

QUESTIONI APERTE

Aberratio delicti/Concorso anomalo

La decisione

La divergenza tra il voluto e il realizzato - Responsabilità del concorrente per il reato diverso - Concorso anomalo pluri-lesivo - Responsabilità a titolo di dolo per entrambi i reati - Sussistenza - Condizioni - *Aberratio delicti* pluri-lesiva - Esclusione. (C.p. artt., 83, 116).

«La diversità di disciplina che caratterizza l'aberratio delicti pluri-lesiva e la deviazione individuale dal piano concordato, disciplinato dall'art. 116, nell'ambito del concorso di persone e l'impossibilità di applicare alla ipotesi di realizzazione cumulativa la regola contenuta nell'art. 83, co. 2, si spiega considerando che nell'ipotesi di concorso, contrariamente a quanto avviene nella realizzazione monosoggettiva, il concorrente, che affida ad altri (o anche ad altri) il dominio dell'accadimento, necessariamente si rappresenta, in relazione anche alla natura del reato concordato, che taluno dei partecipi possa andare oltre i limiti dell'accordo o che prenda di sua iniziativa delle decisioni autonome per superare le difficoltà, che possono insorgere durante l'esecuzione dell'impresa criminosa. Di conseguenza, qualora il reato diverso, commesso dall'esecutore materiale, si prospetti come lo sviluppo logico e prevedibile dello accordo criminoso, nell'evolversi delle situazioni umane, egli risponde anche di tale reato a titolo di dolo e la pena per esso prevista, è diminuita, ove il reato realizzato sia più grave».

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE SECONDA, 28 agosto 2018 (ud. 03 luglio 2018), CERVADORO, *Presidente* - DE SANTIS, *Relatore* - CASELLA, *Pg.*, F.A., *ricorrente*.

La divergenza tra il voluto e il realizzato nell'*aberratio delicti* e nel concorso anomalo tra difetti di coordinamento e rilievi di ordine costituzionale

Il contributo analizza il difficile rapporto sussistente tra l'*aberratio delicti* ed il c.d. concorso anomalo, alla luce di un'interpretazione sistematica e costituzionalmente orientata dell'impianto codicistico. In tale prospettiva, emerge un'opzione esegetica volta non solo ad evidenziare un difetto di coordinamento tra le disposizioni che regolano le due figure, ma anche a prendere consapevolezza degli inevitabili contrasti che queste, ed in particolare l'art. 116 c.p., generano con i principi fissati dalla Costituzione.

The divergence between the wanted and the realized in the aberratio delicti and in the concorso anomalo among coordination issues and constitutional considerations

This paper analyzes the difficult relationship between the aberratio delicti and the concorso

anomalo, in the light of a systematic and constitutional interpretation of the code. In this perspective an exegetical option emerges, aiming not only to highlight a lack of coordination between the provisions regulating the two, but also to become aware of the inevitable contrasts that these, and in particular the art. 116 c.p., generate with the principles established by the Constitution.

SOMMARIO: 1. Premessa: il principio di diritto - 2. Il perimetro d'indagine - 3. *L'aberratio delicti*: l'infelice inciso "a titolo di colpa" - 3.1. Una interpretazione costituzionalmente orientata: dal *versari in re illicita al nullum crimen sine culpa* - 3.2. *L'aberratio delicti* con pluralità di eventi - 4. Il concorso anomalo: la volontà dei *conditores* e la realizzazione del reato diverso assieme a quello concordato - 4.1. L'evoluzione interpretativa imposta dalla Costituzione - 4.2. Le irragionevoli conseguenze in tema di pena - 5. Divergenze e convergenze tra le due norme. La continuazione come ulteriore fattore di incoerenza - 6. Conclusioni

1. Premessa: il principio di diritto. La Corte di cassazione, adeguandosi ad un suo precedente¹, pone l'accento sulla diversità di disciplina che caratterizza l'*aberratio delicti* pluri-lesiva di cui all'art. 83, cpv. c.p. e il concorso anomalo disciplinato dall'art. 116 c.p. nelle ipotesi in cui quest'ultimo si presenti a realizzazione cumulativa o pluri-lesiva, laddove, cioè, oltre alla commissione del reato "voluto" venga commesso altresì un reato diverso "non voluto" dall'agente, ma realizzato dolosamente da uno dei compartecipi.

In tali ipotesi, secondo la Corte, il concorrente anomalo risponderebbe di entrambi i reati a titolo di dolo sulla base, oltre che del nesso eziologico, di un non ben specificato coefficiente psichico di prevedibilità del "non voluto", salvo la diminuzione di pena prevista dal secondo comma dell'art. 116 c.p. qualora il reato diverso non voluto risulti più grave.

La conclusione trarrebbe origine dall'impossibilità di estendere la più favorevole disciplina prevista dal capoverso dell'art. 83 c.p., da applicarsi in regime di esecuzione mono-soggettiva, e in virtù della quale, dato il rinvio alle norme sul concorso di reati, il colpevole risponderebbe invece a titolo di dolo per l'evento voluto e a titolo di colpa per quello realizzato in maniera aberrante, purché il fatto sia preveduto dalla legge come delitto colposo.

Il rigorismo sanzionatorio che contrassegna la disciplina concorsuale si fonderebbe, seguendo il ragionamento della Corte, su una *ratio* storica di politica criminale che vede con estremo disfavore il fenomeno della compartecipazione criminosa, avvertita come socialmente più pericolosa e potenzialmente lesiva di più beni giuridici protetti, in quanto implicante il necessario affidamento del soggetto agente a forze che non

¹ Cass., Sez. I, 27 aprile 1987, n. 5250, Guarino, in *Mass. Uff.*, n. 178264.

sempre si è in grado di dominare, le quali possono spingersi oltre i limiti dell'accordo criminoso². Così, il concorrente che affida ad altri - o anche ad altri - il dominio dell'accadimento dovrebbe necessariamente rappresentarsi la possibilità di una deviazione individuale dal piano concordato e, conseguentemente, ove il reato diverso si prospetti come uno sviluppo logico e prevedibile del *pactum sceleris*, egli risponderà anche di tale reato a titolo di dolo.

Il principio di diritto enunciato, sebbene giunga ad un risultato operativo avallato, seppur con dubbi di legittimità costituzionale, da una parte della dottrina e dalla giurisprudenza - punibilità del concorrente anomalo a titolo di dolo sia per "il voluto" che per il "non voluto" realizzato da uno dei compartecipi - prende le mosse da presupposti teorici che non appaiono del tutto condivisibili.

2. Il perimetro d'indagine. La sentenza in commento offre l'occasione per svolgere alcune riflessioni su un tema molto delicato e allo stesso tempo di estrema attualità: la linea di confine tra la fattispecie di *aberratio delicti* ex art. 83 c.p. e quella del c.d. concorso anomalo disciplinato ai sensi dell'art. 116 c.p.; e, in particolare, come esse dialoghino con i principi costituzionali che permeano l'ordinamento penale.

Si tratta di istituti che si innestano nella più ampia *sedes materiae* della divergenza tra il voluto e il realizzato³, autentico *fil rouge* del codice così come concepito dal legislatore del 1930⁴, i quali tuttavia sono soggetti sempre più a degenerazioni applicative dettate dalla intrinseca incompatibilità sussistente tra le istanze di politica criminale proprie dell'ideologia del 1930, che tali istituti hanno ispirato, e i traguardi di "civiltà giuridica" che trovano nella Carta costituzionale piena espressione e tutela⁵.

² Sul tema v. DONINI, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in *Riv. it. dir. proc. e pen.*, 1984, 185.

³ Sul tema cfr. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, Torino, 2018, 403, il quale si esprime, per tali situazioni, nel senso di un rapporto "schizofrenico" tra volontà e fatto.

⁴ Oltre all'*aberratio delicti* e al concorso ex art. 116 c.p., il codice contempla espressamente numerose ipotesi di divergenza tra il voluto e il realizzato. Si pensi all'*aberratio ictus*, ai reati aggravati dall'evento, al delitto preterintenzionale, alla peculiare fattispecie concorsuale di cui all'art. 117 c.p., all'art. 586 c.p., agli artt. 47 e 49 c.p. in tema di errore e all'art. 56, comma 3, c.p.

⁵ La locuzione «fondamentale principio di civiltà giuridica» è utilizzata diffusamente con riferimento ai principi fondamentali fissati dalla Costituzione. Si veda, per tutte, Corte cost., 3 giugno 1983, n. 148, in *Rass. avv. Stato*, 1984, I, 205, specificamente in relazione al principio di irretroattività della legge penale sfavorevole di cui all'art. 25, co-2, Cost. e art. 2 c.p.

In tale contesto una indagine epistemologica che tenti quantomeno di delimitare l'angolo visuale dal quale poter cogliere le criticità riconnesse all'*aberratio delicti* ed al concorso anomalo può interessare «al giurista solo in quanto, e nei limiti in cui, essa assume rilevanza per il diritto»⁶; in altri termini, quando essa possa condurre a risultati interpretativi astrattamente idonei a stimolare, se non altro, attente ponderazioni sul tema oggetto di studio che riflettano plausibili risultati concreti, e non mere riflessioni fini a se stesse.

In quest'ottica non deve sfuggire come le citate ipotesi di divergenza tra il voluto e il realizzato siano state oggetto, anche prima della entrata in vigore della Costituzione, di consistenti dibattiti dottrinali sostenuti da ripetute oscillazioni interpretative del consesso nomofilattico⁷. Le problematiche controverse, certamente ad oggi non ancora sopite, conducono tuttavia la giurisprudenza a persistere nel dichiarare manifestamente infondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate con riferimento, in particolare, all'ipotesi concorsuale delineata dall'art. 116 c.p.⁸, la quale, come si approfondirà nel prosieguo, presta in effetti il fianco a plurimi profili di incostituzionalità, potendosi porre non solo in frizione con il principio di uguaglianza-ragionevolezza cristallizzato dall'art. 3 Cost., ma anche e soprattutto con quello di colpevolezza di cui all'art. 27 Cost.

Il ragionamento accolto dalla Corte, se da un lato può dirsi in linea con la piattaforma culturale del Codice Rocco, notoriamente ispirato da una concezione statalista in cui il rinvigorismento della prevenzione generale rappresentava un obiettivo primario, sembrerebbe rivelarsi tuttavia, oltre che fortemente anacronistico da un punto di vista politico criminale alla luce di un'attenta lettura dell'art. 27 Cost., anche opinabile in un'ottica tecnico-sistemica.

A ben vedere, conviene fin da subito anticiparlo, la linea di demarcazione tra l'*aberratio delicti* e il concorso anomalo ex art. 116 c.p. non può in primo luogo ricondursi ad una diversa soggettività dell'azione criminosa, in quanto non vi è alcuna ragione per escludere che anche

⁶ L'espressione è di TRAPANI, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, Torino, 2006, 2, il quale la utilizza tuttavia per sottolineare come il fenomeno della divergenza tra il voluto e il realizzato assuma rilevanza dal punto di vista giuridico-penale allorché sia ipotizzato quale condizione per il prodursi di effetti penali.

⁷ Cfr. i rilievi svolti *infra*, *Sub* par. 3.1 e 4.1.

⁸ Da ultimo, cfr. Cass., Sez. V, 18 marzo 2015, S., in *Mass. Uff.*, n. 265728 e Id., Sez. I, 28 aprile 2016, Oprea Petrut, *ivi*, n. 268159.

l'art. 83 c.p., atteggiandosi a norma generale, possa trovare applicazione in fattispecie concorsuali⁹, purché nessuno dei coautori realizzi l'evento diverso da quello voluto con dolo, anche eventuale. In tale evenienza si ricadrebbe infatti nello schema legale dell'art. 116 c.p.

Il disvalore intrinseco di una volontà a delinquere di più persone, cooperanti ad uno stesso risultato contro la volontà pubblica, può sicuramente essere percepito anche nella prima fase dell'azione di un'ipotesi aberrante, laddove si presenti appunto ad esecuzione plurisoggettiva¹⁰.

Ne consegue che il fondamento politico criminale recepito dalla sentenza in commento risulta astrattamente riferibile anche al reato aberrante, dal momento in cui anche quest'ultimo potrebbe scaturire da un accordo per delinquere.

Per quanto concerne, poi, il criterio d'imputazione dell'offesa diversa non voluta, non sembra potersi ritenere sostanzialmente dissimile¹¹, malgrado la Corte sembri individuare per il concorrente anomalo un rimprovero colposo fondato su inaccettabili logiche presuntive, che fundamentalmente generano una *culpa in re ipsa*.

In tale prospettiva, la vera linea di demarcazione tra i due istituti appare risiedere nel fatto che, mentre l'art. 116 c.p. esige, da parte di almeno uno dei compartecipi, una piena rappresentazione e volizione di tutti gli elementi strutturali tipici del reato diverso, l'art. 83 c.p. si applica, invece, quando nessuno abbia voluto l'offesa diversa, poiché derivante dal c.d. errore-inabilità.

È perciò il dolo di taluno dei compartecipi, che investe il reato diverso, a contraddistinguere la draconiana disciplina dell'art. 116 c.p., la quale nondimeno si caratterizza per un inaccettabile squilibrio tra precetto e pena, imputando al concorrente anomalo un reato a titolo di dolo, a fronte di un rimprovero solo colposo.

Appare perciò ragionevole negare la possibilità di applicare la disciplina del capoverso dell'art. 83 c.p. alle ipotesi di concorso anomalo plurilesivo ex art. 116 c.p., poiché condurrebbe, in realtà, ad inaccettabili disparità di trattamento in contrasto con l'art. 3 Cost.: potrebbe essere

⁹ In tal senso, ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, Milano, 1990, 207; CORNACCHIA, voce *Reato aberrante*, in *Dig. disc. pen.*, XI, Torino, 1996, 187; LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, Napoli, 1964, 191.

¹⁰ Peraltro, alla luce di una interpretazione costituzionalmente orientata dell'inciso "a titolo di colpa" presente nell'art. 83 c.p., nulla osta alla configurabilità di un'ipotesi di cooperazione colposa con riferimento all'evento diverso concretamente cagionato.

¹¹ Alla luce del riconosciuto rango costituzionale del principio di colpevolezza.

punito in maniera più rigorosa il compartecipe a cui venga addebitato il solo reato diverso non voluto – per il quale risponderebbe a titolo di dolo – rispetto a colui che abbia commesso il reato voluto e gli sia addebitato anche quello realizzato non voluto, per il quale ultimo risponderebbe infatti solo a titolo di colpa, e sempre che sia previsto dalla legge come delitto colposo. Motivo per cui la dottrina prevalente e la giurisprudenza sono orientate nel considerare l’art. 116 c.p. applicabile anche alle ipotesi di concorso anomalo c.d. pluri-lesivo, nonostante, come si avrà modo di precisare, il tenore letterale della norma sembrerebbe escludere tale risultato ermeneutico.

Così inquadrato il campo di ricerca, al fine di approfondire con chiarezza le indicate considerazioni giuridiche, e verificare come esse reagiscano dinanzi al principio costituzionale di colpevolezza, appare necessaria, in via preliminare, un’analisi delle questioni interpretative più rilevanti sottese alle disposizioni di cui agli artt. 83 e 116 c.p.

3. *L’aberratio delicti: l’infelice inciso “a titolo di colpa”*. L’art. 83 c.p. disciplina la figura della c.d. *aberratio delicti*, dal verbo aberrare, sviare, che si caratterizza infatti per uno sviamento nello svolgimento dell’azione che si traduce nella realizzazione di un evento diverso da quello voluto dal soggetto agente, in conseguenza del c.d. “errore-inabilità”¹², o meglio “errore accidentale”¹³.

La clausola di riserva contenuta nell’*incipit* della disposizione rinvia alla fattispecie contigua dell’*aberratio ictus* di cui all’art. 82 c.p., della quale infatti ricalca essenzialmente la struttura, se non fosse per l’eterogeneità dell’offesa realmente prodotta rispetto a quella avuta di mira, laddove invece l’*aberratio ictus* prende in considerazione l’offesa di persona diversa da quella alla quale l’offesa era diretta¹⁴.

¹² Questa impostazione è condivisa dalla quasi totalità della dottrina. Cfr., per tutti, GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, vol. I, Torino, 2014, 511; CONTI, voce *Aberratio (ictus delicti causae)*, in *Nov. Dig.*, I, Torino, 1957, 38; contra TRAPANI, *La divergenza tra il “voluto” e il “realizzato”*, cit., 113, secondo cui la causa della divergenza caratterizzante le ipotesi aberranti non può essere «identificata tout court con l’inabilità». Ne consegue che l’inciso “o per altra causa” sarebbe in realtà idoneo a ricomprendere altresì l’errore-vizio, inteso quale mancata corrispondenza tra il voluto e il realizzato che si concretizza nella fase intellettuale e si riflette necessariamente nell’atteggiamento psicologico del soggetto agente.

¹³ Così si è espresso lo stesso legislatore, cfr. Relazione del Guardasigilli al progetto definitivo di un codice penale, Parte I, 1929, 136, reperibile su www.omeka.unito.it.

¹⁴ Con specifico riferimento al rapporto tra le due ipotesi di reato aberrante cfr. TRAPANI, *La divergenza tra il “voluto” e il “realizzato”*, cit., 86-87-112, il quale osserva come la fattispecie di *aberratio delicti*, ignota al Codice Zanardelli, sia vissuta sostanzialmente nel cono d’ombra dell’art. 82 c.p. e, per l’effetto,

Le problematiche interpretative convergono sul significato da attribuire, con riferimento al criterio di imputazione del “non voluto”, all’infelice inciso “a titolo di colpa”. In particolare, il dibattito investe l’alternativa obbligata di fronte alla quale viene a trovarsi l’interprete¹⁵: o considerare tale locuzione espressione di un mero criterio di disciplina dell’evento diverso concretamente cagionato, in cui la norma sarebbe quindi espressione unicamente di una equiparazione *quoad poenam* ai casi di imputazione per colpa; ovvero ravvisare nella fattispecie di cui all’art. 83 c.p. una ipotesi di attribuzione della responsabilità realmente colposa, con la conseguente necessità di accertare in concreto, caso per caso, i requisiti strutturali tipici della colpa *ex art.* 43 c.p.¹⁶

La dottrina prevalente è stata da sempre orientata nel ritenere l’*aberratio delicti* una chiara ipotesi di responsabilità oggettiva o anomala, informata alla logica normativa del *qui in re illicita versatur tenetur etiam pro casu*¹⁷. Non possono invero essere trascurati gli impulsi general-preventivi che hanno guidato il legislatore del 1930, in virtù dei quali il dolo e la colpa sembrano essere concepiti non sempre come fattori obbligatoriamente ontologici, ma adattabili, sul piano della disciplina, a tutte le ipotesi di responsabilità anomala, senza che sia necessaria la presenza dei requisiti ordinari dei modelli di imputazione ricavabili dall’art. 43 c.p. Il che risulterebbe in linea con la disposizione di parte generale di cui all’art. 42, co. 3, c.p., che prende in considerazione i casi di responsabilità oggettiva, ove l’evento è posto “altrimenti” a carico

non avrebbe «richiamato su di sé quell’attenzione e quell’approfondimento da parte degli interpreti che avrebbe, viceversa, meritato per il suo significato realmente innovativo nel sistema». L’Autore, criticando tale approccio, arriva ad identificare la fattispecie dell’art. 83 c.p. come una disposizione di chiusura nel sistema che disciplina la divergenza tra il voluto e il realizzato, per tutte le situazioni non ricomprese in altri istituti, atteggiandosi a «limite estremo della responsabilità penale per le ipotesi di divergenza, al di là del quale c’è, nel nostro ordinamento, l’assoluta impunità»; DE FRANCESCO, *Aberratio*, Torino, 1998, 153, il quale sottolinea la necessità di attribuire un più ampio spazio di operatività alla disposizione sull’*aberratio delicti*.

¹⁵ Così GALLO, voce *Aberratio delicti, causae*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, 61.

¹⁶ Una soluzione soddisfacente al quesito non può desumersi dal dato letterale. Infatti, sebbene l’inciso “a titolo di colpa” sia presente anche nello schema legale del novellato reato omissivo di cui all’art. 57 c.p., che pacificamente, sia in dottrina che in giurisprudenza, è considerato una ipotesi di “vera” responsabilità colposa per omesso impedimento, tale rilievo testuale non appare dirimente. Sull’interpretazione della locuzione “a titolo di colpa” contenuta nell’art. 57 c.p. v., per tutti, MUSCO, voce *Stampa*, in *Enc. Dir.*, vol. XLIII, Milano, 1990, 642.

¹⁷ Cfr. LEONE, *Il reato aberrante*, Napoli, 1940, 221; REGINA, voce *Reato aberrante*, in *Enc. giur. Treccani*, 1991, 173; GALLO, voce *Aberratio delicti* cit., 62; LUNGHINI, *Commento all’art. 83 - Evento diverso da quello voluto dall’agente*, in DOLCINI-GATTA (diretto da), *Codice penale commentato*, vol. I, IV ed., Milano, 2015, 1567; ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. I, Milano, 2004, 789; DE FRANCESCO, *Aberratio*, cit., 125.

dell'agente sulla base del solo nesso causale tra questo e la condotta. Si è al cospetto di una scissione tra il titolo di responsabilità e il criterio d'imputazione¹⁸.

Emerge un'opzione di disciplina secondo cui una volontà criminale non integrante nemmeno gli estremi del tentativo, a cui segue un'offesa penalmente rilevante ma tuttavia divergente da quella avuta di mira, non possa rimanere impunita, anche se, da un punto di vista soggettivo, la condotta non risulti strutturalmente né dolosa né colposa¹⁹. E proprio in ciò risiederebbe la *ratio* che sottende la disposizione in esame²⁰.

D'altronde, diversamente opinando, e cioè ritenendo che l'art. 83 c.p. contempra la colpa come ulteriore elemento di fattispecie, da accertare positivamente in termini di prevedibilità ed evitabilità, la norma non avrebbe più alcuna ragion d'essere, dal momento in cui si rivelerebbe del tutto inutile, e, come tale, da sottoporre ad una interpretazione abrogante²¹. Una norma, dunque, meramente dichiarativa.

Risulta evidente che non si possa dubitare dell'accollo dell'offesa diversa realizzata per errore nei mezzi di esecuzione o per altra causa, nel momento in cui risultino integrati tutti gli elementi costitutivi di un illecito colposo²². In sostanza, tali ipotesi sarebbero normalmente riconducibili sotto l'art. 43, primo co., 3° alinea, c.p., nonostante la condotta dell'agente sia connotata da un disvalore maggiore, ancorato alla sussistenza, nella fase iniziale dell'azione, di una volontà criminosa²³.

Per contro, nonostante i rilievi critici illustrati, si è rilevato, anche prima delle storiche sentenze del 1988²⁴, come la responsabilità per l'evento

¹⁸ Sul punto v. DE FRANCESCO, *Aberratio*, cit. 129-130, secondo cui la tesi che ravvisa nell'inciso "a titolo di colpa" un mero criterio di disciplina, per quanto sostanzialmente condivisibile, non può prescindere dall'analisi del problema concernente i requisiti strutturali necessari per poter formulare un addebito in ordine ad un evento aberrante. In tale ottica «se non si può escludere che la disposizione in esame venisse di fatto ad accompagnarsi ad un'imputazione sostanzialmente obiettiva del predetto risultato, non si può neanche escludere l'ipotesi contraria», ossia la necessità di accertare requisiti ulteriori rispetto al nesso eziologico.

¹⁹ Cfr. CORNACCHIA, voce *Reato aberrante*, cit., 180;

²⁰ L'assunto risulta valido, sicuramente con maggiore certezza, in relazione alla fattispecie concorsuale di cui all'art. 116 c.p., la quale nonostante si presenti anch'essa come prototipo di responsabilità oggettiva o anomala fondata sulla logica del *versari in re illicita*, è connotata, come vedremo, da un più aspro trattamento sanzionatorio dettato dalla rappresentazione e volizione di un reato diverso da parte di uno dei correi.

²¹ TRAPANI, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, cit., 138; GALLO, *Diritto penale italiano*, cit., 513; ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 790.

²² In tal senso GALLO, *Diritto penale italiano*, cit., 513.

²³ Ammettendo, quindi, la possibilità dell'esistenza della colpa in attività illecite.

²⁴ Corte cost., n. 364 del 1988, in *Giur. cost.* 1988, I, 1504 e Corte cost., n. 1085 del 1988, in *Riv. it. dir.*

diverso non voluto debba essere subordinata alla presenza di un vero e proprio rimprovero colposo, concepito ed accertato alla stregua dei suoi requisiti ordinari²⁵. La conclusione troverebbe riscontro, oltre che nel dato formale del riferimento alle formule “a titolo di colpa” e “quando il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo”, nella relazione del Guardasigilli al progetto definitivo del codice. In quella sede, infatti, si è avuto modo di precisare come, di regola, «gli eventi non voluti non possono essere addebitati, se non a titolo di colpa»²⁶.

A questo punto, non essendo questa la sede nella quale passare in rassegna le tesi che richiamano il tradizionale concetto di colpa specifica per inosservanza di legge²⁷, che si risolve in un chiaro esempio di c.d. truffa delle etichette, occorre tuttavia verificare se la ricostruzione dell’istituto dell’*aberratio delicti*, inteso quale ipotesi di responsabilità oggettiva, si ponga o meno irrimediabilmente in contrasto con il principio di colpevolezza così come postulato dalla giurisprudenza costituzionale, e ad oggi ancora parzialmente inattuato²⁸.

3.1. Una interpretazione costituzionalmente orientata: dal versari in re illicita al nullum crimen sine culpa. Nell’alternativa tra una interpretazione che riconosca alla disposizione di cui all’art. 83 c.p. una funzione autonoma, ma costituzionalmente inaccettabile, e un’interpretazione che le assegni una funzione superflua, ma aderente al dettato costituzionale, non si può che optare per la seconda interpretazione²⁹. E proprio qui risiede la corretta esegesi che permette di fugare ogni dubbio. Peraltro, si è osservato come il legislatore del 1930 di certo non sia stato guidato da finalità di “parsimonia” normativa nella compilazione del

e proc. pen., 1990, 289.

²⁵ Tra gli altri, cfr. BASILE, *La colpa in attività illecita. Un’indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, 2005, 98; v. anche, con specifico riferimento all’ipotesi speciale di cui all’art. 586 c.p., E. DINACCI, *Riflessioni sull’art. 586 in relazione alla responsabilità dello spacciatore per la morte del tossicodipendente*, in *GM* 1986, II, 663.

²⁶ In questi termini la Relazione del Guardasigilli al progetto definitivo di un codice penale, cit., p. 138, dove si fa comunque riferimento all’ambigua espressione “a titolo di colpa”.

²⁷ Per una disamina esaustiva e critica delle teorie della c.d. colpa presunta in relazione all’*aberratio delicti*, la quale altro non è che un tentativo di camuffamento della responsabilità oggettiva, sia consentito il rinvio a CORNACCHIA, voce *Reato aberrante*, cit., 181-182; TRAPANI, *La divergenza tra il “voluto” e il “realizzato”*, cit., 140 ss.

²⁸ Sul tema cfr. i rilievi formulati da BRUNELLI, *Omicidio preterintenzionale aberrante*, in *Cass. pen.*, 2001, 2380, il quale denuncia la pericolosa sottovalutazione del principio di colpevolezza derivante da quella «metodologia che preferisce chiudersi nell’esegesi del sistema normativo», ignorando in tal modo la precettività del comando costituzionale.

²⁹ Così, GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, 1993, 442.

codice, dato che il dibattito sulla natura superflua o meno di numerose disposizioni penali è tuttora aperto³⁰.

Non si può allora negare che il riconoscimento, ad opera del Giudice delle Leggi, del principio del *nullum crimen sine culpa* nel paradigma dell'art. 27, comma 1 e 3, Cost., ponga «una cesura netta alla possibilità di snaturare il volto del rimprovero penale sacrificando la necessità di colpevolezza dell'incriminazione, in funzione del rafforzamento della razionalità generalpreventiva»³¹. Tutti gli elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore di una fattispecie devono infatti essere necessariamente collegati all'agente, cioè investiti dal dolo o almeno dalla colpa. Devono essere al medesimo soggettivamente rimproverabili³². Il principio della personalità della responsabilità penale deve essere inteso nel senso di responsabilità per fatto proprio colpevole, e non solo nel significato minimo di divieto di responsabilità per fatto altrui.

In tale ottica, il principio di colpevolezza non rappresenta solo «un vincolo per il legislatore, nella conformazione degli istituti penalistici e delle singole norme incriminatrici; ma anche come canone ermeneutico per il giudice, nella lettura e nell'applicazione delle disposizioni vigenti»³³. Di qui, le ipotesi di responsabilità oggettiva non hanno diritto di cittadinanza nel nostro ordinamento, in quanto risultano incompatibili con l'art. 27 Cost., e, nell'attesa di un intervento legislativo atto a ricondurle nel prisma della legittimità costituzionale, devono necessariamente essere lette ed applicate come se già contenessero il limite della colpa.

Non residua quindi alcun dubbio sull'obbligo per il giudice di addivenire ad una interpretazione dell'art. 83 c.p. conforme al principio di colpevolezza, identificando quindi la colpa *ex art.* 43 c.p. come un vero e proprio elemento strutturale di tale fattispecie.

La correttezza della conclusione ben può essere apprezzata sol che si ponga mente alla relazione sussistente tra l'art. 83 c.p. e l'art. 586 c.p.

Quest'ultima, sotto la rubrica «Morte o lesioni come conseguenza di altro delitto», prende in considerazione una divergenza tra il voluto e il realizzato caratterizzata dalla commissione di un delitto doloso, da cui

³⁰ BASILE, *Commento all'art. 586 - Morte o lesioni come conseguenza di altro delitto*, in DOLCINI-GATTA (diretto da), *Codice penale commentato*, vol. II, IV ed., Milano, 2015, 3061, secondo cui il codice «pullula di norme superflue».

³¹ Testualmente CORNACCHIA, voce *Reato aberrante*, cit., 180.

³² In tal senso, Corte cost., n. 1085 del 1988, cit.; cfr. anche corte Cost., n. 364 del 1988, cit..

³³ Così, Corte cost., n. 322 del 2007.

derivi, come conseguenza non voluta dal colpevole, la morte o la lesione di una persona. Per tale situazione la norma rinvia espressamente alle disposizioni dell'art. 83 c.p., salvo prevedere una circostanza aggravante speciale, ad effetto comune, in relazione al delitto colposo di omicidio o di lesioni.

Essa rappresenta perciò una ipotesi di *aberratio delicti* aggravata³⁴; in particolare si pone in termini di specialità rispetto alla c.d. *aberratio delicti* pluri-lesiva ex art. 83, cpv., c.p.³⁵, volta a disciplinare i casi in cui, come si vedrà tra poco, vengano cagionati sia l'evento voluto che quello diverso non voluto.

Il criterio d'imputazione su cui si fonda la responsabilità ex art. 586 c.p. dipende anch'esso dall'interpretazione che si dà all'inciso "a titolo di colpa", indirettamente richiamato tramite il rinvio all'art. 83 c.p., e sul quale si sono sviluppati i medesimi contrasti dottrinali che hanno investito la disposizione "generale".

La norma di cui all'art. 586 c.p. è stata tuttavia oggetto, come noto, di una pronuncia del massimo organo nomofilattico, nell'ambito della quale si è sottolineato come al fine di individuare la soluzione preferibile non si possa prescindere dal principio di colpevolezza e dalle sentenze della Corte costituzionale che gli hanno esplicitamente riconosciuto rango costituzionale, ammettendo così la possibilità di riconoscere la colpa ex art. 43 c.p. anche in attività illecite. Per tale ragione, «l'unica interpretazione conforme al principio costituzionale di colpevolezza è quella che richiede, anche nella fattispecie dell'art. 586 c.p., una responsabilità per colpa in concreto»³⁶, dovendosi perciò disattendere tutte quelle tesi ermeneutiche volte a configurare ipotesi di responsabilità oggettiva, anche laddove camuffate nella c.d. colpa presunta per violazione di legge³⁷.

Una colpa "in concreto", quella individuata dalle Sezioni unite, che assume tuttavia dei connotati particolari. Se è vero che la tipicità oggettiva della colpa consiste nella violazione di regole cautelari doverose, le ipotesi di *versari in re illicita* non appaiono conciliabili con la colpa ex art. 43 c.p., poiché non è chiaro quale possa essere la regola cautelare im-

³⁴ L'espressione è di GALLO, *Diritto penale italiano*, cit., 518.

³⁵ In tal senso cfr. BASILE, *Commento all'art. 586 - Morte o lesioni come conseguenza di altro delitto*, cit., 3055; ROMANO - GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., 791.

³⁶ Così, Cass., Sez. un., 22 gennaio 2009, Ronci, in *Cass. pen.*, 2009, 12, 4564.

³⁷ Sul punto, v. le sempre attuali considerazioni di FIORELLA, *Responsabilità penale*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1311 ss.

posta nello svolgimento di un'attività criminale e, di conseguenza, come si potrebbe individuare l'agente modello su cui valutare la condotta del soggetto³⁸. L'ordinamento incorrerebbe in una evidente contraddizione nel vietare una determinata condotta illecita e allo stesso tempo imporre regole cautelari per l'esecuzione della medesima³⁹, in una situazione in cui il parametro dell'*homo eiusdem professionis et condicionis* andrebbe individuato paradossalmente nel "buon e prudente" criminale. Rilievi, questi, che devono essere in ogni caso superati, dal momento in cui l'unica alternativa sarebbe quella di «sollevare questione di legittimità costituzionale dell'istituto per contrasto con il principio di colpevolezza»⁴⁰, anche se, occorre evidenziarlo, il concetto di colpa, così interpretato, sembrerebbe perdere quella struttura dogmatica unitaria fondata sulla necessaria violazione di regole cautelari giuridicamente imposte⁴¹.

Ma allora, al netto di tali osservazioni critiche, nella consapevolezza del rapporto di specialità intercorrente tra gli artt. 83 e 586 c.p. e della medesima formula di attribuzione della responsabilità che li contraddistingue, devono ritenersi validi anche con riferimento all'*aberratio delicti* gli approdi interpretativi a cui sono giunte le Sezioni unite del 2009.

Non solo. Il parametro della colpa "in concreto" appare idoneo a ricondurre nel paradigma della Costituzione tutte le ipotesi di responsabilità oggettiva presenti nell'ordinamento, informate alla logica del *versari in re illicita* e caratterizzate da una divergenza tra il voluto e il realizzato, tra le quali, come vedremo, proprio l'art. 116 c.p.

3.2. L'aberratio delicti con pluralità di eventi. Da ultimo, procedendo nella disamina dell'art. 83 c.p., riveste una peculiare importanza ai fini del presente lavoro la c.d. *aberratio delicti* pluri-lesiva, prevista dal capoverso della disposizione per l'ipotesi in cui l'autore cagioni anche l'evento voluto⁴².

³⁸ Cfr. CARMONA, *La "colpa in concreto" nelle attività illecite secondo le Sezioni Unite*, in *Cass. pen.*, 2009, 12, 4589.

³⁹ Ancora, CARMONA, *La "colpa in concreto" nelle attività illecite secondo le Sezioni Unite*, cit., 4587, secondo il quale in questi casi potrebbe dirsi «è vietato spacciare sostanze stupefacenti, ma se spacci devi farlo con cautela».

⁴⁰ In questi termini, Cass., Sez. un., 22 gennaio 2009, n. 22676, cit.

⁴¹ Si avrebbero due "colpe" diverse: una *in re licita* e una *in re illicita*. Così, CARMONA, *La "colpa in concreto" nelle attività illecite secondo le Sezioni Unite*, cit., 4602.

⁴² Anche eventualmente nella forma del tentativo, dovendosi interpretare il termine "evento" nel suo significato giuridico, come cioè sinonimo di offesa all'interesse giuridico tutelato. Cfr. GALLO, voce

La norma stabilisce che: «Se il colpevole ha cagionato altresì l'evento voluto, si applicano le regole sul concorso di reati».

I dubbi interpretativi relativi alla natura giuridica da attribuire al rinvio “alle regole sul concorso di reati” non sono ovviamente mancati. Non si può nascondere che considerando l'*aberratio delicti* una ipotesi di responsabilità oggettiva non sarebbe corretto riferirsi *tout court* alla categoria generale del concorso di reati *ex art.* 81 c.p., dal momento in cui non risulterebbero integrati tutti gli estremi, sia oggettivi che soggettivi, delle due fattispecie di reato realizzate⁴³. Tuttavia, ritenuta la necessità di un accertamento in concreto della colpa con riferimento all'evento diverso, tali rilievi possono essere superati⁴⁴.

Ad ogni modo, dopo la riforma del 1974⁴⁵, ben potrà concretizzarsi un concorso formale tra un reato doloso - il “voluto” - consumato o tentato, ed uno colposo - il “realizzato” non voluto - purché preveduto dalla legge come delitto colposo.

4. Il concorso anomalo: la volontà dei conditores e la realizzazione del reato diverso assieme a quello concordato. Anche l'art. 116 c.p. contempla un'ipotesi di divergenza tra il voluto e il realizzato, seppur unicamente in ambito concorsuale. La norma sostanzialmente accolla all'agente l'intero fatto di reato non voluto dal medesimo, secondo il modello della responsabilità oggettiva.

Essa stabilisce, sotto la rubrica «Reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti», che: «qualora il reato commesso sia diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti, anche questi ne risponde, se l'evento è conseguenza della sua azione od omissione», salvo concedere, al capoverso, una mitigazione del trattamento sanzionatorio per colui che volle il reato meno grave, laddove il reato commesso si presenti come più grave di quello concordato.

Aberratio delicti cit., 60; TRAPANI, *La divergenza tra il “voluto” e il “realizzato”*, cit., 101; REGINA, voce *Reato aberrante*, cit., 170.

⁴³ Cfr. GALLO, voce *Aberratio delicti*, cit., 58, secondo il quale occorre riconoscere come l'art. 83 cpv. c.p., malgrado sia disciplinato, per quanto concerne le conseguenze sanzionatorie, alla stregua di un caso di concorso di reati, non è riconducibile né a questa né ad altre categorie generali del diritto penale; negli stessi termini ID., *Diritto penale italiano*, cit., 516-517; REGINA, voce *Reato aberrante*, cit., 176; LEONE, *Il reato aberrante*, cit., 172; v. anche PROSDOCIMI, *Contributo alla teoria del concorso formale di reati*, Padova, 1984, 22.

⁴⁴ Sull'argomento cfr. BRUNELLI, *Concorso formale di reati e aberratio delicti plurilesiva*, in *Cass. pen.*, 2004, 2831.

⁴⁵ L. 7 giugno 1974, n. 220, con la quale il legislatore ha esteso la disciplina del cumulo giuridico delle pene anche al concorso formale di reati e al reato continuato eterogeneo.

Si è sostenuto⁴⁶ che l'art. 116 c.p. regoli una particolare ipotesi di *aberratio delicti*, in cui l'aberrante decorso causale sia dovuto però al comportamento doloso di almeno uno dei concorrenti, che faccia così mutare l'iter criminoso concertato⁴⁷. Come accennato in precedenza, è proprio quel complesso di volizioni e rappresentazioni che investe il reato diverso ad assurgere ad elemento differenziale tra le due fattispecie⁴⁸.

Così, in linea con il tenore letterale della norma, risponde a titolo di concorso doloso colui che, agendo con l'intenzione di commettere un determinato reato, fornisca tuttavia un contributo causale ad un diverso reato, da lui non voluto, eppure realizzato dolosamente da uno dei compartecipi. In sostanza, si imputano altrui comportamenti dolosi anche al concorrente che non abbia partecipato alla variazione del programma criminoso, senza accertare nei suoi confronti alcun legame soggettivo con il reato diverso realizzato⁴⁹. E, sul punto, non pare necessario che il dolo del reato diverso sia esistito fin dall'accordo criminoso in capo ad uno dei concorrenti, ben potendosi concretizzare in una fase successiva.

Una così aspra disciplina è diretta promanazione delle istanze general-preventive che hanno indirizzato il legislatore del 1930, in virtù delle quali la criminalità associata rappresentava il «simbolo del crimine, la forma più eclatante e temibile della delinquenza»⁵⁰ e, come tale, degna di una risposta normativa idonea a generare il massimo effetto deterren-

⁴⁶ FIORELLA, *Le strutture del diritto penale*, cit., 402; GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, 1957, 103.

⁴⁷ Cfr. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, IV ed., Torino, 2011, 518, il quale osserva come l'art. 116 c.p. prenda in considerazione l'ipotesi in cui «taluno dei concorrenti - non essendo degli autonomi - prenda per così dire una sua strada, così che il reato oggettivamente realizzato risulti diverso da quello avuto in mente dagli altri concorrenti».

⁴⁸ BASILE, *Commento all'art. 116 - Reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti*, in DOLCINI - GATTA (diretto da), *Codice penale commentato*, vol. I, IV ed., Milano, 2015, 1852; FIANDACA - MUSCO, *Diritto Penale. Parte generale*, VII ed., Bologna, 2014, 542, nonostante qualifici formalmente l'art. 116 c.p. come *aberratio delicti*; v. anche PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, Milano, 1966, 64, che considera il concorso anomalo speciale rispetto alla disposizione di cui all'art. 83 c.p.

⁴⁹ Cfr. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale*, cit., p. 402, il quale sottolinea come l'identità del titolo di reato nei confronti del concorrente estraneo alla variazione viene preservata solo a costo di una finzione. Finzione che peraltro risulta parziale, in quanto l'art. 116 c.p. si svincola, per quanto concerne il nesso materiale, dalla regola d'imputazione concorsuale, rivivendo quel rapporto di condizionalità necessaria proprio del reato monosoggettivo.

⁵⁰ DONINI, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, cit., 186.

te all'interno della società. Il cooperare con altri per la realizzazione di un'offesa penalmente rilevante comporta necessariamente la "non dominabilità" delle condotte altrui, le quali possono infatti sfociare in ulteriori e diverse lesioni di interessi tutelati dall'ordinamento⁵¹.

L'assunto viene confermato esplicitamente dalla Relazione al Re sul testo definitivo del nuovo codice penale, dove, in risposta alle critiche formulate dalle commissioni parlamentari dell'epoca con riferimento all'art. 116 c.p., si sosteneva come in realtà non si trattasse «di responsabilità obiettiva in senso proprio e assoluto, perché l'individuo voleva concorrere con altri per commettere un reato», a nulla rilevando che sia concretamente realizzato un reato diverso da quello da lui voluto. Questa diversità di specie, ma non di genere, prosegue la Relazione, «non elimina l'elemento soggettivo della responsabilità», la quale anche se dovesse essere considerata meramente oggettiva «sarebbe pienamente giustificata nell'intento di rinvigorire la tutela penale». E il legislatore giunge perfino a qualificare la disciplina dell'art. 116 c.p. «già abbastanza indulgente», data la circostanza attenuante prevista dal capoverso della disposizione⁵².

Eppure, alla luce di una interpretazione sistematica della materia della divergenza tra il voluto e il realizzato, il legislatore del 1930 non sembra essere stato così indulgente come riteneva.

Occorre infatti evidenziare una mancanza di coordinamento tra il concorso anomalo e l'*aberratio delicti* ex art. 83 c.p.⁵³, che ben si può apprezzare con riferimento alle ipotesi in cui assieme al reato realizzato dolosamente da uno dei compartecipi sia commesso anche quello voluto e concordato. In sostanza, ci si chiede quale sia la norma idonea a di-

⁵¹ Non si può trascurare invero che l'ideologia fascista, in netta contrapposizione rispetto alla filosofia individualista discendente dall'illuminismo francese, concepisse lo Stato come un organismo di sintesi dei soggetti e delle classi che lo compongono, avente vita propria, propri fini e propri bisogni, i quali trascendono per estensione e per durata la vita stessa degli individui. In tale ottica, tali fini e interessi dovevano essere considerati preponderanti rispetto a quelli individuali. Il diritto di punire veniva inteso alla stregua di un diritto di difesa e conservazione propria dello Stato, con «lo scopo di garantire le condizioni fondamentali e indispensabili della vita comune». In questo contesto ideologico, la compartecipazione criminosa e il *versari in re illicita* non possono che rappresentare una minaccia per l'entità statale. Minaccia espressione di una criminalità che si eleva a fenomeno sociale generale, la quale può essere efficacemente neutralizzata solo in chiave general-preventiva.

⁵² Così, ancora, Relazione al Re del Ministro Guardasigilli per l'approvazione del testo definitivo del codice penale, cit., 4470-4471, dove si precisa che «d'altronde, chi coopera ad una attività criminosa può e deve rappresentarsi la possibilità che il socio commetta un reato diverso da quello da lui voluto».

⁵³ Corte cost., n. 42 del 1965, in *Giur. cost.*, 1965, 639, che sollecitava già all'epoca un intervento legislativo volto a realizzare una logica coordinazione dell'art. 116 c.p. con tutto il sistema e, in particolare, con norme analoghe come l'art. 83 c.p.

sciplinare questa specifica situazione.

Si è lucidamente osservato che il ricorso all'art. 116 c.p. andrebbe escluso sulla base di un duplice argomento letterale: l'art. 116 c.p. non dispone infatti che “quando si sia commesso un reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti, questi risponde anche del reato diverso”, bensì che “anche il concorrente risponde del reato diverso”. Inoltre, mentre il legislatore ha espressamente preso in considerazione all'art. 83, cpv., c.p. l'ipotesi della realizzazione dell'offesa voluta, oltre che di quella diversa, così non ha fatto all'art. 116 c.p.

In tale ottica la disposizione da applicare in caso di offese plurime sarebbe quella del capoverso dell'art. 83 c.p.⁵⁴, o meglio, alla luce di una interpretazione costituzionalmente orientata di tale norma, non rimarrebbe che applicare i principi generali in tema di imputazione soggettiva.

Tuttavia, tale ricostruzione interpretativa è stata successivamente oggetto di una rimediazione, dettata da esigenze di coerenza sistematica⁵⁵. Si è rilevato come non fosse tollerabile pervenire ad una soluzione in forza della quale potrebbe essere punito in maniera più rigorosa il compartecipe a cui risulti imputabile il solo reato diverso non voluto – per il quale risponderà a titolo di dolo – rispetto a colui che abbia commesso il reato voluto e gli sia addebitato anche quello realizzato non voluto, per il quale ultimo risponderebbe solo a titolo di colpa, e sempre che sia previsto dalla legge come delitto colposo⁵⁶.

Per tale ragione, onde evitare una così evidente disparità di trattamento contrastante con l'art. 3 Cost., la giurisprudenza, tra cui la sentenza in commento, riconduce l'ipotesi di concorso anomalo pluri-lesivo o a realizzazione cumulativa sotto l'alveo dell'art. 116 c.p., punendo così il concorrente nolente per entrambi i reati a titolo di dolo, qualora ne ricorrano i presupposti⁵⁷.

⁵⁴ Così, GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, p. 102; v. anche PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2008, 298, secondo il quale, diversamente opinando, l'attenuante del secondo comma non sarebbe applicabile al reato diverso che sia meno grave.

⁵⁵ Cfr. GALLO, *Diritto penale italiano*, cit., 149; v. anche PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe*, cit., 82.

⁵⁶ Ancora, GALLO, *Diritto penale italiano*, cit., 150.

⁵⁷ Sul punto, occorre chiarire che, quando si parla di concorso anomalo pluri-lesivo o a realizzazione cumulativa, il riferimento non può che essere a quelle situazioni in cui oltre all'offesa voluta sia cagionata anche un'unica offesa diversa. Si tratta più correttamente di fenomeni di bi-lesività, poiché nel caso in cui non sia commesso il reato voluto ma due o più reati diversi rispetto a quello avuto di mira, oppure assieme a quest'ultimo siano cagionate due o più offese diverse, si fuoriesce dallo schema legale tipico delle fattispecie in oggetto.

Conclusione operativa che allo stesso tempo riflette però una chiara interpretazione in *malam partem* della norma, che si traduce inevitabilmente in una lesione del principio di stretta legalità nonché di quello del *favor rei*.

Ciò nonostante, la giurisprudenza tende ad avallare pacificamente una simile impostazione ermeneutica, rendendo ancor più eloquente l'osservazione secondo cui l'art. 116 c.p. si eleverebbe a «momento di massima espansione del paradigma di attribuzione della responsabilità disegnato dalla struttura causale dell'art. 110 c.p., vero e proprio fiore all'occhiello del rigorismo nei confronti della compartecipazione criminosa»⁵⁸.

Non si può, in definitiva, dubitare che nell'intenzione dei compilatori del codice la norma in esame configurasse una manifesta ipotesi di responsabilità oggettiva⁵⁹, rispondente alla logica del *versari in re illicita* e percepita con ancor più disfavore a causa dell'accordo tra più soggetti per delinquere⁶⁰.

Stessi rilievi sono stati evidenziati con riferimento all'art. 83 c.p. cfr. ROMANO - GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., 790, secondo cui, nel caso di plurimi eventi diversi cagionati, quello da imputare a «titolo di colpa» ai sensi dell'art. 83 c.p. deve essere quello più grave; contra, PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, 1993, 612, il quale sostiene che, nel silenzio della legge, vada seguito il criterio del *favor rei*. Negli stessi termini GALLO, *Diritto penale italiano*, cit., 518. Tuttavia identificando la colpa *ex art.* 43 c.p. come un elemento strutturale dell'*aberratio delicti*, tali considerazioni risultano ad oggi prive di un interesse pratico, in quanto si dovrà comunque necessariamente accertare per ogni evento diverso la prevedibilità ed evitabilità in concreto dello stesso.

⁵⁸ Così, INSOLERA, *Profili di tipicità del concorso: causalità, colpevolezza e qualifiche soggettive nella condotta di partecipazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1998, 449.

⁵⁹ Nel senso di una draconiana operatività oggettiva si è espressa la dottrina dominante, cfr., tra gli altri, PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe*, cit., 38-39; ROMANO - GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., 202; FIANDACA - MUSCO, *Diritto Penale*, cit., 542; INSOLERA, *Concorso di persone nel reato*, in *Dig. Pen.*, Vol. II, Torino, 1988, 482; PANNAIN, *Sull'art. 116 del c.p.*, in *questa Rivista*, 1965, 439; MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, VII ed., Milano, 2018, 518; FIORELLA, *Le strutture del diritto penale*, cit., 402, il quale precisa come le ipotesi di responsabilità oggettiva presenti nel nostro ordinamento rappresentino esempi di «responsabilità non compiutamente personalizzata».

⁶⁰ Al riguardo si deve osservare come una parte della dottrina abbia tentato invece di individuare nella disposizione in esame una ipotesi di vera e propria responsabilità dolosa, aderente al criterio d'imputazione di cui all'art. 43 c.p.

Per una prima tesi cfr. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, cit., 109; ID., *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, vol. II, Torino, 2014, 146, il quale perviene sostanzialmente ad una concezione allargata dell'oggetto del dolo nel concorso di persone nel reato. In tale prospettiva gli artt. 116 e 117 c.p. non devono essere intesi quali norme marginali rispetto al sistema del concorso, bensì quali disposti «che contribuiscono a dare peculiare fisionomia alla fattispecie dell'atto di partecipazione». Mediante tali disposizioni il legislatore avrebbe infatti «delineato l'oggetto del dolo in maniera tale che scomparivano tutte le note che attribuiscono ad un dato fatto il requisito della tipicità propria di una determinata figura di reato», purché il fatto previsto e voluto corrisponda ad

A ben vedere l'art. 116 c.p., nel punire il concorrente anomalo a titolo di dolo per il reato da lui non voluto, contempla un criterio d'imputazione strutturalmente distinto dal dolo così come descritto dall'art. 43 c.p. Il dolo, come la colpa con riferimento all'art. 83 c.p., viene infatti inteso come una mera qualifica normativa, esclusivamente funzionale all'applicazione di un certo tipo di disciplina⁶¹.

4.1. L'evoluzione interpretativa imposta dalla Costituzione. Al fine di mitigare le indicate conseguenze sanzionatorie derivanti da una responsabilità fondata unicamente sul nesso eziologico, fin dall'entrata in vigore della Costituzione si è delineata in seno alla giurisprudenza di legittimità un orientamento volto ad individuare un ulteriore elemento strutturale della fattispecie di cui all'art. 116 c.p., consistente in un fumoso concetto di "prevedibilità" del reato diverso⁶². Concetto, questo, fatto proprio dalla oramai "storica" sentenza della Corte costituzionale del 1965⁶³, la quale, forse più preoccupata di allontanare le ombre che ravvisavano nell'art. 116 c.p. una ipotesi di responsabilità per fatto altrui⁶⁴, individuava nella "prevedibilità logica" del reato diverso un coefficiente

una fattispecie penale. Sulla scorta di tale premessa la correlazione tra il voluto e il realizzato si fonderebbe unicamente sulla «natura di offesa penalmente rilevante che dovevano presentare tanto il fatto voluto quanto il fatto posto in essere». Per una critica a simile impostazione, che conduce l'Autore a riconoscere una sorta di *dolus generalis* nella disciplina del concorso di persone quale espressione della logica normativa del *versari in re illicita* cfr. PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe*, cit., 121 e ROMANO - GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., 203, che si domanda «fino a che punto possa parlarsi di dolo quando mancano la rappresentazione e volizione dell'evento particolare». Per una tesi diversa, cfr. LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, cit., 197, il quale riconduce l'art. 116 c.p. nell'alveo della responsabilità dolosa sulla base di una preventiva ed implicita adesione del concorrente al risultato ultimo dell'impresa concorsuale. Nel dolo del partecipe rientrerebbe così anche il calcolo della possibilità che il coautore si allontani dal piano concertato. In altre parole, «il dolo del singolo concorrente [...] non può non abbracciare e, per così dire, ratificare preventivamente le future decisioni che l'esecutore prenderà per portare a termine la realizzazione criminosa concertata e decisa da tutti i concorrenti». L'assunto perviene tuttavia a ravvisare il dolo attraverso una presunzione che non corrisponde necessariamente alla realtà e, come tale, conferma di fatto il criterio di imputazione oggettiva che caratterizza l'art. 116 c.p.; così, PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe*, cit., 118.

⁶¹ Sulla distinzione, negli artt. 83 e 116 c.p., tra il piano della fattispecie e quello della disciplina cfr. TRAPANI, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, cit., 48 ss., il quale osserva come «ad uno stesso titolo di responsabilità non corrisponde sempre, nel nostro sistema, una identità di struttura del criterio d'imputazione».

⁶² Cfr., per tutte, Cass., Sez. I, 24 febbraio 1950, in *Riv. pen.*, 1950, 519.

⁶³ Corte cost., n. 42 del 1965, cit., la quale rappresenta un classico esempio di c.d. sentenza interpretativa di rigetto.

⁶⁴ L'assunto pare confermato dall'ordinanza di rimessione della Corte di Appello di Roma, oltre che dalle osservazioni dell'Avvocatura dello Stato e dalle tesi difensive incentrate soprattutto su tale profilo.

di colpevolezza asseritamente idoneo a garantire la piena legittimità costituzionale della norma rispetto all'art. 27 Cost.⁶⁵

Un coefficiente di partecipazione non solo materiale, ma anche psichico, 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»⁶⁶. Non sembra tuttavia che tale criterio, nella sua genericità, sia riconducibile con certezza alla previsione di cui all'art. 43 c.p.⁶⁷, dal momento in cui lo stesso Giudice delle Leggi ammetteva come non fosse «compito di questa Corte il delimitare particolarmente la natura e gli aspetti del coefficiente di colpevolezza che ricorre nella fattispecie di cui all'art. 116 c.p.»⁶⁸.

Si può allora cogliere a pieno il motivo per cui la ricerca di una dimensione costituzionale dell'art. 116 c.p. rappresenti «da tempo, senza alcun dubbio, il leit motiv dell'elaborazione dottrinale in materia»⁶⁹. L'ambiguità della formula «sviluppo logicamente prevedibile» si è rivelata invero il punto dolente di ogni ricostruzione esegetica del concorso anomalo, ed ha di fatto autorizzato la giurisprudenza di legittimità ad avallare due varianti interpretative⁷⁰.

In una prima prospettiva, il correttivo enucleato dalla Corte costituzionale viene inteso nella sua accezione astratta, secondo la quale la preve-

⁶⁵ Al riguardo v. MACCHIA, *Concorso anomalo: un tentativo (azzardato?) di ricostruzione della responsabilità per il fatto diverso da quello voluto*, in *Cass. pen.*, 2017, 2, 498, che si esprime nel senso di una lettura evolutiva della norma; cfr. anche INSOLERA, *Tentativo di una diversa lettura costituzionale dell'art. 116 c.p.*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1978, 1489; MORMANDO, *Interpretazione letterale e interpretazione giurisprudenziale dell'art. 116 c.p.*, in *Riv. pen.*, 1991, 673.

⁶⁶ Ancora, testualmente, Corte cost., 13 maggio 1965, n. 42, cit.

⁶⁷ Cfr. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, voce del *Nov. Dig. Ita.*, Torino, 1973, XIX, 54, il quale osserva come la Corte faccia leva su di un «elemento dalle incerte origini, riconducibile sia al nesso di causalità materiale, pure sfumato dai contorni soggettivistici della causalità umana, sia all'essenza della colpa». V. anche MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2009, 321, secondo i quali l'espressione utilizzata dalla Corte costituzionale potrebbe solo indirettamente, ma non univocamente, riferirsi ad un atteggiamento realmente colposo rispetto al reato diverso.

⁶⁸ Corte cost., 13 maggio 1965, n. 42, cit.

⁶⁹ L'espressione è di GULLO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto tra versari in re illicita e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, 1197; v. anche INSOLERA, *Concorso di persone nel reato*, cit., 488, secondo cui il problema dell'attribuzione soggettiva del reato diverso da quello voluto e, quindi, della compatibilità di tale forma di responsabilità con le disposizioni costituzionale in materia, rappresenta il «motivo dominante la tematica del concorso, che nell'art. 116 c.p., raggiunge tuttavia il livello massimo di tensione».

⁷⁰ GULLO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto tra versari in re illicita e principio di colpevolezza*, cit., 1198, il quale osserva come il requisito della prevedibilità si sia rivelato il punto debole della intera struttura.

dibilità del trasmodare della condotta criminosa concordata deve accertarsi mediante un raffronto strutturale tra le fattispecie incriminatrici, quella “voluta” e quella “realizzata”, a prescindere da un’indagine in guisa concreta sulle peculiarità del fatto storico⁷¹, secondo la regola dell’*id quod plerumque accidit* e quindi sostanzialmente in via presuntiva.

Una simile impostazione, che sembra tuttora celarsi in alcune recenti pronunce giurisprudenziali⁷², non può certamente essere ritenuta conforme al principio costituzionale di colpevolezza, non ancorando la punibilità dell’agente ad un autentico rimprovero personale⁷³. Al riguardo si è parlato di mero «omaggio formale al principio di colpevolezza»⁷⁴. Si è peraltro rilevato⁷⁵ come tale indirizzo ermeneutico potrebbe, in talune situazioni, condurre a conseguenze irragionevoli se coerentemente applicato. Si pensi all’ipotesi in cui taluno venga istigato a commettere una rapina mediante la consegna di una pistola giocattolo. Se poi l’esecutore materiale dovesse sostituire la pistola giocattolo con una vera arma, nel caso in cui la rapina degeneri in omicidio, il concorrente anomalo risponderebbe di omicidio doloso *ex art. 116 c.p.*, in quanto l’omicidio ben può essere considerato astrattamente un reato logicamente consequenziale, e quindi prevedibile, della rapina⁷⁶. Simili incoerenze possono apprezzarsi, ribaltando l’angolo prospettico, nel caso in cui il soggetto agente, a seguito di un accordo criminoso, realizzi, dopo l’omicidio concordato, anche un furto poiché rinomatamente cleptomane. Il concorrente anomalo, consapevole della cleptomania del complice, anche qualora avesse contribuito causalmente all’offesa diversa perpetrata, non potrà rispondere per il reato di furto, poiché in astratto tale reato non rappresenta sicuramente uno sviluppo logico e prevedibile di un omicidio.

Per contro, un secondo orientamento, al fine di superare le criticità ri-

⁷¹ V., a mero titolo esemplificativo, Cass., Sez. II, 9 dicembre 1985, Decembrino, in *Mass. Uff.*, n. 172644.

⁷² Cass., Sez. II, 4 novembre 2016, n. 5281, in *Mass. Uff.*, n. 268788; Id., Sez. VI, 15 dicembre 2015, n. 15958, in *Cass. pen.*, 2017, 1, 157; Id., Sez. I, 15 novembre 2011, n. 4330, *ivi.*, 2012, 12, 4130.

⁷³ In questi termini CANESTRARI, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto e il principio di colpevolezza*, *Studium Iuris*, 1996, 1397; v. anche PAGLIARO, *la responsabilità del partecipe*, cit., 108.

⁷⁴ SCIUBA, *Concorso ordinario e concorso anomalo*, in *Cass. pen.* 2014, 11, p. 3748.

⁷⁵ BASILE, Commento all’art. 116 - *Reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti*, cit., 1847; MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., 402.

⁷⁶ L’esempio è di MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., 402.

connesse alla concezione della prevedibilità “in astratto”, ha inteso il coefficiente di colpevolezza della “prevedibilità logica” del reato diverso in “concreto”, cioè prendendo in considerazione tutte le peculiarità caratterizzanti la singola vicenda nella quale assume rilievo il contributo del concorrente anomalo, tra le quali la personalità dell’imputato e le circostanze ambientali nelle quali si è svolta l’azione, utilizzando il parametro predittivo dell’*homo eiusdem condicionis et professionis*⁷⁷. Questo allo scopo di verificare se le concrete modalità fattuali lascino prevedere una deviante evoluzione dell’originario programma criminoso, da cui si possa desumere l’eventuale partecipazione interiore del concorrente anomalo.

Si è al cospetto di un criterio interpretativo che, ricalcando sostanzialmente i connotati dell’imputazione colposa, nonostante si registrino osservazioni critiche al riguardo⁷⁸, appare sicuramente più conforme al principio di colpevolezza così come delineato dalle sentenze del 1988 e da quella del 2007.

Una cosa è certa. Il criterio di attribuzione della responsabilità di cui all’art. 116 c.p. si colloca in un limbo giuridico tra l’imprevedibilità dell’evento e il dolo indiretto (eventuale, indeterminato o alternativo). In sostanza, tra l’interruzione del nesso causale e il concorso ex art. 110 c.p.⁷⁹ E, sul punto, occorre registrare una discutibile prassi operativa della giurisprudenza tendente a ravvisare con troppa disinvoltura il dolo rispetto all’offesa diversa, al fine di superare le incertezze interpretative e le difficoltà probatorie derivanti dal concetto di prevedibilità logica⁸⁰.

Tuttavia, una volta riconosciuta la valenza costituzionale e cogente del principio di colpevolezza, al fine di garantirne una piena attuazione,

⁷⁷ Cfr., *ex plurimis*, Cass., Sez. I, 28 febbraio 2014, n. 9770, in *Dir. pen. cont.*, 2014 con nota di BASILE, *Il concorso c.d. anomalo di persone: una nuova apertura giurisprudenziale al criterio della prevedibilità in concreto*; v. anche Cass., Sez. III, 03 aprile 2013, n. 44266, in *Mass. Uff.*, n. 257614; Cass., Sez. V, 18 giugno 2013, n. 34036, in *Cass. pen.* 2014, 11, 3743; Cass., Sez. VI, 13 gennaio 2005, n. 7388, *ivi* 2006, 6, 2174.

⁷⁸ Alcuni Autori dubitano di una piena equivalenza tra il criterio di imputazione della prevedibilità in concreto e quello della colpa. Cfr. FIANDACA - MUSCO, *Diritto Penale*, cit., 544, secondo il quale la valutazione della prevedibilità in concreto tende a orientarsi verso una vera e propria colpa, pur non integrandone tutti i requisiti posto che non si richiede «la prova della violazione del dovere obiettivo di diligenza». V. anche CANESTRARI, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto e il principio di colpevolezza*, cit., 1398.

⁷⁹ Da ultimo, Cass., Sez. I, 7 marzo 2014, n. 14476, in *Dir. gist.* In argomento v. MACCHIA, *Concorso anomalo*, cit., 503, il quale osserva come il criterio d’imputazione soggettiva della norma si collochi ineluttabilmente in una sorta di «terra di mezzo».

⁸⁰ V. le osservazioni svolte da BASILE, *Commento all’art. 116 - Reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti*, cit., 1842.

qualsivoglia incertezza interpretativa deve necessariamente cedere il passo dinanzi ad un pieno riconoscimento della “vera” colpa quale criterio d’imputazione del reato diverso⁸¹, in linea con il concetto di colpa “in concreto” enucleato dalle Sezioni unite del 2009 con riferimento alla fattispecie di cui all’art. 586 c.p. E, una volta subordinata in via interpretativa la responsabilità del concorrente anomalo ad un autentico rimprovero colposo, sia pur trattato come doloso, la norma di cui all’art. 116 c.p. sembra costituire un chiaro esempio di concorso colposo in reato doloso⁸². Non essendo questa la sede in cui analizzare i profili controversi relativi alla possibilità di configurare tale peculiare fattispecie concorsuale, occorre comunque osservare come un simile risultato esegetico costituisca una ulteriore conferma del superamento della teoria della necessaria unitarietà del titolo della responsabilità dei concorrenti⁸³, che taluno ha posto a fondamento tecnico-dogmatico dell’art. 116 c.p.⁸⁴

Di qui, un recente orientamento giurisprudenziale non esita a ricondurre senza sottintesi il requisito della prevedibilità “in concreto” nel paradigma della colpa, identificando tuttavia la violazione delle regole di prudenza nel semplice affidamento del soggetto a condotte altrui⁸⁵, le quali sfuggono per definizione al dominio finalistico del medesimo e sulle quali non si può esercitare il controllo esercitabile sulla propria condotta⁸⁶. Il che si traduce in una insidiosa *culpa in eligendo*.

Tale argomentazione, condivisa – pur non entrando nel merito della

⁸¹ Sul punto cfr. MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., 402; PULITANÒ, *Diritto penale. Parte generale*, V ed., Torino, 2013, 440.

⁸² In tal senso, DE FRANCESCO, *Il concorso di persone nel reato*, in *Introduzione al sistema penale*, vol. II, Torino, 2001, 353, secondo cui «ciò che nel codice veniva configurato come un problema di causalità [...] è destinato ad apparire oggi come un problema di responsabilità colposa o, più esattamente, di cooperazione colposa ad un fatto altrui commesso con dolo».

⁸³ Per aversi un concorso criminoso di persone sarebbe indispensabile non solo l’esistenza di un unico, identico reato, che deve sussistere nei confronti di tutti i concorrenti, ma anche che l’elemento psicologico si presenti della stessa specie nei confronti di ciascuno di essi. In questi termini RANIERI, *Il concorso di più persone in un reato*, Milano, 1949, 124.

⁸⁴ Sul punto, cfr. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 518; ROMANO - GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., 202; PANNAIN, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Torino, 1967, 780; PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 441; SCIUBA, *Concorso ordinario e concorso anomalo*, cit., 3753.

⁸⁵ Situazione, questa, che richiama vagamente il concetto di pretesa d’interazione prudente, enucleato dalla giurisprudenza di legittimità con riferimento alla cooperazione colposa e che, se non sapientemente perimetrato, finisce con lo snaturare gli ordinari parametri dell’imputazione colposa. Si veda, per tutte, Cass., Sez. un., 24 aprile 2014, E.H., in *Cass. pen.*, 2015, 2, 426.

⁸⁶ Da ultimo, cfr. Cass., Sez. V, 18 marzo 2015, n. 44359, S., cit.; Id., Sez. I, 28 aprile 2016, n. 49165, Oprea Petrut, cit.

qualificazione del coefficiente di “prevedibilità” - anche dalla sentenza in commento, riflette però tentazioni repressive idonee a rispolverare l’anacronistico principio canonistico-medievale⁸⁷ del *versari in re illicita*, vero nemico storico della colpevolezza⁸⁸. Si imputano in questo modo al concorrente anomalo tutte le conseguenze derivanti dalla propria iniziale volontà criminosa.

Risulta evidente l’eccentricità di una affermazione di responsabilità sganciata da un accertamento sul fatto concreto, e fondata invece su una violazione di una pretesa regola di prudenza consistente nell’affidamento ad altri per la realizzazione di un proposito criminoso⁸⁹. In altre parole, una *culpa in re ipsa* ravvisabile in ogni ipotesi di realizzazione concorsuale di un reato⁹⁰, che si risolve in una scorciatoia probatoria inidonea a superare il limite del ragionevole dubbio.

Non pare controvertibile che un accertamento del genere, sostanzandosi in una presunzione di colpa, non possa essere indicativo di una effettiva dominabilità soggettiva del fatto ascritto⁹¹, da intendersi in termini di prevedibilità e prevenibilità dello stesso. Si corre il rischio di operare una sovrapposizione tra il piano della volontà ed il piano fattuale, dove i requisiti propri dell’imputazione colposa, individuati con riferimento al reato “voluto” (non necessariamente giunto a compimento), vengono automaticamente collegati all’offesa diversa realizzata da taluno dei compartecipi, a prescindere da una effettiva adesione personalistica del soggetto nolente in relazione a tale ultimo accadimento⁹². Soluzione, questa, confliggente con il principio di colpevolezza.

Sul punto, è stato rilevato come «solo partendo dal giusto momento d’avvio della ricostruzione del reato (fatto, dunque, e, in primis, evento) [...] si può cogliere il vero senso anche del principio di personalità sul

⁸⁷ L’espressione è di FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale*, cit., 674.

⁸⁸ Così, MARINUCCI, *Non c’è dolo senza colpa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, 36.

⁸⁹ Cfr. ROMANO - GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., 205; GULLO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto tra versari in re illicita e principio di colpevolezza*, cit., 1208; STOCCO, *Alla ricerca di una dimensione costituzionale dell’art. 116 c.p.*, in *Cass. Pen.* 1990, 40; CANESTRARI, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto e il principio di colpevolezza*, cit., 1399.

⁹⁰ BASILE, *Commento all’art. 116 - Reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti*, cit., 1851.

⁹¹ Sul concetto di “mancato dominio del dominabile” si rimanda a FIORELLA, voce *Reato in generale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Milano, 1987, 800.

⁹² Così, FIORELLA, *Le strutture del diritto penale*, cit., p. 404, secondo il quale occorre ribadire «con fermezza che è il fatto (ed in primo luogo l’evento) il momento di avvio della ricostruzione sistematica e dell’accertamento in concreto del reato», altrimenti si rischierebbe di considerare il diritto penale come un complesso di norme preoccupato di sanzionare più la volontà che il fatto.

piano dei fenomeni di divergenza tra commesso e rappresentato»⁹³.

A questo punto occorre comunque domandarsi se un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 116 c.p., che individua la colpa ex art. 43 c.p. quale criterio di imputazione dell'offesa diversa, consenta di superare tutti i problemi di compatibilità del concorso anomalo con il principio di colpevolezza.

4.2 Le irragionevoli conseguenze in tema di pena. Non può nascondersi la singolarità di una punibilità parametrata su una cornice edittale dolosa a fronte di un atteggiamento meramente colposo, che denota una irragionevole sproporzione tra misura della pena e grado della colpevolezza⁹⁴, o meglio tra pena e precetto⁹⁵. Singolarità resa ancor più evidente dalla conseguente deroga alla regola generale di cui al secondo comma dell'art. 42 c.p., che esige per la punibilità di un delitto a titolo di colpa una espressa previsione normativa⁹⁶.

L'argomento evidenzia ulteriori criticità di ordine costituzionale che investono il legame intercorrente tra il principio di colpevolezza, la finalità rieducativa della pena e il giudizio di ragionevolezza⁹⁷, in una doverosa

⁹³ Ancora, con la consueta puntualità, FIORELLA, *Responsabilità penale*, cit., 1325.

⁹⁴ Sperequazione non necessariamente mitigata dall'attenuante obbligatoria di cui all'art. 116, comma 2, c.p., poiché, stando alla lettera della norma, sembra riferirsi unicamente all'ipotesi in cui il reato "diverso" sia più grave di quello avuto di mira e, trattandosi di una circostanza vera e propria, può essere soggetta a bilanciamento secondo le ordinarie regole di cui all'art. 69 c.p. Peraltro, si è osservato come nel caso di realizzazione cumulativa la maggiore o minore gravità del reato "diverso" vada desunta dalla pena in concreto applicabile per tale reato, confrontata con quella per il reato concordato; per contro, nel caso in cui sia unicamente cagionata l'offesa diversa tale raffronto dovrà essere necessariamente eseguito su base ipotetica, v., sul punto, BASILE, *Commento all'art. 116 - Reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti*, cit., 1853; ROMANO - GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., 208.

⁹⁵ In questi termini si esprime la dottrina prevalente, cfr. INSOLERA, *Concorso di persone nel reato*, cit., 489; MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., 408, il quale osserva come tale disposizione si candidi dunque ad essere dichiarata costituzionalmente illegittima; ARONICA, *La responsabilità del concorrente per il reato diverso (art. 116 c.p.)*, in CADOPPI, CANESTRARI, MANNA, PAPA, *Trattato di diritto penale. Parte generale, II*, Torino, 2013, 733; ROMANO - GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., 208; MACCHIA, *Concorso anomalo*, cit., 504; FIORELLA, *Le strutture del diritto penale*, cit., 536; BASILE, *Il concorso c.d. anomalo di persone: una nuova apertura giurisprudenziale al criterio della prevedibilità in concreto*, in *Dir. pen. cont.* 2014, 9-10.

⁹⁶ Cfr. CANESTRARI, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto e il principio di colpevolezza*, cit., p. 1398; GULLO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto tra versari in re illicita e principio di colpevolezza*, cit., 1209; PALAZZO, *Corso di diritto penale*, 519.

⁹⁷ Con specifico riferimento alle distinte proiezioni in cui si sostanzia il principio di ragionevolezza-uguaglianza v. MANES, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in *Dir. pen. cont.* 2011, 17, il quale osserva come la ragionevolezza costituisca "un paradigma eteroclitico, plurale, composito, volta a volta sagomato sulle peculiari istanze in rilievo nella ma-

lettura sistematica della Costituzione⁹⁸.

Già nel 1988 la Corte costituzionale⁹⁹ valorizzava il significato dell'art. 27, co. 3, Cost.¹⁰⁰, individuando nel finalismo rieducativo della pena un indice rivelatore dell'effettiva portata del primo comma della medesima disposizione: «Comunque si intenda la funzione rieducativa [...] essa postula almeno la colpa dell'agente in relazione agli elementi più significativi della fattispecie tipica. Non avrebbe senso la rieducazione di chi, non essendo almeno in colpa (rispetto al fatto) non ha, certo, bisogno di essere rieducato»¹⁰¹.

La finalità rieducativa della pena ha subito infatti una profonda evoluzione nei tracciati della giurisprudenza costituzionale, giungendo ad incarnare un principio di grande valore assiologico all'interno dell'ordinamento. Esso rappresenta oggi il fulcro della funzione costituzionale della pena, avendo abbattuto l'angusta cornice della fase esecutiva nella quale storicamente veniva relegato¹⁰². Il finalismo rieducativo indica «proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue»¹⁰³.

Il terzo co. dell'art. 27 Cost. colora e riempie dunque il contenuto del primo comma della stessa disposizione, in una accezione estensiva del principio di colpevolezza che tende sempre più a connettere l'effettivo disvalore della condotta di un soggetto ad una congrua risposta sanzionatoria, affinché i «fulmini della legge»¹⁰⁴ colpiscano il reo nella maniera

teria oggetto di valutazione».

⁹⁸ In argomento, con ammirevole lucidità, GALLO, *Le fonti rivisitate. Appunti di diritto penale*, Torino, 2017, 52-53, il quale sottolinea la necessità di leggere la carta come un *corpus* di regole, ad ogni effetto norme giuridiche, sulle quali l'attività ermeneutica deve farsi carico "oltre che della ricerca dei nessi intercorrenti fra le singole regole, anche e in primo luogo dell'importanza, del rilievo, sempre fondante, non privo, però, di sfumature, che ciascuna norma nel sistema presenta". Così, "solo quando la visione tutta a due dimensioni, piatta, si arricchisca della prospettiva, si possono cogliere nel giusto significato i rapporti tra le componenti della Carta".

⁹⁹ Corte cost., 24 marzo 1988, n. 364, cit.

¹⁰⁰ Sul punto, cfr. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., 53-54, secondo cui la colpa costituisce il *quid minimum* per una funzione rieducativa della pena nei confronti del reo.

¹⁰¹ Testualmente Corte cost., n. 364 del 1988, cit.

¹⁰² V., sul punto, Corte cost., n. 313 del 1990, in *Giur. it.* 1992, I, 1, 1872, nell'ambito della quale si ribadisce esplicitamente che il precetto di cui al terzo comma dell'art. 27 della Costituzione vale tanto per il legislatore quanto per i giudici della cognizione, oltre che per quelli dell'esecuzione e della sorveglianza, nonché per le stesse autorità penitenziarie.

¹⁰³ Così, ancora, Corte cost., n. 313 del 1990, cit.

¹⁰⁴ L'espressione è di PULITANO, *Ignoranza della legge (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Milano, vol XX,

più proporzionata possibile alla sua partecipazione interiore al fatto di reato¹⁰⁵.

Può allora apprezzarsi la pregnanza del principio di proporzionalità-ragionevolezza¹⁰⁶ alla luce della finalità rieducativa della pena: «una pena palesemente sproporzionata – e, dunque, inevitabilmente avvertita come ingiusta dal condannato – vanifica, già a livello di comminatoria legislativa astratta, la finalità rieducativa»¹⁰⁷. La punizione finirebbe così con l'essere avvertita dal soggetto come arbitraria e perciò ingiusta, in quanto espressione di un tradimento del contratto sociale tra Stato e cittadino¹⁰⁸, con l'effetto di determinare in lui sentimenti di astio nei confronti dell'ordinamento, incompatibili con qualsivoglia fine rieducativo. La pena svolgerebbe una funzione criminogena.

Emerge allora chiaramente come, nell'ambito di una concezione poli-funzionale della pena, quella rieducativa assuma un ruolo preponderante, affinché l'individuo non venga strumentalizzato per il conseguimento di obiettivi di carattere general-preventivo che trovano sempre minor spazio nell'ordinamento contemporaneo. Non a caso, il Giudice delle leggi ha più volte rimarcato il valore della funzione rieducativa della pena, richiamando il principio della non sacrificabilità di tale funzione «sull'altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena»¹⁰⁹.

Calando l'art. 116 c.p. in questo contesto, la macroscopica asimmetria tra le conseguenze sanzionatorie e la struttura di tale fattispecie non consente in alcun modo al giudice di esercitare la sua funzione in maniera rispettosa del principio di proporzione fra *quantitas* della pena e disvalore della condotta.

L'equilibrio interno della norma appare intrinsecamente minato, ma allo stesso tempo una dichiarazione di illegittimità costituzionale provo-

1970, 36.

¹⁰⁵ V. Corte cost., n. 313 del 1990, cit., che considera l'istanza rieducativa di cui al terzo comma dell'art. 27 Cost. «patrimonio della cultura giuridica europea particolarmente per il suo collegamento con il principio di proporzione fra qualità e quantità della sanzione, da una parte, ed offesa, dall'altra».

¹⁰⁶ Il principio trova, tra l'altro, espresso riconoscimento nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ove all'art. 49, terzo comma, si stabilisce che: «l'intensità delle pene non deve essere sproporzionata rispetto al reato». Tuttavia, v. Corte cost., n. 80 del 2011, in *Giur. cost.* 2011, 1224, secondo cui la richiamata Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto eurocomunitario al di là delle relative competenze.

¹⁰⁷ Cfr. Corte cost., n. 225 del 2008, in *Cass. pen.* 2008, 12, 4606.

¹⁰⁸ ROUSSEAU, *Du contrat social: ou principes du droit politique*, 1762.

¹⁰⁹ Da ultimo, cfr. Corte cost., n. 149 del 2018, in *Guida al diritto* 2018, 32, 36; v. anche Id., n. 78 del 2007, in *Cass. pen.* 2007, 9, 3278; Id., n. 257 del 2006, in *Giur. cost.* 2006, 4, 2713; Id., n. 68 del 1995, in *Cass. pen.* 1995, 1777; Corte cost., 2 luglio 1990, n. 313, cit.

cherebbe dei vuoti di tutela colmabili solamente dal legislatore a seguito di attente riflessioni¹¹⁰. E forse in ciò risiede il motivo per cui la giurisprudenza di legittimità continui a dichiarare manifestamente infondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate in relazione agli artt. 3 e 27, co. 3, Cost.¹¹¹

5. Divergenze e convergenze tra le due norme. La continuazione come ulteriore fattore di incoerenza. Tornando al rapporto sussistente tra le norme oggetto di analisi, si è fin qui tentato di dimostrare come il vero elemento distintivo tra il concorso anomalo ex art. 116 c.p. e la fattispecie di cui all'art. 83 c.p. non consista in una diversa soggettività dell'azione né in un eterogeneo criterio di imputazione del reato "diverso" realizzato. Infatti, da un lato, la disciplina dell'*aberratio delicti* ben può applicarsi in caso di concorso di persone, laddove l'evento diverso sia derivato dal c.d. errore-inabilità, e, dall'altro lato, una volta che si decida di interpretare entrambe le norme *secundum Constitutionem*, come se già contenessero il limite della colpa, il criterio d'imputazione dell'offesa "diversa" viene sostanzialmente a coincidere, a condizione che si ragioni in termini di un effettivo rimprovero colposo che non lasci margini di manovra ad incoerenti logiche presuntive.

Se così è, ciò che giustifica l'evidente disparità di trattamento tra le fattispecie in esame, sotto un profilo sanzionatorio, è unicamente la rappresentazione e volizione del reato "diverso" da parte di almeno uno dei compartecipi, e non una valutazione politico-criminale del legislatore imperniata sul disvalore sociale della compartecipazione criminosa, dal momento in cui anche il reato aberrante può essere diretta espressione di un minaccioso fenomeno associativo.

Si è al cospetto di una sorta di *vis* espansiva del dolo, che può travolgere la posizione giuridica di tutti i concorrenti nolenti. Il disvalore della condotta di ciascuno dei coautori viene in qualche modo contaminato dalla piena adesione psichica di almeno uno di essi ad un fatto di reato diverso da quello concordato; di qui la massima estensione della funzione incriminatrice dell'art. 116 c.p., che comporta una punibilità a ti-

¹¹⁰ Sul punto, cfr. BASILE, *Il concorso c.d. anomalo di persone*, cit., 10, il quale sottolinea che i giudici ordinari potrebbero essere tentati di coprire tali vuoti di punizione «riconoscendo con maggior generosità il dolo in capo a tutti i concorrenti»; v. anche, INSOLERA, *Concorso di persone nel reato*, cit., 490; ROMANO, GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., 208; MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., 408.

¹¹¹ Cass., Sez. I, 28 aprile 2016, n. 49165, Oprea Petrut, cit.

tolo di dolo nonostante un rimprovero solo colposo.

Se ciò sia sufficiente a giustificare una tale disparità sanzionatoria, tra le due norme, per chi non volle l'offesa "diversa", è certamente un quesito che merita una rinnovata valutazione da parte della giurisprudenza¹¹².

Ad ogni modo, la dura risposta punitiva dell'art. 116 c.p. risulta ancor più esasperata nelle ipotesi in cui assieme al reato "voluto" dal concorrente anomalo venga realizzato anche il diverso reato "non voluto" dal medesimo. In tali ipotesi, come osservato in precedenza, egli risponderà infatti a titolo di dolo sia per il "voluto" che per il "realizzato", secondo l'interpretazione dell'art. 116 c.p. fornita dalla costante giurisprudenza di legittimità, la quale, giova ribadirlo, conduce ad una inaccettabile estensione in *malam partem* della portata incriminatrice della disposizione.

Si è altresì già avuto modo di precisare come questo risultato interpretativo comunque non possa derivare, come sostenuto dalla sentenza in commento, da istanze general-preventive volte alla massima repressione della delinquenza collettiva, ma piuttosto da logiche di coerenza interna del sistema penale, le quali assumono rilievo al fine di evitare irragionevoli sperequazioni in contrasto con l'art. 3 Cost.

Le aporie sistematiche derivanti dalla peculiare imputazione dolosa contemplata dall'art. 116 c.p., possono invero apprezzarsi nel fatto che applicando alle ipotesi di concorso anomalo pluri-lesivo la disciplina dell'art. 83, cpv. c.p. - e quindi i principi generali dell'ordinamento - potrebbe essere punito in maniera più favorevole colui che abbia commesso il reato voluto e gli sia addebitato anche quello realizzato non voluto ma "prevedibile" - per il quale ultimo risponderrebbe infatti solo a titolo di colpa, e sempre che sia previsto dalla legge come delitto colposo - rispetto a colui al quale venga addebitato, in ipotesi di divergenza mono-lesiva, il solo reato diverso non voluto, per il quale invece risponderrebbe a titolo di dolo.

Non solo. Laddove la fattispecie di cui all'art. 116 c.p. si presenti a realizzazione cumulativa, così interpretata, possono ravvisarsi ulteriori e distinti profili di incompatibilità con il principio di uguaglianza-ragionevolezza.

Basti volgere lo sguardo alla disciplina del reato continuato *ex art.* 81, cpv., c.p., ed analizzare come essa reagisca in siffatte ipotesi¹¹³.

¹¹² BASILE, *Commento all'art. 116 - Reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti*, cit., 1852.

¹¹³ Analizza il tema, quasi mai trattato in dottrina, con specifico riferimento all'ipotesi in cui il reato di-

Non deve sfuggire come entrambi i reati commessi in caso di concorso anomalo pluri-lesivo possano astrattamente essere avvinti dal vincolo della continuazione, qualora siano espressione di un “medesimo disegno criminoso”¹¹⁴. Ciò è sicuramente valido con riferimento all’executore materiale¹¹⁵, ma per il concorrente anomalo sorgono dubbi, in quanto il criterio d’imputazione del reato “diverso”, da individuarsi, come visto, nella colpa *ex art. 43 c.p.*, è certamente incompatibile con un programma criminoso. Per aversi continuazione in senso proprio non può essere sufficiente la mera prevedibilità di poter commettere un reato¹¹⁶.

Ne deriva che, sul piano astratto, il concorrente anomalo potrebbe essere punito in maniera più severa rispetto all’executore materiale del reato “diverso” - realizzato assieme a quello concertato - il quale ultimo potrà eventualmente beneficiare della disciplina del cumulo giuridico delle pene, malgrado la sua condotta risulti connotata da un disvalore maggiore. L’iniquità di tale conseguenza raggiunge il suo apice nell’ipotesi in cui il reato “diverso” sia meno grave di quello voluto: il concorrente anomalo non potrebbe nemmeno giovare dell’attenuante del secondo co. dell’art. 116 c.p.

È vero che un tale risultato può essere evitato dal giudice in sede di commisurazione della pena, sulla base di considerazioni di giustizia sostanziale volte ad una personalizzazione della sanzione che tenga conto dell’effettiva adesione psicologica del soggetto al reato “non voluto”. Si tratterebbe tuttavia di un intervento dell’organo giurisdizionale che, seppur finalizzato a scongiurare un trattamento ingiusto, non trova alcun diretto riconoscimento in via normativa¹¹⁷.

Si potrebbe allora ipotizzare un’interpretazione dell’art. 116 c.p. improntata al principio del *favor rei*, secondo cui la punizione a titolo di dolo del concorrente anomalo, essendo espressione di una dolo conce-

verso sia più grave rispetto a quello voluto NAPPI, *Continuazione e concorso anomalo*, in *Cass. pen.*, 2011, 5, 1745.

¹¹⁴ Con riferimento al contenuto del disegno criminoso, la giurisprudenza prevalente è orientata nel richiedere quantomeno una programmazione dei successivi reati nelle loro linee essenziali. Da ultimo v. Cass., Sez. un., 18 maggio 2017, G., in *Mass. Uff.*, n. 270074.

¹¹⁵ Specialmente dopo l’estensione della disciplina del cumulo giuridico delle pene anche al reato continuato eterogeneo ad opera della L. 7 giugno 1974, n. 220.

¹¹⁶ In tal senso la giurisprudenza prevalente. Da ultimo, cfr. Cass., Sez. I, 15 dicembre 2015, *Mass. Uff.*, n. 266648.

¹¹⁷ NAPPI, *Continuazione e concorso anomalo*, cit., 1750, il quale osserva come una modulazione ad *hoc* della pena da infliggere esporrebbe «l’operato del giudice ad un evidente eccesso di potere».

pito quale qualifica normativa, esclusivamente funzionale all'applicazione di un certo tipo di disciplina, consenta non solo di estendere al concorrente nolente la responsabilità a titolo di dolo per il reato "non voluto", ma altresì gli effetti potenzialmente favorevoli come il cumulo giuridico delle pene discendente dalla disciplina del reato continuato.

6. Conclusioni. Dai rilievi formulati emerge come lo sforzo collettivo di dare piena attuazione ai principi liberal-garantistici consacrati con la Carta costituzionale sembri trovare una battuta di arresto di fronte a fattispecie, come quella dell'art. 116 c.p., progettate sulla falsariga di valutazioni politico-criminali che con la Costituzione non possono avere alcun punto di convergenza.

Il diritto vivente, a fronte di una realtà in costante divenire, non riesce a reagire lucidamente per eliminare le impurità che pervadono l'oramai troppo emendato sistema penale; impurità che possono aprire a soluzioni giurisprudenziali di forgia extra-normativa.

La scissione tra il criterio d'imputazione e il titolo di responsabilità che caratterizza la disciplina del concorso anomalo, seppur intesa come contenente il limite della colpa *ex art. 43 c.p.*, è fonte di dubbi di legittimità costituzionale che travolgono tanto la singola norma tanto il sistema penale nel suo complesso.

Da un lato nelle ipotesi di pluri-lesività si è di fronte alla scelta obbligata tra un'opzione interpretativa non aderente alla lettera della norma, in contrasto con il principio di legalità e quello del *favor rei*, e una esegesi che conduce invece ad una lesione del principio di uguaglianza-ragionevolezza. Dall'altro lato le inique conseguenze derivanti dallo squilibrio tra precetto e pena, che mina intrinsecamente l'art. 116 c.p., si riverberano direttamente sul principio di colpevolezza, in virtù della crescente pregnanza assiologica della funzione rieducativa della pena.

E a fronte dei rilievi rappresentati la giurisprudenza si ostina a non sollevare incidente di costituzionalità abbandonandosi ad istinti di conservazione che costituiscono indice di una forte minaccia all'autopoiesi¹¹⁸ dell'ordinamento penale, con conseguente crisi di quella unità e orga-

¹¹⁸ Sul concetto di autopoiesi cfr. STELLA, *Oltre il ragionevole dubbio: libero convincimento del giudice e le indicazioni vincolanti della Costituzione italiana*, in *Il libero convincimento del giudice penale. Vecchie e nuove esperienze*, Milano, 2004, 81, il quale si esprime negativamente in ordine a quelle impostazioni metodologiche dirette ad analizzare l'apparato normativo come «sistema autopoietico chiuso».

nizzazione sistematica che nell'ottica dei *conditores* doveva costituire un punto fermo dell'impianto codicistico.

UGO DINACCI