

ORIENTAMENTI

ETTORE SQUILLACI

Concorso ‘anomalo’ e recidiva. ‘Sofferenza’ del principio di colpevolezza e circostanze privilegiate nella disciplina dell’art. 116 c.p.

Prendendo spunto dalla recente sentenza n. 55/2021 della Corte costituzionale, il contributo si sofferma sui delicati rapporti tra recidiva reiterata e concorso ‘anomalo’. Le ragioni della ravvisata incostituzionalità dell’art. 69, co. 4, c.p., nella parte in cui sanciva il divieto di prevalenza della circostanza attenuante prevista dall’art. 116, co. 2, c.p. sulla recidiva reiterata, offrono la possibilità di effettuare una riflessione di ordine più generale sul ruolo sistematico dell’art. 116 c.p. al metro del principio di colpevolezza e sui limiti dei tentativi di fornirne una lettura costituzionalmente orientata.

Abnormal participation in crime and recidivism. ‘Suffering’ of legal culpability and privileged circumstances in the art. 116 of Criminal Code

Starting from the recent sentence no. 55/2021 of the Constitutional Court, the work focuses on the delicate relationship between repeated recidivism and ‘abnormal’ participation in crime. The reasons of the unconstitutionality of art. 69, co. 4, Criminal Code, in the part in which it sanctioned the prohibition of prevalence of the extenuating circumstance provided by art. 116, co. 2, Criminal Code, on repeated recidivism, offer the opportunity to make a more general reflection on the systematic role of the latter provision in terms of legal culpability and the limits of attempts to provide a constitutionally oriented reading.

SOMMARIO: 1. La lunga marcia del sindacato di costituzionalità sul ‘privilegio’ accordato alla recidiva reiterata. - 2. I termini della questione devoluta alla Corte costituzionale e il quadro d’assieme. - 3. Dall’‘oggettivo’ al ‘soggettivo’ nella valutazione della ragionevolezza della ‘blindatura’. - 4. Il ‘caso’ della variante individuale al piano comune. Le ‘stagioni’ dell’art. 116 c.p. - 4.1. Qualche digressione sulla divergenza tra ‘voluto’ e ‘realizzato’ nello schema dell’art. 116 c.p. - 4.1.1. Lettera e ratio dell’art. 116 c.p. I pericoli del concettualismo. - 4.1.2. Quali strade per la conversione della responsabilità oggettiva in responsabilità colpevole? - 4.1.3. I rischi di incostituzionalità di una lettura del vigente art. 116 c.p. come base legale di una imputazione colpevole ‘differenziata’. - 4.2. L’art. 116 c.p. alla prova della prassi: la caccia alla colpa nel concorso ‘anomalo’. - 4.3. Presente e futuro dell’art. 116 c.p. - 5. Recidiva e concorso ‘anomalo’. - 6. Riflessioni conclusive.

1. *La lunga marcia del sindacato di costituzionalità sul ‘privilegio’ accordato alla recidiva reiterata.* Con la sentenza n. 55 del 2021 la Corte costituzionale è stata nuovamente chiamata a sindacare la legittimità della deroga all’ordinario giudizio di bilanciamento tra circostanze prevista dalla c.d. legge *ex Cirielli* (5 dicembre 2005, n. 251)¹. Si tratta della nota disciplina costituita da un mecca-

¹ Recante «Modifiche al codice penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di pre-

nismo che potremmo definire di ‘blindatura a base parziale’, poiché limita solo taluni possibili esiti del giudizio di bilanciamento. Nel senso che preclude al giudice unicamente la facoltà di dichiarare la prevalenza delle attenuanti sull’aggravante della recidiva reiterata, restando comunque salva la possibilità di una valutazione di equivalenza tra le circostanze eterogenee, con conseguente applicazione della pena-base del reato.

La declaratoria di parziale illegittimità costituzionale dell’art. 69, co. 4, c.p. – oggetto delle modifiche introdotte nel 2005 – riprende il percorso argomentativo avviato sin dalla sentenza n. 251 del 2012, che aveva ravvisato l’illegittimità della norma in questione con riferimento all’attenuante (oggi elevata ad autonoma figura di reato) di cui all’art. 73, co. 5, d.P.R. n. 309 del 1990, concernente la «lieve entità» nel delitto di produzione e traffico illecito di sostanze stupefacenti. Percorso poi proseguito con altre pronunzie accomunate dalla declaratoria di illegittimità dell’art. 69, co. 4, c.p., sempre nella parte in cui prevedeva il divieto di prevalenza, sulla recidiva reiterata, di talune circostanze attenuanti concernenti la dimensione *stricto sensu* offensiva del fatto. Ossia quelle previste dall’art. 648, ult. co., c.p. (concernente i casi di «particolare tenuità» nel delitto di ricettazione)², dall’art. 609-*bis*, co. 3, c.p. (relativa ai casi di «minore gravità» nel delitto di violenza sessuale)³, nonché dall’art. 219, co. 3, l. fall. (afferente il «danno patrimoniale di speciale tenuità» nei delitti di bancarotta e ricorso abusivo al credito)⁴.

A questo primo gruppo di sentenze, qualificabile alla stregua di un vero e proprio ‘sciame di precedenti’⁵, si accompagnano le ulteriori pronunzie con le quali la Corte costituzionale ha dichiarato l’incostituzionalità dell’art. 69, co. 4, c.p. anche nella parte in cui ‘privilegiava’ la recidiva reiterata, proteggendola dal divieto di soccombenza, rispetto ad attenuanti non direttamente incidenti sulla struttura oggettiva del reato, ma concernenti, rispettivamente, la condotta *post delictum* dell’autore, premiato per effetto del suo ravvedimento attuoso, e la ridotta imputabilità cagionata da un vizio parziale di mente. Ci si riferisce, più in particolare, all’attenuante prevista dall’art. 73, co. 7, d.P.R. n. 309/1990, destinata a trovare applicazione allorquando il reo si sia adoperato per evitare che il delitto di produzione e traffico di stupefacenti venga portato

scrizione».

² Corte cost., sent. n. 105/2014.

³ Corte cost., sent. n. 106/2014.

⁴ Corte cost., sent. n. 205/2017.

⁵ Riprendiamo qui l’efficace espressione impiegata, sia pure in relazione ad altro settore della materia penalistica, da MANES, *Lo “sciame di precedenti” della Corte costituzionale sulle presunzioni in materia cautelare*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 458 ss.

a conseguenze ulteriori⁶, e a quella disciplinata dall'art. 89 c.p., espressiva della minore rimproverabilità dell'agente che abbia delinquito in una condizione di ridotta capacità di intendere e volere⁷.

Già la semplice elencazione degli interventi della Corte costituzionale - tutti protesi a rimodellare lo statuto del recidivo reiterato (art. 99, co. 4, c.p.), eliminando le aberranti conseguenze della blindatura 'parziale' introdotta dalla novella dell'art. 69, co. 4, c.p. - dà l'idea dell'estrema delicatezza della materia scrutinata. Ma fa anche dubitare seriamente, in una prospettiva di più ampio respiro, dell'effettiva volontà attuale del legislatore di affrontare e risolvere i tanti problemi indotti dalla previsione di automatismi sanzionatori spesso destinati a provocare, tra le altre cose, manifeste e irragionevoli sproporzioni punitive.

In sintesi estrema, filo conduttore di queste sentenze è il rilievo secondo il quale l'art. 69, co. 4, c.p., precludendo la prevalenza delle circostanze attenuanti sulla recidiva reiterata, realizza «una deroga rispetto a un principio generale che governa la complessa attività commisurativa della pena da parte del giudice, saldando i criteri di determinazione della pena base con quelli mediante i quali essa, secondo un processo finalisticamente indirizzato dall'art. 27, terzo comma, Cost., diviene adeguata al caso di specie anche per mezzo dell'applicazione delle circostanze (...)»⁸. Da qui - pur nella varietà di sfumature delle singole pronunzie - il ravvisato contrasto tra la norma censurata e i principi costituzionali di uguaglianza (art. 3), offensività del reato (art. 25, co. 2) e proporzionalità della pena (art. 27, co. 1 e 3).

Nel primo caso perché il congegno normativo avrebbe condotto ad applicare pene identiche a violazioni di rilievo penale significativamente diverso. Nel secondo perché avrebbe comportato un'abnorme enfatizzazione delle componenti soggettive del reato riconducibili alla recidiva reiterata, intesa come problematico punto di sintesi di colpevolezza e pericolosità, senz'altro congeniale ad esigenze spicce di natura politico-criminale ma molto meno adatto ad ineccepibili sistemazioni su basi dommatiche⁹, a detrimento di quelle oggettive che dovrebbero invece qualificare un assetto ordinamentale fondato sul primato del fatto e dell'offesa. Nell'ultimo perché avrebbe reso possibile l'applicazione di una pena sproporzionata all'effettiva gravità del reato com-

⁶ Corte cost., sent. n. 74/2016.

⁷ Corte cost., sent. n. 73/2020.

⁸ In questa direzione, cfr. Corte cost., sent. n. 251/2012, n. 183/2011, n. 105/2014 e n. 106/2014.

⁹ Sulla controversa catalogazione della recidiva tra le circostanze del reato, AMBROSETTI, *Recidiva e recidivismo*, Padova, 1997, 20 ss. e *passim*.

messo, privandola della sua connaturata vocazione rieducativa che implica anche un costante rapporto di corrispondenza tra qualità e quantità della sanzione, da una parte, e grado dell'offesa, dall'altra¹⁰.

2. *I termini della questione devoluta alla Corte costituzionale e il quadro d'assieme.* Nella vicenda ora sottoposta all'esame della Corte costituzionale, il divieto legislativo di soccombenza della recidiva reiterata rispetto all'attenuante del capoverso dell'art. 116 c.p. è stato dichiarato illegittimo per violazione dei principi di proporzionalità della pena e di uguaglianza. Per un verso si è ritenuto che siffatto divieto rischiasse di dar luogo ad un trattamento sanzionatorio tale da impedire alla pena di esplicare la sua tendenziale funzione rieducativa, con conseguente violazione dell'art. 27, co. 3, Cost. Per altro verso che potesse vanificare la stessa funzione della diminuzione prevista dall'art. 116, co. 2, c.p. Ossia quella volta a «sanzionare in modo diverso situazioni profondamente distinte sul piano dell'elemento soggettivo (quello del correo che pone in essere l'evento diverso e più grave e quello di chi vuole il reato meno grave senza prevedere, colpevolmente, che questo possa degenerare nel fatto più grave)»¹¹.

Il presupposto dell'intera argomentazione è quello – notissimo – secondo il quale «la legittimità, in via generale, di trattamenti differenziati per il recidivo, ossia per “un soggetto che delinque volontariamente pur dopo aver subito un processo ed una condanna per un delitto doloso, manifestando l'insufficienza, in chiave dissuasiva, dell'esperienza diretta e concreta del sistema sanzionatorio penale” (...), non sottrae allo scrutinio di legittimità costituzionale le singole previsioni»¹². Donde la riscontrata irragionevolezza del privilegio accordato alla recidiva reiterata nel giudizio di bilanciamento.

Ciò premesso, non intendiamo soffermarci sulle innovazioni – pesantemente sbilanciate in senso autoritario e anche per questo oggetto di sferzanti critiche in dottrina¹³, cui si sono subito accompagnate decise 'resistenze' anche da par-

¹⁰ Corte cost., sent. n. 341/1994.

¹¹ Cfr. § 9 del *Considerato in diritto*.

¹² Cfr. Corte cost., sent. n. 251/2012, n. 105 e n. 106/2014.

¹³ MARINUCCI, *Certezza d'impunità per i reati gravi e “mano dura” per i tossicodipendenti in carcere*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 170 ss.; DOLCINI, *Le due anime della legge “ex Cirielli”*, in *Corr. merito*, 2006, 1 ss.; ID., *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, in *Cass. pen.*, 2007, 515 ss.; PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida dir., Dossier*, 1/2006, 32 ss.; MELCHIONDA, *Commento agli artt. 2 e 3 della legge 5 dicembre 2005, n. 251*, in *Leg. Pen.*, 2006, 420 ss.; ID., *La nuova disciplina della recidiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 181 ss.; ROSTI, *Effetti della recidiva reiterata su attenuanti generiche e comparazione*, in Scalfati (a cura di), *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva. Analisi della legge 5 dicembre 2005, n. 251*, Padova, 2006,

te della magistratura¹⁴ - introdotte sul terreno del giudizio di bilanciamento dalla c.d. legge *ex Cirielli*. Ci limitiamo ad osservare che il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulla recidiva reiterata, pur costituendo espressione di una tecnica tradizionalmente impiegata dal nostro legislatore, volta a contrarre gli spazi di discrezionalità del giudice imponendo presunzioni di (maggiore) pericolosità, preclusioni probatorie e automatismi sanzionatori¹⁵, denota profili di assoluta novità che segnano chiare rotture con le trascorse esperienze legislative¹⁶.

A differenza di quanto avvenuto in passato, infatti, la deroga all'ordinaria operatività del giudizio di bilanciamento non riguarda singole figure di reato, il cui spiccato allarme sociale giustifichi un incremento di intensità della risposta punitiva, ma è inserita nella parte generale del codice ed investe qualunque

5.

¹⁴ La prima questione di costituzionalità del 'nuovo' art. 69, co. 4, c.p. risale ad appena due mesi di distanza dalla promulgazione della riforma legislativa del 2005. A questa prima ordinanza di rimessione seguì una congerie di ulteriori ordinanze, tutte dettate dalla sospetta incostituzionalità del divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulla recidiva reiterata. La conseguente sentenza n. 192/2007, pur contenendo una formale declaratoria d'inammissibilità, mostra una natura per certi versi assimilabile a quella delle sentenze interpretative. In quella occasione, infatti, la Corte non fornì alcuna interpretazione della normativa oggetto del giudizio di legittimità (art. 69, co. 4, c.p.), ma si soffermò su quella con la quale quest'ultima entra in relazione (art. 99, co. 4, c.p.), ritenendo che i possibili effetti incostituzionali dipendessero non tanto dall'automatismo contenuto nel 'nuovo' co. 4 dell'art. 69 c.p., quanto dal fatto che il co. 4 dell'art. 99 c.p. disponesse (o non disponesse) l'obbligatorietà della recidiva reiterata.

¹⁵ L'introduzione della prima ipotesi di circostanza 'privilegiata' coincise con l'entrata in vigore dell'art. 1, co. 1, l. 15 dicembre 1979, n. 625, concernente l'aggravamento dei reati commessi per finalità di terrorismo ed eversione dell'ordinamento democratico. Sul punto, DE FRANCESCO, *Commento agli artt. 1 e 2, l. 6 febbraio 1980, n. 15*, in *Leg. pen.*, 1981, 35 ss. Per alcune ricostruzioni dei vari precedenti del divieto, cfr. PECCIOLI, *Le circostanze privilegiate nel giudizio di bilanciamento*, Torino, 2010, 4 ss., 9 ss. e 14 ss.

L'attuale art. 270-bis 1, co. 2, c.p. prevede che le circostanze attenuanti diverse da quelle previste negli artt. 98 e 114 c.p. «non possono essere ritenute prevalenti o equivalenti» rispetto all'aggravante della finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico di cui al primo comma e alle aggravanti autonome e indipendenti; ed aggiunge che in tali casi «le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alle predette aggravanti». La medesima disciplina si rinvie nell'art. 416-bis 1, co. 2, c.p. con riferimento alle aggravanti dell'impiego del metodo mafioso e della finalità di agevolazione mafiosa. Previsioni analoghe si riscontrano negli artt. 280, co. 5, 280-bis, co. 5, 628, co. 5, 590-quater e 69-bis c.p. Sul tema, nella manualistica, DE VERO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2020, 609 - 610.

¹⁶ Il 'privilegio' accordato dal legislatore alle circostanze del reato ha riguardato quasi esclusivamente le aggravanti. Le uniche ipotesi di attenuanti 'blindate' sono quelle della minore età (art. 98 c.p.), 'fissata' dalla Corte costituzionale con le note sentenze del 1994 con le quali si stabilì che quest'ultima dovesse restare esclusa dal giudizio di bilanciamento nel caso in cui fosse concorsa con circostanze aggravanti implicanti la pena dell'ergastolo o nel caso in cui nella fattispecie base fosse previsto l'ergastolo, e quella della dissociazione attuosa (art. 8 d.l. n. 152/1991, convertito in l. n. 203/1991). Sul punto, cfr. PECCIOLI, *Le circostanze privilegiate nel giudizio di bilanciamento*, cit., 19.

reato circostanziato, purché commesso da una certa classe di autori che già una banale osservazione empirica consente di collocare prevalentemente nelle fasce sociali più emarginate.

In disparte le conseguenze che ciò comporta su un piano sistematico, dato che l'allontanamento dai tipi legali avviene anche attraverso la moltiplicazione delle ipotesi circostanziali, le quali non infrequentemente assumono un rilievo determinante (se non addirittura decisivo) sul piano della selezione e dell'intensità afflittiva delle conseguenze del reato¹⁷, qui si rende soprattutto necessario sottolineare un altro aspetto. Ossia che l'inderogabilità del divieto di soccombenza della recidiva reiterata, 'protetta' per effetto di un meccanismo di blindatura parziale, non risponde ad una *ratio* di tipo oggettivo, tesa a tutelare interessi ritenuti particolarmente rilevanti a fronte di un'accentuata offensività del fatto. Bensì ad una *ratio* puramente soggettiva, curvata sui trascorsi criminali del reo e, quindi, in linea con le classiche cadenze discriminatorie delle quali il diritto penale del tipo d'autore è facile strumento.

Sarebbe un fuor d'opera insistere sulle tante criticità di un sistema nel quale parossismi sanzionatori, 'norme-manifesto', ma anche selezioni tipologiche 'esemplari' restituiscono l'immagine di un modello penalistico ad elevato tasso simbolico, in cui il *surplus* di offerta punitiva non garantisce alcuna reale riduzione dei livelli di criminalità. Un modello attraversato da pulsioni securitarie volte a trasmettere aspettative illusorie di assicurazione sociale, se del caso agitando lo *slogan* della 'tolleranza-zero' nei confronti di quel 'nemico' che in questo caso emblematicamente si identifica, per l'appunto, nel recidivo reiterato. Una figura, questa, circondata da presunzioni congeniali alla generale rigidità del nostro assetto sanzionatorio, anche di recente esaltata dal ridimensionamento delle attenuanti generiche¹⁸, nonché - per ciò che attiene alle soluzioni di parte speciale - dalla diffusa previsione di limiti edittali troppo elevati, mediante i quali il legislatore punta a contrarre la discrezionalità del giudice, sino a lasciare intendere che qualunque sia stata la modalità del fatto (anche la più favorevole), lo Stato presume che questo reato, in concreto, non possa comunque essere diversamente valutato¹⁹. Risultando il minimo della

¹⁷ PREZIOSI, *La fattispecie qualificata*, Padova, 2000, 228 ss.

¹⁸ Si consideri il terzo comma dell'art. 62-bis c.p., introdotto dall'art. 1 del d.l. 23 maggio 2008, n. 92, convertito con modificazioni dalla legge 24 luglio 2008, n. 125, ai sensi del quale «in ogni caso, l'assenza di precedenti condanne per altri reati a carico del condannato non può essere, per ciò solo, posta a fondamento della concessione delle circostanze di cui al primo comma».

¹⁹ Emblematica, in questa direzione, la vicenda dei reati di omicidio e lesioni personali stradali, sulla quale sia consentito il rinvio a SQUILLACI, *Ombre (e poche) luci nella introduzione dei reati di omicidio e lesioni personali stradali*, in *Dir. pen. cont.*, 18 aprile 2016, 1 ss.

pena già di per sé stesso ragguagliato a fatti di media gravità e, quindi, tale da implicare una sorta di eliminazione mentale dei fatti lievi che si presumono inesistenti. Anziché rendere (o tentare di rendere) il diritto aderente al fatto, si ha come l'impressione che si ambisca ad allineare il fatto a un diritto aprioristicamente ritenuto 'giusto'²⁰.

Il punto è che nel 2005 il legislatore, ignaro o consapevole che fosse della rilevanza anche 'politica' della riforma, ha inciso su uno degli aspetti maggiormente identificativi dello Stato democratico, sostituendoli con i tratti tipici di quello autoritario²¹. Vietare al giudice di commisurare la pena al di sotto dei minimi, rendendola proporzionata alla reale lievità del fatto (al di fuori delle ipotesi di cui all'art. 131-*bis* c.p.), costituisce uno dei segnali storicamente propri di una legislazione penale illiberale e di una politica alla disperata ricerca di acquisire il consenso elettorale con ogni mezzo. Una politica che esprime un concetto tanto chiaro quanto prettamente autoritario. Il livello inferiore di gravità dei reati è presunto e l'unico titolare del potere di formulare una simile presunzione è il legislatore, del quale il giudice è un mero strumento. Uno strano primato della legge affermato soltanto *in malam partem* e *contra reum*. Una sorta di goffa, tardiva e unidirezionale rivincita del diritto legislativo su quello giurisprudenziale. E se gli eccessi della *ex Cirielli* erano funzionali a bilanciare le tante disfunzioni dell'ennesima legge *ad personam*, non si afferma nulla di nuovo se si aggiunge che populismi di diversa matrice si alternano ormai da troppo tempo nel discorso pubblico, sfruttando in particolare il diritto penale come mezzo di propaganda politica e di facile acquisizione del consenso.

Al di là di questi rilievi, appare molto più utile rimarcare che la parziale blindatura del giudizio di bilanciamento introdotta dalla legge del 2005 si ispira ad una logica opposta a quella che aveva animato la liberale riforma del 1974, la quale - modificando a sua volta l'originaria disciplina codicistica²² - aveva esteso la valutazione comparativa del giudice alle circostanze autonome e a

²⁰ Con specifico riferimento alle circostanze del reato, STILE, *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza tra le circostanze*, Napoli, 1971, 99.

²¹ Si è così seguito un percorso inverso rispetto a quello che aveva animato il legislatore subito dopo la caduta del regime fascista, inducendolo ad introdurre nel codice Rocco, con il noto d.lgs.lgt. del 14 settembre 1944, n. 288, le circostanze attenuanti generiche, l'esimente della legittima reazione ad atti arbitrari dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio, nonché la *exceptio veritatis* nei delitti contro l'onore. Sul punto, per tutti, VASSALLI, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 3.

²² Come è noto, tale originaria disciplina prevedeva che le circostanze relative alla persona del colpevole fossero sempre sottratte al giudizio di bilanciamento, senza alcuna possibilità di essere dichiarate prevalenti o anche solo equivalenti rispetto a circostanze di segno contrario.

quelle inerenti alla persona del colpevole. Ciò anche allo scopo di assicurare un giudizio davvero globale del fatto e della personalità del suo autore, così consentendo un più calibrato adeguamento della pena al caso concreto. Nel testo originario dell'art. 69 c.p., come è noto, le circostanze appena menzionate erano sottratte al giudizio di bilanciamento, sul presupposto che quelle autonome riflettessero una nuova cornice edittale, frutto di una valutazione legislativa di maggiore o minore gravità del fatto, e che quelle inerenti alla persona del colpevole, riferendosi a caratteristiche del reo indipendenti dal reato commesso, non fossero catalogabili alla stregua degli elementi circostanziali del reato. Bensì rappresentassero componenti costitutive del fatto, sin dall'origine sottratte alla loro naturale collocazione, quindi spinte verso l'area delle circostanze del reato per accrescerne la vocazione repressiva rendendole insensibili nei confronti di ogni criterio di imputazione psicologica. In questa prospettiva storica si coglie la matrice del riedito divieto di bilanciamento come rinnovata espressione della logica del *versari in re illicita*. Riflessioni, queste, che macchiano in termini inequivocabilmente autoritari le presunte novità legislative del 2005, privandole di ogni pregio, compreso quello della originalità, in quanto sostanzialmente copiative di quelle del sistema del 1930 e, pertanto, in manifesto contrasto con il principio costituzionale di personalità colpevole della responsabilità penale. Doveva scaricarsi sulla criminalità più emarginata il prezzo del più favorevole regime della prescrizione addirittura da applicarsi ai processi penali in corso.

Eppure, malgrado il coro di critiche che ne ha accompagnato l'introduzione e la successiva applicazione, l'art. 69, co. 4, c.p., così come novellato nel 2005, sopravvive tuttora nel nostro sistema penale. La Corte costituzionale non ha potuto affrontare il problema della incostituzionalità *tout court* del divieto di prevalenza lì previsto, essendosi dovuta ovviamente pronunciare soltanto sulle questioni che le sono state di volta in volta devolute. Ha quindi valutato la ragionevolezza dell'automatismo legislativo in rapporto alle peculiari caratteristiche delle singole circostanze attenuanti sottoposte al suo scrutinio. Si è così ritenuto che il contrasto con i principi costituzionali non derivasse dal disposto dell'art. 69, co. 4, c.p. in quanto tale, ma soltanto da taluni possibili esiti della sua applicazione²³.

Ragioni di prudenza 'politica' avevano forse inizialmente indotto la Corte costituzionale ad affrontare la questione in via per così dire 'laterale', valorizzando la praticabilità di una interpretazione diversa da quella posta alla base

²³ BERNASCONI, *Giudizio di bilanciamento, circostanze c.d. privilegiate e principio di proporzione: il caso della recidiva reiterata*, in *Giur. cost.*, 2012, 4057 ss.

dei dubbi di costituzionalità ipotizzati. Allo scopo di evitare che il giudice fosse vincolato dalla preclusione indotta dall'automatismo, trovandosi di fatto con le mani legate nella commisurazione della pena, si era preferito far leva sulla facoltatività della recidiva reiterata²⁴. Soluzione, questa, che pur essendo dettata dalla comprensibile esigenza di neutralizzare gli effetti potenzialmente irragionevoli della riforma legislativa, rischiava di non risolvere il problema, esponendosi anzi ad un possibile rilievo di incoerenza sistematica. Per l'ovvia ragione che il problema sarebbe rimasto inalterato nei casi – tutt'altro che infrequenti – in cui fosse stato necessario applicare la recidiva reiterata ma che, al contempo, esigessero di dare rilievo a circostanze attenuanti comunque significative sul piano della valutazione dell'offesa o della capacità criminale del reo.

In altre parole, il giudizio sull'applicabilità o meno della recidiva non ha nulla a che vedere con il bilanciamento tra circostanze eterogenee. Fermo restando che la facoltatività dell'applicazione non avrebbe potuto comunque essere invocata nei casi – ormai eliminati²⁵ – di recidiva obbligatoria previsti dall'art. 99, co. 5, c.p.²⁶

3. *Dall'oggettivo al soggettivo nella valutazione della ragionevolezza della 'blindatura'*. Senza diffonderci oltre su questi aspetti, ampiamente esplorati e sin troppo noti per prestarsi qui ad ulteriori utili approfondimenti, riteniamo che la sentenza n. 55 del 2021 meriti attenzione anzitutto per la peculiarità della situazione normativa sottoposta all'esame del Giudice delle leggi.

Se si eccettua la sentenza n. 73 del 2020, che ha riguardato – come detto – la circostanza attenuante ad effetto comune e a struttura soggettiva prevista dall'art. 89 c.p., tutte le precedenti sentenze, a firma dal medesimo Relatore²⁷, hanno 'giustiziato' circostanze attenuanti ad effetto speciale e di natura ogget-

²⁴ La facoltatività nell'*an* (non già nel *quantum* dell'aumento sanzionatorio e ad eccezione del disposto di cui all'art. 99, co. 5, c.p.) si ritiene infatti valga anche nel caso di recidiva reiterata, nonostante l'apparente portata vincolante del contenuto del quarto comma («l'aumento è della metà»). La tesi della facoltatività della 'nuova' recidiva reiterata è stata immediatamente accolta anche dalla giurisprudenza di legittimità: in questo senso, ad esempio, Cass., sez. IV, 28 giugno 2007, n. 39134, in *Dejure*.

²⁵ L'obbligatorietà era prevista in relazione ai delitti ricompresi nell'elenco di cui all'art. 407, co. 2, lett. a), c.p.p. e puniti con la pena della reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni.

²⁶ Cfr. Corte cost., sent. n. 185/2015, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale, per violazione degli artt. 3 e 27, co. 3, Cost., dell'art. 99, co. 5, c.p., nella parte in cui quest'ultima norma collegava, sulla scorta di una presunzione assoluta ritenuta irragionevole, l'automatico e obbligatorio aumento di pena per la recidiva al solo dato formale del titolo di reato commesso. Per un autorevole commento della sentenza, PELISSERO, *L'incostituzionalità della recidiva obbligatoria. Una riflessione sui vincoli legislativi alla discrezionalità giudiziaria*, in *Giur. cost.*, 2015, 1412 ss.

²⁷ Si tratta, come è noto, del Relatore Giorgio Lattanzi.

tiva, il cui divieto di prevalenza sulla recidiva reiterata è stato in varia guisa ritenuto costituzionalmente illegittimo per le ragioni sopra riassuntivamente richiamate²⁸.

Nel caso che ci occupa, invece, la Corte costituzionale, riprendendo un ‘discorso’ avviato dall’appena citata sentenza n. 73 del 2020, ha dichiarato l’incostituzionalità dell’art. 69, co. 4, c.p. nella parte in cui ‘salvava’ dalla soccombenza la recidiva reiterata nel bilanciamento con la circostanza attenuante ad effetto comune prevista dal capoverso dell’art. 116 c.p.

La precisazione non attiene ad un’astratta dimensione classificatoria priva di effetti pratici, dato che in passato questa stessa questione era stata ritenuta manifestamente infondata dalla Corte di cassazione. Ciò sul presupposto, ora invece negato dalla Corte costituzionale, che la deroga in esame, in quanto riferita ad una circostanza attenuante ad efficacia comune, non avrebbe implicato ricadute manifestamente irragionevoli o sproporzionate sul trattamento sanzionatorio²⁹.

Esattamente al contrario, la sentenza n. 55/2021, ponendosi in linea con la precedente sentenza n. 73/2020, esclude che la natura di circostanza ad effetto comune dell’attenuante di cui all’art. 116, co. 2, c.p. possa precludere un giudizio di complessiva irragionevolezza del ‘nuovo’ art. 69, co. 4, c.p. Non solo (e non tanto) perché la concreta entità della diminuzione di pena, essendo legata a quella della pena-base, ben può tradursi, rispetto ai delitti più gravi, in vari anni di reclusione in meno, con ripercussioni tutt’altro che trascurabili sulla libertà personale. Ma anche e soprattutto perché la circostanza attenuante in parola «mira ad adeguare il *quantum* del trattamento sanzionatorio alla significativa riduzione della rimproverabilità soggettiva dell’agente, ed è pertanto riconducibile a un connotato di sistema di un diritto penale “costituzionalmente orientato” (...)»³⁰.

L’esigenza di evitare indebite forzature della fisionomia costituzionale della pena, intesa come reazione proporzionata dell’ordinamento a un fatto di rea-

²⁸ Per una sintesi autorevole di questa giurisprudenza, VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021, 73 ss.

²⁹ Cass., sez. I, 13 maggio 2015, in *Mass. Uff.*, n. 263960. In seguito, e per le stesse ragioni, la Corte di cassazione ha ritenuto manifestamente infondata anche la ulteriore questione di legittimità costituzionale, per violazione degli artt. 3, 25 e 27 Cost., dell’art. 69, co. 4, c.p., nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti generiche rispetto alla recidiva reiterata ex art. 99, co. 4, c.p., con la precisazione che la deroga alla ordinaria disciplina del bilanciamento si limita a valorizzare, in misura contenuta, la componente soggettiva del reato, qualificata dalle plurime ricadute del reo in condotte trasgressive di precetti penalmente sanzionati (così, Cass., sez. VI, 23 marzo 2017, in *Mass. Uff.*, n. 269522).

³⁰ Corte cost., sent. n. 73/2020, *cit.*, § 4.3. del *Considerato in diritto*.

to non solo oggettivamente offensivo, ma anche soggettivamente rimproverabile al suo autore, si manifesta pure nel caso in cui la deroga all'ordinaria disciplina del bilanciamento si riferisca a una circostanza attenuante ad effetto comune.

Non si tratta, insomma, soltanto di una questione di numeri, destinata ad esaurirsi nel freddo calcolo della variazione frazionaria della pena-base. La stessa *ratio* del giudizio di bilanciamento disciplinato dall'art. 69 c.p., d'altronde, si fonda sul significato che le circostanze concorrenti conferiscono all'episodio criminoso. In tutti questi casi, a venire in gioco è anzitutto la necessità di assicurare una risposta sanzionatoria adeguatamente calibrata (anche) sul disvalore soggettivo del reato, come tale capace di riflettere il reale coefficiente di colpevolezza del relativo autore. Pena un finto recupero del principio di responsabilità personale colpevole.

Ma è proprio su questo fondamentale versante che la sentenza n. 55 del 2021 – cui va senz'altro ascritto il merito di avere esteso alla dimensione soggettiva della fattispecie circostanziale il sindacato di costituzionalità del privilegio accordato alla recidiva reiterata nel giudizio di bilanciamento³¹, uscendo anche in una valutazione sul valore sistematico dell'art. 116, co. 2, c.p. – si espone a talune riflessioni critiche. Riflessioni che ci inducono ora a soffermarci su quest'ultima disposizione, la quale, pur non avendo rappresentato il formale oggetto dello scrutinio di costituzionalità, è stata posta dalla sentenza al centro di un discorso che trascende il tema dei rapporti con la recidiva e induce ad interrogarsi sulla sua effettiva compatibilità con quel canone identitario del sistema penale che definiamo principio di colpevolezza.

Ripercorsi così gli snodi essenziali della sentenza e il contesto nel quale si inserisce, riteniamo necessario svolgere talune sintetiche considerazioni sui principali problemi teorici e applicativi sollevati dall'art. 116 c.p., mettendo in luce come la decisione ci paia condivisibile e coerente con l'attuale assetto legislativo, ma come, al contempo, in prospettiva *de iure condendo*, tale assetto meriti un'attenta rimeditazione volta ad assicurarne finalmente la piena sostenibilità costituzionale.

Esigenze di riforma non più procrastinabili investono anche l'art. 69, co. 4, c.p., sinora inevitabilmente salvato dal *self restraint* della Corte costituzionale ed oggetto di episodiche declaratorie di incostituzionalità che non hanno però

³¹ Al punto che la questione di legittimità costituzionale dell'art. 69, co. 4, c.p., sollevata dal giudice *a quo*, sia pure in via subordinata, in riferimento (anche) all'art. 25, co. 2, Cost., è stata ritenuta assorbita dalla decisione concernente l'incostituzionalità del medesimo art. 69, co. 4, c.p., per contrasto con gli artt. 3 e 27, co. 3, Cost.

intaccato la generale validità del divieto di prevalenza delle attenuanti sulla recidiva reiterata lì previsto.

4. *Il ‘caso’ della variante individuale al piano comune. Le ‘stagioni’ dell’art. 116 c.p.* Si è appena evidenziato come i profili di maggiore interesse della sentenza n. 55 del 2021 siano quelli relativi al piano dei rapporti – mai troppo indagati perché ancora bisognosi di adeguata sistemazione sul piano dogmatico – tra l’art. 116 c.p. e il principio costituzionale di colpevolezza, riguardato pure sul fronte della necessaria proporzione tra fatto e sanzione. Non è un caso che il ‘cuore’ della motivazione della sentenza non riguardi gli effetti dell’automatismo previsto dall’art. 69, co. 4, c.p.³², ma concerna la *ratio* della circostanza attenuante prevista dal capoverso all’art. 116 c.p.; circostanza ritenuta cruciale allo scopo di assicurare sostenibilità costituzionale all’intera disposizione.

Il collegamento tra le precedenti riflessioni e quelle che di qui a breve svolgeremo è costituito proprio dalla valorizzazione, operata dalla Corte costituzionale, non solo del ruolo *fondante* del principio di colpevolezza, ma anche di quella sua funzione *graduante* che ne fa un limite di garanzia della pena (*nulum crimen, nulla poena sine culpa*), la quale dovrebbe essere congegnata e applicata senza mai eccedere l’effettiva misura della rimproverabilità (*poena culpae apta esse debet*).

Il tema ha in effetti il sapore delle questioni fondamentali. Questioni di limiti e di eccessi. Ossia dei possibili sconfinamenti dall’ambito della pena ‘meritata’ ai quali rischia di esporsi il potere punitivo quando sia chiamato a maneggiare disposizioni il cui ‘salvataggio’, sul piano del rispetto dei principi costituzionali, passa attraverso l’assegnazione di un significato diverso da quello che ne aveva inizialmente giustificato l’ingresso nel sistema. Né si può trascurare l’ulteriore aspetto costituito dall’efficacia delle soluzioni adottate e dalla loro compatibilità con le specifiche disposizioni penalistiche sulle quali dovrebbero incidere.

Già con la nota sentenza n. 42 del 1965, la Corte costituzionale, chiamata a valutare la conformità dell’art. 116 c.p. all’art. 27, co. 1, Cost., dichiarò infondata la questione proposta. Lo fece muovendo dalla considerazione secondo la quale la disposizione sospettata di incostituzionalità esige «la sussistenza non soltanto del rapporto di causalità materiale, ma anche di un rapporto di

³² Cfr. §§ 6-8 del *Considerato in diritto*.

causalità psichica, concepito nel senso che il reato diverso o più grave commesso dal concorrente debba potere rappresentarsi alla psiche dell'agente, nell'ordinario svolgersi e concatenarsi dei fatti umani, come uno sviluppo logicamente prevedibile di quello voluto, affermandosi in tal modo la necessaria presenza anche di un coefficiente di colpevolezza». Una diversa soluzione, tesa a interpretare l'art. 116 c.p. in senso rigidamente oggettivo, in linea con taluni coevi arresti della Corte di cassazione, fu ritenuta «non conforme al vero spirito della norma, venendo a creare una forma di responsabilità del tutto contrastante col sistema e produttiva, oltre tutto, di conseguenze penali di sproporzionata gravità».

In quella occasione, la Corte ritenne che la conversione e l'adeguamento di questo particolare caso di responsabilità oggettiva al principio di colpevolezza potessero ottenersi introducendovi un nesso di collegamento psicologico. Tuttavia costituito dalla mera prevedibilità del reato diverso in capo al soggetto che comunque non lo avesse voluto. Soluzione, questa, sia pure timida e intermedia perché lasciava invariata la struttura della disposizione e puntava tutto sulla colpa, ma che per il clima culturale dell'epoca, ancora fortemente legato ai canoni della responsabilità oggettiva, anche per le semplificazioni probatorie che ne conseguivano, sembrò pienamente adeguata.

In effetti l'interpretazione suggerita promette più di quanto mantenga, dato che nemmeno di una colpa 'pura' si tratta, bensì di una 'pseudo-colpa' perché costituita - come meglio vedremo in seguito - da una soltanto delle sue componenti.

Ma l'aspetto ancor più problematico era (e rimane) che questo sofisticato meccanismo, rovesciando del tutto le premesse di partenza, comportava che si dovesse rispondere del reato diverso da quello voluto come se fosse stato doloso e con le pene per esso previste. Un'attuazione che ci permettiamo di definire singolare, data la parziale e limitata attuazione di quel principio di colpevolezza in nome del quale si era pur ritenuto di dover intervenire. Non vi è dubbio, infatti, ripetendo ancora una volta il brocardo *poena culpa apta esse debet*, che una piena attuazione di questo principio, non soltanto debba implicare una modifica della struttura della fattispecie, adeguatamente rappresentativa della diversa componente psicologica di imputazione del fatto, ma debba anche imporre una perfetta simmetria tra la 'misura' della colpevolezza - e, quindi, il grado di rimproverabilità del fatto - e la pena. Risultando macroscopicamente sproporzionata la pena del reato doloso ad un fatto che al contrario si assume debba essere imputato a titolo di colpa. A parte la differenza strutturale tra una componente psicologica a contenuto reale e una a

contenuto soltanto ipotetico, non si comprende come possa ritenersi equivalente, in relazione ai gradualismi del principio di colpevolezza, un rimprovero per dolo rispetto a un rimprovero per colpa.

Già queste riflessioni autorizzano a ritenere, soprattutto alla luce di pronunzie recenti della Corte costituzionale³³, che la soluzione di problemi di siffatte dimensioni non possa che essere di fonte legislativa e di parte speciale. Non può infatti confondersi un *principio*, peraltro di rango costituzionale, con una *regola* della parte speciale del codice penale. Ma con questa affermazione anticipiamo un tema che riprenderemo più avanti.

Ciò che è stato appena segnalato è tanto vero che la giurisprudenza che ne è scaturita non sembra aver percepito il travaglio di decisioni che si dibattono tra i poli opposti di scelte costituzionalmente orientate o addirittura costituzionalmente vietate. Ne è riprova, tra l'altro, il diffuso ricorso a camuffamenti verbali (autentiche frasi fatte) che malcelano talune resistenze ad abbandonare schemi di ascrizione della responsabilità basati sul mero nesso di derivazione causale tra condotta ed evento.

Il rischio al quale si è accennato è poi alimentato dal fatto che l'art. 116 c.p. esalta la discrezionalità dell'interprete, nella parte in cui non fornisce³⁴ alcuna indicazione dei criteri destinati a guidare in concreto le scelte sanzionatorie nei confronti di colui che, pur non avendo voluto il reato più grave, è pur sempre chiamato a rispondere della pena prevista per il reato doloso. È questa una nota distonia del sistema che una lettura più o meno creativa dell'art. 116 c.p. ha tentato (e tuttora tenta) di rimuovere, promuovendo quella che, con espressione *à la page* - ci si compiace di definire interpretazione *costituzionalmente orientata*. Un *escamotage* lessicale, questo, in forza del quale si pretende (o, più prosaicamente, ci si illude) di dare per risolto un problema invece del tutto irrisolto. Ossia quello della conversione dei casi di responsabilità oggettiva o semi-oggettiva in casi di responsabilità personale di tipo colpevole.

Con riserva di spendere sul punto qualche riflessione ulteriore nell'immediato prosieguo del lavoro, tornando alla sentenza n. 55 del 2021 viene qui soprattutto in rilievo il successivo passaggio (un *obiter* carico di implicazioni sistematiche) nel quale si afferma che la tenuta costituzionale della

³³ Ci si riferisce al 'nuovo' *trend* del Giudice delle leggi che in certi casi ha 'messo in mora' il legislatore, imponendogli un termine per l'adozione di riforme ritenute non più procrastinabili al fine di assicurare conformità a Costituzione delle norme scrutinate: cfr., a titolo soltanto esemplificativo e pur nell'ovvia diversità delle materie affrontate, Corte cost., sent. n. 279/2013, n. 32/2021, n. 22/2022.

³⁴ Né avrebbe potuto farlo, dato che nel 1930 un simile problema non si poneva.

norma è assicurata, oltre che da siffatta interpretazione ‘adeguatrice’, anche dall’attenuante prevista dal secondo comma dell’art. 116 c.p. che, stando alle parole della Corte costituzionale, svolgerebbe «una funzione di necessario riequilibrio del trattamento sanzionatorio»³⁵.

Pur non potendosi disconoscere le ragioni di una soluzione così autorevolmente sostenuta, siamo tuttavia dell’avviso che l’attenuante contemplata nel capoverso dell’art. 116 c.p., peraltro riconosciuta con estrema parsimonia dalla prassi applicativa, lungi dal correggere, semmai metta in mostra la sopravvivenza della logica di ascrizione puramente obiettiva del fatto all’autore prevista *in parte qua* dal codice Rocco, nonché l’inadeguatezza della soluzione apparentemente conforme a Costituzione.

In effetti, pur con il massimo rispetto per le decisioni della Corte, è difficile spiegare come una circostanza attenuante possa interferire con i meccanismi di ascrizione del fatto e soprattutto come la mitigazione sanzionatoria (peraltro ad efficacia comune), a parametri restanti invariati, possa giocare un ruolo sul piano della idoneità della regola a convertire la originaria imputazione a titolo di responsabilità oggettiva in una ben diversa imputazione di tipo personale e colpevole. Per di più rinnovando i tradizionali interrogativi sollevati da una fattispecie sempre sospesa tra suggestioni abrogatrici e consapevolezza della sua irrinunciabilità in un sistema che, malgrado la pacifica costituzionalizzazione del principio di colpevolezza, ancora fatica ad abbandonare forme più o meno occulte di responsabilità oggettiva.

D’altronde, la ‘insofferenza’ della stessa giurisprudenza costituzionale verso un modello normativo centrato sulla logica del *versari in re illicita* già traspare sin dalla citata sentenza n. 42 del 1965. Infatti l’interpretazione adeguatrice adottata in quella occasione dalla Corte costituzionale, anche sulla scia di alcune importanti precisazioni rinvenibili al riguardo nei lavori preparatori del codice penale³⁶, si accompagnò a una precisa sollecitazione rivolta al legislatore, finalizzata a valutare se l’art. 116 c.p. dovesse «rimanere nel nostro ordinamento e, in caso positivo, quali esattamente [dovessero] esserne il fondamento e i limiti, e in quali termini, inoltre, [dovesse] realizzarsi una logica coordinazione della norma stessa con tutto il sistema e con norme analoghe, in particolare con quella dell’art. 83 del Codice penale».

Ad oltre cinquanta anni di distanza da quel monito, si ha come l’impressione

³⁵ Cfr. § 6 del *Considerato in diritto*.

³⁶ Già nella Relazione sul testo definitivo (p. 71) si avvertiva che «chi coopera ad un’attività criminosa può e deve rappresentarsi la possibilità che il socio commetta un reato diverso da quello voluto».

che l'ostinata inerzia del legislatore abbia in qualche modo 'costretto' la Corte costituzionale a dismettere i tradizionali panni di 'legislatore negativo', chiamato non già ad individuare la migliore soluzione possibile, ma unicamente ad escludere quelle costituzionalmente illegittime, inducendola a promuovere un'interpretazione dell'art. 116 c.p. che rimane in tensione non solo con la lettera e la *ratio* della norma, ma anche con taluni principi generali del sistema.

Per meglio motivare quest'ultima affermazione può allora essere utile spendere talune considerazioni ulteriori sui più tradizionali problemi interpretativi e applicativi alimentati dall'art. 116 c.p.

4.1. *Qualche digressione sulla divergenza tra 'voluto' e 'realizzato' nello schema dell'art. 116 c.p.* Ideata e introdotta in un sistema permeato dallo schema del *versari in re illicita*, la disposizione in esame, espressione tipica della legislazione pre-costituzionale di impronta autoritaria, rappresenta una peculiare ipotesi di *aberratio delicti*, collocata in una sede normativa diversa dall'art. 83 c.p. e, quindi, oggetto di specifica previsione perché relativa ad un fatto di reato consumato in regime di concorso.

Nessun dubbio che l'ampiezza della formula adoperata dall'art. 83 («per errore nell'uso dei mezzi di esecuzione del reato *o per un'altra causa*») sia di per sé idonea a ricomprendere, in linea teorica, anche la vicenda considerata dall'art. 116 c.p.

Una semplice prova di resistenza autorizza a ritenere che le ipotesi considerate all'interno di quest'ultima disposizione, così come quelle contemplate dall'art. 117 c.p., ricadrebbero sotto la previsione dell'art. 83 c.p. se le due disposizioni appena citate non figurassero nel codice. Sarebbe tuttavia erroneo ritenere che l'art. 116 c.p. esaurisca la propria efficacia in una dimensione puramente stipulativo/dichiarativa, limitandosi cioè a chiarire i dubbi che sul piano applicativo potrebbero residuare dalla lettera dell'art. 83 c.p.

Esattamente al contrario, in linea con il rigorismo repressivo che anima la disciplina codicistica in materia di concorso, inasprisce il trattamento sanzionatorio nei confronti di colui che contribuisca a realizzare un certo reato, rendendolo destinatario di una pena più severa di quella riservata a colui che cagioni il medesimo reato in forma monosoggettiva. L'art. 83 c.p. prevede, infatti, che quest'ultimo risponda del reato diverso da quello voluto «a titolo di colpa» e sempre che il fatto sia «preveduto dalla legge come delitto colposo»³⁷.

³⁷ Aspetto, questo, posto in adeguata evidenza dalla sentenza n. 55/2021: cfr. § 7 del *Considerato in diritto*.

Il che significa che in questo caso la pena verrà attenuata e la responsabilità – qualificata come colposa – potrà predicarsi alla sola condizione che la legge espressamente preveda la punibilità di quel delitto «a titolo di colpa». Locuzione, questa, che un raffronto con altre fattispecie criminose induce a ritenere sia stata impiegata per indicare non solo il *titolo* ma anche il *fondamento* della responsabilità. Il legislatore, infatti, ha utilizzato questa stessa formula all'interno di fattispecie indiscutibilmente colpose con le riforme che hanno rispettivamente modificato il testo dell'art. 57 c.p. e dell'art. 1217 c.n.³⁸.

D'altro canto, già l'analisi dei lavori preparatori del codice penale testimonia come il legislatore del 1930 avesse inteso includere l'art. 83 c.p. tra le «ipotesi ordinarie di fatti colposi»³⁹.

Nel caso dell'art. 116 c.p., invece, esigenze di più rigorosa repressione di un fenomeno ritenuto spiccatamente antisociale quale il reato plurisoggettivo fanno sì che il concorrente 'anomalo' risponderà a titolo di dolo del reato diverso da quello voluto e la sfera della sua responsabilità, non limitata ai soli delitti ma estesa più genericamente ai reati, non conoscerà il limite dell'espressa previsione legislativa di una punibilità a titolo di colpa.

Una minuziosa operazione di raffronto tra gli artt. 83 e 116 c.p. già in passato indusse un'autorevole dottrina ad escludere l'applicazione di quest'ultima norma nel caso in cui insieme al reato voluto fosse stato realizzato anche un reato diverso. Soluzione che si era ritenuto di fondare su due argomenti di ordine letterale.

Il primo costituito dal fatto che l'art. 116 c.p. sembra ipotizzare la commissione di un solo reato. La norma, invero, non prevede che «quando si sia commesso un reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti, questo risponde *anche* del reato diverso», ma «che *anche* il concorrente risponde del reato diverso (...)»⁴⁰. Dove la collocazione della congiunzione «anche» sta a significare che il concorrente 'anomalo' risponderà del reato più grave in concorso con coloro che lo abbiano voluto. Non certo che risponderà di due reati.

³⁸ Si allude, più in particolare, alla l. 4 marzo 1958, n. 127 e alla l. 5 giugno 1962, n. 616. Pronunziandosi in relazione alle fattispecie criminose da esse riformate, la Corte costituzionale ha ravvisato la natura colposa della responsabilità, rispettivamente con le sentenze n. 198 del 1982 e n. 42 del 1966 (entrambe consultabili in *Dejure*). Peraltro, anche le Sezioni Unite della Corte di cassazione, sin da anni risalenti, hanno individuato nella colpa il fondamento della responsabilità prevista dal novellato art. 57 c.p. (Cass., Sez. un., 18 novembre 1958, n. 18, in *Dejure*).

³⁹ Cfr. la *Relazione del Guardasigilli*, in *Lav. Prep.*, vol. V, pt. 1, 135.

⁴⁰ GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, vol. II, Torino, 2015, 149. In precedenza, del medesimo Autore, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, 1957, 102 ss.

Il secondo argomento posto a sostegno della soluzione prescelta era invece rappresentato dal fatto che il legislatore, mentre nell'art. 83, co. 2, c.p. ha espressamente preso in considerazione l'ipotesi della realizzazione dell'offesa voluta, oltre quella diversa, non ha fatto così nell'art. 116. Da qui la conclusione che la disposizione da applicare nel caso di offese plurime dovesse essere quella dell'art. 83 c.p.

Chiara era apparsa a questa dottrina la differenza della disciplina sancita dall'art. 116 c.p. rispetto a quella dell'art. 83 c.p. Quest'ultimo ascrive all'agente, a titolo di colpa, un accadimento esterno da lui non voluto ma conseguenza della sua azione o omissione. Il primo, invece, attribuisce a un soggetto la causazione volontaria (ma diretta ad altro fine) di una intera offesa criminosa⁴¹.

Anche sulla scorta di queste considerazioni si è dedotta la mancanza di un coordinamento tra la disciplina del concorso di più persone nel reato e i principi generali del sistema. Non potendosi condividere la soluzione in forza della quale il soggetto che oltre al reato voluto avesse dato causa ad un reato diverso, ma prevedibile, potesse incorrere in un trattamento più favorevole rispetto a quello riservato al soggetto dalla cui condotta fosse derivato soltanto un reato diverso. Si consideri, infatti, che se quest'ultimo fosse più grave di quello voluto, stando all'art. 83 c.p. se ne risponderebbe solo a titolo di colpa e a condizione che il reato sia previsto come colposo⁴².

4.1.1. *Lettera e ratio dell'art. 116 c.p. I pericoli del concettualismo.* Abbiamo già evidenziato che la funzione dell'attenuante prevista dal capoverso dell'art. 116 c.p., al contrario di quanto incidentalmente affermato dalla sentenza n. 55/2021⁴³, non può essere quella di rendere davvero compatibile quest'ultima disposizione con l'art. 27 Cost., anche perché esiste sin dal 1930. Serve semmai, anche in ossequio ad elementari logiche ispirate al buon senso e alla ragionevolezza, ad affievolire il trattamento riservato a chi abbia voluto il reato meno grave, in un contesto molto sensibile alla logica del *versari in re illicita*. Più che di un 'correttivo' orientato ad adeguare la norma al principio di colpevolezza, si tratta, in effetti, di una sorta di improprio 'limitatore' della responsabilità oggettiva, destinato ad operare obbligatoriamente in caso di

⁴¹ GALLO, *Appunti di diritto penale*, vol. III, *Le forme di manifestazione del reato*, con la collaborazione di M. Amisano, Torino, 2003, 219.

⁴² GALLO, *Appunti di diritto penale*, cit., 221.

⁴³ Cfr. § 6 del *Considerato in diritto*.

‘variante individuale al piano comune’⁴⁴. Un ‘limitatore’ le cui ‘prestazioni’ sono peraltro ridimensionate dalla già ricordata natura di circostanza ad effetto (soltanto) comune del capoverso dell’art. 116 c.p.

Il pericolo che si manifesta dietro le interpretazioni adeguatrici dell’art. 116 c.p. è quello della inversione metodologica, che tipicamente si accompagna ad approcci viziati dal concettualismo. Si pretende di dare un senso ad una norma facendo a meno di compiere il lavoro preliminare dell’interprete che consiste invece nello sforzo di penetrare la disposizione di legge, cogliendone non solo il significato letterale ma anche la *ratio*. Se è vero che i principi validi per tutto il campo del diritto non possono essere costruiti ma solo scoperti dall’interprete⁴⁵, occorre abbandonare la pretesa di partire da una certa nozione prefissata sul piano dommatico per poi adattarvi la norma, spiegandola sulla base di quel dato di partenza. Anziché ricavare il concetto dalla regola, si rischia così di interpretare la regola alla luce di un concetto aprioristicamente dato. Solo se si resta aderenti alla norma si potrà evitare di scambiare i postulati della propria astrazione concettuale con i dati concreti della logica giuridica⁴⁶.

Nel caso dell’art. 116 c.p. questo pericolo è sotto gli occhi di tutti, tanto è evidente l’impressione che lo si concepisca come un involucro che si pretende di riempire con il contenuto di una diversa previsione normativa, ossia l’art. 27 Cost. Forse senza badare adeguatamente al suo significato e, soprattutto, trascurando di accertare se possa tollerare questo collegamento. È come se si partisse da una nozione pre-fissata su un piano dommatico per adattarvi la norma, pretendendo di interpretarla sulla base di quella nozione. I postulati di una determinazione concettuale vengono così scambiati per i risultati della interpretazione, sicché la premessa maggiore, lungi dall’essere costituita dalla norma da interpretare, è il risultato di una propria ricostruzione per concetti. Concetti a loro volta determinati con i criteri che prescindono dal valore della legge. Mai come in questo caso si disvela dunque attuale e concreto il rischio che mere «visioni ideologiche, mascherate da interpretazioni», si sostituiscano al testo della regola e alla sua lettura⁴⁷.

Proprio il fatto che l’esegesi dell’art. 116 c.p. non sembra in grado di svelare il

⁴⁴ FIORELLA, *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, Torino, 2018, 534 ss.

⁴⁵ MASSA, *Le attenuanti generiche*, Napoli, 1959, 31.

⁴⁶ D’ASCOLA, *Sulla rilevanza delle circostanze cosiddette ad effetto speciale, dopo la riforma del ’74*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 985.

⁴⁷ GALLO, *Danneggiati e offesi*, in *Scritti in memoria di G. Marini*, a cura di Vinciguerra, Dessano, Napoli, 2010, 378.

reale contenuto della previsione normativa, o che – forse più realisticamente – sia perfettamente capace di farlo, denotandone la franca vocazione alla logica della responsabilità oggettiva, ha quindi stimolato una interpretazione *ultra* (se non *contra*) *legem*. In effetti, non sembra azzardato affermare che la disciplina codicistica non sia stata tuttora interamente rivista alla luce della Costituzione, ma semplicemente ad essa affiancata secondo letture più o meno creative, per effetto delle quali si è finito con l’assegnare all’art. 116 c.p. un significato molto diverso da quello che gli era stato originariamente attribuito dal codice Rocco. Ma con l’effetto paradossale che, così facendo, nulla è davvero cambiato. Occorre dunque sottolineare che, lungi dal salvare la costituzionalità della disposizione, l’attenuante del secondo comma è semmai espressione di responsabilità oggettiva e non ha nulla a che vedere con il principio di personalità colpevole della responsabilità penale. I compilatori del codice del ‘30 avvertirono infatti il bisogno di affievolire il rigore di una disciplina durissima, che rischiava addirittura di scivolare verso la responsabilità per fatto altrui⁴⁸. L’attenuante ad effetto comune sta più in linea con questa logica del codice che con le scelte della nostra Costituzione. Non potendo certo apparire riequilibratrice di una imputazione a titolo di *culpa iuris* un’attenuante che si innesta – lo abbiamo già notato – su un’attribuzione del fatto *come se fosse doloso*.

In altre parole, il rispetto del principio di colpevolezza non può essere recuperato, come oggi accade, punendo chi aveva voluto il reato meno grave con la pena del reato più grave non voluto (fingendo che lo sia), ma diminuita.

È chiaro che la Corte costituzionale, pur incline negli ultimi anni ad esercitare un sindacato sempre più penetrante sulle scelte sanzionatorie del legislatore, avendo da tempo abbandonato il limite delle rime obbligate⁴⁹, con la sentenza n. 55 del 2021 non avrebbe potuto fare altro, dato ciò che le era stato rimesso.

Ma i principi devono essere chiari per evitare fraintendimenti. Si vuol dire che il capoverso dell’art. 116 c.p., come l’imputazione per colpa, costituisce una sorta di ‘riparazione’ ma non salva l’incostituzionalità dell’art. 116 c.p. Fermo restando che i pur comprensibili tentativi volti ad individuare un pun-

⁴⁸ Ciò in quanto si attribuisce ad un soggetto, «*come se l’avesse voluta*, un’iniziativa criminosa altrui ch’egli ha bensì provocato o agevolato sul piano meramente obiettivo, ma che può essergli del tutto estranea su quello soggettivo». In questi termini, autorevolmente, PADOVANI, *Diritto penale*, XII ed., Milano, 2019, 302 (corsivo dell’Autore).

⁴⁹ Quanto meno a far data dalla nota sentenza n. 236/2016. Sul punto, VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., 89. Vd. anche, di recente, MANES, NAPOLEONI, *La legge penale illegittima*, Torino, 2019, spec. 41 ss.

to di equilibrio tra la lettera della legge e l'esigenza di una sua interpretazione costituzionalmente orientata, oltre ad essere stati spesso frustrati da prassi applicative pigre, ritualistiche e in definitiva solo apparentemente ossequiose del principio di colpevolezza, trascurano pure di considerare che ci sono delitti soltanto dolosi e che l'art. 42 c.p. non a caso introduce il criterio della *espressa* previsione della punibilità per i delitti colposi e non quello dell'equivalenza tra dolo e colpa, che vale solo per le contravvenzioni.

Rinviando all'immediato prosiegua per qualche riflessione ulteriore, è possibile sin d'ora notare che se dovessimo attenerci a una rigorosa disamina del diritto vigente, avremmo gioco facile nel ritenere che il contenuto più fecondo, anzitutto sul piano culturale e politico, della giurisprudenza costituzionale del 1988 sul principio di colpevolezza forse non è stato appieno interiorizzato dalla giurisprudenza nazionale. Riparandosi dietro lo schermo retorico dell'interpretazione conforme a Costituzione, si è in certi casi ommesso di misurare la tenuta delle figure più problematiche – si pensi, *in primis*, ai delitti aggravati dall'evento, vero e proprio terreno d'elezione del *versari* – al metro dell'interpretazione evolutiva dell'art. 27 Cost.

Peraltro, già all'indomani della sentenza n. 364 del 1988 non era mancato chi aveva ritenuto lecito «dubitare che i dati culturali e politici posti a base della sentenza [rispecchiassero] quelli sentiti dalla nostra Magistratura»⁵⁰. A seguito di quella sentenza, come è stato autorevolmente notato, si è forse creduto di avere raggiunto «un porto sicuro». In realtà si tratta di un «punto di partenza», ossia dell'affermazione «di requisiti minimi (inderogabili) della responsabilità personale: conoscibilità della norma e colpa per il fatto. Dopo di che, si aprono gli ulteriori problemi relativi ai criteri (ai requisiti minimi) dei diversi modelli d'imputazione soggettiva (dolo, colpa, eventuali figure intermedie) ed al rapporto fra colpevolezza e risposte al reato (che dovrebbe essere nei limiti di una ragionevole proporzione)»⁵¹.

L'oggetto e l'economia di questo lavoro non consentono di affrontare neanche marginalmente la complessa e delicata questione concernente lo spazio applicativo del parametro della conoscibilità, il quale, riguardando la possibilità di adempiere ad obblighi strumentali dello Stato, si addice ai casi di cui all'art. 5 c.p. Non certo ai problemi dell'imputazione colpevole che attengono invece all'ascrizione di un fatto 'reale', oltretutto da parametrarsi alle esigenze

⁵⁰ STORTONI, *L'introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto: significati e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 1317.

⁵¹ PULITANÒ, *Personalità della responsabilità: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1247-1248.

delle singole fattispecie. È appena il caso di notare, infatti, che la lettura dell'art. 5 c.p. fornita dalla giurisprudenza costituzionale del 1988 non può risolvere la questione della conversione della responsabilità oggettiva. Nel caso dell'art. 5 c.p., costruito sulla violazione di reciproci obblighi intercorrenti tra Stato e cittadino, la conoscibilità del precetto giustifica la rimproverabilità della ignoranza di colui che avrebbe dovuto e potuto informarsi, potendo così prevedere o addirittura avendo già previsto le conseguenze giuridiche della propria condotta. Viene meno, cioè, un caso particolare di errore che il cittadino non può vantare perché inescusabile.

Qui è sufficiente notare che la formula della conoscibilità della legge penale è espressione di un *principio* e che per convertire la responsabilità oggettiva in responsabilità colpevole occorre invece una *regola*. Regola che, nel caso di nostro interesse, non sembra possa essere quella offerta dal primo e dal secondo comma dell'art. 116 c.p. Tanto più che le ricorrenti sollecitazioni volte a leggere quest'ultima disposizione come se già contenesse il limite della colpa, pur animate dall'apprezzabile esigenza di non perpetuare meccanismi di ascrizione del fatto su base puramente causale, rischiano in definitiva di accontentarsi - lo si è in parte anticipato - di un coefficiente psichico pseudo-colposo, incentrato sulla mera prevedibilità (ancorché concreta) del reato più grave, ma privo di qualsivoglia apprezzamento in ordine all'evitabilità dello stesso. Requisito, quello della evitabilità, che anziché legare l'evento alla violazione della regola cautelare che contrassegna la condotta, coinciderebbe così con la generalizzata e scontata pretesa del legislatore che chiunque si astenga dalla commissione di reati.

4.1.2. *Quali strade per la conversione della responsabilità oggettiva in responsabilità colpevole?* Queste ultime considerazioni offrono lo spunto per affrontare, sia pure incidentalmente, la questione di maggiore rilievo sistematico. Ovvero quella costituita dal modello di conversione della responsabilità oggettiva in responsabilità colpevole che poi si è ritenuto di adottare. Questione che non può dirsi certo limitata al caso dell'art. 116 c.p., ma che investe tutte le altre ipotesi di responsabilità oggettiva e, con evidenza ancora maggiore, a dimostrazione dell'alternatività ed equivalenza di dolo e colpa, l'imputazione delle circostanze aggravanti.

Già preliminarmente ci permettiamo di definire critico questo modello di conversione, perché rifiuta singole scelte riformatrici di parte speciale a vantaggio di uno schema di stampo generale, ma soprattutto generalizzato. Si potrebbe dire 'buono per tutti gli usi' e per di più 'anti-legalitario'. Infatti, il già

citato art. 42 c.p. contiene un preciso quadro sinottico di tutte le componenti psicologiche del reato e, con riguardo ai delitti, tiene ben distinto il dolo dalla colpa, così come fa il successivo art. 43 c.p. Per la colpa prescrive l'espressa previsione legislativa, così negando che dolo e colpa possano essere ritenuti sempre e comunque intercambiabili. Previsione non certo casuale, perché la colpa denota un versante 'oggettivo', non essendo congeniali a simile forma di manifestazione della colpevolezza fatti naturalistici rispetto ai quali le regole cautelari e la loro eventuale inosservanza non giochino alcun ruolo. È chiaro, dunque, che in assenza di una regola cautelare la colpa non funziona più da criterio di imputazione, rischiando piuttosto di divenire un *camouflage* concettuale dietro il quale si annidano forme più o meno occulte di responsabilità oggettiva. Solo per le contravvenzioni è prevista l'equivalenza tra dolo e colpa (art. 42, ult. co., c.p.). Ma si tratta, come è ampiamente noto, di eccezione servente rispetto alla funzione legislativamente assegnata a questa particolare tipologia di reato.

Prima ancora che un problema di colpevolezza, viene in rilievo un problema di *legalità* della colpevolezza.

Se, dunque, l'imputazione colposa modella il fatto e non risulta compatibile con qualsivoglia tipologia delittuosa, se ne avrà che il criterio valido sul piano delle enunciazioni di ordine generale non è adatto a risolvere il problema dei singoli casi di responsabilità oggettiva. Proprio perché non può darsi per scontata la compatibilità tra la struttura della componente soggettiva 'colpa' e la struttura della componente oggettiva delle singole fattispecie di reato o di quelle circostanziali di segno aggravante. Fattispecie, queste ultime, per le quali si dovrebbe peraltro prevedere una imputazione simmetrica a quella relativa al reato cui accedono, superando la regola che oggi invece consente una loro imputazione indifferentemente per dolo o per colpa (art. 59, co. 2, c.p.).

Né può trascurarsi che l'alternatività/equivalenza tra dolo e colpa rischia di provocare una sorta di prasseologica eliminazione del primo criterio di imputazione. A tutto vantaggio dell'artificio di una *culpa iuris* resa ben più attrattiva dalle formule di stile che spesso ne accompagnano la giustificazione. Tra le tante considerazioni critiche che al riguardo possono formularsi, principalmente si impone quella secondo la quale, non trattandosi di colpa vera e propria, è davvero difficile pensare che la sua adozione possa soddisfare il principio di colpevolezza che, quanto meno nel suo limite più basso, dovrebbe implicare una componente psicologica effettiva del reato.

Al contrario, quella così prefigurata costituisce una colpa radicalmente impo-

verità, perché si regge soltanto sul requisito sin troppo generico e a-selettivo della prevedibilità. Circostanza che ci fa comprendere le ragioni della sopravvivenza di una responsabilità ‘para-oggettiva’, sia pure nascosta dietro le seducenti vesti della interpretazione costituzionalmente orientata. Così ragionando, l’oggetto esclusivo – ma soprattutto di per sé sufficiente – della ricerca del giudice sarà rappresentato dalla *culpa iuris* e dal suo gracile contenuto, per l’appunto costituito dalla prevedibilità. Ossia da una componente psicologica che si presta a presunzioni e generalizzazioni, risultando prevedibile anche ciò che è improbabile sulla base di considerazioni di ordine generale.

Nel caso dell’art. 116 c.p., la responsabilità per il reato diverso risulterà pertanto implicata – e, quindi, prevedibile – anche solo per effetto dell’astratta relazione intercorrente tra reato voluto e reato diverso. In quest’ottica, tutto giustifica la sopravvivenza della responsabilità oggettiva e la natura soltanto apparente del correttivo introdotto.

Il discorso si deve ora inevitabilmente aprire al principio di colpevolezza che per questa via si pretenderebbe di attuare.

Stando all’impostazione qui criticata, si fa dire all’art. 27, co. 1, Cost. ciò che il principio cardine della imputazione colpevole del fatto di reato non dice: ossia che l’ascrizione di tutti i reati possa indifferentemente avvenire a titolo di dolo *ovvero* di colpa. E che quindi tanto basterebbe a garantire il rispetto del principio. In realtà dall’art. 27, co. 1, Cost. si trae solo la conclusione che dolo e colpa, ovviamente da combinarsi con le diverse fattispecie di parte speciale, costituiscono i canoni di ascrizione colpevole di ogni fatto di reato. Senza però che ciò legittimi la conclusione della loro equivalenza e, quindi, della loro fungibilità.

In altri termini, l’affermazione secondo la quale il principio di cui ci stiamo occupando è soddisfatto da un’imputazione dolosa o colposa non giustifica una soluzione che in sede di adeguamento a Costituzione dei diversi casi di responsabilità oggettiva pretenda di trasformare il *principio* in *regola*. Ossia in quell’enunciato giuridico destinato a risolvere casi concreti. Proprio sul piano delle regole e della concreta attuazione del principio di colpevolezza, l’imputazione mista e alternativa manifesta i suoi connaturati e insuperabili limiti. Da un lato una finta colpa, dall’altro una imputazione che rimane oggettiva e incolpevole. Sullo sfondo una manifesta incompatibilità tra colpa, comunque qualificata e intesa, e fattispecie originariamente costruite nelle forme della responsabilità oggettiva in alternativa alla naturale imputazione a titolo di dolo. Quest’ultimo, tra l’altro, è il lato oscuro della vicenda che la teoria della *culpa iuris* nemmeno avverte. Un’imputazione a titolo di respon-

sabilità penale senza una vera colpa, peraltro nata sul tronco di imputazioni che avrebbero dovuto trovare il proprio baricentro nel dolo, è operazione di chirurgia interpretativa già dalla sua nascita destinata al fallimento.

Più chiaramente ancora. È fuori di ogni dubbio che dolo e colpa soddisfino la pretesa di una responsabilità personale e colpevole. Ma ciò non significa che le due componenti psicologiche possano essere ritenute equivalenti tra di loro e, quindi, che sia indifferente imputare lo stesso fatto a titolo dell'uno o dell'altro requisito. Data la sua dimensione di principio, l'art. 27, co. 1, Cost., non risolve – e non avrebbe potuto risolvere – il problema dell'imputazione di ogni fatto o, per meglio dire, dei casi di responsabilità oggettiva da adeguare a Costituzione⁵². L'indicazione dei criteri che in generale soddisfano l'ascrizione di un fatto qualsivoglia come proprio e colpevole, ancora non consente di stabilire quali casi di responsabilità oggettiva siano compatibili con il dolo e quali invece con la colpa. Un'appropriata soluzione del problema deve passare attraverso una simile verifica.

4.1.3. *I rischi di incostituzionalità di una lettura del vigente art. 116 c.p. come base legale di una imputazione colpevole 'differenziata'. L'avvertita consapevolezza della necessità di un'ermeneutica correttiva dell'art. 116 c.p. tende dunque a promuoverne, come visto, una lettura costituzionalmente orientata. Una lettura che però non convince, non solo per le tante ragioni sin qui espresse, ma anche per la possibile violazione del principio di proporzionalità alimentata proprio dalla interpretazione dell'art. 116 c.p. che conduce a punire come se fossero dolosi fatti in certi casi nemmeno colposi. Così disattendendo quel canone di ordine generale in base al quale la pena non dovrebbe mai riflettere una colpevolezza eccedente rispetto a quella effettiva.*

Giova precisare che qui non si dubita delle feconde implicazioni sistematiche – anche recentemente poste in risalto da approfonditi studi monografici – di una dottrina dell'imputazione colpevole differenziata, in base alla quale la colpa, ambientata in un contesto di base doloso, costituisca «il criterio da cui dipende la perimetrazione complessiva dell'area della punibilità», contribuendo a creare «soluzioni *ad hoc* più controllabili (quindi più “leali”) e più proporzionate»⁵³.

Va da sé che il canone della proporzionalità costituisce una componente neces-

⁵² Sul tema, DONINI, *La personalità della responsabilità penale tra tipicità e colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1577 ss.

⁵³ MATTHEUDAKIS, *L'imputazione colpevole differenziata. Interferenze tra dolo e colpa alla luce dei principi fondamentali in materia penale*, Bologna, 2020, 73.

saria dello stesso principio di colpevolezza, risultando funzionale a calibrare la risposta punitiva in funzione del reale disvalore (anche sul piano soggettivo) del fatto e a non trattare in modo ingiustificatamente diverse situazioni uguali. Ma quand'anche, *de iure condito*, si ancorasse il giudizio di responsabilità del concorrente anomalo ad un coefficiente di autentica colpevolezza (colposa), resterebbe comunque da considerare che la pena imposta dall'art. 116 c.p. rimane pur sempre quella del reato doloso commesso dal concorrente che ne abbia voluto la consumazione⁵⁴. Una sanzione 'eccessiva', dunque, che oltrepassa i limiti imposti dallo statuto dell'art. 27 Cost., non potendosi per altro verso escludere - in un'ottica ancora più generale - anche la possibile violazione dei principi sanciti dalle Carte internazionali dei diritti umani, forieri di sicure implicazioni nell'ordinamento italiano, come ad esempio la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2000 (c.d. Carta di Nizza), il cui art. 49, co. 3, contempla un esplicito riferimento al necessario carattere di proporzionalità delle pene, le quali «non devono essere sproporzionate rispetto al reato».

Se si conviene con la ricorrente affermazione secondo la quale il principio di colpevolezza non implica soltanto il divieto di responsabilità oggettiva, ma pure quello di legittimare forme di responsabilità penale in cui il titolo non corrisponda al fondamento dell'imputazione, se ne dovrà inferire una violazione dell'art. 27 Cost. (oltre che nei casi di responsabilità senza nemmeno la colpa, anche) in tutti i casi di punizione sproporzionata rispetto alla colpevolezza, più correttamente intesa nella sua dimensione 'nucleare' di *personalità* della responsabilità penale. Locuzione, questa, che meglio di ogni altra appare in grado di restituire l'idea che la quantificazione della pena, in sede edittale e commisurativa, dovrebbe sempre tenere conto del rapporto personalistico tra il fatto e il suo autore.

Peraltro, la censurata lettura dell'art. 116 c.p. rischia di porsi in aperta violazione anche degli ulteriori principi costituzionali di stretta legalità e uguaglianza/ragionevolezza.

Quanto al primo, la caccia alla colpa nel concorso anomalo alimenta una sorta di deroga tacita alla già richiamata regola che impone di vietare e punire come delitti colposi solo quelli espressamente qualificati come tali dalla legge

⁵⁴ Il rischio di una irragionevole sproporzione tra la misura della pena (uguale a quella per il delitto doloso) e il grado di colpevolezza (colposa) alimentato dalla lettura corrente dell'art. 116 c.p. è comunemente segnalato dalla dottrina. In questa direzione, ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, spec. 214, DEMURO, *Il dolo, II. L'accertamento*, Milano, 2010, spec. 410-411; F. BASILE, *Il concorso c.d. anomalo di persone: una nuova apertura giurisprudenziale al criterio della prevedibilità in concreto*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 3-4/2014, 415-416.

(art. 42, co. 2, c.p.). Finendo con l'assegnare all'art. 116 c.p. l'impropria funzione di convertire i delitti dolosi realizzati in forma concorsuale in omologhe ipotesi punite *per colpa*, anche in assenza di un'espressa previsione in tal senso con riguardo all'omologo fatto realizzato in forma monosoggettiva. Né sembra che questa soluzione possa essere ragionevolmente sostenuta considerando la disposizione di parte generale in discorso come fonte legale dell'incriminazione, così da rendere conforme al dettato costituzionale l'interpretazione proposta dalla dottrina maggioritaria e — almeno a parole — dalla più recente giurisprudenza. Non fosse altro perché una siffatta opzione si porrebbe in conflitto con l'appena ricordato principio di uguaglianza/ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., dato che il coefficiente psicologico necessario ad integrare gli estremi del reato sarebbe irragionevolmente differenziato in virtù della sua realizzazione in forma monosoggettiva o pluripersone. Non potendosi condividere l'idea di un disvalore aprioristicamente maggiore del reato commesso in regime di concorso.

Sembra allora che la prevalente soluzione interpretativa, orientata a 'salvare' l'art. 116 c.p. propugnandone una lettura che unisca al dolo della originaria iniziativa criminosa collettiva la colpa del complice 'nolente' per il delitto diverso poi realizzato da altri, finisca con il dar luogo a contrasti difficilmente superabili con taluni fondamentali principi costituzionali, per di più alimentando un circolo vizioso. Nel senso che potrebbe essere adoperata per revocare in dubbio l'esigenza di espellere la disposizione dall'ordinamento, conservando l'assetto normativo in vigore e scongiurando così 'ingiuste' sacche di impunità⁵⁵.

⁵⁵ Le tante controindicazioni di una qualificazione in termini colposi della responsabilità del concorrente 'anomalo' hanno indotto taluni studiosi a proporre una interpretazione dell'art. 116 c.p. in chiave (integralmente) dolosa. Scartata, perché ritenuta irrealistica e comunque non ragionevolmente percorribile nel breve periodo, la strada dell'espunzione della norma dall'ordinamento, mediante abrogazione o declaratoria di illegittimità costituzionale, si è così suggerito di individuare nel dolo il criterio psicologico di ascrizione al concorrente anomalo del reato diverso da quello da lui voluto. Ciò anche in ragione del fatto che lo stesso schema dell'art. 116 c.p. presuppone «almeno un inizio di cooperazione concorde» (PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1274), basata su di un «substrato almeno in potenza doloso» (ID., *op. cit.*, 1271). Senza addentrarci nell'esposizione delle ragioni addotte a sostegno di questa soluzione, basta osservare che i suoi stessi sostenitori ammettono l'estrema difficoltà di un'interpretazione 'correttiva' dell'art. 116 c.p. alla stregua di un *crimen colposum*, principalmente indotta da un testo che, riflettendo la volontà del legislatore storico, è comunque chiarissimo nell'escludere la volontarietà del reato diverso da quello voluto dal concorrente 'anomalo'. Da qui la proposta di affiancare, in via interpretativa, l'avverbio «direttamente» alla locuzione «non voluto», così da lasciare spazio al dolo indiretto come coefficiente psichico del concorso ex art. 116 c.p., che diverrebbe fattispecie codificata di dolo eventuale (E. BASILE, *Condotta atipica e imputazione plurisoggettiva: alla ricerca del coefficiente di colpevolezza del concorrente "anomalo"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1364). Non vi è dubbio che questa soluzione presenterebbe alcuni vantaggi sul piano sistematico.

Dovrebbe allora essere chiaro che il problema dell'adeguamento dell'art. 116 c.p. alla Costituzione non si risolve certo mediante un'attenuante letta nel senso di legittimare criteri di imputazione alternativi, ma lasciando inalterati quelli del fatto. Criteri che, al contrario, restano quelli di sempre.

A conferma di ciò milita anche il difficile e contraddittorio rapporto tra il primo e il secondo comma della disposizione in esame. Non vi è dubbio che le circostanze attenuanti si imputino oggettivamente, per l'evidente scopo di ampliarne la base applicativa. Dato che un'imputazione oggettiva risulta priva di ogni filtro selettivo, le attenuanti sono applicabili in quanto esistenti.

Tutto ciò premesso, è evidente che la circostanza attenuante prevista dal capoverso dell'art. 116 c.p. è a struttura soggettiva, poiché sussiste a condizione che l'agente ne sia consapevole. Il participio passato del verbo «volere» («Se il reato commesso è più grave di quello *voluto*») ne costituisce inequivocabile dimostrazione. È pertanto chiaro che l'attenuante potrà essere applicabile soltanto a chi effettivamente abbia voluto il reato meno grave. In presenza di questo inequivocabile elemento psicologico che si traduce in dolo del reato meno grave, l'interpretazione adeguatrice lascia insoddisfatti, dal momento che realizza una ipotesi davvero strana di inversione della regola della equivalenza/alternatività tra dolo e colpa che il legislatore ha introdotto in materia di reato circostanziato. Infatti, scartata la più naturale soluzione di un'imputazione della circostanza secondo canoni simmetrici a quelli del fatto-base, il legislatore del 1990 ha preferito la soluzione asimmetrica a tutti nota.

Ma nel caso dell'art. 116 c.p. l'asimmetria è rovesciata. Il fatto del quale l'agente risponde gli viene imputato sulla base della sua prevedibilità rispetto a quello realmente voluto e la circostanza attenuante, al contrario, gli viene attribuita a titolo di dolo.

Al contrario, la versione originaria del codice risultava, sotto questo particolare profilo, ben più razionale e ordinata. Il primo comma disciplinava il caso della responsabilità per il reato diverso da quello voluto secondo i durissimi canoni della responsabilità oggettiva. Il secondo, da parte sua, introduceva

L'ancoraggio della responsabilità del concorrente 'anomalo' ad un reato da costui previsto e voluto consentirebbe di 'sdrammatizzare' i problemi di sproporzione sanzionatoria e non alimenterebbe rotture del principio di legalità, dal momento che la disciplina in esame opererebbe esclusivamente in relazione a delitti dolosi. In questo contesto, l'attenuante obbligatoria prevista dal secondo comma della disposizione risulterebbe coerente con la minore intensità del coefficiente psichico del complice, ex art. 133, co. 1, n. 3, c.p. Tuttavia, al di là degli effetti ampiamente manipolativi della lettera della legge, questa soluzione reca con sé anche le ulteriori controindicazioni relative alle difficoltà di ordine probatorio che notoriamente accompagnano lo statuto del dolo eventuale. Fermo restando che la disposizione, così rimodulata, altro non farebbe che disciplinare vicende già senz'altro ricomprese nel campo di applicazione della previsione generale e ordinaria di cui all'art. 110 c.p.

una sorta di mitigazione del trattamento sanzionatorio per il caso in cui si fosse voluto il reato meno grave⁵⁶. Rilievo, questo, che già dimostra come operazioni di così accentuata ortopedia interpretativa trascurino la razionale e limpida costruzione della norma giuridica.

Ma il rapporto tra primo e secondo comma consente di intravedere un ulteriore paradosso, anch'esso dimostrativo di una insuperabile irragionevolezza. Paradosso per il quale l'attenuante implica un rigoroso processo di verifica del dolo e del suo oggetto. Là dove per rispondere del reato più grave, così subendone le conseguenze sul piano sanzionatorio, è necessaria e sufficiente la sola prevedibilità. Ciò a testimonianza, non solo della difficile compatibilità tra le due disposizioni, ma pure della intervenuta rottura dell'originario equilibrio. Anche per questa via emerge l'inadeguatezza della soluzione riparatrice.

4.2. *L'art. 116 c.p. alla prova della prassi: la caccia alla colpa nel concorso 'anomalo'*. Come si è già in parte anticipato, la giurisprudenza non sembra sia sempre pervenuta – dal canto suo – a conclusioni davvero appaganti nel delineare gli esatti confini dell'art. 116 c.p.: ossia nel senso di collocarlo in una dimensione al contempo capace di sottrarlo all'area della irrilevanza penale e, al contempo, di differenziarlo dalla disciplina del concorso 'ordinario' di più persone nel reato ex art. 110 c.p.

Proprio con specifico riguardo al formante giurisprudenziale, è opportuno segnalare fin d'ora che l'esigenza di stimolare una lettura dell'art. 116 c.p. compatibile con il principio di colpevolezza rappresenta spesso un'autentica petizione di principio, destinata a restare priva di ogni selettività perché affidata a presunzioni e automatismi probatori. Oltre a non risolvere il problema di fondo di una disposizione ideata e introdotta per punire chi si venga a trovare in territorio illecito e offra un contributo causale all'altrui condotta criminosa, la lettura corrente dell'art. 116 c.p. sembra il risultato di una sorta di pragmatico compromesso, tutto sommato utile ad assicurargli, oggi come ieri, vitalità applicativa.

Accade non infrequentemente che le sentenze, anche nei loro approdi sulla carta più avanzati, si limitino a prestare ossequio solo formale all'art. 27 Cost., per poi valutare le concrete fattispecie secondo meccanismi (nemmeno troppo nascostamente) influenzati dalla meccanica del *versari in re illicita*: ora ricollegando l'operatività dell'art. 116 c.p. alla mera prevedibilità in astratto del

⁵⁶ È chiaro che se l'agente ha inteso commettere entrambi i reati, e quello effettivamente voluto ha superato la soglia del tentativo punibile, anche di questo – oggi come ieri – dovrebbe rispondere.

decorso causale alternativo da parte del complice ‘nolente’⁵⁷, ora nascondendo dietro il più appagante parametro della prevedibilità in concreto – o addirittura della colpa *tout court*⁵⁸ – schemi di ascrizione della responsabilità comunque fondati sul solo nesso di derivazione eziologica tra la condotta e l’evento prodottosi per iniziativa altrui. Schemi talvolta accompagnati dal richiamo generalizzante a massime di esperienza più o meno consolidate⁵⁹.

Anche le soluzioni, apparentemente più progredite, volte a rintracciare nel fatto del concorrente anomalo i tratti tipici della colpa in concreto, rischiano talvolta di accontentarsi, al di là di questa rassicurante proclamazione di principio, di una colpa ‘dimezzata’, perché sprovvista del necessario requisito dell’evitabilità dell’evento. Requisito ritenuto implicito nella inosservanza di una regola cautelare – scritta o prasseologica che sia – sovente neppure esplicitata, oppure appiattita in un generico dovere di attenzione. La casistica dimostra infatti come spesso non ci si impegni nell’individuare l’esatto contenuto del dovere di diligenza del concorrente rispetto al reato posto in essere da altri, anche per la difficoltà che accompagna la verifica della esigibilità di una condotta capace di neutralizzare o ridurre il pericolo connesso ad un comportamento che sfugge in linea di massima al suo controllo finalistico. Una difficoltà che in certi casi induce a trasformare la regola cautelare nel suo esatto opposto, ossia in una prescrizione che impone di astenersi dall’agire o dalla prosecuzione dell’agire.

Il pur apprezzabile orientamento interpretativo volto a individuare nella colpa il coefficiente psicologico di ascrizione al concorrente ‘anomalo’ del reato di-

⁵⁷ Cfr. Cass., Sez. VI, 13 dicembre 2017, n. 17502, in *Dejure*, secondo la quale il soggetto che non ha voluto il reato diverso, pur avendolo previsto e ritenuto sicuramente evitabile, risponde di un reato doloso sulla base di un atteggiamento colposo, consistente nell’essersi affidato, per realizzare l’altra condotta concorsualmente prevista con dolo, anche all’attività altrui, la quale come tale non è finalisticamente controllabile, posto che, al cospetto di un’azione collettiva, si dilata l’onere di previsione a carico dell’aderente al progetto comune, specie nel caso di azione violenta contro una persona.

⁵⁸ Secondo Cass., Sez. V, 7 gennaio 2021, n. 306, in *Dejure*, «il mero affidamento a un concorrente della realizzazione materiale del reato non è, di per sé, idoneo ad integrare il requisito della colpa in concreto, che non può prescindere dalla valutazione, appunto in concreto, della personalità dell’esecutore materiale e del contesto fattuale nel quale l’azione si è svolta; svincolato da una valutazione del genere, il coefficiente psicologico necessario all’integrazione del concorso anomalo resterebbe correlato con una sorta di *culpa in eligendo* ravvisabile in tutte le ipotesi di concorso di un agente diverso dall’autore materiale, sicché, nella sostanza, il criterio di imputazione soggettiva verrebbe sganciato dalla “colpa in senso stretto” richiesta dalla giurisprudenza costituzionale, per assumere, di fatto, i contenuti di una riedizione della responsabilità per colpa in astratto».

⁵⁹ Stando a Cass., Sez. I, 26 ottobre 2011, n. 2652, in *Dejure*, l’essenza del concorso *ex art. 116 c.p.* consiste nella «rappresentabilità, da valutarsi in relazione alle circostanze e ad ogni altro profilo del caso concreto, [ma che] può trovare adeguato criterio individuativo nei canoni di esperienza e seguendo quello dell’*id quod plerumque accidit*».

verso da quello voluto, si presta quindi a legittimare preoccupanti riedizioni di un meccanismo in effetti improntato al *versari in re illicita*. Una sorta di *culpa in re ipsa* derivante dalla riprovevolezza dell'attività di base e dall'affidamento riposto su terzi per la realizzazione di un proposito criminoso. Senza che vi sia spazio nemmeno per verificare l'eventuale 'indifferenza' dell'evento deviante rispetto alla condotta asseritamente colposa del complice. Per non dire delle note difficoltà che, al di là delle tradizionali riserve teoriche rispetto alla colpa in attività illecita⁶⁰, accompagnano l'individuazione della 'sfera di rischio' della regola cautelare violata dal concorrente 'anomalo', nonché la verifica del collegamento normativo tra condotta ed evento, sul doppio versante della concretizzazione del pericolo che la regola a finalità preventiva puntava a impedire e dell'evitabilità dell'evento mediante la cd. condotta alternativa lecita.

4.3. *Presente e futuro dell'art. 116 c.p.* Tutti d'accordo, quindi, su cosa non fare. Nel senso che non si ritiene possibile interpretare l'art. 116 c.p. alla stregua di quanto postulato dai compilatori del codice Rocco, ritenendone piuttosto necessaria una lettura *secundum Constitutionem*.

Ove poi però si passi ad affrontare il problema del 'come' convertire la responsabilità oggettiva in responsabilità colpevole, ci si avvede che - al di là di talune ineccepibili manifestazioni di intenti - le condivisibili elaborazioni dottrinali stentano a farsi spazio e sono in larga misura disattese da una prassi talvolta incline ad accontentarsi di ermeneutiche solo apparentemente correttive di un dato normativo del quale la stessa Corte costituzionale, come si è detto, aveva sollecitato la riforma in anni ormai molto risalenti.

Senza considerare che frequentemente non ci si avvede che a venire in gioco è un problema anzitutto pratico che esige soluzioni di parte speciale, anche perché quelle di parte generale trascurano la quantificazione del trattamento sanzionatorio. Non è un caso che persino uno dei 'padri' ispiratori della riforma legislativa del 1974, esprimendo un giudizio critico ad appena un anno di distanza dalla sua entrata in vigore, abbia sottolineato che l'estensione del giudizio di bilanciamento alle circostanze ad effetto speciale e a quelle concernenti la persona del colpevole avrebbe dovuto avere carattere soltanto provvisorio, in attesa di una riforma organica dei limiti edittali delle singole previsioni incriminatrici⁶¹. Ciò anche per evitare una patologica 'cronicizzazione' dell'ampliamento del potere discrezionale del giudice, resa ancor più

⁶⁰ Sul punto, però, vd. Cass., Sez. un., 22 gennaio 2009, n. 22676, in *Dejure*.

⁶¹ VASSALLI, *Concorso tra circostanze eterogenee e reati aggravati dall'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, 3 ss.; ID., *La riforma penale del 1974*, Milano, 1975, 49 ss.

problematica dalla frequente assenza di indici normativi capaci di differenziare in maniera davvero affidabile le circostanze dalle singole figure di reato e di parametri sui quali fondare il giudizio di comparazione tra circostanze⁶².

Questioni di parte speciale, in questo caso concernenti gli adeguamenti da adottare al fine di trasformare casi di responsabilità oggettiva in ipotesi compatibili con il ben diverso principio di personalità colpevole della responsabilità penale, impongono soluzioni di parte speciale, non di parte generale. Per di più giustificate nel quadro dei limiti di scusabilità dell'errore di diritto, difficilmente compatibili con le soluzioni pratiche da adottare in fase di correzione dei casi di responsabilità oggettiva. Soluzioni, queste, che non solo devono risolvere il problema di una imputazione costituzionalmente orientata in astratto, ma devono anche farlo nel rispetto delle esigenze e peculiarità poste dalle singole fattispecie volta per volta considerate. Oltretutto, solo così facendo si potrebbero individuare pene davvero proporzionate al reale disvalore del fatto.

In questa sede non è possibile affrontare in termini adeguatamente approfonditi le numerose soluzioni prospettate nell'ambito del dibattito penalistico relativo alle sorti dell'attuale art. 116 c.p. nei futuri scenari di ingegneria legislativa. Basti osservare che, nella prospettiva di una nuova codificazione, si è autorevolmente suggerito di eliminare l'attuale art. 116 c.p., sul presupposto che potesse essere sostituito dalla disposizione contenuta nel vigente art. 83 c.p. E non si è mancato di ipotizzare, sia pure con tutte le inevitabili cautele che una simile scelta imporrebbe, l'introduzione di una circostanza aggravante generale e comune, nel caso in cui il fatto sia commesso in regime di concorso⁶³.

In questa stessa direzione sembrano muoversi anche i progetti di riforma del codice penale elaborati nell'ultimo trentennio da Commissioni di studio di nomina ministeriale. Fatta eccezione per il solo progetto Pagliaro, che conteneva una disposizione per certi versi simile a quella in vigore, con la previsione di un carico sanzionatorio ridotto nei confronti del complice 'nolente' e modellato sulla cornice edittale del reato commesso, a prescindere dalla sua punibilità anche a titolo colposo⁶⁴, tutti gli altri sono risultati privi di una disci-

⁶² Sul punto, PECCIOLI, *Le circostanze privilegiate nel giudizio di bilanciamento*, cit., 164.

⁶³ GALLO, *Appunti di diritto penale*, cit., 220.

⁶⁴ Come è noto, l'art. 29 del c.d. progetto Pagliaro prevedeva, sotto la rubrica «Agevolazione colposa del reato diverso da quello voluto», che l'imputazione al complice 'nolente' della fattispecie in concreto realizzata prescindesse dall'esistenza della corrispondente ipotesi di reato punibile per colpa, poiché, stando alla Relazione di accompagnamento, «la responsabilità non deve essere circoscritta alle sole ipotesi di reato colposo espressamente previste dalla legge, ma (...) estesa a tutte le fattispecie dell'ordinamento, ovviamente con una congrua riduzione di pena». Lo schema di delega legislativa per

plina *ad hoc* per i casi di divergenza tra il voluto e il realizzato nel reato concorsuale⁶⁵, con conseguente applicabilità delle comuni regole in tema di illecito colposo e *aberratio delicti*⁶⁶.

5. *Recidiva e concorso 'anomalo'*. Tornando al caso esaminato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 55 del 2021, complicazioni ulteriori derivano dalla difficoltà di conciliare un fatto che ci si sforza di qualificare come colposo (pena la ritenuta incostituzionalità della relativa disciplina) con una circostanza aggravante – la recidiva, per l'appunto – che implica invece la reiterata commissione di un delitto *non* colposo, ossia proprio ciò che si punta ad estromettere dall'art. 116 c.p. per assicurarne la 'tenuta' costituzionale.

Il tutto nel più ampio quadro delle irrisolte contraddizioni di una disposizione comunemente letta, nel silenzio della legge, nel senso di qualificare come colposa la responsabilità del concorrente 'anomalo'. Contraddizioni rese particolarmente evidenti in tutte quelle ipotesi – tra le quali rientra la vicenda che ha occasionato l'intervento del Giudice delle leggi – in cui il reato diverso e più grave rispetto a quello voluto dal complice 'nolente' sia un delitto di per sé non espressamente punibile a titolo di colpa⁶⁷. Per non parlare dei problemi di sproporzione sanzionatoria causati dal fatto che l'aumento ex art. 99, co. 4, c.p. verrebbe calcolato sulla pena prevista per il reato più grave, ossia proprio quello rispetto al quale alcun giudizio di responsabilità dolosa po-

l'emanazione di un nuovo codice penale, corredato di Relazione, è consultabile in www.giustizia.it.

La premessa di questa impostazione, basata sulla idea del rischio totalmente illecito che si corre affidandosi anche alla condotta altrui per realizzare il proposito criminoso proprio, è che l'attivazione di forze che non possono poi essere controllate rende «il comportamento maggiormente riprovevole che non nelle ipotesi di colpa». In questi termini, PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Milano, 2003, 579. Del medesimo Autore, vd. anche *Valori e principi nella bozza italiana di legge delega per un nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 389.

⁶⁵ Con la necessaria precisazione che il c.d. progetto Grosso prevedeva, all'art. 47, che il concorrente 'anomalo' rispondesse del reato diverso da quello da lui voluto «a titolo di colpa» e sempre che il fatto fosse preveduto dalla legge come reato colposo. Il c.d. progetto Nordio prevedeva, all'art. 44, che «al concorrente che non ha voluto il reato complesso realizzato da altro concorrente, si applica la pena prevista per il reato voluto che sia elemento costitutivo del reato complesso». Il c.d. progetto Pisapia, infine, era privo di una disciplina *ad hoc* per la ipotesi di divergenza tra voluto e realizzato in ambito concorsuale, e si limitava ad affermare, nella Relazione di accompagnamento, che «ciascun concorrente deve rispondere del reato nei limiti e in proporzione al contributo materiale e psicologico offerto alla realizzazione del fatto».

⁶⁶ Per una rassegna delle proposte riformatrici in tema di illecito plurisoggettivo elaborate dalle commissioni Pagliaro, Grosso, Nordio e Pisapia, cfr. SEMINARA, *La disciplina del concorso di persone nel reato nei più recenti progetti di riforma del codice penale*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, vol. I, Torino, 2011, 281 ss.

⁶⁷ Nel caso in esame era accaduto che un furto fosse degenerato in rapina.

trebbe esprimersi nei confronti del concorrente ‘anomalo’⁶⁸.

Il divieto inderogabile di prevalenza dell’attenuante sulla recidiva reiterata, ora dichiarato incostituzionale, sembrava peraltro difficilmente compatibile anche con la previsione dell’obbligatorietà che contrassegna il regime di applicazione dell’attenuante medesima, giustificata proprio dalla consapevolezza legislativa dell’estremo rigore di un meccanismo di ascrizione su base obiettiva dell’intero fatto di reato al concorrente ‘anomalo’. Un’obbligatorietà – lo si osserva solo per inciso – che dovrebbe anche indurre a riflettere sulle conseguenze davvero paradossali alle quali rischia di dar luogo l’estensione del bilanciamento all’attenuante del secondo comma dell’art. 116 c.p. Si consideri, ad esempio, il caso in cui il concorrente abbia agito per motivi futili, senza alcuna volontà di commettere il reato diverso e più grave poi invece realizzato dal complice, ma in presenza di condizioni tali da renderlo concretamente prevedibile ed evitabile. In questo caso, stando alla corrente lettura della disposizione, dovrà trovare spazio l’attenuante, ma il giudizio di bilanciamento, ovviamente obbligatorio, ben potrebbe farla soccombere rispetto all’aggravante. Con lo scontato effetto che, in assenza di una clausola di salvaguardia che assicuri un ‘privilegio’ all’art. 116, co. 2, c.p. nel rapporto con circostanze di segno contrario, il reato verrebbe ascritto al concorrente anomalo *come se fosse doloso* e punito in quanto tale.

Le cose non cambierebbero molto se l’attenuante fosse ritenuta equivalente all’aggravante, dato che in questo caso la prima sortirebbe solo l’effetto di neutralizzare l’aumento di pena previsto per la seconda, ma non potrebbe comportare comunque alcuna sua diminuzione. Ossia proprio quella diminuzione che non concorrerebbe soltanto ad adeguare la pena alla vicenda concreta, in linea con il tradizionale e più comune finalismo delle circostanze del reato, ma consentirebbe – stando alle parole della Corte costituzionale – di ‘salvare’ l’art. 116 c.p. da una (altrimenti inevitabile) declaratoria di incostituzionalità. Verrebbe meno, pertanto, quello che la stessa sentenza n. 55/2021 ritiene un correttivo *quoad poenam* indispensabile al fine di assicurare la legittimità costituzionale dell’intera previsione normativa.

Insomma, lungi dal garantire un migliore adeguamento della pena al caso concreto, il rapporto di comparazione tra circostanze eterogenee potrebbe condurre ad esiti difficilmente conciliabili con il principio costituzionale di personalità colpevole della responsabilità penale. E ciò sarebbe il frutto di

⁶⁸ Al riguardo, con riferimento alla sentenza in commento, NOTARO, *Partecipazione anomala del recidivo reiterato nel reato altrui: non può escludersi l’applicazione dell’attenuante concorsuale*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 1319.

una libera valutazione dell'interprete, al quale - *de iure condito* - il sistema sembra assegnare una discrezionalità davvero eccessiva, al punto di autorizzarlo a scegliere significati tipici. Non si dimentichi, infatti, che l'intervenuta declaratoria di parziale incostituzionalità dell'art. 69, co. 4, c.p., ad opera della sentenza n. 55/2021, ha riguardato solo la previsione del divieto di prevalenza dell'attenuante sulla recidiva reiterata, ma non ha in alcun modo intaccato la possibilità che detta prevalenza venga comunque ravvisata dal giudice. Giudice al quale, in sostanza, si demanda la scelta di applicare o meno quel correttivo ritenuto indispensabile per poter assicurare (niente meno che) la compatibilità dell'art. 116 c.p. con la Costituzione.

Per non parlare della contraddizione che accompagnerebbe l'ipotizzata valutazione di prevalenza dell'aggravante comune su un'attenuante della quale la legge prevede - lo si è poc'anzi ribadito - l'applicazione obbligatoria.

Similmente a quanto sottolineato da autorevole dottrina con riferimento alle circostanze che riguardano l'imputabilità⁶⁹, non sembra allora né irragionevole né azzardato prospettare l'incostituzionalità dell'art. 69 c.p. nella parte in cui estende il bilanciamento alla circostanza attenuante dell'art. 116, co. 2, c.p. Prevalenti ragioni di coerenza sistematica dovrebbero semmai indurre a valutare, *de iure condito*, l'opportunità di ribaltare la prospettiva sottoposta all'esame della Corte, 'blindando' tale attenuante in modo da impedire che possa soccombere o essere comunque ritenuta equivalente rispetto a circostanze di segno contrario.

Anche sotto questo versante sembrerebbe emergere l'insufficienza della soluzione proposta dalla sentenza, che qualifica l'attenuante in parola alla stregua di un correttivo funzionale ad assicurare la legittimità costituzionale della disposizione, pur sempre negligibile nel giudizio di bilanciamento con circostanze di segno contrario.

6. *Riflessioni conclusive.* Come si è visto, tra i parametri presi in esame dalla Corte costituzionale per accogliere le diverse eccezioni di incostituzionalità figura anche quello relativo al rischio della sproporzione punitiva implicato dal divieto di prevalenza dell'attenuante.

In particolare, si è fatto leva sul dato per cui l'impedita riduzione della pena-base potrebbe tradursi in un aumento multiplo della pena medesima superiore a quello che normalmente l'applicazione della recidiva reiterata comporta a carico degli autori dei nuovi reati. Se questo è il parametro, potrebbe allora

⁶⁹ GALLO, *Appunti di diritto penale*, cit., 50.

supporsi che gli stessi rilievi di irragionevolezza del divieto di prevalenza possano essere sollevati nei confronti delle altre attenuanti che comportano una variazione di pena superiore a quella minacciata dall'art. 99, co. 4, c.p.⁷⁰ Ma si considerino anche le attenuanti che determinano una modificazione della specie o addirittura del genere della pena, rispetto a quella prevista per la fattispecie-base. Provocando così una ridefinizione della gravità del reato che sembrerebbe davvero irragionevole neutralizzare in ragione delle caratteristiche personali del delinquente.

Resta da chiedersi, in conclusione, se il generalizzato meccanismo preclusivo previsto dall'art. 69, co. 4, c.p. possa ancora oggi apparire giustificato.

L'approccio sin qui prescelto e coltivato dalla Corte costituzionale trova forse la sua spiegazione nel 'timore' che la recidiva reiterata possa soccombere nel bilanciamento con circostanze poco significative o fortemente discrezionali (*in primis*, le circostanze attenuanti generiche)⁷¹.

Tuttavia, a fronte dello 'stillicidio' di pronunzie di incostituzionalità dell'art. 69, co. 4, c.p., in un sistema nel quale il giudice si vede ormai riconosciuta ampia discrezionalità persino con riguardo all'*an* dell'applicazione della recidiva, innegabili istanze di ragionevolezza suggeriscono di restituirgli piena autonomia di valutazione anche nel più generale contesto del giudizio di bilanciamento che coinvolga questa circostanza.

⁷⁰ Si consideri, a titolo soltanto esemplificativo, l'attenuante costituita dal c.d. recesso attivo nella disciplina del delitto tentato (art. 56, co. 4, c.p.).

⁷¹ BEFERA, *Automatismi sanzionatori vs Corte costituzionale: un esito annunciato*, in *Cass. pen.*, 2018, 1194.