

Giuseppe Speciale

## **Il can. 2209 del *Codex iuris canonici* del 1917: appunti sulla disciplina del concorso di persone nel reato dal *ius commune* ai codici**

SOMMARIO: 1. Premesse ordinarie - 2. Il lascito della tradizione: estratti dall'ipertesto del *ius commune*. 3. L'irrompere della codificazione - 4. Il canone 2209 del *Codex Iuris Canonici* del 1917 - 5. Il concorso nel *Codex* del 1983, nel *Codex Canonum ecclesiarum orientalium*, nel Codice Rocco - 6. Determinatezza della norma penale. Principio ingombrante? Preoccupazione "eccessiva"? Qualche suggerimento dai progetti di riforma (ad oggi non realizzata) del legislatore italiano del '900 - 7. Il canone 2209: equilibrio tra tradizione e rivoluzione (codificatoria).

ABSTRACT: The evolution of penal laws about conspiracy, complicity and involvement from the age of *ius commune* until nowadays in civil law and in canon law, with a focus on the rules of Italy's penal codes and Church's code of 1917.

KEYWORDS: *Codex Iuris Canonici* 1917; Italian Penal Code (1889, 1930); *Ius Commune*; Conspiracy; Involvement; Complicity.

### 1. Premesse ordinarie

In queste pagine non propongo visioni d'insieme sul *Codex*, non scioglio i dubbi che alcuni hanno circa la natura dell'opera (anche se, dal punto di vista, assai limitato, che qui assumo, il *Codex* manifesta la sua natura di codificazione, sia pure *sui generis*), né azzardo conclusioni generali sul metodo utilizzato dai compilatori: guardo, invece, solo ad uno dei 2414 canoni che compongono il *Codex iuris canonici* del 1917<sup>1</sup>.

---

\* Considerata la assai estesa bibliografia intorno al *Codex* del 1917 e la limitata natura di questo contributo esclusivamente dedicato al canone 2209, le indicazioni bibliografiche segnaleranno solo gli studi più direttamente pertinenti al discorso che intendo condurre in relazione al concorso di persone nel reato. In ogni caso non possono trascurarsi le magnifiche pagine di Carlo Fantappiè, *Chiesa romana e modernità giuridica*. T.I., *L'edificazione del sistema canonistico (1563-1903)*, T.II, *Il Codex Iuris Canonici (1917)*, Milano 2008, e, per risalire ad anni più lontani, di Stephan Kuttner, *Il diritto canonico nella storia*, in "Jus", 18 (1967), pp. 239-254, e di Mario Falco, *Introduzione allo studio del "Codex Iuris Canonici"*, Torino 1925. In quest'ultimo volume specifica attenzione al can. 2209 alle pp. 244-245.

<sup>1</sup> Ulteriori utili spunti potrebbero venire dai documenti relativi all'elaborazione del canone conservati nell'Archivio Segreto Vaticano (per ora ho solo consultato quelli relativi al contributo di Hollweck pubblicati da Luciano Musselli, *Il contributo di Joseph Hollweck alla codificazione del diritto penale canonico*, in M. Vismara Missiroli-L. Musselli, *Il processo di codificazione del diritto penale canonico*, Padova 1983, pp. 109-273, in particolare pp. 165-167) e, soprattutto, sia pure solo nei limiti in cui è di libera consultazione, dalla giurisprudenza, sempre illuminante secondo il monito di Giovan Battista De Luca "le leggi si mangiano e si inghiottiscono nelle scuole ma poi si digeriscono nei tribunali e, conseguentemente, conforme insegna la natura, molto maggior tempo bisogna per digerire, che per mangiare e inghiottire", *Dottore volgare*, Roma, nella stamperia di Giuseppe Corvo 1673, Proemio, cap. III, se la

Prima di esaminarne il contenuto ritengo opportuno spiegare le ragioni che mi hanno suggerito di concentrare la mia attenzione sul canone che disciplina il concorso di persone nel reato, il n. 2209.

La disciplina del concorso di persone ha impegnato i giuristi nella plurisecolare esperienza del *ius commune* e, fino ai giorni nostri, nell'età dei codici, a riflettere su diverse questioni, le più importanti delle quali riguardano: gli elementi che costituiscono il concorso e, di conseguenza, come possa provarsi il concorso; la misura della responsabilità di ciascuno dei concorrenti.

Nello sforzo di comprendere e disciplinare un fenomeno che si manifesta in modi che sfuggono a una rigida tipizzazione i giuristi hanno distinto il ruolo del *consulens*, del *mandans*, del *socius*, del *complex* rispetto al cd autore materiale: il *consulens* suggerisce all'autore materiale la commissione di un reato senza che vi abbia alcun interesse diretto; il *mandans* ordina all'autore materiale la commissione del reato rispetto alla quale ha un interesse diretto; il *socius* condivide con l'autore materiale le fasi essenziali dell'ideazione e/o dell'attuazione del reato; il *complex* o *auxiliator* svolge una funzione di aiuto subordinato all'autore materiale.

Fermandosi ad analizzare la natura del rapporto che intercorre tra i soggetti coinvolti nel concorso, i giuristi hanno individuato alcuni modelli. In alcuni casi la volontà di un soggetto - sovraordinato rispetto agli altri, per il rango nella gerarchia criminale, per il ruolo sociale, per l'ascendente che esercita nell'ambiente in cui agisce - condiziona e determina il comportamento di altri soggetti: individuato questo squilibrio, i giuristi dell'età del *ius commune* hanno fondato i loro ragionamenti sui principi desunti dalle norme che riguardano rapporti tra soggetti che si collocano su piani diversi lungo la scala gerarchica o lungo la scala del prestigio sociale. Così hanno guardato alle norme, e ai principi, che disciplinano nel diritto comune i rapporti tra magistrature e subordinati, gerarchie militari e subordinati, padre e figlio, padrone e servo, padrone e servo altrui, etc.

Andando oltre nella riflessione sui rapporti tra le volontà dei soggetti coinvolti nel concorso, i giuristi hanno rilevato che il soggetto subordinato nei contesti sopradelineati sovente non pone in essere solo i comportamenti (*idest* reati) che gli sono espressamente ordinati o suggeriti dal soggetto sovraordinato, ma anche quelli che egli sa che sono graditi, o che egli immagina che siano voluti, dal soggetto sovraordinato, secondo lo stesso meccanismo che lega i bambini e i genitori nelle dinamiche dei rapporti genitoriali. Il bravo bambino diligente e giudizioso, per guadagnarsi l'affetto e l'approvazione dei propri genitori, fa quello che sa esser loro gradito; pone in essere, anche senza che gli siano espressamente richiesti, i comportamenti che i genitori si aspettano da lui.

Il complesso meccanismo d'intreccio di volontà che nel concorso si realizza costituisce un terreno esemplare per mettere a punto e verificare la tenuta dei

---

legge sia scienza facile o difficile, p. 51.

principi che regolano la responsabilità, nel senso lato del verbo *respondere*:

si può ritenere che (l'idea di responsabilità individuale) esista in qualsiasi forma di diritto, non nell'accezione moderna (in cui è strettamente connessa all'idea di colpevolezza individuale), ma in modo implicito nel significato generale del verbo *respondere* 'farsi garante di una promessa o di un debito'... Perché si cerca di determinare la responsabilità dell'autore di un delitto? Rendere responsabile equivale a "mettere sul conto di" e se si vuole mettere sul conto di qualcuno un atto delittuoso è per fargli subire un castigo. Ricercare la responsabilità consente di applicare la pena. Nella dottrina classica del diritto si distinguono due aspetti della responsabilità penale: l'imputabilità e la colpevolezza... Nella determinazione della responsabilità tutto verte sul problema di sapere in quale misura un atto è imputabile ad un soggetto (si tratta qui del diritto classico)... Ora si presentano degli interrogativi che i penalisti sono costretti a porsi ogni volta che i "determinismi" (di ordine sociale, biologico, psicologico) offuscano l'idea chiara del libero arbitrio: come valutare, in tali condizioni, il legame che unisce l'azione e chi la compie? Come conciliare la nozione di "determinismo" con quella di responsabilità assoluta del soggetto?... La giurisprudenza ha sempre seguito una via di mezzo tra queste due concezioni (della libera volontà e del determinismo) che riassumevano le difficoltà di ordine dottrinario... la responsabilità dipendeva più dal senso comune che dalle concezioni filosofiche; più dalla mentalità relativa alle opinioni correnti sulla reale libertà dell'individuo sociale, che dal rigore della dottrina. Il senso comune sembra effettivamente svolgere la funzione di un a priori nei giudizi di responsabilità mediante certe nozioni che esso presuppone<sup>2</sup>.

È significativo che l'appello al senso comune si ritrovi in Vico, proprio in anni che segnano una cesura tra due esperienze giuridiche, quando avverte che il problema della responsabilità, del giudizio pratico sulla responsabilità, considerata l'inafferrabilità del libero arbitrio, può affrontarsi con lo strumento del senso comune. Riprendendo Vico — "L'umano arbitrio, di sua natura incertissimo, egli si accerta e determina col senso commune"<sup>3</sup> — Alessandro Giuliani può ben affermare che il senso comune "rappresenta quindi l'unica misura su cui si possa cominciare un discorso umano riguardo alla responsabilità umana"<sup>4</sup>.

E proprio anche al *sensu commune* sembra che i giuristi abbiano finito per ancorare le conclusioni dei loro complessi ragionamenti tutte le volte che nell'età del diritto comune si sono occupati di questi problemi.

Queste riflessioni e questi ragionamenti hanno sempre riguardato una questione centrale: la relazione causale tra il concorrente e la commissione del

<sup>2</sup> J. Gil, *Responsabilità*, in *Enciclopedia Einaudi* 11, Torino 1980, pp. 1014-1015.

<sup>3</sup> G.B. Vico, *Principj di scienza nuova: d' intorno alla comune natura delle nazioni*, Milano Perelli 1862, p. 71: "L'umano arbitrio, di sua natura incertissimo, egli si accerta e determina col senso commune degli uomini d'intorno alle umane necessità o utilità; che sono i due fonti del diritto natural delle genti. Il senso comune è un giudizio senz'alcuna riflessione, comunemente sentito da tutto un ordine, da tutto un popolo, da tutta una nazione, o da tutto il gener umano".

<sup>4</sup> A. Giuliani, *Imputation et justification*, in "Archives de philosophie du droit" XXII (1977), pp. 85-96, in particolare p. 96.

reato: in quale misura il reato si è consumato a causa del concorrente? Spesso le fattispecie concrete su cui i giuristi sono stati chiamati a riflettere hanno posto in crisi i principi che sulla base dell'*id quod plerumque accidit* spiegano le relazioni causali tra la condotta posta in essere dal concorrente e la commissione del reato. La miriade di *figurae* di concorso descritta dalla dottrina bassomedievale e dell'età moderna è irriducibile e incomprimibile in una rigida tipizzazione normativa. Ma, nonostante ciò, nell'età delle codificazioni, in ossequio ai principi di irretroattività della legge penale e di riserva di legge e tassatività delle fattispecie penali, i legislatori si sono cimentati in una tipizzazione del concorso che, per limitare il nostro sguardo all'esperienza italiana degli anni che coincidono con quelli della vigenza del Codice piobenedettino, ha conosciuto due distinte discipline: quella del codice Zanardelli, in cui il legislatore si sforza di descrivere e tipizzare le *variae figurae* che caratterizzano il concorso; quella del codice Rocco, in cui, preso atto dello scarso successo della precedente disciplina, rimette nella sostanza al giudice il compito di giudicare quando vi sia concorso indicandogli solo un criterio di massima, quello della causalità adeguata, appunto.

Da qui il mio interesse e la mia curiosità per il canone a cui la Chiesa nel 1917 assegna l'arduo compito di disciplinare il concorso di persone nel reato. Interesse e curiosità facilmente spiegabili se si tiene conto: che il diritto canonico, più di ogni altra branca del diritto, ha affinato strumenti teorici e tecnici che più direttamente, immediatamente e plasticamente si adattano a indagare e spiegare le sfuggenti e molteplici forme in cui si manifestano le volontà dei soggetti; che il diritto canonico e il diritto civile, nell'esperienza plurisecolare dominata dal *ius commune*, hanno elaborato soluzioni e schemi interpretativi per le fattispecie concorsuali che difficilmente sono "codificabili", cioè riassumibili in norme che classifichino rigidamente e chiaramente le fattispecie, come, insomma, si pretenderebbe in un codice. Date queste premesse, l'interesse e la curiosità riguardano la soluzione che la Chiesa propone nel nuovo codice del 1917. Come la soluzione scelta si pone rispetto alla tradizione? In che misura il legislatore del 1917 è riuscito a tipizzare in una norma generale e astratta la complessa molteplicità dei caratteri presenti nelle fattispecie in cui di volta in volta si manifesta nell'esperienza il concorso? Quale sorte ha avuto nel nuovo Codice del 1983 e nel Codice per le chiese orientali? Soprattutto: come considerare la soluzione scelta dal legislatore del canone 2209: una soluzione originale o mutuata da codici nazionali? Ancora, cosa ci dice il canone 2209 del codice del 1917? Certo non possiamo trarre conclusioni sulla natura complessiva del codice riflettendo su un solo canone: tuttavia è legittimo cercare di capire quale sia la logica, o quali siano le logiche, a cui il legislatore si è ispirato nella scelta delle soluzioni inserite nel canone 2209. Prendo a prestito le parole di Paolo Grossi, non solo quelle con cui si chiede se il legislatore del 1917 abbia confezionato il progetto guardando a rilevanti modelli culturali al di là della Chiesa o, al contrario, abbia utilizzato le sole forze culturali interne e

peculiari alla bimillennaria tradizione canonica<sup>5</sup>:

Il discorso, che si va profilando, è complesso, ed attende ancora un'organica attenzione dallo storico: il nodo culturale dell'incontro con gli uomini della Scuola Storica, ma anche fra visione protestantica e cattolica nella costruzione scientifica del diritto canonico; il problema del sistema nella organizzazione del diritto canonico ottocentesco, il problema delle ideologie sottese, delle fonti di ispirazione, i rapporti fra sistema e storia e il loro scambievolmente rilievo, la strutturazione di possibili sistemazioni diverse a seconda della diversità del materiale cui si fa ricorso. E, più indietro ancora, il problema dei modelli, all'esterno o all'interno della tradizione canonica, e, nello sfondo, l'istrumentario apparentemente neutro del diritto romano, o, più incombenti, gli allettanti e rischiosi risultati della riflessione razionalistica laica collaudati nel nuovo assetto delle fonti statuali<sup>6</sup>...

Talune suggestioni ci sono, e inequivocabili: basterebbe non soltanto la scelta ossessiva per il Codice come schema ordinante, ma altresì l'attingimento copioso alle soluzioni tecniche affermate in codificazioni statuali<sup>7</sup>.

ma, soprattutto, quelle con cui mette in guardia dal rischio di

qualificare spicciativamente come secolarizzanti idee che fan parte d'un patrimonio antico e mai smentito e che vengono soltanto riformulate alla luce dei nuovi occhiali che il canonista moderno ha inforcato. ...il diritto è sì difesa dal secolo con gli strumenti del secolo, ma corrisponde a una costante del progetto della Chiesa romana nel suo itinerario verso la salvezza, non significa mai condizionamento e asservimento al secolo ma piuttosto la sua strumentalizzazione per una compiuta affrancazione<sup>8</sup>.

e, ancora, quelle con cui, a proposito del codice come strumento di razionalizzazione, mette in guardia dall'adottare spiegazioni che si richiamino semplicisticamente e sbrigativamente al processo di secolarizzazione:

Se mai si sovrappone un problema ulteriore: quello della razionalizzazione più serrata nelle nozioni e nelle formule canonistiche. Ma non scomoderemmo per questo lo spettro della secolarizzazione; vorremmo piuttosto parlare di storicità, di sensibilità ai climi culturali storicamente susseguentisi nel tempo, che è la virtù grande del diritto canonico di sempre e non soltanto di quello post-tridentino<sup>9</sup>.

E voglio anche fissare un altro punto ben evidenziato da Carlo Fantappiè per spiegare il cambiamento del paradigma canonistico avvenuto con la codificazione:

<sup>5</sup> P. Grossi, *Storia della canonistica moderna e storia della codificazione canonica*, in "Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno" 14 (1985), pp. 587-599, in particolare pp. 592 e ss.; ora anche in P. Grossi, *Scritti canonistici*, a cura di C. Fantappiè, Milano 2013, pp. 167-181, in particolare pp. 173 e ss.

<sup>6</sup> Ancora P. Grossi, *Storia della canonistica moderna*, cit., p. 595; ora anche 176-177.

<sup>7</sup> Ancora P. Grossi, *Storia della canonistica moderna*, cit., p. 598; ora anche 181.

<sup>8</sup> Ancora P. Grossi, *Storia della canonistica moderna*, cit., p. 598; ora anche 181.

<sup>9</sup> Ancora P. Grossi, *Storia della canonistica moderna*, cit., p. 599; ora anche 181.

Da “sistema giuridico aperto” il diritto canonico nel paradigma medievale si è tendenzialmente trasformato in “sistema giuridico chiuso” nel paradigma codificatorio del 1917. Il primo era un ordinamento flessibile e dinamico, fondato su principi assolutamente tipici e sulla generalizzazione dei casi concreti, da valutare con la strumentazione della ragione pratica (*rationabilitas*) e in deferenza al criterio supremo (*aequitas canonica*). Il secondo si è andato definendo, per l’incidenza della ragione formale, come un ordinamento fondato sui caratteri dell’universalità, rigidità e staticità della previsione normativa entro cui dovrebbero venire sussunti i diversi casi<sup>10</sup>.

## 2. Il lascito della tradizione: estratti dall’ipertesto del *ius commune*

Il legislatore del 1917 muove dal patrimonio sapienziale che si è stratificato nella tradizione plurisecolare fondata su una miriade di fonti. Generazioni di studiosi, soprattutto dall’età dei glossatori, hanno saputo costruire intorno a questi testi normativi un vero e proprio ipertesto: hanno segnato collegamenti e richiami tra i vari testi. Questo paziente lavoro che ha impegnato generazioni di studiosi consente di muoversi in un così vasto e variegato materiale normativo e sapienziale e, con un po’ di esperienza e di discernimento, consente anche di orientarsi, senza disperdersi all’inseguimento di tutti i possibili collegamenti ipertestuali.

Per la costruzione del canone 2209 il legislatore ha tenuto conto, tra le tante - qui senza nessuna pretesa di esaustività richiamo solo alcune norme avvalendomi delle indicazioni contenute nell’edizione del *Codex* curata dai cardinali Gasparri e Serédi -, delle norme sulla responsabilità del *dans* e del *recipiens* nel reato di simonia (X.5.3.30, X.5.3.39, C.1.q.1.c.5, C.1.q.1.c.6, C.1.q.1.c.8, C.1.q.1.c.101); degli eretici e dei loro favoreggiatori (*credentes, receptatores defensores et fautores*) (X.5.7.8, VI.5.2.2, VI.5.2.12); dei complici degli eretici (X.5.7.9); degli avvocati o notai degli eretici che abbiano prestato *auxilium, consilium vel favorem* agli eretici o a chi li sostiene o li aiuta o li difende (X.5.7.11); dei *receptatores defensores et fautores* (X.5.7.13); del sacerdote che abbia giaciuto con una donna sposata in chiesa e della donna con cui il sacerdote abbia giaciuto (X.5.16.5); dei falsificatori di documenti e degli utilizzatori dei documenti falsi (X.5.20.7); dell’abate che abbia dato mandato a un laico di *verberare* un monaco o un converso e dello stesso laico *verberans* (X.V.39.24); di chi abbia permesso che un chierico fosse percosso e di chi, potendo proibirlo, non lo abbia proibito (X.5.39.47); del pastore negligente, che abbia taciuto, e quindi consentito, che non è scusato da Dio come non è scusabile il pastore se il lupo mangia le pecore (X.5.41.10); dei cristiani, equiparati agli eretici, che abbiano aderito al giudaismo o vi siano tornati dopo esser stati battezzati, e dei loro *receptatores defensores et*

<sup>10</sup> C. Fantappiè, *Dal paradigma canonistico classico al paradigma codificatorio*, in “Ius Ecclesiae”, 29.1 (2017), pp. 39-50, cit. a p. 37; ora anche in E. Baura, N. Álvarez de las Asturias, Th. del Sol (curr), *La codificazione e il diritto nella Chiesa*, Milano 2017, pp. 3-34, cit. a pp. 33-34.

*fautores* (VI.5.2.13); di chi abbia percosso o inseguito o catturato un cardinale e di chi sia stato suo *socius* o *ratihabens* o *mandans* o *receptator* o *consilium vel auxilium dans* (VI.5.9.5); dei rei che abbiano prestato *consilium, auxilium, favor* (VI.5.11.24); di chi abbia compiuto, ordinato o suggerito un omicidio (D.50.c.8); di chi abbia rubato, o abbia consentito si rubassero, le *ecclesiasticae oblationes* e quanto consacrato a Dio (C.12.q.2.c.10); degli *invasores rerum ecclesiasticarum* e dei loro *sequaces et complices* (C.12.q.2.c.17); del *clericus* e del giudice secolare a cui questo si sia rivolto quando ciò gli sia vietato (C.21.q.5.c.1); degli incendiari e dei loro complici o mandanti (C.23.q.8.c.32); di chi abbia rapito una *puella* e dei *participes consilii et conniuentes* (C.36.q.2.c.4); di chi abbia il dovere di emendare e correggere e non lo eserciti (*Non solum qui faciunt, sed etiam qui consentiunt*) (D.86.c.3 e C.22.q.5.c.7), per esempio dei due vescovi Thiergandus e Gunterius che hanno taciuto, e nei fatti quindi acconsentito, allo *scelus*, noto a tutti, del re Lotario II (ammesso che possa chiamarsi re, *si tamen rex veraciter dici possit*) che aveva abbandonato la moglie Teutberga per Gualdrada (C.2.q.1.c.21)<sup>11</sup>; del vescovo che, non avvalendosi della propria autorità, non abbia punito il crimine di *fornicatio* dei presbiteri o dei diaconi o il crimine di incesto (D.83.c.1-3, 6) (*Episcopus itaque, qui talium crimina non corrigit, magis dicendus est canis impudicus quam episcopus*, e, ancora *Error, cui non resistitur, approbatur, et ueritas, cum minime defensatur, obprimitur. Negligere quippe, cum possis perturbare peruersos, nichil est aliud quam fouère*) e (D.83.c.6) (*Nichil illo pastore miserius, qui luporum gloriatur laudibus. Quibus si placere uoluerit, atque ab his amari delegerit, erit hinc ouibus magna perniciēs*); dei superiori per la colpa degli inferiori (D.86.c.1); di chi sia acquiescente (C.11.q.3.c.100), (*Apud*

<sup>11</sup> Lotario II, terzogenito del re Lotario I, nell'855 ereditò dal padre i territori di Frisia, del Giura, della Savoia e il titolo di re di Lotaringia, con capitale Aquisgrana. Sposò Teutberga — della nobile e potente famiglia dei Bosonidi, da cui non ebbe figli — che abbandonò per l'amante Waldrada — forse di nobile famiglia gallo romana, sorella di Thetgaud, vescovo di Treviri, e nipote, o sorella, di Ghunter, vescovo di Colonia — che gli diede tre figli. Per liberarsene, Lotario accusò la moglie di intrattenere un rapporto incestuoso con suo fratello Uberto, abate dell'abbazia di Saint Maurice in Valais. Grazie al superamento della prova dell'ordalia dell'acqua bollente da parte del proprio campione, Teutberga fu dichiarata innocente. Il fratello Uberto difese Teutberga con le armi, quando questa fu allontanata nuovamente da Lotario per far posto a Waldrada, e impose al cognato di riprenderla a corte. Forte dell'appoggio ottenuto da suo fratello, l'imperatore Ludovico, in cambio dei territori delle diocesi di Sion, Ginevra e Losanna, Lotario ottenne che un concilio da lui convocato ad Aquisgrana nell'859 condannasse Teutberga, rea confessa, e la relegasse in un monastero. Teutberga, grazie anche all'aiuto del fratello Uberto e di Incmaro, vescovo di Reims, autore del *de Divorcio Lotharii et Teulbergae*, ottenne la protezione di Carlo il Calvo che le concesse l'Abbazia di Avenay. Nell'862 Lotario convocò un concilio ad Aquisgrana, ottenne il divorzio e sposò Waldrada col favore, appunto dei vescovi di Treviri, Thiergandus (fratello di Waldrada), e di Colonia, Gunterius (zio di Waldrada). Vane risultarono le pressioni sul papa Niccolò I per ottenere l'annullamento del matrimonio tra Lotario e Teutberga: il papa sconfessò le conclusioni del concilio di Metz che aveva dichiarato valido il matrimonio di Lotario con Waldrada affermando che precedeva quello con Teutberga. Lotario riprese con sé Teutberga, Niccolò scomunicò Waldrada. Cfr. J. Gaudemet, *Recherches sur les origines historiques de la faculté de rompre le mariage non consummé*, in *Proceedings of the Vth International congress of medieval canon law* (Salamanca, 21-25 september 1976), a cura di St. Kuttner – K. Pennington, Città del Vaticano 1980, pp. 309-331; K.J. Heidecker, *The divorce of Lothar II. Christian Marriage and Political Power in the Carolingian World*, Ithaca 2010.

*Deum maledicatur qui peccantibus consentit. Item Ysidorus. Qui consentit peccantibus, et defendit alium delinquentem, maledictus erit apud Deum et homines, et corripietur increpatione seuerissima. Hinc et quidam sanctissimus Pater ait: "Si quis peccantem defendit, acrius quam ille, qui peccauit, coherceatur." Hinc etiam alius Pater ait: "Si quis alterius errori consentit, sciat se cum illo simili modo culpabilem iudicandum").*

Proprio perché qui guardo al codice del 1917 nell'ambito delle codificazioni in cui sono fioriti i codici penali ottocenteschi e novecenteschi, ritengo utile anche richiamare — solo rinviando ad un mio studio pubblicato qualche anno fa per i relativi riferimenti normativi, giurisprudenziali e dottrinali — alcuni dei momenti che segnarono l'esperienza del *ius commune* e che costituirono il patrimonio sapienziale a cui attinsero i giuristi del secolo XIX per disciplinare il concorso<sup>12</sup>.

Mi limito solo a un rapido riassunto e mi avvalgo solo di alcuni esempi per ricordare i problemi che impegnavano i giuristi: l'individuazione della responsabilità dei concorrenti, la misura di tale responsabilità, la prova. Sulla responsabilità del *consulens*: in un villaggio non lontano da Francoforte, sul finire del Seicento, una donna di umili condizioni, una serva, appicca il fuoco alla casa del proprio padrone causandone la morte. La serva, subito arrestata, confessa di avere agito su consiglio di un oste. Questi, interrogato sull'accaduto, racconta che la donna, visibilmente agitata e sconvolta, era entrata nella sua osteria per comprare una birra per il proprio padrone; incuriosito dal pianto disperato della donna l'oste le aveva chiesto spiegazioni e quella aveva riferito di essere stata picchiata più volte e senza motivo dal padrone. Allora l'oste, indignato e adirato per la crudeltà di quello e turbato per lo stato di sofferenza in cui versava la povera donna, aveva esclamato: "se fosse accaduto a me avrei appiccato il fuoco alla casa con lui dentro". L'infelice aveva ascoltato in silenzio le parole dell'oste, poi aveva fatto ritorno dal padrone e subito aveva appiccato il fuoco alla casa. L'oste si difende sostenendo che quando aveva pronunciato quelle parole egli non credeva che la donna sarebbe stata così stolta ("ita stolidus") da intenderle come un suggerimento e da porle in atto. La serva, d'altro canto, afferma che mai avrebbe trovato il coraggio e la volontà di compiere un gesto simile se non vi fosse stata indotta dal cattivo consiglio dell'oste (una sorta di "apertura di possibilità"). Entrambi sono condannati a morte: la donna è bruciata viva, l'uomo, con modalità più miti, viene prima ucciso e poi se ne brucia il corpo<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> G. Speciale, *Alteri ad delictum praebeuit occasionem. A proposito di mandatam e consilium: voci dal discorso sulla responsabilità*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, Milano 2007, vol. VIII., pp. 1-56, e la letteratura ivi citata.

<sup>13</sup> L'esempio è tratto da una *disputatio* redatta *pro licentia* nel 1690 da Johannes Andreas Birner Brega Silesius, un allievo di Samuel Stryk, e inserita dal maestro dell'*Usus modernus pandectarum* tra le celebri *Dissertationes juridicae Francofurtenses*: J.A. Birner Brega Silesius, *Disputatio decima sexta de mandato delinquendi, pro licentia (ad. D. Iunii, anno MDCXC horis ante et pomeridi). Sect. I Generalis, de obligatione mandati ad delinquendum*, in S. Stryk, *Dissertationum juridicarum Francofurtensium ex iure publico, privato, feudali et statutorio materias exhibens* VI, Florentiae, apud Josephum Celli 1839, coll. 627-656 (il caso della serva a col. 637). Tra le altre, che riguardano lo stesso tema della compartecipazione criminosa, possono qui ricordarsi, nello stesso volume, la *Disputatio prima De imputatione facti alieni, pro licentia (D. VIII Iunii, anno*



In questo esempio è evidente come l'influenza sulla volontà del soggetto debole può andare ben oltre l'intento del *consulens*.

Sul piano della prova, secondo Claro, il mandato ad uccidere conferito dal *dominus* ai suoi *famuli* può essere provato anche solo dimostrando che il *dominus*, dopo aver subito un'*iniuria*, abbia rivolto ai suoi *famuli* la solita frase “vade et non revertatis domum donec sentio novum de tali” se dopo l'autore dell'*iniuria* sia stato trovato morto. Tuttavia Claro aggiunge che non si sentirebbe, *ex eo solo*, di comminare la *poena mortis* al *dominus* se non prima di avere accertato alcune circostanze: che il *dominus* era solito *facere talia*, che l'*iniuria* fosse di una tale gravità da rendere plausibile che l'offeso la volesse vendicare con la morte.

A proposito delle dinamiche relazionali tra mandante e mandatario possono qui ricordarsi altri casi. Il primo — in cui si dimostra l'assoluta rilevanza del vincolo di consanguineità che lega l'esecutore del reato al terzo che, senza spingersi fino a darne mandato, abbia comunque manifestato il suo incoraggiamento alla commissione del reato — è oggetto di una decisione raccolta da Francesco Merlino Pignatelli<sup>14</sup>: nel processo si prova che Salvatore, padre di Orazio de Canovettis, aveva incoraggiato il figlio — pronunciando più volte frasi come “Amazza! Amazza! Dagli! Dagli!” — a vendicare l'offesa inferta da Bartolomeo Martini a Bernardino, un membro della famiglia de Canovettis. Nel caso in esame — simile per qualche aspetto al caso della serva e dell'oste — il padre viene punito con una *poena mitior*. Seguendo il principio “ignoscendum esse illi qui voluit se ulcisci provocatus” si considera legittimo, o quanto meno scusabile, il comportamento posto in essere da chi reagisce ad un'offesa subita. Poi, considerato che “iniuria facta consanguineo etiam alios afficit, et ad defensionem provocat”, si considera *provocatus*, e perciò in qualche modo scusato, anche il parente dell'offeso<sup>15</sup>. Può anche rilevarsi un altro elemento comune tra il caso de Canovettis e quello della serva e dell'oste. Mi riferisco all'intervallo di tempo occorso tra l'offesa subita da Bernardino e dalla serva e la reazione da loro posta in essere: può ritenersi che la reazione avvenne *incontinenti* oppure *aliquo temporis intervallo*? Da tale valutazione dipende la qualifica della reazione come *defensio*, legittima e scusabile, o come *vindicta*, inammissibile e da punire. A margine può qui ricordarsi che Merlino cita Cefalo e Menochio, *contra Farinacci*, secondo i quali può considerarsi *facta incontinenti* anche la reazione di chi, subita l'offesa, prima di reagire contro l'offensore, si rechi a casa per armarsi

MDCLXXXVIII) di Augustus Theodorus Reichhelm Halensis, coll. 5-64, e la *Disputatio decima octava De jure persuasionis (die XX Jul. MDCLXXXVIII)* di Georgius Quirino Poeckell Lipsiensis, in Samuel Stryk, *Dissertationum juridicarum Francofurtensium de selectis utriusque iuris materiis* III, Florentiae, apud Josephum Celli 1838, coll. 812-894.

<sup>14</sup> Franciscus Merlinus Pignatellus, *Decisiones almae Rotae Lucensis*, Venetiis, apud haeredem Damiani Zenari, 1616, decis. 32, p. 44.

<sup>15</sup> Ma per Iulius Clarus, *Sententiarum receptarum, liber quintus*, Venetiis, apud Altobellum Salicatum 1589, quaest. 86, foll. 220v-221v, la regola della non punibilità del padre o del padrone per i reati commessi dai figli o dai servi viene meno quando tali reati siano stati commessi *occasione patris vel domini et eo sciente*, in tali casi infatti si presumono essere *de eorum voluntate*.

o per radunare gli amici<sup>16</sup>.

Un caso interessante di eccesso del mandatario nell'esecuzione del mandato è ricordato da De Marinis. Un nobile, reo confesso di aver dato mandato ad un suo familiare "ad vulnerandum certam personam", è ritenuto responsabile della morte di quella, sopravvenuta dopo cinquantaquattro giorni dal ferimento, e, pertanto, è condannato a morte dalla Magna curia. Il Sacro regio consiglio, "potius ex aequitate quam de iure", commuta la pena di morte in quella della deportazione. Sia pure decidendo in senso favorevole all'accusato, i giudici non condividono la linea difensiva che, anche con perizie mediche, sostiene che la morte sia avvenuta "ex mala curatione et ex defectu boni regiminis". Inoltre gli avvocati del nobile rafforzano le loro tesi difensive sulla base di questo ragionamento: se il mandato fosse stato conferito *ad occidendum* e la morte fosse sopravvenuta *non ex vulnere, sed ex alio accidenti*, il *mandans* o il *vulnerans* non sarebbero stati ritenuti responsabili dell'uccisione. Ma i giudici ribattono che il tempo intercorso tra il ferimento e la morte, da solo, non è sufficiente a provare che la morte non dipenda dal *vulnus*. E che, se una causa diversa della morte non è altrimenti provata, l'intervallo tra il ferimento e la morte non è sufficiente a provare che la ferita non costituisca la causa del successivo decesso. Può valere invece una presunzione di senso contrario: se dopo tre giorni dal ferimento il *vulneratus* è in grado di deambulare, il suo successivo decesso non può attribuirsi, almeno presuntivamente, al *vulnus*<sup>17</sup>. Ancora a proposito dell'eccesso del mandatario Baiardo aggiunge che se l'eccesso è accaduto *vidente vel sciente mandante et non contradicente*, il mandante è tenuto alla stessa pena che si commina al mandatario, perché dalla condotta e dal silenzio del mandante si evince che il mandatario abbia agito in suo nome<sup>18</sup>.

Per quanto riguarda la revoca del mandato, Bonacina ritiene che il mandante che ha revocato il mandato d'omicidio non sia tenuto a informarne la persona per la cui uccisione aveva conferito il mandato affinché questa possa premunirsi contro il mandatario, bensì debba preoccuparsi solo di rendere nota la revoca al mandatario. E a proposito della *irregularitas* che colpisce il mandante che abbia revocato il mandato, ma non sia riuscito a notificare l'avvenuta revoca al mandatario, afferma che il mandante ne è colpito non perché sia responsabile a titolo di *voluntas*, infatti non gli si può imputare più la volontà di conferire il mandato, ma perché alla sua volontà risale la causa del delitto. Poi Bonacina puntualizza una differenza tra *mandans* e *consulens*: affinché il primo non sia

<sup>16</sup> Sulla necessità che la reazione avvenga *incontinenti* insistono anche altri giuristi: qui, tra i tanti, possiamo ricordare Caesar Panimolle, *Decisiones civiles, morales et criminales*, pars secunda, Venetiis, apud Paolum Balleonium, 1708, decis. 148, p. 405: è la *decisio* già richiamata a proposito delle modalità e dei *verba* che si utilizzano per conferire il mandato.

<sup>17</sup> Donatus Antonius de Marinis, *Summa et observationes ad singulas decisiones manuscriptas regiae camerae summariae Regni Neapolis*, Lugduni, sumpt. Phil. Borde, Laur. Arnaud et Claud. Rigaud, 1661, decis. 422, pp. 564-565.

<sup>18</sup> Iohannes Baptista Baiardus, *Additiones et annotationes ad Iulii Clari Receptarum sententiarum libros V*, Francoforti, ex off. typ. Nicolai Baffaei, 1598, quaest. 89, pp. 339-341.

colpito da *irregularitas* è sufficiente che si accerti che la sua revoca sia conosciuta dal mandatario, perché la revoca del mandato è sufficiente a rimuovere l'*influxum ad delictum* del mandato stesso, dato che il mandato è conferito nell'interesse del mandante. La revoca del *consilium*, invece, da sola non è sufficiente a rimuovere l'*influxum ad delictum*, sia pure quando è conosciuta dal consigliato, poiché il consiglio è dato nell'interesse del consigliato stesso<sup>19</sup>.

Altre interessanti questioni sono al centro di alcune pagine di Claro. *Ex sola scientia* normalmente non si può essere puniti. L'unica eccezione è costituita dal *crimen laesae maiestatis* in cui la gravità del reato giustifica l'arretramento della soglia della punibilità. I giuristi poi sono divisi nell'affermare la responsabilità in capo a chi sa che si sta per commettere un delitto e, ciò nonostante, non si attiva per evitare che ciò avvenga. Infine, con riguardo alla *ratihabitio*, Claro ritiene che sia possibile solo in relazione ai reati che non siano commessi "principaliter propter libidinem ipsius delinquentis" quali lo stupro, l'adulterio etc., a meno che quei reati siano stati commessi strumentalmente, per esempio per offendere, *ad alterius instantiam*, il marito della donna. Invece la ratifica è possibile per quei reati commessi "ad offensam et iniuriam alterius", ma devono ricorrere due condizioni: che il reato sia commesso a nome del futuro ratificante; che il futuro ratificante sia a conoscenza che il reato è stato commesso a suo nome<sup>20</sup>.

Fin qui per sommi capi uno squarcio sulle norme, sulle riflessioni dei giuristi e sulla disciplina del concorso di persone nell'esperienza del *ius commune* che costituisce il *thesaurus* sapienziale a cui attingono i codificatori a partire dall'Ottocento. Riassume lo stato dell'arte e le conoscenze sul concorso di persone, all'inizio del Novecento, Domenico Schiappoli, nel suo *Diritto penale canonico*, pubblicato nell'Enciclopedia del diritto penale italiano curata da Enrico Pessina<sup>21</sup>.

### 3. L'irrompere della codificazione

L'irrompere delle codificazioni impone dei cambiamenti: è necessario tipizzare le modalità che integrano il concorso se non si vuole correre il rischio

<sup>19</sup> Martinus Bonacina, *Tractatus de irregularitate* in *Opera omnia in tres tomos distribute*, Venetiis, sumpt. Andreae Poleti, 1716, I, disput. VII, quaest. IV, punct. VIII, pp. 495-499.

<sup>20</sup> I. Clarus, *Sententiarum receptarum*, cit., quaest. 87, foll. 221v-223r.

<sup>21</sup> D. Schiappoli, *Diritto penale canonico*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano*, vol. I, Milano 1905, a cura di E. Pessina, pp. 611-967. Le pp. 717-732 si riferiscono specificamente al concorso e, come è opportuno in un manuale, le prime sono dedicate a distinguere la responsabilità morale da quella giuridico-penale, sottolineando che nel foro esterno la Chiesa non giudica *de internis*, perciò per avere rilievo penale la partecipazione deve concretarsi in un fatto estrinseco, in un comportamento attivo; non integra il concorso la semplice violazione del dovere morale imposto ai cristiani, il non avere impedito, potendolo, la commissione di un reato (fatti salvi i casi in cui si hanno obblighi specifici la cui violazione è espressamente sanzionata dall'ordinamento). Schiappoli distingue l'istigazione, la partecipazione al delitto o complicità, la ratiabizione, il favoreggiamento.

di una sostanziale violazione del principio *nullum crimen sine proevia lege poenali*, affermato nelle dottrine illuministiche e canonizzato nell'art. 8 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino ("La Legge deve stabilire solo pene strettamente ed evidentemente necessarie e nessuno può essere punito se non in virtù di una Legge stabilita e promulgata anteriormente al delitto e legalmente applicata") del 26 agosto 1789. Inoltre, la tipizzazione serve ad arginare l'attività interpretativa del giudice e del giurista in generale, verso cui si nutre una diffusa e convinta diffidenza. A proposito del principio di tassatività e di riserva della legge penale deve ricordarsi, però, quanto opportunamente scrisse Orio Giacchi negli anni Trenta del secolo scorso, proprio, cioè, negli anni in cui l'ordinamento della Russia sovietica abbandonava il principio di tassatività e ammetteva il ricorso all'analogia nel diritto penale e nei progetti di riforma dell'ordinamento della Germania nazista si ridimensionava fortemente la portata del principio stesso.

Giacchi dimostra che non è esatto affermare

che il principio è ignoto al diritto romano e che, come alle legislazioni assolutistiche, così esso è estraneo anche alla tradizione canonistica anteriore al *Codex iuris canonici*.

Giacchi, contro l'opinione concorde, sia pure con qualche divergenza, di Hinschius, Kahn, Schiappoli, Lega, Wernz, dimostra come nell'antica dottrina canonistica,

più specialmente in quella del periodo aureo del diritto canonico che comprende i secoli XII, XIII e XIV, si trovino tracce evidenti e sicure del principio "nullum crimen sine proevia lege poenali", in quanto più volte gli antichi canonisti insistono sulla non applicabilità della estensione analogica in materia penale<sup>22</sup>.

In questo senso scorge una certa continuità tra la tradizione canonistica e i canoni 2195<sup>23</sup>, 20<sup>24</sup> e 2219<sup>25</sup> che ribadiscono il divieto del ricorso all'analogia in materia penale e non scorge una deroga al principio neppure nel canone 2231<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> O. Giacchi, *Precedenti canonistici del principio "Nullum crimen sine proevia lege poenali"*, Estratto dalla raccolta di *Studi in onore di Francesco Scaduto*, Firenze, 1936, pp. 6-8. Qualche anno prima si era occupato del tema della retroattività, sia pure non con riferimento al diritto penale, M. Petroncelli, *Il principio della non retroattività delle leggi in diritto canonico*, Milano 1931.

<sup>23</sup> Can. 2195. §1. Nomine delicti, iure ecclesiastico, intelligitur externa et moraliter imputabilis legis violatio cui addita sit sanctio canonica saltem indeterminata.

<sup>24</sup> Can. 20. Si certa de re desit expressum praescriptum legis sive generalis sive particularis, norma sumenda est, nisi agatur de poenis applicandis, a legibus latis in similibus; a generalibus iuris principiis cum aequitate canonica servatis; a stylo et praxi Curiae Romanae; a communi constantique sententia doctorum.

<sup>25</sup> Can. 2219. §1. In poenis benignior est interpretatio facienda.<sup>[SEP]</sup>§2. At si dubitetur utrum poena, a Superiore competentis inflicta, sit iusta, necne, poena servanda est in utroque foro, excepto casu appellationis in suspensivo. §3. Non licet poenam de persona ad personam vel de casu ad casum producere, quamvis par adsit ratio, imo gravior, salvo tamen praescripto can. 2231.

<sup>26</sup> Can. 2231. Si plures ad delictum perpetrandum concurrerint, licet unus tantum in lege nominetur, ii quoque de quibus in can. 2209, §§1-3, tenentur, nisi lex aliud expresse caverit, eadem poena; ceteri

Limitiamo il nostro sguardo solo al codice penale francese del 1810, ad alcuni codici preunitari, e al codice Zanardelli del 1889. Nel codice francese del 1810 (articoli 59<sup>27</sup> e ss.) i complici di un reato sono puniti con la stessa pena stabilita per gli autori, salvi i casi in cui la legge disponga diversamente.

Il codice si preoccupa di fornire molte indicazioni sulla nozione di complice. Gli art. 60 e ss. dispongono che sia punito come complice chi, con doni, promesse, minacce, abuso di autorità o di potere, inganni o artifici, ha causato il crimine, o ha fornito istruzioni per commetterlo: coloro che consapevolmente hanno procurato armi, strumenti o altri mezzi utili per la realizzazione del crimine; coloro che hanno aiutato l'autore o gli autori del crimine, nel prepararlo, facilitarlo, eseguirlo; coloro che forniscono alloggio, rifugio o luoghi di riunione a chi attenti alla sicurezza dello stato, alle persone o alla proprietà; coloro che ricettano i beni ricavati dalla commissione del crimine<sup>28</sup>.

Fin qui il complice. E l'autore? Il silenzio del codice indurrebbe a ritenere che l'autore sia l'esecutore della fattispecie tipica costituente il reato, ma subito la dottrina giunse alla conclusione che la qualifica di autore spettasse anche a chi, agendo in modo atipico, compisse atti necessari all'esecuzione. Sul punto Sergio Seminara nel suo studio sul concorso di persone così conclude:

La figura del cooperatore immediato – cioè del concorrente che partecipa all'esecuzione del fatto agendo però in modo atipico —, riconosciuta in altri ordinamenti, trovava così ingresso anche in quello francese ad opera della dottrina, dimostrandosi pertanto una ineludibile necessità. La giurisprudenza, dal canto suo, era andata attestandosi su posizioni ancora più dilatate, qualificando come coautori

---

vero non item, sed alia iusta poena pro prudenti Superioris arbitrio puniendi sunt, nisi lex peculiarem poenam in ipsos constituat.

<sup>27</sup> Art. 59. Les complices d'un crime ou d'un délit seront punis de la même peine que les auteurs mêmes de ce crime ou de ce délit, sauf les cas où la loi en aurait disposé autrement.

<sup>28</sup> Art. 60. Seront punis comme complices d'une action qualifiée crime ou délit, ceux qui, par dons, promesses, menaces, abus d'autorité ou de pouvoir, machinations ou artifices coupables, auront provoqué à cette action, ou donné des instructions pour la commettre;

Ceux qui auront procuré des armes, des instruments, ou tout autre moyen qui aura servi à l'action, sachant qu'ils devaient y servir;

Ceux qui auront, avec connaissance, aidé ou assisté l'auteur ou les auteurs de l'action, dans les faits qui l'auront préparée ou facilitée, ou dans ceux qui l'auront consommée; sans préjudice des peines qui seront spécialement portées par le présent Code contre les auteurs de complots ou de provocations attentatoires à la sûreté intérieure ou extérieure de l'état, même dans le cas où le crime qui était l'objet des conspirateurs ou des provocateurs, n'aurait pas été commis.

Art. 61. Ceux qui, connaissant la conduite criminelle des malfaiteurs exerçant des brigandages ou des violences contre la sûreté de l'état, la paix publique, les personnes ou les propriétés, leur fournissent habituellement logement, lieu de retraite ou de réunion, seront punis comme leurs complices.

Art. 62. Ceux qui sciemment auront recélé, en tout ou en partie, des choses enlevées, détournées ou obtenues à l'aide d'un crime ou d'un délit, seront aussi punis comme complices de ce crime ou délit.

Art. 63. Néanmoins, et à l'égard des receleurs désignés dans l'article précédent, la peine de mort, des travaux forcés à perpétuité, ou de la déportation, lorsqu'il y aura lieu, ne leur sera appliquée qu'autant qu'ils seront convaincus d'avoir eu, au temps du recélé, connaissance des circonstances auxquelles la loi attache les peines de ces trois genres, sinon, ils ne subiront que la peine des travaux forcés à temps.

sia gli esecutori della fattispecie, sia coloro che li avessero assistiti nella consumazione del fatto<sup>29</sup> (il “palo”).

All'incirca negli stessi anni un interessante esperimento era stato tentato con il Progetto del 1809 per il Regno d'Italia. La disciplina prevista nel progetto italiano nel titolo quinto della prima parte “Degli agenti principali e complici” si differenzia non poco da quella del modello legislativo francese a cui si ispira, proprio perché resta fortemente ancorata “al principio di proporzionalità che induce a definire nel modo più accurato possibile il ruolo svolto dagli agenti, onde evitare l'irrogazione della stessa pena per gradi oggettivamente diversi di responsabilità” (Dezza). Gli agenti principali agiscono direttamente per l'esecuzione del reato; tra i complici, che sono invece coloro che “scientemente contribuiscono in altro modo ad effettuarlo” (art. 82), il Progetto distingue gli istigatori, coloro che approntino mezzi per l'esecuzione del reato, o aiutino i responsabili a sottrarsi alla giustizia, o occultino le tracce del reato, o “generalmente” pongano in essere “tutto ciò che può fomentare la lusinga dell'impunità o assicurare il profitto del fatto criminoso” (art. 84). I complici, come nel *Code Penal* del 1810, sono comunque ritenuti responsabili del reato ascritto all'agente principale; tuttavia, diversamente che nel modello francese, nel Progetto italiano ai complici è riservata una diminuzione della sanzione. Tra gli agenti principali, poi, il Progetto italiano, differenziandosi ancora una volta da quello francese, distingue i promotori e chi si sia particolarmente distinto nella direzione e nell'attuazione del reato (art. 83). In quest'ambito colloca il mandante tra gli agenti principali assegnandogli contestualmente un grado di responsabilità maggiore rispetto a quello del mandatario e finendo coerentemente con affermare la responsabilità del mandante anche nei casi di eccesso del mandatario nell'esecuzione del mandato<sup>30</sup>.

Il codice penale Zanardelli, nel 1889, cerca di fissare una tipizzazione delle figure concorsuali prevedendo un trattamento sanzionatorio differenziato. Gli esecutori, i cooperatori immediati e coloro che hanno determinato altri a commettere il reato sono puniti con la stessa pena dell'autore principale, ma, se l'esecutore ha comunque commesso per motivi propri il reato, colui che lo ha determinato a commetterlo è punito con una pena diminuita. Una diminuzione di pena è prevista per il concorrente che ha eccitato, quindi ha fatto nascere, o solo rafforzato, la risoluzione di commettere il reato, a meno che senza il suo concorso il reato non si sarebbe commesso; per il concorrente che ha promesso assistenza e aiuto da prestarsi dopo il reato; per il concorrente che ha dato

---

<sup>29</sup> S. Seminara, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milano 1987, p. 87: a tale studio si rinvia — oltre che per un completo quadro dei problemi posti dal ‘tautologico’ art. 110 del codice penale italiano vigente, e delle possibili alternative alla disciplina vigente — per l'analisi storico-comparata, a partire da Napoleone, delle soluzioni, e delle tecniche, normative con cui i codici europei hanno affrontato il concorso di persone nel reato.

<sup>30</sup> Cfr. E. Dezza, *Appunti sulla codificazione penale nel primo Regno d'Italia: il Progetto del 1809*, in *Saggi di storia del diritto penale moderno*, Milano 1992, pp. 259 s.

istruzioni o somministrato mezzi per eseguirlo, o ha facilitato l'esecuzione del reato prestando assistenza od aiuto prima o durante il fatto. È evidente che lo sforzo di tipizzazione non riesce a escludere o almeno a limitare significativamente il ruolo dell'interprete: a solo titolo esemplificativo si pensi alla differenza, rilevante per la diminuzione di pena, tra chi determina altri a commettere il reato e chi eccita o rafforza la risoluzione di commetterlo.

Art. 63: Quando più persone concorrano nella esecuzione di un reato, ciascuno degli esecutori e dei cooperatori immediati soggiace alla pena stabilita per il reato commesso. Alla stessa pena soggiace colui che ha determinato altri a commettere il reato; ma all'ergastolo è sostituita la reclusione da venticinque a trent'anni, e le pene sono diminuite di un sesto, se l'esecutore lo abbia commesso anche per motivi propri.

Art. 64: È punito con la reclusione per un tempo non inferiore a dodici anni, ove la pena stabilita per il reato commesso sia l'ergastolo, e negli altri casi con la pena stabilita per il reato medesimo diminuita della metà, colui che è concorso nel reato: con l'eccitare o rafforzare la risoluzione di commetterlo, o col promettere assistenza o aiuto da prestarsi dopo il reato; col dare istruzioni o col somministrare mezzi per eseguirlo; col facilitarne l'esecuzione, prestando assistenza od aiuto prima o durante il fatto. La diminuzione di pena per il colpevole di alcuno dei fatti preveduti nel presente articolo non è applicata, se il reato senza il suo concorso non si sarebbe commesso.

Saleilles critica la scelta del legislatore italiano che adagiandosi sulla convinzione del carattere accessorio (e conseguentemente della responsabilità solo accessoria) del complice, ha ignorato il ruolo multiforme che il complice può assumere trascurando l'indagine psicologica:

L'atténuation au cas de complicité provient de ce que le fait du complice n'est qu'accessoire et dépendant d'un fait principal auquel il se rattache. Mais n'arrive-t-il pas tous les jours que dans une bande d'associés on se partage les rôles? Les uns vont frapper et porter le coup, les autres feront le guet ou rempliront tout autre rôle accessoire. En quoi est-on sûr que ces derniers, même en ne les considérant que par rapport au crime commis, soient moins coupables que les autres? Il peut se faire que ce soient eux qui aient inspiré le crime. Celui qui a frappé, on peut l'avoir poussé, peut-être grisé, pour lui donner de l'assurance. Les autres se contentent de garantir l'exécution. Leur rôle extérieur est purement accessoire, c'est possible. Mais c'est d'après leur rôle intérieur et psychologique qu'il faudrait les juger et les frapper. Le Code italien en atténuant forcément la peine décide par avance que leur criminalité n'est que secondaire; c'est une prétention toute fictive et insoutenable<sup>31</sup>.

#### 4. Il canone 2209 del *Codex Iuris Canonici* del 1917

È questo il contesto in cui viene alla luce il *Codex iuris canonici* e, per quel che qui più ci interessa, il canone 2209. Chi guardi al testo del canone 2209 resta

<sup>31</sup> R. Saleilles, *L'individualisation de la peine*, Paris 1898, p. 201.

impressionato dalla capacità con cui il legislatore è riuscito a riassumere nel linguaggio economicamente stringato del codice gli elementi essenziali che integrano e caratterizzano il concorso, avvalendosi del ricco *thesaurus* di conoscenze stratificatosi nell'esperienza plurisecolare e rispondendo all'esigenza di chiarezza e certezza, pur con riguardo ad una fattispecie che, per gli elementi che ne costituiscono l'essenza, sfugge a un'esauritiva e compiuta tipizzazione. Del resto, come ricorda lo stesso Gasparri, il libro V del codice fu quello che costò maggior fatica ai codificatori:

Dei cinque libri del Codice, quello che, relativamente al suo volume, richiese maggior studio fu il libro V. *de delictis et poenis*. Eravamo alle feste di Pasqua (del 1909); io dissi al Santo Padre che avremmo subito posto mano al libro V, prendendo per base del nostro studio la costituzione *Apostolicae Sedis* di Pio IX, ed io speravo che alla fine di giugno o luglio anche il libro V. sarebbe a posto. Errore madornale! Principiato lo studio apparvero le difficoltà. Invece di due o tre mesi lo studio del libro V. occupò due anni interi. Fu logicamente diviso in tre parti: la prima *de delictis*, la seconda *de poenis*, la terza *de poenis in singula delicta*... Dietro consiglio del P. Wernz, autore apprezzatissimo di opere canoniche, fu appositamente chiamato a Roma il prof. Holvek (sic), che insegnava il diritto penale nella università di Monaco in Baviera, e la sua collaborazione fu quanto mai utile<sup>32</sup>.

Per il canone 2209 coloro i quali concorrono nel delitto sono ritenuti rei allo stesso modo degli autori, a meno che l'ordinamento non disponga un aumento o una diminuzione di responsabilità. Nel caso di reati plurisoggettivi tutti i soggetti sono ugualmente colpevoli se non sia disposto altrimenti. Non solo il mandante, che è il principale autore del delitto, ma anche chi induce a commettere un delitto o in qualunque modo vi concorra, è punito come l'esecutore, se senza la sua opera non si sarebbe consumato il delitto. Se il concorso rese solo più facile il delitto, che sarebbe comunque stato commesso, la pena è diminuita. Chi presta la sua opera alla commissione del reato, se manifesta in modo netto con un'opportuna ritrattazione la volontà di tirarsi fuori, è liberato da ogni responsabilità e pena anche se il reato sarà portato a termine dall'esecutore per cause sue proprie. La ritrattazione e l'astensione da ogni forma di compartecipazione, se non è netta e completa, riduce la responsabilità e la pena, non la elimina del tutto. Chi concorre con la sua negligenza, è punito in modo proporzionato all'obbligo negletto. L'apologia del reato, la partecipazione ai frutti, l'occultamento o recezione del colpevole e altri atti simili sono reati a sé stanti, se singolarmente sono puniti dalla legge; ma se non v'è stato un previo accordo con l'autore principale del reato non comportano responsabilità per il reato di cui si tratta.

Can. 2209. §1. Qui communi delinquenti consilio simul physice concurrunt in

<sup>32</sup> *Memorie del Cardinale Pietro Gasparri scritte di sua mano*, fasc. 524, vol. I, fasc. 3, ff. 106-107, § 253. Citato in C. Fantappiè, *Chiesa romana e modernità giuridica. II. Il Codex Iuris Canonici (1917)*, Milano 2008, p. 803, che precisa anche che Hollweck non insegnò mai a Monaco, bensì a Eichstätt.



delictum, omnes eodem modo rei habentur, nisi adiuncta alicuius culpabilitatem augeant vel minuunt. §2. In delicto quod sua natura complicem postulat, unaquaeque pars est eodem modo culpabilis, nisi ex adiunctis aliud appareat. §3. Non solum mandans qui est principalis delicti auctor, sed etiam qui ad delicti consummationem inducunt vel in hanc quoquo modo concurrunt, non minorem, ceteris paribus, imputabilitatem contrahunt, quam ipse delicti exsecutor, si delictum sine eorum opera commissum non fuisset. §4. Si vero eorum concursus facilius tantum reddidit delictum, quod etiam sine eorundem concursu commissum fuisset, minorem imputabilitatem secumfert. §5. Qui suum influxum in delictum patrandum opportuna retractatione abduxerit plene, ab omni imputabilitate liberatur, etiamsi exsecutor delictum ob alias causas sibi proprias nihilominus patrauerit; si non abduxerit plene, retractatio minuit, sed non aufert culpabilitatem. §6. Qui in delictum concurrat suum dumtaxat officium negligendo, imputabilitate tenetur proportionata obligationi qua adigebatur ad delictum suo officio impediendum. §7. Delicti patrati laudatio, fructuum participatio, delinquentis occultatio et receptatio aliive actus delictum iam plene absolutum subsequentes, nova delicta constituere possunt, si nempe poena in lege plectantur; sed, nisi cum delinquente de illis actibus ante delictum conventum fuerit, non secumferunt delicti patrati imputabilitatem.

Certamente nel codice canonico vi è una maggiore attenzione, rispetto a quanta non ve ne sia nel codice Zanardelli, per l'aspetto psicologico; tuttavia anche per il *Codex* piobenedettino valgono le osservazioni soprariordinate. Lo sforzo tassonomico del legislatore non riesce, perché è opera impossibile, a esaurire, e quindi a regolare chiaramente, tutte le fattispecie sussumibili nella multiforme categoria della compartecipazione criminosa.

Tra i tanti canonisti che nel periodo successivo all'entrata in vigore del *Codex* del 1917 studiarono il concorso qui voglio ricordare il cardinale Francesco Roberti che, nel suo *De delictis et poenis*. Vol. I, Pars I, *De delictis in genere*, edito a Roma tra la fine degli anni Trenta e i primi anni Quaranta per i tipi del *Pontificium Institutum utriusque iuris*, muove la sua analisi da una lettura storico-comparatistica<sup>33</sup>. Utili approfondimenti traggono anche dall'opera di Gommario Michiels che nel suo *De delictis et poenis* segue, almeno per quanto riguarda il concorso, l'impianto di Roberti<sup>34</sup>. La sintesi con cui Roberti apre la sua trattazione sul concorso, avvalendosi delle principali fonti utilizzate dal legislatore del 1917, descrive assai bene la complessità delle riflessioni della giuscanonistica e delle esperienze che si sono sedimentate strutturandosi in una plurisecolare tradizione.

Nella tradizione romana alcuni giuristi ritenevano che tutti coloro che prendono parte materialmente alla commissione del reato devono essere

<sup>33</sup> F. Roberti, *De delictis et poenis*, Vol. I, Pars I, *De delictis in genere*, Romae, s.d., apud Pontificium Institutum Utriusque Iuris, pp. 207-223.

<sup>34</sup> G. Michiels, *De delictis et poenis*, Vol. I, Pars I, *De delictis, canones 2195-2213*, Parisiis, Tornaci, Romae, Neo Eboraci 1961, pp. 326-363. Cfr. anche G. Cocchi c.m., *Commentarium ad Codicem Iuris Canonici ad usum scholarum. Liber V. De delictis et poenis*, Taurinorum Augustae MCMXXXVIII, pp.24-29; Ch. Berutti o.p., *Institutiones Iuris Canonici. Vol. VI. De delictis et poenis*, Taurini Romae MCMXXXVIII, pp. 37-43.

sanzionati con la stessa pena; altri, invece distinguevano tra *participes principales* (*socii, participes*), che concorrono *pari ratione* alla commissione del reato con gli autori materiali, e *participes accessorii* (*conscii, ministri*), che facilitano l'esecuzione del reato: ai *participes principales* soltanto, e non anche agli *accessorii*, deve essere irrogata la pena sancita per gli autori materiali del reato. Roberti sottolinea, altresì, che nel diritto romano mancano principi generali che spieghino in cosa consista la *participatio materialis*. Per quanto riguarda, poi, la *moralis participatio*, il giurista distingue il *consilium cooperativum* (*opus, consilium*) che integra sempre una forma di compartecipazione, dal *consilium hortativum* (*instigatio*), che integra una forma di compartecipazione solo in alcuni crimini privati e nei *delicta publica*. E se anticamente tutti i compartecipi furono puniti nella stessa misura, nella *cognitio extra ordinem* ai *participes accessorii* fu riservata una pena più mite. Nel diritto germanico invece, la *participatio moralis* fu punita solo in alcuni casi, quella *materialis* sempre. E il *consilium* o il *mandatum* non furono considerati forme di compartecipazione in generale, ma piuttosto forme di *conatus* (tentativo) o di *crimen parziale* o di *periculum criminis*.

Roberti e Michiels passano poi in esame i codici vigenti e distinguono quello tedesco, italiano, ungherese e spagnolo che in generale puniscono con la stessa pena destinata all'autore materiale i *participes principales*, con una pena minore i *participes accessorii*. I codici austriaco e francese, invece, puniscono con la stessa pena tutti i compartecipi, principali e accessorii. Nel codice francese, come anche in quello sovietico sono considerati compartecipi anche quelli che agiscono solo dopo la commissione del reato, come chi nasconda il profitto del reato o offra rifugio ai rei o non li denunci. Anche le norme inglesi e statunitensi equiparano i *principales* e gli *accessorii*, ma tengono distinti i casi di chi intervenga dopo la commissione del reato. Roberti e Michiels tengono lo sguardo rivolto al remoto passato, al diritto romano, e all'immediato presente (i codici vigenti). È raro trovare la stessa sensibilità nei cultori del diritto penale laico positivo: mi riferisco naturalmente solo alla mancata attenzione, almeno nella gran parte dei casi, rivolta al diritto penale canonico negli studi che riguardano il concorso di persone nel diritto penale degli ordinamenti statali, non solo in quelli degli anni recenti che pure rivelano una grande sensibilità verso la storia giuridica, penso per esempio a Sergio Seminara e al suo illuminante studio sulle tecniche normative del concorso di persone<sup>35</sup>, ma anche in quelli degli anni vicini alla promulgazione dei due codici. Qui posso ricordare solo alcune eccezioni. Una è rappresentata da un intervento di Enrico Romano di Falco su *La scuola positiva* del 1919<sup>36</sup>, in cui l'autore descrive sinteticamente le linee fondamentali della legislazione canonica; l'altra è rappresentata dal contributo di Giuseppe Stocchiero, *Diritto penale della Chiesa e dello Stato italiano*, mosso da 'zelo

<sup>35</sup> Per esempio, S. Seminara, *Tecniche normative*, cit.

<sup>36</sup> E. R. Di Falco, *Il diritto penale canonico secondo la codificazione recentissima*, in "La Scuola Positiva nella dottrina e nella giurisprudenza penale", anno XXIX serie III, vol. X (1919), pp. 159-169, in particolare, per il concorso, pp. 164-165.

concordatario' e preoccupato fin dalla prefazione di ricordare che

le Relazioni ufficiali, che accompagnano il progetto e il testo del nuovo codice penale italiano (del 1930, nota mia) fanno più d'una volta appello al testo del *Codex iuris canonici*; e la scuola di perfezionamento in diritto penale, sorta testé, sotto la direzione del prof. Arturo Rocco, presso la R. Università di Roma, tra gli insegnamenti speciali annessi al gruppo giuridico, comprende il diritto canonico, storico e vigente. E, d'altro canto, l'autorevole Civiltà Cattolica (quaderno n. 1932) dichiarava il nuovo codice penale italiano "un vero monumento di sapienza giuridica, le cui disposizioni, eccettuati alcuni pochi punti, sono in perfetta armonia coi principi della morale cristiana"... Per dimostrare la concorde adesione dei due codici... ed a prova che le loro divergenze sono, in fondo, più apparenti che reali, esponiamo in un quadro sinottico, parallelamente, le disposizioni dei due codici. Ferma la diversità dei fini generali, che si propongono le due Autorità e che si riflettono, più o meno, in tutte e singole le norme giuridiche proprie, troviamo, anche in tema di partecipazione nel delitto, importanti corrispondenze e analogie<sup>37</sup>.

E invece, proprio per la ricchissima tradizione di pensiero e per la plurisecolare esperienza che il legislatore del codice del 1917 riesce a sintetizzare nella norma sul concorso, il canone 2209 avrebbe meritato maggiore attenzione, soprattutto da parte dei giuristi e del legislatore italiano che nel 1917, vigente ormai da quasi un trentennio il codice Zanardelli, provano una disciplina del concorso tutta tesa a rispettare il principio della riserva di legge e il criterio della tipizzazione della fattispecie penale e che nel 1930, con il nuovo codice Rocco, si misurano con una disciplina che nella sostanza rimette al giudice l'arduo compito (per rimanere in tema) di definire che cosa sia il concorso.

Roberti inizia affermando che il concorso consiste solo in un'*actio positiva*, in un *facere*, caratterizzati da dolo; che non impedire la commissione del *crimen* costituisce la violazione di un obbligo morale, ma non, almeno in generale, di un obbligo giuridico; che il concorso di reato si ha, in generale, solo se il reato viene consumato. Prosegue poi distinguendo i vari tipi di concorrenti che ricorrono nella tradizione giuscanonistica e che il legislatore del 1917 ha considerato nel descrivere il concorso: *iubentes* e *mandantes* entro i limiti del comando e del mandato; *executores principales* o *socii* o *cooperantes*, e *opem ferentes* e *auxilium praestantes*. Talvolta sulla scia della tradizione germanica sono puniti anche coloro che diano aiuto ai rei dopo la commissione del reato e nei crimini più gravi anche i *ratihabentes*. Per quanto riguarda la pena, poi, si distinguono i *participes principales*, a cui sono equiparati i *iubentes* e i *mandantes*, tutti sanzionati con pena *latae sententiae*, e gli *accessorii*, sanzionati con pena *ferendae sententiae*. Nel caso in cui il reato si realizzi anche senza il loro concorso, si applica una pena più mite. Ma con riguardo alle pene non vi è unanimità di vedute tra i giuristi (per esempio Lega, Wernz, D'Annibale).

La partecipazione si ha tutte le volte in cui un solo crimine ha più autori. Qui

<sup>37</sup> G. Stocchiero, *Diritto penale della Chiesa e dello Stato italiano*, Vicenza 1932, citazioni alle pp. VI-VII e 260-261.

Roberti riferisce che per la scuola positiva, *ut propius prospiceret delinquentibus*, nel concorso vi sono tanti reati distinti quanti sono i concorrenti. Riprende i caratteri della partecipazione criminosa: deve essere esterna, cioè manifesta; deve essere efficace, cioè deve concorrere alla consumazione del reato (il tentativo di concorso non è ammesso); deve essere dolosa, cioè il concorrente deve voler cooperare alla commissione del reato in quanto tale. La partecipazione si distingue in morale (mandato, comando, istigazione), quando concorre al dolo, e fisica (correatà e complicità), quando concorre al dolo e al danno; in principale, se risulta determinante per l'esecuzione del reato, e accessoria, se contribuisce solo a facilitare l'esecuzione del reato; in necessaria e non necessaria, a seconda che il reato per sua natura postuli o non postuli la presenza necessaria di complici che possono assumere tutti un ruolo attivo (duello) o rivestire alcuni un ruolo attivo, altri un ruolo passivo (adulterio).

Le circostanze aggravanti o attenuanti che attengono al grado di imputabilità dell'agente si applicano solo al soggetto interessato (minore, incapace di intendere etc.) Altre circostanze (per esempio lo *status* del soggetto passivo del reato, il luogo, il tempo e i mezzi usati), devono considerarsi per tutti i correi. Le cause esimenti hanno natura personale: chi abbia commesso un reato servendosi di un soggetto non imputabile, non solo è responsabile del reato, ma è considerato l'esecutore diretto del reato stesso. E se le circostanze personali riguardano la natura del reato o ne costituiscono elementi essenziali, benché siano di uno solo dei compartecipi, pesano per ciascuno dei correi (per esempio nell'abuso di autorità, nell'adulterio, nella falsa testimonianza). Così, anche, se tra i correi di un omicidio vi sia il figlio dell'ucciso e il capo di imputazione sia solo omicidio, solo per il figlio si applicherà l'aggravante prevista per il parricida, per gli altri correi no; se invece il capo di imputazione sia parricidio, l'aggravante si estenderà a tutti i correi.

Per quanto riguarda il mandato, cioè l'ordine di eseguire un reato dato al mandatario dal mandante, nell'interesse del mandante stesso, è necessario che il mandatario sia mosso dal mandante a commettere il reato, sia pure per ragioni diverse (*sive suasionibus, sive praemiis, sive sollicitationibus et similibus*); se il mandatario si fosse comunque determinato a commettere il reato anche in assenza del mandato, il mandato viene a cadere, a meno che il mandante non chieda al mandatario di commettere il reato anche in suo nome. È necessario inoltre che il reato venga a compimento, altrimenti, esclusi i casi in cui sia anticipata la soglia di punibilità, vi sarà eventualmente una responsabilità penale del mandante e del mandatario solo a titolo di tentativo o *de delicto frustrato*. Il mandante nel § 3 del canone 2209 è considerato il *principalis delicti auctor*, nel canone 2211 si sancisce la responsabilità solidale del mandante e del mandatario per il risarcimento<sup>38</sup>. Il

<sup>38</sup> Can. 2210. § 1. Ex delicto oritur: <sup>SEP</sup>1° Actio poenalis ad poenam declarandam vel infligendam et ad satisfactionem petendam; 2° Actio civilis ad reparanda damna, si cui delictum damnum intulerit. §2. Utraque actio explicatur ad normam can. 1552- 1959; et idem iudex in criminali iudicio potest ad instantiam partis laesae civilem actionem ad examen revocare et definire.

mandante risponde del reato e di tutte le circostanze che furono determinate nel mandato sia esplicitamente, che implicitamente. Il comando (*iussum*) opportunamente non è considerato nel *Codex*, perché il comando legittimo non costituisce reato, il comando illegittimo non è altro che un *mandatum* aggravato dalla circostanza dell'abuso di autorità. Vi sono poi casi di *iussum* che costituiscono reati a sé stanti quali quelli disciplinati nei canoni 1240 § 1<sup>39</sup>, 2239<sup>40</sup>, 2345<sup>41</sup>.

L'istigazione o *consilium* si ha quando qualcuno suggerisce, non nel proprio interesse, la commissione di un reato attraverso *preces*, *suasiones*, *hortationes* e altri mezzi. Il *consilium* può essere *hortativum* se induce solo alla commissione del reato, *cooperativum* se induce e istruisce, suggerendo condotte etc. Anche nel caso dell'istigazione, come nel caso del mandato, perché vi sia responsabilità del *consulens* o *istigator* è necessario che il reato sia realizzato e che l'esecutore sia stato indotto dal consulente/istigatore a commetterlo, non potendo imputarsi e quest'ultimo la responsabilità del reato, se non in una misura minore (can. 2209 §4) quando l'esecutore si fosse comunque determinato a compierlo. L'istigatore è responsabile nella stessa misura dell'istigato che è il principale esecutore (can. 2209 §3). Può essere punita come tentativo l'istigazione che resti inefficace, cioè che non venga raccolta dall'istigando (can. 2212 §3)<sup>42</sup>. Se il reato è compiuto

---

Can. 2211. Omnes qui in delictum concurrunt ad normam can. 2209, §§1-3 obligatione tenentur in solidum expensas et damna resarciendi quae ex delicto quibuslibet personis obvenerint, licet a iudice pro rata damnati.

<sup>39</sup> Can. 1240. § 1. Ecclesiastica sepultura privantur, nisi ante mortem aliqua dederint poenitentiae signa: 1° Notorii apostatae a christiana fide, aut sectae haereticae vel schismaticae aut sectae massonicae aliisque eiusdem generis societatibus notorie addicti; 2° Excommunicati vel interdicti post sententiam condemnatoriam vel declaratoriam; 3° Qui se ipsi occiderint deliberato consilio;<sup>SEP</sup> 4° Mortui in duello aut ex vulnere inde relato;<sup>SEP</sup> 5° Qui mandaverint suum corpus cremationi tradi; 6° Alii peccatores publici et manifesti. §2. Occurrente praedictis in casibus aliquo dubio, consulatur, si tempus sinat, Ordinarius; permanente dubio, cadaver sepulturae ecclesiasticae tradatur, ita tamen ut removeatur scandalum.

<sup>40</sup> Can. 2239. §1. Poena valide remitti potest praesenti vel absentis, absolute vel sub conditione, in foro externo vel interno tantum. §2. Licet poena etiam ore tenus remitti possit, si tamen scripto inflictata fuerit, expedit ut etiam eius remissio scriptis concedatur.

<sup>41</sup> Can. 2345. Usurpantes vel detinentes per se vel per alios bona aut iura ad Ecclesiam Romanam pertinentia, subiaceant excommunicationi latae sententiae speciali modo Sedi Apostolicae reservatae; et si clerici fuerint, praeterea dignitatibus, beneficiis, officiis, pensionibus priventur atque inhabiles ad eadem declarentur.

<sup>42</sup> Can. 2212. § 1. Quicumque actus posuerit vel praetermiserit qui ad executionem delicti natura sua conducunt, sed delictum non consummaverit, sive quia consilium suum deseruit, sive quia delictum propter insufficientiam vel ineptitudinem mediorum perficere non potuit, delicti conatum committit. §2. Cum omnes actus positi vel omissi sunt qui ad executionem delicti natura sua conducunt et ad delictum perficiendum sufficienti, si ex alia causa, praeter voluntatem agentis, effectum sortiti non sint, delicti conatus dicitur proprio nomine delictum frustratum. §3. Conatus delicti accedit actio illius qui alium ad delictum committendum inducere studuerit, sed inefficaciter. §4. Si conatus delicti peculiari poena in lege muletur, verum constituit delictum.

Can. 2213. §1. Delicti conatus suam habet imputabilitatem, eo maiorem, quo magis ad consummationem accedit, quanquam minorem prae delicto consummato, salvo praescripto §3. §2.

anche nell'interesse dell'istigatore si ha mandato o *societas sceleris*.

Mandante e istigatore sono ritenuti responsabili se il mandatario o l'istigato abbiano compiuto un reato minore, ma compreso in quello per cui avevano ricevuto il mandato o il *consilium* o a cui erano stati istigati (per esempio una mutilazione al posto di un omicidio). E se il mandatario o l'istigato abbiano ecceduto i limiti fissati nel mandato, il mandante o l'istigatore sono parimenti responsabili ove si ritenga che l'eccesso fosse da loro prevedibile.

La *conreitas* in senso proprio si realizza quando più soggetti si accordano per compiere un reato sia che questo presupponga che vi siano complici (can. 2209 § 2), sia negli altri casi (can. 2209 § 2). Nella *conreitas* non assumono rilievo le modalità e le cause che caratterizzano le condotte di chi compie il crimine: se i correi si accordano per commettere un omicidio, tutti risponderanno di questo reato, una volta che sia stato consumato (can. 2209 § 1 e 2), sia quelli che hanno materialmente inferto il colpo mortale, sia quelli che hanno dato un contributo diverso alla condotta delittuosa.

La *complicitas* si ha quando si presta l'opera o si offre aiuto per la consumazione di un reato: può avere carattere morale (si dà conforto a chi si appresta a compiere un reato) o materiale (si procura l'arma al reo). L'aiuto deve essere prestato per la commissione del reato e deve rivelarsi efficace: non rileva che sia diretto o indiretto, mediato o immediato (per esempio chi aiuta un complice diventa egli stesso complice). L'aiuto deve essere determinante per la commissione del reato. Il complice è responsabile nella stessa misura dell'esecutore principale tutte le volte in cui senza il suo intervento il reato non si sarebbe realizzato (can. 2209 § 3), è responsabile in una misura minore, quale *cooperator accessorius*, se il suo intervento abbia reso solo più facile la commissione del reato (can. 2209 § 4).

Il *mandans*, il *iubens* e l'*instigator* che abbiano cambiato idea sulla commissione del reato devono manifestarlo in modo chiaro e devono accertarsi che il destinatario del mandato o del comando o l'istigando ne siano pienamente a conoscenza. Nei confronti dell'istigando, poi, l'istigatore deve agire positivamente presentando argomenti che lo convincano a desistere dal proposito che prima l'istigatore aveva eccitato o anche solo incoraggiato. Se per qualunque ragione il destinatario del mandato, del comando o dell'istigazione non sia venuto a conoscenza dell'avvenuta *retractatio*, il *mandans*, il *iubens* e l'*instigator* restano responsabili, ma solo come *participes morales*. Se, non ostante sia a conoscenza della *retractatio*, l'*executor* compia il reato, questo resta a suo totale carico (can. 2209 § 1). Viceversa, se è l'*executor* a ravvedersi e a non realizzare il reato, della sua *retractatio* si avvantaggiano tutti, poiché la mancata esecuzione del reato comporta l'assenza di responsabilità in capo a tutti i concorrenti. E se a

---

Delictum frustratum magis culpabile est, quam simplex delicti conatus.<sup>[1]</sup> §3. Ab omni imputabilitate liberatur qui sponte ab incepta delicti executione destiterit, si nullum ex conatu damnum aut scandalum ortum sit.

ravvedersi è l'*auxiliator* (per esempio non fornisce più le armi promesse), se il reato non si realizza, nessuno dei concorrenti ne è responsabile; se si realizza comunque, l'*auxiliator* è esente da responsabilità, se il suo aiuto e la sua opera siano venute meno *perfecte*.

Riassumendo, la responsabilità dei concorrenti viene meno quando vi sia stata una *plena retractatio*, diminuisce negli altri casi. Se, nonostante la *plena retractatio* dei concorrenti, il reato venga consumato, esso resta a carico del solo *executor principalis*. La desistenza dell'*executor principalis* dalla commissione del reato esenta, invece, dalla responsabilità per quel reato, sempre che non abbia dato occasione a danno o a scandalo, l'*executor* stesso, ma non il *mandans*, il *inbens* l'*instigator* per i quali può residuare una misura di responsabilità (can. 2212 § 3). L'*executor*, o qualcuno dei correi o dei complici che, una volta posti in essere tutti gli atti necessari alla consumazione del reato, ne abbia impedito spontaneamente il compimento, sarà ritenuto responsabile solo a titolo di tentativo, gli altri a titolo di *delictum frustratum*.

La *delicti patrati laudatio*, la *fructuum participatio*, la *delinquentis occultatio et receptatio* sono esempi di aiuto prestato ai rei dopo la commissione del delitto e rilevano penalmente, cioè integrano una forma di concorso nel reato, solo se siano state promesse prima della commissione del reato, perché solo in questo caso ne influenzano la commissione, fermi restando i casi in cui il *favor* successivo costituisca un reato a sé stante come quando si ometta di denunciare i rei o si impedisca o si ostacoli l'azione della giustizia.

Alla luce di quanto detto fin qui posso ora provare a rispondere ad alcune delle domande che avevo posto all'inizio: come la soluzione scelta dal codice del 1917 si pone rispetto alla tradizione del *ius commune* e in che misura il legislatore del 1917 è riuscito a tipizzare in una norma generale e astratta la complessa molteplicità dei caratteri presenti nelle fattispecie in cui di volta in volta si manifesta nell'esperienza il concorso?

Credo sia innegabile che nel *Codex piobenedettino*, così come nel codice Zanardelli, il legislatore abbia cercato di tipizzare le infinite modalità che integrano il concorso: per il codice di diritto canonico non sono in grado di affermare quanto in concreto questo tentativo abbia avuto gli effetti di sottrarre al giudice margini di discrezionalità per assicurare il rispetto dei principi di tassatività, di riserva di legge e di non retroattività della legge penale, perché non ho, fino a questo momento, strumenti ed elementi di valutazione per azzardare una conclusione. Con riferimento alla codificazione del 1917 si può affermare che, se certamente del tutto nuova è la tecnica normativa adottata dal legislatore, tecnica che può pienamente definirsi in linea con quella di tutte le codificazioni ottocentesche e novecentesche, non altrettanto può dirsi del contenuto della disciplina, in grandissima parte debitrice della secolare tradizione del *ius commune*, solidamente ancorata alle categorie della *complicitas* e della *conreitas*. Forse a capire il punto che il codice del 1917 occupa nella linea lungo la quale la disciplina del concorso si sviluppa nel corso dell'esperienza storica può aiutare l'esame del

codice che sostituisce quello del 1917 e, sia pure in misura diversa, anche di altri codici, quello penale italiano del 1930 e quello canonico per le chiese orientali del 1990.

5. Il concorso nel *Codex* del 1983, nel *Codex canonum ecclesiarum orientalium*, nel Codice Rocco.

Nel codice di diritto canonico del 1983 si adotta una formula molto più asciutta per disciplinare il concorso, direi più essenziale, ma anche più povera, rispetto a quella adottata nel 1917:

Can. 1329 - §1. Coloro che di comune accordo concorrono nel delitto, e non vengono espressamente nominati dalla legge o dal precetto, se sono stabilite pene *ferendae sententiae* contro l'autore principale, sono soggetti alle stesse pene o ad altre di pari o minore gravità. §2. Incorrono nella pena *latae sententiae* annessa al delitto i complici non nominati dalla legge o dal precetto, se senza la loro opera il delitto non sarebbe stato commesso e la pena sia di tal natura che possa essere loro applicata, altrimenti possono essere puniti con pene *ferendae sententiae*.

Nel nuovo codice la chiesa abbandona lo sforzo tipizzatorio e abbraccia pienamente la teoria della causalità adeguata rimettendo al giudice di individuare se nelle fattispecie sottoposte alla sua attenzione ricorrano i presupposti per applicare la norma sul concorso.

Lo stesso percorso ha seguito nel 1930 il legislatore italiano. Il codice Zanardelli del 1889 sul punto non aveva dato buona prova di sé: nei fatti la tipizzazione proposta nell'art. 63 e ss., proprio perché insufficiente, aveva finito in concreto per essere modellata dalla giurisprudenza per rispondere alle esigenze di repressione criminale con buona pace del principio di riserva di legge e di tassatività della legge penale. Alfredo Rocco nella Relazione al Progetto del codice afferma

In materia di concorso di più persone nel medesimo reato, il Progetto ha profondamente innovato sul diritto vigente, abbandonando la distinzione tra partecipazione primaria (correatà) e partecipazione secondaria (complicità), tra partecipazione morale o psichica, e partecipazione materiale, tra correi e cooperatori immediati, tra complici necessari e non necessari. Esigenze teoriche e pratiche hanno ispirato il sistema adottato, che equipara tutte le forme di concorso, principali ed accessorie, morali e materiali. Il criterio di un'eguale responsabilità per tutte le persone, che sono concorse nel reato, è in diretta dipendenza del principio, che si è accolto nel regolare il concorso di cause nella produzione dell'evento; principio in forza del quale tutte le condizioni, che concorrono a produrre l'evento, son cause di esso.

Rilevai già, illustrando l'articolo 45, che le disposizioni sul rapporto di causalità si riferiscono a tutte le cause, brute o intelligenti; onde è facile intendere come, anche nell'ipotesi che il fatto sia stato oggetto di attività di più persone, l'evento deve essere messo a carico di tutti i concorrenti, che, con la propria azione, contribuirono



a determinarlo: il legame, invero, che avvince le attività dei vari concorrenti, si realizza in un'associazione di cause coscienti, alle quali è dovuto l'evento e, perciò, a ciascuno dei compartecipi deve essere attribuita la responsabilità dell'intero.

Il Progetto, insomma, come già nel regolamento del rapporto causale, rifiuta di ammettere, in conformità della più autorevole dottrina, anche in tema di concorso di più persone nel reato, la possibilità di discernere e separare le quote di causalità nella determinazione di un evento, ritenendo che tutto quanto è stato posto in essere, perché l'evento si produca, debba considerarsi indivisibile causa di questo.

Nel concorso di più persone nello stesso reato, ricorre altresì un elemento, che non solo giustifica il riconoscimento dell'inscindibile rapporto causale tra le varie attività e l'evento, ma reclama ancora che identico sia il titolo del reato, del quale tutti debbono essere chiamati a rispondere. Tale elemento è costituito dalla *scientia maleficii*, ossia dalla coscienza di contribuire in qualsiasi misura al fatto altrui: coscienza da cui promana il legame, che stringe le varie azioni, e conferisce il carattere unitario al reato commesso con la partecipazione di più persone.

È stato osservato che la distinzione tra correi e complici si presenta come una realtà, che ognuno può riconoscere nella pratica, e che il legislatore non può ignorare, e si è, perciò, da alcuni, insistito perché venga, nel Progetto, ripristinata. Non mi è sembrata fondata l'osservazione, e non ho creduta meritevole di accoglimento la richiesta<sup>43</sup>.

Rocco sottolinea che la distinzione dovrebbe misurare una varietà quantitativa dell'importanza causale da assegnare alle diverse azioni dei concorrenti. Ma tale varietà quantitativa contrasterebbe con l'unicità ed inscindibilità del rapporto causale e risulterebbe, nella pratica, impossibile da realizzare.

È opportuno ricordare, in proposito, che precisamente per le esigenze pratiche la dottrina e la giurisprudenza si sono invano affaticate a ricercare un criterio sicuro, per distinguere, nel concorso di più persone nel reato, le ipotesi di correatità e quelle di complicità.

La realtà, a cui viene accennato, si ridurrebbe ad una constatazione di varietà quantitativa dell'importanza causale, che si dovrebbe assegnare alle diverse azioni dei concorrenti. Ma tale constatazione, a prescindere dalla sua inesattezza ed irrilevanza giuridica per tutto quanto si è detto sulla unicità ed inscindibilità del rapporto causale, non è neanche possibile nella contemplazione dei casi della pratica, dall'esame dei quali, invece, si apprende che la preordinata catalogazione dell'entità dell'apporto di ciascun concorrente non può essere che arbitraria, perché in concreto il giudizio è in relazione ad una infinità di circostanze, che sono sottratte ad ogni previsione, essendo il loro valore diverso, nelle innumerevoli modalità dei fatti.

E adunque pienamente giustificato l'accoglimento del principio dell'eguaglianza della responsabilità, e quindi, in massima, dell'eguaglianza della pena per tutti coloro, che comunque partecipano al reato.

Il modo di partecipazione al reato può essere preso in considerazione, non per assegnare alle singole azioni dei concorrenti una diversa importanza causale, ma per dedurne elementi sintomatici sulla maggiore o minore pericolosità dei colpevoli, ed

<sup>43</sup> A. Rocco, *Relazione sul libro I del Progetto*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Roma 1929, vol V, parte I, pp. 165-166.

a questo criterio obbediscono le aggravanti e le attenuanti prevedute negli articoli 109 e 110, nonché la disposizione dell'articolo 111 del Progetto preliminare, soprattutto dopo la modificazione che a tale disposizione ho portata nel testo, che viene presentato all'esame della Commissione<sup>44</sup>.

L'art. 110 abbandona la strada intrapresa con il codice Zanardelli:

Quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita, salve le disposizioni degli articoli seguenti.

Il codice Rocco sanziona il concorso, prevede circostanze aggravanti e attenuanti, detta regole per commisurare la pena, ma rimette nella sostanza al giudice il compito di individuare in concreto quali siano i comportamenti che integrano il concorso stesso<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> A. Rocco, *Relazione sul libro I del Progetto*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Roma 1929, vol V, parte I, pp. 165-166.

<sup>45</sup> Art. 111: Chi ha determinato a commettere un reato una persona non imputabile, ovvero non punibile a cagione di una condizione o qualità personale, risponde del reato da questa commesso, e la pena è aumentata. Se si tratta di delitti per i quali è previsto l'arresto in flagranza, la pena è aumentata da un terzo alla metà.

Se chi ha determinato altri a commettere il reato ne è il genitore esercente la responsabilità genitoriale, la pena è aumentata fino alla metà o, se si tratta di delitti per i quali è previsto l'arresto in flagranza, da un terzo a due terzi.

Art. 112. Circostanze aggravanti: La pena da infliggere per il reato commesso è aumentata:

- 1) se il numero delle persone, che sono concorse nel reato, è di cinque o più, salvo che la legge disponga altrimenti;
- 2) per chi, anche fuori dei casi preveduti dai due numeri seguenti, ha promosso od organizzato la cooperazione nel reato, ovvero diretto l'attività delle persone che sono concorse nel reato medesimo;
- 3) per chi, nell'esercizio della sua autorità, direzione o vigilanza, ha determinato a commettere il reato persone ad esso soggette;
- 4) per chi, fuori del caso preveduto dall'articolo 111, ha determinato a commettere il reato un minore di anni 18 o una persona in stato di infermità o di deficienza psichica, ovvero si è comunque avvalso degli stessi o con gli stessi ha partecipato nella commissione di un delitto per il quale è previsto l'arresto in flagranza.

La pena è aumentata fino alla metà per chi si è avvalso di persona non imputabile o non punibile, a cagione di una condizione o qualità personale, o con la stessa ha partecipato nella commissione di un delitto per il quale è previsto l'arresto in flagranza. Se chi ha determinato altri a commettere il reato o si è avvalso di altri o con questi ha partecipato nella commissione del delitto ne è il genitore esercente la responsabilità genitoriale, nel caso previsto dal numero 4 del primo comma la pena è aumentata fino alla metà e in quello previsto dal secondo comma la pena è aumentata fino a due terzi. Gli aggravamenti di pena stabiliti nei numeri 1, 2 e 3 di questo articolo si applicano anche se taluno dei partecipi al fatto non è imputabile o non è punibile.

Art. 113. Cooperazione nel delitto colposo: Nel delitto colposo, quando l'evento è stato cagionato dalla cooperazione di più persone, ciascuna di queste soggiace alle pene stabilite per il delitto stesso. La pena è aumentata per chi ha determinato altri a cooperare nel delitto, quando concorrono le condizioni stabilite nell'articolo 111 e nei numeri 3 e 4 dell'articolo 112.

Art. 114. Circostanze attenuanti: Il giudice, qualora ritenga che l'opera prestata da taluna delle persone che sono concorse nel reato a norma degli articoli 110 e 113 abbia avuto minima importanza nella preparazione o nell'esecuzione del reato, può diminuire la pena. Tale disposizione non si applica nei casi indicati nell'articolo 112. La pena può altresì essere diminuita per chi è stato determinato a commettere il reato o a cooperare nel reato, quando concorrono le condizioni stabilite nei numeri 3 e 4 del primo comma e nel terzo comma dell'articolo 112.

Insomma, con tutti i limiti propri delle approssimazioni, credo che nel codice Zanardelli e in quello piobenedettino il legislatore ha cercato di recuperare negli articoli dedicati al concorso il variegato e ricco *thesaurus* stratificatosi nella tradizione sforzandosi di conciliare le multiformi manifestazioni concorsuali con le rigide formule del codice. Nel codice Rocco, in considerazione dell'esperienza maturata nel quarantennio della vigenza del codice Zanardelli, il legislatore ha abbandonato gli intenti tipizzatori che ormai avevano mostrato il loro carattere velleitario. Continuando in questa lettura "approssimativa", consapevole dei rischi connessi ai limiti delle approssimazioni, ho l'impressione che un fenomeno analogo si sia verificato nel campo della codificazione canonica: l'intento tipizzatorio del 1917 ha lasciato il posto nel codice del 1983 ad una formulazione che nella sostanza mira alla punizione del concorso senza definirlo se non marginalmente e parzialmente. E questa impressione resta confermata, e accresciuta, dalla lettura del canone 1417 del *Codex Canonum ecclesiarum orientalium* del 1990 che rimette direttamente alla prudenza del giudice l'arduo compito di punire con la stessa pena prevista per l'autore principale o con altra pena, della stessa o di minore gravità, coloro che abbiano concorso nella commissione di un reato.

Can. 1417 - Qui communi delinquenti consilio in delictum concurrunt neque in lege vel praecepto expresse nominantur, eisdem poenis ac auctor principalis puniri possunt vel ad prudentiam iudicis aliis poenis eiusdem vel minoris gravitatis.

Naturalmente, il riferimento all'art. 1417 del codice canonico per le chiese orientali non può non tener conto delle peculiarità e dell'autonomia<sup>46</sup> del CCEO che con il *Codex* del 1983 costituisce un sistema:

Nel campo del diritto penale, come è noto, tra le peculiarità del CCEO vi è quella riguardante l'esclusione del foro interno dall'ambito penale, dalla quale scaturisce la conseguenza che non è prevista la remissione della pena nel foro interno sacramentale. Questo aspetto è strettamente collegato con l'assenza delle pene *latae sententiae*, non solo perché queste sono sconosciute alla tradizione canonica orientale, ma anche perché tutte le pene previste dal CCEO sono pene medicinali: esse presuppongono una malattia dello spirito che esige una diagnosi e l'imposizione di una cura al fine di emendare il reo<sup>47</sup>.

---

Art. 115. Accordo per commettere un reato. Istigazione: Salvo che la legge disponga altrimenti, qualora due o più persone si accordino allo scopo di commettere un reato, e questo non sia commesso, nessuna di esse è punibile per il solo fatto dell'accordo. Nondimeno, nel caso di accordo per commettere un delitto, il giudice può applicare una misura di sicurezza. Le stesse disposizioni si applicano nel caso di istigazione a commettere un reato, se la istigazione è stata accolta, ma il reato non è stato commesso. Qualora la istigazione non sia stata accolta, e si sia trattato d'istigazione a un delitto, l'istigatore può essere sottoposto a misure di sicurezza.

<sup>46</sup> O. Condorelli, *Il CCEO: un codice autenticamente orientale?*, in *Il CCEO. Strumento per il futuro delle Chiese orientali cattoliche*. Atti del Simposio di Roma, 22-24 febbraio 2017, Centenario del Pontificio Istituto Orientale (1917-2017), a cura di G. Ruysen, S.J. – S. Kokkaravalayil, S.J., Roma, 2017, pp. 273-306, a p. 289.

<sup>47</sup> O. Condorelli, *Il CCEO: un codice autenticamente orientale?*, cit., p. 278: "il CCEO e i diritti particolari

Ricordo per completezza — ma non so se abbia avuto un'influenza sul mutamento di regolamentazione del concorso — che, in seguito al Concordato, lo stato Vaticano, ordinamento particolare distinto dalla Chiesa universale, recepisce con l'art. 22 del Trattato lateranense il codice Zanardelli: nasce un assai complesso rapporto tra le fonti recettizie dello stato e il diritto canonico<sup>48</sup>.

6. Determinatezza della norma penale. Principio ingombrante? Preoccupazione “eccessiva”? Qualche suggerimento dai progetti di riforma (ad oggi non realizzata) del legislatore italiano del '900.

Forse un ulteriore elemento di riflessione può venire dalla conoscenza del dibattito intorno alla disciplina del concorso di persone svoltosi all'interno delle diverse commissioni incaricate di predisporre il progetto del nuovo codice penale italiano.

I progetti assumono come punto fermo l'esperienza maturata nell'applicazione dell'art. 110 del codice penale che — sanzionando il concorso, e omettendo di tipizzarne gli elementi costitutivi, la cui individuazione rimette alla giurisprudenza — svolge una funzione delicatissima che la giurisprudenza più sensibile e avvertita ha rilevato.

La Commissione Pagliaro (8 febbraio 1988- 25 ottobre 1991), incaricata di predisporre il testo del disegno di legge sulla delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione di un nuovo codice penale, dopo aver esaminato le varie opzioni, propone l'art. 26.1. nello Schema di legge delega per la riforma:

Prevedere che concorra nel reato chi, nella fase ideativa, preparatoria o esecutiva, dà un contributo necessario, o quanto meno agevolatore, alla realizzazione dell'evento

---

delle Chiese *sui iuris* sono destinati a integrarsi in un macrosistema del quale fanno parte il *Codex Iuris Canonici* e la costituzione *Pastor Bonus* sulla Curia Romana. È noto come questo pensiero sia stato più volte manifestato da Giovanni Paolo II con la metafora della Chiesa che deve respirare con “due polmoni” e “ardere nella carità con un solo cuore dai due ventricoli”. Ed è significativo che il Pontefice legislatore abbia inteso i due Codici e la *Pastor Bonus* come componenti, potremmo dire “membra”, di un unico *Corpus iuris canonici*, recuperando così non solo un'espressione tradizionale, ma anche il senso di un'esperienza ecclesiale fondata su un'ampia articolazione del sistema normativo e sulla dialettica tra universale e particolare”.

<sup>48</sup> Art. 22: “A richiesta della Santa Sede e per delegazione che potrà essere data dalla medesima o nei singoli casi o in modo permanente, l'Italia provvederà nel suo territorio alla punizione dei delitti che venissero commessi nella Città del Vaticano, salvo quando l'autore del delitto si sia rifugiato nel territorio italiano, nel qual caso si procederà senz'altro contro di lui a norma delle leggi italiane. La Santa Sede consegnerà allo Stato italiano le persone, che si fossero rifugiate nella Città del Vaticano, imputate di atti, commessi nel territorio italiano, che siano ritenuti delittuosi dalle leggi di ambedue gli Stati. Analogamente si provvederà per le persone imputate di delitti, che si fossero rifugiate negli immobili dichiarati immuni nell'art. 15, a meno che i preposti ai detti immobili preferiscano invitare gli agenti italiani ad entrarvi per arrestarle”. Sul punto, da ultimo, G. Dalla Torre e G. Boni (curr), *Il diritto penale della Città del Vaticano. Evoluzioni giurisprudenziali*, Torino 2014, pp. 90-106, e letteratura ivi citata.

offensivo. Si concorre per agevolazione solo nei casi in cui la condotta ha reso più probabile, più pronta o più grave la realizzazione dell'evento offensivo.

All'incirca negli stessi anni (1991), la Cassazione, smentendo definitivamente l'originaria opzione causale, sancisce la punibilità di ogni

contributo di ordine materiale o psicologico idoneo, con giudizio di prognosi postuma, alla realizzazione anche di una soltanto delle fasi di ideazione, organizzazione o esecuzione dell'azione criminosa posta in essere da altri soggetti<sup>49</sup>.

e afferma:

Perché si configuri la fattispecie del concorso di persone nel reato non è necessario che il contributo di ciascuno si ponga come condizione, sul piano causale, dell'evento lesivo. Infatti la teoria causale del concorso — fatta propria dalla relazione al codice penale — contrasta con il dettato dell'art. 110 c.p. e la funzione estensiva cui la normativa sul concorso adempie, consentendo di attribuire tipicità a comportamenti, che di per sé ne sarebbero privi, quando abbiano in qualsiasi modo contribuito alla realizzazione collettiva.

La stessa sentenza sottolinea acutamente che

ai fini della sussistenza del concorso deve ritenersi sufficiente che la condotta di partecipazione si manifesti in un comportamento esteriore che arrechi un contributo apprezzabile alla commissione del reato, mediante il rafforzamento del proposito criminoso o l'agevolazione dell'opera degli altri concorrenti e, in sostanza, che il partecipe, per effetto della sua condotta, idonea a facilitarne l'esecuzione, abbia aumentato le possibilità di produzione dell'evento, perché in forza del reato associativo diventano sue anche le condotte degli altri concorrenti<sup>50</sup>.

La Commissione Grosso (1 ottobre 1998-15 luglio 1999) muove dall'assunto:

La norma sul concorso di persone, insieme a quelle sul tentativo e sul reato omissivo improprio, vale ad ampliare la tipicità delle fattispecie incriminatrici della parte speciale. Tale estensione, per quanto necessaria, porta con sé il grave ed evidente pericolo di svuotare la tassatività dei precetti penali, conferendo loro un'illimitata capacità operativa; donde l'esigenza che essa si realizzi alla luce di criteri improntati al principio di determinatezza... l'art. 110 presenta però una valenza meramente tautologica, esauendo la sua funzione nell'equiparazione della pena per i concorrenti... La scelta legislativa di appiattire sullo sfondo della medesima cornice di pena tutti i concorrenti nel reato, indipendentemente dalla condotta in concreto esplicata, determina inoltre uno svuotamento della tassatività delle fattispecie incriminatrici nella parte relativa alla sanzione, almeno ove si ritenga che questa sia modellata sul disvalore del fatto tipizzato. L'idea che tutti i partecipi siano egualmente responsabili dell'evento criminoso cui hanno contribuito si risolve infatti nel duplice assunto che le norme penali sono costruite esclusivamente come

<sup>49</sup> Cassazione pen., sez. VI, 6 novembre 1991 (pres. Salaria, rel. Calfapietra) Afelba c. altri, in *Cassazione penale*, 1993, p. 295.

<sup>50</sup> Cassazione pen., sez. I, udienza dell'11 marzo 1991 (la sentenza è del 12 luglio 1991), in "Rivista penale", 1992, p. 498.

lesione di beni giuridici tipizzati e che la volizione del reato comune compensa l'eventuale deficit di apporto obiettivo. È opinione largamente consolidata, tuttavia, che il diritto penale conosce solo lesioni tipizzate di beni e che la valutazione dell'elemento soggettivo può avvenire solo all'interno del fatto realizzato, che costituisce il fondamento e il limite della sanzione. In breve: il vigente art. 110 apre intollerabili spazi di indeterminatezza sia nella individuazione delle condotte punibili, sia nel loro trattamento sanzionatorio<sup>51</sup>.

e, considerando opportuno abbandonare la distinzione tra contributi necessari ed agevolatori, propone una formula così concepita:

Concorre nel reato chiunque abbia partecipato o istigato alla sua esecuzione ovvero rafforzato il proposito di altro concorrente o agevolato l'esecuzione fornendo aiuto o assistenza...

La Commissione Grosso è convinta della “pessima prova” dell'art. 110 del codice penale Rocco, che per il suo *eccessivo* deficit di tassatività ha costretto il giudice ad un'*eccessiva* discrezionalità applicativa nella individuazione delle condotte penalmente rilevanti, con il risultato di una *eccessiva* dilatazione della responsabilità a titolo di concorso di persone nel reato. D'altra parte fare ricorso nella tipizzazione delle condotte punibili a schematismi *eccessivi* rischierebbe di escludere dall'area della responsabilità penale contributi alla realizzazione del reato che sarebbe pericoloso lasciare impuniti. Per il resto, la Commissione Grosso, recependo le preoccupazioni rilevate da una Commissione di studio della Corte di Cassazione il 15 luglio 1999, in cui si paventava il rischio che l'eccessiva discrezionalità applicativa del giudice nella individuazione delle condotte penalmente rilevanti portasse “addirittura a far ritenere passibile di eccezione di costituzionalità l'intero capo III del titolo IV nel nostro codice” — ma giustamente preoccupata della *eccessiva* rigidità di un sistema di ‘dettagliata elencazione’ dei tipi di concorso aveva auspicato una soluzione che mediasse *ragionevolmente* fra esigenze di (un minimo di) determinatezza ed inevitabili margini di prudenziale genericità nella configurazione delle condotte concorsuali.

Occorre dunque procedere ad una tipizzazione delle condotte punibili che, pur evitando schematismi eccessivi, i quali rischierebbero, all'eccesso opposto, di escludere dall'area della responsabilità penale contributi causali alla realizzazione del reato che sarebbe fuori luogo lasciare impuniti, costringa comunque il giudice a rilevare effettivamente, verificare con attenzione, e motivare adeguatamente, la presenza e il tipo di apporto causale alla realizzazione del reato di ciascun concorrente. In questa prospettiva la Commissione ha riproposto la definizione che aveva già indicato in via esemplificativa nel documento di base: “concorre nel reato chiunque partecipa alla sua esecuzione, ovvero determina o istiga altro concorrente,

<sup>51</sup> Così scrive Sergio Seminara, estensore materiale del documento *La disciplina del concorso di persone nel reato. i reati associativi*, nell'ambito della Commissione Grosso per la riforma del codice penale (1 ottobre 1998) (allegato alla Relazione del 15 luglio 1999), Sottocommissione: Seminara, Canzio, Randazzo, Turone. Il documento è consultabile nel sito web del Ministero della Giustizia: [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it).

o ne agevola l'esecuzione fornendo aiuto o assistenza" (art. 45 comma 1), ritenendo che essa configuri tipi di concorso sufficientemente elastici, tali da non rischiare di circoscrivere arbitrariamente l'area della punibilità creando vuoti di tutela, comunque idonei ad assicurare quella esigenza di provare la realizzazione di un apporto causale significativo che costituisce presupposto indispensabile di tipicità della disciplina del concorso di persone nel reato. Avendo, in questa scelta, il conforto autorevolissimo del parere predisposto dalla Commissione della Corte di Cassazione. La Cassazione infatti, giustamente preoccupata della eccessiva rigidità di un sistema di 'dettagliata elencazione' dei tipi di concorso che poteva trasparire dalla lettura di parte del documento di base, ha significativamente osservato che "la soluzione prospettata 'in via esemplificativa' può costituire (invece) una soluzione senz'altro accettabile sul terreno di una ragionevole mediazione fra esigenze di (un minimo di) determinatezza ed inevitabili margini di prudenziale genericità nella configurazione delle condotte concorsuali. Non può certo affermarsi che la formula proposta contenga — come in premessa richiesto — una 'dettagliata' elencazione dei 'tipi' di condotta concorrente (restando innegabile la persistente genericità delle formule della 'partecipazione', della 'agevolazione', del 'rafforzamento', ecc.), ma non vi è dubbio che essa appaia sufficientemente esaustiva sul piano di quel minimo di determinatezza necessario ai fini del rispetto del principio di tassatività e tipicità legale". Questa tipizzazione è, da un lato, sufficientemente elastica per non creare vuoti di tutela, e nel contempo sufficientemente 'orientativa' in sede di applicazione della legge penale: alla sua stregua il giudice sarà infatti in ogni caso obbligato a provare la esistenza di una reale determinazione o istigazione di altro concorrente, ed a motivare tale esistenza; sarà obbligato a provare la presenza di una agevolazione che si sia concretata in specifiche condotte di 'aiuto o assistenza', e motivare tale esistenza, ecc.<sup>52</sup>.

Le conclusioni della Commissione della Corte richiamano con buon senso l'irriducibilità e l'incomprimibilità delle molteplici forme di correatità in una scatola tipizzata e l'irrinunciabile, e ragionevole, prudenziale genericità della configurazione delle condotte concorsuali.

Ancora qualche anno più tardi, la Commissione Pisapia, 19 novembre 2007, incaricata di predisporre il nuovo progetto di riforma del codice, così si pronunciava sul concorso:

La priorità che si è posta la Commissione nel disciplinare il concorso di persone nel reato è stata quella di assicurare la definizione del contributo punibile, nel rispetto dei principi di determinatezza, tassatività e chiarezza della legge penale, anche al fine di ridurre il tasso di genericità dell'attuale formulazione dell'art. 110 c.p. Per evitare clausole generiche, non sufficientemente determinate, quale quella dell'attuale art. 110 c.p., si è scelto di individuare nella tipologia del contributo prestato alla realizzazione del fatto il criterio generale che conferisce rilevanza alla condotta concorsuale, specificando che concorre nel reato chi partecipa alla sua deliberazione, preparazione o esecuzione, ovvero chi, determinando o istigando altro concorrente o prestando un aiuto obiettivamente diretto alla realizzazione

<sup>52</sup> Commissione Grosso per la riforma del codice penale (1 ottobre 1998), *Relazione preliminare* (12 settembre 2000). *Progetto preliminare di riforma del codice penale - parte generale*. La relazione è consultabile nel sito web del Ministero della Giustizia [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it).

medesima, apporta un contributo causale alla realizzazione del fatto (art. 20 lettera a)<sup>53</sup>.

Sulla proposta della Commissione Pisapia non è necessario alcun commento: ritornano, dopo più di un secolo, le stesse espressioni del codice del 1889 (articoli 63 e 64) che per la loro “determinatezza” allarmano i giudici (cfr. Relazione della Commissione della Corte di Cassazione).

Ma la Commissione non può fare a meno di ricorrere alla valutazione discrezionale del giudice per misurare i “limiti” e le “proporzioni” del contributo materiale e psicologico offerto alla realizzazione del fatto:

La vigente disciplina del concorso di persone lascia configurare forme di responsabilità oggettiva, equiparando contributi radicalmente diversi dal punto di vista dell'elemento psicologico, come avviene nel caso previsto dall'art. 116 c.p. Per questa ragione si è ritenuto di fornire una risposta anche all'esigenza di adeguare il sistema ai principi di colpevolezza e proporzionalità dell'intervento punitivo. Ne è derivata una disposizione per cui ciascun concorrente deve rispondere del reato nei limiti e in proporzione al contributo materiale e psicologico offerto alla realizzazione del fatto<sup>54</sup>.

La cultura giuridica medievale e della prima età moderna aveva avvertito l'insufficienza del criterio causale che — proiezione delle conoscenze scientifiche dell'età dei lumi e della modernità — costituirà nei sistemi codificati il fulcro centrale della misura della responsabilità dei concorrenti. Quel criterio mostra oggi la sua assoluta inadeguatezza, anche alla luce delle nuove conoscenze scientifiche — si pensi agli studi sulle organizzazioni e sulla complessità — che ne suggeriscono la sostituzione con criteri diversi, multifattoriali, che tengano conto delle molteplici, multiformi e variabili relazioni che caratterizzano la compartecipazione criminosa<sup>55</sup>.

## 7. Il canone 2209: equilibrio tra tradizione e rivoluzione (codificatoria)

Il progetto di Pio X, portato a termine da Benedetto XV, è assai ambizioso e i limiti da subito evidenziati da Mario Falco non ne diminuiscono il valore. Si tratta di un'opera a suo modo rivoluzionaria: la Chiesa adotta la forma del Codice per darsi una nuova legislazione generale ed esaustiva, entro certi limiti autointegrantesi, in cui, trova il modo di riordinare, con una distribuzione delle

<sup>53</sup> La relazione è consultabile nel sito web del Ministero della Giustizia [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it).

<sup>54</sup> La relazione è consultabile nel sito web del Ministero della Giustizia [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it).

<sup>55</sup> In questa nuova prospettiva cfr. gli studi di S. Aleo, e la letteratura ivi citata, *Causalità, complessità e funzione penale. Per un'analisi funzionalistica dei problemi della responsabilità penale* (Milano 2003) 101 ss.; *Il diritto flessibile*, in “Rassegna penitenziaria e criminologica” 8.2 (2004) 41 ss. e le osservazioni dello stesso Aleo, *Diritto penale e complessità. La problematica dell'organizzazione e il contributo dell'analisi funzionalistica*, Torino 1999, p. 47 ss., in particolare, per i profili della configurabilità del concorso esterno nei delitti associativi.



materie che costituisce una cesura rispetto al passato, una plurisecolare tradizione stratificata in interventi normativi che si sono sovrapposti gli uni agli altri. L'esigenza di certezza del diritto che guida il legislatore; l'articolazione in norme astratte redatte ispirandosi al criterio di economicità della descrizione della fattispecie; la pretesa di "esaustività"; il ridimensionamento della tradizione sono tutte caratteristiche che fanno senza dubbio del *Codex iuris canonici* un codice, anche a volere accogliere solo alcune delle osservazioni di Paolo Ghetti<sup>56</sup>, un codice *sui generis*, ma comunque un codice. Forse, come è stato notato da Eduardo Baura,

La tendenza onnicomprensiva del codice, da un lato, e la scarsa presenza della giurisprudenza, dall'altro, hanno finito per contaminare la dottrina, troppo impegnata nel districare il senso del testo legale e forse meno attenta allo studio delle soluzioni dei problemi concreti secondo giustizia, alla luce della tradizione canonica e delle culture giuridiche contemporanee. In altre parole, la canonistica ha abbandonato in grande misura la scienza della *iuris prudentia* per passare a quella della *iuris logica*. In questo modo, si è realizzato un paradosso storico: la codificazione canonica, dapprima riluttante verso il fenomeno codificatore, ha instaurato di fatto un sistema giuridico più codicistico degli altri ordinamenti giuridici<sup>57</sup>.

Certo, nella codificazione di fine Settecento e dell'Ottocento i codici seguono le cesure costituzionali segnate da rivoluzioni o da consistenti cambiamenti e aggiustamenti degli equilibri politici. Nella Chiesa della fine dell'Ottocento e dei primi del Novecento non si registrano cesure e cambiamenti di tal genere, ma la Chiesa — forte della sua natura teandrica e consapevole della missione catecontica<sup>58</sup> — deve comunque accomodarsi, trovare una nuova collocazione nella società che sta rapidamente cambiando, anche per indirizzare il cambiamento e guidare i *fideles* verso la salvezza. E non può farlo senza un nuovo strumento che vada incontro alle esigenze di un clero che reclama regole più chiare, più facilmente rinvenibili, meno oscure nel dettato e meno lontane dall'esperienza quotidiana: il *Codex* è lo strumento moderno che la Chiesa, che vive nel tempo e del tempo, reinterpreta a modo suo, forte di una continuità che ha costruito su una solida tradizione. Nel Codice del 1983, invece, come spiega Giovanni Paolo II nella Costituzione apostolica *Sacrae Disciplinae Leges* del 25 gennaio 1983, si ha uno stretto riferimento rispetto al Concilio, vitale e salutare cesura nella storia della Chiesa:

---

<sup>56</sup> P. Ghetti, *Il primo Codice di diritto canonico: fu vera codificazione?*, in "Apollinaris" 3/76.1-2(2003), pp. 827-887.

<sup>57</sup> E. Baura, *Lo spirito codificatore e la codificazione latina*, in "Ius Ecclesiae", 29.1 (2017), pp. 15-37, cit. a p. 37; ora anche in E. Baura, N.s Álvarez de las Asturias, Thi. del Sol (curr), *La codificazione e il diritto nella Chiesa*, op. cit., pp. 35-69; cit. p. 69.

<sup>58</sup> P. Cappellini, *Forma-Codice e diritto canonico. Appunti per una riflessione*, in "Quaderni di diritto e politica ecclesiastica" 1 (2017), pp. 9-33, in particolare 27-28 e letteratura ivi citata.

la riforma del Codice di diritto canonico appariva nettamente voluta e richiesta dallo stesso concilio, il quale aveva rivolto la massima attenzione alla chiesa. Com'è evidente, quando fu dato il primo annuncio della revisione del codice, il concilio era un'impresa del tutto futura. Si aggiunga che gli atti del suo magistero e, segnatamente, la sua dottrina intorno alla chiesa sarebbero stati messi a punto negli anni 1962-1965; tuttavia non è chi non veda come l'intuizione di Giovanni XXIII sia stata esattissima, e bisogna dire a ragione che la sua decisione provvide in prospettiva al bene della chiesa. Pertanto, il nuovo codice, che oggi viene pubblicato, ha necessariamente richiesto la precedente opera del concilio; e benché sia stato preannunciato insieme con l'assise ecumenica, tuttavia esso cronologicamente la segue, perché i lavori intrapresi per prepararlo, dovendosi basare sul concilio, non poterono aver inizio se non dopo la sua conclusione. Volgendo oggi il pensiero all'inizio del lungo cammino, ossia a quel 25 gennaio dell'anno 1959, ed alla stessa persona di Giovanni XXIII, promotore della revisione del codice, debbo riconoscere che questo codice è scaturito da un'unica e medesima intenzione, che è quella di restaurare la vita cristiana. Da una tale intenzione, in effetti, tutta l'opera del concilio ha tratto le sue norme ed il suo orientamento.

Il codice del 1917 è invece essenzialmente rivolto a riordinare le norme su cui si regge la Chiesa: le pagine del *Monitore ecclesiastico* di Casimiro Gennari nelle annate relative ai decenni che precedono la promulgazione del codice costituiscono la prova migliore della necessità del nuovo codice e dell'impossibilità per la chiesa e per i pastori del secolo XX di continuare ad applicare le norme del *Corpus iuris canonici*, monumento di raffinatissima ed universale sapienza giuridica, norme, però, difficili da adattare a molte delle fattispecie presenti nell'esperienza del secolo XX, senza voler considerare le complicate ricerche delle norme successive che avevano previsto nuove discipline, di solito senza esplicita abrogazione delle precedenti, aggiunto nuovi principi o solo modificato i vecchi. Non stupisce quindi che Pio X l'11 gennaio 1904 si rivolga al cardinale Gennari con queste parole:

Facendo tesoro del santo suggerimento che l'Eminenza Vostra mi ha dato, conviene dar principio all'opera troppo necessaria dello studio per la compilazione del Codice Canonico; e perciò prego l'Eminenza Vostra di preparare un brevissimo motu proprio da spedirsi a tutti quegli Eminentissimi Cardinali e Consultori, che in seguito designeremo insieme come i più abili per tale lavoro<sup>59</sup>.

Valgono per il discorso che sto cercando di condurre le osservazioni di Fantappié:

Venendo agli aspetti formali si capisce come la codificazione canonica sia da intendere come "statica" o "conservativa" piuttosto che "dinamica" o "innovativa", anche se opera una serie di adattamenti e modifiche dei contenuti normativi resi necessari dalle trasformazioni della Chiesa e della società... lo scopo primario dell'opera è consistito nella stessa codificazione o migliore ordinamento delle leggi

<sup>59</sup> La lettera autografa è pubblicata nel "Monitore ecclesiastico" del 1917, *Il codice canonico e il nostro fondatore*, alle pp. 269-270 e in altre opere.

esistenti... questa finalità era stata chiaramente annunciata nel m.p. *Arduum sane munus* con cui Pio X intendeva “ut universae Ecclesiae leges, ad haec usque tempora editae, lucido ordine digestae, in unum coligerentur, amotis inde quae abrogate essent aut obsoletae”. In tal senso l’opera è stata voluta principalmente per consolidare e sistematizzare le fonti classiche, gli sviluppi legislativi dell’età moderna e la giurisprudenza di Curia post-tridentina. Solo come scopo secondario e accessorio la codificazione ha avuto per oggetto la riforma e l’unificazione del diritto vigente per l’intera Chiesa... A differenza, poi, di altri codici civili, quello canonico non ha una finalità scientifica-teorica ma eminentemente pedagogica e pratica, non si basa sulla “giurisprudenza dei concetti” ma su un diritto ancora fondamentalmente casistico sviluppatosi dalla tradizione romana e reinterpretato dalla scienza canonica moderna. Non è un complesso di leggi rigide e assolute, ma di canoni che devono essere sempre reinterpretati alla luce del principio dell’equità canonica. Non è rivolto solo a persone esperte di diritto ma anche ai più umili operatori pastorali. Tra le sue funzioni ha anche quella di introdurre i principi teorici che regolano la trattazione, le definizioni degli istituti e la distinzione delle loro specie<sup>60</sup>.

In sintesi, il *Codex* del 1917 apparterebbe alla categoria delle “nuove sistemazioni legislative” che si collocano a metà tra una legislazione completamente nuova e una mera riorganizzazione del diritto esistente. Ancora Fantappié:

Il diritto canonico avrebbe raggiunto nella forma codice il punto di arrivo di una tendenza all’autorazionalizzazione iniziata nell’età di Graziano secondo i metodi della teologia del XII secolo, e proseguito nell’età-post tridentina secondo metodi presi a prestito dalla scienza del diritto civile. L’apparentamento con le metodologie giuridiche statuali e secolari avrebbe rafforzato la tendenza a “formalizzare” il diritto canonico, a trasformare i suoi istituti in concetti, a depurare questi concetti del loro sostrato etico e religioso, finendo con l’elaborare una costruzione giuridica che si legittima non più in risposta alle esigenze storiche concrete della Chiesa, ma nella coerenza “logica” dell’ordine giuridico stesso<sup>61</sup>.

Per definire cosa sia una nuova sistemazione legislativa Fantappié muove dalle due concezioni metodologiche che ispirano i codici moderni (sistema scientifico, chiuso e deduttivo) e il codice canonico (sistema legislativo, aperto e classificatorio). Il sistema scientifico rinvia a un sistema chiuso ed esaustivo e “quindi alla possibilità di derivare logicamente la soluzione di qualsiasi caso concreto da principi prestabiliti”; il sistema legislativo del *Codex*, invece, rinvia a un sistema che non pretende di essere esaustivo e presuppone un modello di ragionamento topico-dialettico retto su principi (intesi in senso antiformalistico) che non sono di per sé evidenti ma indotti da fonti autorevoli o desunti razionalmente dall’esame dei casi e dei problemi<sup>62</sup>. Come opportunamente

<sup>60</sup> C. Fantappié, *Chiesa romana, II. cit.*, p. 1056 e ss.

<sup>61</sup> C. Fantappié, *Per la storia della codificazione canonica (A cento anni dal suo avvio)*, in *“Ius Ecclesiae”* 16 (2004) pp. 41-65, cit. a pag. 64.

<sup>62</sup> Fantappié, *Chiesa romana, II. cit.* p. 1057 e ss.

osserva Fantappiè i due sistemi idealtipi non trovano una realizzazione perfetta in nessun codice, piuttosto servono a individuare e classificare le caratteristiche di ciascun codice. Se dovessimo allora valutare quale tipo di codice si presta meglio a gestire e disciplinare le molteplici e sempre variabili e nuove *figurae* in cui concretamente si realizza il concorso di persone, dovremmo concludere che la materia del concorso difficilmente può essere disciplinata in un codice che sia modellato con gli strumenti offerti dal sistema scientifico chiuso e deduttivo. Ancora meglio, se dovessimo impegnarci in questa valutazione non potremmo esimerci dal considerare che i codici che si sono ispirati all'idealtipo sistema scientifico, hanno dato, come più volte hanno scritto le commissioni di studio, pessima prova.

La Chiesa vive nel tempo e avverte che è necessario dotarsi di strumenti nuovi per affrontare le nuove emergenze. Il *Codex* del 1917 è un documento ufficiale, un monumento normativo. Pochi anni più tardi nuovi codici, questa volta codici solo nei nomi, in effetti progetti costituzionali, costituiranno la risposta alle nuove emergenze della società che la Chiesa vuole affrontare, la proposta di costruzione di una nuova società fondata su principi cristiani. Non avranno il crisma dell'ufficialità, ma lasceranno segni pesanti nella fondazione di nuovi modelli costituzionali: penso alla carta sociale di Malines o al codice di Camaldoli. A differenza del *Codex* non saranno avvertiti come documenti e progetti che riguardano il clero, ma da subito costituiranno modelli per le nuove società.

Il *Codex*, invece, segna una certa separazione del diritto canonico da una parte dei suoi destinatari naturali. È percepito infatti come un diritto degli uomini di Chiesa, di preti, suore, monaci, diaconi, religiosi, e poco percepito come diretto a tutti i *fideles Christi*<sup>63</sup>. Intorno al *Codex iuris canonici*, al di fuori della Chiesa e degli scritti specialistici dei canonisti, c'è silenzio. I giornali dell'epoca danno una breve notizia del *motu proprio Arduum sane munus* nel 1904 e della cerimonia della promulgazione, qualche sparuta notizia nel corso dei tredici anni di preparazione, ancora qualche brevissima notizia, relativa più che altro all'aspetto cerimoniale, nei giorni della consegna del nuovo codice al Papa e della promulgazione.

Pur con questi limiti e con quelli segnalati già dal 1917 da Falco, il *Codex* segna una rivoluzione<sup>64</sup>.

Guardando al canone 2209, o al *Codex* attraverso il canone 2209, da un lato si può affermare che la chiesa sintetizza in quel canone il deposito di una plurisecolare *prudentia iuris* e per fissare la tradizione adotta il nuovo strumento del codice,

---

<sup>63</sup> "Ein Klerikerrecht" e, ancora, "Die katholische Kirche ist die Kirche des Klerus" secondo U. Stutz, *Der Geist des Codex iuris canonici. Eine Einführung in das auf Geheiß Papst Pius X. verfasste und von Papst Benedikt XV. erlassene Gesetzbuch der Katholischen Kirche*, Stuttgart 1918, p. 85.

<sup>64</sup> Per tacere dei dubbi e delle perplessità che già dal 1904 manifestava F. Ruffini, *La codificazione del diritto ecclesiastico*, in *Studi di diritto in onore di Vittorio Scialoja*, Milano 1905, vol. II, pp. 353-391.

l'armatura giuridica — uso le parole di Grossi — di cui la Chiesa Romana sembrava aver bisogno di fronte a tante incombenti minacce<sup>65</sup>;

dall'altro, con riferimento al diritto penale canonico e laico (si pensi al giudizio netto di Rocco a proposito della esclusione di una differenziazione tra i concorrenti nel reato), possono riprendersi le parole di Jemolo:

Il diritto penale ecclesiastico conserverà sempre delle caratteristiche sue peculiari, che lo distingueranno da quello degli Stati. Non mi pare tuttavia impossibile che nell'ora storica in cui siamo il distacco possa tendere a divenire meno ingente. Man mano che nei diritti statali penetra il concetto di uno scopo supremo ben determinato, non di mera conservazione dello Stato, ma di suo sviluppo secondo una determinata idea; man mano che i diritti statali tendono sempre più a legarsi ad una fede, ad un insegnamento, il quale debba informare la vita dello Stato e penetrare ed affermarsi nella coscienza dei sudditi; più è probabile ch'essi accolgano alcuni di quest'istituti che abbiamo visto nel diritto penale della Chiesa. Più è probabile cioè ch'essi escludano alcune di quelle autolimitazioni, rispondenti obiettivamente al principio della certezza del diritto ma che subiettivamente costituivano un limite che lo Stato credeva di doversi imporre in omaggio alla libertà ed ai diritti subiettivi dei cittadini, che da circa un secolo e mezzo erano apparse essenziali di ogni normazione penale<sup>66</sup>.

In questa riflessione Jemolo evidenzia le ragioni che possono contribuire a spiegare la frizione tra rispetto del principio di tassatività e necessità di disporre di uno strumento agile e duttile per la repressione criminale. Nel *Codex* del 1917, l'adesione del legislatore al metodo e allo schema codificatorio conduce al canone 2209, nello sforzo di tipizzare e ricondurre a termini astratti e generali le molteplici forme in cui può realizzarsi il concorso. In quello del 1983 si attribuisce al giudice un margine di discrezionalità più ampio nell'individuazione delle condotte penalmente rilevanti. Sul fronte del diritto laico, l'adesione del legislatore al metodo e allo schema codificatorio nel codice Zanardelli conduce al tentativo di tipizzare il concorso, tentativo abbandonato dallo Stato fascista, ma, va detto, tentativo assai difficile da portare a termine per le ragioni anzidette che poco dipendono da ideologie.

Tornando al diritto canonico, in entrambi i casi, 1917 e 1983, la scelta per il codice non si rivela

---

<sup>65</sup> “In un giurista sicuramente positivista (cioè saldamente fermo nel primato e nel rispetto assoluto della legge positiva) qual era Gasparri, in un giurista che percepiva, respirava e si compiaceva di respirare un clima... per molti versi post-tridentino, il Codice, più che un servile atto imitatorio, fu una scelta ritenuta necessaria, fu l'armatura giuridica di cui la Chiesa Romana sembrava aver bisogno di fronte a tante incombenti minacce”: P. Grossi, *Valore e limiti della codificazione del diritto (con qualche annotazione sulla scelta codicistica del legislatore canonico)*, in “Jus. Rivista di scienze giuridiche” LII (2005), pp. 345-359, in particolare 358-359, ora anche in Grossi, *Scritti canonistici*, cit., pp. 247-263, in particolare 262-263.

<sup>66</sup> A.C. Jemolo, *Peculiarità del diritto penale ecclesiastico*, in *Studi in onore di Federico Cammeo*, I, Padova 1933, p. 733.

una scelta neutrale e priva di conseguenze, la trasformazione del diritto canonico in un codice ha avuto un'incidenza diretta sulla natura e sull'interpretazione della norma<sup>67</sup>.

Concludo richiamando per l'ultima volta la frase ciceroniana che probabilmente ha ispirato, direttamente, o attraverso la mediazione di Agostino, l'esordio del *motu proprio* del 19 marzo 1904 con cui Pio X, otto mesi dopo la sua elezione, promuove la redazione del *Codex iuris canonici*. Cicerone era ben consapevole della difficoltà di esporre l'*ars rethorica* in un trattato, e rivolgendosi a Bruto, che del *De oratore* era il destinatario, così scriveva:

“Magnum opus omnino et arduum, Brute, conamur; sed nihil difficile amanti puto”  
(*De Oratore*, 10.33).

Nello stesso senso Agostino, nella prefazione del *De civitate Dei*, rivolgendosi a Marcellino, concludeva così

“Fili carissime Marcelline, suscepi, magnum opus et arduum, sed Deus adiutor noster est” (*De Civitate Dei*, I. pr).

Nulla è difficile per chi ama, secondo il pagano Cicerone; per Agostino, tutte le difficoltà, anche le più grandi, possono affrontarsi se si ha l'aiuto di Dio.

---

<sup>67</sup> C. Fantappiè, *Per la storia della codificazione canonica*, cit. pp. 41-65, cit. a pag. 65.