici ad ipotizzare un tentativo in relazione a condotte inosservanti di una regola oggettiva di diligenza<sup>40</sup>, non altrettanto sembra potersi affermare dal punto di vista giuridico, sia perché nella proposizione linguistica contenuta nell'art. 56 mancherebbe la previsione espressa di una responsabilità colposa, secondo quanto dispone l'art. 42, secondo comma c.p.<sup>41</sup>, sia perché il requisito costitutivo della direzione non equivoca degli atti sarebbe strutturalmente incompatibile con l'elemento soggettivo dei delitti colposi<sup>42</sup> ex art. 43 c.p. In questo caso, la definizione dei concetti di preparazione e di esecuzione, seguendo le indicazioni relative al delitto tentato, non

<sup>38</sup> Sul significato di 'conseguenza logica' cfr. C.E. ALCHOURRÓN, E. BULYGIN, *Sistemi normativi. Introduzione alla metodologia della scienza giuridica*, a cura di P. Chiassoni, G.B. Ratti, Giappichelli, Torino 2005, p. 60 ss.

<sup>39</sup> Risultato interpretativo cui sembra possibile pervenire per via sistematica tenendo conto, tra l'altro, del significato ascrivibile al termine 'reato' che compare nell'enunciato legislativo. Così R.A. FROSALI, *Sistema penale italiano*, vol. III, UTET, Torino 1958, p. 138.

<sup>40</sup> Così M. SINISCALCO, *La struttura del delitto tentato*, Giuffrè, Milano 1981, pp. 189-195. *Contra*, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, Assago 2017, p. 435.

<sup>41</sup> M. SINISCALCO, *La struttura del delitto tentato*, cit., pp. 192-195.

<sup>42</sup> C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, UTET, Torino 2016, pp. 523-525; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano 2003, p. 529.

avrebbe senso alcuno: risulterebbe di conseguenza particolarmente difficile giustificare, dal punto di vista analitico, l'uguaglianza di significato tra la preparazione o l'esecuzione, quali termini o sintagmi che si rinvengono nella disciplina del concorso di persone nel reato e la preparazione o l'esecuzione come elementi costitutivi del delitto tentato solo sulla base di schemi concettuali che prendono in considerazione il mero collegamento storico-sociale che qualifica, appunto, la preparazione o l'esecuzione del reato, da un lato, e l'istituto del tentativo, dall'altro, praticamente sottoponendo la disposizione in esame ad una interpretazione disapplicativa.

Se pertanto nella disciplina generale del concorso di più persone nel reato 'preparazione' ed 'esecuzione' non possono rappresentare in prima battuta qualifiche normative di condotte, rispettivamente, non idonee e/o non dirette in modo non equivoco oppure idonee e dirette in modo non equivoco a commettere il delitto<sup>43</sup>, discorso analogo va svolto per le fattispecie di responsabilità penale per 'concorso necessario' di più persone nel medesimo reato che rappresentano, strutturalmente, norme speciali unilateralmente per specificazione o per aggiunta rispetto alla norma generale sul concorso eventuale di più persone nella medesima offesa tipica<sup>44</sup>: specialità unilaterale per specificazione o per aggiunta che implica logicamente una relazione particolarmente stretta tra le, sia pure diverse strutturalmente, fattispecie tipiche<sup>45</sup>.

Se queste sono le premesse sistematiche, l'interesse scientifico per la definizione dell'inciso legislativo 'preparazione o esecuzione del reato' nella disciplina generale del concorso di persone, e della preparazione o della esecuzione nel delitto di violenza sessuale di gruppo in particolare, non può che appuntarsi su un altro profilo normativo, dogmaticamente più plausibile e, prima ancora, analiticamente più opportuno, se non addirittura corretto<sup>46</sup> alla stregua del diritto positivo italiano, precisamente quello che insiste sulla relazione di tipicità e di atipicità, rispetto ad una particolare fattispecie monosoggettiva o plurisoggettiva necessaria, dell'atto o degli atti posti in essere da un soggetto giuridicamente qualificabile come 'concorrente'. La

<sup>43</sup> A meno che, e per le considerazioni che verranno sviluppate nel prosieguo, non si dia il caso di un concorso di più persone in un delitto tentato.

<sup>44</sup> A. PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, Giuffrè, Milano 1966, p. 15 ss.; Id., *Principi di diritto penale*, cit., p. 570 ss..

<sup>45</sup> Tanto che alla relazione di specialità in astratto unilateralmente per specificazione o per aggiunta tra norma generale e norma speciale sarebbe possibile riscontrare una «medesima materia» ai sensi dell'art. 15 c.p.. Sul punto cfr. G. DE FRANCESCO, *Lex specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, Giuffrè, Milano 1980, p. 54 ss., spec. p. 57.

<sup>46</sup> Sull'argomento della «pretesa di correttezza» cfr., in generale, R. ALEXY, *Elementi fondamentali di una teoria della duplice natura del diritto*, in «Ars Interpretandi», 2010, pp. 18-26.

tipicità andrebbe ovviamente intesa come corrispondenza al tipo<sup>47</sup> o, più esattamente, come corrispondenza di significati tra l'oggetto qualificato e la figura di qualificazione stessa, cioè come l'atto o gli atti che «danno luogo all'azione tipica, che realizzano il modello ipotizzato dal legislatore»<sup>48</sup>: di conseguenza, nelle fattispecie speciali di responsabilità penale per 'concorso necessario', proprio perché tra la norma generale sul concorso di più persone nel medesimo reato e le ipotesi legislative di concorso necessario intercorre una relazione di specialità unilaterale per specificazione o per aggiunta, che presuppone, in termini strettamente giuridici, una 'medesima materia'<sup>49</sup> e, *a fortiori*, salvo controindicazioni normative sistematicamente univoche, una 'medesima disciplina', ritorna il significato in precedenza ascrivito ai vocaboli corrispondenti nella sistematica generale del concorso di persone nel reato, cioè la dicotomia atto atipico-atto tipico rispetto ad una particolare fattispecie monosoggettiva o plurisoggettiva necessaria.

'Preparazione' ed 'esecuzione' del reato che, pertanto, nella disciplina italiana del concorso di più persone nella medesima offesa, alludono, rispettivamente, all'atto 'atipico' e all'atto 'tipico' ai sensi delle corrispondenti fattispecie monosoggettive o plurisoggettive necessarie.

L'atto preparatorio ricade in una sfera di liceità penale relativa, precisamente nell'ambito della norma generale di liceità penale<sup>50</sup> ricavata per via di interpretazione sistematica dagli artt. 1 c.p., 13, primo comma, 25, secondo comma Cost., e rappresentativa di una posizione giuridica in relazione alla quale la condotta attiva od omissiva viene regolata dal diritto penale italiano – perché oggetto di una specifica disciplina normativa<sup>51</sup>

<sup>47</sup> Cfr. F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, vol. II, *La struttura della fattispecie legale oggettiva*, Giuffrè, Milano 1950, p. 125 ss. nonché B. PETROCELLI, *Riesame degli elementi del reato*, cit., pp. 53-57.

<sup>48</sup> M. GALLO, *La teoria dell'azione «finalistica» nella più recente dottrina tedesca*, cit., p. 19.

<sup>49</sup> Di converso, secondo una particolare ricostruzione dogmatica, due elementi saranno 'diversi' quando «non trovandosi né in una relazione di identità, né in una relazione di *genus ad speciem*, siano da considerarsi «aggiuntivi» in ciascuna delle norme considerate»: G. DE FRANCESCO, *Lex specialis*, cit., p. 67.

<sup>50</sup> Viceversa, secondo C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Priulla Editore, Palermo 1952, p. 28, la condotta preparatoria rappresenterebbe il «nulla giuridico», sia pure nell'ambito di una impostazione teorica che identifica la c.d. accessorietà dell'atto originariamente atipico di partecipazione come la forma-base, se non addirittura esclusiva, per giustificare la disciplina italiana sul concorso di più persone nel medesimo reato. Contro l'esistenza di una norma generale di liceità v., ad esempio e limitatamente alla letteratura penalistica, F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Giappichelli, Torino 1957, p. 245.

<sup>51</sup> Per questo motivo non coincidente con ciò che in teoria generale del diritto prende il nome di permesso c.d. debole o negativo perché, come noto, al permesso c.d. debole o negativo non corrisponde una specifica qualificazione deontica di una determinata

–, che, *fuori* degli strumenti di nuova incriminazione di condotte non qualificate espressamente come tipiche rispetto alla disposizione di parte speciale considerata nella sua dimensione materiale di figura legale e sempre al di fuori dell'ambito applicativo di norme giuridiche convenzionalmente collocate nella cosiddetta parte generale del codice penale che svolgono la funzione di estendere l'intero ordinamento giuridico nel momento in cui entrano in relazione sistematica con gli enunciati linguistici di parte speciale creando così nuovi schemi di qualificazione<sup>52</sup>, si colloca, per così dire, al di sotto di una situazione di concorso tra norma penale incriminatrice e norma *extra*-penale permissiva: nel diritto positivo italiano il riferimento obbligato, ad ogni modo, è alla metanorma dell'art. 51 c.p.<sup>53</sup> con la prevalenza della seconda norma sulla prima – per effetto della quale la norma *extra*-penale permissiva diviene così un elemento negativo della norma penale incriminatrice. Condotta preparatoria, il più delle volte<sup>54</sup>, neanche impedibile, non costituendo, l'atto 'atipico', un illecito civile o amministrativo, più precisamente, non rappresentando, l'atto 'atipico', un elemento della più ampia fattispecie di responsabilità civile o amministrativa identificativa di un illecito civile o amministrativo<sup>55</sup>, in quanto tale non

---

condotta, riducendosi ad una situazione di assenza di divieti, più precisamente ad una lacuna normativa: C.E. ALCHOURRÓN, E. BULYGIN, *Sistemi normativi*, cit., pp. 157-159; E. BULYGIN, *Norme permissive e sistemi normativi*, in ID., *Norme, validità, sistemi normativi*, Giappichelli, Torino 1995, p. 181 ss.; F. POGGI, *Norme permissive*, Giappichelli, Torino 2005, p. 39 ss..

<sup>52</sup> 'Nuovi' schemi di qualificazione dal momento che la dimensione 'materiale' della norma giuridica non è identica a quella di nessun'altra norma appartenente allo stesso ordinamento giuridico (così E. BULYGIN, *Sentenza giudiziaria e creazione di diritto*, cit., p. 313).

<sup>53</sup> Qualora la condotta «atipica» costituisca l'oggetto di qualificazione deontica non già, o meglio, non solo della norma generale di liceità *penale* relativa (sulla quale cfr., da ultimo, M. TRAPANI, *Abrogatio. Lineamenti della validità temporale della norma giuridica*, Giappichelli, Torino 2019, pp. 135-141) quanto, piuttosto, di una norma *extra-penale* permissiva idonea, strutturalmente, ad entrare in relazione con una norma penale incriminatrice. Fondamentale sul punto A. SPENA, *Diritti e responsabilità penale*, Giuffrè, Milano 2008, pp. 109 ss., 145 ss., 182 ss..

<sup>54</sup> Sempre comunque al di fuori di meccanismi normativi di nuova incriminazione, come per l'appunto quello formalizzato agli artt. 110 ss..

<sup>55</sup> Se per 'atto giuridico' intendiamo l'atto sorretto da coscienza e volontà, coerentemente alla letteratura italiana sulla distinzione tra 'atto giuridico' e 'fatto giuridico' per come disciplinata ad esempio nel codice civile nella norma generale espressa di cui all'art. 1173 c.c. sulle fonti delle obbligazioni, il reato, secondo considerazioni di stretto diritto positivo, in seguito alla generalizzazione implicita del criterio differenziale di origine civilistica, non può che essere qualificato a sua volta come un atto giuridico. Sul punto cfr. F. CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, Cedam, Padova 1933, p. 27 ss.. *Contra*, R. PANNAIN, *La struttura del reato*, Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi, Milano 1958, pp. 1-3, spec. nota 1.

impedibile, nel senso che nessuno può (re)agire contro di esso in legittima difesa, proprio perché non costitutivo di una situazione giuridica a sua volta qualificabile come *contra ius* o *sine iure*.

Sembra pertanto che l'unico modo di offrire una giustificazione analitica, e sistematicamente coerente rispetto alle direttive implicitamente ricavabili dalla regolamentazione positiva del concorso di persone, all'attribuzione di significato all'inciso legislativo 'preparazione o esecuzione del reato' debba muovere sia dalla disciplina generale sul concorso di più persone in un'offesa tipica sia nel delitto di violenza sessuale di gruppo come fattispecie e norma speciale di responsabilità penale per concorso necessario. Con una puntualizzazione della massima rilevanza ai fini di una corretta ricostruzione sistematica del fenomeno in questione, e cioè l'assoluta importanza di enunciati normativi dalla funzione di nuova incriminazione, o incriminatrice *ex novo*, di condotte che, in un ordinamento giuridico vincolato al principio costituzionale di legalità formale dei reati e delle pene – che presuppone l'esistenza di una previa norma giuridica in grado di qualificare come obbligatoria o vietata una determinata condotta e dunque un determinato fatto umano<sup>56</sup> – non potrebbero essere sottoposte a pene appunto perché atipiche, cioè non corrispondenti ad un particolare modello di comportamento schematizzato in un enunciato linguistico appartenente al novero delle fonti formali del diritto penale italiano<sup>57</sup>.

Se dunque il significato dell'inciso 'preparazione o esecuzione' del delitto di violenza sessuale di gruppo, dal punto di vista sistematico, evoca la distinzione tra atto atipico e atto tipico, ne consegue anzitutto la necessità logica e, prima ancora, di stretto diritto positivo, di individuare il corrispondente atto tipico di fattispecie: attività interpretativa viceversa concettualmente connessa alla classificazione della fattispecie di reato, se a forma libera o a forma vincolata, soprattutto perché da tale sistemazione giuridica discendono, generalmente, effetti di particolare rilievo proprio in ordine alla identificazione dell'atto tipico, strutturalmente diverso nei reati a forma libera di mera condotta o ad evento naturalistico da un lato e nei reati a forma vincolata dall'altro, siano essi dolosi, preterintenzionali o colposi<sup>58</sup>.

<sup>56</sup> L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Editori Laterza, Bari-Roma 2011, p. 368 ss.; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, vol. I, Giuffrè, Milano 2001, p. 5 ss..

<sup>57</sup> Contro la funzione incriminatrice *ex novo* delle norme generali sul concorso di più persone in una medesima offesa tipica, ma con argomentazioni apodittiche, cfr. A. PECORARO-ALBANI, *Il concorso di più persone nel reato*, Giuffrè, Milano 1961, pp. 107-112.

<sup>58</sup> Per tutti, M. GALLO, *La teoria dell'azione «finalistica» nella più recente dottrina tedesca*, cit., p. 19 ss..

4. *La relazione sistematica di reciproca esclusione tra le fattispecie circostanziate disciplinate agli artt. 114 e 609-octies, quarto comma c.p.*

Si afferma comunemente che l'introduzione del quarto comma dell'art. 609-octies risponda, tra l'altro, all'esigenza di superare le difficoltà insite in quell'orientamento, ad oggi piuttosto diffuso soprattutto in giurisprudenza, secondo cui la circostanza attenuante comune dell'art. 114, primo comma non potrebbe applicarsi ai reati c.d. a concorso necessario perché la 'minima importanza' dell'opera prestata in concreto da taluno dei concorrenti sarebbe strutturalmente incompatibile con la valutazione astratta del *quantum* di pena riservato ai partecipi effettuata una volta per tutte dall'autorità legislativa nel momento in cui ha posto la norma penale incriminatrice<sup>59</sup>. Indipendentemente dal fatto che questa premessa possa essere del tutto condivisa, non v'è dubbio che le osservazioni di quanti sostengono che la disciplina della circostanza attenuante dell'opera di 'minima importanza' nella preparazione o nella esecuzione del delitto di violenza sessuale di gruppo avrebbe «ricalcato»<sup>60</sup>, riproponendo «quasi testualmente»<sup>61</sup> o addirittura «pedissequamente» la disposizione dell'art. 114<sup>62</sup>, con l'unica differenza legata alla natura obbligatoria della circostanza attenuante speciale ad effetto comune dell'art. 609-octies, quarto comma, rispondono ad una visione presistemica della realtà legislativa, poco analitica se non addirittura fuorviante sul piano applicativo.

A questo proposito, premesso che, normativamente e sul piano delle relazioni sistematiche tra norme, ha senso parlare di identità, specialità, interferenza e di eterogeneità tra fattispecie solo avuto riguardo alla 'norma reale' che qualifica un particolare reato, quale schema o modello tipico unitario di comportamento, per come ricavato dall'insieme delle

<sup>59</sup> Cfr. quanto riportato da G. MARINI, *Delitti contro la persona*, Giappichelli, Torino 1996, p. 340 nota 149. Sulla relazione di incompatibilità di cui al testo cfr. R.A. FROSALI, *Il concorso necessario di persone nel reato (reati plurisoggettivi)*, in *Scritti giuridici in onore di Alfredo De Marsico*, vol. I, Giuffrè, Milano 1960, p. 620; F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, vol. II, cit., p. 257; M. ROMANO, G. GRASSO, *Art. 114*, in M. ROMANO, G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, artt. 85-149, Giuffrè, Milano 2012, p. 245 e, in posizione particolare, A. DI MARTINO, *La pluralità soggettiva tipica. Una introduzione*, in «L'Indice penale», n. 1, 2001, pp. 183-184.

<sup>60</sup> B. ROMANO, *La violenza sessuale di gruppo*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, vol. XIV, *Reati contro la persona*, t. III, *Reati contro la libertà individuale*, a cura di B. Romano, Giuffrè, Milano 2016, p. 304.

<sup>61</sup> M.N. MASULLO, *Nuove prospettive (e nuovi problemi) nella tutela della libertà sessuale: la violenza di gruppo*, in «Cassazione penale», n. 10, 1997, p. 2922.

<sup>62</sup> M. DONINI, *Commento all'art. 609-octies c.p.*, cit., p. 777.



single disposizioni che convergono a qualificare un fatto e che diventano 'norma giuridica penale' solo in seguito ad una interpretazione sistematica che tenga conto delle valutazioni dell'ordinamento giuridico penale nel suo complesso<sup>63</sup>, risulta particolarmente evidente che tra la circostanza attenuante disciplinata all'art. 114, primo comma e l'art. 609-*octies*, quarto comma, sia pur qualificando entrambe le fattispecie come nucleo od elemento comune la 'minima importanza' dell'opera prestata in concreto da taluno dei concorrenti nella preparazione o nella esecuzione di un *quid* penalmente rilevante, intercorra un rapporto di reciproca esclusione, nel senso che l'integrazione del fatto disciplinato in una norma esclude la contestuale integrazione del fatto previsto dall'altra norma<sup>64</sup>. L'incompatibilità in questione discende sia dalla relazione di 'mutua esclusività' tra le modalità deontiche di 'potere' e 'dovere' previste rispettivamente agli artt. 114 e 609-*octies*, quarto comma, che qualificano le situazioni giuridiche del soggetto destinatario delle norme che disciplinano fattispecie circostanziate, cioè l'autorità giudiziale, sia dal rapporto di specialità in astratto che intercorrerebbe tra le due norme nel momento in cui si avanzasse l'ipotesi, ad oggi minoritaria e motivata da argomentazioni estremamente eterogenee, della inesistenza, dal punto di vista del diritto positivo italiano, di circostanze discrezionali<sup>65</sup> contrapposte alle c.d. circostanze obbligatorie, visto che tutte le circostanze sarebbero caratterizzate da un momento di 'doverosità' applicativa che contraddistinguerebbe la situazione giuridica soggettiva dell'autorità giudiziale: in questo senso, analizzando i due enunciati legislativi nella loro dimensione statica, la relazione di specialità in astratto vedrebbe addirittura l'art. 114 come norma speciale unilateralmente per aggiunta rispetto alla norma generale espressa dell'art. 609-*octies*, quarto comma perché sul nucleo comune rappresentato

<sup>63</sup> Fondamentale sul punto M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Giuffrè, Milano 1951, p. 18 nonché P. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Priulla Editore, Palermo 1947, cap. I; R.A. FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, Giuffrè, Milano 1971, pp. 370-371.

<sup>64</sup> In generale, R.A. FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., pp. 761-762; F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Zanichelli, Bologna 1966, p. 223; M. SINISCALCO, *Il concorso apparente di norme nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano 1961, pp. 14, 192-193.

<sup>65</sup> Sulla esistenza di una situazione giuridica soggettiva di 'dovere', dietro le formule legislative che disciplinano le circostanze c.d. discrezionali, cfr., sin da subito, G. BELLAVISTA, *Il potere discrezionale del Giudice nell'applicazione della pena*, Fratelli Bocca Editori, Milano 1939, pp. 27, 37; F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, vol. I, *Nozione e aspetti costituzionali*, Giuffrè, Milano 1965, p. 117 ss.; F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., pp. 158-179.

dal contributo concorsuale di minima importanza nella preparazione o nella esecuzione di un *quid* penalmente rilevante, il primo enunciato legislativo amplierebbe l'ambito strutturale di fattispecie includendo anzitutto quella manifestazione dell'offesa che ricade formalmente nella disciplina delle contravvenzioni, non limitato quindi solamente ai delitti come invece predispone la regolamentazione di cui all'art. 609-*octies*, disciplinando inoltre anche le fattispecie di responsabilità penale costitutive di un concorso di più persone in un delitto colposo o in una contravvenzione colposa, come si ricava da una interpretazione sistematica degli artt. 110, 113 e 114.

Ora, se dal punto di vista teorico-generale è possibile sostenere che due norme non sono identiche, nel senso che non si tratta della medesima norma giuridica, se la dimensione 'materiale' della norma, avente cioè come contenuto un 'dover essere' riferito ad un comportamento umano<sup>66</sup>, non è identica a quella di nessun'altra norma appartenente allo stesso ordinamento giuridico<sup>67</sup>, se, in altri termini, determinati casi<sup>68</sup> rientrano nel campo di qualificazione di una norma e non in quello di un'altra norma giuridica<sup>69</sup>, questo significa che le due fattispecie costitutive di circostanze attenuanti ad effetto comune di cui agli artt. 114 e 609-*octies*, quarto comma, non sono per l'appunto identiche o simili, l'una non ricalcando pedissequamente l'altra con semplici varianti linguistiche. Analogo discorso dal punto di vista del diritto positivo italiano: anche se presentano un nucleo comune che identifica – o potrebbe identificare – concettualmente una 'medesima materia' sulla quale convergono le due proposizioni linguistiche, ad una valutazione complessiva delle basi legislative cui è possibile pervenire in seguito all'assessamento interpretativo del sistema giuridico<sup>70</sup>, la norma generale e la norma speciale sono, appunto, diverse, sia perché l'elemento specializzante funziona da requisito negativo implicito della norma generale, il cui effetto principale risiede nel conferire alle relative fattispecie e ai relativi fatti una struttura e dunque un significato diverso da quello ricavabile da una interpretazione *prima facie* delle basi enunciative<sup>71</sup>, nel senso che la fattispecie oggettiva e l'elemento soggettivo del 'fatto generale'

<sup>66</sup> M. TRAPANI, *Abrogatio*, cit., p. 42 con ampi riferimenti bibliografici ad Hans Kelsen.

<sup>67</sup> E. BULYGIN, *Sentenza giudiziaria e creazione di diritto*, cit., p. 313.

<sup>68</sup> Sul significato giuridico di «casi» cfr. C.E. ALCHOURRÓN, E. BULYGIN, *Sistemi normativi*, cit., p. 25 ss..

<sup>69</sup> Così E. BULYGIN, *Tiempo y validez*, in C.E. ALCHOURRÓN, E. BULYGIN, *Análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991, p. 213.

<sup>70</sup> R.A. FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., pp. 370-371.

<sup>71</sup> In generale, E. DICHIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Giappichelli, Torino 1999, p. 345 ss..

presentano una struttura necessariamente diversa dalla fattispecie oggettiva e dall'elemento soggettivo costitutivi del 'fatto speciale'<sup>72</sup>, di modo che, come giustamente rilevato, non sarebbe appropriato parlare di un concorso, sia pure apparente, – e dunque di potenziale antinomia<sup>73</sup> – tra norma generale e norma speciale<sup>74</sup> dal momento che le due norme 'occupano' spazi giuridici diversi *contestualmente* escludenti proprio per la presenza dell'elemento negativo quale limite alla validità in senso lato delle norme<sup>75</sup>, sia perché, sul piano della portata effettiva, la norma generale è essa stessa una norma speciale, nel senso che regola specificamente quella cerchia di fatti che risultano dalla sottrazione dal campo del *genus* della specie di fatti indicata in altra norma<sup>76</sup>. Se pertanto il linguaggio di una legge non è soltanto la forma di un contenuto normativo, ma è il contenuto, nel senso che ogni mutamento linguistico implica un mutamento anche nel merito della disposizione<sup>77</sup>, qualunque affermazione dogmatica che, in un modo o nell'altro, insista sulla similitudine tra le due norme rischia di risultare apodittica, non sussistendo, neanche lontanamente, un fenomeno legislativo paragonabile quantomeno alla c.d. ripetizione normativa, parziale o totale che sia.

##### 5. *Disposizioni generali di disciplina, concorso 'eventuale' e concorso 'necessario' di più persone nel medesimo reato*

Se dunque nella sistematica del concorso di più persone nel medesimo reato alla condotta preparatoria corrisponde un preciso significato giuridico, precisamente quello di comportamento 'originariamente atipico' rispetto alla struttura linguistica della proposizione di parte speciale che qualifica

<sup>72</sup> M. TRAPANI, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, cit., p. 220 ss.. *Contra*, G. DE FRANCESCO, *Strutture normative e dinamiche dell'errore nello specchio degli elementi differenziali del reato*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. II, Jovene, Napoli 2011, p. 857 ss..

<sup>73</sup> L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, *Teoria del diritto*, Editori Laterza, Bari 2012, p. 72. In posizione particolare, R.A. FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., pp. 370-371.

<sup>74</sup> G. NEPPI MODONA, *Manifestazioni e radunata sediziosa: concorso di reati o concorso apparente di norme*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1963, p. 883 nonché M. BOSCARRELLI, *Compendio di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano 1980, pp. 240-241.

<sup>75</sup> P. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, cit., p. 30.

<sup>76</sup> Così A. FIORELLA, *L'errore sugli elementi differenziali del reato*, cit., pp. 29-30.

<sup>77</sup> Testualmente, U. SCARPELLI, *Considerazioni conclusive*, in *Nomografia. Linguaggio e redazione delle leggi*, a cura di P. Di Lucia, Giuffrè, Milano 1995, p. 80.

una fattispecie monosoggettiva o plurisoggettiva necessaria di responsabilità penale, non sembra di conseguenza sussistere alcuna preclusione nell'ipotizzare una condotta per l'appunto preparatoria posta in essere da un soggetto qualificabile come concorrente necessario nel più ampio contesto del delitto di violenza sessuale di gruppo; concorrente *necessario*, perché riunito nel medesimo contesto spazio-temporale ad altro o ad altri soggetti partecipi, con la contestualità che diviene elemento costitutivo differenziale della specifica illiceità penale della fattispecie in questione; *condotta preparatoria*, perché 'atipica' rispetto al corrispondente atto tipico del delitto di violenza sessuale per come richiamato tramite rinvio esplicito dall'art. 609-*octies*, primo comma.

Non risultano quindi convincenti quegli orientamenti giurisprudenziali che, di converso, limitano il concetto stesso di 'concorrente necessario' di cui all'art. 609-*octies*, primo comma al solo soggetto attivo che opera materialmente o moralmente nella sola fase esecutiva in senso stretto, riconducendo l'atto preparatorio disciplinato al quarto comma nell'ambito di una condotta posta in essere solo ed esclusivamente da un concorrente eventuale, sottoponendo così le disposizioni menzionate ad una interpretazione disapplicativa di ciò che 'realmente' è possibile dedurre da una lettura analitica e sistematica dell'intera disciplina del concorso di più persone nella medesima offesa tipica.

Una volta riconosciuto infatti come non sussista alcun ostacolo di stretto diritto positivo alla qualificazione della condotta concorsuale preparatoria come atipica rispetto alle corrispondenti fattispecie-base di parte speciale nonché alla possibilità di definire di 'minima importanza'<sup>78</sup> l'opera prestata da un soggetto concorrente necessario nel delitto di violenza sessuale di gruppo, vengono a questo proposito in evidenza due questioni interpretative che, sia pure correlate dal punto di vista sistematico, rimangono ad ogni modo concettualmente autonome, non dipendendo l'una dall'altra: in primo luogo, l'interrogativo se le norme che disciplinano generalmente il concorso di più persone nel medesimo reato siano applicabili anche alle c.d. fattispecie plurisoggettive; in secondo luogo, l'argomento interpretativo ad avviso del quale se nel fatto di reato concorre eventualmente un soggetto

---

<sup>78</sup> Sul piano generale, l'art. 114, primo comma anziché guardare (solo ed in via implicita) ad un contributo che incide sull'*an* dell'illecito e cioè sulle condizioni in presenza delle quali una condotta «originariamente atipica» assume rilevanza ai sensi degli artt. 110 ss., dispone piuttosto la propria efficacia in relazione alle concrete modalità dell'offesa posta in essere: M. GALLO, *Le forme del reato*, CLUT, Torino 1974, pp. 132-133. Da ciò discende, per altra via, che l'art. 114, primo comma è una norma speciale per specificazione rispetto all'art. 133, primo comma, n. 1, c.p..

strutturalmente<sup>79</sup> diverso dai concorrenti necessari, al primo dovrebbe applicarsi la disciplina generale del concorso di più persone nel medesimo reato e non le disposizioni speciali che predispongono una particolare regolamentazione dei reati c.d. plurisoggettivi.

Ora, alla prima domanda sembra potersi rispondere in senso affermativo sia per ragioni di uguaglianza di trattamento tra situazioni sostanzialmente identiche sia perché la disciplina prevista dagli artt. 110-119 c.p. definisce, in generale, il concorso di più persone nel medesimo reato nelle sue molteplici forme di manifestazione<sup>80</sup>. Pur con tutte le particolarità di fattispecie oggettiva e di elemento soggettivo connesse alla natura delle norme che predispongono ipotesi speciali di responsabilità penale per concorso necessario, sul piano formale della definizione di 'soggetto attivo' del reato, il concorrente eventuale non si distingue qualitativamente dal concorrente necessario, essendo entrambi giuridicamente qualificabili come 'concorrenti' nel medesimo reato e dunque come elementi specializzanti che definiscono le relative fattispecie di responsabilità penale e civile da reato<sup>81</sup> in termini di offese o illeciti realizzati dal concorso di più persone: non possono quindi ipotizzarsi ingiustificate disparità di trattamento tra situazioni sostanzialmente omogenee sia nella predisposizione di basi enunciative da parte dell'autorità legislativa competente, poi oggetto di interpretazione, sia nella fase strettamente applicativa-giurisdizionale del diritto stesso, salvo eventualmente il limite implicito<sup>82</sup> di ragionevolezza della diversa disciplina normativa, a nulla rilevando, viceversa, classificazioni dogmatiche che distinguono qualitativamente i concorrenti nel medesimo reato ora come 'autori' ora come 'partecipi'<sup>83</sup>. Se infatti la condotta del concorrente eventuale che non si comporta nel modo precisato da una fattispecie monosoggettiva o plurisoggettiva necessaria è formalmente o, meglio, semanticamente 'atipica' ai sensi delle disposizioni incriminatrici

<sup>79</sup> In generale sulla posizione del soggetto nella disciplina giuridica cfr. A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Giuffrè, Milano 1939, p. 39 ss..

<sup>80</sup> A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 572.

<sup>81</sup> Con tutto ciò che ne consegue sul piano della disciplina applicabile, in primo luogo anzitutto quella che regola la responsabilità solidale dei soggetti obbligati al risarcimento del danno causalmente collegato ad un medesimo fatto costitutivo di reato. Sugli effetti che discendono dall'esistenza di un'obbligazione civile per responsabilità solidale da fatto illecito, cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. IV, *Le obbligazioni*, Giuffrè, Milano 2019, p. 692 ss.; ID., *Diritto civile*, vol. V, *La responsabilità*, Giuffrè, Milano 2018, p. 648 ss..

<sup>82</sup> M. BARBERIS, *Eguaglianza, ragionevolezza e diritti*, in «Rivista di filosofia del diritto», n. 1, 2013, p. 191 ss..

<sup>83</sup> Sui diversi riferimenti definitivi dei vocaboli di cui al testo cfr. S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Giuffrè, Milano 1987, p. 2 ss..

di parte speciale, 'atipica' non è se riferita alla 'tipicità plurisoggettiva' (eventuale) ossia alla 'tipicità' ricavata dalla sintesi tra una delle disposizioni incriminatrici di parte speciale e le disposizioni di cui agli artt. 110 ss.<sup>84</sup>; ciò significa, allora, che tutti i soggetti attivi, in quanto punibili, devono considerarsi, di converso, concorrenti o autori tutti dell'offesa realizzata *hic et nunc*, non potendo far discendere dalle proposizioni linguistiche che regolano il fenomeno normativo del concorso di persone nel reato effetti di disciplina sull'*an* e sul *quantum* di responsabilità che trovano la loro fonte in una distinzione meramente concettuale, quella appunto tra autori e partecipi, estranea al sistema penale italiano attualmente vigente, perché non oggetto specificamente di espressa qualificazione in tal senso<sup>85</sup>.

Viceversa, la seconda questione – quella cioè che investe l'interrogativo se nel fatto costitutivo di reato concorra eventualmente un soggetto strutturalmente diverso dai concorrenti necessari, in quanto ponga in essere una condotta 'originariamente atipica' rispetto alla fattispecie di responsabilità per concorso necessario, al primo debba applicarsi la disciplina generale del concorso di più persone nel medesimo reato e non le disposizioni speciali che predispongono una particolare regolamentazione dei reati c.d. plurisoggettivi – rileva laddove da singolari ricostruzioni dogmatiche possano discendere, e di fatto discendono<sup>86</sup>, differenti conseguenze in punto di interpretazione e applicazione giudiziale del diritto in generale e di interpretazione e applicazione giudiziale del delitto di violenza sessuale di gruppo, in particolare.

Lasciano infatti assai perplessi, dal punto di vista di una corretta impostazione sistematica, alcuni risultati interpretativi che giungono a diversificare la posizione del concorrente eventuale rispetto al c.d. necessario anche, e soprattutto, sul piano della disciplina applicabile, specialmente per quanto riguarda la circostanza attenuante dell'opera concorsuale di minima importanza nella preparazione o nell'esecuzione del reato. Disuguaglianze di trattamento ancora una volta non ragionevolmente giustificabili alla stregua del diritto costituzionale italiano e smentite tra l'altro già sul piano

<sup>84</sup> Così R. DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Giuffrè, Milano 1956, p. 78.

<sup>85</sup> *Contra*, G. BETTIOL, *I lineamenti dell'istituto del concorso di più persone nel reato, secondo il nuovo codice penale italiano*, in ID., *Scritti giuridici*, vol. I, Cedam, Padova 1966, p. 32 ss.; C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, cit., pp. 25 ss., 100 ss.; S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, cit., p. 12.

<sup>86</sup> Laddove vi sia un accordo intenzionale o anche non-intenzionale tra dottrina e giurisprudenza: sul punto cfr. per tutti G.B. RATTI, *Norme, principi e logica*, Aracne Editrice, Roma 2009, p. 203 ss..

logico delle relazioni tra norme e più in generale tra discipline legislative, precisamente sul piano della specialità in astratto, e dal concetto stesso di 'fattispecie', che non può ridursi agli elementi verbali di una singola disposizione, consistendo invece nel significato di tutte le proposizioni normative che regolano il contenuto di un certo fatto giuridico<sup>87</sup>.

In questo senso, ad esempio, porsi la questione se rispetto al concorrente eventuale con 'partecipazione minima' sussista l'incongrua alternativa di non applicare la circostanza attenuante dell'art. 114, primo comma, allorché il concorso eventuale sia di cinque o più persone – stante l'incompatibilità in astratto che si ricava dagli artt. 112 e 114, secondo comma<sup>88</sup> – con l'irragionevole discriminazione, si sostiene, nei suoi confronti, rispetto al concorrente necessario, che può invece beneficiare dell'analoga attenuante dell'art. 609-*octies*, quarto comma<sup>89</sup>, senza confrontarsi con la teoria delle relazioni tra norme – e dunque tra discipline – e con il concetto stesso di fattispecie, significa ancora una volta muovere da una visione pre-sistematica dei documenti legislativi, per sua natura assolutamente parziale e produttiva di conseguenze giuridiche irragionevoli e per questo 'ingiuste' alla stregua del diritto positivo italiano, che un assestamento complessivo di tutte quante le disposizioni che convergono a qualificare un fatto costitutivo di violenza sessuale di gruppo non produce affatto. Se alla fattispecie di responsabilità penale è possibile pervenire solo analizzando l'intero sistema normativo di riferimento, il concorrente eventuale nel delitto di violenza sessuale di gruppo la cui opera sia stata, in concreto ed oggettivamente, di 'minima importanza' vedrà qualificata la propria condotta alla stregua solo ed esclusivamente dell'art. 609-*octies*, quarto comma: dalla combinazione dell'art. 110 con la singola norma c.d. di parte speciale si ricava infatti una nuova fattispecie di reato, in questo caso strutturalmente speciale rispetto alla norma generale di cui all'art. 110 e a quella che qualifica la violenza sessuale di gruppo, a sua volta speciale rispetto all'art. 110.

Sul piano giuridico del concorso di più persone nel medesimo reato, infatti, esiste una progressione strutturale tra norme e tra fattispecie in cui l'art. 110 rappresenta il modello generale di responsabilità penale, cioè una forma di manifestazione generale di un'offesa tipica-base di regola formulata utilizzando proprietà semantiche che descrivono l'esecuzione in modalità monosoggettiva, precisamente come lesione giuridica che si verifica *in concreto* dal concorso di più persone; le singole disposizioni di parte speciale

<sup>87</sup> Così A. PAGLIARO, *Il fatto di reato*, cit., p. 63.

<sup>88</sup> Sul punto cfr. I. CARACCIOLI, *Partecipazione di minima importanza e numero dei concorrenti*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1965, p. 1044.

<sup>89</sup> In questi termini, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, cit., p. 452.

che qualificano un'offesa realizzata da più persone come titolo autonomo di imputazione e cioè come ipotesi speciale di concorso di più soggetti attivi in un medesimo reato<sup>90</sup>; infine, le fattispecie implicite di responsabilità penale di terzo grado, perché originano dalla combinazione sistematica delle disposizioni generali di cui agli artt. 110 ss. con le singole ipotesi di parte speciale anche di natura plurisoggettiva, a loro volta speciali, per specificazione e/o per aggiunta, proprio per la presenza dell'elemento differenziale del numero di soggetti qualificati o qualificabili come concorrenti nel medesimo reato<sup>91</sup>. Progressione strutturale fondata sulla specialità in astratto che non significa altro, sul piano sistematico, che contestuale incompatibilità tra norme e tra fattispecie, nel senso che, verificatosi il fatto speciale di reato al completo dei suoi requisiti costitutivi oggettivi e soggettivi, il fatto generale di reato non viene nemmeno a giuridica esistenza, unica essendo la norma violata in funzione dell'applicazione di un certo tipo di disciplina<sup>92</sup>; specialità dunque che esclude, come visto in precedenza, un concorso, sia pure apparente, tra norme e discipline.

Fermo restando che, qualora il legislatore nella disposizione normativa non indichi il numero massimo di soggetti concorrenti nel medesimo reato, la soluzione più ragionevole sul piano sanzionatorio sia quella di escludere<sup>93</sup> la rilevanza e dunque l'applicazione dell'art. 112, primo comma, n. 1 — non solo per ragioni teleologiche che stanno dietro alla *ratio* della circostanza aggravante del numero delle persone quanto, piuttosto, da esigenze di struttura collegate alla clausola negativa espressa contenuta nell'art. 112, primo comma, n. 1 — se l'integrazione del fatto costitutivo della norma speciale è incompatibile con la contemporanea integrazione del fatto previsto dalla norma generale<sup>94</sup>, ciò significa che nelle ipotesi in

<sup>90</sup> Reato plurisoggettivo da intendere, precisamente, come «fattispecie penale in cui una pluralità di soggetti attivi è, per la sua consumazione, costitutiva ai sensi della norma madre, indipendentemente dal suo integrarsi con gli artt. 110 del cod. pen., e connessi»: così R.A. FROSALI, *Sistema penale italiano*, vol. III, cit., p. 164 (corsivi originali).

<sup>91</sup> Elemento differenziale che non si basa solo ed esclusivamente sul dato formale del soggetto attivo, cioè del concorrente eventuale come elemento specializzante aggiuntivo, quanto, piuttosto, sulla natura giuridica del contributo concorsuale, strutturalmente diverso da quello positivizzato linguisticamente per 'note interne' per i concorrenti c.d. necessari.

<sup>92</sup> R.A. FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., p. 370; M. TRAPANI, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, cit., p. 260 sia pur seguendo argomentazioni non del tutto coincidenti.

<sup>93</sup> *Contra*, M. DONINI, *Commento all'art. 609-octies c.p.*, cit., p. 788. In generale, sul punto, cfr. G. NEPI MODONA, *Reato plurisoggettivo e aggravante del numero delle persone*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1966, pp. 1354-1355.

<sup>94</sup> R.A. FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., pp. 761-762; M. TRAPANI, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, cit., p. 227.



cui un soggetto, non contestualmente riunito, concorra eventualmente, con opera di 'minima importanza', nel delitto di violenza sessuale di gruppo, l'unica disciplina a venire in rilievo sul piano del diritto positivo italiano sarà solo quella posta dall'art. 609-*octies*, quarto comma, con tutto ciò che ne consegue in ordine alle conseguenze giuridiche della disciplina speciale stessa, prima fra tutte l'obbligatoria applicazione giudiziale della circostanza attenuante in questione.

Se, infatti, la struttura condizionale della proposizione linguistica come forma logica-base della norma giuridica<sup>95</sup> — che non esclude affatto la possibilità di ipotizzarne una funzione imperativa qualora ciò discenda dalla concreta regolamentazione di un particolare ordinamento giuridico<sup>96</sup> — pone in relazione la fattispecie condizionante con gli effetti condizionati, nel senso che ad ogni fattispecie seguono logicamente determinati effetti giuridici, se ne ricava anzitutto che la specialità può riguardare non solo la fattispecie quanto piuttosto, e soprattutto, la disciplina applicabile: ad una relazione di specialità in astratto tra fatti costitutivi di reato corrisponde o, meglio, può corrispondere, in altri termini, una relazione di specialità in astratto tra enunciati linguistici che predispongono le discipline applicabili, compresi, inoltre, profili di specialità tra sanzioni<sup>97</sup> della stessa o di diversa natura giuridica, se non addirittura tra giurisdizioni e dunque tra norme sostanziali e processuali<sup>98</sup>. 'Disciplina' da intendere in questo caso come regolamentazione degli effetti di un fatto già normativamente qualificato

<sup>95</sup> G. PINO, *Teoria analitica del diritto*, vol. I, *La norma giuridica*, Edizioni ETS, Pisa 2018, pp. 49-57.

<sup>96</sup> Sulla norma penale come imperativo, più precisamente come struttura proposizionale idonea a funzionare da comando, argomentando da una interpretazione del diritto positivo italiano e non già da considerazioni di teoria generale cfr., per tutti, M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, cit., p. 132; ID., *Il dolo. Oggetto e accertamento*, in «Studi Urbinati», XX, 1951-1952, pp. 257-258; ID., *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., 2014, pp. 7-14. *Contra*, A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, cit., cap. II; A. PAGLIARO, *Il fatto di reato*, cit., pp. 16 nota 16, 18-19.

<sup>97</sup> P. PISA, *Le pene accessorie. Problemi e prospettive*, Giuffrè, Milano 1984, p. 155 ss..

<sup>98</sup> Basti a questo proposito pensare ai particolari profili che emergono nel giudizio di rinvio in seguito ad annullamento della sentenza penale ai soli effetti civili (art. 622 c.p.p.): in questo caso, su una medesima materia, precisamente sul risarcimento del danno patrimoniale e/o non patrimoniale da reato, come autonoma fattispecie di illecito civile rispetto all'art. 2043 c.c. (così, autorevolmente, M. GALLO, *Mancanza di querela e risarcimento dei danni morali*, in «Giurisprudenza italiana», I, 1948, p. 504), si pone il quesito se nel giudizio di rinvio debbano applicarsi le regole processuali, sostanziali e probatorie del sistema penale o civile: sul punto cfr. G. CANZIO, G. IADECOLA, *Annullamento della sentenza penale ai soli effetti civili: quale giudice e quali regole di giudizio in sede di rinvio?*, in «Sistema penale», 20 aprile 2020.

e specificato dal concorso di più persone<sup>99</sup>. Senza contare, oltretutto, che diversificare la posizione giuridica del concorrente eventuale sul piano della disciplina applicabile di una stessa circostanza attenuante non può che implicare, logicamente, l'estraneità del primo soggetto attivo dalla struttura della medesima fattispecie in cui concorrono i soggetti attivi c.d. necessari, dovendosi così presupporre, per coerenza, l'esistenza di almeno due fattispecie di reato ben distinte, contro le precise indicazioni sulla unicità del medesimo fatto costitutivo di reato che discendono dalle norme sul concorso di più persone in un'offesa tipica. Basti a questo proposito pensare, come esempio paradigmatico di una massima disparità di trattamento tra due condotte oggettivamente da qualificare di minima importanza e pertanto della irragionevolezza cui potrebbe portare tale approccio metodologico sul piano strettamente sanzionatorio, ad un concorrente eventuale in un delitto di violenza sessuale di gruppo realizzato da cinque o più persone, il cui contributo morale<sup>100</sup> di minima importanza si rivolga ad una condotta di un concorrente necessario, a sua volta da qualificare di minima importanza: al primo non potrebbe applicarsi la circostanza attenuante di cui all'art. 114, primo comma stante l'incompatibilità in astratto che discende dagli artt. 112, primo comma, n. 1 e 114, secondo comma mentre nessuna preclusione in tal senso sussisterebbe per il secondo concorrente, questa volta necessario, in relazione a quanto dispone, per contro, l'art. 609-*octies*, quarto comma, finendo così per trattare più gravemente una situazione che, almeno sul piano oggettivo della sola gravità del reato, come ipotesi normativamente speciale per specificazione rispetto all'art. 133, primo comma, n. 1, sembrerebbe quantomeno omogenea, appunto, alla condotta di un concorrente contestualmente riunito ad altro o ad altri soggetti attivi del delitto di violenza sessuale di gruppo, e anch'essa di minima importanza.

In definitiva, se questi sono i risultati interpretativi preferibili sulla base delle indicazioni offerte dalla sistematica del fenomeno normativo del concorso di più persone nel medesimo reato, nonché da una concretizzazione<sup>101</sup> dei

---

<sup>99</sup> Sulle relazioni tra norme di fattispecie e norme di disciplina e sulla possibilità che le seconde possano funzionare contestualmente da norme di struttura di un fatto costitutivo di reato circostanziato (in senso lato) dalla presenza di più soggetti, rimangono fondamentali le osservazioni di M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Giuffrè, Milano 1957, p. 7 ss..

<sup>100</sup> Sulla possibilità di applicare l'art. 114 anche alle ipotesi di concorso c.d. morale cfr. V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. II, a cura di G.D. Pisapia, UTET, Torino 1985, p. 604.

<sup>101</sup> «Concretizzazione» da intendere, sul piano logico, come attività di applicazione del principio prescelto; concretizzare un principio consiste precisamente nel ricavare da esso una regola: così R. GUASTINI, *Saggi scettici sull'interpretazione*, Giappichelli, Torino 2017, pp. 100-101.

principi di ragionevolezza da un lato e di conservazione del materiale giuridico dall'altro, si deve concludere nel senso che, anzitutto, nella fattispecie di responsabilità penale per violenza sessuale di gruppo, per come descritta nell'art. 609-*octies*, 'preparazione» ed 'esecuzione' del reato, lungi dal presentare un collegamento ineliminabile con l'istituto del tentativo di delitto, fanno riferimento, rispettivamente, ad un atto atipico e tipico, nel senso che si è cercato di chiarire a proposito della struttura della circostanza attenuante dell'opera di minima importanza disciplinata al quarto comma dell'art. 609-*octies*, tenuto conto anche delle relazioni con l'art. 114; inoltre, tutte le volte in cui rilevino casi di c.d. concorso eventuale in una violenza sessuale di gruppo, per ragioni di specialità in astratto tra fattispecie e, soprattutto, tra effetti di disciplina, prevarranno solo ed esclusivamente quelle disposizioni che dettano una regolamentazione per l'appunto di natura speciale-derogatoria.